

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA

- ACCIÓN CAMBIARIA** – La presentación de la demanda, cuando el acreedor hace uso de la aceleración del plazo, constituye, por regla general, el punto de partida del término de prescripción para las cuotas pendientes. [Página 33](#).
- ACCIÓN REIVINDICATORIA** – Al juez le corresponde, cuando se trata de la confrontación de títulos, decidir cual de ellos prevalecerá. [Página 3](#).
- ACCIÓN REIVINDICATORIA** – Reglas para la restitución de frutos y para el reconocimiento de mejoras. [Página 3](#).
- ACTOS ADMINISTRATIVOS** – No constituyen título ejecutivo cuando se presentan en copia simple. [Página 68](#).
- ACTOS ADMINISTRATIVOS** – Únicamente la primera copia presta mérito ejecutivo. [Página 68](#).
- AGENCIAS DE LAS SOCIEDADES** – Sí tienen, en el caso previsto en el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil, legitimación para concurrir al proceso. [Página 28](#).
- AUDIENCIA PREPARATORIA** – El cambio del abogado defensor durante su realización no guarda relación con la noción de prueba sobreviniente ni da lugar a la aducción de pruebas que soporten una nueva teoría del caso. [Página 81](#).
- COMERCIALIZACIÓN DE MOTOCICLETAS** – No constituye actividad peligrosa. [Página 28](#).
- CONDUCCIÓN O DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA** – Es actividad peligrosa por excelencia. [Página 41](#).
- CONTRATO DE SEGURO** – El término de prescripción corre a partir del momento en que se ha tenido conocimiento del siniestro o se ha podido conocerlo. [Página 59](#).
- CONTRATO DE TRABAJO** – Es indispensable demostrar los extremos temporales de la relación laboral. [Página 69](#).
- CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** – Al no cumplir el contratista con los requisitos de idoneidad, experiencia y capacidad económica. [Página 89](#).
- CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** – También responde por dicha conducta el particular que viola las leyes de la contratación administrativa. [Página 89](#).
- CONVENCION COLECTIVA** – No puede exigirse su depósito cuando el empleador acepta su existencia y los derechos a ella incorporados. [Página 71](#).
- CÓNYUGES** – No pueden, de manera unilateral o consensuada, desconocer el deber de la convivencia. [Página 22](#).
- COSA JUZGADA** – No la constituye la orden de reintegro impartida, de manera transitoria, en una sentencia de tutela. [Página 66](#).
- CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA** – No existe cuando la empresa de energía eléctrica no impide acceder, a los transeúntes, a la zona destinada a trasladar un poste del alumbrado público. [Página 41](#).
- DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN** – También puede reconocerse por la muerte de un familiar. [Página 41](#).

DERECHOS A LA IGUALDAD, AL DEBIDO PROCESO Y A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADA DE ELLA – Se vulneran cuando las autoridades encargadas no resuelven, dentro de los precisos términos señalados en la ley, la actuación encaminada a restablecer los derechos de los menores. [Página 49.](#)

DIVORCIO - La ayuda económica y el apoyo moral a distancia no impiden decretarlo cuando la separación de hecho ha perdurado por más de dos años. [Página 22.](#)

EFICACIA DEL PAGARÉ – No se afecta si la persona que tenía la representación legal al momento de concluir el negocio que le dio origen ya no la tiene cuando se diligencia su fecha de creación. [Página 63.](#)

EJECUCIÓN CONTRA LAS ENTIDADES PUBLICAS – El mandamiento de pago debe ser denegado cuando no han transcurrido los 18 meses que exige el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. [Página 20.](#)

EXCEPCIÓN DE PAGO – La entrega de un cheque por una obligación anterior es válida cuando este instrumento ha sido efectivamente descargado o pagado. [Página 39.](#)

INDEBIDA CALIFICACIÓN JURÍDICA – No acarrea la nulidad de la actuación. [Página 77.](#)

INTERROGATORIO CRUZADO – Es este, y no el interrogatorio directo, el escenario procesal apropiado para conainterrogar al testigo e impugnar su credibilidad. [Página 84.](#)

INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN – El término del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil es objetivo y no admite consideraciones de tipo subjetivo. [Página 33.](#)

NULIDAD – Al proceder contra providencia ejecutoriada y revivir un proceso legalmente concluido. [Página 45.](#)

NULIDAD POR INDEBIDA DEFENSA TÉCNICA – Estrategia defensiva completamente ineficaz. [Página 81.](#)

PARTICIÓN - No puede ser objetada por el avalúo de los bienes en ella incluidos. [Página 58.](#)

PÉRDIDA DE LA VIGENCIA DEL AVALÚO EN LOS PROCESOS DE EXPROPIACIÓN - No puede impedir la entrega anticipada del inmueble cuando están involucrados el interés general y la necesidad de no postergar la finalización de un proyecto de utilidad pública. [Página 13.](#)

PRESCRIPCIÓN – Los términos que la regulan en los juicios del trabajo no se extienden o aplican a la vigencia de una orden de tutela. [Página 66.](#)

PRISIÓN DOMICILIARIA – Su denegación es consecuencia de la ejecución de la conducta, con total desdén por el bienestar moral y físico de sus menores hijos, y no por la peligrosidad de las procesadas y la gravedad de la conducta. [Página 74.](#)

PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO – No impide que el deudor sea demandado ejecutivamente y que los bienes no gravados allí puedan ser objeto de medidas cautelares. [Página 63.](#)

RECHAZO DE LA DEMANDA – No es motivo legal para ello el demandar a sociedades distintas de aquellas que aparecen en los certificados de existencia y representación. [Página 67.](#)

RECOBRO AL FOSYGA – Opera por ministerio de la ley y sin necesidad de expresa declaración del juez de tutela. [Página 51.](#)

REEMBOLSO DE MATRÍCULA ANTE CANCELACIÓN DE SEMESTRE UNIVERSITARIO - No es asunto a resolver valiéndose de la acción de tutela. [Página 87.](#)

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL – De esta índole es la acción que deben promover las personas, herederas o no, agraviadas por el fallecimiento de la víctima. **Página 28.**

SECUESTRO PROVISIONAL EN PROCESO DE SUCESIÓN – No procede si ya fueron aprobados los inventarios y avalúos. **Página 52.**

SEGUNDA INSTANCIA EN TUTELA – Corresponde al superior jerárquico, sin consideración a la especialidad a la que este pertenezca. **Página 47.**

SEGUNDA INSTANCIA EN TUTELA – Los jueces de familia no son los superiores funcionales de los jueces civiles municipales. **Página 54.**

SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO – El nudo propietario no está legitimado para reclamarla. **Página 15.**

TERCEROS EN EL PROCESO – Están legitimados para proponer excepciones previas. **Página 59.**

UNIÓN MARITAL DE HECHO – La vigencia de una sociedad conyugal anterior no impide, en modo alguno, la declaración de su existencia. **Página 25.**

UNIÓN MARITAL DE HECHO – Relevancia probatoria de la declaración notarial de convivencia hecha por uno de los compañeros. **Página 25.**

VÍA DE HECHO EN PROCESO EJECUTIVO – El juez no puede imponer al ejecutante condenas por conceptos distintos al pago de las costas procesales y de los perjuicios que eventualmente se hayan ocasionado. **Página 18.**

VIGILANCIA ELECTRÓNICA – Es decisión que incumbe al juez de ejecución de penas. **Página 89.**

SALA CIVIL-FAMILIA:

ACCIÓN REIVINDICATORIA – Al juez le corresponde, cuando se trata de la confrontación de títulos, decidir cual de ellos prevalecerá/**ACCIÓN REIVINDICATORIA** – Reglas para la restitución de frutos y para el reconocimiento de mejoras.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 762, 768, 946, 952, 964, 966 y 970; Código de Procedimiento Civil, artículos 306. 307. 308 y 47; Ley 820 de 2003, artículo 20.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, entre otras, decisiones 2000-00558-01 del 13 de diciembre de 2006, ponencia del magistrado Edgardo Villamil Portilla, 5074 del 29 de julio de 1999, ponencia del magistrado Jorge Antonio Castillo Rugeles, 1999-01101-01 del 04 de septiembre de 2006, ponencia del magistrado Edgardo Villamil Portilla, 5334 del 17 de marzo de 1995, ponencia del magistrado Héctor Marín Naranjo, 4219 del 01 de septiembre de 1995, ponencia del magistrado Héctor Marín Naranjo, 1999-00067-01 del 05 de mayo de 2006, ponencia del magistrado Jaime Alberto Arrubla Paucar y 1995-0139-02 del 27 de marzo de 2006, ponencia del magistrado César Julio Valencia Copete.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Planteado como fue por la actora -en su demanda- que ambas partes tienen títulos de dominio sobre el inmueble objeto de acción reivindicatoria [solo que, en su sentir, el suyo -declaración de pertenencia- debe prevalecer sobre el de los demandados -adjudicación en remate-], ese solo hecho, con contestación de la demanda o sin ella, con excepciones de mérito o sin ellas, imponía a dicha operadora judicial adelantar la

“confrontación de títulos [que] se da porque en la acción reivindicatoria el demandante tiene la carga de desvirtuar la presunción legal que ampara al poseedor demandado de ser reputado dueño (Art. 762 C. C.), labor en la cual debe enfrentar a esta posesión los títulos de dominio que sean anteriores a ella; y cuando tal poseedor ampara su derecho en sus propios títulos de dominio, el juzgador debe hacer un escrutinio para confrontar unos con otros, donde factores como la antigüedad y la eficacia de los mismos serán determinantes en orden a definir de qué lado está la razón. (G. J. CC, 197; LIII, 267; LXXIV, 677; LXXVII, 388; XCV, 383, entre otras)” (Sent. Cas. Civ. de 5 de agosto de 2005, Exp. No. 7128) (Sentencia del 13-12-2006, magistrado ponente Dr. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, expediente No. 44001-31-03-002-2000-00558-01).

Como el juzgado *a-quo* no lo hizo así, la Sala se ocupará seguidamente de tan trascendente temática, dentro del contexto de los elementos estructurales de la acción de dominio.

Tomando pivote en los artículos 946 y 952 del Código Civil, en efecto, reiteradamente se ha dicho por la jurisprudencia y la doctrina que para el buen suceso de la acción de reivindicatoria es preciso demostrar que quien demanda es el titular del derecho de propiedad del bien reclamado, y que el demandado es su poseedor material; además, que exista identidad entre el bien poseído por éste y el pretendido por aquél, y que se trate de cosa singular o cuota determinada de una cosa singular.

Los dos primeros requisitos se justifican con solo parar mientes que a tono con el inciso 2 del artículo 762 del Código Civil, el poseedor material se encuentra amparado por la presunción de dueño, por lo que a quien lo demanda diciéndose propietario de la cosa, y por ende aspirando a recuperarla, le corresponde la carga de desvirtuar aquella presunción.

Dicho de otro modo, “...[t]ratándose de la confrontación de títulos, al juez le corresponde decidir cuál de esos títulos es el que debe prevalecer, teniendo en cuenta para el efecto, entre otros factores, su antigüedad o eficacia. Como lo tiene explicado la Corte, cuando el “poseedor ampara su derecho en sus propios títulos de dominio, el juzgador debe hacer un escrutinio para confrontar unos con otros, donde factores como la antigüedad y la eficacia de los mismos serán determinantes en orden a definir de qué lado está la razón. (G. J. CC, 197; LIII, 267; LXXIV, 677; LXXVII, 388; XCV, 383, entre otras)...”.

Volviendo la mirada al caso en estudio -para abordarlo bajo el tamiz de las anteriores directrices jurisprudenciales- se tiene lo siguiente: es punto pacífico que el inmueble objeto de gestión reivindicatoria [cosa singular] es el mismo poseído por los demandados en el decurso del proceso [primeramente, como ya se ha

dicho, DANILO CAICEDO, y seguidamente HECTOR ALFARO DIAZ HENAO]. Sus diferentes intervenciones en el proceso [reclamando incluso el reconocimiento de mejoras], el dictamen pericial y la prueba testimonial recaudada no dejan margen de duda en torno a ello. A la sazón, no es cierto que la posesión material en cabeza de quien es llamado a resistir la acción reivindicatoria deba estar cabalmente acreditada *ab initio*, es decir, desde la demanda [como se planteó en varios apartes del escrito de sustentación del recurso de alzada], pues ella [la posesión] no constituye un requisito de dicho libelo, sino que es uno de los presupuestos axiológicos para el buen suceso de la reivindicación.

El dominio invocado por la demandante, que sin duda es la cuestión medular de la controversia *sub-discussio*, estriba en la declaración de pertenencia efectuada en su favor por el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO a través de sentencia del 13 de enero de 2004, la cual fue confirmada por fallo de segunda instancia proferido el 29 de marzo de 2007 por la SALA CIVIL FAMILIA LABORAL del Tribunal Superior de Armenia [todo lo cual aparece registrado en la anotación No. 12 del folio de matrícula inmobiliaria correspondiente a dicho bien].

La demanda [luego de corregida] que dio génesis a dicho proceso (folios 52 a 58 cdo. 5o) fue presentada el 22 de enero de 2001. En ella se invocó la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, indicándose con total claridad que la señora SOLEY CAICEDO ORTIZ ejerce la posesión “...desde hace más de 20 años, o sea desde antes del año 1980...” (folio 39 fte. cdo. ib.).

Por su parte, el fundamento toral de las sentencias de primera y segunda instancia antes mencionadas es que la referida señora ha ejercido la posesión material “...en forma ininterrumpida por un lapso superior a los veinte (20) años (..) en forma regular, pública, pacífica e ininterrumpida sin reconocer dominio ajeno...” (folio 138 fte. cdo. 5 y folio 55 fte. cdo. 5C).

Lo cual significa que en dichos fallos se reconoció sin ambages que a 22-01-2001, esto es, cuando se presentó la demanda de pertenencia [pues como se sabe, es en ese momento donde se examinan los presupuestos que determinan la prosperidad de toda acción judicial], la señora SOLEY CAICEDO ORTIZ llevaba más de 20 años de posesión material “*ininterrumpida*”, “*regular*” y “*pacífica*” sobre el inmueble tantas veces citado. De ahí que, a falta de señalamiento -en tales fallos- de una fecha concreta, resulta dable concluir que cuando menos para el día anterior a la presentación de demanda [que sería el 21-01-2001] ya se había consumado en favor de dicha señora el modo de adquirir el dominio denominado PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO.

A este propósito pertinente resulta subrayar que la sentencia que declara la pertenencia no es constitutiva de dominio, sino apenas declarativa de éste. O lo que es lo mismo: la sentencia de pertenencia se limita a declarar la existencia de la determinada situación jurídica atributiva del derecho de dominio, como hecho consumado.

Siendo entonces incontestable que el poseedor adquiere el dominio del bien cuando completa el término de posesión que la ley prescribe, y que ello sucede independientemente de la sentencia que así lo declare y de su registro en el folio de matrícula inmobiliaria, fuerza es reiterar lo expresado en líneas anteriores en el

sentido de que la señora SOLEY CAICEDO ORTIZ, cuando menos para el día anterior a la presentación de su demanda [21-01-2001] adquirió por el modo de la usucapión el dominio del inmueble objeto de gestión reivindicatoria, siendo entonces esa fecha el referente cronológico a tener en cuenta a la hora de confrontar el título exhibido por dicha señora con el acto de adjudicación en remate en cuya virtud los demandados entraron a poseer dicho bien, no perdiendo de vista que es a ese acto procesal al que éstos atribuyen el origen de su posesión material.

Desde tal perspectiva, no hay duda que el título de dominio de la demandante es anterior al de los demandados, pues aun considerando la fecha de la adjudicación en remate [31-08-2005] como el punto de partida de la posesión de éstos [que en puridad no lo es, pues a DANILO CAICEDO, rematante, solo se le vino a hacer entrega material del bien subastado el 09-02-2007, y fue después de dicha entrega es que el otro demandado -HECTOR ALFARO DIAZ- le sucedió por acto entre vivos (promesa de compraventa) en dicha posesión], el de aquella se remonta al menos al 21-01-2001, cuando con arreglo a los requisitos de ley completó el tiempo exigido para la prescripción adquisitiva de dominio.

A la misma conclusión se impone arribar aunque por vía de mero ejercicio hipotético se aceptase el otro planteamiento expuesto por los demandados al apelar la sentencia de primer grado [a saber, que su posesión se remonta a la fecha del secuestro del inmueble, considerando -agregan- que la oposición allí exteriorizada por la aquí demandante no fue admitida], toda vez que esa medida cautelar también fue practicada con posterioridad al 21 de enero de 2001, concretamente, como lo revela la copia del proceso ejecutivo en que ella ocurrió, el 27-11-2002.

Por antigüedad, pues, es incontestable que el título de la demandante prevalece sobre el de los demandados y sobre la posesión material que cada uno de ellos ha ejercido en el curso del proceso: primeramente DANILO CAICEDO, y luego HECTOR ALFARO DIAZ HENAO; éste último, en virtud o en cumplimiento de la promesa de compraventa suscrita entrambos (folios 157 a 159 cdo. 1o).

Ahora bien: como además de la antigüedad de los títulos también es preciso tener en cuenta su EFICACIA, cumple anotar a ese propósito lo siguiente: al proceso de pertenencia que culminó con declaración de dominio en favor de la señora SOLEY CAICEDO ORTIZ fueron regularmente convocados los sujetos que por ley estaban llamados a resistirlo, esto es, las personas [indeterminadas] que se creyeran con algún derecho sobre el bien, y la persona [determinada] que para la fecha de presentación de la demanda [26-01-2001] aparecía en el certificado de tradición como titular del único derecho real principal existente sobre el multicitado bien. Se trataba del señor DAVID CAICEDO BARONA, quien en dicho documento registral [anotación No. 3 de fecha 12-03-1998] figuraba como su propietario. Para esa calenda [26-01-2001], se insiste, ninguna otra persona aparecía en el certificado del registrador de instrumentos públicos como titular de algún derecho real principal sobre el bien objeto usucapión.

Ello pone al descubierto la sinrazón del cuestionamiento que contra el aludido proceso de pertenencia -y consecuentemente contra la eficacia del título de dominio exhibido por la actora- efectuaron los aquí demandados [al sustentar la apelación], en el sentido de que como la señora SOLEY CAICEDO ORTIZ era concedora de “sus derechos” (posesión material), debieron entonces ser convocados como demandados

a dicho proceso ordinario, pues basta asomarse a los clarísimos términos del artículo 407 del C. de P. Civil para concluir que la legitimación en la causa por pasiva en ese tipo de procesos está radicada exclusivamente en la persona que al momento de presentar la demanda figure en el certificado expedido por el registrador de instrumentos públicos “...como titular de un derecho real principal sobre el bien...”. No en vano, cual reiteradamente lo ha puntualizado jurisprudencia de la Corte [entre otras, sentencia de 26 de julio de 2001, expediente No. 6835] la exigencia de dicho certificado está enderezada a “...velar no sólo por la demanda en forma sino también por la correcta integración del legítimo contradictor...” (..) “...así como dar información sobre los titulares inscritos de derechos reales principales, pues contra ellos ha de dirigirse la demanda como ordena el artículo 407 del C.P.C....” (sentencia del 04-09-2006, expediente 11001-3103-040-1999-01101-01, magistrado ponente Dr. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA).

De lo antes dicho se impone concluir que así se aceptara que para la fecha en que la actora presentó su demanda de pertenencia [26-01-2001] DANILO CAICEDO y HECTOR ALFARO DIAZ HENAO tenían la posesión material del inmueble, y que ello era conocido por aquella, esa supuesta relación posesoria jamás constituiría un derecho real principal sobre el bien, y por ende, de ninguna vinculación nominal como demandados eran pasible ellos en aquel proceso. Tampoco resulta dable aceptar que bajo la égida del emplazamiento innominado efectuado en dicho proceso a quienes se creyeran con algún derecho sobre el bien, dichos señores estuviesen legitimados para intervenir allí con el designio de disputarle a la demandante la posesión material con base en la cual ésta pretendía ganar el dominio del bien, pues como lo ha dicho la Corte, intervención de ese temperamento no tiene cabida en los procesos de pertenencia, toda vez que “...de ninguna manera es equiparable o asimilable a la que resulta como consecuencia del emplazamiento que se impone en el proceso de pertenencia respecto de aquellos “que se crean con derechos sobre el respectivo bien”, a quienes se les otorga la posibilidad de contestar la demanda o de tomar el proceso en el estado en que lo encuentran (Art. 407, nral. 9 C.de P.C.) y cuyo llamamiento debe ser entendido únicamente en el estricto marco del litigio que da origen a dicho proceso, esto es, a partir de que el conflicto se presenta entre el poseedor material y quienes formalmente sean los “titulares de derechos reales sujetos a registro”, situación ésta que no es precisamente la que muestra el recurrente, cuyo interés radica en disputar la posesión material que alega la sociedad demandante...” (providencia del 17-03-1995, expediente No. 5334, magistrado ponente Dr. HECTOR MARIN NARANJO).

Es más: ni siquiera el acreedor hipotecario que para la mentada fecha aparecía registrado en el certificado de tradición [anotación No. 4 del 06-12-1999] ameritaba ser convocado como demandado a dicho proceso, desde luego que “...la regla legal (parte final del numeral 5 del artículo 407 ib.) dice que “siempre que en el certificado -de registro- figure determinada persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella”, por lo que es diáfano que de tal exigencia encuéntranse excluidos los titulares de derechos reales accesorios, como es el de hipoteca...” (sentencia del 01-09-1995, expediente No. 4219, Magistrado ponente Dr. HECTOR MARIN NARANJO).

Ninguna mácula, en consecuencia, se observa en el trámite de la multicitada pertenencia. Por modo que la declaración de dominio allí efectuada, al ser parangonada con la posesión material de los demandados en acción reivindicatoria y

con el título del cual la derivan [adjudicación en remate], allende su anterioridad, también es eficaz. Con cuánta mayor razón si se repara en el hecho de que con sujeción a la ley [artículo 407 nral. 6o], en el auto admisorio de la demanda [de fecha 02-03-2001] se ordenó la INSCRIPCIÓN de dicho libelo en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente, lo cual se materializó el día 25-07-2001 [con su inscripción en ese folio], medida cautelar cuyo mas caracterizado efecto, bien se sabe, estriba que lo que se decida en la sentencia vincula u obliga, con efectos de cosa juzgada, no solo a quienes adquieran el bien litigado sino a quienes constituyan sobre el mismo gravámenes o limitaciones de dominio *“con posterioridad”* a la inscripción de la demanda.

De ahí que, considerando que fue *“...con posterioridad...”* a la inscripción de la demanda de pertenencia que el señor DANILO CAICEDO obtuvo la adjudicación del bien [en diligencia de remate de fecha 31-08-2005], y que -también posteriormente- éste transfirió al otro demandado [HECTOR ALFARO DIAZ HENAO] la posesión material del bien, nada diferente a reiterar la conclusión renglones atrás expresada procede, a saber, que el título de dominio exhibido en el presente proceso por la señora SOLEY CAICEDO ORTIZ, prevalece sobre el de los demandados, y sobre la posesión material de éstos, no solo por razones de antigüedad, sino por ser más eficaz que el de tales reos procesales.

Lo antes expuesto, por consiguiente, es bastante para concluir la reivindicación incoada en el presente proceso por la señora SOLEY CAICEDO ORTIZ tiene vocación de prosperidad, lo cual torna imperativo ocuparse de las PRESTACIONES MUTUAS, esto es, los frutos naturales o civiles a que también tenga derecho dicha señora, y de las mejoras que deban ser reconocidas al poseedor vencido, temática que atañe a los derechos y obligaciones sobrevinientes para cada una de las partes con ocasión de la decisión judicial que cambia la situación jurídica del poseedor vencido en juicio reivindicatorio, quien, debido a ello, se ve obligado a restituir un inmueble que ha tenido en su poder.

Es de ver, por otra parte, que la buena o mala fe del demandado en la posesión del bien reivindicado determina el alcance y naturaleza de los frutos que, junto con el bien, deberá restituir al demandante victorioso. Como también determina el alcance y naturaleza de las expensas o mejoras que a aquel le deben ser abonadas por este para que la restitución del bien se materialice. Así, en lo que concierne a los primeros [FRUTOS], asaz ilustrativo resulta el contenido del artículo 964 del Código Civil en cuanto dispone que si el poseedor vencido es de buena fe *“...no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestacion de la demanda...”*. O lo que es lo mismo, solo deberá restituir los frutos causados con posterioridad a la fase de la *litis contestatio*, lo cual se explica *“...porque si el poseedor ha resistido a la demanda después de conocer los títulos y razones invocados por el reivindicador, ya no podrá alegar que subsiste su honrada creencia de hallarse poseyendo como dueño, y aun cuando en realidad pudiera afirmar que tenía motivos serios para seguir considerándose como legítimo propietario durante el curso del juicio, los efectos declarativos de la sentencia que reconoce el derecho del actor y niega la oposición del reo, dejan sin base tal alegación, pues el fallo retrotrae la situación jurídica de las partes al momento de la demanda...”* (G.J. Tomos LXXVII y LXXXI). En cambio, si su posesión ha sido de mala fe, *“...es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder...”*.

Y en lo que atañe a las MEJORAS, el artículo 966 *ibidem* prescribe que si el poseedor vencido es de buena fe, tendrá derecho “...a que se le abonen las mejoras útiles hechas antes de contestarse la demanda...”, añadiendo que corresponden a ese tipo de mejoras “...las que hayan aumentado el valor venal de la cosa...”. Pero si su posesión es de mala fe, “...no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles de que habla este artículo...”.

Precisado lo anterior, ha de señalarse que en la sentencia apelada el juzgado *a-quo* reputó a los demandados como poseedores de buena fe, disponiendo consecuentemente que los frutos civiles que deben restituir a la demandante son los causados “...a partir de la presentación (sic) de la demanda...” [folio 252 fte. cdo. 1o.], para cuya cuantificación tomó pivote en el dictamen pericial rendido en el curso del proceso [folios 199 a 218 cdo. ib.], según el cual “...el inmueble objeto de reivindicación hubiera podido producir explotado a manera de arrendamiento en forma global a partir del 9 de febrero de 2007 hasta la fecha del dictamen, junio de 2008, la suma de \$8.500.000.00 considerando mensualidades de \$500.000 mes (sic) teniendo en cuenta el potencial de desarrollo comercial, la infraestructura, el diseño y la calidad de la prestación de los servicios públicos e importancia relativa del sector...” (folio 205 fte. cdo. ib.), valuación de frutos civiles respecto de la cual, hay que subrayarlo, la única parte recurrente ninguna protesta elevó; más bien lo prohibió al afirmar que el estimativo de \$500.000.00 mensuales “...lo hizo el perito teniendo en cuenta el magnífico estado de las mejoras plantadas por el demandado señor HECTOR ALFARO DIAZ HENAO...”, agregando, sí, que otro sería el resultado si el avalúo de los frutos civiles se hubiese efectuado sobre el deteriorado bien que existía antes de que dicho demandado construyera la mejoras, cuestión ésta -casi sobra decirlo- que amén de virtual o apenas hipotética no se compadece con el régimen de las prestaciones mutuas, pues inspirado como se encuentra en postulados de equidad ya precedentemente destacados, rayano en lo absurdo resultaría que el actor triunfante en reivindicación solo reciba los frutos que haya podido producir el bien en el estado en que se encontraba cuando perdió su posesión, pero que, sin embargo, quede obligado a abonarle al poseedor vencido las mejoras útiles que éste plantó o construyó y de las cuales se ha beneficiado.

Si a lo antes mencionado se suma: (i) que de conformidad con el artículo 769 del Código Civil la buena fe se presume; (ii) que la buena fe con virtualidad de atenuar las cargas del poseedor vencido es la simple y no la calificada, “...es decir, la sola “conciencia”, que no la “conciencia y certeza”, de haberse adquirido una cosa por medios legítimos, según doctrina de la Corte...” (sentencia del 05-05-2006, expediente C-2528645890001999-00067-01, magistrado ponente Dr. JAIME A. ARRUBLA P.); y (iii) que la posesión de los demandados deriva de un acto de adjudicación en remate adelantado en un juzgado de la República, lo que a tono con lo regulado por el inciso segundo del artículo 768 *ibidem* “...supone la persuasión...” de haberse recibido la cosa por parte de quien podía transferirla “...y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato...”, fuerza es concluir -cual lo determinó el juzgado *a-quo* en la sentencia apelada- que la posesión de los reos procesales ciertamente es de buena fe, y por tanto solo están obligados a restituir a demandante, además del inmueble por supuesto, los frutos civiles “...que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder...” después de la contestación de la demanda; más exactamente, a partir del momento en que debieron hacerlo [04-02-2008].

Como según se vio en precedencia, los frutos civiles [cánones de arrendamiento que ha podido producir el inmueble reivindicado] fueron valuados pericialmente en la suma de QUINIENTOS MIL ESOS M/CTE (\$500.000.00), compete a la Sala -en cumplimiento de lo prescrito por el inciso segundo del artículo 307 del C. de P. Civil- extender la condena por ese rubro contra los demandados hasta la fecha de proferirse ésta providencia, para lo cual, como es apenas de equidad y asonante con el postulado según el cual los frutos a restituir al dueño no son solo los percibidos “...sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder...” [lo cual supone que en uso de esa “mediana inteligencia y actividad” el dueño hace uso de la facultad legal (artículo 20 Ley 820 de 2003) de “...incrementar el cánon de arrendamiento hasta en una proporción que no sea superior al ciento por ciento (100%) del incremento que haya tenido el IPC en el año calendario inmediatamente anterior a aquel en que deba efectuarse el reajuste del cánon...”], se procederá a incrementar anualmente a partir del 04-02-2009, esto es, un año después de haber vencido el término que los demandados tuvieron para contestar la demanda, y hasta el momento de proferirse el presente fallo, el cánon mensual en la forma indicada por el atrás mentado artículo 20 de la Ley 820 de 2003, esto es, en proporción igual “...al ciento por ciento (100%) del incremento que haya tenido el IPC en el año calendario inmediatamente anterior a aquel en que deba efectuarse el reajuste del cánon...”, obteniéndose así el resultado que muestra el siguiente cuadro:

Frutos Civiles (Arrendamientos)					
Del	Al	Inflación año anterior	Meses	Valor mensual	Sub-Total
04-Feb-08	03-Feb-09		12	500,000	6,000,000
04-Feb-09	03-Feb-10	7.67%	12	538,350	6,460,200
04-Feb-10	03-Feb-11	2.00%	12	549,117	6,589,404
04-Feb-11	03-Feb-12	3.17%	12	566,524	6,798,288
04-Feb-12	04-Oct-12	3.73%	8	587,655	4,701,243
				Total	30,549,135

Es pertinente acotar que hasta la fecha de proferirse el presente fallo no es procedente indexar la suma antes mencionada [\$30.549.135.00], toda vez que según lo tiene puntualizado la Corte Suprema de Justicia, “...la restitución de frutos civiles, que fueron los demandados y dentro de los cuales se comprenden los percibidos y los que se hayan podido percibir con mediana inteligencia y actividad, se limitan a lo que valían o debieron valer al tiempo de su percepción (artículo 964 del Código Civil), razón por la cual, como se explicó en el mismo antecedente, no hay lugar a “corrección monetaria” ni a “intereses”...” (sentencia del 05-05-2006, expediente C-2528645890001999-00067-01, magistrado ponente Dr. JAIME A. ARRUBLA P.)

Ahora bien: los frutos que se causen entre éste fallo y la entrega efectiva del bien se cuantificarán como lo dispone el inciso segundo del artículo 308 del C. de P. Civil, aplicando el incremento anual progresivo de que da cuenta la tabla anterior.

En cuanto al rubro de MEJORAS, la Sala razona de ésta guisa: en su demanda la actora dejó confesado que los demandados, desde antes de la presentación de dicho libelo, construyeron mejoras sobre el inmueble. Es más: hasta presentó -como anexo- copia de los planos aprobados por la Oficina de Planeación Municipal de Guacarí (Valle del Cauca), y de la Licencia de Construcción expedida para ese efecto el 17 de mayo de 2007 (folios 55, 56 64, 65, y 66 cdo. 1o). Allí aparece una concreta descripción de las mismas, la cual ciertamente coincide -en lo fundamental- con el dictamen pericial rendido en el decurso del proceso (folios 199 a 213 del cdo. 1o), todo lo cual permite concluir que la construcción existente corresponde a las mejoras UTILES construidas por los demandados. Como lo dijo textualmente uno de los testigos [JAIRO DOMINGUEZ ROMERO], “...*la casa ha sido renovada toda por completo...*” (folio 69 fte. cdo. 2o.).

Así las cosas, reiterando la BUENA FE de los demandados en la posesión del inmueble reivindicado, imperativo resulta proceder al reconocimiento de las mejoras útiles por ellos construidas en dicho bien “...*antes de contestarse la demanda...*” (artículo 966 del Código Civil), desde luego que, como ya en párrafos anteriores quedó consignado, “...*esos derechos, como consecuenciales que son a la prosperidad de la acción reivindicatoria, cuando se comprueba que existen pueden y deben ser reconocidos oficiosamente por el juzgador, es decir, sin necesidad de que medie reclamo alguno al respecto, según así lo ha admitido invariablemente la jurisprudencia...*” (sentencia del 3 de junio de 1948, Gaceta Judicial Tomo LXIV, página 415).

