

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO – TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA  
BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 001 – DE 2014**

**ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:**

**ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE** – El no comunicar de manera oportuna al proceso los abonos efectuados por el deudor no constituye tal comportamiento, pero sí falta grave a la debida diligencia profesional del abogado.

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES** – No constituye vía de hecho el rechazar, en consideración al Código General del Proceso, una demanda de pertenencia por razón de la cuantía.

**ACCIÓN DE TUTELAS CONTRA DECISIONES JUDICIALES POR FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA** - El juez debe resolver las excepciones planteadas y pronunciarse frente a los perjuicios reclamados por la parte demandante.

**BENEFICIO DE EXCUSIÓN** – A él no tienen derecho los deudores solidarios.

**COMPAÑÍAS QUE ENTREGAN LOS VEHÍCULOS EN VIRTUD DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO O LEASING** – No tienen la calidad de guardianas de la cosa.

**CONTRATO FIDUCIARIO** – Es accesorio y diferente de aquel que contiene la obligación garantizada.

**DECLARACIÓN OFICIOSA DE EXCEPCIONES EN EL PROCESO EJECUTIVO** – Bajo ciertas circunstancias el juez puede hacer uso de tal facultad y no de manera desmedida.

**DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS QUE PADECEN ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS** – Si el tratamiento fue autorizado en una ciudad diferente a su domicilio, los gastos de transporte y alojamiento, así como los de su acompañante, corresponden, sin posibilidad de recobro ante el Fosyga, a la respectiva EPS.

**DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS** – El incumplimiento en el pago de las cuotas del contrato de prestación de servicios de salud no justifica la negativa de practicar una circuncisión de carácter prioritario.

**DERECHO A LA SALUD EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO** – La atención en salud corresponde a las EPS y la financiación a la respectiva entidad territorial.

**DERECHO AL TRABAJO EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS** - No hay vulneración del mismo cuando se produce un cambio en la labor para redimir la pena.

**DERECHO DE PETICIÓN** – La solicitud de sustitución pensional debe ser resuelta en el término de dos meses.

**HIPOTECA** – El acreedor, al hacer uso de la acción mixta, puede perseguir, además del bien hipotecado, otros bienes del deudor.

**IMPUTACIÓN AL PAGO** – Salvo acuerdo en contrario, debe hacerse primeramente sobre los intereses y no sobre el capital.

**OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR** - Quien firma las declaraciones tributarias de una persona jurídica como la una unión temporal, aunque no sea su gerente ni administradora, adquiere la condición de agente recaudador.

**OPOSICIÓN AL SECUESTRO** – No se puede negar sin antes interrogar al opositor allí presente y no se puede exigir que la prueba documental, para su apreciación, vaya acompañada de testimonios.

**PAGO DE LAS CUOTAS DE MORA DESPUÉS DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA** – No impide al acreedor hacer exigible la totalidad de la obligación en virtud de la cláusula aceleratoria.

**PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA** – Puede ser reclamada por el deudor de la acción cambiaria aunque el pago esté garantizado con fiducia de garantía.

**PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA EN EL CASO DE LOS DEUDORES SOLIDARIOS** – La interrupción de la prescripción respecto de un deudor solidario se extiende también al codeudor que ha sido notificado del mandamiento de pago por fuera del término legal.

**RECOBRO AL FOSYGA** – El juez de tutela tiene potestad para decidir sobre él.

**RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO** – El deslizamiento de un vehículo por la humedad de la calzada no constituye circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito.

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL** – A quien ejerce actividad peligrosa le incumbe demostrar que el daño ocurrió por una causa extraña.

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL** – La aniquilación de culpas por el ejercicio simultáneo de actividades peligrosas exige equivalencia entre los medios utilizados para causar el daño.

**VÍA DE HECHO EN PROCESO EJECUTIVO** – El juez no puede aceptar, sin la firma del abogado de la ejecutada, el memorial que contiene la solicitud de suspensión del proceso ejecutivo hipotecario y la renuncia a las excepciones de mérito.

**VÍA DE HECHO EN PROCESO EJECUTIVO** – El juez no puede librar mandamiento de pago sin examinar con escrupulosidad los hechos de la demanda.

#### SALA CIVIL-FAMILIA:

**HIPOTECA** – El acreedor, al hacer uso de la acción mixta, puede perseguir, además del bien hipotecado, otros bienes del deudor/**IMPUTACIÓN AL PAGO** – Salvo acuerdo en contrario, debe hacerse primeramente sobre los intereses y no sobre el capital/**BENEFICIO DE EXCUSIÓN** – A él no tienen derecho los deudores solidarios/**OPOSICIÓN AL SECUESTRO** – No se puede negar sin antes interrogar al opositor allí presente y no se puede exigir que la prueba documental, para su apreciación, vaya acompañada de testimonios.

#### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 762, 1653 a 1655 y 2452; Código de Procedimiento Civil, artículos 354, inciso tercero, y artículo 686; Código de Comercio, artículo 632; Decreto 663 de 1993, artículo 68.

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia C-192 de 1996.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

No hay duda acerca de que en el presente caso COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA persigue el cobro compulsivo de la obligación instrumentada en el pagaré No. 15011949485-00 aceptado el 17-04-2008 por EDGAR FARIK CORDOBA NIETO y MARIA ANGELICA RAMIREZ CARDONA, a quienes demandó, para lo cual ha hecho uso no solo de la acción personal contra éstos dos deudores [por virtud de la responsabilidad solidaria que adquirieron al suscribir *pari gradu* el mencionado título valor] sino también de la acción real sustentada en la garantía hipotecaria [abierta y de cuantía indeterminada] constituida el 22-08-2003 por

ELIZABETH CORDOBA NIETO en favor de la COOPERATIVA MEDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA “COOMEVA” para el pago de cualquier obligación presente o futura que, por cualquier concepto, tuvieren o adquirieren en forma conjunta o separadamente la citada señora y EDGAR FARIK CORDOBA NIETO.

Dicho de otro modo: COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA ha ejercido simultáneamente las acciones real y personal; la primera contra EDGAR FARIK CORDOBA NIETO, por ser el actual propietario del inmueble hipotecado; y la segunda [acción personal] no solo contra MARIA ANGELICA RAMIREZ CARDONA [codeudora de la obligación principal] sino también contra el ya señalado propietario del inmueble, debido a la responsabilidad PERSONAL que éste igualmente adquirió como deudor. Amen que, como ya en líneas anteriores se dijo, al perseguir no solo el bien gravado con hipoteca sino también otros bienes de uno de los citados deudores, la acción ejercida simplemente pasa a denominarse “MIXTA”, sometida en todo caso al mismo el trámite previsto en el ordenamiento para el proceso ejecutivo singular.

En cuanto respecta al pagaré base de recaudo ejecutivo es incuestionable que la señora ELIZABETH CORDOBA NIETO nunca ha sido deudora de la entidad demandante, o de quien a ésta le cedió el pagaré; simplemente en su momento [mediante escritura pública No. 2278 del 22 de agosto de 2003 de la Notaría Segunda de Cartago], cuando era propietaria del inmueble, dicha señora garantizó con ese bien las obligaciones que ella o EDGAR FARIK CORDOBA NIETO habían adquirido -o que en el futuro adquirieran- con la COOPERATIVA MEDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA “COOMEVA” (hoy COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA). Ello, desde luego, la excluye como sujeto pasivo de la acción real ó de la acción personal; lo primero, por cuanto, como se ha dicho, con anterioridad a la presentación de la demanda transfirió el dominio del bien hipotecado al señor EDGAR FARIK CORDOBA NIETO. O sea: a la presentación de la demanda ya no era propietaria del bien hipotecado. Y lo segundo, por cuanto ninguna responsabilidad personal adquirió frente al pagaré que es objeto de recaudo ejecutivo en el presente proceso.

Ahora bien: la hipoteca fue debidamente cedida por la COOPERATIVA MEDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA “COOMEVA” a COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA mediante convenio en el que se precisaron las condiciones bajo las cuales la primera efectuó la cesión de activos, pasivos y contratos a aquella con sujeción a la preceptiva del artículo 68 del Decreto 663 de 1993; ello, como consecuencia de la escisión impropia de la sección de ahorro y crédito de COOMEVA y con el fin de desarrollar de manera especializada su actividad financiera.

Significa lo antes expuesto que las glosas formuladas por los recurrentes respecto de la legitimación en la causa por activa y por pasiva en el presente proceso carecen de fundamento plausible. Lo que sumado al hecho ya destacado en precedencia [que la hipoteca de marras garantizó deudas conjuntas o separadas, presentes o futuras contraídas por EDGAR FARIK CORBOBA NIETO y ELIZABETH CORDOBA NIETO en favor de la entidad cedente], parejamente pone de presente lo descaminado de la afirmación de los demandados según la cual la obligación

dineraria “se extinguió” por el hecho de que el pagaré No.15011949485-00 fue suscrito con posterioridad a la fecha de la garantía hipotecaria.

Referentemente a las restantes censuras planteadas en la alzada, el Tribunal reflexiona de ésta guisa:

Si bien el codemandado EDGAR FARIK CORDOBA NIETO no era PROPIETARIO del inmueble cuando suscribió la hipoteca, la señora ELIZABETH CORDOBA NIETO - quien también intervino en ese contrato- sí lo era, y por tanto ningún asidero plausible tiene el planteamiento de los demandados según el cual dicho gravamen, por ese hecho, adolece de un vicio que afecta su validez.

En cuanto a la “*reducción de la hipoteca*” por la cual abogan los demandados-recurrentes debe memorarse que de conformidad con el artículo 2455 del Código Civil “*la hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente*”, hipótesis que no es la que el presente caso exterioriza, desde luego que de los precisos términos del contrato de hipoteca aflora que, en éste, las partes convinieron un gravamen abierto a través del cual la entonces propietaria del bien [ELIZABETH CORDOBA NIETO] garantizó el pago de “*...todas obligaciones que EL (LA) (LOS) HIPOTECANTE (S) conjunta o separadamente, hayan adquirido o adquiriera(n) en el futuro a favor de COOMEVA, en los términos y condiciones previstos es los respectivos documentos en los que se instrumenten las obligaciones principales y accesorias*” (folios 10 y 11 cdo. ib.).

En lo que concierne a los pagos parciales alegados por los demandados, ha de destacarse que la entidad demandante aceptó la existencia de ellos, así: uno en cuantía de \$3.811.390.00 (producto del valor de los aportes que el codemandado CORDOBA NIETO llegó a tener cuando era asociado de esa Cooperativa), el cual fue aplicado “*...a los conceptos crediticios el día 27 de Mayo de 2010...*”. Y otro, por valor de \$3.810.820,00, fruto de “*...un auxilio de calamidad que le fue aprobado al demandado (..) el día 03 de Mayo de 2010...*”.

Se trata, pues, de pagos parciales de la obligación efectuados con anterioridad a la presentación de la demanda, lo cual traduce que cuando la entidad financiera demandante ejerció la acción cambiaria el monto de la obligación no era el que indicó en su demanda. Obsérvese que dicho libelo se presentó el 06-08-2010 afirmándose que los deudores se constituyeron en mora desde el 21-04-2010, fecha a la cual, agregóse, adeudaban la suma de \$85.094.436.00 como capital, más los intereses moratorios; ninguna referencia allí se hizo en torno a los abonos antes mencionados, a pesar que estos, se itera, fueron efectuados [imputados] con anterioridad.