En esta línea argumentativa se debe precisar que si bien el atrás mencionado dictamen pericial avaluó la totalidad de la construcción [en la suma de \$115.000.000.00], nada dijo acerca de lo que para este efecto resultaba relevante, esto es, en los precisos términos del inciso tercero del artículo 966 del Código Civil, (i) el valor “...*de LAS OBRAS en que consisten las mejoras...*”, y (ii) el mayor valor que haya adquirido el inmueble por virtud de las mejoras construidas, en orden a que la reivindicadora, señora SOLEY CAICEDO ORTIZ, podiese elegir lo uno o lo otro, como lo manda el referido precepto legal.

Es más: aunque el dictamen así lo hubiese hecho, lo cierto es que el avalúo se impone hacer con vista al momento de la restitución inmueble, es decir, una vez ha alcanzado firmeza la sentencia que así lo disponga.

Significa lo anterior que una vez alcance firmeza ésta sentencia, deberá el juzgado de conocimiento cuantificar las dos alternativas antes mencionadas dentro del trámite incidental regulado por el artículo 339 del Código de Procedimiento Civil. Acerca de ésta solución y su aparente contradicción con lo que dispone el artículo 307 de la misma obra, bien vale la pena transcribir el argumento de autoridad proveniente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“...(..) como el inciso segundo del artículo 966 del Código Civil prevé que el “reivindicador elegirá entre el pago de lo que valgan, al tiempo de la restitución, las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo”, es justamente el actor quien puede “optar por una u otra, pero calculando siempre su estimación al momento de la restitución del inmueble, razón por la cual debe conectarse lo

establecido por el citado precepto, con lo dispuesto en el artículo 339 del C. de P. C., para concluir que es mediante incidente tramitado con posterioridad al fallo como el demandante puede hacer uso de la facultad que le otorga la ley sustantiva, norma que se erige, entonces, como excepción a la regla consagrada en el artículo 307 *ibídem*, al consignar uno de los casos en que la condena no se hace en concreto, sino que, por el contrario, queda sujeta a ser cuantificada mediante el trámite incidental pertinente que se ritúa con posterioridad a la decisión judicial que determine la calidad en el poseedor” (G. J., t. CCXXXVII, Vol. I., pags. 202 y 203).

Se condenará, pues, a la demandante a abonarle al demandado, de la manera alternativa ya referida, el valor de aquellas mejoras, a cuya cuantificación y elección pertinentes se procederá mediante el incidente previsto en el artículo 339 *eiusdem*.

En cumplimiento del mandato contenido en el artículo 970 del Código Civil, se reconocerá a favor del demandado el derecho de retención sobre el bien reclamado por la actora, hasta que se verifique el abono de las mejoras reconocidas o se le asegure su satisfacción...” (sentencia del 27-03-2006, expediente No. 47001-31-03-003-1995-0139-02, magistrado ponente Dr. CESAR JULIO VALENCIA COPETE).

Por supuesto, el juzgado *a-quo* velará porque en la valuación arriba mencionada se tenga en cuenta, como necesario punto de partida, la edificación que existía ANTES de que las mejoras fuesen construidas, la cual aparece debidamente descrita en el numeral 1 de la parte resolutive de la sentencia de pertenencia proferida el 13 de enero de 2004 (folios 140 y 141 cdo. 5º), misma que según lo revelan las pruebas que el codemandado HECTOR ALFARO DIAZ HENAO allegó al proceso [particularmente el contrato de construcción que celebró el 27-02-2007] fue demolida totalmente. Lo anterior, en consideración a que en la segunda de las alternativas contempladas por el inciso 3 del artículo 966 del Código Civil, de lo que se trata es de justipreciar el mayor valor que adquirió la referida edificación luego de la construcción que la sustituyó; vale decir, la mejora o plusvalía que experimentó la antigua edificación, lo cual supone avaluar, primeramente, el inmueble demolido [descrito, como ya se dijo, en el numeral 1 de la parte resolutive de la sentencia de pertenencia de fecha 13-01-2004], y luego la nueva construcción efectuada hasta el momento de la contestación de la demanda [que aparece puntualmente descrita -y hasta fotografiada- en el dictamen pericial obrante a folios 200 a 213 del cdo. 1º], para así establecer la diferencia que constituiría el mayor valor del que se viene hablando.

Puesto que el recurso de apelación prosperó parcialmente [la sentencia de primera instancia no hizo reconocimiento de mejoras a favor de los demandados recurrentes], las costas de la segunda instancia serán a cargo de la demandante en un 40%, en favor de la parte demandada (nral. 6 artículo 392 del C. de P. Civil).

Sentencia de segunda instancia (16275) del 25 de octubre de 2012, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo Decisión: confirma el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia apelada, confirma el numeral segundo (aclarándolo) y

adiciona la sentencia apelada reconociendo las mejoras útiles a los demandados y el derecho de retención sobre dicho reconocimiento,

PÉRDIDA DE LA VIGENCIA DEL AVALÚO EN LOS PROCESOS DE EXPROPIACIÓN - No puede impedir la entrega anticipada del inmueble cuando están involucrados el interés general y la necesidad de no postergar la finalización de un proyecto de utilidad pública.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 388 de 1997, artículos 58, 61 y 62; Decreto 1420 de 1998, artículo 19; Código de Procedimiento Civil, artículos 456 y 357.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-284 de 1994 y C-1074 de 2002; Corte Suprema de Justicia, decisiones del 04 de julio de 1979, ponencia del magistrado Alberto Ospina Botero y T-00069-01 del 05 de agosto de 2004.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Deberá esta corporación adentrarse al estudio de la alzada planteada frente al numeral 3° de la parte resolutive, en cuanto ordenó la entrega anticipada de la parte expropiada del inmueble, de modo que la apelación sienta la discusión en el siguiente problema jurídico: ¿la pérdida de vigencia del avalúo puede constituirse en impedimento para la entrega anticipada del inmueble expropiado, estando de por medio la finalización de una obra pública retardada porque la administración no tiene físicamente el bien objeto de expropiación?

La Ley 388 de 1997 agrupa en su artículo 58, las causas o motivos denominados como ‘de utilidad pública’, enunciando dentro de ellos, en su literal e), la *“Ejecución de programas y proyectos de infraestructura vial...”* como acontece en el *sub lite*, donde está de por medio el desarrollo del proyecto Malla Vial del Valle del Cauca.

A su turno, el numeral 3° del artículo 62 de dicha ley, faculta a la entidad pública expropiante para *“...solicitar al juez que en el auto admisorio de la demanda se ordene la entrega anticipada del inmueble cuya expropiación se demanda, siempre y cuando se acredite haber consignado a órdenes del respectivo juzgado una suma equivalente al cincuenta por ciento (50%) del avalúo practicado para los efectos de la enajenación voluntaria”*.

En el asunto *sub exámine*, con el libelo se aportó copia de la Resolución No. GT0234 del 19 de agosto de 2010 emitida por el INCO, donde se ordenó la iniciación del trámite judicial de expropiación sobre un área de 1336.20M2 que hacen parte del lote de mayor extensión de propiedad de la demandada; también se aportó la Resolución No. GT 00386 del 4 de noviembre de 2010, con la que se confirmó vía reposición la anterior determinación; y el avalúo comercial de fecha 21 de diciembre de 2009, elaborado por la Lonja de Propiedad Raíz de Cali y del Valle del Cauca, en la que se le asignó a aquel un valor de \$38.961.050.oo.

A fin de obtener la entrega anticipada de la franja de terreno, se allegó por parte del INCO y antes que se dispusiera la admisión de la demanda, copia del depósito judicial de 25 de marzo de 2011 a órdenes del juzgado por la suma de \$19.480.525.00 equivalentes al 50% de aquel avalúo.

Como precedentemente se anunciara, el reproche elevado por el gestor judicial de la demandada radica en que no puede disponerse la entrega anticipada del inmueble, pues para cuando se efectuó la consignación correspondiente a la mitad del avalúo, éste había perdido vigencia a voces del artículo 19 del Decreto 1420 de 1998, según el cual *“Los avalúos tendrán una vigencia de un (1) año, contados desde la fecha de su expedición o desde aquella en que se decidió la revisión o impugnación”*.

Pues bien, para sellar la suerte adversa de dicho argumento importa precisar que si bien desde la expedición del avalúo a la fecha en que se efectuó el depósito judicial trascurrió un término superior a un año, ello no puede constituirse en un óbice para proceder con la entrega anticipada del inmueble, si se tiene en cuenta que de por medio está el interés general de la comunidad, se trata de un asunto de relevancia constitucional, existe la necesidad de no postergar la finalización de un proyecto de utilidad pública y además, las circunstancias específicas del presente asunto, no se acompañan con los casos excepcionales en que la jurisprudencia constitucional ha establecido, se podría ver frustrada la práctica de dicha medida cautelar.

En efecto, al referirse a la constitucionalidad de este preciso tema la Corte se pronunció indicando:

“(…)No obstante, no escapa a la Corte que pueden existir circunstancias en las que la entrega anticipada sea urgente, por ejemplo, para proteger la vida de las personas ubicadas en un asentamiento que amenaza ruina o que está localizado en una zona de alto riesgo; o cuando el bien es necesario para continuar con la ejecución de un proyecto prioritario de interés social que se puede ver retardado porque la administración no tiene físicamente el bien objeto de expropiación. En casos de urgencia manifiesta, la figura de la entrega anticipada cumple una función constitucionalmente relevante.

(…)En tercer lugar, subraya la Corte que la medida cautelar de la entrega anticipada, no opera de manera automática, pues el juez examinará en cada caso la solicitud que haga la entidad y los intereses del afectado, para determinar si es necesario decretarla o no, así como su posible impacto respecto de los derechos del afectado. Esta facultad del juez es garantía suficiente de que en cada caso se tendrán en cuenta los criterios anteriormente mencionados.”

Así las cosas, del anterior aparte jurisprudencial se puede extractar que no contraría la Constitución la posibilidad que la entidad expropiante, previa consignación del 50% del avalúo practicado en la etapa de enajenación voluntaria, pueda solicitar la entrega anticipada del bien, posibilidad que cobra una mayúscula importancia en eventos en que de por medio existan condiciones de riesgo de deterioro del bien, o de peligro para la vida o la salud de las personas o la necesidad de no postergar la finalización de un proyecto de utilidad pública o interés social. Sin embargo, en casos excepcionales, como cuando *“...se trata de una vivienda familiar y el afectado no tiene como reemplazarla inmediatamente, o*

cuando el bien cuya entrega se solicita es el único medio de subsistencia de una mujer cabeza de familia” se hace necesario analizar si tal pago se aviene con las garantías constitucionales pudiendo el juez del caso abstenerse de acceder a tal solicitud para hacer primar, entretanto, el interés particular.

Siguiendo esta línea argumentativa, tiénesse entonces que al margen de la discusión que plantea la vigencia del avalúo practicado en la etapa de negociación voluntaria, lo cierto es que dada las especiales circunstancias del presente asunto la entrega anticipada del bien materia de la litis reviste carácter de urgente y además cumple “...una función constitucionalmente relevante”, habida cuenta que lo pretendido es no retrasar más la finalización de una obra que no se ha podido materializar porque la administración no tiene físicamente el bien objeto de expropiación.

Pero además advierte la Sala, analizando la procedencia de la solicitud de entrega anticipada, que la demandada es una sociedad comercial y sus especiales circunstancias no se acompañan con los casos excepcionales ya citados, como cuando se trata de madre cabeza de familia, o está de por medio una vivienda familiar y el afectado no tiene los medios para reponerla de forma inmediata; motivos éstos que sellan la suerte adversa de la alzada planteada con miras a frustrar la aludida diligencia.

Con todo, debe precisarse que *“la entrega anticipada del inmueble no es a título traslativo de dominio sino a título de tenencia”*, por ende la sociedad demandada tiene derecho a ser indemnizada, en la forma como lo dispuso el *a-quo*, previa elaboración de un dictamen pericial que debe comprender el lucro cesante y el daño emergente, así como todos los factores a que se refieren los Artículos 61 y 62 de la Ley 388 de 1997 y 456 del Código de Procedimiento Civil, que establece que el Juez designará perito para estimar el valor de la cosa expropiada y la indemnización.

Así las cosas, como quiera que se encuentra demostrado que el predio alinderado en la demanda lo necesita la entidad demandante para la ejecución de obras definidas por el legislador como de utilidad pública o de interés social, y teniendo en cuenta que la negociación directa fracasó, resultaba imperioso además de decretar la expropiación del inmueble, también ordenar su entrega anticipada, toda vez que en casos como el materia de estudio, el interés privado debe ceder al público o social, como lo ordena la Constitución Política (artículos 1 y 58).

Por lo anteriormente expresado, se confirmará el numeral fustigado, sin que haya lugar a condenar en costas, al tenor del numeral 9 del artículo 392 del Estatuto Procesal Civil.

Sentencia de segunda instancia (2011-0036-01) del 29 de octubre de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma lo que fue objeto de apelación.

SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO – El nudo propietario no está legitimado para reclamarla.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 669, 823, 840, 849, 850, 855 y 905.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión del 02 de septiembre de 1936; Corte Constitucional, sentencia C-544 de 2007.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El tema que ahora ocupa la atención de la Sala de Decisión, se funda en el artículo 905 del Código Civil, en el cual se establece que *“si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre, y resarciendo todo otro perjuicio.”*

Respecto del anterior precepto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en Sentencia del 2 de septiembre de 1936 -Gaceta Judicial Tomo XLIV, número 273. Página 1005-, sostuvo que *“la servidumbre legal de tránsito existe no sólo a favor de los fundos que carecen de todo acceso a la vía pública sino también de los que no tienen más que una salida insuficiente para la explotación de ellos”*.

Pues bien, en el *sub lite*, los señores ELEAZAR y MARÍA ELENA SANTIAGO RODRÍGUEZ, en calidad de nudos propietarios de dos predios distinguidos como lotes 9 y 6, los cuales se segregaron de una finca rural agrícola, ubicada en la vereda La Aguada, jurisdicción del municipio de Bolívar – Valle, denominada “*Buenavista*”, pretenden se declare que necesitan para su adecuada explotación económica la constitución de una servidumbre de tránsito sobre los predios 7 y 8, cuya nuda propiedad es de TERESA y BERTHA SANTIAGO RODRÍGUEZ, los cuales igualmente se segregaron de la finca “*Buenavista*”, no por la falta de comunicación con la vía pública *-hecho que por demás está probado y no se discute-*, sino debido a su insuficiencia para la debida explotación económica.

De donde se desprenden los cuestionamientos a resolver en esta instancia y que se contraen a los siguientes: ¿quienes ostentan una nuda propiedad sobre un inmueble tienen interés sustancial para reclamar una servidumbre de tránsito?, y enseguida dilucidar, si a ello hubiere lugar, el planteamiento del censor enfocado a determinar ¿si en este caso es necesario gravar con servidumbre de tránsito a los predios de las demandadas?

Para lo primero se torna necesario adentrarse al estudio del denominado “*interés para obrar*”, que significa que el demandante tenga un interés particular, concreto y actual en las peticiones que formula, el cual es presupuesto para la prosperidad de sus pretensiones, pues *verbi gratia*, no puede demandarse por una expectativa futura.

Así, observa esta Sala que los demandantes sólo son los NUDOS PROPIETARIOS de los predios que afirman requieren de la servidumbre, pues conforme las escrituras públicas por las cuales los adquirieron, la vendedora, es decir su progenitora, la señora LUCILA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, quien por demás fue vinculada al

proceso en calidad de litisconsorte, se reservó el USUFRUCTO sobre los mismos en forma vitalicia.

El inciso 2º del artículo 669 del Código Civil enseña que *“la propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.”*, a su vez, el artículo 823 ibídem, preceptúa que *“el derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa...”*, por tanto, en eventos como el aquí aducido, el NUDO PROPIETARIO no tiene el goce de la cosa, mientras el USUFRUCTUARIO es precisamente en éste que configura su derecho.

El USUFRUCTUARIO, según los artículos 840, 849, 852 Y 855 *ejusdem*, tiene el derecho de percibir todos los frutos naturales y le pertenecen los frutos civiles del inmueble gravado en su favor, lo puede arrendar o ceder a título oneroso, y debe pagar los impuestos municipales. Luego, el usufructo es más que un simple derecho de disfrute, pues el usufructuario, no sólo disfruta una cosa, sino que la detenta, hace suyos los frutos que pueda producir si es fructífera (como lo es una finca e incluso un inmueble que se pueda arrendar y dar una renta), e incluso puede disponer del propio derecho transmitiéndoselo a otro e hipotecarlo en garantía de deudas.

Y, por el contrario, el NUDO PROPIETARIO, sólo tiene una potencialidad de recuperar las facultades que le han sido sustraídas a favor del usufructuario, volviendo a ser un propietario pleno, cuando el usufructo se extinga. En otras palabras, la *“nuda propiedad”* es como tal propiedad, por más despojada que esté de su contenido de disfrute, y entonces, el nudo propietario tiene el dominio sobre la cosa, pero no ostenta la posesión por haber sido cedida a través del derecho real denominado usufructo.

Así las cosas, si la señora LUCILA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO es la titular del derecho real de USUFRUCTO de los inmuebles de los cuales sólo tienen la NUDA PROPIEDAD los demandantes, aunque éstos pueden tener un interés particular *–son titulares de la nuda propiedad –*, y también concreto *-buscan gravar a los predios de los demandados con servidumbre de tránsito-*, el interés no es actual, pues en calidad de nudos propietarios solo tienen una expectativa de consolidación de ser propietarios plenos, ya que en este momento no ostentan la tenencia de los predios dominantes, en tanto legalmente está en cabeza de quien tiene el derecho real de usufructo, en otras palabras, no tienen el llamado interés para obrar, que debe ser particular, concreto y actual. En consecuencia, la necesidad de una servidumbre para una mejor explotación económica de los predios que conformaron la finca *“Buenavista”* sólo está reservada a su usufructuaria, la Sra. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, quien por tal razón es la propietaria de sus frutos naturales y civiles por ser ella la única que tiene derecho a su goce y es quien puede explotar los predios económicamente a fin de obtener sus frutos, al igual que de los lotes de las demandadas, sobre los cuales también tiene el mismo derecho real.

A lo que se suma que una vez vinculada la señora LUCILA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO a estas diligencias en calidad de litisconsorte, a través de apoderada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de los demandantes. Además, al ser interrogada sostuvo: “yo no he autorizado a nadie ni he mandado a demandar a nadie, Eleazar tiene su carretera por allá, por aquí no tiene nada... por Cabuyal entra carro a la casa paterna, pero creo que la carretera está por acabarse, porque al

entregar a los que le tocó eso no le han puesto cuidado y lo han dejado acabar; ese lote de la casa paterna lo tiene mi hija MARÍA ELENA”.

El nudo propietario, se reitera, si bien es el dueño de la cosa tiene la limitante de la existencia de otro derecho como el del usufructo que al pertenecer a otra persona implica para ésta el derecho de usarla y disfrutarla, luego, la causal invocada por los actores a fin de lograr se imponga el gravamen de servidumbre a los predios de las demandadas, referido que las vías de acceso con que cuentan sus predios son ineficientes para una adecuada explotación económica no es actual, por cuanto únicamente en el futuro, cuando consoliden la propiedad, podrían alegarla.

En este orden de ideas, no es necesario entrar al análisis de si en verdad los predios que en nuda propiedad tienen los demandantes, requieren a parte de los accesos que ya tienen a la vía pública, una servidumbre de tránsito para lograr una mejor y adecuada explotación económica, pues ante la falta de interés actual de los demandantes antes determinado, necesariamente las pretensiones de la demanda deben ser negadas, aunado a que, tal como lo oteó el *a quo*, no sobra advertirlo, el informativo se encuentra huérfano de pruebas que lleven a la conclusión certera de la necesidad de la constitución del gravamen deprecado.

En efecto, si bien no se discute que se facilitaría la labor de sacar a la carretera principal los productos agrícolas de los lotes de propiedad de demandantes, atravesando los predios de las demandadas *-la distancia es más corta y ya existe una carretera vehicular-*, es claro que no obra en el plenario ningún estudio –prueba pericial-, que indique cualitativa y cuantitativamente cómo se beneficiarían los predios dominantes, y que tal beneficio sea sustancialmente mayor frente al desmedro que conllevaría a los predios sirvientes el gravarlos con la servidumbre de tránsito, máxime que, como también en forma juiciosa lo advirtió el *a quo*, el lote No. 9 cuenta con acceso directo a otra carretera, y sólo bastaría para sacar adecuadamente sus productos construir internamente una carretera que atravesase su vasto terreno, y frente al lote No. 6, procurar el mantenimiento del camino de cuatro metros de ancho que ya existe y lo comunica con la vía pública, pues la propia usufructuaria afirmó al ser interrogada que *“no le han puesto cuidado y lo han dejado acabar”*.

Sentencia de segunda instancia (2011-00007-01) del 08 de noviembre de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz Decisión: confirma la sentencia apelada.

VÍA DE HECHO EN PROCESO EJECUTIVO – El juez no puede imponer al ejecutante condenas por conceptos distintos al pago de las costas procesales y de los perjuicios que eventualmente se hayan ocasionado.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, preámbulo y artículo 29; Código de Procedimiento Civil, artículo 392.

CITAS DE JURISPRUDENCIA::

Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-543 de 1992 y C-590 de 2005; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 14 de marzo de 2012 y

del 24 de julio de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El *thema decidendum*, en asuntos como el que nos ocupa, gira en torno a la vulneración o amenaza de uno o varios derechos fundamentales de una persona por parte de una acción u omisión de una autoridad pública. En el presente caso el objeto de la decisión se circunscribe a determinar si hay o no violación al derecho fundamental al debido proceso al haber incurrido el Juzgado accionado en una vía de hecho al considerar una prueba fruto de conocimiento privado y sobre la cual no existió oportunidad procesal para su publicidad y contradicción y, además, no tuvo en cuenta el precedente jurisprudencial que señala la imposibilidad de condenar en un proceso ejecutivo por rubros distintos a las costas procesales y perjuicios que eventualmente se hayan causado.

El Despacho sostendrá la tesis de que en el presente caso, es procedente la acción de tutela para amparar el derecho fundamental al debido proceso de la accionante, consagrado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Nacional, vulnerado en una actuación judicial que se encuentra en firme, al considerar que existe violación al debido proceso, por vía de hecho, al haberse excedido el Juzgado Primero Civil del Circuito de Buga en la decisión tomada en la sentencia de segunda instancia emitida el día 17 de agosto del 2012, en lo concerniente a imponer una condena, en el numeral 7, a cargo de la sociedad TITULARIZADORA COLOMBIANA S. A. y a favor de los señores CARLOS SALCEDO PRIETO y RUBIELA SALCEDO PRIETO de una suma de dinero que se debe debatir en un proceso ordinario, contraviniendo lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en sentencias de 14 de marzo de 2012 y de 24 de julio de 2012.

El día 2 de agosto de 2012, la Corte Suprema de Justicia profirió una sentencia de tutela, en segunda instancia, ordenándole a la Juez Primero Civil del Circuito de Buga que, en el término de 48 horas, dejara sin valor ni efecto la providencia emitida por ella el día 23 de marzo del 2012, mediante la cual se resolvió la apelación formulada contra la sentencia de 6 de mayo de 2009, para que, en su lugar, procediera a dictar una nueva providencia, en la que se pronuncie sobre las excepciones de mérito propuestas en el proceso ejecutivo hipotecario promovido por la sociedad TITULARIZADORA COLOMBIANA S. A. HITOS contra los señores CARLOS y RUBIELA SALCEDO PRIETO.

El día 17 de agosto de 2012, la Juez Primero Civil del Circuito de Buga (V), emitió la nueva sentencia, teniendo en cuenta lo indicado en el fallo de la H. Corte Suprema de Justicia, en lo concerniente a resolver las excepciones de mérito, declarando probada, entre otras, la excepción de “PAGO DE LA OBLIGACIÓN” y condenando, en el numeral 7 de la parte resolutive, a la sociedad TITULARIZADORA COLOMBIANA S. A. HITOS a devolver a los demandados, los señores CARLOS y RUBIELA SALCEDO PRIETO, la suma de \$18.104.249,00. Igualmente, declaró terminado el proceso y dispuso el levantamiento de las medidas cautelares decretadas.

El día 13 de noviembre del 2012, la sociedad TITULARIZADORA COLOMBIANA S. A. HITOS promueve la presente acción de tutela contra el fallo antes mencionado.

De lo antes anotado se puede concluir que en el presente caso la Juez Primero Civil del Circuito de Buga (V) quiso cumplir con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia, el fallo de tutela, resolviendo las excepciones de fondo pero se extralimitó en las facultades que se le confieren dentro de un proceso ejecutivo hipotecario, ya que, atendiendo las providencias antes citadas de la misma Corte Suprema de Justicia, no le es permitido a un juzgador de un proceso de ejecución imponer al ejecutante una condena restitutoria al ejecutado cuando el fin de un proceso de este talante es el de conseguir la solución de una obligación plasmada en un título ejecutivo y a lo máximo que se ve expuesto el ejecutante es a que se le declare extinguida la obligación y se le condene al pago de las costas, lo cual es de orden legal (art. 392 del C. P. C.), y de los perjuicios que con su actuación procesal se le haya podido ocasionar al ejecutado.

En otras palabras, la Juez Primero Civil del Circuito de Buga (V) tenía facultad, de acuerdo con lo dispuesto en las normas procesales civiles, de tramitar el proceso y fallar las excepciones de mérito que le propusieren oportunamente, las cuales, de conformidad con los pruebas obrantes en el proceso, podía declarar probadas o no, pero nunca indicar que a raíz de ellas el ejecutante sería condenado al pago (restitución) de sumas de dinero al ejecutado, ya que no se trata de un proceso declarativo sino de ejecución donde el fin es buscar la solución de una obligación presuntamente adeudada por el demandado, pero no para determinar la creación de obligaciones a favor del demandado y a cargo del demandante diferentes a las costas y los perjuicios generados allí, dentro del proceso.

Es así como la Juez accionada dispuso, en el numeral 7 de la parte resolutive de la sentencia de agosto 17 de 2012, que la parte ejecutante debía restituir a la parte ejecutada la suma de \$18.104.249,00, lo cual no le es permitido, tal y como ya quedo señalado, con lo cual configura una vía de hecho que hace procedente el amparo de tutela para ordenar dejar sin efecto tal condena y así lo dispondrá esta sala.

Ahora bien, lo concerniente a la supuesta vía de hecho cometida por la Juez accionada en lo relativo a la realización por ella misma de una liquidación de un crédito aplicando sus conocimientos, esta Sala considera que no existe vulneración alguna al debido proceso pues con ello no se apartó del objeto del proceso ni de las normas y medios de prueba aplicables al caso y su actitud está enmarcada dentro del ejercicio intelectual que se le permite a ella y es amparado por los principios de autonomía e independencia que rigen la actividad judicial. Por lo tanto, con respecto a este punto, NO es procedente la acción de tutela.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2012-00277-00) del 27 de noviembre de 2012, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: concede, parcialmente, el amparo solicitado.

EJECUCIÓN CONTRA LAS ENTIDADES PÚBLICAS – El mandamiento de pago debe ser denegado cuando no han transcurrido los 18 meses que exige el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 85, 336, 392 y 488; Código Contencioso Administrativo, artículos 177 y 179.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El día 05 de diciembre de 2011, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buga (V), emite un auto por medio del cual decide acoger como definitivo el dictamen emitido en el proceso de expropiación propuesto por el INCO contra la sociedad JULIO CESAR ARISTIZABAL & CIA S EN C.S y relativo al valor de la indemnización a pagar al demandado, la cual se tasó en la suma de \$4.109.146.132.

Dicha providencia fue notificada por estado el día 09 de diciembre del 2011 y contra ella se interpuso, por la demandante, el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, por auto de 07 de febrero del 2012, se resolvió no reponer el auto No 747 del 05 de diciembre de 2011 y no se concedió la apelación por no ser la providencia objeto de tal recurso. Este auto fue notificado por estado el día 09 de febrero del 2012.

El día 01 de marzo del 2012, la apoderada judicial de la sociedad JULIO CESAR ARISTIZABAL & CIA S EN C.S solicita al A Quo el inicio del trámite de ejecución para el cobro de la indemnización contra el INCO.

El día 15 de marzo del 2012, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buga se abstiene de darle trámite a la solicitud de ejecución, aduciendo que no se había transcurrido el término de 18 meses de que trata el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

La apoderada judicial de la sociedad JULIO CESAR ARISTIZABAL & CIA S EN C.S interpone el recurso de alzada argumentando que la norma aplicable es la indicada en el artículo 179 del Código Contencioso Administrativo y no las indicadas por el A Quo, ya que se trata de una providencia judicial civil y no una contencioso administrativa que es, según el concepto de la apoderada del recurrente, a la que se aplica lo indicado en el artículo 177 del citado código.

De acuerdo con lo anterior se tiene que:

- ejecución son de:
- I. Las obligaciones que generan procesos de ejecución son de:
 - a. Dar dinero;
 - b. Dar cosa diferente a dinero;
 - c. Hacer; y
 - d. No hacer.

Las condenas a que se refiere el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo son aquellas relativas a obligaciones de dar sumas líquidas de dinero.

Las otras condenas a las que hace alusión el artículo 179 del Código Contencioso Administrativo son las que tienen que ver con obligaciones diferentes a dar dinero, como son las de dar cosa diferente a dinero, de hacer o de no hacer, y es a ellas a las que se les aplica lo normado en los artículos 334 y 339 del C. P. C.

Así las cosas, se debe tener en cuenta que la obligación que se pretende cobrar por

vía ejecutiva en este proceso hace referencia a dar una suma líquida de dinero, como lo es la de \$4.109.146.132, por lo que debe atemperarse a lo normado en el artículo 336 del C. P. C. en concordancia con lo señalado en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, o sea que tal ejecución es procedente una vez vencido el término de los 18 meses previsto como plazo para poder promoverse la ejecución, sin en ese tiempo no se ha hecho el pago.

Como el plazo se cuenta a partir de la ejecutoria de la providencia que señala la obligación y no de la sentencia expropiatoria, en el presente caso se tiene que ese plazo se cuenta a partir del 05 de diciembre de 2011 y que para el día 1 de marzo del 2012 había transcurrido aproximadamente tres meses, lapso de tiempo muy inferior al previsto en la norma antes indicada, o sea los 18 meses, por lo que la obligación a esa fecha no era exigible, incumpliendo con uno de los tres (3) requisitos indicados en el artículo 488 del C. P. C., lo cual genera la negativa del mandamiento de pago, tal como lo hizo la juez de primera instancia.

En este orden de ideas, es clara la violación a la exigencia prevista en el artículo 488 del C. P. C., ya que no es aún exigible la obligación que se pretende cobrar en este proceso, pues vence el 05 de junio del 2013, circunstancia por la cual trajo como consecuencia lógica que la a quo se abstuviera de darle trámite a la solicitud de ejecución, lo cual fue acertado en la decisión plasmada en el auto de marzo 15 de 2012, por lo cual se confirmará tal determinación.

Auto de segunda instancia (2008-00046-01) del 28 de noviembre de 2012, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: confirma el auto apelado.

DIVORCIO - La ayuda económica y el apoyo moral a distancia no impiden decretarlo cuando la separación de hecho ha perdurado por más de dos años/CÓNYUGES – No pueden, de manera unilateral o consensuada, desconocer el deber de la convivencia.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 25 de 1992, artículo 6, numeral octavo; Código Civil, artículos 176 a 179; Código de Procedimiento Civil, artículo 177.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 168 del 13 de mayo de 1988, ponencia del magistrado Héctor Marín Naranjo y 2007-00152-01 del 29 de julio de 2011, ponencia del magistrado Edgardo Villamil Portilla.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el *Sub lite*, como fluye del compendio de los antecedentes, el actor pretende se decrete el divorcio del matrimonio civil del que da cuenta la prueba reseñada, con base en la causal prevista en el numeral 8º del artículo 6º de la Ley 25 de 1992, consistente en “La separación de cuerpos o de hecho que haya perdurado por más de dos (2) años”, fundado en haber fijado su residencia en la ciudad de Londres – Inglaterra desde hace más de 8 años, sin haber retornado a este país. Por su parte la demandada se opone al divorcio, alegando que la separación se dio de mutuo

acuerdo y en busca del bienestar de la pareja, al punto que su esposo le ha ayudado económicamente y ha estado en permanente contacto con ella.

Luego, los problemas jurídicos que plantea la alzada se circunscriben a determinar ¿si las ayudas económicas y el apoyo moral desde la distancia impiden que estando establecida la separación de hecho por más de 2 años pueda decretarse el divorcio? y ¿si el deber de vivir juntos a cargo de los esposos puede ser desconocido unilateralmente o de mutuo acuerdo entre ellos?

A efectos de dar respuesta a los anteriores planteamientos, debe precisarse que con la celebración del contrato matrimonial, surgen para los contrayentes una serie de derechos y deberes recíprocos con proyecciones en el ámbito personal y patrimonial. Así, los cónyuges están obligados a vivir juntos, a guardarse fe, a respetarse, a socorrerse y a ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida (arts. 176 y 178 C.C.). Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento precisó:

...del matrimonio surgen una serie de vínculos que son indispensables para la pervivencia de la vida común y que hacen parte de las denominadas relaciones de familia; de ello, precisamente, dan cuenta los artículos 176 a 179 del Código Civil, que imponen a los cónyuges la necesidad de “guardarse fe”, “socorrerse”, “ayudarse mutuamente”, ejercer “la dirección del hogar”, “vivir juntos”, “ser recibido en la casa del otro” y “subvenir a las ordinarias necesidades domésticas”. Se trata, en lo fundamental, de las relaciones personales que permiten a los contrayentes asegurar que el vínculo matrimonial permanezca firme, a pesar del tiempo y de las adversidades que le son propias.

Y como la familia es el núcleo de la estructura social, y su protección es una de las funciones esenciales del Estado, el ordenamiento jurídico no deja en manos de los particulares el gobierno arbitrario de esas relaciones de familia, sino que establece deberes y derechos a través de normas de orden público que propenden, precisamente, por hacer que el matrimonio cumpla las expectativas que en él se fincan. (Negrilla fuera de texto)

Respecto de la causal octava aludida debe señalarse que para su procedencia es suficiente con demostrar que los esposos han durado en estado de separación de cuerpos, de hecho o por decisión judicial, un tiempo superior a dos (2) años, sin que sea necesario para que prospere el divorcio por esta causal demostrar cuál de los cónyuges dio origen a la separación, toda vez que se abstrae el concepto de culpabilidad, teniendo en cuenta que se la ha catalogado como una causal meramente objetiva. Así, esta puede invocarse conjunta o separadamente por los cónyuges e impone en su definición la exclusión de las circunstancias subjetivas por la que se produjo el alejamiento de la pareja pues su fin es remediar la situación anómala del vínculo conyugal y no emitir juicios de valor con efectos sancionatorios.

En este sentido y acorde con el principio de la carga de la prueba previsto en el artículo 177 del estatuto procesal civil, incumbe a quien la invoca probar el

supuesto de hecho que la norma exige, es decir, la separación y en el caso de ser de hecho, su prolongación en el tiempo por más de dos años.

Para lograr tal propósito a instancia del demandante se recibieron las declaraciones de las señoras CARMENZA RAMÍREZ SANTA y MARÍA DORIS GARCÍA DE ÁNGEL, quienes al unísono manifestaron que el demandante se mudó a Londres hace aproximadamente 8 años en busca de una oportunidad de trabajo, y desde allí le enviaba dinero a la demandada para su sostenimiento y además para que construyera la casa de ambos.

Por su parte la demandada MARÍA ENOILSE GIRALDO ACOSTA rindió interrogatorio de parte en el que manifestó que el demandante viajó desde el 26 o 27 de septiembre de 2004 y desde entonces no ha regresado a Colombia; la comunicación era vía telefónica y por Internet, él le enviaba fotos, detalles, videos y dinero para que construyeran la casa, también ha sido quien ha velado por su manutención. Pese a que no tenían contacto físico estaban conectados espiritualmente, siempre lo esperó juiciosamente, el trato siempre fue cariñoso e incluso le decía que la extrañaba mucho.

De similar contenido es la declaración del testigo JOSÉ URIEL ACOSTA SERNA, quien a instancia de la demandada afirmó que el demandante se trasladó a Londres hace aproximadamente 8 años en busca de un mejor porvenir para ambos, y desde allí veló por el sostenimiento de la demandada hasta hace más o menos un año que no volvió a girar y la dejó desamparada

Pues bien, analizadas las declaraciones reseñadas bajo las reglas de la sana crítica, establece esta Sala de Decisión que estuvo acertada la decisión apelada en cuanto decretó el divorcio de los cónyuges en mención, pues como viene de verse, pese a que la separación fue de mutuo acuerdo y ha habido contacto y un soporte moral y económico desde la distancia, lo cierto es que el matrimonio comporta una obligación para los esposos de vivir juntos que aquí se ha echado de menos, además la separación de hecho se ha prolongado por un lapso de 8 años que supera ampliamente el término de 2 establecido en la ley.

Al efecto luce muy inclusive un pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que frente al deber de los esposos de vivir juntos precisó:

Entre las obligaciones fundamentales de los esposos se halla la de que deben vivir juntos, a la que corresponde el derecho correlativo que cada cónyuge tiene a ser recibido en la casa del otro. Tal lo que impera en artículo 178 del C.C. Además, sin el acatamiento de dicha obligación no es posible dirigir conjuntamente el hogar ni que se den los esposos, y en relación con los hijos, la ayuda y protección en todas las circunstancias de la vida. Es pues, la comunidad de vida uno de los elementos primordiales de la razón de ser del matrimonio y, por ende, su preservación importa al orden público, por lo que los cónyuges no pueden renunciar a realizarla.

Significa lo anterior que la obligación de vivir juntos, que emerge desde el día en que los esposos contraen el vínculo conyugal, no puede ser, ni desconocida de modo unilateral por alguno de ellos, ni tampoco por decisión

bilateral o de común acuerdo, salvo, en el primer caso, que haya un motivo que legalmente justifique semejante proceder, o, en la segunda hipótesis, que el acuerdo se encauce con sujeción a lo que el ordenamiento establece, como cuando se acude a la separación de cuerpos por mutuo consentimiento, forma de separación incorporada en la actual reglamentación de la materia. (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, y pese a la vehemencia con que el recurrente planteó su alzada, lo cierto es que la causal de separación de hecho por más de dos años que abre paso al divorcio en el asunto *sub exámine* sí se configuró, pues de las pruebas recaudadas para la Sala no queda duda que los esposos se encuentran separados desde hace aproximadamente 8 años sin que entretanto haya habido contacto físico alguno.

Pero además advierte la Sala que no puede predicarse, como lo pretende el censor, que las ayudas económicas y el apoyo moral desde la distancia puedan suplir las otras imposiciones de ley a cargo de los cónyuges, dentro de la que se resalta el deber de “vivir juntos” que aquí se ha echado de menos desde cuando el demandante partió con rumbo a Europa, lo que con el trascurso del tiempo, ineluctablemente, abrió paso a la configuración de la causal por la que aquí se decretó el divorcio.

Baste entonces lo anteriormente expuesto para concluir que la sentencia objeto de apelación debe mantenerse, por encontrarse ajustada a derecho.

Sentencia de segunda instancia (2011-00603-01) del 30 de noviembre de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

UNIÓN MARITAL DE HECHO – Relevancia probatoria de la declaración notarial de convivencia hecha por uno de los compañeros/UNIÓN MARITAL DE HECHO – La vigencia de una sociedad conyugal anterior no impide, en modo alguno, la declaración de su existencia.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 54 de 1990, artículos 1 y 2.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, decisión 2001-00451 del 10 de abril de 2007, ponencia del magistrado Pedro Octavio Munar Cadena; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 16059 de junio 22 de 2011, ponencia del magistrado Felipe Francisco Borda Caicedo.

TESIS DE LA DECISIÓN:

No bien se establece un parangón entre las anteriores directrices legales y la especie de que cuyo estudio se ocupa ahora la Sala, y salta a punto la conclusión de que las pretensiones de la demanda -cual lo determinó el *a-quo* en la sentencia apelada- están llamadas a recibir despacho favorable, toda vez que en el expediente obran pluralidad

de elementos probatorios de los cuales emerge certeza en torno a que entre MARIA DEL CARMEN MORENO SANCHEZ y el hoy fallecido WILLIANS DE JESUS RESTREPO OSORIO existió una convivencia o comunidad de vida permanente y singular a partir del mes de agosto de 2002, la cual se prolongó hasta cuando falleció éste, hecho acaecido el 24 de agosto de 2008.

El aludido acervo probatorio lo encabeza la declaración que el propio WILLIANS DE JESUS RESTREPO OSORIO rindió en vida ante la NOTARIA PRIMERA DE PALMIRA el 29 de enero de 2004, en el sentido de que desde ocho años atrás “...convivo en unión libre y bajo el mismo techo con MARIA DEL CARMEN MORENO DE CARACAS...”, compañera suya quien, agregó, “...se desempeña en el hogar...” (folio 24 fte. cdo. 3o).

Acerca del poder suasorio proveniente de una declaración hecha bajo juramento ante notario público, como la antes mencionada [cuya copia auténtica fue incorporada al proceso por gestión oficiosa del juez a-quo, y luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes -auto del 25-06-2010- ninguna objeción sobre su autenticidad recibió por parte de éstas], la Sala considera pertinente destacar que en procesos como el que éstos autos exteriorizan , cuando uno de los supuestos compañeros permanentes ha muerto, el medio probatorio que suele dejar más tranquila la conciencia del juzgador a la hora de decidir la suerte de las pretensiones allí agitadas es justamente la manifestación hecha en vida a través de documento público por el compañero fallecido en torno a su convivencia con la persona que, en la demanda, reivindica su condición de compañero(a) permanente. Un acto de esa laya, sin duda, tiene un grado de credibilidad superlativo. Y si a ella se suma otro u otros otros elementos probatorios que la coadyuven o robustezcan, tal declaración adquiere ribetes de prueba irrefragable.

(...)Al articular los anteriores elementos de convicción con la declaración que bajo juramento rindió WILLIANS DE JESUS RESTREPO ante la Notaria Primera de Palmira, fuerza es concluir que no hay duda alguna acerca de la existencia de la unión marital de hecho objeto de escrutinio en el presente proceso, misma que por haberse prolongado por más de dos años luego del deceso de la señora BLANCA LILIA CORREA TRUJILLO, quien estuvo casada con aquel [fallecimiento que tradujo la disolución de la sociedad conyugal que por ese hecho se había conformado entre los mencionados cónyuges], impone declarar, igualmente, la existencia de la SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES que a partir del día siguiente a dicha disolución [04-12-2003], y hasta el 24 de agosto de 2008 [cuando falleció WILLIANS DE JESUS RESTREPO OSORIO] conformaron éste y la demandante MARIA DEL CARMEN MORENO SANCHEZ.

(...)Como en precedencia se dijo, los elementos probatorios incorporados al proceso no dejan duda en torno a que fue a partir del mes de agosto de 2002 que MARIA DEL CARMEN y WILLIANS DE JESUS iniciaron su convivencia permanente y singular, como marido y mujer, y que ésta se prolongó hasta cuando ocurrió el deceso del segundo de dichos compañeros permanentes (24-08-2008).

El a-quo, incluso, en la parte expositiva de la sentencia apelada dejó puntualizado que la relación amorosa de la pareja de marras “...tuvo suceso desde mediados de los años 1990...” (folio 182 fte. cdo. 1o). Sin embargo, a vuelta de subrayar que la sociedad conyugal que RESTREPO OSORIO tenía vigente con la señora BLANCA LILIA CORREA apenas vino a disolverse el 3 de diciembre de 2003 [con ocasión del

óbito de dicha señora], decidió en dicha providencia declarar la existencia -tanto de la unión marital como de la sociedad patrimonial- a partir del día siguiente a dicha disolución, señalamiento temporal que mirado respecto de la sociedad patrimonial ninguna glosa merece. Pero que, frente a la UNION MARITAL DE HECHO, constituye clamoroso desbarro, toda vez que si bien la vigencia de una sociedad conyugal anterior por parte de alguno -o ambos- compañeros permanentes constituye escollo legal para el surgimiento de la sociedad patrimonial, tal cosa jamás puede predicarse de la existencia de la unión marital de hecho, pues como lo tiene puntualizado ésta Sala,

“...[A] riesgo de plasmar una obviedad, entonces, hay que decir que se trata de dos institutos diferentes; esto es, que una cosa es la unión marital de hecho y otra la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes; que unos son los requisitos para la declaración judicial de existencia de la UNION MARITAL DE HECHO, y otras las requisitorias para que proceda declaración judicial de existencia de SOCIEDAD PATRIMONIAL. Y, por lo demás, que es posible que exista entre una determinada pareja UNION MARITAL DE HECHO, pero que de ella no surja SOCIEDAD PATRIMONIAL, como sería el caso del hombre y la mujer cuya comunidad de vida cumple todas las exigencias del artículo 1o de la ley 54, pero que no satisface alguna de las exigencias adicionales del artículo 2o. *Exempli gratia*: CARLOS y MARIA, sin estar casados entre sí, y sin impedimento alguno para contraer matrimonio, sostienen una convivencia permanente y singular, la cual, sin embargo se prolonga por un lapso inferior a dos años. Allí habría lugar a declarar UNION MARITAL DE HECHO pues se reúnen los requisitos del artículo 1 de la Ley 54 de 1990; sin embargo, no procedería la declaración de existencia de SOCIEDAD PATRIMONIAL ante la ausencia de uno de los requisitos que enlista el artículo 2o de la mentada ley, a saber, el referente a los dos años -como mínimo- de convivencia...” (Expediente 76-736-31-84-001-2007-00077-01. Consecutivo interno 16.059. Magistrado ponente FELIPE FRANCISCO BORDA CAICEDO).

De ahí que, dijo la Sala en otra oportunidad,

“...(..) también es posible que, entre una misma pareja, despunte unión marital de hecho durante un determinado lapso [allí incluido, por ejemplo, el período en el cual uno de los compañeros tenía una sociedad conyugal anterior sin disolver, circunstancia que, como ya se vio, impide apenas el surgimiento de sociedad patrimonial], pero que la sociedad patrimonial abarque un lapso menor al de la unión marital, como cuando estando en marcha la unión marital de hecho se procede a disolver la sociedad conyugal anterior que uno de los compañeros tenía conformada con un tercero. Hipótesis ésta que justamente deja ver el yerro en que incurrió el juez de primera en la sentencia *subexámine*, toda vez que si el análisis conjunto de las pruebas recepcionadas en el proceso demuestra que CLAUDIA MARCELA AGUDELO VALENCIA y LUIS FERNANDO SALAZAR GIRALDO “...convivieron desde mayo de 1999 hasta el 24 de mayo de 2007...”, como con total nitidez lo dejó asentado en el aludido fallo, debió proceder a declarar durante ese lapso la existencia de UNION MARITAL DE HECHO entre aquella pareja, pues

el hecho de que apenas hasta el 27 de enero de 2004 se hubiese proferido la sentencia de divorcio que disolvió la sociedad conyugal que LUIS FERNANDO SALAZAR GIRALDO tenía conformada con la señora OLGA BEATRIZ QUINTERO, solo tiene incidencia a la hora de determinar la existencia y lapso de duración de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes...” (Radicación No. 76-736-31-84-001-2007-00077-01. Consecutivo interno 16.059. Magistrado ponente FELIPE FRANCISCO BORDA CAICEDO).

Con todo, por fuerza del principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*, el equivocado señalamiento del punto de partida de la UNION MARITAL DE HECHO plasmado en la sentencia de primera instancia permanecerá intangible en ésta instancia superior, toda vez que la parte afectada con ello, demandante, no exteriorizó inconformidad alguna respecto de ella, y no podría hacérsele más gravosa la situación al único extremo apelante en segunda instancia, extendiendo el ámbito temporal de la unión marital en beneficio de la no recurrente.

Sentencia de segunda instancia (16798) del 04 de diciembre de 2012, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

AGENCIAS DE LAS SOCIEDADES – Sí tienen, en el caso previsto en el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil, legitimación para concurrir al proceso/RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL – De esta índole es la acción que deben promover las personas, herederas o no, agraviadas por el fallecimiento de la víctima/COMERCIALIZACIÓN DE MOTOCICLETAS – No constituye actividad peligrosa.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 49 y 23, numeral séptimo; Código de Comercio, artículo 264; Código Civil, artículo 2356.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, entre otras, decisiones del 12 de mayo de 1977, ponencia del magistrado Alberto Ospina Botero, del 25 de junio de 1999, del 11 de agosto de 1997, ponencia del magistrado José Fernando Ramírez Gómez, del 30 de junio de 2005 (1998-00650-1), ponencia del magistrado Jaime Alberto Arrubla Paucar y del 25 de enero de 2008 (2005-00103-01), ponencia del magistrado William Namén Vargas.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El fundamento axial del juzgado *a-quo* para desestimar las pretensiones de la demanda consiste, según atrás se vio, en que VALLEMOTOS PALMIRA es una “*agencia*” de la sociedad SUKYMOTO S.A. en esa ciudad, y como tal, es apenas un establecimiento de comercio sin personalidad jurídica, lo cual significa que carece de capacidad para ser parte, razón por la cual “...no se encuentra legitimada en la causa por pasiva para ser parte en este proceso, ni tiene capacidad jurídica para adquirir derechos, ejercerlos, ni para contraer obligaciones, como consecuencia no puede ser responsabilizada...”.

Ab initio se observa en ese discernimiento un clamoroso desbarro, pues luego de echar de menos el presupuesto procesal de “capacidad para ser parte”, el cual atañe a “...la debida representación de los sujetos entre quienes se ata la relación jurídico procesal” (CXXIX, 26)...”, y cuya ausencia, bien sabido es, apareja fallo formal o inhibitorio [que no desestimatorio], se le terminó confundiendo con un presupuesto -ya no procesal- sino del buen suceso de la pretensión, como es “la legitimación en la causa”, la cual -por el extremo pasivo- reputóse ausente, lo que condujo a “...denegar las pretensiones...” agitadas en el proceso.

Ahora: ubicándonos en el campo específico de las sociedades, sin desconocer que según el artículo 264 del Código de Comercio las agencias de éstas son consideradas como sus “establecimientos de comercio” en los lugares donde funcionan, la Corte Suprema de Justicia, tomando pivote en la nítida preceptiva del artículo 49 del C. de P. Civil, ha precisado que si en tales lugares la sociedad no constituye un apoderado “con capacidad para representarla en los procesos relacionados con ellas o sus dependientes”, el empleado de la agencia que tenga su dirección [o administración, que es lo mismo] “llevará” aquella representación judicial “en los lugares donde establezcan sucursales o agencias”, en los procesos que versen sobre asuntos relacionados con éstas.

En esclarecedora sentencia del 12 de mayo de 1977, en efecto, la Corte discurrió dentro del siguiente universo:

(...)6. Ahora, cuando el Código de Comercio actual reglamentó lo relacionado con las sucursales y agencias y dijo que las primeras son establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de sus negocios sociales, administradas por mandatario con facultades para representarlas (art. 263) y expresó respecto de las segundas que son establecimientos de comercio cuyos administradores carecen de poder para representarlas, aludió, en términos generales, a un criterio de distinción entre unas y otras, pero en manera alguna quiso eliminar la representación judicial establecida para las agencias en las eventualidades de que trata el artículo 49 del C. de P. Civil...” (Sala de Casación Civil, sentencia del 12-05-1977, magistrado ponente Dr. ALBERTO OSPINA BOTERO).

A modo de complemento cabe reiterar que el numeral 7 del artículo 23 dispone que “...en los procesos contra una sociedad es competente el juez de su domicilio principal; pero cuando se trate de asuntos vinculados a una sucursal o agencia, serán competentes, a prevención, el juez de aquel y el de ésta...”, prescripción legal que, sin ambages, apunta a que el juez del domicilio de la agencia es también competente para conocer de procesos seguidos contra la sociedad, cuando éstos, como aquí ocurre, versan sobre asuntos relacionados con dicha agencia. Y, por supuesto, articulando ésta preceptiva con lo que dispone el artículo 44 *ejusdem*, no aflora discusión alguna que -en tal caso- la sociedad puede ser representada válidamente por los administradores de sus agencias en los procesos judiciales que cursen en los lugares donde éstas funcionan.

Lo hasta aquí expresado, entonces, autoriza concluir que el señor DIEGO OLAVE GRAJALES, en su acreditada calidad de administrador de VALLEMOTOS PALMIRA, agencia de SUKIMOTO S.A. en la ciudad de Palmira, tiene indiscutida aptitud para comparecer al presente proceso como representante de la susodicha sociedad, pues el Certificado de la Cámara de Comercio adosado a la demanda (folio 7 cdo.

1o) nada dice acerca de que la representación judicial de la sociedad, en la ciudad de Palmira, haya sido delegada a otra persona, amén que la controversia aquí subyacente está relacionada con la mentada agencia, pues fue en ésta donde la víctima efectuó la compra del velocípedo de marras.

Ahora bien: si se mira la demanda que dio génesis al presente proceso estrictamente a la luz de los términos en ella utilizados, podría pensarse que a quien se convocó para contradecir las súplicas impetradas no fue a la sociedad SUKIMOTO S.A., sino a su agencia en Palmira, “VALLEMOTOS PALMIRA”, y que desde esa perspectiva se impone despachar desfavorablemente tales pretensiones.

Empero, una lectura integral a dicho libelo pone prontamente de presente que a pesar de su desafortunada redacción, particularmente en las pretensiones allí incoadas [en la cuales hasta se confunde “*perjuicios morales*” con “*lucro cesante y daño emergente*”], las cosas no deben discurrir de ese modo. Primeramente porque es apodíctico que la torpe expresión de las ideas por parte de los apoderados judiciales no tiene porqué sacrificar el derecho sustancial reclamado por sus mandatarios; y adicionalmente, porque al entrelazar los hechos y documentos que soportan aquellas pretensiones, adviene claridad en torno a que quien realmente vendió la motocicleta a la cual se le atribuyen elementos defectuosos que ocasionaron el accidente en el cual perdió la vida el hijo de los demandantes, y a quien, por ende, con prescindencia de las palabras utilizadas se le hace la imputación de culpabilidad en ese hecho, es a SUKIMOTO S.A. y no a la agencia de ésta en Palmira, por cuyo intermedio la referida venta se materializó.

En tales condiciones, esto es, decantado que en el *subexámine* concurren a cabalidad los presupuestos procesales [incluyendo el de “*capacidad para ser parte*”], y que la SOCIEDAD SUKIMOTO S.A. es la llamada a resistir las pretensiones indemnizatorias incoadas por los demandantes, se impone para el Tribunal el análisis de fondo al asunto sometido a composición judicial.

En esa tarea, prioritario se torna puntualizar que si bien entre el hijo de los demandantes [víctima] y la persona moral demandada existió una relación contractual, concretamente un contrato de compraventa en virtud de la cual el primero adquirió a la segunda la motocicleta tantas veces mencionada, es incontestable que los demandantes actúan en el presente proceso *iure proprio*, pues la indemnización cuyo abono reclaman por causa de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que experimentaron a raíz del intempestivo deceso de su hijo HARVY ZUÑIGA DIAZ es directamente para ellos, lo cual traduce que bajo la égida de la responsabilidad civil extracontractual es como corresponde analizar y decidir la suerte de sus pretensiones, desde luego que “...[C]uando la víctima directa de un acto lesivo fallece por causa del mismo, todas aquellas personas, herederas o no, que se ven agraviadas por su deceso, están habilitadas para reclamar la reparación de los daños que por esa causa recibieron, mediante acción en la cual actúan iure proprio, puesto que, por su propia cuenta reclaman el abono de tales perjuicios, y siempre es de índole extracontractual, ya que así la muerte del perjudicado inicial se origine en la inobservancia de obligaciones de índole negocial, el tercero damnificado, heredero o no, no puede ampararse en el contrato e invocar el incumplimiento de sus estipulaciones para exigir la indemnización del daño que personalmente hubiere sufrido con el fallecimiento de la víctima-contratante, debiendo situarse, para tal propósito, en el campo de la responsabilidad extracontractual...” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación

Civil, sentencia del 30-06-2005, magistrado ponente Dr. JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR. Expediente No. 68001-3103-005-1998-00650-01).

Como es obvio, el buen suceso de dicha acción depende de que en el proceso aparezcan debidamente acreditados (i) el daño; (ii) el hecho intencional o culposo imputable al demandado, y (iii) el nexo causal entre éstos. A la sazón, retomando la voz autorizada de la Corte en el fallo acabado de citar- *“...la viabilidad de una pretensión de esa laya obliga al reclamante a comprobar los elementos que dan nacimiento a la obligación de reparar en la que se traduce la antedicha responsabilidad, presupuestos que tradicionalmente han sido identificados como la culpa del agente, el daño sufrido por la víctima, y el nexo causal entre aquélla y éste, salvo que por obrar presunción respecto de alguno de ellos, como ocurre en ciertos casos con la culpa y el daño, la carga probatoria en comentario se vea modificada...”*.

Al hacer descender los anteriores postulados a la especie de cuyo estudio se ocupa la Sala, es dable asegurar con llaneza que respecto de la sociedad demandada no gravita presunción de culpabilidad alguna, toda vez que el giro habitual de sus operaciones mercantiles [*“...comercialización de motocicletas...”*] no constituye una de aquellas actividades conocidas como PELIGROSAS, cuya más significativa exteriorización se presenta cuando el hombre, al desarrollar una determinada labor, utiliza o adiciona una *“fuerza extraña”* que, al aumentar la suya, rompe el equilibrio que antes existía con los asociados, colocando a éstos *“...en inminente peligro de recibir lesión...”* a pesar que la tarea o actividad *“...se desarrolle observando toda la diligencia que ella exige...”*, y que, precisamente al crear una situación de desventaja tan palmaria, el artículo 2356 el C. Civil autoriza presumir *“...la culpa en el autor del daño que a su vez genera la actividad peligrosa, sin que ello implique modificar la concepción subjetiva de la responsabilidad, pues aún dentro del ejercicio de la actividad peligrosa ésta se sigue conformando por los elementos que atrás se identificaron, pero con una variación en la carga probatoria, porque demostrado el ejercicio de la actividad peligrosa ocasionante del daño, la culpa entra a presumirse en el victimario...”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 25-10-1999, expediente No. 5012)

No existiendo, entonces, presunción de culpabilidad respecto de la sociedad demanda, adviene inconcuso que sobre los demandantes gravitaba la carga de probar la culpa que le enrostraron a ésta, así como su relación causal con los daños que han experimentado por causa de la muerte de su hijo HARVY. En otras palabras: era de su incumbencia acreditar cabalmente: (i) el hecho sobre el cual descansa la imputación de culpabilidad enrostrada a la sociedad demandada, consistente, recuérdese, en que ésta vendió a su malogrado descendiente la motocicleta en la que se accidentó y perdió la vida con elementos defectuosos, concretamente, *“...malos componentes metálicos...”* en la manzana o campana de la llanta trasera; (ii) el daño a ellos irrogado, y (iii) la ya mencionada relación de causalidad, esto es, que fue aquel hecho lo que produjo el resultado dañoso, toda vez que como lo ha recordado en muchedumbre de pronunciamientos el órgano límite de la jurisdicción ordinaria, *“...toda ‘decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso’, sujetas a su valoración racional e integral ‘de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos’ (artículos 174 y 187 C. de P.C.), correspondiendo al demandante y no al juez la carga probatoria (actori incumbit probatio) con elementos probatorios idóneos, y*

sujetos a contradicción y, en contrapartida, al demandado demostrar in contrario (reus in excipiendo fit acto), pues, al tenor del artículo 177 del C. de P.C. ‘incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen’, cuestión que en la autorizada opinión de Francisco Carnelutti ‘se desarrolla en procura de demostrar los supuestos fácticos que sustentan su proposición. También la noción de carga de la prueba incluye para el juzgador una regla de juicio que le indica cómo debe fallar cuando no encuentra la demostración de los hechos en que se fundamenta la pretensión o la excepción’ y ‘se traduce en la obligación del juez de considerar existente o inexistente un hecho según que una de las partes le ofrezca o no la demostración de su inexistencia o de su existencia’ (La Prueba Civil, Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 219 ss.)” (cas. civ. sentencia de 25 de enero de 2008, [SC-002-2008], expediente 00373)...” (sentencia del 09-09-2010, magistrado ponente Dr. WILLIAM NAMEN VARGAS, expediente No. 17042-3103-001-2005-00103-01).

Y ocurre que, como pasa a verse, en el *dossier* no milita soporte probatorio fehaciente en torno al hecho que cimenta la imputación de responsabilidad civil enrostrada por los actores a la sociedad demandada [a saber, “...malos componentes metálicos...” en la manzana o campana de la llanta trasera de la moto que vendió al hijo de aquellos], de lo cual se sigue, inevitablemente, el colapso de las pretensiones resarcitorias impetradas.

En efecto, si bien no hay duda acerca de la fractura parcial de la mentada pieza, resulta imposible afirmar -con la certeza que exige toda decisión judicial- que ese hecho fue la causa del siniestro. Mucho menos puede concluirse que aquella fractura se produjo por fallas en su fabricación, o como lo plantearon los actores en su escrito inaugural, por “...mala calidad de la precitada motocicleta...”, más exactamente “...malos componentes metálicos...” en la manzana o campana de su llanta trasera. Con cuánta mayor razón si se tiene en cuenta la actividad riesgosa que en ese momento desarrollaba la víctima [conducción de una moto en una carretera de alto tráfico automotor, como lo es la denominada “*recta Cali-Palmira*”]. Pudo, en cambio, ese rompimiento ó fractura, ser uno de los efectos o resultantes del accidente, como cuando el estallido de una llanta es consecuencia del impacto a que se le sometió. O, como entre otras de las posibles causas puestas de presente en el dictamen pericial rendido por el Ingeniero Mecánico Ms.C. de la Universidad del Valle [previo examen a la multicuada pieza], “...por sobrecarga...”, o “...golpes o impactos...”, o “...por exceso de tensión en los radios...”, pues, destacó el perito, “...no se encontró rastros de recalentamiento ni defectos internos de la pieza...”. En todo caso, agregó, “...con respecto a la calidad se puede afirmar que es buena puesto que no se observaron defectos de fabricación. También al observar las superficies de fractura no se observaron defectos que pudieran existir en el interior del material...” (folio 5 fte. cdo. ib.).

De otro lado, el informe o “*croquis*” del accidente (folio 20 cdo. 1o) y su posterior ampliación a la Fiscal 52 Seccional de Palmira (folio 16 cdo. ib.), en cuanto menciona como causa probable del mismo “...rotura campana freno trasero, fallas mecánicas...”, no deja de ser una simple apreciación -posterior en todo caso al siniestro, e incluso como allí mismo se reconoce, después de que la moto “...fue movida del lugar del accidente...”, proveniente del agente de la Policía de carreteras que lo elaboró [HAROLD E. TABARES NAVIA], quien por lo demás, en su declaración durante el decurso del proceso, al ser inquirido acerca de sus

conocimientos en mecánica de motos indicó que no solamente carece de ellos, sino que, precisamente por ese motivo, no realizó prueba alguna a la moto accidentada. A lo cual agregó que lo consignado por él en el multicitado informe, constituye apenas “...una causa hipotética y probable del accidente...”, pues “...a mi me toca consignar en el informe policial de accidente de tránsito una causa hipotética del accidente, y al no encontrar ningún tipo de evidencia que dé resultado colisión con otro vehículo, se asume que la causa probable al parecer es la ruptura de la campana de la llanta trasera de la motocicleta, pero no estoy diciendo que esa sea la causa del accidente...” (folio 8 fte. cdo. 2o).

Desde luego, en un marco conjetural -y por ende deleznable- como el que viene de ponerse de resalto, ni por lumbre pueden abreviar las pretensiones incoadas por los demandantes, imponiéndose, como atrás se dijo, su despacho desfavorable y por contera la confirmación del fallo de primer grado que así lo determinó, aunque no por las razones que en éste se consignaron.

Sentencia de segunda instancia (2008-00038-01) del 04 de diciembre de 2012, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

ACCIÓN CAMBIARIA – La presentación de la demanda, cuando el acreedor hace uso de la aceleración del plazo, constituye, por regla general, el punto de partida del término de prescripción para las cuotas pendientes/**INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN** – El término del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil es objetivo y no admite consideraciones de tipo subjetivo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Comercio, artículos 781, 789, 790; Código de Procedimiento Civil, artículos 90 y 91, numeral tercero.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 16 de julio de 1992, ponencia del magistrado Eduardo García Sarmiento y del 04 de julio de 2002, ponencia del magistrado Nicolás Bechara Simancas; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 14682 del 14 de julio de 2009, ponencia del magistrado Orlando Quintero García.

TESIS DE LA DECISIÓN:

A fin de precisar cómo opera la prescripción respecto de los títulos valores, el Código de Comercio en su artículo 781 diferencia la acción cambiaria directa de la de regreso, al establecer que “...[L]a acción cambiaria es directa cuando se ejercita contra el aceptante de una orden o el otorgante de una promesa cambiaria o sus avalistas y de regreso cuando se ejercita contra cualquier otro obligado...”. Y acorde con los artículos 789 y 790 del Código de Comercio la acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento, y la de regreso del último tenedor en un año contado desde la fecha del protesto o, en su caso, desde el vencimiento, o cuando concluyan los plazos de presentación.

Con todo, cuando en un título valor de la especie que en el presente proceso se ha exhibido como base de recaudo [pagaré] las partes han pactado la cláusula

aceleratoria, por voluntad del acreedor -pues ella constituye una prerrogativa para éste- la obligación dineraria que originariamente se acordó por cuotas o instalamentos se convierte en pura y simple, esto es, se hace exigible *in integrum*, produciéndose así, en punto de la prescripción de la acción cambiaria aludida en líneas anteriores, el interesante fenómeno que seguidamente se describe: respecto de las cuotas o instalamentos vencidos hasta el momento en que el acreedor hace uso de la cláusula aceleratoria, el punto de partida para la exigibilidad de su pago, y por ende, el de la contabilización del término de prescripción, corre independiente para cada una de tales cuotas. En cambio, para el resto de las cuotas -saldo de la obligación- la situación es diferente, pues por virtud de la cláusula aceleratoria ellas se convierten en “*puras y simples*”, quedando entonces en situación de pago inmediato, “...*instante desde el cual -no antes ni después- despunta el término de prescripción del compromiso en su integridad, por supuesto sin repercusión sobre la partes del crédito que, conforme a la modalidad de pago por instalamentos se hayan cancelado, estén vencidas e, incluso prescritas, toda cuenta de la independencia que las disciplina, según lo pactado. Así entonces, se reitera, que los términos para comenzar a contar la figura extintiva de la prescripción son diferentes en cada una de las cuotas, al igual que con relación al capital que por virtud de la aceleración del plazo se hace, a partir de entonces -no antes-exigible...*”.