Puestas así las cosas, cumple puntualizar que la imputación del pago a las obligaciones dinerarias está regulada en los artículos 1653 a 1655 del Código Civil así:

“...Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute a capital. Si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados...” (art. 1653).

“...Si hay diferentes deudas, puede el deudor imputar el pago a la que elija; pero sin el consentimiento del acreedor no podrá preferir la

deuda no devengada a la que lo está; y si el deudor no imputa el pago de ninguna en particular, el acreedor podrá hacer la imputación en la carta de pago; y si el deudor lo acepta, no le será lícito reclamar después...” (art. 1654).

“...Si ninguna de las partes ha imputado el pago, se preferirá la deuda que al tiempo del pago estaba devengada a la que no lo estaba; y no habiendo diferencia bajo este respecto, la deuda que el deudor eligiere...” (art. 1655).

La cuestión, pues, es clara: tratándose de obligaciones dinerarias -de cuya especie participa la que es objeto de cobro compulsivo en este proceso- la imputación de los pagos que a ellas se efectúen SE ENCUENTRA REGULADA PUNTUALMENTE EN LA LEY. Y conforme esa regulación, en la cual es detectable a simple vista la preocupación del legislador por un tema tan sensible al interés público como es el de los INTERESES, la ley solo deja al arbitrio de las partes una variable que, en todo caso, puede beneficiar al deudor, quien generalmente es el extremo débil en el contrato de mutuo, particularmente cuando quien funge como acreedor es una entidad financiera frente a la cual el deudor suele encontrarse en posición de subordinación y desventaja. Esa variable, en los previstos términos de la disposición legal enantes transcrita, estriba en que las partes pueden acordar que los abonos sean primeramente imputados no a intereses, sino a capital.

Lo anterior traduce que la ejecución debe proseguir pero por la suma de \$78.978.753.00 como capital insoluto, más los intereses moratorios causados por dicha suma desde el 21 de junio de 2010, esto es, a partir de la fecha en que se produjeron los precitados pagos parciales. La mora causada a partir de entonces, por lo demás, de ninguna manera fue renunciada por parte de la entidad financiera, como lo aducen los recurrentes, pues si bien en el “*Extracto Crédito de Vivienda*” de fecha 18-01-2011 visible a folio 12 del cuaderno No.5 no aparece mención alguna a intereses moratorios causados hasta esa fecha, ello se debe a que dicho extracto simplemente está haciendo referencia a LOS PAGOS [ni uno solo, por cierto] que durante el periodo allí anotado [enero de 2010 a diciembre de 2011] hizo el señor CORDOBA NIETO EDGAR FARIK. O sea que la no relación de intereses moratorios en dicho extracto jamás comporta que la entidad acreedora hubiese “*renunciado*” a la mora en que estaban incursos los deudores.

Además, la circunstancia de que entre finales de diciembre de 2009 y enero de 2010 (folios 57 a 62 cdo. 1) CORDOBA NIETO y COOMEVA hubiesen sostenido un cruce de comunicaciones relacionado con la posibilidad de que un tercero [BANCO DE COLOMBIA] le comprara a COOMEVA “...*la cartera hipotecaria que tengo vigente con ustedes...*”, en modo alguno tiene el efecto pretendido por los demandados-recurrentes, a saber, “...*la renuncia a la mora...*” por parte del acreedor.

Consecuencialmente, en el sentido anotado párrafos atrás, se modificarán los numerales primero y segundo de la parte resolutive del fallo impugnado.

Acerca de la presentación del pagaré para su pago, tópico que también han cuestionado los recurrentes, basta señalar que cuando el acreedor exige el cobro del pagaré por vía judicial, como aquí ha ocurrido, es suficiente que lo exhiba o presente como anexo de la correspondiente demanda,.

Y en cuanto atañe al beneficio de excusión invocado por la demandada MARIA ANGELICA RAMIREZ CARDONA, la Sala comparte los planteamientos expuestos por el juzgado *a-quo* para desestimarlos, pues siendo que junto con EDGAR FARIK CORDOBA NIETO se obligó a pagar en el mismo grado la suma contenida en el pagaré [firmantes “*pari gradu*”], no hay duda del carácter solidario de la obligación dineraria que contrajo con COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA, lo que de plano descarta la aplicación del beneficio en comento.

Como se indicó en la parte proemial de ésta providencia, de conformidad con la preceptiva del penúltimo inciso del artículo 354 del Código de Procedimiento Civil la Sala se ocupa seguidamente de resolver el recurso de apelación que la sociedad NAXOS S.A.S, a través de su representante legal, interpuso contra la providencia que rechazó su oposición durante la diligencia de secuestro practicada el 30 de noviembre de 2010 por el Inspector Segundo Municipal de Policía de Cartago (comisionado).

En ese designio se advierte prontamente el desbarro en que incurrió el funcionario administrativo al rechazar la aludida oposición SIN CUMPLIR CON EL DEBER QUE LE IMPONÍA EL PRIMER INCISO DEL PARAGRAFO 2º DEL ARTICULO 686 DEL C.P.C. [ordenar “...*el interrogatorio bajo juramento del poseedor (..) sobre los hechos constitutivos de la posesión...*”], con fundamento en (i) que la posesión material invocada no se acreditó “*con prueba testimonial como lo exige la ley adjetiva*”; (ii) que los documentos exhibidos por el opositor solo pueden valorarse “*CUANDO VAN ACOMPAÑADOS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL*”; y (iii) que la oposición fue formulada por el demandado y no por un tercero.

La posesión es definida por el artículo 762 del Código Civil como “*la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño*”. De aquí se desprenden sus dos elementos esenciales: el *corpus* y el *animus*. El *corpus* es el cuerpo de la posesión, o sea, el elemento material, objetivo; el *animus*, por su parte, es el elemento interno o subjetivo traducido en la intención de “*señor y dueño*” que le asiste a quien detenta la cosa.

La posesión material, es claro, comporta un hecho para cuya acreditación la ley no exige una prueba específica, de ahí que cualquiera de los medios de prueba que consagra el ordenamiento procesal civil es apto para ese fin.

Consecuente con lo anterior, el artículo 686 del C. de P. C., en lo pertinente consagra:

**“ARTÍCULO 686. OPOSICIONES AL SECUESTRO. A las oposiciones al secuestro se aplicarán las siguientes reglas: [...]. PARAGRAFO 2. OPOSICIONES. Podrá oponerse al secuestro la persona que alegue posesión material en nombre propio o tenencia a nombre de un tercero poseedor; el primero deberá aducir prueba siquiera sumaria de su posesión, y el segundo la de su tenencia y de la posesión del tercero. La parte que pidió el secuestro podrá solicitar testimonios de personas que concurran a la diligencia, relativos a la posesión del bien. El juez agregará al expediente los documentos que se presenten relacionados con la posesión, ordenará el interrogatorio bajo juramento, del poseedor y tenedor, si hubiere concurrido a la diligencia, del poseedor o tenedor,**

*sobre los hechos constitutivos de la posesión y la tenencia, y a éste último también sobre los lugares de habitación y trabajo del supuesto poseedor. La parte que solicitó el secuestro podrá interrogar al absolvente...”.*

Lo anteriormente expuesto desnuda, como ya se dijo, la sinrazón de la decisión del funcionario comisionado al rechazar la oposición objeto de escrutinio sin antes interrogar al opositor allí presente, amén que éste allegó varios documentos con la intención de probar sumariamente la presunta posesión que NAXOS S.A.S. ostenta sobre los bienes muebles objeto de la medida cautelar. Concretamente aportó: (i) facturas correspondientes a los meses de agosto, septiembre y octubre de 2010 mediante las cuales la citada sociedad “*cobra arrendamiento a FARIK CÓRDOBA NIETO por los BIENES MUEBLES GUARNECIDOS EN ESTE INMUEBLE*”; (ii) contrato de compraventa mediante la cual MARIA ANGELICARAMIREZ CARDONA “*ENAJENA LOS BIENES MUEBLES A NAXOS S.A. CON FECHA 8 DE ABRIL DE 2010*”; y (iii) declaración de impuesto a las ventas “*DEL PERIODO 04 DE 2010 DONDE CONSTA ENTRE OTROS EL IVA QUE NAXOS SAS CANCELA A LA ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS POR CONCEPTO DE ARRENDAMIENTO DE LOS BIENES MUEBLES*”.

Adicionalmente, la determinación adoptada por el Inspector Segundo de Policía de Cartago acusa un desvarío colateral al exigir que la prueba documental vaya acompañe a testimonios (para poder ser apreciada), pues como acaba de verse la valoración de documentos exhibidos como prueba sumaria de la posesión material no puede estar supeditada a la existencia o acompañamiento de prueba testimonial.

Y como si fuera poco, tampoco le asiste razón al mencionado funcionario en el planteamiento según el cual el señor EDGAR FARIK CORDOBA NIETO no podía oponerse al secuestro por cuanto es demandado dentro del presente proceso, pasando por alto que aquel formuló la multicitada oposición no como demandado sino como representante legal de la sociedad NAXOS .S.A.S., condición que, así suscite entendibles suspicacias, se encuentra acreditada con el certificado de existencia y representación aportado a la actuación.

En tales condiciones se revocará la decisión de rechazar la oposición formulada por NAXOS S.A.S. proferida el 30 de noviembre de 2010 por el Inspector Segundo Municipal de Policía de Cartago, y en su lugar se ordenará a éste funcionario que proceda en la forma indicada por el inciso primero del parágrafo 2 del artículo 686 del C.P.C, esto es, ordenar “*...el interrogatorio bajo juramento del poseedor (..) sobre los hechos constitutivos de la posesión...*”, y con fundamento en éste, más los restantes elementos probatorios exhibidos por el opositor durante la diligencia de secuestro practicada el 30 de noviembre de 2010, proceda a decidir la oposición formulada por la sociedad NAXOS S.A.S. a través de su representante legal.

Sentencia de segunda instancia (2010-00115-01 Y 2010-00115-02) del 29 de noviembre de 2013, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo, Decisión: revoca el numeral primero de la parte resolutoria de la sentencia apelada y confirma en lo restante; revoca la decisión del Inspector Segundo Municipal de Policía de Cartago.

**DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS – El incumplimiento en el pago de las cuotas del contrato de prestación de servicios de salud no justifica la negativa de practicar una circuncisión de carácter prioritario**

**CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, entre otras, sentencias SU.819 de 1999, T-973 de 2006, T-417 de 2007, T-760 de 2008 y T-371 de 2010.

**TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...) El problema jurídico a resolver se centra en determinar ¿si la falta de pago de las cuotas del contrato de prestación de servicios de salud por parte del BATALLÓN VENCEDORES justifica la negación de la práctica de una cirugía de circuncisión a un menor, hijo de un militar, que padece fimosis en el pene?

En el asunto *sub examine* se tiene que el padre del menor, como se afirmó en la tutela, es miembro activo de las fuerzas militares, laborando en el BATALLÓN VENCEDORES de Cartago; además la IPS contratada por ese batallón es COMFANDI quien se rehúsa a practicarle al menor una circuncisión que requiere para la enfermedad fimosis que lo aqueja, aduciendo que los pagos del contrato de prestación de servicios de salud ha sido incumplido por el empleador del padre del menor.

Dicha situación a no dudarlo, es flagrantemente vulneradora del derecho fundamental a la salud del menor JUAN EDUARDO BARAJAS PAREDES, pues la clínica COMFANDI, en contravía de los principios de protección integral y continuidad que inspiran la seguridad social, está anteponiendo la parte económica en sacrificio del derecho fundamental a la salud y a una vida digna de un menor.

La Sala considera que el estado de salud de JUAN EDUARDO BARAJAS PAREDES, requiere una atención médica oportuna y adecuada, pues es un menor de 3 años que viene padeciendo fimosis, y según el informe emitido por el urólogo debe ser intervenido para practicársele una circuncisión de manera prioritaria.

De modo que es imperativo que se realice eficientemente la prestación integral del servicio de salud por parte de la CLÍNICA COMFANDI, toda vez que al anteponer cuestiones de tipo económico, de las que por demás el menor no es culpable, y negarse a cubrir lo relacionado con la “*circuncisión*”, atenta contra el derecho a la salud del infante, en conexidad con la vida en condiciones dignas.

En este orden de ideas, se hace pertinente ordenar que se practique la cirugía requerida y el tratamiento integral, a fin de proteger los derechos fundamentales del menor.

Sentencia de tutela de primera instancia (T-171-13) del 4 de diciembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: concede la protección solicitada.

**ACCIÓN DE TUTELAS CONTRA DECISIONES JUDICIALES POR FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA - El juez debe resolver las excepciones planteadas y pronunciarse frente a los perjuicios reclamados por la parte demandante.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código General del Proceso, artículos 121 y 627.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-543 de 1992, C-590 de 2005, T-102 de 2006, T-597 de 2007, T-688 de 2003 y SU. 846 de 2000.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

El problema jurídico se centra en establecer la posible vulneración al derecho del debido proceso dentro de una actuación judicial, lo cual es apreciable de las manifestaciones de la parte actora, quien reprocha de la funcionaria accionada haber adoptado una sentencia careciendo de competencia y efectuando una indebida valoración probatoria, además de haberle negado el derecho de defensa y contradicción que le asiste.

A consideración de la Sala, en el presente caso, según se aprecia de las copias del proceso de responsabilidad civil contractual con radicación 2011- 00293-00, se encuentran satisfechas las causales genéricas de procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales, esto es, la subsidiaridad e inmediatez, la primera porque se trata de un proceso de mínima cuantía y por ende no susceptible de alzada frente a las decisiones que allí se adoptaron; y lo segundo en razón a que entre la fecha de la decisión cuestionada (octubre 10 de 2.013) y aquella en que se presentó la acción de tutela (octubre 16 de 2.013) fue casi inmediata.

Ahora bien, la accionante y la vinculada centraron su petición de amparo, en tres situaciones a saber, i) Falta de competencia de la funcionaria por aplicación del artículo 121 del Código General del Proceso, ii) Vulneración al derecho de defensa y contradicción dentro de las audiencias llevadas a cabo, iii) Indebida valoración probatoria e incongruencia con lo decidido por cuanto no se analizaron la totalidad de las excepciones presentadas.

Frente al primer tópico basta con señalar que si bien es cierto el artículo 121 del Código General del Proceso en el inciso cuarto establece “*excepcionalmente el juez o magistrado podrá prorrogar por una sola vez el término para resolver la instancia respectiva, hasta por seis (6) meses más, con explicación de la necesidad de hacerlo, mediante auto que no admite recurso*”, disposición que de conformidad con lo estatuido el artículo 627 del mismo código se encuentra vigente desde el 12 de julio de 2012 para los procesos que estaban en curso al momento de promulgarse ley 1564 de 2012, también lo es que como lo estableció la jueza de primera instancia, la funcionaria accionada dentro de la actuación indicó las razones por las cuales continuó con el conocimiento del proceso las que en ningún momento se puede calificar de caprichosas o arbitrarias. Además, no se puede exigir el cumplimiento irrestricto de dicho término si se tiene en cuenta que éste es aplicable en “*un sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo,*

*concretamente la oralidad en materia civil y de familia”, y hasta el momento en este Distrito Judicial no se ha efectuado la implementación del sistema oral con todas las herramientas necesarias para su verificación, lo que determina la inexistencia de la vía de hecho por esta razón.*

En cuanto a la vulneración al derecho de defensa y contradicción durante la audiencia, no se evidencia su existencia por cuanto al haber contestado extemporáneamente, no era posible el decreto de pruebas a su favor, no se practicaron testimonios, luego el reproche de poder conainterrogar no tiene ningún asidero. A la primera citación no concurrió el representante legal de la accionante y la firma en el acta es de su apoderado judicial quien no tenía dicha condición, y finalmente el interrogatorio solicitado por la Aseguradora la EQUIDAD, al ser una provocación forzada de confesión, tal facultad no podía atribuirse a quien oportunamente no lo había solicitado. A lo que se une, la falta de proposición del recurso de reposición frente a las decisiones de las que mediante este trámite breve y sumario se duele la accionante.

Empero, en lo que si le asiste la razón es en la indebida motivación de la sentencia pues como lo reseña la *a-quo* de las excepciones presentadas dentro del término por la vinculada, solo estudió la existencia del contrato y la acreditación de la demandante como pasajera, sin hacer un análisis de las demás interpuestas, las cuales si bien es cierto en ocasiones se pueden analizar conjuntamente, en el presente caso no se daban los presupuestos para ello.

En este orden de ideas, la Sala considera que efectivamente la funcionaria accionada, faltó al deber de motivar la decisión cuando no analizó todas las excepciones formuladas, ni tampoco hizo alusión a si se probaron o no los perjuicios sufridos por la demandante como lo estableció la falladora de primera instancia.

Ahora bien y como quiera que efectivamente dentro de la sentencia proferida por el Juzgado accionado se verifica la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, ello es motivo suficiente para proteger tal prerrogativa, razón por la cual se confirmará el fallo impugnado.

Sentencia de tutela de segunda instancia (T-173-13) del 5 de diciembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: tutela el derecho al debido proceso.

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – No constituye vía de hecho el rechazar, en consideración al Código General del Proceso, una demanda de pertenencia por razón de la cuantía.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código General del Proceso, artículos 624 y 26 numeral tercero; Código de Procedimiento Civil, artículos 16, numeral cuarto, y 377 y 378.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, auto 091 de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

*En el evento sub exámine la parte actora, pretende que por ésta vía se reverse el rechazo de su demanda de pertenencia junto con la consecuencial remisión del proceso por competencia a los Juzgados Municipales, y que en su lugar se ordene al JUZGADO 1° CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGO dar el trámite que corresponde a la demanda. Luego, el problema jurídico que plantea la tutela gira en determinar si ¿la decisión de rechazar por competencia una demanda de pertenencia por razón de la cuantía y ordenar su remisión a los juzgados con categoría de municipales, a la luz del Código General del Proceso, constituye una vía de hecho?*

A efectos de solventar el anterior planteamiento, luce muy inclusive un reciente pronunciamiento proferido por la Sala Civil- Familia de este Tribunal, en el que precisamente frente al tema se dijo:

En materia de pertenencias ocurre que antes, con el Código de Procedimiento Civil, según el artículo 16-4, su conocimiento estaba asignado a los Jueces Civiles del Circuito en primera instancia, sin importar su cuantía, solo la naturaleza del asunto.

Pero sucede que en el Código General del Proceso, en el artículo 20 que reemplazó el 16 del Código de Procedimiento Civil, nada se dijo en punto a los procesos de pertenencia [...]

Debe tenerse en cuenta que las nuevas disposiciones traídas por el Código General del Proceso se refieren a la sustanciación y ritualidad de los juicios, sobre las que la ley 153 de 1887, en su artículo 40 establece: *“las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir”*

En síntesis, del estudio en conjunto de las normas sobre distribución de competencia del Código General del Proceso, se establece que se eliminó la cláusula de competencia exclusiva para las pertenencias, prevista en el artículo 16-4 del Código de Procedimiento Civil. Luego, la competencia para asumir el conocimiento de los procesos de prescripción adquisitiva, estará dada por la cuantía del bien, y corresponderá para inmuebles cuyo avalúo catastral no supere la mínima cuantía a los jueces civiles municipales en única instancia, si el avalúo alcanza la menor cuantía, será de los municipales en primera instancia, y si es de mayor, lo será de los jueces con categoría circuito en primera instancia.

En consecuencia, si en providencia reciente se prohió la decisión de rechazar una demanda de pertenencia por razón de la cuantía, no se encuentra que la decisión aquí atacada constituya una vía de hecho, pues está acorde con la interpretación del Tribunal sobre el tema, además porque no resulta caprichosa si se tienen en cuenta que los fundamentos del auto atacado que resultan válidos.

Adicionalmente, debe precisar esta Sala de Decisión, que si en todo caso, por el principio de subsidiariedad que gobierna la tutela, la parte que acciona debe haber “*agotado los medios de defensa disponibles en la legislación para el efecto*”, la presente acción de tutela también resulta improcedente si se tiene en cuenta que la parte accionante no agotó el recurso de queja, establecido en los artículos 377 y 378 del estatuto adjetivo, contra la decisión de negarle la apelación contra el auto que ordenó el rechazo de su demanda; luego la acción de tutela resulta improcedente.

Con todo, debe poner de presente el Tribunal que la decisión de rechazo no constituye una denegación de justicia, ni vulnera el derecho de acceso a la misma que tiene la accionante, en tanto su proceso de pertenencia fue remitido para su adelantamiento a otro juez, que resolverá conforme a derecho sus pretensiones si quedan demostradas.

Sentencia de tutela de primera instancia (T-174-13) del 5 de diciembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: niega la protección solicitada.

**PAGO DE LAS CUOTAS DE MORA DESPUÉS DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA – No impide al acreedor hacer exigible la totalidad de la obligación en virtud de la cláusula aceleratoria/ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE – El no comunicar de manera oportuna al proceso los abonos efectuados por el deudor no constituye tal comportamiento, pero sí falta grave a la debida diligencia profesional del abogado/DECLARACIÓN OFICIOSA DE EXCEPCIONES EN EL PROCESO EJECUTIVO – Bajo ciertas circunstancias el juez puede hacer uso de tal facultad y no de manera desmedida.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 546 de 1999, artículo 19; Ley 1123 de 2007, artículos 37, numeral cuarto, y artículos 40 y 60; Estatuto del Consumidor, artículo 42; Ley 45 de 1990, artículo 68; Código Civil, artículo 1653; Código de Procedimiento Civil, artículos 306 y 507; Código General del Proceso, artículo 430; Resolución Externa 008 de 2006, Banco de la República.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, decisiones del 26 de marzo de 1936 y del 30 de mayo de 1940; Corte Constitucional, sentencia T-387 de 2007; Consejo de Estado, Sección Tercera, decisión 21177 del 12 de agosto de 2004, ponencia de Ramiro Saavedra Becerra.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Reunidos como se encuentran los presupuestos procesales y al no advertirse causal de nulidad que pueda invalidar total o parcialmente lo actuado se procede a decidir de fondo.