O sea: para el resto de la obligación, vale decir, para las cuotas pendientes al momento en que el acreedor hace uso de la aceleración del plazo, el punto de partida para el conteo del término prescriptivo lo constituye, por regla general, la presentación de la demanda. A la sazón, la facultad que para el acreedor representa la cláusula aceleratoria solo puede producir efectos respecto del deudor a partir del momento en que aquél le indica a éste que la ha ejercitado, extinguiéndose a partir de ese momento el plazo inicialmente pactado. Y ello generalmente se exterioriza con la presentación de la demanda, a menos que se demuestre que la manifestación de voluntad de hacer operante la cláusula aceleratoria se hizo con antelación, circunstancia en virtud de la cual se tendrá extinguido el plazo desde ese instante.

Lo hasta aquí dicho, por lo demás, desnuda el ostensible yerro en que incurrió la demanda que dio génesis al presente proceso, al aglutinar en una sola suma -bajo el rubro de “*capital*”, por la cual se pidió librar mandamiento de pago- tanto las cuotas semestrales que estaban vencidas al momento de su presentación como la que aun no lo estaba [pero que se hizo exigible por virtud de la cláusula aceleratoria], desbarro del que se impregnó el juzgado *a-quo* al acceder a librar mandamiento de pago en esa irregular forma, pues lo procedente, como enantes quedó puntualizado, era haber solicitado y librado mandamiento de pago por cada una de las sumas de dinero correspondientes a las cuotas que estaban vencidas al momento de la presentación de la demanda, y, también en forma individual, por los intereses moratorios que, por supuesto, habían empezado a correr respecto de cada una de ellas a partir de las distintas fechas en que, respectivamente, se hicieron exigibles. Y en forma independiente haber solicitado y librado mandamiento de pago por la única cuota que al momento de la presentación del libelo introductor no era aun exigible, pero que pasó a serlo por virtud de aceleración del plazo tantas veces comentado, más los intereses moratorios que correspondan a dicho instalamento a partir de la presentación de la demanda, que fue cuando el tenedor del título valor hizo uso de esa prerrogativa.

Ahora bien: dejando de lado lo anterior, y teniendo en cuenta que la acción cambiaria ejercitada en el presente caso es la directa, la prescripción trienal consagrada en el artículo 789 del Código de Comercio se configuraría, para las cuotas semestrales que al momento de la presentación de la demanda (11-10-2006) se encontraban vencidas, en las siguientes fechas:

- A.) La que se debió pagar el 24-12-2003, el 24-12-2006.
- B.) La que se debió pagar el 24-06-2004, el 24-06-2007.
- C.) La que se debió pagar el 24-12-2004, el 24-12-2007.
- D.) La que se debió pagar el 24-06-2005, el 24-06-2008.
- E.) La que se debió pagar el 24-12-2005, el 24-12-2008.
- F.) La que se debió pagar el 24-06-2006, el 24-06-2009.

Y para el resto de la obligación [una sola cuota, por cierto] que no se encontraba en estado de exigibilidad [pues se debía solucionar el 24-12-2006], el 24-12-2009.

Como la demanda, ya se ha dicho, fue presentada el 11-10-2006, es del caso entrar a determinar si la parte actora cumplió con la carga que le imponía el artículo 90 del C. de P. Civil para que ese hecho [presentación de la demanda] tuviese la virtualidad de INTERRUMPIR LA PRESCRIPCIÓN que de manera individual ya estaba corriendo respecto de las cuotas vencidas, y que empezó a correr frente a la que aun no lo estaba, toda vez que según lo dispone la mentada disposición legal, la sola presentación de la demanda por parte del acreedor -cuando el término de prescripción aun no se ha consolidado- interrumpe dicho término siempre y cuando el mandamiento de pago “...se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante...” de dicha providencia, por estado o personalmente. Por tanto, “...pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado...”.

Como lo revela el expediente, hubo una primera notificación del mandamiento de pago a la sociedad demandada, la cual acaeció el 21-11-2007 por conducto de la curadora que le fue designada luego de surtido emplazamiento solicitado por la parte actora (folio 117 fte. cdo. 1o). Sin embargo, ese acto notificadorio -al igual que la actuación que le antecedió- quedó invalidado por la declaración de nulidad que con fundamento en el indebido contenido del edicto el juzgado *a-quo* efectuó por auto del 04-08-2009 (folios 131 a 134 cdo. 1o), providencia judicial que, importa precisar, ninguna protesta recibió por parte del banco demandante a pesar que era susceptible de los recursos ordinarios de reposición y apelación.

Y es justamente cuando el juzgado se aprestaba a renovar la actuación invalidada que la sociedad demandada compareció al proceso notificándose del mandamiento de pago por conducta concluyente el día 07-05-2010 (folio 149 fte. cdo. ib.), y proponiendo oportunamente la excepción de prescripción de la acción cambiaria que halló prosperidad en la sentencia impugnada.

Considerando, pues, (i) la fecha de la notificación regular del mandamiento de pago a la demandada [07-05-2010]; y (ii) que con total claridad el numeral 3 del artículo 91 del C. de P. Civil dispone que “...no se considerará interrumpida la prescripción (...) 3. Cuando la nulidad del proceso comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda...”, emerge claro que la presentación de la demanda por parte del BANCO

BBVA COLOMBIA no interrumpió la prescripción de la acción cambiaria debido a que el término de un año contemplado en el artículo 90 del C. de P. Civil transcurrió sin que el auto de mandamiento de pago le fuese notificado en debida forma a la parte demandada, lo cual significa -en términos prácticos- que a pesar de la presentación del mentado libelo, el fenómeno extintivo de marras siguió corriendo hasta cuando efectivamente, y de manera regular, se notificó dicha providencia a la sociedad ejecutada, cosa que, como ya se ha dicho, ocurrió el 07-05-2010, esto es, cuando holgadamente habían transcurrido los tres años de que habla el artículo 789 del C. de Comercio, tanto para las cuotas o instalamentos que se hallaban vencidos al momento de instaurarse la demanda, como para la que aun no lo estaba, pero cuya exigibilidad se anticipó por virtud de la cláusula aceleratoria.

Esta conclusión, abrazada basilarmente en la sentencia de primera instancia al declarar probada la tantas veces mencionada excepción de prescripción de la acción cambiaria, constituye el eje central de la censura sobre la cual gravita el recurso de apelación *sub examine*, pues en contra de ese discernimiento la parte recurrente plantea que la declaración de nulidad procesal que afectó tanto el emplazamiento como la notificación del mandamiento ejecutivo a la curadora designada a la sociedad demandada no tiene porqué afectar la interrupción de la prescripción que en éste caso ocurrió con la presentación oportuna de la demanda, toda vez que, en su sentir, la elaboración del edicto por medio del cual se emplazó a la parte demandada era un acto “...de entera responsabilidad...” del juzgado, y si bien éste pudo haber elaborado “...mejor...” dicho documento, su contenido permitía establecer que a quien se estaba emplazando era “...a la sociedad (..) y no a una persona natural...”. Por tanto, agrega, la parte demandante no tuvo culpa en la nulidad, y entonces ésta no tiene porqué afectarla.

Referentemente al aludido planteamiento, la Sala razona de ésta guisa:

Se mencionó en líneas anteriores que el numeral 3 del artículo 91 del C. de P. Civil dispone que “...no se considerará interrumpida la prescripción (..) 3. Cuando la nulidad del proceso comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda...”. Pero se había hecho tangencialmente porque se quería reservar un lugar especial -ante todo por razones de orden- para estudiarlo más a espacio con ocasión de la puntual censura exteriorizada por la parte actora al apelar la sentencia de primer grado, como quiera que ese disenso involucra de manera frontal el supuesto de hecho contenido en el aludido precepto legal, en cuanto propone -la impugnación- que si bien por virtud de la mentada disposición legal la presentación de la demanda no produce la interrupción de la prescripción “cuando la nulidad del proceso comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda”, ese efecto no debe operar cuando el yerro o desvarío procesal que condujo a la nulidad del litigio [comprendiendo o abarcando la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago] ha ocurrido por causa no imputable a la parte actora.

En esa secuencia de ideas, delantamente debe señalarse que el término [un año] consagrado en el artículo 90 del C. de P. Civil para que una vez notificado al demandante el auto que admite la demanda [o el mandamiento de pago] SE LLEVE A CABO LA NOTIFICACION REGULAR DE DICHA PROVIDENCIA AL DEMANDADO, so pena de que la prescripción no se interrumpa con la sola presentación de la demanda, ES OBJETIVO, y por ende no admite consideraciones de tipo subjetivo. A la sazón, como lo han dicho unánimemente jurisprudencia y doctrina, un año

constituye término más que suficiente para que -aun en la eventualidad de que el demandado eluda la notificación personal- su demandante obtenga esa notificación, regularmente por supuesto, por la vía del artículo 320 del C. de P. Civil [notificación por aviso], o por la vía del artículo 318 del C. de P. Civil [notificación por emplazamiento].

Ahora bien: no puede perderse de vista que el atrás mencionado numeral 3 del artículo 91 del C. de P. Civil, mediante sentencia C-227 de 2009 fue declarado exequible en forma condicionada, concretamente, en el entendido que la no interrupción de la prescripción y la operancia de la caducidad allí consagrada sólo aplica cuando la nulidad se produce por culpa del demandante.

Esa declaración modulada o condicionada de constitucionalidad, empero, por expresa precisión de la Corte Constitucional está referida a un solo evento: cuando la nulidad del proceso ha tenido sustento en las causales de nulidad previstas en los numerales 1° y 2° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que, según el alto tribunal en cita, “...la consecuencia procesal que la norma impugnada hace recaer sobre el demandante diligente, resulta desproporcionada cuando el error en la selección de la competencia y/o la jurisdicción no le es imputable a él de manera exclusiva, sino que puede ser el producto de múltiples factores, que escapan a su control, como pueden ser las incongruencias de todo el engranaje jurídico, o las divergencias doctrinarias y jurisprudenciales existentes en materia de competencia y jurisdicción, y sin embargo, la carga y censura procesal sólo se imponen a él...”.

Traduce lo anterior que cuando la nulidad del proceso ha sido declarada con apoyo en causal distinta de las dos antes mencionadas, como la consagrada en el numeral 8 del artículo 140 del C. de P. Civil [“...cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado (..) del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo (..) ...”], la culpa o no del demandante en la configuración de ésta causal ninguna incidencia tiene en los efectos del tantas veces citado numeral 3 del artículo 91 del C. de P. Civil.

O lo que es lo mismo: con prescindencia de si el proceder del actor fue diligente o no para obtener la debida trabazón de la relación jurídica procesal, la nulidad instrumental por causa de no haberse notificado en debida forma el mandamiento de pago al demandado apareja el efecto previsto en la disposición instrumental que acaba de citarse, vale decir, la no interrupción de la prescripción ante la sola presentación de la demanda.

Y ello es así, no solo por virtud de los clarísimos términos de la sentencia de constitucionalidad arriba mencionada, sino porque la garantía *iusfundamental* al debido proceso sobre la que se sustenta la exigencia de notificar el mandamiento de pago al reo procesal con plena observancia de las formalidades que consagra el ordenamiento, entre ellas la alusiva al contenido del edicto de que trata el artículo 318 del C. de P. Civil [cuando por ésta vía se pretende aquella notificación], al igual que los efectos sancionatorios previstos en la ley cuando no se procede así [nulidad del proceso y no interrupción de la prescripción con la sola presentación de la demanda], mal pueden quedar supeditados o condicionados a que el incumplimiento de las anotadas garantías sea imputable al juzgado o a la parte demandante, pues aceptar ello sería tanto como ir en contravía de conocida y añosa

jurisprudencia de la Corte, según la cual *"...la notificación personal persigue hacerle saber [al demandado] el contenido de la demanda contra él entablada, brindándole la oportunidad de proponer la defensa que juzgue más adecuada, de donde se sigue que en ésta materia ha de procurarse por todos los medios posibles que de dicha demanda pueda tener conocimiento real y efectivo el enjuiciado, razón por la cual la Ley exige de los Funcionarios especial celo en la cumplida utilización de todos los instrumentos previstos positivamente para alcanzar tal propósito. Entre otros particulares significa lo anterior, que de ninguna manera se puede emplazar a un demandado sin que se hayan observado rigurosamente LA TOTALIDAD DE LAS FORMAS exigidas para utilizar este sistema excepcional de notificación, principio éste que se inspira en nociones fundamentales de las cuales ésta Sala ha hecho memoria en numerosas ocasiones, ejemplo de ellas, la sentencia de 30 de mayo de 1979 que expresa en uno de sus considerandos: "Las formalidades impuestas por la Ley para la citación o emplazamiento de cualquier demandado, trátese de persona cierta o incierta, son de muy estricto cumplimiento, porque en ellas va envuelto el derecho de defensa sin garantía del cual no es posible adelantar válidamente ningún proceso. Por tanto, LA INOBSERVANCIA DE CUALQUIERA DE ESTAS FORMALIDADES ENTRAÑA LA INDEBIDA REPRESENTACION DEL SUJETO O SUJETOS OBJETO DEL EMPLAZAMIENTO, puesto que el curador ad-litem que en tales circunstancias irregulares actúa, carece de la personería de sus presuntos representados..." (Las sublíneas y mayúsculas fuera del texto original).*

No sin razón se ha afirmado, por cierto, que siendo el EMPLAZAMIENTO un medio excepcional mediante el cual se surte la vinculación del demandado al proceso, cualquier irregularidad en torno a las formalidades previas y coetáneas que la Ley ha previsto para su surtimiento, tales como el contenido de la solicitud misma, el término de fijación del edicto en secretaría, la forma de su publicación, el contenido de éste, el horario de difusión radial, etc, independientemente de quien sea el culpable del yerro, da al traste con la validez de la relación jurídico procesal, toda vez que aquellas formalidades, como en precedencia se dijo, son el garante del cabal ejercicio del derecho de defensa para el enjuiciado. Es que, como también lo ha puntualizado la Corte, se tipifica la causal nulidad consagrada en el numeral 8 del artículo 140 del C. de P. Civil *"...no solamente cuando se presenta la ausencia total de notificación, sino también cuando dicha notificación se hace sin observar todas las formalidades establecidas por la ley al respecto..."* (C. S. de J. noviembre 18 de 1986, Magistrado Ponente Dr. JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ).

Con todo, aún vistas las cosas de la manera como la propone la apelación [esto es, suponiendo que tratándose de la causal octava de nulidad la culpa o no de la parte demandante tenga la injerencia por ella planteada], necesariamente se vuelve a lo que antes se puso de presente, pues siendo cierto que en la eventualidad de un edicto mal elaborado mucho habría que reprocharle al juzgado por haber incurrido en esa falencia, también a la parte actora, sobre quien recae la carga de obtener el debido tramamiento de la relación jurídica procesal, le cabría -al menos parcialmente- glosa o censura, pues justamente por gravitar sobre ella la precitada carga procesal, y como quiera que en desarrollo de ésta se le entrega físicamente el edicto para que proceda a obtener su publicación en la forma pedida por la ley, no puede dicha parte desentenderse de su deber de examinar su contenido en orden a establecer si el documento que va a publicar cumple cabalmente con las requisitorias que el ordenamiento exige para su validez.

Con el designio de ilustrar el anterior aserto, piénsese en la siguiente hipótesis: el juzgado entrega equivocadamente al demandante un edicto que no corresponde al proceso, y por esa vía resulta publicando un emplazamiento que nada tiene que ver con el demandado ni con el proceso que contra éste se adelanta. De cara a lo anterior, podría aceptarse la tesis de que semejante desbarro, y más exactamente la nulidad que de éste se sigue, sólo comprometería al juzgado...?

La respuesta al anterior interrogante, necesariamente negativa, pone prontamente de presente que así se aceptara -en gracia de discusión- el planteamiento de la parte recurrente, consistente, se itera, en que los efectos del numeral 3 del artículo 91 del C.P.C. son del todo inaplicables cuando la irregularidad en el emplazamiento del demandado que condujo a la invalidación de la notificación del mandamiento de pago ES EXCLUSIVAMENTE IMPUTABLE AL JUZGADO, tampoco sería aplicable en el presente caso tal predicamento, desde luego que, como quedó analizado en los párrafos que anteceden, el BANCO BBVA COLOMBIA no fue totalmente ajeno a la irregularidad que condujo a la declaración de nulidad tantas veces mencionada.

Finalmente no se puede pasar de largo frente al hecho de que el BANCO BBVA COLOMBIA no protestó -esto es, no impugnó- el auto No. 441 del 04-08-2009 por medio del cual el juzgado *a-quo* invalidó la actuación procesal, allí incluida la notificación del mandamiento de pago que se había efectuado el día 21-11-2007 a la curadora designada a la sociedad demandada. Así que mal puede esa entidad bancaria a éstas alturas, cuando la sentencia de primera instancia le ha sido adversa, pretender introducir al proceso un cuestionamiento sobre los fundamentos que tuvo el sentenciador de primer grado al proferir aquella providencia interlocutoria [planteando que si bien el edicto pudo haber sido “mejor” elaborado, de su contenido era posible establecer la claridad que el juzgado echó de menos al declarar la nulidad parcial del proceso], pues tal censura ha debido formularla a través de los mecanismos ordinarios de impugnación que el ordenamiento consagra, mismos que en su momento desdeñó.

Sentencia de segunda instancia (2006-00163-01) del 04 de diciembre de 2012, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

EXCEPCIÓN DE PAGO – La entrega de un cheque por una obligación anterior es válida cuando este instrumento ha sido efectivamente descargado o pagado.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Comercio, artículos 717, 718 y 882; Código Civil, artículos 1626 y 1627; Código de Procedimiento Civil, artículo 197.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 14 de agosto de 1975, ponencia del magistrado Germán Giraldo Zuluaga y del 25 de agosto de 2000 (5377), ponencia del magistrado José Fernando Ramírez Gómez.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Planteada la cuestión litigiosa dentro de los extremos que en precedencia se han dejado reseñados, y limitada la competencia del Tribunal a la determinación del *a-quo* que puntualmente fue materia de censura en la apelación, al pronto se descubre que el problema jurídico a resolver en ésta providencia estriba fundamentalmente en establecer si la obligación instrumentada en el único título valor [pagaré] que los actores han presentado como base de recaudo ejecutivo fue solucionada en la forma planteada por los demandados, esto es, con el cheque No. 0296867 que en la cara posterior del aludido pagaré aparece mencionado en la anotación que seguidamente se transcribe: “...ESTE PAGARÉ LO RESPALDA EL CHEQUE No. 0296867 DEL BANCO UNION COLOMBIANO POR VALOR DE \$70.000.000 SETENTA MILLONES DE PESOS MTE LEGAL COLOMBIANA...” (el subrayado es de la Sala. Folio 7 vto. cdo.1o.)

Y para ir concretando el estudio a lo que es el objeto específico de decisión, débese señalar que dada la claridad de la nota que viene de transcribirse [en la cual se expresó que el cheque respalda al pagaré], contraevidente resulta afirmar que el susodicho cheque tenía como objeto PAGAR la obligación instrumentada en el pagaré, pues, primeramente, RESPALDAR no es sinónimo de PAGAR. Y, de otra parte, contrariaría los más elementales dictados de la lógica y de la costumbre mercantil que se suscribiera un título valor de contenido crediticio [como lo es el pagaré], para, INMEDIATAMENTE, ESTO ES, EN EL MISMO ACTO, e incluso utilizando el cuerpo del pagaré, declarar en éste que SE PAGA con otro título valor, más exactamente un cheque.

Ahora bien: a pesar que lo anterior constituye motivación suficiente para desechar la excepción objeto de análisis, ha de destacarse adicionalmente que desde su escrito de excepciones los demandados confesaron que el cheque en cuestión jamás fue presentado para su pago por los demandantes o por algún tenedor, afirmación que los actores, por su parte, no solo corroboraron durante el interrogatorio de parte que les fue practicado, sino que complementaron indicando que ese cheque nunca estuvo en su poder; o lo que es lo mismo: que no les fue entregado (folio 17 cdo. 4o.).

En tales condiciones, aunque se admitiera que la existencia, contenido y entrega [a los demandantes] del cheque de marras se encuentra cabalmente acreditada con la sola mención que del mismo se hizo en el pagaré [en el proceso, recuérdese, apenas obra la mención de dicho instrumento en el anverso del pagaré, y la afirmación de los demandados según la cual su entrega a los demandantes -que éstos negaron tajantemente al absolver interrogatorio de parte- se produjo como pago de la obligación dineraria instrumentada en éste], una sólida conclusión emerge a simple brillo de ojo: ese cheque NO FUE DESCARGADO (pagado) POR EL BANCO GIRADO A LOS DEMANDANTES O A TERCERO ALGUNO A QUIEN ESTOS LO HUBIESEN ENDOSADO. En otras palabras: de la cuenta corriente de los demandados, con cargo a la cual supuestamente se giró ese instrumento de pago, no se debitó suma alguna de dinero por cuenta de éste.

Siendo así, no se ve como pueda abrirse paso la tesis de la impugnación, pues en los precisos términos del artículo 882 del C. de Comercio “...la entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento

sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera...”, lo cual traduce -según ha dicho la jurisprudencia del órgano límite de la jurisdicción ordinaria- que *“...la simple entrega de tales instrumentos no implicaba la extinción de la obligación primigenia, porque si ésta era en dinero, su cumplimiento también debió serlo en dinero (artículos 1626 y 1627 del Código Civil), luego la obligación sólo se entendería solucionada en el evento del pago de los títulos, porque si lo anterior no ocurre, dice la Corte, “el dinero se encontrará no solo ‘in solutione’, sino también ‘in obligatione’” ...”* (Sala de Casación Civil, sentencia del 25-08-2000, magistrado ponente Dr. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ, expediente C-5377).

O como lo dijo ese mismo alto tribunal en oportunidad anterior: *“...la expedición o aceptación de un instrumento negociable se tiene como un pago de la obligación fundamental en razón de la cual aquel se expide, pero un pago sujeto a la condición suspensiva de que el instrumento sea efectivamente pagado (G.J. tomo XXXIV, pag. 23)...”* (Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de agosto de 1975, magistrado ponente Dr. GERMAN GIRALDO ZULUAGA).

Como desarrollo lógico de lo hasta aquí discurrido, adviene claro que aun admitiendo lo que en ausencia de soporte probatorio fehaciente resulta difícil de aceptar [a saber, la existencia, contenido y entrega -a los actores- del cheque], el NO PAGO de dicho instrumento a los demandantes o a un tenedor que lo hubiese recibido legítimamente de éstos, lo cual sí se encuentra cabalmente acreditado en el expediente, cierra toda posibilidad de darle despacho favorable a la excepción de PAGO propuesta por los demandados, desde luego que -como enantes quedó expresado- para que la obligación instrumentada en el título valor que soporta el mandamiento de pago librado en éste asunto se entendiera solucionada por causa del tantas veces citado cheque, imprescindible resultaba que éste hubiese sido efectivamente descargado (pagado), cosa que, se insiste, no ocurrió.

A lo cual cabe agregar una reflexión final: la *“PRESCRIPCIÓN y CADUCIDAD”* alegada por los demandados conjuntamente [mas bien, en forma entremezclada] a la excepción de pago, referida como está AL CHEQUE que -según han afirmado- giraron a favor de los demandantes, y soportada exclusivamente en algo apenas virtual o hipotético [como es que *“...si los ahora demandantes no presentaron dicho cheque ante el banco girado en el término señalado, a la fecha en que se incoó la demanda se habría presentado el fenómeno de la caducidad ...”*, o *“...si por el contrario dicho cheque (..) fue presentado por los acreedores-demandantes dentro del término de los citados artículos 717 y 718 del Código del Comercio, sin duda a la fecha de presentación de la demanda se habría producido el fenómeno de la prescripción...”*], también está condenada al colapso, conclusión para cuyo soporte resulta suficiente advertir que NO ES ESE EL TITULO EJECUTIVO que sirvió de basamento al mandamiento de pago librado en contra de los demandados, y en tales condiciones resultaría anodino cualquier análisis sobre un documento QUE NO ES DEL PROCESO y cuyo cuestionamiento se basa apenas en conjeturas o hechos virtuales.

La sentencia impugnada, en cuanto discurrió dentro de las anteriores coordinadas normativas y jurisprudenciales, reclama confirmación integral por parte del Tribunal.

Sentencia de segunda instancia (2009-00001-01) del 04 de diciembre de 2012, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

CONDUCCIÓN O DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA – Es actividad peligrosa por excelencia/CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA – No existe cuando la empresa de energía eléctrica no impide acceder, a los transeúntes, a la zona destinada a trasladar un poste del alumbrado público/DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN – También puede reconocerse por la muerte de un familiar.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 2341 a 2357.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Corte Suprema de Justicia, sentencia 035 de 2008 y decisión 1999-02191-01 del 09 de julio de 2010, ponencia del magistrado William Namén Vargas.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

(...)La responsabilidad en estudio reclama la demostración del daño, la culpa del autor del perjuicio y la relación de causalidad entre aquéllos. Respecto del daño ocasionado por la manipulación de una cosa caracterizada por su peligrosidad, legalmente existe una presunción de culpa del autor de ese manejo, y la víctima sólo tiene la carga de demostrar el daño, y la relación de causalidad entre éste y la culpa supuesta del victimario.

En consecuencia, la empresa prestadora del servicio público de energía eléctrica para exonerarse de responsabilidad, tiene la carga de acreditar una causa extraña en cualquiera de las especies, esto es, el evento fortuito, el hecho de un tercero o la propia culpa exclusiva de la víctima (Arts. 1494 y 2341 C. C.), sin que le sea dado excusarse acreditando que su actuar fue diligente.

En el *sub judice*, resulta punto pacífico que el daño consistió en la muerte de ALEX MAURICIO DÍAZ MOLINA, la cual se produjo cuando empleados de INELMA LTDA, al servicio de la EPSA trasladaban de un lado a otro un poste del alumbrado público en el corregimiento de Quebrada Nueva del municipio de Zazal – Valle. Luego, como la culpa en este tipo de casos se presume por tratarse de una actividad peligrosa, debe en consecuencia determinarse, por ser el principal argumento de la alzada ¿si las sociedades demandadas lograron demostrar el rompimiento del nexo de causalidad, esto es, acreditar que la muerte del occiso no se debió a su actuación sino a culpa exclusiva de la víctima?

Para responder cabe precisar que esta figura se presenta en el evento en que la configuración del daño es consecuencia del actuar culposo o doloso de la víctima.

La culpa de la víctima es causa eximente de responsabilidad siempre y cuando sea la causa exclusiva del daño, de lo contrario sólo está autorizada la reducción de la indemnización (art. 2357 del C.C.).

Sobre esta causal ha precisado la doctrina que:

“Y es causa exclusiva del daño cuando éste proviene de la culpa de la víctima únicamente, sea porque no la hubo de parte del demandado o porque, si la hubo, no existe relación causal entre ella y el daño, como el caso de un individuo que, deseando suicidarse, se arroja bajo las ruedas de un automóvil que corre a una velocidad superior a la reglamentaria.”

En consecuencia, para que pueda hablarse de culpa exclusiva de la víctima se requiere acreditar que el daño se produjo por una actuación imprudente o culposa de aquella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta, al punto que fue lo determinante en la producción de aquel. Así se rompe el nexo de causalidad pues, reitérase, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del sujeto pasivo del daño, al haberse expuesto total e imprudentemente a sufrirlo.

En el *sub exámine*, y en orden a probar que el daño se produjo por la culpa exclusiva del fallecido ALEX MAURICIO DÍAZ MOLINA, se practicaron las siguientes pruebas:

Declaración de FERNEY ORTIZ YELA, quien para la época de los hechos era supervisor de la empresa EPSA S.A., afirmó que en razón a que el poste estaba a punto de caerse le ordenó a los contratistas reubicarlo a mas o menos unos tres metros de distancia; para dicho trabajo eran necesarias dos personas y los empleados eran aptos entre otras labores para el cambio de postes; refirió además que dicho trabajo no se enmarcaba dentro del contrato de prestación de servicios con INELMA.

(...)Pues bien, valoradas en conjunto las probanzas recaudadas y resumidas, bajo las reglas de la sana crítica, colige la Sala que contrario a lo expuesto por los recurrentes, no se logró establecer que el accidente se produjo como consecuencia, exclusiva, por el hecho imprudente de las víctimas.

En efecto, como acertadamente lo adujo el juez *a-quo*, de las declaraciones de los dos testigos más importantes y que estaban en el sitio el día de los acontecimientos, no se extrae que el hecho fatídico tuvo como única causa el actuar reprochable de la víctima. Nótese cómo quedó claro que antes del insuceso los hermanos DÍAZ MOLINA pasaron en repetidas oportunidades por el frente de la grúa sin haber mediado llamado de atención alguno por parte de los operarios de INELMA, el cual era necesario dada la especie de trabajos que se estaban llevando a cabo. Incluso el conductor de la grúa manifestó que se encontraba adentro de la cabina pendiente de la conducción del poste hasta su nuevo hueco cuando el compañero le dijo que dos muchachos se habían accidentado.

Tampoco de las declaraciones se extrae que aquellos hayan llegado imprudentemente a empujar de la parte de abajo el poste mientras estaba suspendido, pues el testigo que estaba en la parte de atrás de la grúa -el ayudante- solo se percató de su presencia hasta después del accidente, y de haberlos visto antes, él mismo dijo “*no los deja meter allí*”, de modo que no ha quedado establecido que ellos hayan llegado atrevidamente al sitio; es más de cómo llegaron a ese preciso lugar no dan cuenta las pruebas.

Pero además advierte la Sala que por parte de la empresa contratista, tampoco se observaron las normas de seguridad propias para ese tipo de procedimientos, pues de un lado no se establece de las declaraciones de los operarios que se haya acordonado el sitio evitando la presencia de personal ajeno a ellos, ni tampoco se suspendió el fluido eléctrico tras considerar aquellos que no había peligro, demostrando el fatídico hecho todo lo contrario, circunstancias éstas que llevan a concluir que las demandadas sí son civilmente responsables, pues no lograron romper el nexo de causalidad por cuenta de la supuesta culpa exclusiva de la víctima, circunstancias todas éstas que llevan a frustrar el buen suceso de la alzada planteada en este sentido.

En consecuencia, resultando incontrovertible que la responsabilidad civil emanada de la distribución o conducción de energía eléctrica está catalogada como “*grado sumo*” peligrosa, y hallándose demostrado por parte de los demandantes que el perjuicio se causó por motivo de esa actividad -daño y relación de causalidad-, sin que por su parte los demandados hubiesen acreditado la supuesta culpa exclusiva de la víctima, resulta procedente confirmar la sentencia apelada, en cuanto declaró civilmente responsable a la parte demandada.

Ahora bien, por lo que atañe al segundo motivo de inconformidad, tiénese que este versa sobre el reconocimiento del perjuicio a la vida de relación a favor de algunos de los demandantes. Luego, debe la Sala analizar ¿si en este caso procedía la condena por tal concepto?

4.8.1. El referido perjuicio conlleva la reparación de la pérdida de la posibilidad de realizar “(...) *otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial hacen agradable la existencia*”.

La Corte Suprema de Justicia sobre este perjuicio ha precisado que “*esta especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad*”.

Si bien no queda duda de que cuando alguien ha sufrido un daño fisiológico resulta pertinente resarcir el daño a la vida en relación, para lo que compete a este asunto resulta trascendente estudiar la procedencia de este perjuicio por la muerte de un familiar. Sobre el particular el Consejo de Estado, ha referido que:

Se precisa que una afectación de tal naturaleza puede surgir de diferentes hechos, y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal. De otra manera, el concepto resultaría limitado y, por lo tanto, insuficiente, dado que, como lo advierte el profesor Felipe Navia Arroyo, únicamente permitiría considerar el perjuicio sufrido por la lesión a uno solo de los derechos de la personalidad, la integridad física. Así, aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el artículo 4º del

Decreto 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que - al margen del perjuicio material que en sí misma implica - produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas.

De las pruebas recaudadas se deduce el daño intenso que sufrió la familia DÍAZ MOLINA por el fallecimiento de ALEX MAURICIO DÍAZ MOLINA y las repercusiones que tuvo en la forma como ha seguido funcionando dicho grupo familiar. En efecto, ANA DILIA ORGULLOSO narra el sufrimiento que ha tenido la mamá del occiso por su fallecimiento y el estado de depresión en que se sume, y agregó que *“después del accidente todo cambió, fue un momento de desesperación, la familia como que empezó a echar de para atrás, la mamá es la más afectada, el resto de la familia también”*. Igualmente afirmó que antes era una familia unida, que salían a pasear, que celebraban las fechas importantes, y que después de la muerte de ALEX todo cambio.

De lo que se evidencia que efectivamente la muerte de ALEX MAURICIO afectó hondamente la vida familiar y en tales condiciones probatorias era pertinente la condena por el perjuicio de la vida de relación.

Por lo anteriormente expuesto, se confirmará en su totalidad el fallo censurado y se condenará en costas de esta instancia a los recurrentes ante la improsperidad de sus recursos.

Sentencia de segunda instancia (2009-00201-01) del 05 de diciembre de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

NULIDAD – Al proceder contra providencia ejecutoriada y revivir un proceso legalmente concluido.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 140, numeral tercero, 144, 145, 313, 314, 321 y 331; Ley 1285 de 2009, artículos 23 y 25.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El día 7 de diciembre de 2009, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Buenaventura (V), emite el auto interlocutorio No. 352 declarando la perención del proceso, auto que es notificado a las partes, por estado No. 214, el día 11 de diciembre del año 2009 sin que contra ella se interponga recurso alguno quedando, por lo tanto, ejecutoriado.