Para dicha tarea debe dejarse por sentado que los problemas jurídicos que plantea la alzada, se contraen en determinar si: 1) ¿El pago de las cuotas en mora después de presentada la demanda, aniquila la posibilidad del acreedor de hacer exigible la

totalidad de la obligación por virtud de lo pactado en la cláusula aceleratoria?; y 2) ¿Si no reportar oportunamente al proceso los abonos efectuados por el deudor después de la demanda, constituye un abuso de posición dominante del banco acreedor?

A fin de solventar el primer cuestionamiento, debe empezar la Sala de Decisión por precisar que en tratándose de obligaciones pactadas en cuotas, debemos entender la cláusula de extinción anticipada del plazo o mal llamada “*aceleratoria*” como aquella estipulación accidental, en virtud de la cual se faculta al acreedor para declarar el vencimiento de la obligación en forma anticipada, y en tal virtud se le habilita para exigir de inmediato la devolución de la totalidad de lo debido, ante la ocurrencia de alguno de los supuestos que provoque la extinción del plazo, la que en la mayoría de eventos se genera con ocasión de la mora del deudor en el pago de los instalamentos acordados. En materia de créditos para la adquisición de vivienda a largo plazo, está autorizada y se ejerce con la presentación de la demanda, según el Art. 19 de la Ley 546 de 1999.

La cláusula aceleratoria puede ser automática o facultativa. Se da lo primero cuando la extinción del plazo se realiza ipso iure, esto es por el mero incumplimiento del deudor, evento en el cual la exigibilidad total del resto del crédito se presenta tan pronto haya mora. Será facultativa, cuando además de la mora, depende de la voluntad del acreedor de declarar vencido anticipadamente el plazo.

En el asunto *sub júdice* operó la cláusula aceleratoria facultativa, pues así se desprende de la estipulación 5ª del pagaré base de la acción, al haberse allí declarado que:

**QUINTA:** En caso de mora en el pago de las obligaciones a mi (nuestro) cargo, en los términos definidos en este pagaré reconozco(cemos) la facultad del Banco o de su endosatario para declarar extinguido el plazo pactado y acelerar o exigir anticipadamente el pago de la obligación sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial alguno desde el momento de la presentación de la demanda y por tanto exigir a partir de ese momento su pago total, sus intereses moratorios, primas de seguros... (negritas y subrayas fuera de texto)

Pero además, como lo afirmó la parte recurrente, en la cláusula 8ª de la escritura pública de hipoteca, los deudores autorizaron al acreedor “...*para acelerar o exigir anticipadamente cualquier obligación a su cargo; (...) a) cuando incurra(mos) en mora en el pago de alguna de las obligaciones a mi(nuestro) cargo a favor de El Acreedor derivadas del crédito hipotecario vivienda individual a largo plazo...*”

Entonces, si el acreedor está facultado para extinguir el plazo y efectivamente se vale de esa prerrogativa, lo que hace en verdad es anticipar el vencimiento de las prestaciones pactadas para un cumplimiento futuro y acelerar el capital, generando la inmediata exigibilidad de las obligaciones no vencidas a partir de la presentación de la demanda.

Sin embargo, por el hecho de que con posterioridad a la presentación de la demanda, la parte acreedora reciba abonos a la obligación que incluso signifiquen el desatraso del deudor en las cuotas en mora, por ese solo motivo, salvo que el

mismo acreedor lo consienta, no quedará aniquilada la acción hipotecaria que persiga la exigencia anticipada de la totalidad de la obligación, pues contractualmente, la sola mora dará pie para que se haga exigible la cláusula de vencimiento anticipado del plazo.

En este orden de ideas, el primer problema jurídico deberá responderse negativamente, habida cuenta que como viene de verse, el hecho de ponerse el deudor al día en el pago de las cuotas atrasadas, después de presentada la demanda, no frustrará la posibilidad del acreedor de hacer exigible la totalidad de la obligación, pues por la sola mora ya se habrá configurado tal posibilidad.

Por virtud de lo hasta aquí dicho, se impone revocar la sentencia de primera instancia, en cuanto equivocadamente fulminó la ejecución tras declarar, sin fundamento jurídico alguno, probada oficiosamente la excepción de *“Pago de las cuotas en mora al mes de marzo de 2011”*.

Por lo que respecta a la excepción de *“Abuso de la posición dominante del Banco”*, también declarada oficiosamente, debe precisarse que al ser accesorio a la que viene de revocarse, ésta habrá de tener la misma suerte. Pero además la misma tampoco podía prosperar por una potísima razón: el Banco está ejerciendo una potestad contractual como es lo pactado en la cláusula aceleratoria, por ello no puede considerarse que hay un abuso de su parte.

Adicionalmente debe agregarse que el fundamento jurisprudencial traído a colación por la Juez para fundar la declaratoria de la excepción de abuso de posición dominante, no aplica para el presente asunto en tanto allí se habla de un abuso contractual que hace la parte más fuerte del contrato en perjuicio de la más débil, pero lo que plantea la situación del *sub júdice* es una conducta procesal desleal de la parte más fuerte, verbigracia no aportar oportunamente los abonos del deudor al juzgado.

Entonces, debe precisar este Tribunal que el hecho de haberse retardado el banco en reportar los abonos hechos por los demandados, no se constituye en abuso contractual, ello sería eventualmente una desatención a la lealtad procesal o una falta grave a la debida diligencia profesional del abogado que lo representa, más no un abuso de posición dominante contractual.

Precisamente el nuevo Estatuto del Consumidor, al regular en su título VII las normas sobre Protección Contractual, definió en el artículo 42 qué se considera una cláusula abusiva, refiriéndose a *“...aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos”*. Agregando en todo caso, que de pactarse cláusulas de este tipo *“...serán ineficaces de pleno derecho”*.

En suma, no nos encontramos frente a un abuso de posición dominante del banco ni frente a una cláusula abusiva, pues de un lado la facultad de insistir en la ejecución surgió de la cláusula pactada entre las partes, tanto en el pagaré como en la escritura, sobre la posibilidad de vencimiento anticipado del plazo, que se configuraba por la mora en el pago de una de las cuotas; y del otro lado, no hay abuso contractual de la posición dominante en tanto no se advierte que se haya

pactado cláusula que frustre el ejercicio de los derechos del deudor como consumidor. Por lo anterior, se impone igualmente revocar la declaratoria oficiosa que se hizo de esta excepción.

Sin embargo, aquí debe hacer un paréntesis la Sala, para poner de presente que no comulga con la conducta de la entidad y su apoderado, de omitir reportar oportunamente al despacho los abonos que hicieron los deudores a la obligación que se les reclama ejecutivamente.

En efecto, conforme al artículo 37 numeral 4° del Código Disciplinario del Abogado (ley 1123 de 2007), constituirá falta grave a la debida diligencia profesional: *“Omitir o retardar el reporte a los Juzgados de los abonos a las obligaciones que se están cobrando judicialmente”*. Conducta que hará acreedor al abogado de: *“...censura, multa, suspensión o exclusión del ejercicio de la profesión” (Artículo 40 idem)*, cuya procedencia deberá determinar la correspondiente Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura. (Artículo 60 idem).

En el asunto *sub exámine*, lo cierto es que la demanda ejecutiva se promovió desde el 28 de octubre de 2010, y el 24 de marzo de 2011 los deudores se acercaron a las oficinas del banco demandante y realizaron, directamente, 2 pagos a título de abonos por \$14.140.000.00 más \$1.684.800.00 con el ánimo de ponerse al día en el pago de las cuotas en mora. De los mismos solo vino a tener conocimiento el Juzgado, no por iniciativa del abogado actor, sino hasta el 30 de agosto de 2012 - más de un año y cinco meses después- cuando los ejecutados al contestar la demanda alegaron esa circunstancia. Al descorrer el traslado el banco, por conducto de su abogado, confirmó los abonos.

A juicio de esta Sala, la anterior omisión, justifica disponer la compulsión de copias, como en efecto se dispondrá, para que se investigue la actuación del apoderado del banco.

Ahora, retomando el asunto materia de litigio, tiénese entonces que le restaría al Tribunal, determinar la suerte de la excepción de *“Cobro de suma superior a la debida”* propuesta por los deudores, la que fundaron en los diferentes pagos que han efectuado, incluyendo el ya mencionado, de los que aportaron copias de los recibos, los cuales han sido aplicados por el banco acreedor, unas sumas a la obligación y otras a honorarios de abogado.

Para dar solución a la misma, debe precisarse brevemente que para hablar de un pago total o parcial, con el objeto de impedir en todo o en parte las pretensiones ejecutivas, éste tuvo que haberse realizado con anterioridad a la presentación del libelo, pues a través de éste pago deben contrarrestarse los hechos que se invocan en la demanda, y variarse el quantum de las pretensiones de la acción. Por ello las cancelaciones parciales de dinero, posteriores a la instauración de la demanda, se constituyen en meros abonos, y no en hechos impeditivos de las aspiraciones del actor, que en nada modifican las súplicas, ni eximen al demandado de pagar las costas procesales.

Pero además, en tratándose de obligaciones en donde se ha pactado el cobro de intereses, la ley 45 de 1990, dentro del título dedicado a la transparencia de las operaciones, estableció en su artículo 68, que todas las sumas pagadas por el

deudor sin contraprestación distinta al crédito otorgado, así se justifiquen como honorarios, se reputarán intereses. Dicha norma, la cual habrá de aplicarse al crédito de marras, establece lo siguiente:

**Artículo 68.-** Para todos los efectos legales se reputarán también como intereses las sumas que el acreedor reciba del deudor sin contraprestación distinta al crédito otorgado, aun cuando las mismas se justifiquen por concepto de honorarios, comisiones u otros semejantes. Así mismo, se incluirán dentro de los intereses las sumas que el deudor pague por concepto de servicios vinculados directamente con el crédito en exceso de las sumas que señale el reglamento. (subrayas fuera de texto).

Entonces, trayendo las anteriores directrices al caso *sub exámine*, se tiene que la parte demandada dentro del término de traslado de la demanda probó haber efectuado diferentes abonos a la obligación, los que por supuesto habrán de imputarse a la liquidación del crédito en los términos del artículo 1653 del Código Civil. Aclárese además que pese a que la prueba de los abonos fue allegada en copia simple, los mismos de todas formas deben ser tenidos en cuenta, pues la parte demandante al descorrer el traslado de las excepciones los tuvo como ciertos. En consecuencia los abonos a tener en cuenta serán los siguientes:

Fecha del abono	Cuantía del abono
24-mar-2011 (fl. 147)	\$14.140.000.oo
24-mar-2011 (fl. 147)	\$1.684.800.oo
06-jul-2011 ( fl. 149)	\$1.125.000.oo
06-jul-2011 ( fl. 149)	\$135.000.oo
29-jul-2011 (fl. 153)	\$1.285.500.oo
29-jul-2011 (fl. 153)	\$154.260.oo
16-ago-2011 (fl. 154)	\$1.325.000.oo
16-ago-2011 (fl. 154)	\$159.000.oo
06-sep-2011 (fl.155)	\$1.300.00.oo
06-sep-2011 (fl.155)	\$172.800.oo

En

consecuencia, se concluye entonces que no es del caso declarar probada la excepción "*Cobro de suma superior a la debida*"; recuérdese que ésta solo tiene cabida cuando las cancelaciones de dinero han sido previas a la demanda y las pretensiones se ven mermadas, lo que aquí no ocurrió, en tanto nos encontramos frente a unos meros abonos, realizados con posterioridad a la demanda, que en nada habrían modificado las pretensiones iniciales.

Ahora bien, también debe referirse la Sala a los intereses de plazo que se decretaron en el mandamiento de pago en atención al pacto de un 18% efectivo anual (E.A.) que se hizo en la cláusula tercera del pagaré. Al respecto debe dejarse claro que en tratándose de créditos de vivienda pactados en pesos o en UVR, la

tasa de interés “Está controlada, es decir, que existe una tasa máxima establecida por la Junta Directiva del Banco de la república, la cual debe ser inferior a la menor de todas las tasas reales que se estén cobrando en el sistema financiero, según certificación de la Superintendencia Financiera, tal como lo ordenó la Corte Constitucional mediante sentencia C-955 de 2000.”

Por dicha razón la tasa de interés remuneratoria deberá ser ajustada a las directrices trazadas por el Banco de la República en la Resolución Externa No. 8 de 2006, que fue la vigente para época entre el 18 mayo de 2010 al 27 de octubre de 2010. Al referirse a los límites máximos a las tasas de interés de créditos en moneda legal, el artículo 2° de dicha resolución establece:

**LIMITES A LAS TASAS DE INTERES REMUNERATORIO DE CREDITOS DISTINTOS DE LOS DESTINADOS A LA FINANCIACION DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL**

(...)

Artículo 2°.- La tasa de interés remuneratorio de los créditos de vivienda individual a largo plazo y de los créditos para financiar proyectos de construcción de vivienda denominados en moneda legal no podrá exceder de 12.7 puntos porcentuales efectivos anuales, adicionados con la variación de la UVR de los Últimos 12 meses vigente al perfeccionamiento del contrato.

En consecuencia la liquidación de los intereses de plazo será como sigue, a una tasa efectiva anual del 15.27% E.A. y no del 18% como se decretó:

Concepto	Valor
<b>1. UVR</b>	
Variación UVR de los últimos 12 meses contados hacia atrás desde el 27oct2010 al 27oct2009	UVR 27oct2010 = 190.9785 UVR 27oct2009 =186.7092
Cálculo de la variación de la UVR últimos 12 meses	$190.9785 / 186.7092 = 1.02286604$ $/100 = 2.286\% \text{ e.a.}$
Resolución 08 de 2006, Porcentaje de interés máximo para créditos de vivienda (12.7% adicionales a la variación de la UVR últimos 12 meses)	12.7% e.a.
<b>2. Interés efectivo anual máximo a cobrar plazo</b>	$(1 + 2.2866\% ) \times (1 + 12.7\% )$ $= 1.152770 /100$ $= 15.2770\% \text{ e.a.}$
<b>3. INTERESES DE PLAZO</b>	
<b>4. Período</b>	Del = 18May2010 Al = 27Oct2010
<b>5. Días</b>	163
<b>6. Capital</b>	\$83'441,690

7. Total Intereses de plazo	\$ 5,465,518
-----------------------------	--------------

Por ultimo, encuentra el Tribunal procedente hacer unas precisiones sobre el actuar de la juez de primera instancia, al declarar probada de forma oficiosa las excepciones de *“Pago de las cuotas en mora al mes de marzo de 2011”* y *“Abuso de la posición dominante del Banco Colpatria Multibanca Colpatria S.A.”*, en tanto durante un tiempo fue postura férrea de la judicatura que en tratándose de procesos ejecutivos al juez le estaba vedado declarar probadas excepciones de manera oficiosa.

(...)Entonces, para la Corte Constitucional la declaratoria de excepciones oficiosas en el proceso ejecutivo no raya con lo que se considera una vía de hecho, pues la regla que trae el artículo 306 del Procedimiento Civil, faculta al juez en toda clase de procesos, sin excluir al ejecutivo, para reconocer oficiosamente un medio exceptivo cuando halle probados los hechos que la constituyan.

Sin embargo sobre el tema esta Sala debe fijar una postura más achicada, en tanto no comulga con el reconocimiento desmedido de esta facultad en los jueces. En efecto, en tratándose del proceso ejecutivo a la demanda deberá acompañarse un título de ejecución con las características de ser claro, expreso y exigible; si el demandado no propone excepciones *“...el juez ordenará, por medio de auto, el remate y avalúo de los bienes embargados ...o seguir adelante la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo...”* (Inciso 2° Artículo 507 idem, modificado por la Ley 1395 de 2010)

Son varios los motivos por los que se puede atacar un título ejecutivo, en primer lugar, la falta de cumplimiento de los requisitos formales: no ser claro, expreso o exigible; y en segundo lugar, circunstancias referentes al fondo de la obligación, como un pago o pago parcial, cobro de lo no debido, no haberse entregado el título con la intención de hacerlo negociable, etc.

Pero mal podría el juez, si el demandado no allega contestación ni formula excepción alguna, proceder al decreto de pruebas oficiosas para hallar motivos que configuren una excepción que ataque el fondo de la obligación. Sería un

contrasentido que a pesar del silencio del demandado, y de haberse librado orden ejecución tras considerarse que el título reunía los requisitos formales, decretar pruebas para hallar una excepción relativa a aspectos sustanciales. Ese no es el espíritu del artículo 306 ni del 507 del estatuto adjetivo.

Solo en el evento en que el demandado formule excepciones dentro de la oportunidad correspondiente, el juez recobra, al igual que en los procesos declarativos, la facultad de declarar probada alguna excepción que tenga que ver con aspectos sustanciales de la ejecución, así ésta no haya sido expresamente alegada, salvo obviamente, las de prescripción, nulidad relativa y compensación. (Artículo 306 idem)

Ahora bien, es punto pacífico que en vigencia del Código de Procedimiento Civil el juez está facultado para revisar los aspectos formales del título ejecutivo al librar el mandamiento, posibilidad que va hasta la sentencia que desate de fondo el litigio; incluso también lo puede hacer el juez de la apelación antes de disponerse a desatar la segunda instancia, es decir, el título está sometido a un constante examen sobre el lleno de sus formalidades.

Empero, con la reforma que introduce el Código General del Proceso ello no será más de esta forma. Así quedó establecido en su artículo 430 al disponer:

**ARTÍCULO 430. MANDAMIENTO EJECUTIVO.** Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal.

Los requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso. (Negrillas de la Sala).

En suma, todo lo anterior para significar que hasta la entrada en vigencia del Código General del Proceso, al juez de la ejecución le estará permitido tanto declarar oficiosamente excepciones a pesar de no haber sido alegadas expresamente por el demandado, como revisar hasta en la sentencia los requisitos formales del título ejecutivo. Luego, cuando empiece a regir el nuevo estatuto procesal, las únicas oportunidades para revisar los requisitos formales del título serán antes de librar el mandamiento y mediante reposición contra ese mismo auto, ya después no habrá oportunidad para alegar estas circunstancias.

En consecuencia, la declaratoria oficiosa de las excepciones de *“Pago de las cuotas en mora al mes de marzo de 2011”* y *“Abuso de la posición dominante del Banco Colpatría Multibanca Colpatría S.A.”*, que hizo la juez de primera instancia, aunque procesalmente es permitida, la Sala no comparte los motivos ni los fundamentos que la llevaron a tenerlas como probadas.

Total que habrá lugar a revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar ordenar la continuidad de la ejecución y el remate del bien hipotecado, debiendo tenerse en cuenta sin embargo, las cancelaciones de dinero efectuadas por el deudor, como meros abonos a la obligación por ser posteriores a la demanda. De otro lado, se ordenará compulsar copias del cuaderno de primera instancia a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca, para que investigue la presunta comisión de una falta a la debida diligencia profesional, por parte del abogado aquí recurrente, VLADIMIR JIMÉNEZ PUERTA.

Sentencia de segunda instancia (2010-0173-01) del 5 de diciembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: revoca la sentencia apelada.

**PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA** – Puede ser reclamada por el deudor de la acción cambiaria aunque el pago esté garantizado con fiducia de garantía/CONTRATO FIDUCIARIO – Es accesorio y diferente de aquel que contiene la obligación garantizada.

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Civil, artículos 2512, 2535 y 2539; Ley 791 de 2002, artículo 2; Código de Comercio, artículo 1226; Concepto 040130 del 31 de agosto de 1989, Superintendencia Financiera.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 28 de febrero de 1984, ponencia de José María Esguerra Samper, 00579-01 del 15 de julio de 2008, ponencia de Jaime Alberto Arrubla Paucar y 1999-0770-01 del 18 de mayo de 2006, ponencia de Carlos Ignacio Jaramillo.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Del *petitum* se colige que la parte actora persigue la declaratoria de la prescripción de la obligación 144339400055-9 por \$50'000.000 y con vencimiento final 27 de diciembre de 1999, la cual se encuentra garantizada con el certificado de garantía No. 0001 del Fideicomiso Hacienda El Retiro.

Luego, procede dilucidar si en verdad ¿prescribieron las acciones derivadas del pagaré No. 144339400055-9 suscrito por el demandante, en Cartago – Valle, el día 27 de diciembre de 1994, y por tanto es admisible ordenar a la demandada devolver el instrumento al deudor y realizar todas las operaciones administrativas y contables para que desaparezca de sus registros como crédito vigente, así como su respectiva garantía?

Aduce la demandada que por razón de la garantía el deudor no está legitimado para incoar la acción, aserto que no comparte la Sala habida cuenta que una cosa es la obligación garantizada y otra la garantía, lo que conlleva a que el deudor de las obligaciones derivadas del título-valor, sí se encuentre legitimado para invocar la prescripción. Situación distinta es que se hubiera pactado que si el deudor incurría en mora superior a 60 días, daría noticia a la Fiduciaria a efectos de ejecutar la

garantía, pero tal hecho no significa que el deudor original no pueda ejercer los derechos y acciones a su favor.

Recuérdese que según lo expresado por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, en concepto 040130 del 31 de agosto de 1989: *“...la fiducia en garantía es una especie de caución... toda vez que precisamente la finalidad del negocio fiduciario consiste en establecer una obligación a cargo del fiduciario como titular del patrimonio fideicomitado, y a favor del beneficiario-acreedor, cuyo único fin radica en que, en caso de incumplimiento por parte del fideicomitente-deudor, el fiduciario deberá pagar al beneficiario el importe de las acreencias amparadas con la celebración del contrato, hasta la concurrencia del producto de la enajenación de los bienes dados en fiducia. Luego, se trata de un verdadero negocio de garantía.”*

En otras palabras, el contrato de Fiducia de Garantía es un mecanismo a través del cual se amparan obligaciones de un deudor a favor de uno o varios acreedores mediante la afectación de un bien a dicha finalidad y la estipulación de un procedimiento privado para obtener la satisfacción del crédito en caso de incumplimiento, esto es, acudiendo a la venta del bien para que con su producto se pague la obligación incumplida o en su lugar se entregue en dación en pago.