El día 12 de mayo de 2011, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Buenaventura (V), por medio de auto interlocutorio No. 167, declaró la nulidad del proceso sin

afectar la decisión plasmada en el auto No. 352 y se comete el error de ordenar una notificación personal al demandante del contenido de dicho auto, cuando el mismo ya está en firme desde diciembre del año 2009.

El día 24 de junio de 2011 se presenta, por la parte demandante, un escrito de interposición del recurso de reposición contra la decisión tomada en el auto No 352 de diciembre 07 de 2009, el cual ya se encontraba en firme y ejecutoriado desde diciembre de 2009, o sea que, por un error del A-quo, se interpone un recurso contra una decisión que hace un año y 6 meses se encuentra debidamente notificada y ejecutoriada. Agrava el error el hecho de que la misma apoderada judicial de la parte recurrente expresa que la providencia impugnada se notificó por estado el día 11 de diciembre del 2009.

Por auto interlocutorio No. 207 de abril 26 de 2012, el A-Quo resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el interlocutorio No. 352 de diciembre 07 de 2009, revocándola cuando la decisión de dicho auto se encontraba en firme. A raíz de esta providencia se generan unas actuaciones judiciales que concluyen con la interposición del recurso de queja para que se conceda el recurso de apelación contra el auto interlocutorio No. 207 de abril 26 de 2012.

De acuerdo a lo anterior se tiene flagrante la ocurrencia de un hecho configurativo de nulidad, como lo es el proceder contra una providencia ejecutoriada que revive un proceso legalmente concluido, pues la declaratoria de la perención, de conformidad con lo señalado en el artículo 23 de la Ley 1285 de 2009, dio legalmente por terminado (concluido) el proceso Ejecutivo singular promovido por el Banco Nacional del Comercio contra el señor HENRY SANCHEZ JIMENEZ y al estar debidamente notificada, como lo fue por estado No. 214 de diciembre 11 de 2009, sin que se hubiese interpuesto, dentro del término de ejecutoria, recurso alguno contra tal decisión por las parte, quedando ejecutoriada y en firme tal providencia, la hace inalterable posteriormente, máxime si con ella se concluye, como ya se dijo, el proceso

Así las cosas, las actuaciones posteriores que atacan lo determinado en el auto No. 352 de diciembre 7 de 2009 están afectadas de nulidad, que no es otra que la señalada en el numeral 3 del artículo 140 del C. P. C., la cual es insaneable según lo señalado en el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual es imperativo, de conformidad con lo indicado en el artículo 145 Ibídem en concordancia con lo señalado en el artículo 25 de la Ley 1285 de 2009, su declaratoria de manera oficiosa de toda aquella actuación que se haya realizado a partir del momento en que se permitió atacar tal providencia estando debidamente notificada y en firme, o sea a partir del auto interlocutorio No. 0167 de mayo 12 de 2011, en lo concerniente al numeral cuarto de la parte resolutive de esa providencia, numeral que es afectado de la nulidad más no los restantes numerales.

Recapitulando, se tiene pues que erró el juez de primera instancia, al pretender revivir el término de ejecutoria del auto No. 352 de diciembre 7 de 2009, cuando por auto No. 0167 de mayo 12 de 2011, se decretó la nulidad de lo actuado dentro del incidente de regulación de perjuicios con ocasión a la condena impuesta a la entidad financiera a través de la providencia No. 352 y ordenó, en el numeral cuarto de la parte resolutive, la notificación personal al demandante de la citada providencia, sin tener en cuenta, en primer lugar, que dentro de la declaratoria de

nulidad no se incluyó el precitado auto No. 352, por lo que goza de validez y, en segundo lugar, que dicha providencia no se encuentra estipulada en la norma procesal civil dentro de las providencias que NECESARIAMENTE deban ser notificadas de forma personal.

Por lo tanto al darle trámite a un recurso de reposición en subsidio apelación abiertamente extemporáneo contra una providencia ejecutoriada y que daba por terminado el proceso, se incurrió en la causal de nulidad contenida en el numeral 3º del art. 140 del CPC, la cual será declarada de oficio, por ser insaneable.

**Auto 1999-00021-01 de 2013, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué.
Decisión: declara, oficiosamente, la nulidad insaneable.**

SEGUNDA INSTANCIA EN TUTELA – Corresponde al superior jerárquico, sin consideración a la especialidad a la que este pertenezca.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 1382 de 2000, artículos 1 y 2; Decreto 2591 de 1991, artículo 32.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, decisiones T-486 de 1994 y Auto 019A de 2009.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

El señor MANUEL COBO ARBOLEDA presentó una acción de tutela contra COOMEVA EPS para la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida.

La acción de tutela le correspondió en primera instancia al Juzgado Segundo Civil Municipal de Tuluá.

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Tuluá dictó al sentencia 160 de noviembre 23 de 2012 concediendo el amparo tutelar.

Contra el fallo de tutela la entidad accionada interpuso impugnación.

El día 06 de diciembre de 2012, la Juez Segunda de Familia de Tuluá, con el apoyo del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, determinó devolver el expediente a la Oficina de Apoyo Judicial para que se repartan en los Jueces Civiles del Circuito, al considerar que estos eran los competentes en segunda instancia apoyando para ello en lo previsto en el Código de Procedimiento Civil.

El día 10 de diciembre de 2012, la Juez Segunda Civil del Circuito de Tuluá dispuso devolver el expediente de tutela al Juzgado Segundo de Familia de Tuluá, indicando que a ese Despacho le corresponde por reparto el conocimiento de segunda instancia basándose para ello lo indicado en el literal c numeral 1 del art. 11 de la Ley 270 de 1996, dejando entrever que se está ante un asunto en el que se actúa como jurisdicción constitucional y no como juez ordinario y por ello todos los

jueces del circuito tienen competencia para conocer en segunda instancia de las decisiones tomadas en primera instancia por los jueces municipales.

El día 12 de diciembre de 2012, el Juzgado segundo de familia de Tuluá dispone remitir al Tribunal Superior el expediente para que dirima el conflicto de competencia.

En el presente evento se tiene que se está ante un asunto constitucional, como lo es la acción de tutela, lo cual hace que se aplique justicia dentro de la jurisdicción constitucional y no dentro de la jurisdicción ordinaria, por ello las normas aplicables a la ritualidad de dicho amparo constitucional son las referidas en el Decreto 2591 de 1991 y en el Decreto Reglamentario 1382 de 2000, donde se establece que los jueces constitucionales para conocer de tales acciones son:

- a) Jueces Municipales**
- b) Jueces del Circuito**
- c) Tribunales Superiores**
- d) Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado**
- e) Corte Constitucional**

En ello se debe notar que solamente se tiene en cuenta la especialidad a que ordinariamente los Jueces, Tribunales y Consejo de Estado se dedican, cuando se trata de amparar el derecho fundamental al debido proceso en asuntos judiciales, como bien lo indica el numeral 2 del art. 1 del Decreto 1382 de 2000, siendo ello lógico pues se busca es el conocimiento pleno del asunto en el que presuntamente se ha incurrido en una vulneración al debido proceso previsto en los códigos rituales pertinentes.

En el caso a estudio, nos encontramos frente a una solicitud de amparo constitucional de tutela, para unos derechos fundamentales diferentes al debido proceso y como son la salud, la seguridad social y la vida, presuntamente vulnerados por una entidad de orden municipal y por ello la competencia en primera instancia, radica en un juez municipal, sin importar la especialidad, y la segunda instancia, igualmente, en un juez de categoría de circuito, se reitera, sin importar la especialidad, ya que se está, se insiste, en un asunto sobre derechos constitucionales fundamentales diferentes al debido proceso judicial.

Así las cosas, tenemos que el trámite de la primera instancia lo adelantó, al haberle sido adjudicado por reparto el Juez Segundo Civil Municipal de Tuluá, quien profirió la sentencia No. 160 de noviembre 23 de 2012, la cual fue objeto de impugnación por una de las partes y por ello se remitió a la oficina de servicios de la dirección ejecutiva seccional de administración judicial de Tuluá, quien efectuó el reparto entre los jueces con categoría del circuito y que de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, son los superiores jerárquicos en asuntos constitucionales de los jueces municipales, correspondiendo su conocimiento al Juzgado Segundo de Familia de Tuluá, que tiene categoría del circuito y por ende en superior jerárquico en acciones constitucionales de los jueces municipales y por ello ha debido ejercer el trámite de segunda instancia, pero equivocadamente trajo para aplicación en este caso las normas procesales civiles, las cuales no son de recibo en él, porque existen normas procesales expresamente consagradas para el trámite de la acción de tutela, y son plasmadas en el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto Reglamentario 1382 de 2000, olvidándose que una cosa es la competencia

para conocer los asuntos en la jurisdicción ordinaria donde se debe atemperar a los códigos adjetivos o procesales de cada especialidad y otra muy distinta cuando se trata ya no de la jurisdicción ordinaria sino constitucional; equivocación que llevó a la Juez de Familia, a creer que para el trámite de la segunda instancia, en una acción de tutela, debe tenerse en cuenta las jerarquías previstas para el conocimiento de procesos previstos en la jurisdicción ordinaria civil, cuando se trata es de la jerarquía pero para conocimiento de asuntos constitucionales de tutela, donde no aplica la materia o la especialidad de la jurisdicción ordinaria, salvo el caso del debido proceso judicial, sino la jerarquía señalada claramente en el Decreto reglamentario 1382 de 2000 para asuntos de acciones de tutela.

Clarificando lo anterior, no encuentra la Sala justificación alguna para que la Juez Segunda de Familia de Tuluá, a quien le correspondió por reparto el conocimiento de la segunda instancia en la acción de tutela impetrada por el señor Manuel Cobo Arboleda contra Coomeva EPS, dispusiera la remisión del expediente para que sea repartido solamente ante los Jueces Civiles del Circuito, siendo ella la que ha debido conocer, tramitar y decidir la segunda instancia a la luz de la impugnación de la sentencia No 160 del 23 de noviembre de 2012.

En este orden de ideas, y con apoyo de lo dispuesto en los artículos 1º y 2º del Decreto Reglamentario 1382 de 2000 en concordancia con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el conocimiento de la impugnación interpuesta contra la sentencia No. 160 del 23 de noviembre de 2012, emitida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Tuluá, es de competencia del juez del circuito, al cual se le repartió el día 04 de diciembre de 2012 y que no es otro que el Juzgado Segundo de Familia de Tuluá.

Auto 2013-00018-01 (conflicto de competencia), con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: asigna la competencia al Juzgado Segundo de Familia de Tuluá.

DERECHOS A LA IGUALDAD, AL DEBIDO PROCESO Y A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADA DE ELLA – Se vulneran cuando las autoridades encargadas no resuelven, dentro de los precisos términos señalados en la ley, la actuación encaminada a restablecer los derechos de los menores.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, preámbulo y artículos 29, 44 y 228; Convención de los Derechos del Niño; Ley 12 de 1991, artículo 1; Ley 1098 de 2006, artículos 1, 2, 5, 6, 8, 9, 11, 59, 100 y 119; Ley 270 de 1996, artículo 30.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El día 13 de abril del año en curso se instauró una denuncia ante la Defensoría de Familia del I. C. B. F. en contra del señor ELIAS GERARDO MARIN MORA, por parte del colegio donde estudiaban las menores DIANA MARCELA BEDOYA AGUDELO y MARIA VALENTINA MARIN AGUDELO, por un presunto abuso sexual a las mencionadas menores.

Debido a tal denuncia, la Defensoría de Familia del I. C. B. F. determinó la medida de protección a las menores consistente en colocarlas en un hogar sustituto y el decreto de la práctica de un examen médico legal a ellas, el cual tuvo como resultado la inexistencia de tipo alguno de lesión física ni sexual, por lo cual se recomendó el reintegro al seno familiar debido al retracto de la denuncia por lo aducido por la menor que había colocado la queja en el colegio.

La Defensoría de Familia del I. C. B. F. perdió la competencia para seguir conociendo del trámite administrativo de restablecimiento de los derechos de los menores, debido a que pasaron más de los 4 meses que señala el Código de la Infancia y la Adolescencia, sin que le hubiese sido aceptada la prórroga de otros dos (2) meses.

Por medio del auto No. 774 de julio 31 del 2012, la Defensoría de Familia del I. C. B. F. de Tuluá dispuso la remisión del expediente contentivo de los trámites administrativos de restablecimiento de los derechos de las niñas DIANA MARCELA BEDOYA AGUDELO, MARIA CAMILA BEDOYA AGUDELO y MARIA VALENTINA MARIN AGUDELO al Juzgado de Familia de Tuluá para que continuara con el conocimiento del mismo.

El día 8 de agosto del 2012 el Juzgado Primero de Familia de Tuluá (V), recibió el expediente antes referido, en el cual, hasta el 5 de diciembre de 2012, no se ha tomado decisión de fondo sobre el restablecimiento de los derechos de las menores.

Se observa, claramente, que el proceso administrativo iniciado ante la Defensoría de Familia del I. C. B. F. de Tuluá (V) por el presunto abuso sexual a las menores DIANA MARCELA BEDOYA AGUDELO, MARIA CAMILA BEDOYA AGUDELO y MARIA VALENTINA MARIN AGUDELO, se inició el 13 de abril del 2012 y por no haberse podido tomar, dentro del término señalado en el parágrafo segundo del artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la decisión pertinente al restablecimiento de los derechos de la mencionadas niñas, se tuvo que remitir al Juzgado Primero de Familia de Tuluá (V), dando cabal cumplimiento a lo indicado en la misma norma; dicho Juzgado, al 5 de diciembre de 2012, tampoco había decidido de fondo sobre el restablecimiento de los derechos de la citadas menores, habiendo superado el término de que trata el artículo 119 de la Ley 1098 de 2006, quedando palmaria la vulneración a los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a tener una familia y no ser separados de ella, de las menores DIANA MARCELA BEDOYA AGUDELO, MARIA CAMILA BEDOYA AGUDELO y MARIA VALENTINA MARIN AGUDELO.

De acuerdo con las anteriores consideraciones es claro que el amparo constitucional deprecado por los señores ELIAS GERARDO MARIN MORA y GLORIA AMPARO AGUDELO, se torna totalmente procedente ante la palmaria vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a tener una familia y no ser separados de ella consagrados en la Constitución Nacional, violentados en unas actuaciones administrativas y judiciales, donde no se ha resuelto el restablecimiento de los derechos de las menores dentro del preciso término señalado en el Código de la Infancia y la Adolescencia, motivo por el cual se hace imperativo para esta Sala tomar la medida precisa para ampararles los derechos a las menores DIANA MARCELA BEDOYA AGUDELO, MARIA CAMILA

BEDOYA AGUDELO y MARIA VALENTINA MARIN AGUDELO, no siendo otra que ordenar a la Juez Primero de Familia de Tuluá (V) que profiera, en un término no mayor de cuarenta y ocho (48) horas, el fallo que en derecho corresponda en dicho proceso, ya que, como se dijo anteriormente, el término dispuesto en el Código de la Infancia y la Adolescencia para tramitar y decidir un asunto como el aquí tratado ya se encuentra más que fenecido.

Sentencia de tutela de primera instancia (2012-00313-00) del 15 de enero de 2013, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: concede la protección solicitada.

RECOBRO AL FOSYGA – Opera por ministerio de la ley y sin necesidad de expresa declaración del juez de tutela.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-540 de 2002 y T-760 de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Luego, el problema jurídico se contrae a determinar ¿si la autorización del recobro ante el FOSYGA a favor de las EPS., en tratándose de medicamentos NO POS deviene de la orden del juez de tutela?

Específicamente, en el marco del régimen contributivo es constante, uniforme y reiterada la jurisprudencia constitucional sobre la posibilidad de inaplicar las normas referentes a las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud, y en consecuencia, por vía de tutela se ordene la prestación de servicios médicos excluidos del POS. cuando se presenten los siguientes eventos: (i) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual se presenta no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte, sino también cuando se afectan con dicha omisión las condiciones de existencia digna; (ii) El medicamento o tratamiento excluido no puede ser reemplazado por otro que figure dentro del POS, o el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el incluido en el plan; (iii) El paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera; y (vi) Estos últimos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante.

Entonces, cuando se reúnen estrictamente los anteriores requisitos ha dicho la Jurisprudencia del máximo Tribunal Constitucional que los jueces de tutela deben ordenar a las entidades prestadoras de los servicios de salud la asistencia médica requerida facultándolas para que repitan contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), el valor de todos los gastos en que hubieran incurrido por la prestación de los servicios médicos que no hacen parte de las obligaciones definidas en el Plan Obligatorio de Salud.

Pero la garantía del derecho a recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social (FOSYGA), no deviene necesariamente de la orden del juez de tutela, sino que ello surge de la ley, sin que se requiera que el

operador judicial expresamente aborde el tema. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha precisado lo siguiente:

“...*(i)* la entidad promotora de salud podrá iniciar el proceso de recobro una vez la orden se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que el procedimiento de autorización del servicio de salud o el recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del eventual proceso de revisión que se puede surtir ante la Corte Constitucional; *(ii)* no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC *(iii)* en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca, sin que pueda negarse el reembolso con base en la glosa “Principio activo en POS” cuando el medicamento de marca sea formulado bajo las condiciones señaladas en esta providencia...” (negrillas y subrayas de la Sala).

En consecuencia, el recobro opera “...*sin necesidad de expresa declaración por parte del juez en el fallo de tutela...*”, de suerte que no es resorte del juez constitucional determinar, y menos cuantificar, la responsabilidad económica del FOSYGA por los costos en que incurran las EPS., al asumir prestaciones en salud que no se encuentran en el POS, toda vez que ello opera por ministerio de la ley.

De ahí que si como viene ocurriendo en la casuística constitucional, un juez de tutela decide pronunciarse expresamente sobre esa materia, y plasma, tanto en la parte considerativa como la resolutive de su decisión, el reconocimiento de esa facultad, a lo sumo podrá ese específico proveimiento ser redundante.

Así las cosas, se impone la confirmación del fallo impugnado, en tanto ninguna razón le asiste al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL al dolerse de que en aquel se le otorgó la potestad de recobro a la NUEVA EPS., ante el FOSYGA, habida cuenta que dicha facultad opera por disposición de la misma ley, sin que sobre el puntual tema, so pena de su pérdida, se requiera el pronunciamiento del Juez Constitucional

Bastan entonces las anteriores consideraciones, reforzadas por la doctrina constitucional, para confirmar el fallo materia de impugnación.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2012-00145-01) del 17 de enero de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

SECUESTRO PROVISIONAL EN PROCESO DE SUCESIÓN – No procede si ya fueron aprobados los inventarios y avalúos.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 579 y 580.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De la reseña que viene de hacerse fulge, que lo determinable para el Tribunal es establecer si en la presente causa mortuoria el secuestro provisional se solicitó y decretó acorde con los dictados de la norma procesal que lo regula –art. 579 del C.P.C.-, para deducir de allí, si la providencia que dispuso su levantamiento se ajustó o no a la legalidad.

En los procesos de sucesión, en materia de medidas cautelares se regulan dos tipos de secuestro: Uno provisional y otro definitivo. A su vez el secuestro provisional, puede ser preprocesal o previo, es decir, el que se faculta antes de abrirse el proceso de sucesión; y el procesal, o sea, aquel que opera ya en curso el trámite liquidatorio.

Cada una de estas medidas tiene una regulación específica en cuanto atiende a la legitimación para solicitarlas, oportunidad para hacerlo, finalidad, presupuestos para pedir y decretarla.

Es así como el secuestro provisional se encuentra reglado en el artículo 579 del C.P.C. en el cual: I) se legitima a cualquiera persona que acredite interés, siquiera sumario en la sucesión, para pedirlo; II) antes de la iniciación del proceso, ó, incluso después de iniciado el mismo, pero eso sí, *“antes de la aprobación del inventario.”* –inciso final-, o sea que, *“precluye cuando se profiere el auto que aprueba la diligencia de inventarios y avalúos, por cuanto en esta actuación se relacionan todos los bienes que integran la masa sucesoral y, por tanto, ya no existe el peligro de que se sustraigan o deterioren, que es precisamente el objeto de la medida cuatelar.”*; y, III) con el propósito de asegurar los bienes relictos y obviamente las resultas del trámite.

En tanto que el secuestro definitivo está disciplinado en el artículo 595 del C.P.C., alusivo a la administración de la herencia, bajo estos supuestos: I) lo pueden solicitar los herederos o el cónyuge sobreviviente, no cualquier interesado como el provisional; II) desde la apertura del proceso de sucesión, con vigencia durante su trámite y hasta su culminación; III) procede, *“En caso de desacuerdo entre los herederos, o entre éstos y el cónyuge sobreviviente, en torno a la administración que adelante...”* –inciso 2.-; IV) los bienes deben estar en poder de cualquiera de las personas llamadas a administrarlos –herederos, cónyuge sobreviviente, albacea-; y V) su finalidad se circunscribe a regularizar la administración de los bienes relictos, *“No es, pues, una medida conservatoria, para proteger los bienes, sino para garantizar su imparcial administración.”*

Es claro que lo que en esta causa mortuoria se solicitó y decretó fue el secuestro provisional, a pesar de que para la fecha –agosto de 2003- de la petición ya habían sido aprobados los inventarios y avalúos –recuérdese que esto sucedió el 13 de mayo de ese año-, lo cual hacía improcedente la medida por haber precluido la oportunidad para deprecarlo a la luz del artículo 579 del C.P.C., razón suficiente para que se hubiese dispuesto su levantamiento por la operadora judicial de primer grado, en decisión que merece confirmación.

Ciertamente, como lo argumenta el extremo recurrente, el secuestro provisional se puede tornar definitivo, si una vez decretado no se dan los supuestos legales para su terminación –art. 580 del C.P.C.-; pero igualmente cierto es, que para que suceda ello, se necesita que el secuestro provisional se haya intentado y decretado oportunamente, lo cual aquí no ocurrió.

De otro lado, no habría forma de entender que lo solicitado fue el secuestro definitivo, puesto que como ya se vió, para que proceda éste es presupuesto insustituible que hubiese desacuerdo en la administración del bien, en este caso, entre los herederos del señor VILLA CORRALES, y tal discordia no se puso de presente, amén de estar acreditado que el fundo no se encuentra en poder de alguno de ellos.

Auto de segunda instancia (2012-00251-00) del 21 de enero de 2013, con ponencia del Dr.Orlando Quintero García. Decisión: confirma la decisión impugnada.

SEGUNDA INSTANCIA EN TUTELA – Los jueces de familia no son los superiores funcionales de los jueces civiles municipales.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

FUENTES FORMALES: Constitución Política, artículo 29; Decreto 2591 de 1991, artículos 32 y 37; Decreto 1382 de 2000; Decreto 306 de 1992, artículo 4; Código de Procedimiento Civil, artículo 27.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, autos 124 y 198 de 2009 y T-181 de 1996; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión del 14 de mayo de 2009, expediente T-00436-09; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión del 02 de junio de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En materia constitucional en sede de tutela, el tema de la aplicación de las normas de reparto no ha sido pacífico, como quiera que ha suscitado diversas y antagónicas posturas entre los órganos de cierre ubicados en la cúspide del organigrama jurisdiccional colombiano, como pasa a verse...

De los anteriores criterios orientadores se concluye que: I) El Decreto reglamentario 1382 de 2000 de inferior raigambre que el art. 37 del Decreto 2591 de 1991, consagra es reglas de solo reparto, y no de competencia como éste último –factor territorial y acciones que se dirijan contra medios de comunicación-. II) En consecuencia, en virtud de las pautas estampadas en la primera normativa, no le es permitido a los Jueces de la República declararse incompetentes o plantear conflictos de competencia, habida cuenta que ese proceder solo se origina por los dos supuestos contenidos en el art. 37 del decreto ya citado. II) En el caso de suscitarse un conflicto de competencia atendiendo a las reglas de reparto, quien debe conocer de la acción es el funcionario jurisdiccional a quien se le repartió preliminarmente éste. IV) la acción de tutela está informada por la garantía efectiva de los derechos fundamentales, los principios de informalidad, sumariedad y celeridad, por lo que debe ser fallado sin ningún tipo de traba dentro del término de diez

(10) días. Y V) En todo caso el Decreto 1382 de 2000 debe ser imperiosamente acatado por las Oficinas de Apoyo Judicial cuando repartan acciones de tutela entre los distintas autoridades jurisdiccionales, *“de modo que, de ninguna forma, el reparto de los procesos debe ser caprichoso o arbitrario.”*

En posterior oportunidad el referido órgano se volvió a pronunciar sobre la temática en Auto No. 198 del 28 de mayo de 2009, para, además de recabar las las cuatro subreglas consecuenciales del Decreto 1382 de 2000, hacer relación especialmente a la última de éstas en orden a establecer que... En la relacionada decisión –desatando un conflicto de competencia-, la Corte Constitucional al ubicarse en el caso concreto, pese a su postura sobre los dos puntuales supuestos que indica el art. 37 del Decreto 2591 de 1991, eventos únicos en los cuales los jueces en sede de tutela podrían declararse incompetentes o provocar conflicto de competencia, sin embargo determinó que tal planteamiento no era del todo absoluto, dado que percibió una salvedad condicionante puesto que, si se desconocía tanto el precedente jurisprudencial relacionado con la naturaleza jurídica de una entidad accionada, como las reglas contenidas en el Decreto 1382 de 2000, dicho proceder configuraba una distribución caprichosa de la acción de tutela, por lo que concluyó en ese caso particular, que el trámite debió ser asignado por la Oficina de Reparto a los respectivos funcionarios competentes. Dicho en otros términos, no obstante que todos los jueces son constitucionales, han de respetarse las normas de reparto.

Y a propósito del inicial planteo de la Corte Constitucional la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia se pronunció el 8 de junio de 2009 en los siguientes términos:

(...) no comparte su posición respecto a que los jueces ‘no están facultados para declararse incompetentes o para decretar nulidades por falta de competencia con base en la aplicación o interpretación de las reglas de reparto del decreto 1382 de 2000’ el cual ‘...en manera alguna puede servir de fundamento para que los jueces o corporaciones que ejercen jurisdicción constitucional se declaren incompetentes para conocer de una acción de tutela, puesto que las reglas en él contenidas son meramente de reparto’.

En efecto, el Decreto 1382 de 2000, reglamenta el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 relativo a la competencia para conocer de la acción de tutela y, por supuesto, establece las reglas de reparto entre los jueces competentes.

Pero también, dispone directrices concretas para el conocimiento; ad exemplum, *‘[l]o accionado contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 4° del presente decreto’*, siendo inadmisibles su conocimiento por otro juez, por supuesto, en las hipótesis en que eventual y teóricamente procediere el amparo contra estas altas Corporaciones de Justicia, que serían las mismas en las cuales procederían frente a la

Corte Constitucional, naturalmente ajenas al ejercicio de sus funciones constitucionales o legales privativas por otras autoridades.

Por otra parte, aunque el trámite del amparo se rige por los principios de informalidad, sumariedad y celeridad, la competencia del juez está indisociablemente referida al derecho fundamental del debido proceso (artículo 29 de Carta), el acceso al juez natural y la administración de justicia, de donde, “según la jurisprudencia constitucional la falta de competencia del juez de tutela genera nulidad insaneable y la constatación de la misma no puede pasarse por alto, por más urgente que sea el pronunciamiento requerido, pues (...) la competencia del juez se relaciona estrechamente con el derecho constitucional fundamental al debido proceso” (Auto 304 A de 2007), “el cual establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (Auto 072 A de 2006, Corte Constitucional)...” (auto de 14 de mayo de 2009, exp. T. 00436 -01).

Ante este panorama, razonable resulta convenir en que no parece haber duda que si bien el trámite de la solicitud de amparo por vía de tutela se rige por los principios de informalidad y celeridad, la competencia del Juez está inescindiblemente relacionada con el derecho fundamental al debido proceso establecido en el artículo 29 de la Carta Política, como claramente lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional al expresar que *“la falta de competencia del juez de tutela genera nulidad insaneable y la constatación de la misma no puede pasarse por alto, por más urgente que sea el pronunciamiento requerido, pues (...) la competencia del juez se relaciona estrechamente con el derecho constitucional fundamental al debido proceso”*.

Y en este mismo sentido, conforme al planteamiento deducido de la última citada determinación tanto de la Corte Constitucional como del órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, tal derecho *ius* fundamental debe materializarse, no sólo con el acatamiento de los dos aspectos establecidos en el art. 37 del pluricitado ordenamiento que regló la tutela, sino, por el respeto de las reglas de reparto contenidas en el Decreto 1382 de 2000, dado que si la distribución de la acción de amparo entre las respectivas autoridades se originó en una asignación caprichosa o arbitraria, tal supuesto, igualmente conduce al desconocimiento del debido proceso, y en esa secuencia, es palmariamente procedente la declaratoria de nulidad al interior de un trámite de estos asuntos.

En lo atañadero al evento *sub júdice*, se tiene que la Jueza Primera Civil del Circuito de Tuluá como cimiento para promover el presente conflicto de competencia, esgrime que teniendo en cuenta que en materia constitucional donde por esencia se ventilan derechos de ese mismo raigambre, todos los jueces de la República resultan ser constitucionales y por tanto deviene irrelevante las especialidades propias de cada funcionario en la jurisdicción ordinaria.

Para el caso bajo estudio es menester tener en cuenta que el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 en su tenor literal establece lo siguiente: *“presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente.”* -las subrayas son del Tribunal-. El concepto de superior jerárquico ya había sido esclarecido por la Corte Constitucional en sentencia T-181 de 1996, oportunidad en la que precisó: *“El*

artículo 32 del Decreto 2591/91 dice que el Juez remitirá el expediente al "superior jerárquico correspondiente". Y, el expediente se remitió al juez laboral que no es superior jerárquico del Juez Penal Municipal. El factor objetivo (naturaleza del tema, en este caso laboral) no opera en la tutela.”; concluyendo que, “Para esta situación de la Segunda instancia tiene cabida la competencia funcional: el superior jerárquico del Juez Penal Municipal es el Juez Penal del Circuito. Como la incompetencia funcional no es subsanable (art. 144, último inciso, C.P.P.), entonces la actuación en la segunda instancia por parte del Juez Laboral fue nula y así lo declaró la Corte Constitucional.”

El planteamiento anterior se vigoriza al interpretar la norma precitada –art. 32, Decreto 2591 de 1991- en forma sistemática y articulada con el numeral 2, artículo 1º del Decreto 1382 de 2000 el cual expresa: “...cuando la acción de tutela se promueva contra un funcionario o corporación judicial, le será repartida al respectivo superior funcional del accionado...”. -las subrayas son del Tribunal. -

Ahora bien, no puede perderse de vista que a través del mencionado decreto no se establecen las pautas en materia de competencia en las acciones de tutela, como tampoco lo concierne a las impugnaciones sobre las mismas, pues aquél simplemente se encarga de las reglas de reparto.

También cabe memorar, que por disposición del artículo 4 del Decreto 306 de 1992, para la interpretación en materia de tutela, se debe dar aplicación a los principios generales del Código de Procedimiento Civil; y en esa senda es de verse que en el panorama procesal civil, respecto a la apelación de las sentencias proferidas por los Jueces Civiles Municipales en primera instancia, el artículo 27 del Código de Procedimiento le atribuye directamente a los Jueces Civiles del Circuito la competencia para conocer de las mismas, regla que por principio de analogía tiene cabida en el trámite de la acción de tutela.

Así las cosas, con miramiento en las reseñas legales y jurisprudenciales que vienen de colacionarse, no queda duda que el Juzgado competente para asumir la segunda instancia de la disputa que evidencia este caso, es Juzgado Primero Civil del Circuito de Tuluá, Valle, toda vez que la impugnación arremete contra una sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de esa ciudad.

Distinto es cuando la acción de tutela se enfila contra una decisión asumida por el juez civil municipal o el promiscuo municipal en el marco de las competencias de familia –procesos de alimentos, sucesiones, etc.-, ámbito en el cual el juez de familia si resulta ser superior jerárquico y funcional del juez municipal, puesto que así lo disponen las normas de procedimiento, empero, la situación aquí planteada es completamente disímil.

Coincide este Despacho en considerar que todos los jueces son constitucionales en tratándose de trámites en acción de tutela, pero ello no necesariamente conlleva a pensar que entonces hay una total desfiguración de la organización y jerarquización de la Rama Judicial, y de las normas que para mejor proveer se han proferido para regular la competencia y el reparto en estos asuntos, disposiciones que propugnan por una mayor eficiencia y mejor prestación en el servicio de justicia, lo cual a la postre redundaría en el cabal amparo de los derechos constitucionales fundamentales.