En desarrollo del contrato fiduciario de garantía, la fiduciaria expide los denominados Certificados de Garantía a favor de los acreedores garantizados, pero tal certificado no es en sí un título valor, ni un título de crédito, pues solamente cumple con la función de constancia al acreedor de la garantía registrada en su favor. En otras palabras el certificado no es constitutivo de las obligaciones garantizadas, ni se constituye como parte del título valor que eventualmente pueda respaldar, ni mucho menos se puede considerar como parte de un título ejecutivo de los denominados complejos. En consecuencia, es impróspero de este primer argumento de reproche.

Resuelto lo anterior, debemos precisar si se interrumpió la prescripción. En lo que toca con la interrupción de la prescripción es de tener presente que *“el decurso del término de la prescripción puede verse afectado por el advenimiento de un hecho incompatible con la causa y función de la prescripción; delante de tal circunstancia y en mérito de ella, el tiempo corrió se borra”*, la interrupción conlleva que el término vuelva a contabilizarse y puede ser natural o civil, la primera se origina en un reconocimiento del mismo derecho por parte del deudor (art. 2539 del C.C.) y la segunda se deriva de demanda judicial por parte del sujeto legitimado para el ejercicio del derecho correspondiente (art. 2539 *ejusdem*).

Para lo que aquí concierne, cabe anotar que la fiducia mercantil la define el artículo 1226 del Código de Comercio, como un *“negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”*.

Por lo que si bien es cierto el acreedor no acudió a la administración de justicia para obtener el pago de la obligación insoluta, no es menos cierto que acudió al procedimiento establecido contractualmente con su deudor como lo fue informar al

fiduciario sobre la mora y solicitar la ejecución de la garantía, actividad que a no dudarlo interrumpe la prescripción.

El punto en discusión es si durante todo el tiempo que dure la ejecución de la garantía la prescripción queda interrumpida de manera fatal o vuelve a contabilizarse, y en criterio de la Sala el término prescriptivo vuelve a contabilizarse al tenor de lo previsto en la Ley 791 de 2002.

Aquí no cabe duda que el deudor y aquí demandante suscribió el pagaré No. 144339400055-9 por \$50'000.000, el que debía cancelarse en instalamentos y su vencimiento final era 27 de diciembre de 1999. Tampoco que por solicitud de las partes aquí contendientes la fiducia expidió el certificado de garantía No. 1 el 27 de diciembre de 1994 y que el banco le comunicó a ésta última el 13 de octubre de 1997 que la obligación se encontraba en mora superior a 60 días.

Del anterior recuento se advierte que BANCAFE, acreedor inicial de la obligación, el 13 de octubre de 1997 informó a la Fiduciaria de la mora en el pago de las cuotas pactadas, por lo que la Fiduciaria procedió a iniciar el trámite de la ejecución de la garantía, el que luego de 16 años no ha podido realizarse *“por los graves obstáculos y por la negativa reiterada y sistemática del fideicomitante de restituir el inmueble que detenta a título precario”* y si bien es cierto que nadie puede beneficiarse de su propio dolo, también lo es que el Patrimonio Autónomo como titular del inmueble que servía de garantía a los acreedores podía ejercer las acciones que estimara pertinente para poder venderlo, o entregarlo en dación en pago, y no se advierte que se hayan ejercido, o por lo menos no se acreditaron.

Como lo ha explicado la Superintendencia Financiera:

... es menester observar que no existe norma o disposición legal que prohíba a un acreedor el ejercer simultáneamente las acciones judiciales y contractuales que considere procedentes, todo ello con miras a la obtención del pago de su acreencia.

En tal sentido cabe recordar que corresponde a todo acreedor acudir a las acciones legales contractuales y procesales que le otorga la ley para hacer efectiva su acreencia, ya sea haciendo efectiva la garantía otorgada por su deudor en respaldo de la obligación (fiducia en garantía, prenda, hipoteca, fianza) o persiguiendo, conforme al artículo 2448 del Código Civil ‘(...) todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose los no embargables designados en el artículo 1677’.

En tal sentido, resulta pertinente recordar que de conformidad con el artículo del Código Civil antes citado, el patrimonio del deudor (todos los bienes presentes y futuros) constituye la prenda general de los acreedores siendo los contratos de garantía una manera de proveer a un determinado acreedor de una ventaja y/o preferencia excepcional frente a los demás acreedores del deudor. De allí que el artículo 2493 ibídem preceptúe que son causa de preferencia la hipoteca y el privilegio, así como también el contrato de fiducia en garantía porque salen del patrimonio del deudor unos bienes especificados para garantizar a un determinado acreedor alguna o alguna de sus acreencias. (...)

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que las garantías son contratos accesorios que siguen la suerte del principal a la que acceden, de tal manera que si la obligación principal se extingue también conlleva, por lo general, la extinción de la obligación accesoria (en este caso la garantía). (subraya fuera de texto)

Por tanto, el hecho de que el contrato de fiducia se haya celebrado antes de la suscripción del título valor, no implica que a su vencimiento su tenedor hubiera estado imposibilitado para el ejercicio de la acción cambiaria, persiguiendo la garantía fiduciaria o el patrimonio del deudor (fideicomitente), o ambas. En conclusión, lo que se otea es que la entidad acreedora fue inane en ejercitar la acción cambiaria, al dejar fatalmente transcurrir el tiempo, lo que lo conllevó a que surgiera la figura jurídica imperativa de la prescripción extintiva de la acción cambiaria.

En segundo lugar, no obran en el expediente comunicaciones distintas de las cruzadas entre la fiducia y el acreedor en el año 1997 en lo tocante a la mora de la obligación, y en tales condiciones fuerza concluir que la conducta omisiva del acreedor conllevó que la obligación prescribiera y ese mismo aspecto es el que impide aplicar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 18 de diciembre de 2009, ya que allí se partió del hecho de que el acreedor en reiteradas comunicaciones dirigidas a la Fiducia puso en conocimiento de la mora del deudor, las que en el presente asunto se echan de menos.

Tampoco puede entenderse como reconocimiento de la obligación el hecho de la fiduciaria rinda cuentas de su gestión, ya que ésta es una obligación legal y no constituye un reconocimiento del deudor de la existencia de la obligación.

Ni haber convocado al Tribunal de Arbitramento, en la cual precisamente reprochó a la Fiduciaria no haber honrado sus obligaciones a efectos del pago de sus acreencias, entre ellas la que atañe a este proceso. Nótese que el Tribunal de Arbitramento fue convocado antes de la fecha de vencimiento del pagaré de marras (27 de diciembre de 1999), pues incluso el Laudo Arbitral fue proferido el 26 de marzo de 1999, luego tal reconocimiento en nada interrumpió el término prescriptivo que sólo empezó a contarse a partir de la fecha del vencimiento final del pagaré.

Igualmente, no se puede considerar que existió un reconocimiento de la obligación, en razón de la acción de tutela que el deudor interpuso contra la Fiduciaria, en la que por sentencia de fecha 12 de febrero de 2009 se accedió a protegerle el derecho fundamental al debido proceso, y en consecuencia se ordenó a FIDUCAFE, suspender inmediatamente toda actividad relacionada con el procedimiento de exigibilidad de la garantía estipulada en el contrato Mercantil de Fiducia de Garantía, pues en dicha tutela precisamente el actor expuso que actualmente cursaban varios procesos, entre ellos el de que trata esta providencia, orientados a la declaratoria de prescripciones extintivas de las acciones cambiarias.

Luego, si precisamente deprecó al Juez constitucional ordenara a la accionada no hacer ninguna gestión referida al contrato de Fiducia de Garantía, es porque ya no

reconocía la existencia de ninguna de las obligaciones por el mismo amparadas, entre ellas la que corresponde a este proceso.

En cuanto a que la sentencia recurrida carece de fundamentación objetiva, es un argumento contraevidente porque dicha providencia se edificó en normas sustantivas vigentes y en la situación fáctica y probatoria obrante en el plenario.

Y en lo relativo a haberse negado el llamado en garantía efectuado a FIDUCAFE, pareciéndole “exótica” al censor, la conclusión a la cual llegó la a quo, en cuanto a que no existía obligación por parte de ésta frente a CISA S.A., basta señalar que si bien es cierto existen un certificado de garantía emitido por la FIDUCIARIA, para respaldar el pago de la obligación de que trata el título valor que actualmente detenta CISA S.A., lo cierto es que frente a la pretensión de este proceso ordinario, que no es otra que la declaración de la prescripción extintiva de la acción cambiaria de un título valor, la FIDUCIARIA S.A., no tiene jurídicamente obligación alguna frente a la incuria con que actuó CISA S.A., por las mismas razones que se han venido repitiendo: uno es el contrato fiduciario y otro muy diferente son los contratos de mutuo, en uno y otro surgen obligaciones diferentes con partes también disímiles.

Finalmente, que en la parte resolutive de la sentencia, en su numeral cuarto se haya ordenado la cancelación de los registros “*en banco de datos internos o externos sobre la moralidad comercial*”, incluyendo algo no pedido, ha de entenderse tal expresión en el contexto de la sentencia emitida como consecuencia de la declaración de prescripción de la acción cambiaria para el título valor objeto de la litis, que conlleva necesariamente a que CISA S.A., haga las actuaciones administrativas pertinentes tanto internas como externas, a fin de que desaparezcan los registros de crédito pendiente, claro está, no por pago de la obligación, sino en virtud de la prescripción declarada, luego, considera la Sala que por tal aspecto no amerita aclaración el fallo de primera instancia.

Por lo anteriormente expuesto, se confirmara el fallo censurado y se condenara en costas al recurrente.

Sentencia de segunda instancia (16295) del 11 de diciembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: confirma la sentencia apelada.

**DERECHO DE PETICIÓN** – La solicitud de sustitución pensional debe ser resuelta en el término de dos meses.

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 717 de 2001 y Ley 1204 de 2008.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-377 de 2000, T-304 de 2003, T-669 de 2003 y T-259 de 2004.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...) El problema jurídico a resolver en sede de segunda instancia se centra en ¿si COLPENSIONES ha vulnerado el derecho fundamental de petición de la accionante al no resolver la solicitud de sustitución pensional presentada desde el pasado 09 de septiembre de 2013?

Previo a resolver el planteamiento antes expuesto, necesario es advertir al impugnante que la ley 1204 de 2008 *“Por la cual se modifican algunos artículos de la Ley 44 de 1980 y se impone una sanción por su incumplimiento”*, tiene un ámbito de aplicación especial, esto es, para los casos que contempla la ley 44 de 1980 *“por la cual se facilita el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales”*, las que reglamentan el pago de la pensión de sobreviviente en forma provisional, condicionando ello a que medie solicitud que así hubiere radicado el pensionado en vida ante el fondo que le reconoció la pensión de vejez.