Es que, como lo anota la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la preocupación de la Corte Constitucional expresada en auto de 25 de marzo de 2009 atinente a la dilación que se pueda generar en la articulación de la tutela, *“no implica que las autoridades judiciales y sus usuarios deban desconocer la citada reglamentación, toda vez que su inobservancia resta eficacia a la administración de justicia de cara a proteger los derechos fundamentales, pues no se puede olvidar que el Decreto 1382 de 2000 fue expedido por la necesidad cierta de “racionalizar y desconcentrar el conocimiento” de las demandas de tutela. Desconocer aquella realidad advertida en el 2000, genera efectos contraproducentes como el ocurrido en el caso sub exámine, y emite un mensaje equivocado a las personas, pues las incentiva a promover demandas ante cualquier autoridad judicial, creando caos judicial que en nada ayuda a la protección inmediata de los derechos fundamentales, ni al correcto funcionamiento de la administración de justicia en el ejercicio de sus funciones ordinarias instituidas igualmente para garantizar los derechos constitucionales.”*, ello por cuanto consideró, *“que omitir la aplicación del Decreto 1382 de 2000 a fin de evitar dilaciones aisladas en materia de tutela, ocasiona desproporcionadamente desorden generalizado en la administración de justicia y resta eficacia a aquel reglamento ajustado a la Constitución,...”*.

Auto 2013-00017-01 (conflicto de competencia), del 25 de enero de 2013, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García. Decisión: asigna la competencia al Juzgado Primero Civil del Circuito de Tuluá.

PARTICIÓN - No puede ser objetada por el avalúo de los bienes en ella incluidos.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículo 600.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Como se dijera en la reseña inicial, la objeción al trabajo de partición, la hizo consistir el recurrente en que dicho trabajo presenta desigualdad y lesión enorme existente en el trabajo de partición, pues –conforme lo expone- los bienes fueron estimados con el avalúo catastral y el comercial como es sabido es muy superior, adicionalmente indica que en ningún momento el avalúo catastral se convino.

Recordemos que según lo tiene definido el artículo 600 del C. de P. C., la diligencia de inventarios y avalúos tiene como finalidad relacionar el patrimonio del causante y, de ser el caso el de la sociedad conyugal o el de la Sociedad Patrimonial entre compañeros permanentes, el cual encuentra su esfera de definición en el propio acto audiencial, con el propósito de que el trabajo de partición encuentre un espacio expedito que le de sustento a las reglas que según el legislador están dispuestas para ser aplicadas por el partidor, como límite de su trabajo como tal.

No obstante, muy pocas veces, la objeción a la partición puede estar relacionada con actuaciones procesales precedentes, como la diligencia de inventarios y avalúos, como cuando está en discusión la naturaleza de los bienes inventariados. Se itera, temas como el avalúo de los bienes, deben plantearse y definirse exclusivamente en la tantas veces citada audiencia de inventarios y avalúos,

pasada esa oportunidad precluye la posibilidad de retrotraer el proceso para esos fines.

En efecto, se entiende, sin lugar a dubitación, que en este proceso se ha objetado la partición en punto del avalúo de los bienes materia del trabajo partitorio, sin paramientos el objetante, que en el momento de la diligencia de inventarios y avalúos se mostró en un todo de acuerdo con los presentados por la demandante (diligencia visible a folios 68 y 69 del cuaderno principal) y así fueron aprobados en auto de junio 28 de 2010 (sic.) debió decirse “de los primeros días del mes de julio” el cual se encuentra visible a folios 71 del c. primero.

En el tomo I, parte especial, proceso sucesoral, del maestro Pedro Lafont Pianetta, folio 168, se anuncia que la objeción a la partición es la impugnación de fondo y de forma de la partición en todo o en parte y en punto de la determinación de su límite, se explica que lo objetado debe ser la partición aún cuando se encuentre íntimamente relacionado con una o varias actuaciones procesales precedentes, como ocurre con la del inventario y avalúo, el reconocimiento de asignatarios, etc. (...) Así, por ejemplo, quienes no se oponen oportunamente a la inclusión de una recompensa o de un avalúo de bienes en el inventario, consienten en ello y queda, por tanto, inhabilitado para controvertir este punto en la partición. La razón estriba en la necesidad de deducirle efectos sustanciales y procesales a los comportamientos de las partes en el proceso, que son precisamente requisitos o bases de la partición. (Subrayado fuera de texto)

En cambio, no acontece lo mismo con quien se hubiere opuesto o negado oportunamente, muy a pesar de no habersele aceptado sus argumentos, en providencia interlocutoria, en punto de la naturaleza social o propia de los bienes inventariados, pues queda en libertad para plantear la controversia definitiva en la partición, debido a que es al momento de la sentencia aprobatoria (única providencia sustancial) cuando se va a resolver definitivamente tal controversia.

Sin más consideraciones porque sobrarían y como exposición conclusiva, se tiene que no hay manera para considerar en el actual momento procesal, la objeción que se ha venido planteando al trabajo de partición, a partir de una supuesta irregularidad en la diligencia de inventarios y a avalúos, como quiera que halla precluida la oportunidad para tal propósito, cuando el recurrente omitió en su momento plantear los reparos de los que ahora se duele, cerrando la posibilidad para volver sobre un estadio procesal que ya no admite discusión.

Suficiente lo expuesto, para que se imponga la confirmación del fallo impugnado, imponiéndose condena en costas a cargo del recurrente, para lo cual se hará fijación de agencias en derecho.

Sentencia de segunda instancia (2008-00501-01) del 29 de enero de 2013, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: confirma la sentencia apelada.

TERCEROS EN EL PROCESO – Están legitimados para proponer excepciones previas/CONTRATO DE SEGURO – El término de prescripción corre a partir del momento en que se ha tenido conocimiento del siniestro o se ha podido conocerlo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículo 52; Código de Comercio, artículos 1081 y 1131; Código Civil, artículos 2530º y 2541.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión del 04 de julio de 1977, con ponencia del magistrado Jorge Suescún Melo.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Subyace un cuestionamiento jurídico en el presente asunto, relacionado con estimar si el litisconsorte de los demandados, estaba legitimado para formular excepciones previas y de estarlo, si se halla próspera la de prescripción derivada del contrato de seguro.

En este orden de ideas, bien se entiende que los terceros pueden actuar como litisconsortes en los términos del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil y están llamados a intervenir en tal condición en el proceso y con las mismas facultades del extremo al que se conectan, como que son titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extienden los efectos jurídicos de la sentencia, al punto que estaban inicialmente legitimados para demandar o ser demandados en el proceso.

El artículo en cita también anuncia en su penúltimo inciso que de estimarse por el juez procedente la intervención, se aceptará y se consideran las peticiones que hubiere formulado el interviniente.

Por vía jurisprudencial y doctrinaria, claramente se ha argumentado no sólo que el citado es parte principal y que obra como litisconsorte de la parte con la cual previamente tiene posicionada una determinada relación sustancial, siendo en todo caso procedente la formulación de medios defensivos, entre ellos las excepciones, sean previas, mixtas o de fondo. Lo anterior asimilando al tercero por analogía con el demandado o con el llamado en garantía, que se traduce en dispensar en todo orden de citaciones el ejercicio del derecho de contradicción; ante todo cuando se conoce el nexo de solidaridad que involucra al convocado con el extremo pasivo en este asunto con respecto a la obligación demandada.

Despejado el tópico relacionado con la legitimación que le asiste a la compañía excepcionante para formular medios defensivos, debe la Sala proceder al estudio de la excepción de prescripción presentada, a propósito de analizar a partir de cuándo corren los términos en el asunto que ocupa hoy nuestra atención, sin que se pierda de vista que la sociedad convocante –Ingenio María Luisa- es asegurada en la relación sustancial que subyace en el debate.

En efecto, Recordemos que la reclamación por convocatoria a audiencia prejudicial con la asegurada se presentó el 16 de julio de 2008, fecha en la que sin duda la compañía azucarera tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro y desde esta arista bien puede decirse ab initio que desde entonces empezó a correr el término

bienal de prescripción de la acción lapso que venció el 16 de julio de 2010, advirtiendo que el llamamiento en garantía se presentó el 29 de septiembre de 2011.

Precisamente de cara a esta temática el artículo 1081 del Código de Comercio deja claro que:

La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

A partir de la redacción ambigua de esta norma, se han ido decantando varios aspectos, al menos el que trata de armonizar la contenida en el artículo 1081 con la prevista en canon 1131 del mismo ordenamiento de comercio, que en los seguros de responsabilidad civil determina el momento del siniestro y subordina la operancia del contrato a la reclamación judicial o extrajudicial del damnificado.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia desde antes ha indicado que:

(...) No puede negarse que el artículo 1081 del actual Código de Comercio adolece de falta de claridad en su redacción, lo que ha dado lugar a diversas y contradictorias interpretaciones de su texto (...)

Está fuera de lugar toda distinción en cuanto a las personas contra las cuales corre la prescripción, según se trate de la ordinaria o de la extraordinaria, y que quiera fundarse en las distintas expresiones usadas en los incisos segundo y tercero de la norma transcrita. En aquél se habla del 'interesado' y en este de 'toda persona'. Por 'interesado' debe entenderse quien derive algún derecho del Contrato de Seguro, que al tenor de los numerales 1°, 2° y 3° del artículo 1047 son el tomador, el asegurado, el beneficiario y el asegurador. Estas son las mismas personas contra quienes puede correr la prescripción extraordinaria, porque no se trata de una acción pública que puede ejercitar cualquiera. Aquellas personas distintas de los interesados carecen de acción, pues el Contrato de Seguro es para ellas *res inter alias acta* (...)

El término de una y otra prescripción comienza a correr desde momentos distintos, así:

- a) El de la ordinaria, a partir de cuando el interesado (y ya se vio quiénes lo son) tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo, 'del hecho que da base a la acción'. Este hecho no es, no puede ser otro, que el *siniestro*, entendido éste, según el artículo 1072 ibídem, como 'la realización del riesgo asegurado', o sea del hecho futuro e incierto de cuya ocurrencia depende el nacimiento de

la obligación de indemnizar a cargo del asegurador y correlativamente el derecho del asegurado o beneficiario a cobrar la indemnización (...)

- b) El de la extraordinaria comienza a correr ‘contra toda clase de personas (...) desde el momento en que nace el respectivo derecho’, expresión ésta que sin duda alguna equivale a la que emplea el segundo inciso del artículo que se comenta. El derecho a la indemnización nace para el asegurado o para el beneficiario, en su caso, en el momento en que ocurre el hecho futuro e incierto a que estaba suspensivamente condicionado, o lo que es lo mismo, cuando se produce el siniestro.

La expresión ‘contra toda clase de personas’ debe entenderse en el sentido de que el legislador dispuso que la prescripción extraordinaria corre aún contra los incapaces (art. 2530, numeral 1° y 2541 del C.C.), así como contra todos aquellos que no hayan tenido ni podido tener conocimiento del siniestro. (...)

El legislador utilizó dos locuciones distintas para expresar una misma idea, como ocurre con las que aparecen en los incisos 2° y 3° del artículo 1081, acaso para no incurrir en repeticiones o para destacar lo que se expuso de los incapaces en el párrafo anterior, pero de todas maneras con ello suscita a primera vista una dificultad de interpretación que queda aclarada fácilmente en la forma que acaba de indicarse.

El término de la prescripción extraordinaria corre, pues, desde el día del siniestro, háyase o no tenido conocimiento real o presunto de su ocurrencia, y no se suspende en ningún caso, ya que la suspensión sólo cabe en la ordinaria (art. 2530 *ibidem*)

En consecuencia, la prescripción ordinaria y la extraordinaria corren por igual contra todos los interesados. La ordinaria cuando ellos son personas capaces, a partir del momento en que han tenido conocimiento del siniestro o han podido conocerlo, y su término es de dos años; no corre contra el interesado cuando éste es persona incapaz, según los artículos 2530 y 2541 del Código Civil, ni tampoco contra el que no ha conocido ni podido conocer el siniestro.

Pero contra estas personas sí corre la prescripción extraordinaria, a partir del momento en que nace el derecho, o sea desde la fecha del siniestro. Por tanto, las correspondientes acciones prescriben en contra del respectivo interesado así: a) cuando se consuma el término de dos años de la prescripción ordinaria, a partir del conocimiento real o presunto del siniestro; y b) en todo caso, cuando transcurran cinco años a partir del siniestro, a menos que se haya consumado antes la prescripción ordinaria. (...)(subrayados y resaltados fuera de texto)

Como bien se determina en el fallo transcrito y lo ha precisado la doctrina, concluimos con el doctor Jorge Suescún Melo que ni el asegurado ni el beneficiario pueden elegir la prescripción que más les convenga, como sería la de cinco años, pues la aplicación de una y otra no depende del querer del demandante, sino del peso mismo de las circunstancias: Si ha tenido o ha debido tener conocimiento comenzará a correr el lapso bienal desde que adquiere tal conocimiento o desde el

instante en que una persona diligente lo habría tenido. Si no es procedente ninguna de estas dos hipótesis, se aplicará la prescripción extraordinaria, la cual se cumplirá a los cinco años de ocurrido el siniestro.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto en el que –se itera- el 16 de julio de 2008 se convocó a audiencia prejudicial a la sociedad azucarera asegurada –convocante- desde esa fecha se debe colegir que empezó a correr el término bienal de prescripción de la acción dentro del cual la asegurada había podido demandar a la aseguradora que excepciona, pero no fue así, porque el llamamiento en garantía se presentó el 29 de septiembre de 2011, lo cual traduce sin lugar a dubitación que efectivamente tuvo lugar el fenómeno prescriptivo invocado.

Significa que no merecen acogimiento los alegatos del extremo recurrente que le da un entendimiento al tema de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, por fuera de las propias prescripciones del código mercantil, cuanto está claro que frente al asegurado, el momento en el cual la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial –julio de 2008- de cara al llamamiento a conciliación prejudicial a la aseguradora convocada, dio paso sin pausa a que transcurrieran los dos años previstos por el legislador para formular la reclamación respectiva, cuando quien accionó contra la aseguradora excepcionante por vía del llamamiento en garantía, lo fue el ingenio María Luisa S.A., pero el 29 de septiembre de 2011.

Conforme con lo expuesto y sin necesidad de otras consideraciones porque sobrarían, La Sala confirma la decisión impugnada, sin que se imponga condena en costas.

Sentencia de segunda instancia (2011-00078-01) del 29 de enero de 2013, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: confirma la sentencia apelada.

PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO – No impide que el deudor sea demandado ejecutivamente y que los bienes no gravados allí puedan ser objeto de medidas cautelares/EFICACIA DEL PAGARÉ – No se afecta si la persona que tenía la representación legal al momento de concluir el negocio que le dio origen ya no la tiene cuando se diligencia su fecha de creación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Comercio, artículos 621, 709 y 833; Ley 793 de 2002, artículos, 11, 12, y 13.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia C-540 de 2011; Consejo de Estado, Sección Cuarta, decisión 2004-00092-00 del 06 de marzo de 2008, ponencia del magistrado Héctor J. Romero Díaz.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas el planteamiento de la alzada, centra la discusión en los siguientes problemas jurídicos: 1) ¿si el adelantamiento de un proceso de extinción de

dominio sobre los bienes del deudor, impide que simultáneamente se le pueda demandar por la vía ejecutiva y allí solicitar el embargo de sus bienes?; y 2) ¿si se afecta la eficacia del pagaré cuando se le coloca una fecha de creación, para la cual, quien lo suscribió ya no era más el representante legal de la sociedad deudora?

2.1. A efectos de dar respuesta al primer planteamiento, resulta pertinente hacer unas precisiones preliminares sobre la naturaleza y las etapas que estructuran el proceso de extinción de dominio. Sobre el tema, la Corte Constitucional, en sentencia C-540 de 2011, precisó:

Como se indicó en esta sentencia, la Ley 793 reiteró el diseño del proceso de extinción de dominio en tres etapas, las cuales fueron descritas por la Corte en dicho fallo de la siguiente manera:

- i) “Una fase inicial que se surte ante la Fiscalía, en la que (i) se promueve una investigación para identificar bienes sobre los que podría iniciarse la acción de extinción de dominio, (ii) se pueden practicar medidas cautelares y (iii) se ejercen facultades de administración sobre los bienes afectados con tales medidas.
- ii) Otra posterior, que se inicia con la decisión de la Fiscalía de perseguir bienes determinados y en la que hay lugar a (i) ordenar medidas cautelares o solicitarlas si hasta entonces no han sido ordenadas o solicitadas, (ii) la comunicación de esa decisión al Ministerio Público y la notificación a las personas afectadas, (iii) el emplazamiento de los afectados y la designación de curador *ad litem*, si no pudieron ser localizados, (iv) la solicitud de pruebas y la práctica tanto de aquellas solicitadas como de las ordenadas de oficio por la Fiscalía General, (iii) el traslado común a los intervinientes para alegar de conclusión, (iv) la decisión de la Fiscalía General sobre la procedencia o improcedencia de la extinción de dominio y la remisión de lo actuado al juez competente.
- iii) Con esa remisión se inicia la tercera etapa que se surte ante el juez de conocimiento y en la que hay lugar a (i) un traslado a los intervinientes para que controviertan la decisión de la Fiscalía General y a (ii) la emisión de la sentencia declarando la extinción de dominio o absteniéndose de hacerlo.”

En consecuencia, en términos generales, la acción de extinción de dominio se estructura en tres etapas, que van desde una investigación preliminar, pasando por la decisión con la que se da apertura al proceso, la vinculación de los afectados, y después de surtidos estos trámites, la culminación con la sentencia del Juez Penal competente declarando la extinción de dominio a favor del Estado.

Sin embargo, puede suceder que las personas, naturales o jurídicas, incurso en un proceso de extinción de dominio tengan obligaciones pendientes con terceros, quienes tienen la opción de hacer valer sus créditos dentro del proceso de extinción o por otra vía distinta. Así lo precisó el Consejo de Estado, en sentencia del 6 de marzo de 2008, cuando al referirse al tema dijo:

“...Dentro de las personas con interés legítimo, se encuentran los acreedores del afectado, quienes, en consecuencia, están legalmente facultados para hacerse parte en el proceso de extinción de dominio.

Si tales acreedores no desean intervenir en el proceso de extinción de dominio o su intervención es rechazada, pueden reclamar sus créditos en procesos independientes de éste, pero sobre bienes distintos a los que se encuentran en el trámite de extinción, pues, sólo así se garantiza que mientras dure el proceso de extinción, los bienes cuya procedencia se cuestiona y de los cuales el deudor no tiene poder de disposición, queden sometidos a la administración de la Dirección Nacional de Estupefacientes. “(Negrillas fuera de texto)

De lo anterior se establece entonces que los acreedores de la persona o sociedad inmersa en un proceso de extinción de dominio, se encuentran facultados para hacer valer su crédito, bien sea ante la fiscalía o en un proceso independiente al de extinción, postura que por sí sola resulta suficiente para sellar la suerte adversa de los planteamientos del recurrente, en cuanto que este trámite frustra cualquier ejecución paralela que se siga contra el afectado, pues como viene de verse la presente ejecución resulta viable. Por tanto la repuesta al primer problema jurídico, debe resolverse de forma negativa.

Ahora bien, debe precisarse, a tono con los anteriores planteamientos, que si bien los acreedores pueden reclamar sus créditos en procesos independientes, estos procesos solo pueden recaer *“sobre bienes distintos a los que se encuentran en el trámite de extinción”*. En consecuencia, debe ponerse de presente dicha situación al *a-quo*, para que de manera oficiosa enderece la actuación, y evite que las medidas decretadas en el *sub lite* recaigan sobre bienes ya cautelados dentro del trámite de extinción de dominio, sin perjuicio de la posibilidad que pueda decretarse el embargo de remanentes o de bienes que por cualquier causa se llegaren a desembargar dentro del proceso de extinción, pues lo cierto es que éste solo culmina con la sentencia que profiera el juez penal competente, y ella en caso de ser favorable al afectado, debe disponer el levantamiento de las cautelas, momento en el cual se abre la posibilidad de ser garantía general de los acreedores.

Por lo que atañe al segundo problema jurídico, concerniente a la falta de capacidad de quien suscribió el pagaré, por cuenta de la fecha con que se diligenció el espacio correspondiente a su creación, baste decir, que como acertadamente lo expuso la parte no recurrente al descorrer el traslado en esta instancia, que a voces del artículo 833 del Código de Comercio, *“Los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste”*.

En consecuencia, si el negocio jurídico que dio origen a la suscripción del pagaré concluyó entretanto el Dr. OSPINO ACEVEDO ostentaba la representación legal de AGROPECUARIA EL NILO, sin dudas la deudora debe honrar esa obligación, sin que pueda excusar su pago, so pretexto de la posterior remoción de aquel como depositario provisional.

Con todo, debe precisarse que contrario por lo expuesto por la pasiva en la formulación de sus excepciones, con la demanda sí se aportó la carta de

Instrucciones del pagaré, y en ella se consignó que la fecha de creación del título correspondería a la fecha de vencimiento de las facturas, y el valor sería la sumatoria de las obligaciones impagadas por AGROPECUARIA EL NILO, sin que aquí se haya acreditado que el negocio que dio origen al título no se haya celebrado entre las partes y menos que las sumas por las que se diligenció el título no correspondan a las realmente adeudadas por la aquí demandada; motivo por el se impone la Confirmación de la sentencia de primera instancia en cuanto despachó desfavorablemente las defensas planteadas por el recurrente.

Sentencia de segunda instancia (2009-0166-01) del 05 de febrero de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

SALA LABORAL:

COSA JUZGADA – No la constituye la orden de reintegro impartida, de manera transitoria, en una sentencia de tutela/PRESCRIPCIÓN – Los términos que la regulan en los juicios del trabajo no se extienden o aplican a la vigencia de una orden de tutela.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Procesal del Trabajo, artículos 31 y 515; Código Sustantivo del Trabajo, artículo 488; Código de Procedimiento Civil, artículo 333, numeral segundo.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En rededor de la excepción de cosa juzgada, el artículo 32 *ibídem* establece: “*podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, así como la de prescripción cuando no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o suspensión*”. Esta disposición pretende evitar que en el transcurso de la *litis* el juez se dedique al estudio de las pruebas de un hecho que es evidente y que conlleva a una dilación innecesaria del asunto; para que en su lugar resuelva dichas excepciones desde la primera audiencia de trámite y no en la sentencia, siempre y cuando fuere posible, como se estableció en la norma que vino a modificar el antiguo artículo 32.

En el caso concreto, la empresa demandada se duele de la negativa a la declaratoria de la excepción de cosa juzgada, habida cuenta que, aunque mediante esta demanda el actor busca obtener tanto el reintegro como el pago de prestaciones sociales e indemnizaciones, dichas pretensiones quedaron inmersas -en forma expresa- en una sentencia de tutela proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Pedro – Valle, en tanto que obligó a la codemandada COOPSERLAB CTA, y exoneró a INGENIO SAN CARLOS S.A. -folios 55 y 61-.

A juicio de la Sala, no asiste razón al apoderado de la sociedad anónima demandada, en tanto que el amparo de los derechos fundamentales del actor por vía de tutela, procedió de manera transitoria; entonces en ese caso no se puede predicar la cosa

juzgada de la sentencia que brindó la protección de los derechos y dispuso el reintegro, porque además esa orden quedó sujeta a que activara la jurisdicción laboral en procura de obtener, si así fuera, una protección definitiva del derecho.

Es que la sentencia de tutela conferida como mecanismo transitorio, pierde vigencia una vez el juez constitucional se pronuncia o resuelve de fondo y de manera definitiva el litigio.

En ese entendido, la sentencia de tutela concedida de manera transitoria, no tiene la entidad de cosa juzgada, en los claros términos en que lo consagra el numeral 2º del artículo 333 del Código de Procedimiento Civil, canon que establece que no constituye cosa juzgada la sentencia que decida situaciones factibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización legal.

De tal manera que estuvo bien denegada por el juzgado la excepción ya mentada.

Ahora, en referencia a la excepción de caducidad y prescripción; baste con señalar que las reglas propias del proceso ordinario sobre prescripción son las contenidas en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; de forma tal que no es procedente aplicar al juicio laboral un término de prescripción que corresponde a la vigencia de una orden de amparo; que no a la acción de tutela en sí misma considerada.

Es que la prescripción actúa o afecta el derecho reclamado ante esta jurisdicción y se debe computar conforme a las normas arriba enunciadas.

Finalmente, en torno a la excepción de falta de jurisdicción y competencia, itera esta Sala que el proceso ordinario promovido por el actor, surge naturalmente de la orden de tutela emitida por el juez constitucional y no porque a su antojo haya elegido excitar la jurisdicción laboral para “desplazar o eludir la decisión tomada por el juez constitucional”.

Es la misma reglamentación de la acción de tutela, la que dispone que cuando el amparo se otorgue como mecanismo transitorio, el beneficiado debe acudir al mecanismo ordinario de defensa, en procura de un pronunciamiento definitivo.

Sean los argumentos anteriormente esbozados suficientes para confirmar el auto apelado, debiéndose condenar en costas a la parte recurrente y vencida, a favor del demandante. Al efecto se señala la suma de \$100.000,00, por agencias en derecho.

Auto de segunda instancia (2010-00180-01) del 18 de diciembre de 2012, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma el auto apelado.

RECHAZO DE LA DEMANDA – No es motivo legal para ello el demandar a sociedades distintas de aquellas que aparecen en los certificados de existencia y representación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículo 85; Código Procesal del Trabajo, artículos 25 y 28.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Pretende el gestor del derecho de la demandada que se revoque el auto por el cual el juzgado de conocimiento rechazó la demanda, pues estima que en la misma no se incurrió en ninguna de las causales de rechazo consagradas en el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil.

De una revisión previa de la demanda, encuentra la Sala que, en efecto, los certificados de existencia y representación aportados por el apoderado del actor, no corresponden a las sociedades llamadas a juicio; sin embargo, ese motivo no configura causal de rechazo de la demanda; en tanto que el artículo 28 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, establece en forma expresa que si la demanda no reúne los requisitos señalados en el artículo 25, corresponde al juez inadmitirla y señalar los defectos de que adolezca para que una vez subsanada, determina si colma aquellos presupuestos.

De esa forma y sin mayores esfuerzos argumentativos, considera el Tribunal que se equivocó el juzgado cuando, por causales diferentes a las que aconsejan el rechazo, decidió proceder así; en vez de acatar las disposiciones que gobiernan el proceso social.

Sean estas cortas reflexiones suficientes para que se revoque el auto impugnado y se disponga que el funcionario instructor señale los defectos de que adolece la demanda, para que conceda a la activa el término legal a fin de que la corrija.

Auto de segunda instancia (2012-00151-01) del 18 de diciembre de 2012, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: revoca el auto apelado.

ACTOS ADMINISTRATIVOS – No constituyen título ejecutivo cuando se presentan en copia simple/ACTOS ADMINISTRATIVOS – Únicamente la primera copia presta mérito ejecutivo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Procesal del Trabajo, artículos 54A, 100 y 145; Código de Procedimiento Civil, artículo 115.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Sea lo primero advertir que el conocimiento de este asunto compete al Tribunal en razón a lo reglado en el numeral 8º del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en tanto que el auto atacado se pronunció sobre el mandamiento de pago dictado dentro de esta acción compulsiva.

En referencia al asunto a dilucidar, se recuerda que el proceso ejecutivo en materia laboral se halla regulado en el capítulo XVI del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, compendio que en su artículo 100, dispone:

“será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral firme”.

Por tanto, para el ejercicio de la acción ejecutiva laboral es necesario ser acreedor de una obligación que emane de una relación de trabajo, la cual debe reunir los requisitos generales de ser clara, expresa y exigible, constar en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o emanar de una providencia judicial o arbitral en firme.

De otro lado, el artículo 54A del mismo estatuto procesal –adicionado por el artículo 24 de la Ley 712 de 2001-, determina cuáles documentos (aportados en copia) se reputan auténticos en el juicio laboral, pero en ese precepto no se hace alusión a los actos administrativos, a lo que se agrega que su parágrafo sienta expresa prohibición de aportar documentos en fotocopia simple, cuando se pretenda darles la connotación de títulos ejecutivos.

Ciertamente, así reza la norma en comento:

“Artículo 54 A- (...) Parágrafo.- En todos los procesos, salvo cuando se pretenda hacer valer como título ejecutivo, los documentos o sus reproducciones simples presentados por las partes con fines probatorios se reputarán auténticos, sin necesidad de autenticación ni presentación personal, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros.”

En ese orden de ideas, acertó la titular del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura, cuando exigió a la parte actora la aportación de un documento con constancia de autenticidad y emanado del HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE BUENAVENTURA, ya que no es posible que pretenda que la simple copia del documento aportado tenga valor de título ejecutivo, en tanto que el procedimiento del trabajo no determina la presunción de autenticidad para documentos en copia, para que sirva de base de recaudo ejecutivo.

Ahora, las normas de carácter procesal son de orden público y por tanto de obligatorio cumplimiento, lo que conduce a que no puedan ser desatendidas por sus destinatarios, entonces; como el artículo 115 del ordenamiento procesal civil; aplicable por vía de remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, determina en el inciso 2° de su numeral 2° que ***“Solamente la primera copia prestará mérito ejecutivo”***; debe entenderse que el juez sólo puede librar mandamiento de pago cuando el título ejecutivo contenga la constancia de ser primera copia que presta mérito ejecutivo.

No sobra reiterar que desde antaño ha admitido la judicatura que; en aplicación de la jurisprudencia de las Salas de Casación Penal y Civil de la Corte Suprema de Justicia sustentada fundamentalmente en razones de seguridad tendientes a evitar que con base en réplicas sucesivas del acto administrativo, se cobre más de una vez la misma obligación; la constancia de ser ***“primera copia”*** aplica también a los actos administrativos que se pretenden hacer valer como títulos en el proceso ejecutivo laboral.

Auto de segunda instancia (2009-00119-01) del 18 de diciembre de 2012, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma el auto apelado.

CONTRATO DE TRABAJO – Es indispensable demostrar los extremos temporales de la relación laboral.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Sustantivo del Trabajo, artículo 24.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión del 30 de noviembre de 1961.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El demandante postuló que estuvo ligado laboralmente y de forma continua con el señor JOSÉ MARCIAL MOSQUERA RIVILLAS, quien se desempeñaba como contratista del Municipio de El Cerrito (V), desde el 15 de junio de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2006, manifestación que no fue refutada o controvertida por el citado empleador en razón a que el mismo no dio respuesta al escrito de demanda.

De esa manera se torna imperativo acudir al contenido del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, disposición que establece la presunción de existencia de la relación laboral en toda prestación personal de servicios, presunción que por ser de naturaleza legal, admite prueba en contrario; de modo que quien concurre a la jurisdicción a buscar el reconocimiento de un vínculo de tal linaje, llega amparado por la misma, correspondiendo en consecuencia al beneficiario de los servicios demostrar el hecho contrario, esto es, que los servicios personales fueron desplegados en virtud de relación de otro talante, ya civil ora comercial.

En tal cometido, se advierte que ante la inactividad del presunto empleador y su no comparecencia a la audiencia obligatoria, el juzgado lo declaró confeso de los hechos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, doce, catorce, dieciséis, diecisiete y dieciocho; sin embargo, esa presunción se cae de su peso, dado que si bien la prueba testimonial indica, sin lugar a equívocos, que efectivamente el actor desempeñó labores de forma personal a beneficio del demandado MOSQUERA RIVILLAS, labores que consistieron en la elaboración de pozos sépticos y que dichos trabajos eran contratados por el Municipio de El Cerrito (V), información que se complementa con la documental obrante en las diligencias, de la cual se desprende que el señor JOSÉ MARCIAL MOSQUERA en efecto fungió como contratista del ente territorial demandado y que las obras a él encomendadas no fueron exclusivamente las relacionadas con la elaboración de pozos, sino también con la construcción de acueductos, alcantarillados y reductores de velocidad (folios 79 a 83 y 108 a 304); de la misma no se pueden colegir con suficiente claridad y precisión las fechas de inicio y de terminación de la relación laboral que se suscitó entre el demandante y el señor JOSÉ MARCIAL MOSQUERA RIVILLAS, en condición éste último de contratista del Municipio de El Cerrito (V); pues mientras el testigo Jorge Ferney Castaño Ortiz (folios 79 y ss.)

indicó que conoce al demandado JOSÉ MOSQUERA desde el año 2002, “*cuando trabajábamos en la alcaldía*” y que a WALTER GUACA lo conoce desde esa misma época cuando se dedicaban a la excavación de pozos sépticos, señalando que “*todos entramos en el mismo tiempo, en el año 2002, no recuerdo la fecha exacta, y tampoco me acuerdo bien hasta cuando trabajamos, pero fueron más o menos 4 años, derecho de lunes a domingo, trabajábamos hasta por la noche*”; el declarante José Ignacio Valenzuela señaló que su conocimiento del demandado JOSÉ MOSQUERA data de 6 o 7 años atrás, dado que el testimonio fue rendido el 23 de febrero de 2011, mismo lapso que lleva de conocer al actor, pues ambos se dedicaban a cavar pozos sépticos contratados por MOSQUERA.

Nótese que las fechas indicadas por los testigos atrás referenciados, no coinciden con las indicadas en la demanda inicial y las mismas tampoco logran desprenderse de la documental adosada a los autos, pues esta da cuenta efectiva de la relación civil o comercial existente entre el Municipio de El Cerrito (Valle) y el contratista JOSÉ MARCIAL MOSQUERA RIVILLAS, la cual fue intermitente en el tiempo y no puede ser usada para determinar los extremos temporales en que el señor WALTER GUACA se desempeñó al servicio del contratista en mención.

De esta forma, aunque el actor logró ampararse en la presunción de que trata el artículo 24 de la normatividad sustantiva laboral y se tuvieron por ciertos algunos hechos de la demanda; no cumplió su obligación procesal de demostrar los extremos temporales dentro de los cuales prestó sus servicios personales.

Sobre el punto, esta Sala de Decisión Laboral ha explicado en numerosos proveídos que los extremos cronológicos de toda relación laboral son requisito indispensable para efectuar las correspondientes operaciones matemáticas en las posibles liquidaciones de prestaciones sociales e indemnizaciones a que haya lugar y que, cuando no hay precisión en los mismos no le es dable al operador jurídico emitir aproximaciones o suposiciones sobre dichos extremos, pues las liquidaciones correspondientes carecerían de fundamento.

Siguiendo el orden de la exposición, las versiones vertidas al proceso y ya reseñadas, no notician dato alguno sobre los extremos cronológicos dentro de los cuales se movieron la relación o relaciones que existieron entre las partes, aspecto que de suyo implica la absolución del encartado, según lo asentó el juzgador de primera instancia, sin que sea posible, por lógicas razones, tomar una decisión diferente a la ya expuesta frente al demandado en solidaridad.

Estas circunstancias fácticas y probatorias y la reseña jurisprudencial citada en la sentencia objeto de consulta, obligan a la Sala, sin más preámbulos a confirmar la decisión consultada.

Sentencia de segunda instancia (2010-00119-01) del 18 de diciembre de 2012, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia apelada.

CONVENCION COLECTIVA – No puede exigirse su depósito cuando el empleador acepta su existencia y los derechos a ella incorporados.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Sustantivo del Trabajo, artículo 469.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisiones del 20 de mayo de 1976 y 41782 del 30 de agosto de 2011, ponencia del magistrado Francisco Javier Ricaurte Gómez.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Como quiera que la pretensión principal del actor radica en el pago de la prima de antigüedad contenida en la convención colectiva de trabajo y de allí se desprenden las demás; como presupuesto mínimo para la prosperidad de lo peticionado debió aportar el citado convenio con su respectiva nota de depósito, tal como lo indicara en su providencia la jueza de primera instancia.

Es que por sabido se tiene que quien se ampara y pretende sustentar los hechos y peticiones en una Convención Colectiva debe aportarla en debida forma a fin de que el dispensador de justicia pueda tener los parámetros para fundamentar su criterio o decisión, pues no basta con la sola afirmación del actor para dar por demostrado que hay una Convención Colectiva de Trabajo y menos aun, reconocer derechos derivados de ella en beneficio del mismo.

El artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo determina que la convención colectiva de trabajo que se aporte a un juicio laboral debe contener la respectiva nota de depósito, lo que permite que pueda tenerse como prueba. El tenor literal de la norma señala:

“Artículo 469.- La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el departamento nacional del trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto”

Así se manifestó la Sala de Casación Laboral de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 20 de mayo de 1976:

“...No puede pues acreditarse en juicio la existencia de una convención colectiva como fuente de derechos para quien la invoca a su favor sino aduciendo su texto auténtico y el del acta de su depósito oportuno ante la autoridad laboral o, cuando menos para esto último, mediante certificación de dicha autoridad sobre el hecho de haberse depositado dentro de plazo hábil la convención.

“Si tal prueba no se allega al proceso de manera completa, no puede el sentenciador dar por demostrado en juicio que hay una convención colectiva de trabajo ni, menos aún, reconocer derechos derivados de ella en beneficio de cualquiera de los contendientes. Y si llegare a reconocer la existencia de aquella sin que aparezca en autos la única prueba legalmente eficaz para acreditarla, comete error de derecho y, por ese medio, infringe las normas sustanciales que preceptúan cosa distinta”.

Pero, como variación a la enseñanza jurisprudencial atrás indicada, la misma alta Corporación de justicia en sentencia del 30 de agosto de 2011, radicada al número 41782, con ponencia del magistrado Francisco Javier Ricaurte Gómez, expresó que cuando el extremo empleador convocado a juicio acepta la existencia de la convención colectiva de trabajo y, por ende, de los derechos en ella contenidos, improcedente resulta exigir prueba solemne de su existencia, pues, se repite, existe confesión sobre el particular por parte del demandado.

Así se expresó la Corte en esa oportunidad:

“...Valga recordar lo dicho recientemente por la Sala, sobre circunstancias similares, en casación del 3 de mayo de 2011, rad. 35685:

“Pues bien, de entrada observa la Corte que la demandada al contestar la demanda inicial del proceso aceptó que las pensiones reconocidas a los actores eran convencionales, pues así se desprende claramente en cuanto afirmó que se oponía a “la prosperidad de esta pretensión de no compartibilidad entre la pensión decretada convencionalmente por ALCALIS a favor del actor, por carecer de todo fundamento legal y convencional, ya que mi representada ALCALIS DE COLOMBIA LTDA EN LIQUIDACIÓN, otorgó al demandante su pensión de jubilación de conformidad con la convención colectiva vigente para la época en que se le reconoció el derecho” (resaltado fuera de texto).

Por tanto, al no existir debate alguno en torno a la naturaleza de las prestaciones, mal puede la recurrente exigir prueba solemne de la convención colectiva de trabajo, cuando, se insiste, no fue materia de controversia el hecho de que las pensiones reconocidas tuvieron su fuente en un acuerdo colectivo.

(...)

“El tema propuesto en este cargo por la recurrente, dirigido por la vía indirecta, en torno a que a los actores se les reconoció las pensiones de jubilación “bajo un amparo convencional, con más de 50 años de edad y un tiempo de servicios superior a 20 años, siendo éstos los mismo requisitos contemplados en el artículo 17 literal b) de la Ley 6ª de 1945, por lo por la calidad de la empresa y del mismo trabajador oficial- en ambos casos, la pensión de jubilación a pesar de ser convencional, no perdía su carácter de legal”, no fue hecho del proceso, pues nada se alegó sobre el particular en la contestación de la demanda principal, como tampoco en la sustentación del recurso de apelación, en consecuencia, el Tribunal no examinó tales argumentos, ni tenía que hacerlo, precisamente porque no fue materia de controversia.

Es evidente, entonces, que la censura plantea un verdadero hecho nuevo, habida cuenta que los fundamentos de la demanda de casación deben estar cimentados en los hechos definidos por las partes en el escrito inaugural del proceso, su reforma, respuesta y proposición de excepciones. De aceptarse tal circunstancia, esto es una modificación de la defensa en el

recurso de casación, es claro que se lesionarían de manera frontal derechos fundamentales de los actores como el debido proceso y defensa, cuyos pilares esenciales exigen que la relación jurídica procesal quede delimitada al inicio en el juicio. ...”

Sentadas las anteriores consideraciones, se observa que el documento que milita de folios 19 a 24 y 42 a 47 del expediente, corresponde a una copia simple de los acuerdos colectivos operantes en el MUNICIPIO DE BUENAVENTURA, por los años 1994 a 2001, mismo que surte efecto probatorios si en atención se tiene que el ente territorial enjuiciado, al contestar los hechos de la demanda y efectuar pronunciamiento sobre las pretensiones del actor, afirmó la existencia de los acuerdos convencionales con los que se benefician sus trabajadores, y el derecho que le asiste al señor OLAYA CASIERRA sobre la prima de antigüedad deprecada en la demanda -folio 37-.

De esta forma, mal hizo el juzgado de instancia al exigir prueba solemne sobre la existencia y validez del acuerdo convencional, pues lo procedente era revisar la forma en que dicha prerrogativa debía liquidarse y si el demandado logró demostrar, como lo afirma en su escrito de contestación, el pago oportuno de la misma a favor del trabajador demandado.

(...)Como quiera que no existe en el proceso prueba que permita establecer que en efecto el MUNICIPIO demandado canceló en debida y oportuna forma el concepto prestacional deprecado por el demandante, procedente se hace imponer condena sobre el particular, sin que sobre las sumas que se reconozcan, sea dado aplicar prescripción, pues la excepción correspondiente no fue formulada por el extremo demandado y la misma no procede de manera oficiosa.

En consecuencia, de conformidad con los datos consignados en el cuadro que antecede, corresponde al demandante por concepto de primas de antigüedad la suma de \$828.933,00, suma que debidamente indexada alcanza la cifra de \$1.068.946,00 que se ordenará pagar al ente territorial demandado y a favor del demandante.

De esta forma se revocará la sentencia de primera instancia para imponer la condena antes indicada.

Sentencia de segunda instancia (2010-00139-01) del 18 de diciembre de 2012, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: revoca la sentencia apelada.

SALA PENAL:

PRISIÓN DOMICILIARIA – Su denegación es consecuencia de la ejecución de la conducta, con total desdén por el bienestar moral y físico de sus menores hijos, y no por la peligrosidad de las procesadas y la gravedad de la conducta.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 82 de 1993, artículo 2; ley 750 de 2002, inciso tercero del artículo primero; ley 906 de 2004, parágrafo del artículo 314.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia C-184 de 2003; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 35943 del 22 de junio de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Es cierto que la prisión domiciliaria en razón a la calidad de madre o padre cabeza de familia, se orienta a conservar incólumes los derechos de los menores que ante la privación de la libertad del único progenitor que guarda por su cuidado y bienestar, quedarían en estado de abandono y desprotección. La finalidad del instituto, como lo expresa acertadamente el juez de instancia, es una clara expresión del mandato constitucional según el cual, los derechos de los niños prevalecer sobre los demás.

Con todo, también es cierto que la imposición de una pena cumple finalidades no menos relevantes dentro de un Estado de derecho, pues mediante esta se procura mantener la expectativa de seguridad no sólo frente a la comunidad en abstracto sino también respecto de los familiares que pueden verse afectados con la permanencia del condenado al interior de la sociedad o el seno familiar al que pertenecen.

Por eso, resulta indubitable como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, que la prisión domiciliaria en calidad de padre o madre cabeza de familia supone un conflicto de principios y derechos que no pueden resolverse mecánicamente a favor de los menores en virtud de la aplicación del principio de prevalencia de sus derechos, pues como todo principio y derecho constitucional, su ejercicio está sujeto a límites y restricciones en tanto se muestren necesarios, adecuados y proporcionales.

En ese sentido, al tiempo que deben analizarse la situación jurídica en el que quedan los derechos de los menores a cargo del exclusivo cuidado de su padre o madre ante la privación de su libertad, deben observarse si la concesión del mecanismo sustitutivo coloca en peligro a la comunidad o incluso a los mismos beneficiados con la medida. Tal juicio se aborda a partir de la naturaleza y gravedad de la conducta punible en relación con el interés de la comunidad y los menores, y de sus antecedentes personales, sociales y familiares.

Por eso, luego de verificar la condición de madre o padre cabeza de familia prevista en el artículo 2 de la Ley 82 de 1993, el legislador exige valorar otros requisitos vinculados con la peligrosidad que este puede representar al estar purgando pena de prisión en su domicilio.

En efecto, el parágrafo del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 y el inciso 3 del artículo 1 de la Ley 750 de 2002, prevén la circunstancia de presentar registro de antecedentes penales, y enlista ciertas conductas punibles frente a las cuales no procede el mecanismo sustitutivo bajo análisis. En esos supuestos, el legislador

supone el alto grado de peligrosidad del condenado ante la gravedad y naturaleza de la conducta punible en abstracto, y por tanto, impide en forma expresa la concesión de la prisión domiciliaria, aun cuando se ostente la condición de madre o padre cabeza de familia.

Es el mismo artículo 1 de la Ley 750 de 2002 que impone revisar el eventual peligro para la comunidad o beneficiados con la medida sustitutiva, a partir de la naturaleza y gravedad que en concreto muestren la conducta punible objeto de condena, y los antecedentes personales, sociales y familiares del condenado.

En el caso concreto, las señoras MARIA CRUZ y NATHALY BUENO BARONA no fueron condenadas por uno de los delitos que impiden la concesión de la prisión domiciliaria; demostraron su condición de madres cabeza de familia de dos menores respectivamente, al aportar elementos de prueba que indican la falta de apoyo de sus progenitores, ora por estar privado de su libertad -para el caso de NATHALY BUENO- o no cumplir sus obligaciones familiares -en el caso de MARIA CRUZ BUENO- y la imposibilidad de velar por su efectivo cuidado y bienestar de parte de su abuela, en atención a su avanzada edad y quebrantos de salud.

Sin embargo, constituyen un peligro para el desarrollo moral e incluso físico de sus hijos, no por el hecho de que fueran condenadas por un delito que en abstracto se erige “en mal ejemplo” para ellos, sino por las circunstancias que rodearon su ejecución.

Téngase en cuenta que las condenadas aceptaron su responsabilidad en el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ESTUPEFACIENTES por la modalidad conductual de “almacenar”, lo cual implicaba que la sustancia estupefaciente se almacenaba al interior de su residencia, como así se demostró en la diligencia de allanamiento y registro llevada a cabo por agentes de la Policía Nacional, quienes encontraron veintidós (22) bolsas plásticas utilizadas para el empaquetamiento de la droga en el cajón de la mesa de noche de una de las habitaciones, y una bolsa plástica encima de la nevera contentiva de doscientos setenta y cuatro punto siete gramos (274.7 gr) de cocaína.

Así mismo, obsérvese que en cada una de las declaraciones dadas por las procesadas en diversas diligencias, afirman que eran moradoras del lugar donde fue incautada la evidencia física anteriormente señalada. Igualmente, la señora NATHALY BUENO BARONA indicó a los agentes policiales que en la habitación denominada como numero tres (3), pernoctan sus dos hijas. Por su parte, en los informes de arraigo socioeconómico de las dos procesadas realizado con los datos proporcionados por su hermana AMANDA BARONA BECERRA, se consigna como lugar de residencia de ambas y de sus respectivas hijas, la dirección donde fue llevado a cabo el operativo policial.

Lo anterior significa que la conducta punible objeto de condena era ejecutada en el sitio donde también vivían sus menores hijas, quienes por tanto no encuentran garantías para la conservación de su integridad física y moral con la presencia de sus madres, si se tiene en cuenta el contacto real o al menos potencial que tenían con la sustancia estupefaciente (23 bolsas para empacarla fueron encontrados en el cajón de un nochero de la casa, y una bolsa con 274.7 gramos de cocaína fue halla encima de la nevera), y con todos las circunstancias que ello implicaba, como la

visita permanente de personas que iban a comprar la droga, o de sujetos armados encargados de sacar la misma para expendirla en la cárcel de Palmira, tal y como se consigna en el informe ejecutivo y en la imputación fáctica consignada en el Preacuerdo suscrito por las condenadas.

En consecuencia, denegar la prisión domiciliaria en este asunto resultaba una imposición, no por la peligrosidad de las procesadas inferida a partir de la mera naturaleza y gravedad de la conducta punible en abstracto, como reiteradamente lo advirtió el juez de instancia, sino en atención a las circunstancias fácticas concretas y precisas en que era ejecutada, con total desdén por el bienestar moral y físico de sus menores hijos.

Ante ese panorama, no era viable obtener el mecanismo sustitutivo concedido por el juez de primera instancia, so pretexto de velar por los derechos de sus hijos que no les importó poner en grave y efectivo peligro al perpetrar la conducta delictiva por la cual fueron condenadas, para cuya protección no ofrecen un pronóstico favorable en el caso de que purgaran la pena en su lugar de residencia.

En consecuencia, se revocará la sentencia impugnada únicamente en este aspecto, ordenando el traslado inmediato de las procesadas del lugar de residencia al centro de reclusión que al efecto determine el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), donde deberán purgar la pena impuesta en la sentencia de primera instancia.

Así mismo, se dispondrá que los cuatro (4) menores de edad queden a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien deberá velar por salvaguardar sus derechos de crianza, cuidado y manutención, a menos que aparezca un familiar que pueda hacerse a cargo de los mismos. Dicho trámite, deberá adelantarlo la primera instancia.

Sentencia de segunda instancia (AC-326-12) del 16 de octubre de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca el numeral tercero de la parte resolutoria de la sentencia apelada.

INDEBIDA CALIFICACIÓN JURÍDICA – No acarrea la nulidad de la actuación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 600 de 2000, artículo 404.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones del 23 de mayo de 1988 y 18457 del 14 de febrero de 2002, con ponencia del magistrado Jorge Enrique Córdoba Poveda.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Corresponde a la Sala establecer si en el presente asunto procedía declarar la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación en razón de haberse

incurrido en una indebida calificación jurídica del comportamiento enrostrado al señor SIGIFREDO OSORIO RAMÍREZ.

En el presente caso, la nulidad decretada por la juez de instancia no resultaba procedente, pues si al evaluar la resolución de acusación consideró desacertada la calificación jurídica del comportamiento investigado en consonancia con lo expresado por la Juez Penal del Circuito de Sevilla, de tal forma que aceptó la competencia que aquélla le abrogaba, ha debido optar por el procedimiento de la variación de la calificación jurídica que puede advertir de oficio en la audiencia pública de juzgamiento, conforme lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 404 de la Ley 600 de 2.000.

Este es sin duda, un remedio eficaz para solucionar la irregularidad que advirtió en la resolución de llamamiento a juicio proferida por la representante del ente acusador, pues aun cuando ella insista en la postura contenida en ese acto procesal y se oponga a la de la señora juez de instancia, en la audiencia pública de juzgamiento, es donde esta última debe advertirle a los sujetos procesales la conducta punible que estime debió enrostrársele al señor SIGIFREDO OSORIO RAMÍREZ sin hacer juicio de responsabilidad penal, medida con la cual se conservará incólume el principio de imparcialidad del juzgador, porque se trata únicamente de ajustar el comportamiento descrito en la resolución a un determinado tipo penal.

En efecto, la señora Juez Segunda Penal del Circuito Especializado decretó la nulidad de la resolución de acusación con miras a que el representante del ente acusador adecúe nuevamente la conducta conforme a su criterio, no obstante haberse pronunciado la señora Fiscal en desacuerdo con la variación de la calificación jurídica en la audiencia preparatoria instalada por la Juez Penal del Circuito de Sevilla en el momento en que anunció se remitiría el proceso al Juzgado Especializado por considerar que el nomen iuris de la conducta atribuida al acusado respondía al delito de Genocidio y no al de Homicidio Agravado seleccionado por la Fiscalía.

Pues bien, ni en el caso en que el Fiscal se encuentre de acuerdo con la postura del juzgador ni a contrario sensu, procede la nulidad.

Para el segundo evento relacionado directamente con el problema jurídico, imponerle a la Fiscalía dicha calificación para efecto de su resolución de acusación, sería tanto como concebir que el señor Juez de la república es el superior funcional del señor Fiscal delegado.

Recordemos que la Ley 600 de 2000 consagra un sistema procesal mixto, que constituyó la transición entre el sistema inquisitivo y el acusatorio. Se introdujo la separación a nivel de funcionarios entre la investigación y el juzgamiento. El investigador-juez (fiscal) de la fase investigativa, llega hasta la resolución de acusación que demarca el inicio de la etapa del juicio, donde un nuevo funcionario judicial que no se encuentra comprometido con lo actuado en la primera etapa, asume el conocimiento para revisar la legalidad y toma la dirección de la actuación con la facultad por su competencia oficiosa en materia de prueba, de armar su propia teoría del caso. Por su parte, el Fiscal será el sujeto procesal a cargo de la

acusación sin perjuicio de solicitar la absolución si las pruebas que se recauden en esta etapa, así lo determinan.

La acusación de acuerdo con el artículo 250 de la actual Constitución Nacional desde la vigencia de ese sistema mixto, le corresponde a la Fiscalía y el señor Juez no puede imponerle una determinada adecuación típica de la conducta en la “convocatoria a juicio” del procesado. En razón a esta realidad jurídica, el legislador creó las diversas formas de congruencia entre acusación y sentencia en el artículo 404 de ese Código Adjetivo, de forma que sin llegar al extremo de tal intromisión, el señor Juez puede salvaguardar el principio de legalidad desde la tipicidad estricta, pero todo esto dentro de la propia etapa del juicio.

Concordante con lo afirmado, también se superó la dificultad registrada en la praxis judicial, cuando una vez devuelto el procedimiento a la resolución de acusación, el Fiscal en algunas ocasiones, insistía en su propia postura en materia de adecuación típica muchas veces refrendada por su superior funcional, el Fiscal delegado ante el Tribunal Superior del Distrito, indicativo de la independencia de las dos funciones.

Igualmente, a nivel de las consecuencias de la nulidad, se generaba la libertad del acusado por vencimiento de términos al tenerse como si no se hubiera calificado el mérito de la instrucción dentro del período establecido por el legislador (causal de libertad) o se generaba la prescripción de la acción penal; o de llegarse a una posterior sentencia condenatoria, a veces, la misma quedaba en un mero acto simbólico porque nunca se recapturaba a ese sentenciado, quien procuraba la prescripción de la pena. Estos son antecedentes importantes para el legislador, por los cuales se adoptó la solución prevista en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000.

Hoy, cuando ya llevamos varios años de haber asumido un esquema acusatorio dentro de nuestro procedimiento penal, estamos en mayor capacidad de comprender por qué el ente acusador a través de su delegado, no está en la obligación de calificar la conducta de acuerdo a la denominación jurídica considerada como correcta por el Juez de conocimiento, pues ese acto de acusación sólo a él le corresponde, así también en el sistema mixto; en el que se propugnó por el acercamiento a los paradigmas del sistema acusatorio. Por consiguiente, considerar una nulidad por indebida adecuación típica a partir de la resolución de acusación, sería aniquilar esa distinción de funciones, cuando iteramos a través de esta disposición –*el artículo 404 de la Ley 600 de 2000*- la protección del principio de legalidad por cuenta del juzgador, se encuentra a salvo.

Veamos:

“Variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible. Art. 404.-

“Concluida la práctica de pruebas, si la calificación provisional dada a la conducta punible varió por error en la calificación o prueba sobreviniente respecto de un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifiquen los límites punitivos, se procederá así:

1. Si el Fiscal General de la Nación o su delegado, advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, procederá a variarla y así se lo hará saber al Juez en su intervención durante la audiencia pública. Finalizada su intervención, se correrá traslado de ella a los demás sujetos procesales, quienes podrán solicitar la continuación de la diligencia, su suspensión para efectos de estudiar la nueva calificación o la práctica de las pruebas necesarias.

Si se suspende la diligencia, el expediente quedará inmediatamente a disposición de los sujetos procesales por el término de diez días para que soliciten las pruebas que consideren pertinentes. Vencido el traslado, el juez, mediante auto de sustanciación, ordenará la práctica de pruebas y fijará fecha y hora para la continuación de la diligencia de audiencia pública, la que se realizará dentro de los diez días siguientes.

Si los sujetos procesales acuerdan proseguir la diligencia de audiencia pública o reanudada ésta y practicadas las pruebas, se concederá el uso de la palabra en el orden legal de intervenciones.

2. Si el juez advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, así se lo hará saber al fiscal en la audiencia pública, limitando su intervención exclusivamente a la calificación jurídica que estima procedente y sin que ella implique valoración alguna de responsabilidad. El fiscal podrá aceptarla u oponerse a ella.

Si el fiscal admite variar la calificación jurídica, se dará aplicación al numeral primero de este artículo. *Si persiste en la calificación jurídica, el juez podrá decretar la nulidad de la resolución de acusación.* (Declarado inexecutable mediante sentencia C-760-01)

Cuando el proceso sea de competencia del Fiscal General de la Nación, podrá introducir la modificación por medio de memorial dirigido a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Cuando el proceso sea de aquellos que conoce en su integridad la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se introducirá la modificación por decisión notificable en estrados.”

(...)Así las cosas, la Sala reitera que el artículo 404 de la Ley 906 de 2004 destaca el criterio orientador de la subsidiariedad o residualidad de la declaratoria de la nulidad, que en todo caso, si ya en el momento de la sentencia se detectara un desatino en la calificación jurídica de carácter sustancial, la misma no debe cubrir la resolución de acusación cuando en la fase del juicio hay como enmendar cualquiera de las situaciones de variación de la calificación jurídica con el aseguramiento de la garantía del derecho de defensa. Pero sobre todo, porque ello iría en contra del sistema procesal mixto que en materia de acusación está pergeñado por la naturaleza del sistema acusatorio, en el entendido que no pueden desnaturalizarse las funciones propias de la investigación y el juzgamiento.

En el caso concreto:

Conforme a lo anterior, podemos concluir para el caso concreto:

- a) Hallándose el juicio en la sede de la audiencia preparatoria, no procedía la declaratoria de la nulidad por avizorarse la necesidad de corregir la adecuación típica por yerro cometido en su denominación jurídica por parte del delegado de la Fiscalía General de la Nación. Lo sería por otros motivos y en materia de la Ley 600 de 2000 se revisa la competencia del Fiscal por factor objetivo o de naturaleza del nuevo delito, en el entendido que debe calificar el mérito del sumario el delegado competente conforme a este criterio de competencia, caso en el cual, se acostumbraba a retrotraer la actuación a partir de la clausura de la fase investigativa, inclusive. Sin embargo, en este asunto nótese que el calificador es precisamente un Fiscal Especializado no obstante acusó ante un Juez Penal del Circuito.
- b) La nulidad por violación al principio de Juez natural, a partir del inicio de la etapa del juicio, como sería el término del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, ha sido postura recientemente variada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 14 de marzo de 2012; MP doctor Luis Guillermo Salazar Otero, radicado 31.745, en donde se establece que no existe diferencia radical entre un Juez Penal del Circuito y uno Especializado y que su competencia se debe es a una distribución racional del juzgamiento de los delitos. Por lo tanto, tampoco procedería a partir de ese momento.
- c) En consecuencia, deberá proseguir la señora Juez Segunda Penal del Circuito Especializada con el curso del juicio para darle aplicación a lo dispuesto en el artículo 404 de la Ley 600 de 2.000, con especial atención de asegurar la garantía de la defensa en el caso de no ser atendida su advertencia por la delegada de la Fiscalía acerca de la denominación jurídica de la conducta (Genocidio) que estima correcta. Esto será cuando haya practicado las pruebas decretadas en la Preparatoria, de mantener dicha postura respecto del nomen iuris de la conducta atribuida por la Fiscalía a SIGIFREDO OSORIO RAMIREZ, misma que la llevó aceptar la competencia. De no hacerlo, simplemente deberá proferir sentencia por el delito de menor entidad por el cual acusó la Fiscalía.

Corolario de todo lo anterior, será la revocatoria de la decisión apelada, para que en su lugar se continúe con el trámite procesal, en este caso, se realice la audiencia Preparatoria.

Auto de segunda instancia (P-120-12) del 24 de octubre de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca el auto apelado.

AUDIENCIA PREPARATORIA – El cambio del abogado defensor durante su realización no guarda relación con la noción de prueba sobreviniente ni da lugar a la aducción de pruebas que soporten una nueva teoría del caso/NULIDAD POR INDEBIDA DEFENSA TÉCNICA – Estrategia defensiva completamente ineficaz.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 344, 452 y 457.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 31103 del 27 de marzo de 2009, ponencia del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, y 37584 del 30 de noviembre de 2011 y 38231 del 18 de mayo de 2012, ambas con ponencia del magistrado Julio Enrique Socha Salamanca.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Le asiste toda la razón a la señora Juez de conocimiento y a la delegada de la Fiscalía en cuanto a: (i) no se puede por el hecho del cambio del abogado defensor, so pretexto de lo establecido en el artículo 344 del Código Adjetivo permitirle en la audiencia de juicio oral nueva aducción probatoria ante su propia estrategia defensiva y (ii) porque si estamos en un sistema adversarial que propugna por la “igualdad de armas” el propio árbitro judicial estaría dejando a la Parte acusadora en desequilibrio, ante las nuevas pruebas de la Defensa, no descubiertas en el momento procesal oportuno.

El evento descrito en el artículo 344 de la Ley 906 de 2004, tiene relación con el elemento material probatorio que a pesar de la diligencia de las Partes al estructurar su teoría del caso para efecto de la solicitud probatoria de la audiencia Preparatoria, no tuvieron ocasión de conocerla o surgió con posterioridad a dicho momento procesal y es de especial significación. A contrario sensu, la justificación del Censor consiste en el hecho de haber asumido la defensa con posterioridad a esa oportunidad, por ende, la probabilidad de su gestión depende desde su propia óptica defensiva de estos nuevos medios de conocimiento que la defensora de confianza anterior no estimó necesarios.

Dicha situación personal del abogado como profesional del derecho, dentro del ejercicio de su función, no puede confundirse con lo previsto en el artículo 344; la Defensa técnica se verifica desde su existencia y actividad a lo largo del proceso, no desde el ser humano que la regenta, pues ante su cambio bien puede considerar otra táctica defensiva tardía para el procesado frente a las etapas procesales ya precluidas. Por ello, el acusado asume responsabilidad frente al defensor de confianza que designa, en cuanto le brinde la mayor información posible y a su idoneidad misma para elaborar la mejor tesis, de la cual no podrá quejarse a través de un nuevo designado para intentar se le ordenen nuevas pruebas en una fase procesal donde son excepcionales y en ningún caso por tal motivo.

Sin embargo, en el análisis de cada caso en particular, ante el cambio del apoderado de la Defensa, y en procura de impedir un desgaste en la administración de justicia, la disertación del recurrente llama la atención hacia otro tópico y es la revisión de la garantía real del derecho de defensa para el momento de la audiencia preparatoria; pues de haberse vulnerado por el anterior togado, la solución –*menos drástica*- que cumple con el criterio orientador de las nulidades (Art. 457 C.P.P.) como es el principio de protección o la residualidad sería permitirle antes de terminar el juicio oral, que allegue las pruebas que cumplan con la eficacia de la defensa.

Al revisar el registro de la Audiencia Preparatoria, encuentra la Sala que la defensora de confianza solicitó los mismos testimonios de la Fiscalía como son los dos deponentes que darían cuenta del estado de flagrancia constituido respecto del acusado, de la incautación del objeto material del ilícito y para sustentarlo nada dijo en relación con su teoría del caso, se limitó en palabras vagas a señalar la importancia en este sistema procesal, de que a la Defensa no sólo le asista el derecho de contrainterrogar a los testigos de cargo, sino también de interrogarlos en forma directa pero sin descansar dicha afirmación en unos hechos objeto de prueba; no obstante la juzgadora anterior se los concedió.

Si únicamente en razón de la estrategia defensiva, en términos de razonabilidad quedaba la propia declaración del acusado, debe recordarse que la misma no suple la inactividad en materia probatoria. Recuérdese que en un –sistema de partes- le corresponde a la Defensa fincar su propia teoría del caso en los medios de conocimiento o aducción de elementos materiales probatorios porque la investigación integral ya no es propia de este sistema ni le corresponde a la Fiscalía presentar en juicio oral lo favorable al acusado. Por ello, el descubrimiento probatorio por parte del ente acusador, se inicia desde la presentación del escrito de acusación a fin de que la Defensa termine de concretar la forma como desempeñará su rol en el juicio oral. Si bien su gestión comienza desde la captura o la imputación (en los casos de flagrancia) finalmente conocerá a ciencia cierta de los elementos con los cuales la Fiscalía cuenta para tratar de demostrar la responsabilidad penal y así podrá dirigir su actividad a la final solicitud de pruebas idóneas y pertinentes para la defensa, en la audiencia preparatoria. La declaración del acusado puede controvertir la prueba de cargo desde el ámbito de lo verosímil, pero cuando se trata de un aspecto cierto, como el que nos ocupa, debe demostrarlo, pues tal estado no se derivará de la ausencia de prueba en contrario por parte de la Fiscalía.

En ese orden de ideas, entre la razonabilidad del papel desempeñado por la Defensa en términos de eficacia, ilustrado por la primera jurisprudencia y la carga dinámica de la prueba que nos enseña la necesidad del papel proactivo de este sujeto procesal, aplicado al caso materia de estudio, encuentra la Sala que sí hubo una pasividad por fuera de estos parámetros de quien ostentaba la Defensa para las primeras audiencias de la etapa del juicio. La estrategia defensiva en términos de plausibilidad se observa completamente ineficaz desde la aspiración inmotivada de la Defensora de confianza de las mismas pruebas de la Fiscalía, en la audiencia preparatoria. De ahí, la propia expresión de la actual juzgadora cuando dice entender “la angustia” que debe tener el nuevo togado al asumir dicho rol ya en la audiencia de juicio oral, pues no se vislumbra una actuación torticera de su parte, de tal forma que la adicción del acusado pueda responder a una circunstancia real, para la cual no sólo basta el dicho del acusado sino que debe emprender la carga dinámica de la prueba. Esto, contrario a las graves falencias que desde esta arista, configura la anterior.

Con todo, la situación descrita no se subsana permitiendo la práctica de pruebas solicitadas por el nuevo abogado defensor del procesado al amparo de la figura prevista en el artículo 344 del C.P.P -prueba sobreviniente- pues no se configura el supuesto de hecho para que la misma sea aplicable, consistente en el desconocimiento del elemento de prueba cuya práctica se demanda en un momento posterior al estadio natural para elevar la solicitud -audiencia preparatoria-. Si así

fuera -insistimos- todo cambio de defensor en momentos subsiguientes a tal diligencia, daría lugar a admitir las pruebas que soporten su nueva teoría del caso, lo cual no comulga con el principio de preclusividad, celeridad y lealtad procesal.

En ese sentido, como la irregularidad advertida en contra del derecho de defensa del procesado no puede remediarse por un medio distinto a la nulidad (Art. 452 C.P.P.), esta debe decretarse a partir de la audiencia preparatoria para que su apoderado judicial solicite las pruebas que pretende hacer valer en juicio. En consecuencia, la delegada de la Fiscalía 6 Seccional de Buga también podrá pedir la práctica de las pruebas que estima pertinentes y conducentes para contradecir las de la Defensa Técnica del acusado.