Sin embargo, en nuestro caso, no existe prueba en el expediente que acredite a la Sala que JESUS MARIA GALLEGO MEJIA hubiere dirigido un memorial a la entidad pagadora, en la cual indique la Resolución que le reconoció la pensión y el nombre de aquél o aquellos a los que en forma provisional solicita se les pague la pensión de sobrevivencia (Artículo 1 ley 1204/08 que modificare el Art 1 de la ley 44/80), por tanto, no es aplicable la norma que en forma reiterada cita el agente oficioso, debiendo someter su petitoria a lo dispuesto en la ley 717 de 2001 y la interpretación constitucional que de la misma se ha efectuado.

El derecho de petición en consecuencia, comprende la facultad de obtener una respuesta y que, por supuesto, ella se emita en condiciones idóneas que permitan su conocimiento por parte del petente, y que guarde correspondencia con lo solicitado, lo cual implica la prohibición de respuestas evasivas o abstractas, sin querer decir con ello que la respuesta deba ser favorable; desde luego, aquel se contrae a que la petición se tramite y resuelva oportunamente.

En el asunto objeto de revisión, revela el informativo que en nombre de ANA LILIA GONZALEZ DE GALLEGO el 09 de septiembre de 2013, se radicó ante COLPENSIONES solicitud de sustitución pensional, sin que a la fecha se haya emitido la respuesta, y al estudiar el plazo concedido por la norma aplicable al caso concreto, se evidencia palmariamente que el término (2 meses por tratarse de una petición de sustitución pensional) para que la respuesta de la entidad accionada se haya emitido trascurrió ampliamente en el sub júdice, configurándose de tal modo la vulneración al derecho fundamental de petición

Es así, como han transcurrido más tres (3) meses desde que la accionante elevó el precitado pedimento, sin que haya obtenido respuesta de fondo, en otras palabras, COLPENSIONES ha contado con un plazo más que prudencial para pronunciarse sobre el particular; pese a ello, no lo ha realizado.

En consecuencia, establecido que efectivamente el derecho fundamental de petición de la accionante ha sido vulnerado por COLPENSIONES, se procederá a complementar la sentencia de primera instancia para proteger dicha garantía constitucional.

Finalmente, es necesario advertir al impugnante que el reclamo por omisión de la la NUEVA EPS para la atención integral de su agenciada, al haber sido ello objeto de

amparo constitucional, lo propio es que en su nombre se adelante el trámite incidental por desacato a decisión judicial en procura de obtener, incluso por medios coercitivos, la atención médica por ella requerida.

Sentencia de tutela de segunda instancia (T-178-13) del 11 de diciembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: adiciona el numeral primero de la sentencia impugnada y confirma en lo restante.

**VÍA DE HECHO EN PROCESO EJECUTIVO – El juez no puede aceptar, sin la firma del abogado de la ejecutada, el memorial que contiene la solicitud de suspensión del proceso ejecutivo hipotecario y la renuncia a las excepciones de mérito/VÍA DE HECHO EN PROCESO EJECUTIVO – El juez no puede librar mandamiento de pago sin examinar con escrupulosidad los hechos de la demanda.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código de Procedimiento Civil, artículo 499; Ley 1123 de 2007, artículo 36.

**CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencia T-942 de 2011.

**TESIS DE LA DECISIÓN:**

Así las cosas, procede resolver los siguientes problemas jurídicos: ¿aceptar la solicitud de suspensión del proceso ejecutivo hipotecario y la renuncia a las excepciones de mérito sin la firma del abogado de la ejecutada constituye un defecto procedimental que vulnera el debido proceso?, y ¿librar el mandamiento ejecutivo sin examinar los hechos afirmados en la demanda en cuanto a las sumas perseguidas para dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 497 del Código de Procedimiento Civil, configura una vía de hecho?

La accionante en este caso, acusa la violación del debido proceso por parte del JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE CALIMA DARIEN (VALLE) en la tramitación del proceso ejecutivo hipotecario radicado 2012-00088, por no habersele permitido una “*defensa técnica*” debido a que el documento presentado por el apoderado de la parte ejecutante en donde se solicitó la suspensión del proceso y se aceptó la renuncia a las excepciones, no se suscribió por el abogado al cual ella había otorgado mandato para que representara sus intereses, evitando así la posibilidad de controvertir los hechos en que se fundamenta la ejecución, todo ello, originado en la falta de conocimiento jurídico de la reclamante, lo que determinaba una mayor verificación por parte del Juzgado accionado.

Sobre el punto la Sala de Decisión concluye, una vez revisado el informativo que efectivamente el memorial mediante el cual se solicitó la suspensión del proceso ejecutivo hipotecario Rad 2012-00088, en el que se consignó expresamente que “*LA PARTE DEMANDADA RENUNCIA A LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS*” fue suscrito por la ejecutada ahora accionante sin la presencia de su abogado, contraviniendo lo dispuesto en la ley 1123 de 2.007 Código Disciplinario del Abogado, el cual determina en su artículo 36 que constituye una falta a la lealtad y

honradez con los colegas *“negociar directa o indirectamente con la contraparte, sin la intervención o autorización del abogado de esta”*.

De lo que se desprende, una irregularidad procesal que afecta el derecho de defensa, en tanto la actuación surtida deriva de un hecho reprochable disciplinariamente, y que en modo alguno puede ser tolerado por la jurisdicción, y mucho menos ser aceptado por el juzgador, como en este caso ocurrió, para darle efectos y consecuencias procesales.

Luego, procede la tutela reclamada pero por la razón antes expuesta, por lo que en consonancia se dejará sin valor y efecto toda la actuación surtida en el referido proceso ejecutivo hipotecario, a partir del auto de fecha 26 de octubre de 2.012, y se ordenará la compulsación de copias para la investigación disciplinaria respectiva.

Ahora bien, en cuanto al segundo cuestionamiento basta con señalar que la no aplicación del artículo 497 del Código de Procedimiento Civil, constituye una irregularidad procesal, que en este caso, genera la configuración de una vía de hecho debido a que salta a la vista la no verificación por parte de la juzgadora del hecho tercero de la demanda donde el abogado expresamente le dio a conocer *“Esta letra de cambio es el resultado de una transacción entre las partes, que incluye unos intereses moratorios de la hipoteca que ya fue demandada y otros negocios que ellos tenían pendientes por resolver, entre los cuales están dos letras de cambio, deteriorados y en blanco que se acompañan a este informativo”*. Por tanto, siendo de su conocimiento el proceso ejecutivo hipotecario donde se están cobrando los intereses moratorios de dicha deuda, no tenía otro camino que inadmitir la demanda para que se aclarara el concepto de las sumas reclamadas y librar el mandamiento en la forma que lo considerara legal como lo ordena la norma citada.

No encuentra esta Sala explicación alguna para haber librado el mandamiento ejecutivo por las sumas solicitadas, a sabiendas (por la misma advertencia efectuadas en los hechos de la demanda), que en ellas se estaban cobrando intereses de mora ya cobrados y liquidados en el proceso ejecutivo hipotecario adelantado ante el mismo juzgado, y además otorgar nuevos intereses de mora sobre dicha suma, lo que evidencia una decisión grosera y arbitraria desconocedora de la más mínima diligencia en la revisión del líbello demandatorio.

Por tanto, el amparo también se efectuará respecto del proceso ejecutivo singular con radicación 2012- 0089, dejando sin valor y efecto el auto de fecha 12 de junio de 2.012 y toda la actuación que de él dependa.

Verificada la vulneración del derecho al debido proceso de la accionante se confirmará la decisión de tutelar este derecho fundamental pero por las razones aquí aducidas y en la forma antes señalada.

**Sentencia de tutela segunda instancia (T-179-13) del 11 de diciembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: confirma el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia impugnada y modifica los numerales segundo y tercero**

**DERECHO A LA SALUD EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO – La atención en salud corresponde a las EPS y la financiación a la respectiva entidad territorial/RECOBRO AL FOSYGA – El juez de tutela tiene potestad para decidir sobre él.**

### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Acuerdo 029 de 2009; Ley 100 de 1993, artículo 215; Decreto 806 de 1998, artículos 14 y 31; Ley 715 de 2001, artículo 43; Ley 10 de 1990, artículo 6; Ley 1122 de 2007, artículo 20; Ley 1438 de 2011 y Resolución 548 de 2010.

### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-1089 de 2007, T-657 de 2008 y T-780 de 2012.

### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Luego debe la Sala de Decisión entrar a definir los planteamientos que en este trámite se debaten, a saber: ¿si la entidad demandada ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, al haber negado el suministro del medicamento TOXINA BOTULINICA A 900 KDA FRASCO X 200 UI, que no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud? y ¿si es del resorte del juez constitucional determinar y cuantificar la responsabilidad económica de la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL por los costos en que incurran las EPS., al asumir prestaciones en salud que no se encuentran el POS?

En el *sub judice*, la accionante actualmente cuenta con 45 años de edad y requiere por prescripción el medicamento denominado TOXINA BOTULINICA A 900 KDA FRASCO X 200 UI, con la finalidad de mejorar su calidad de vida. Sin embargo el mismo le fue negado por la entidad accionada al considerar que se trataba de un suministro excluido del Plan Obligatorio de Salud - POS, lo que en modo alguno se acompasa con las directrices trazadas por la Corte Constitucional en el pronunciamiento citado porque en todo caso el abastecimiento de dicho fármaco determina la existencia de la paciente en condiciones dignas.

Además, frente a la prescripción médica, el Comité Técnico Científico no presentó razones científicas para desechar el diagnóstico y pasó por alto que por su precaria situación económica no cuenta con los medios económicos para proveerse el medicamento recetado.

Así las cosas, en el presente caso se cumplían los requisitos jurisprudenciales establecidos para proceder a la protección del derecho fundamental deprecado, como acertadamente lo evidenció el fallador de primera instancia, razón por la que merece ser confirmada en este punto la decisión reprochada por CAPRECOM.

Ahora bien, en lo que respecta a la financiación, se deben considerar varias situaciones, así como la garantía de prestación de los mismos frente a sujetos que se encuentran afiliados al SGSSS a través del régimen subsidiado.

Tratándose de atenciones y servicios contemplados en el Acuerdo 029 de 2011, no cabe duda que las prestaciones requeridas, corresponden tanto en su financiación como en su prestación efectiva a la EPS-S a la cual se encuentra afiliado el accionante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215 de la Ley 100 de 1993 y en virtud de que los recursos del subsidio han sido asignados a dichas entidades previamente por las entidades territoriales, correspondiendo por lo tanto

a las EPS-S la afiliación de los beneficiarios del subsidio y prestación, directa o indirecta, de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

Ahora bien, cuando se trate de exclusiones del POS-S., su financiamiento corresponde a la entidad territorial quien ha recibido del Sistema General de Participaciones lo correspondiente para atender a la población pobre en lo no cubierto con los subsidios de la demanda conforme a lo dispuesto en el numeral 43.2 del artículo 43 de la Ley 715 de 2001. De igual manera, corresponde a la entidad territorial, en nuestro caso a la SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL VALLE DEL CAUCA, las prestaciones en salud de segundo y tercer nivel de complejidad no cubiertas por el POS-S conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, el artículo 6 de la Ley 10 de 1990 y el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 en concordancia con la ley 1438 de 2011. De allí que, en principio, corresponde a la entidad territorial los servicios no incluidos en el POS-S.