Auto de segunda instancia (AC-397-12) del 23 de noviembre de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: decreta la nulidad de la actuación a partir de la audiencia preparatoria.

INTERROGATORIO CRUZADO – Es este, y no el interrogatorio directo, el escenario procesal apropiado para conainterrogar al testigo e impugnar su credibilidad.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 403, 417 y 418.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 27608 del 26 de octubre de 2007, ponencia del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez; Tribunal Superior de Buga, Sala Penal, decisión AC-177 de mayo de 2012, ponencia de la magistrada Martha Liliana Bertín Gallego.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En primer lugar, la Sala decide desatar el recurso de apelación al hallar debidamente sustentado el mismo, en tanto al confrontar su disertación con los argumentos expuestos por la A-quo; de tal ejercicio se puede concluir, distinto de lo señalado por la delegada del Ministerio Público que el Censor si replicó y presentó razones para oponerse a la postura de hallarse ausente la alegación de pertinencia cuando pidió como pruebas, entre otras, las mismas solicitadas por la Fiscalía. En igual sentido presentó contraargumentos al criterio de considerarlas inútiles y repetitivas.

Empero su planteamiento, en forma generalizada denota un equívoco en el límite del conainterrogatorio y de la impugnación de credibilidad, actividades a realizar en el interrogatorio cruzado cuando le corresponda la oportunidad de contradecir la prueba de la Fiscalía. Nótese, en cada una de sus explicaciones para insistir en la oportunidad de llevar como testigos de defensa a los mismos que serán presentados por la Fiscalía que pueden ser desarrollados a través de la misma dinámica en la cual tanto la juzgadora como los demás sujetos procesales le señalaron como idónea para su pretensión.

Por ninguna parte, la Defensa ha denotado en alguno de esos testimonios, un medio de conocimiento que se ofrece a la judicatura para demostrar un hecho o una circunstancia propia de una teoría del caso; en todos parte de reconocer que se tratarán de –testigos de cargo- pero teme que frente al tema que pueda colmar la Fiscalía en el interrogatorio directo, se le impida ese tipo de cuestionamientos sobre otras circunstancias de los hechos como el estado anímico de su prohijado; los estadios de visibilidad y de audibilidad de los testigos; las condiciones de seguridad del sitio donde se dice llevó a cabo el acto sexual el acusado; la preparación y el conocimiento científico de la testigo perito en sicología.

Ya en anterior oportunidad, esta misma sección de la Sala Penal en un asunto similar hubo de precisar:

“En algunos asuntos, dentro de la práctica judicial, ha existido confusión entre las reglas del *“interrogatorio cruzado del testigo”* (artículo 391 C.P.P) y la *“impugnación de credibilidad del testigo”* (artículo 403 C.P.P). Si bien es cierto, el contrainterrogatorio es la sede para realizarlo, ello no quiere decir que para los aspectos relacionados en la segunda disposición como por ejemplo: *naturaleza inverosímil o increíble del testimonio (1); capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración (2); o existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo (3); manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías (4); carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad (5);* deba haber existido preguntas al respecto por la Parte que asume el interrogatorio directo; es decir de quien lo lleva al estrado para demostrar su teoría del caso.

Demandarlo así, sería volver letra muerta estos puntos sobre los cuales puede la contra parte impugnarle credibilidad al testigo o imposibilitar tan importante labor para hallar la verdad más aproximada a la realidad en aras de la justicia, cuando es obvio al sentido común, que tales circunstancias no van a ser abordadas por el primer sujeto procesal.

Es cierto, que el contrainterrogatorio deberá versar sobre los temas abordados en el interrogatorio directo. Pero en tratándose del análisis de la fase subjetiva del testigo, el legislador por medio de la relación enseñada en el artículo 403 posibilita su contradicción, a través de mostrarle al juez que ese testigo se vuelve sospechoso por los prejuicios que le asisten o su interés en el asunto; así como su capacidad de mentir ante los estrados judiciales poniendo de presente a través del contrainterrogatorio que ha sido condenado por ejemplo por un delito de Falso testimonio, o que ha sido rebatido hasta la saciedad por la misma judicatura en otros asuntos donde ha asistido como deponente. Igualmente, si la Defensa quiere darle conocer al juzgador que el mismo testigo lo ha sido para la Fiscalía en otros procesos, por cuyos beneficios denotaría un interés de declarar de determinada forma.

Y en tales aspectos, no hay por qué exigir que haya sido un tema del interrogatorio directo. Basta que la Parte a quien le corresponde el contrainterrogatorio anuncie uno de los ítems del artículo 403 de la Ley 906 de 2004 para efecto de impugnar credibilidad.

En ese orden de ideas, igual ocurre con las entrevistas, exposiciones juradas; manifestaciones hechas a terceros, o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías, señaladas en el numeral 4º de la norma que venimos analizando.

Con su previo descubrimiento en las primeras audiencias del juicio oral, se habilita a los sujetos procesales para usarlas con el fin de impugnar credibilidad, y tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, una vez así se haga, a través de su lectura, podrán ser incorporadas al juicio como “pruebas”. (Consultar sentencia del 9 de noviembre de 2006, radicado 25.738. M.P Sigifredo Espinosa Pérez).

En ese sentido, le asiste un yerro al Censor cuando considera que sólo a través de un interrogatorio directo de los testigos de la Fiscalía, podrá llevar a cabo el ejercicio de contradicción como corresponde, cuando el señor juez debe permitirlo ampliamente, no sólo porque la restricción es sobre “temas” no preguntas puntuales del interrogatorio directo, y además porque el legislador ha ampliado la tarea de “impugnar credibilidad” a través de distintos aspectos denotados en el artículo 403 del Código Procesal, varios de ellos que tocan con la fase subjetiva del testigo, sin ser requisito previo que la Parte para quien acude el deponente, haya abordado ese tópico.”

En idéntico sentido, se resolvería lo de la prueba pericial. El artículo 417 impone la obligación en el interrogatorio directo de quien lleva al testigo perito de interrogarlo sobre temas de naturaleza de la cual advierte el Censor podría omitir el sujeto procesal. No es una potestad, es un deber y por lo tanto no habría lugar a la restricción mencionada para el contrainterrogatorio, menos cuando el artículo 418 de la Ley 906 de 2004, dispone que durante este último se observaran las siguientes instrucciones:

“1.- La finalidad del contrainterrogatorio, es refutar, en todo o en parte, lo que el perito ha informado.

2.- En el contrainterrogatorio se podrá utilizar cualquier argumento sustentado en principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico científicas calificadas referentes a la materia de controversia.”

Así las cosas, las pretensiones del recurrente que justifican un interrogatorio directo de los testigos de cargo, absolutamente todas, son propias de los estadios del contrainterrogatorio y de la impugnación de la credibilidad de los mismos. Finalmente, si la Fiscalía desiste de los mismos, pues sencillamente no tendrá que ejercer el contradictorio porque no habrá elemento material probatorio que demuestre la responsabilidad penal de su defendido.

Auto de segunda instancia (AC-411-12) de diciembre de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.

REEMBOLSO DE MATRÍCULA ANTE CANCELACIÓN DE SEMESTRE UNIVERSITARIO - No es asunto a resolver valiéndose de la acción de tutela.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, sentencia de tutela 62109 del 30 de agosto de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el caso que nos ocupa el problema jurídico a resolver radica en dilucidar si La Universidad del Pacífico está vulnerando derechos constitucionales de la señora YENNI PAOLA BANGUERA por negarse a tenerle en cuenta como parte del valor de la matrícula del semestre 2013-1 la suma de doscientos sesenta y cuatro mil trescientos pesos (\$264.300) que aquella canceló para matricularse en el semestre 2012-2 que fue cancelado por dicha *alma mater* por voluntaria inasistencia a clases por parte de los estudiantes.

En orden a cumplir la tarea anunciada sea lo primero expresar que el artículo 86 de la Constitución Política creó la acción de tutela para que cualquier persona pueda recurrir ante los jueces, a fin de obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resultan vulnerados o amenazados por una autoridad pública o por los particulares en los casos específicamente señalados en la ley, acción que solo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, o en caso de existir, que se utilice en forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable, por lo que debe pregonarse que se trata de un mecanismo de carácter excepcional que no puede ser utilizado en forma alterna o complementaria de los procedimientos señalados en la ley.

Imprescindible entonces que en materia de acción de tutela la cuestión que se discute debe tener evidente relevancia constitucional, ya que el juez de tutela no puede entrar a estudiar asuntos que no tengan una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta derechos fundamentales.

De entrada se debe expresar que el caso que nos ocupa no configura cuestión que pertenezca al ámbito constitucional, pues en modo alguno la Universidad del Pacífico está vulnerando derechos fundamentales de la accionante.

En efecto, a la actora no se le está impidiendo que estudie en mencionada institución educación superior, ni se le está imponiendo traba de tipo alguno al respecto.

La accionante para cursar el semestre 2013-1 en la Universidad del Pacífico debe pagar la matrícula correspondiente, situación que es independiente a lo que pagó por el semestre 2012-2.

Si la accionante considera que lo que alcanzó a pagar por el semestre 2012-1 se le debe tener en cuenta como parte de pago de la matrícula del semestre 2013-1, ello no constituye asunto de naturaleza constitucional que deba ser decidido en trámite de tutela, ya que no amenaza ni vulnera derecho constitucional alguno.

Se debe tener en cuenta que los pagos que por matrícula hacen los estudiantes no permanecen inamovibles en cajas o en cuentas de la Universidad, sino que se destinan a cumplir las funciones de las mismas, como por ejemplo pagos a los empleados, trabajadores y personal directivo, servicios públicos, programas de investigación, etc.; en otras palabras el consumo de esos recursos no depende de si los estudiantes voluntariamente ingresan o no a clases, máxime si la disponibilidad para brindarlas estuvo vigente a lo largo del período académico correspondiente.

Ordenar a la Universidad el reintegro de dineros que ya cumplieron la función para las que fueron recibidos, amenazaría con causarle déficit que en vez de solucionar la situación la empeoraría y trascendería sus efectos negativos a otros estudiantes.

Con cancelación o no del semestre 2012-2, la accionante tenía que pagar la matrícula del semestre 2013-1, razón por la cual la exigencia de ese pago en modo alguno puede considerarse arbitraria o violatoria de derechos fundamentales.

Es evidente que la accionante pretende la devolución o reintegro del dinero que canceló por concepto de matrícula del semestre 2012-2 o que la suma que pagó se le tenga en cuenta o traslade como parte de pago del semestre 2013-1, pretensión para la que cuenta con mecanismos de defensa judicial ordinarios como son las acciones contenciosas administrativas que a bien tenga interponer, como es la de reparación directa, simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el análisis jurídico de procedencia que mejor se adecue a su situación e intereses jurídicos.

Pertinente es expresar que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de agosto de 2012 emitida en el Proceso No. 62.109, en caso similar al aquí estudiado, precisó lo siguiente:

“Es de resaltar que la impugnante propende por la devolución o reintegro del dinero que canceló por concepto de matrícula del programa curricular de Medicina del segundo semestre de 2011 o que dicho rubro se impute o traslade para un semestre posterior como una forma de compensar el pago realizado a un periodo académico que no se culminó (segundo semestre 2011, establecido a través de la resolución 1218 de 2011), pretensión que bien puede alcanzarse por intermedio de los mecanismos de defensa judicial ordinarios como son las acciones contenciosas administrativas que a bien tenga interponer la demandante, esto es de reparación directa, simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el análisis jurídico de procedencia que mejor se adecue a la situación fáctica descrita en la tutela y sus intereses jurídicos.

Aunado a lo anterior, acertado resulta recordarle a la libelista que la acción de tutela es improcedente frente a controversias de carácter económico, como es la que finalmente nos convoca, y en ese sentido oportuno resulta señalar:

“Resumidamente, la acción de tutela es un mecanismo judicial que busca exclusivamente la protección inmediata de los derechos fundamentales. Con fundamento en lo dispuesto en la Constitución Política para el efecto, así como en las normas que regulan la materia y en la jurisprudencia constitucional, en virtud del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta es improcedente para obtener la protección de derechos de rango patrimonial, pues para este fin existen mecanismos ordinarios de defensa judicial.”

De allí, que a manera de colofón, se recuerda que “el carácter subsidiario de la acción de tutela a que se refiere el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución,... supone que ella no procede en lugar de otra acción existente para los mismos efectos, ni al tiempo con la misma, o después de ella. Solamente procede a falta de la otra acción. De ahí que la acción no pueda utilizarse para reemplazar otros medios de defensa, para adicionarse coetáneamente a ellos, como instancia posterior cuando han sido utilizados, como recurso contra providencias de otros procesos, o como recurso para resucitar términos procesales prescritos o caducados. La anterior la utilización de la acción para cualquiera de los mencionados propósitos llevaría al desconocimiento de ciertos principios constitucionales, tales como el del non bis in ídem, el de cosa juzgada, el de independencia judicial, el de juez natural, o el de seguridad jurídica.” (Negrillas del Tribunal).

En consecuencia, como la discusión respecto a si los doscientos sesenta y cuatro mil trescientos pesos (\$264.300) que la accionante canceló para matricularse en el semestre 2012-2 le deben ser devueltos no es tema de naturaleza constitucional, sino que configura controversia de carácter económico, es obvio que la acción de tutela que nos ocupa es improcedente, razón por la cual se revocará el fallo impugnado.

Sentencia de tutela de segunda instancia (T-037-13) del 31 de enero de 2013, con ponencia del Dr. José Jaime Valencia Castro. Decisión: revoca la decisión impugnada.

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES – También responde por dicha conducta el particular que viola las leyes de la contratación administrativa/CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES – Al no cumplir el contratista con los requisitos de idoneidad, experiencia y capacidad económica/VIGILANCIA ELECTRÓNICA – Es decisión que incumbe al juez de ejecución de penas.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículo 410: Ley 1150 de 2007, artículos 5 y 6; Decreto 777 de 1992, artículo 1 (modificado Decreto 1403 de 1992); Decreto 066 de 2008.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 13681 del 10 de julio de 2001, ponencia del magistrado Nilson Pinilla Pinilla, 25104 del 05 de noviembre

de 2008, ponencia del magistrado Jorge Luis Quintero Milanés, 30539 del 18 de noviembre de 2008, ponencia de los magistrados María del Rosario González de Lemos y Augusto José Ibáñez Guzmán y 34253 del 24 de noviembre de 2010, ponencia del magistrado Javier Zapata Ortiz; Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Frente al señor Oscar Humberto Marín Marulanda, se indicó en el escrito de acusación que el precitado en calidad de representante legal de la Asociación “*Amarse*”, había suscrito el contrato 213 del 29 de mayo de 2008, sin cumplir con los requisitos legales esenciales y se señaló igualmente todas las falencias que había encontrado el Grupo de Investigaciones del C.T.I., había encontrado respecto del contratista, esto es, entre otras falencias, que no demostró trayectoria intachable en el manejo de recursos ni idoneidad profesional en desempeño de la labor, carecía de infraestructura para el desarrollo del proyecto, no tenía capacidad para contratar, tampoco capacidad administrativa, económica, ni logística, presentaba ausencia de conocimientos en el tema nutricional, pues lo que reportaba era que se dedicaba a realizar trabajos de electricidad, requisitos que no habían sido subsanados lo que le impedían firmar el contrato.

A la vez, se especificó en forma clara el tipo penal en el que pudo haber incurrido el precitado, indicándose las sanciones establecidas para el mismo y luego en la audiencia de formulación de acusación se aclaró que se había tratado de un proceso de selección abreviada y se indicó el monto del contrato, de modo tal, que la imputación fáctica se hizo de manera precisa y circunstanciada y la jurídica también quedó claramente establecida.

Aunque se le acusó en calidad de coautor del delito contrato sin el de cumplimiento de requisitos legales, pues en ese momento el fiscal pudo haber considerado que el contrato le transfería temporalmente el ejercicio de funciones públicas, esta circunstancia por sí sola no permite desechar la imputación jurídica que se le hizo.

Ahora bien, revisado el objeto del contrato y contrario a lo que señaló el apelante, considera la Sala que en ningún momento consistía en la delegación de funciones públicas por parte de la administración municipal de Sevilla, sino que se trataba del “*suministro y distribución de bienes que conforman los menús establecidos por el ICBF, para da cumplimiento a la entrega de 104.019 refrigerios escolares*”, de modo tal, al contratista no se le podía considerar como un servidor público para efectos de la ejecución del mismo.

A pesar que no se puede considerar que como consecuencia del contrato 213 de 2008, se le hubieran transferido funciones públicas al señor Oscar Humberto Marín Miranda, ello no impide que el evento de haber incurrido en un delito que exige sujeto activo cualificado, como ocurre, por ejemplo, en el de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, no se le pueda endilgar responsabilidad penal, lo que pasa es que en estos eventos, la pena se le rebaja en una cuarta parte al tenor de lo dispuesto en el inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, pues de admitirse lo contrario implicaría que una conducta en la que participaron varias personas sólo se podría sancionar a quien ostenta la calidad que exige el sujeto activo.

Sobre el particular, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que : *“en los casos de contratación administrativa, como en el presente, si el particular realiza una tarea material, y en esa ejecución contractual, verbigracia, infringe pautas normativas como obviar requisitos legales en la celebración de los mismos, en connivencia con el sujeto activo determinado, no es legal, jurídico, ni justo, condenar a uno y absolver al otro, en tanto, los dos, transitaron de cara a la estructura del delito para su consumación. Actuar así, traería consigo, además, una inseguridad jurídica vertiginosa a la desestabilización del estado de derecho en el que se funda la organización social colombiana.*

Tan responsable es el servidor público que en virtud de sus funciones vulnera las leyes de contratación administrativa, como el particular que genera esa actividad ilegal, beneficiándose con tal proceder, en sí mismo considerado, sea cual quiera la naturaleza de la ocupación a él encomendada (funcional o material); para ello, lo mínimo que tendría que prestar es su nombre o el de la sociedad que representa y comprometerse a cumplir con un objetivo específico contractual”

De otra parte, el artículo 410 del Código Penal, establece que: *“El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”,* penas que fueron aumentadas en la tercera parte del mínimo y la mitad del máximo por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Dentro del proceso se dio por probado entre fiscalía y defensa que el 29 de mayo de 2008, se suscribió el Contrato 213, entre los señores Gerardo Gómez Diez Alcalde de Sevilla, Juan Carlos Ocampo Sánchez en calidad interventor y el señor Oscar Humberto Marín Miranda Representante de la Asociación Amigos por Sevilla *“Amarse”*, y que fueron celebrados dos otro si, el primero en la fecha citada anteriormente, a través del cual se suspendía la ejecución debido a la imposibilidad de iniciar las actividades objeto del mismo de manera inmediata y se estableció que el término de ejecución empezaría el 1º de julio siguiente, en tanto que, el segundo adiado el 31 del primer mes citado, dejó sin efecto el otrosí anterior y dispuso que el término de inició de la ejecución se empezaría a contar a partir de la aprobación de la garantía única exigida, estipulación que tiene entre sus anexos la copia del contrato y de los dos otrosí.

La Sala no encuentra motivo alguno para dudar de los demás aspectos que relató el testigo, entre estos, que la asociación fue creada exclusivamente para asignarle el contrato de los refrigerios, lo que previamente había sido acordado entre los señores Oscar Humberto Marín Miranda y Gerardo Gómez Diez, pues el deponente por ser uno de los fundadores e integrantes de la junta directiva de la misma y hermano del representante legal, fácilmente se podía dar cuenta de lo que pasaba al interior de la misma; además, el bloque defensivo no demostró que esas manifestaciones fueran falsas y que fue por las diferencias que se presentaban con su hermano que el testigo decidió denunciarlo y endilgarle hechos que no habían ocurrido, sin que tampoco pueda pasar desapercibido que Oscar Humberto aspiraba a ser concejal del municipio de Sevilla para el período comprendido entre el 1º de

enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011, por el mismo movimiento político que avaló al señor Gerardo Gómez Díez, sin que hubiera logrado obtener su curul, lo que permite colegir que los dos tenían una relación muy cercana.

Ahora bien, el señor Marco Tulio Miranda Jiménez testigo de la defensa, quien para el primer semestre de 2008 se desempeñaba como abogado de la Alcaldía de Sevilla, a través de un contrato de prestación de servicios profesionales y luego pasó a ser jefe de la oficina jurídica de esa entidad, señaló haber hecho parte del Comité Evaluador de la propuesta presentada por “*Amarse*” y admitió que la citada asociación no cumplía con los requisitos legales, e indicó que esas irregularidades eran subsanables, pues de acuerdo a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, la ausencia de ellos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que no sean necesarios para la comparación de la propuestas, no son suficientes para el rechazarlos ofrecimientos hechos, y que los requisitos de la propuesta, que no afecten la asignación del puntaje, pueden ser solicitados por la entidad hasta antes de la adjudicación, lo que fue reiterado en el Decreto 068 del 2008.

No obstante lo anterior, el testigo no logró explicar en forma clara y coherente, porque requisitos relacionados con la idoneidad, experiencia y capacidad económica del contratista, podían ser subsanados, si precisamente esos rubros eran necesarios para hacer la comparación de las propuestas y emitir la calificación correspondiente.

Véase, como en el numeral 5.3 del pliego de condiciones se estableció que las propuestas serían calificadas de acuerdo con el criterio técnico y económico que acreditara cada una de ellas y que el mayor puntaje se daría a la *“que cumpla con los parámetros de mejor propuesta económica y capacidad de manejo y distribución de los alimentos así como la infraestructura para ello”*, incluso, se fijó un tope de hasta 30 puntos por la experiencia y manipulación de alimentos y se indicó igualmente que las propuestas que no cumplieran con las condiciones establecidas serían rechazadas; a la vez, se estableció que con la oferta, debía presentarse la garantía de seriedad de la propuesta, lo que tampoco hizo el único oferente, pues solo después de haberle sido adjudicado el contrato fue que subsanó ese requisito.

Tampoco es de recibo para la Sala lo señalado por el testigo en mención, de que el contratista no necesitaba de infraestructura, para cumplir el objeto del contrato porque los alimentos serían preparados en las cocinas de las escuelas, pues precisamente en la visita que hizo la Contraloría y el CT.I., a las instalaciones de la asociación se logró establecer que los preparaban en la parte posterior de la vivienda de la familia del contratista sin contar con las medidas sanitarias necesarias, además, el propio hermano del contratista indicó que una vez preparados los alimentos, los transportaban en una motocicleta a las instituciones que quedaban en el perímetro urbano y en campero a la zona rural, y en el pliego de condiciones no se estableció que la estructura que se utilizaría por parte de contratista correspondía a las cocinas de las referidas instituciones.

Así mismo, el propio testigo admitió que uno de los requisitos que debía cumplir el oferente era contar con trayectoria intachable en el manejo de recursos e idoneidad profesional en el desempeño de su labor, esto es, la *“experiencia con resultados*

satisfactorios que acrediten la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato” tal como se extracta del artículo 1º del Decreto 777 de 1992, modificado por el 1403 del mismo año, requisito que deberá ser evaluado por la entidad contratante, exigencias que, se reitera, no demostró la Asociación “Amarse”.

A la vez, aunque el procesado Oscar Humberto Marín Miranda, quien renunció al derecho a guardar silencio señaló que para cumplir el objeto del contrato no se requería de mucho capital ni de gran una infraestructura, ya que sólo debían elaborar y distribuir los refrigerios, esa circunstancia en manera alguna lo eximía de cumplir con las exigencias que habían sido previamente establecidas en el numeral 2.1.2., del pliego de condiciones, sobre el perfil de los proponentes, entre estas, trayectoria intachable en el manejo de los recursos e idoneidad profesional para el desempeño de la labor, ni tampoco de presentar oportunamente los documentos exigidos, tales como las certificaciones sobre los dos aspectos antes referidos, como tampoco allegar oportunamente la garantía de seriedad de la oferta, requisito que para esa época no era subsanable y que debía haberse presentado anexo a la oferta.

Es evidente que el contratista no tenía ninguna infraestructura para desarrollar el objeto del contrato, al punto que su propio hermano explicó que los refrigerios los elaboraban en la parte trasera de la vivienda sin tener en cuenta ninguna medida sanitaria, pues ni siquiera las personas que los fabricaban usaban tapaboca, lo que en parte fue confirmado por el señor Carlos Alberto Torres Pantoja, adscrito a la Contraloría Departamental del Valle, quien no solo practicó visita al sitio donde los elaboraban, sino que también constató que no cumplían los menús que previamente habían sido elaborados por el ICBF.

A la vez, se reitera, la asociación no demostró tener ninguna experiencia en el objeto del contrato, ni tampoco en contratación con el Estado y hacía tan sólo tres meses había sido inscrita en la Cámara de Comercio de Sevilla, sin que tampoco pueda entenderse como una asociación que fue creada recientemente y con un capital social de \$ 600.000.00, pudiera tener la solvencia económica necesaria para garantizar que en el evento de asignársele un contrato por la suma de \$ 70.593.787.00 estuviera en capacidad de desarrollarlo de acuerdo a los parámetros establecidos en el pliego de condiciones, incapacidad que se hizo más evidente si se tiene en cuenta que los refrigerios ni siquiera cumplían con las características establecidas, tal como se estipuló en el informe 125.19.61 suscrito por el señor Carlos Alberto Torres Pantoja, adscrito a la Contraloría Departamental del Valle.

No puede pasar desapercibido que en el informe del Comité Evaluador se estableció claramente que el oferente no cumplía con el aspecto económico, el jurídico lo cumplía parcialmente pues no había allegado garantía de seriedad ni comprobantes de paz y salvo de responsabilidad fiscal, y el análisis técnico lo cumplía en forma parcial, pero a pesar de ello, extrañamente, recomendó que le fuera adjudicado el contrato, teniendo conocimiento claro que el oferente no cumplía con las exigencias establecidas, algunas de las cuales no eran subsanables, a decir de la investigadora Patricia Rico Rojas (01:25:33) *“no cumplía con 11 requisitos exigidos en los pliegos de selección abreviada”.*

Así mismo, al no tenerse en cuenta la capacidad jurídica, financiera y de organización como tampoco las condiciones de experiencia del oferente, se desconoció el principio de selección objetiva señalado en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, pues a pesar que era la única oferta, se le asignó el contrato sabiendo de antemano que no cumplía con aquellas exigencias, cuando lo que debía fue haberse declarado desierto el proceso de selección abreviada e iniciarse uno nuevo, verificación que le correspondía hacerla al Comité Evaluador, pues aún no había entrado en vigencia el artículo 6º de la Ley 1150 de 2007, tal como lo establece el artículo 11 del Decreto 066 de 2008 que reglamentó la citada ley.

A la vez, aunque es cierto que el artículo 5º de ley en mención, estableció que la falta de documentos o ausencia de requisitos que no son necesarios para comparar las propuestas no sirven de sustento para rechazar el ofrecimiento y que pueden ser solicitados por la entidad hasta antes de la adjudicación, en el presente caso, gran parte de los requisitos que le faltaban al oferente eran necesarios para hacer la confrontación con otras ofertas que se llegaren a presentar, irregularidades que también afectaron los principios que regulan la contratación administrativa como el de transparencia, responsabilidad, incluso, el de publicidad, pues las condiciones publicadas en el proyecto de pliego fueron modificadas posteriormente, al igual que principios que rigen la función administrativa.

Está claramente demostrado que el señor Oscar Humberto Marín Marulanda, actuando en calidad de representante legal de la Asociación “*Amarse*”, no solo presentó la propuesta sino que celebró el contrato 213 de 2008 con lo alcaldía de Sevilla, a pesar de tener pleno conocimiento que no se cumplía con varias de las exigencias establecidas en el pliego de condiciones, pues carecía de trayectoria intachable en el manejo de recursos e idoneidad profesional en el desempeño de su labor, no tenía infraestructura apropiada para cumplir con el objeto del contrato ni tampoco personal calificado, carecía de capacitación en el manejo de alimentos, no poseía experiencia de ninguna clase en ese ramo, pues se desempeñaba en labores relacionadas con electricidad, carecía de capacidad económica para contratar por una cuantía superior a los setenta millones de pesos, ya que se trataba de un asociación recién inscrita con capital social era de \$ 600.000.00, ni tampoco allegó oportunamente la garantía de seriedad de la oferta que había presentado.

Asimismo, está demostrado que el señor Gerardo Gómez Díez, en su calidad de Alcalde de Sevilla, suscribió con el Representante Legal de la Asociación “*Amarse*”, el contrato 213 de 2008, a pesar de tener pleno conocimiento que no se cumplía con varias de las exigencias establecidas en el pliego de condiciones, ni con los parámetros establecidos para garantizar el cumplimiento del objeto contratado, que era la entrega de 104.019 refrigerios escolares para el área urbana y rural del municipio de Sevilla.

No es de recibo para la Sala el argumento de que el contrato se realizó porque se debía garantizar a la mayor brevedad posible los derechos de los estudiantes que resultarían favorecidos con los refrigerios y por la presión que estaba ejerciendo la comunidad educativa, pues a pesar que los derechos de los menores tienen prelación sobre los de las demás personas, tal como lo señala el artículo 44 de la Constitución Política, esa supremacía en manera alguna habilita a la administración para desconocer las normas y principios que regulan la contratación administrativa

y la función pública, ni tampoco justifica o excluye la responsabilidad por las conductas penales en que se hubiere incurrido.

El servidor público, contratista o interventor no pueden soslayar ni el principio de legalidad que es uno de los pilares fundamentales de un Estado de derecho, con el argumento que se requiere con urgencia cubrir refrigerios para la población estudiantil, máxime, cuando por negligencia de la administración se dejó pasar varios meses del año lectivo sin que se hiciera trámite alguno para contratarlos, pues tan solo hasta el 23 de abril de 2008, fue que se ordenó la apertura de proceso de selección abreviada, incluso, desde el 1º de ese mes se contaba con la apropiación presupuestal para ello.

De otro lado, manifestó la defensa del señor Gerardo Gómez Diez que el contrato se sujetaba a las reglas establecidas para la contratación entre particulares, la que es menos exigente que la pública, aspecto último que puede ser cierto, pero por tratarse de dineros públicos y estar vinculada una entidad pública, se deben tener en cuenta los principios que orientan la contratación estatal.

Para la Sala la conducta desplegada por los señores Gerardo Gómez Diez y Osar Humberto Marín Miranda se encuadra en punible señalado en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000 y se torna antijurídica en la medida en que se vulneró la administración pública, acción que fue realizada a título de dolo directo, en razón al conocimiento que tenían quienes intervinieron en el mismo de que sólo es posible tramitar, celebrar o liquidar un contrato previo cumplimiento de los requisitos legales esenciales, pero a pesar de ese conocimiento y sabiendo que quien había presentado la oferta, no cumplía con esas exigencias, optaron por actuar en contra de la ley estando en capacidad de actuar de manera diferente, sin que tal acción se hubiera visto precedida de ninguna causal de ausencia de responsabilidad, por lo que se confirmará la sentencia adiada el 24 de julio de 2012, en lo que tiene que ver con la condena impuesta al señor Gerardo Gómez Diez.

De otro lado, se advierte que de manera subsidiaria, el defensor del señor Gerardo Gómez Diez, solicitó que de confirmarse la sentencia de primera instancia, se diera aplicación a lo consagrado en el artículo 38 A del Código Penal, ya que para la fecha en que ocurrieron los hechos, no estaba restringido ese beneficio para los delitos contra la administración pública.

Al momento de ocurrencia de los hechos, esto es, al 29 de mayo de 2008, El citado precepto establecía que: *“El Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar la utilización de sistemas de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, como sustitutos de la prisión, siempre que concurran los siguientes presupuestos: (...)”*

Frente a la competencia para resolver la solicitud de utilización de sistemas de vigilancia electrónica, en un caso similar al aquí analizado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que: *“Como para concluir el acusado solicita se de aplicación al artículo 38 A de la Ley 599 de 2000 adicionado por el artículo 50 de la Ley 1142 de 2007, esto es, que se disponga la utilización de un sistema de vigilancia electrónica sustitutivo de la prisión, importa señalar que de acuerdo a la referida normativa, tal decisión corresponde al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, una vez verifique el cumplimiento de requisitos*

tales como el pago total de la multa impuesta, exigencia no satisfecha aún en el actual estadio procesal, circunstancia que conduce a no acceder a dicha solicitud.

De acuerdo a lo anterior, se tiene que la competencia para conocer en primera instancia de la solicitud de utilización de sistemas de vigilancia electrónica radica en el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, por lo que la Sala no se pronunciará al respecto, máxime, que en la sentencia apelada no se hizo pronunciamiento sobre la concesión de ese beneficio.

Sentencia de segunda instancia (2009-00389-04) del 05 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz
Presidenta Tribunal

Dr. Luis Alberto Peralta Rojas
Vicepresidente Tribunal

Edwin Fabián García Murillo
Relator Tribunal

NOTA DE RELATORÍA:

Si bien la responsabilidad por el compendio de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Buga y la elaboración de los respectivos índices corresponde a la Relatoría, se recomienda, -y ello es necesario -, consultar los textos completos de las sentencias y de los autos incluidos en cada informativo, pues de esa forma es posible detectar los errores y las inconsistencias en la tarea sencillamente compleja de analizar, titular y divulgar, mes a mes, las providencias seleccionadas y sus respectivas tesis.

Cualquier tipo de observación, sea para comentar, sugerir o cuestionar, por favor escribir a los buzones electrónicos relatoriabuga@hotmail.com, relatoriabuga@gmail.com, o egarciam@cendoj.ramajudicial.gov.co.