Además, la ley 1122 de 2007 no derogó de manera alguna las competencias de la entidad territorial en la financiación de los servicios de salud y la Ley 715 de 2001 señala que las competencias de la entidad territorial corresponde a una ley orgánica que goza de primacía constitucional, lo cual no implica de manera alguna que las entidades territoriales se encuentren sustraídas de la obligación de financiación y gestión para la prestación de los servicios no contemplados en el POS-S.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la accionante entre otros busca protección al derecho a la salud y por lo general, desconoce las normas que regulan el régimen subsidiado y el funcionamiento del sistema, por lo que no puede ser afectada por las trabas burocráticas y las negativas de asumir competencia, que de manera alternativa y muchas veces irreflexiva, realizan tanto las EPS-S como los entes territoriales, frente a las prestaciones médicas requeridas; máxime cuando respecto del derecho a la salud, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha reconocido su carácter fundamental *per se*, tal y como se manifestó en sentencia T – 657 de 2008...

Desde esta perspectiva el derecho a la salud, dado su carácter de fundamental, tiene una protección reforzada que debe ser reconocida, inclusive, por quienes están en la obligación, legal o contractual, de garantizar a través de los distintos planes de salud las prestaciones que deriven de las contingencias y sin que puedan socavar, esgrimiendo múltiples pretextos, el contenido del derecho señalado.

En ese orden de ideas, no cabe duda que en los regímenes de salud, contributivo y subsidiado, los primeros llamados a garantizar el desarrollo del derecho fundamental son las EPS y las EPS-S., en su orden, a quienes corresponde gestionar lo pertinente para cubrir las contingencias que, respecto a la salud, presenten sus afiliados, sin que dicha obligación implique, *per se*, que les corresponda asumir financieramente el servicio requerido.

Así las cosas, cuando en el régimen subsidiado las EPS-S alegan que la prestación que se requiere no es parte de los contenidos del POS-S, no es al afiliado a quien corresponde gestionar lo pertinente para acceder a los servicios excluidos del POS-S., sino a la EPS-S como garante, ya sea prestarlos directamente para

luego recobrar su costo frente a la entidad territorial pertinente, una vez agotados los presupuestos señalados en la Resolución 548 del 12 de febrero de 2010 o gestionar y adelantar los trámites pertinentes frente a la entidad territorial a fin de coordinar con esta su prestación, sin que tales diligencias correspondan al afiliado quien precisamente busca protección de su derecho a la salud y no puede verse compelido al agotamiento de trámites administrativos.

Por tanto, resulta claro que debido a la patología (URODINAMIA) que padece MARTHA CECILIA ZAMORA ALARCON, el servicio médico no POS-S., le corresponde brindarlo a la EPS-S. CAPRECOM., como llamada en primer lugar a atender las contingencias de salud de la antes mencionada pese a que la responsabilidad en el financiamiento corresponde a la entidad territorial, en su totalidad.

Entendido que la EPS., accionada debe brindar a la paciente la atención médica prescrita por el galeno tratante y teniendo en cuenta que no se puede hacer más gravosa la situación de dicha entidad, es obvio que con el fin de evitar el desequilibrio financiero, se autorice que los gastos en los que incurra la EPS-S., con ocasión del cumplimiento a la orden impartida por el *a-quo* y en ésta determinación, sean cubiertos por el correspondiente ente territorial, en este caso, la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, siempre y cuando dichos servicios se encuentren excluidos del POS.S, pues si bien esta Sala en sus últimos pronunciamientos había señalado que la facultad de recobro procedía por ministerio de la ley, lo cierto es, que tal mandato si es viable otorgarlo en los fallos de tutela de conformidad con la sentencia T-780 de 2012, donde con ponencia del doctor LUIS ERNESTO VARGAS SILVA la H. Corte Constitucional...

Conforme al citado criterio jurisprudencial, se puede concluir, que cuando se le impone a la EPS., asumir unas responsabilidades que exceden los límites contractuales y legales, se altera necesariamente en el equilibrio financiero de estas entidades y por tanto del propio sistema, razón que fue la que motivó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional hubiera definido como regla, que cada vez que se ordene a una EPS, asuma una prestación de un servicio médico que se encuentre excluido del POS, el juez de tutela debe garantizar el derecho a recobro ante el FOSYGA o ante el correspondiente ente territorial, dependiendo si se trata de régimen contributivo o subsidiado.

En acatamiento de la norma citada, es totalmente procedente en el *sub examine* ordenar expresamente el recobro ante la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA por aquellos procedimientos, medicamentos y aditamentos que no se encuentren dentro del Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado en razón a la entrega de medicamentos y tratamiento médico que la EPS-S. CAPRECOM debe brindar a la paciente MARTHA CECILIA ZAMORA ALARCÓN.

En conclusión, se adicionará el numeral segundo de la sentencia proferida el 30 de octubre de 2013 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Palmira, (Valle), para advertir que en virtud de la regla de recobro, la EPS-S. CAPRECOM tiene la posibilidad de repetir ante la subcuenta respectiva de la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA por los gastos sufragados en

cumplimiento del fallo de primera instancia y de esta decisión, siempre y cuando estén excluidos del POS-S.

Sentencia de tutela segunda instancia (T-001-14) del 13 de enero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: adiciona el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia impugnada y confirma en lo restante.

**RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO – El deslizamiento de un vehículo por la humedad de la calzada no constituye circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito/RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – A quien ejerce actividad peligrosa le incumbe demostrar que el daño ocurrió por una causa extraña/ RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – La aniquilación de culpas por el ejercicio simultáneo de actividades peligrosas exige equivalencia entre los medios utilizados para causar el daño/COMPANÍAS QUE ENTREGAN LOS VEHÍCULOS EN VIRTUD DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO O LEASING – No tienen la calidad de guardianas de la cosa.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Civil, artículo 2356; Ley 100 de 1993, artículo 38.

**CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 1997-03001-01 del 2 de mayo de 2007, ponencia de Pedro Octavio Munar Cadena, 1997-09327-01 del 13 de mayo de 2008, ponencia de César Julio Valencia Copete, 2005-00406-01 del 18 de septiembre de 2009, ponencia de William Namén Vargas, 2005-00345-01 del 17 de mayo de 2011, 2002-09414-01 del 4 de abril de 2013, ponencia de Ruth Marina Díaz Rueda y decisión del 26 de mayo de 2010, con ponencia de Ruth Marina Díaz Rueda.

**TESIS DE LA DECISIÓN:**

Con el fin de desatar la alzada, debe indicarse delantadamente que el problema jurídico que plantea, se contrae en determinar si ¿como lo dijo el *a quo*, la parte demandada dentro del presente asunto donde se debate responsabilidad civil en accidente de tránsito, logró demostrar que el hecho generador del siniestro fue una causa extraña, consistente en caso fortuito por estar mojada la vía con agua y ACPM?

Descendiendo al asunto *sub exámine*, bien pronto encuentra la Sala que la tesis en que fundó el *a quo* su decisión, consistente en la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito por cuenta del pavimento mojado, no está llamada a ser confirmada en esta decisión, pues lo cierto es que surgiendo la responsabilidad del ejercicio de una actividad peligrosa, la parte demandada con sus pruebas no logró romper la presunción de culpabilidad que jurídicamente se encuentra radicada en su cabeza.

En efecto, en defensa de sus intereses, la demandada J.J. OROZCO LTDA formuló las excepciones que denominó “1) Fuerza Mayor o caso fortuito, 2) Ruptura del *nexo causal*, y 3) *No se dan los presupuestos de la acción*”, fundadas las tres en lo medular, en que el conductor del automotor causante del daño manejaba prudentemente cumpliendo con las normas de tránsito, a pesar de ello otro vehículo posterior frenó en la misma curva del accidente provocando que el camión

también frenara, pero éste se deslizó hacia el carril contrario porque el pavimento estaba mojado con agua y ACPM, lo que a juicio de la demandada constituyó una causa imprevisible e irresistible que impide que se configure una responsabilidad civil.

Para despachar desfavorablemente dichas defensas, debe dejar en claro el Tribunal que en tratándose del ejercicio de la conducción de vehículos como actividad peligrosa, opera una presunción de culpabilidad en cabeza de su ejecutor, no bastándole al demandado alegar su diligencia o la observancia del deber objetivo de cuidado, sino el cumplimiento de su carga de probar que el hecho que desencadenó el daño fue una causa extraña.

Pero lo cierto es que la circunstancia de que el piso de la vía estaba aceitado no aparece demostrada como para poder afirmar con seguridad que esa fue la razón que lo desencadenó. Sí es cierto que en el informe del accidente de tránsito No. 01-000761 se estableció como causa *“superficie húmeda”*, pero ello por sí solo no demuestra la ocurrencia de un hecho imprevisible e irresistible que justifique declarar un caso fortuito. De la presencia de ACPM regado en la vía no aparece constancia en el expediente, ello solo obedeció al argumento de la defensa, pero esa afirmación solo quedó en el campo especulativo.

Por el contrario, lo que percibe el Tribunal es que al encontrarse vacía la parte de atrás del camión, este no tenía un contrapeso que lo adhiriera al suelo, por lo que al activar los frenos en plena curva con una superficie húmeda ello generó que el mismo derrapara hacia el carril contrario causando daños al taxi en el que se movilizaban los demandantes. Sin embargo la humedad en la vía por sí sola no desvirtúa la culpa presunta con que la demandada llegó al proceso ni puede configurar una fuerza mayor o caso fortuito, pues es una situación previsible que puede depender de la velocidad de desplazamiento, si se tiene en cuenta que estaba lloviendo, y del buen agarre de las llantas del vehículo.

Quedan así desvirtuadas las excepciones propuestas por la demandada J.J. OROZCO LTDA direccionadas a demostrar la ocurrencia de un hecho extraño como exonerante de responsabilidad. En consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia en cuanto acogió este medio de defensa.

Por lo que atañe a las excepciones de *“1) Compensación de culpas y neutralización de presunciones, e inexistencia de la obligación de indemnizar”* alegadas por la demandada PISOS Y ACABADOS DEL CAUCA LTDA, baste decir para su improsperidad que como se precisó párrafos atrás, para que se aniquilen las culpas cuando ambos agentes despliegan simultáneamente actividades peligrosas, se requiere que haya equivalencia en la potencialidad dañina de los medios utilizados, so pena que grave *“siempre a favor de la víctima la presunción de que el demandado fue el responsable del perjuicio”*.

Por supuesto que comparada la potencialidad dañina de un camión con carrocería de estacas, con capacidad para 5 toneladas y con 4.613 centímetros cúbicos de motor, con las características de un automóvil - taxi Hyundai Atos en el que se desplazaban los demandantes, cuya capacidad no supera los 5 pasajeros, de entrada se advierte que jamás puede haber equivalencia entre la peligrosidad de uno comparado con otro, razón que por sí sola impide que las referidas

excepciones fundadas en la aniquilación de culpas se encuentren llamadas a la prosperidad.

Por lo que respecta a la demandada FINANCIERA INTERNACIONAL S.A., sea suficiente afirmar para desvincularla de toda responsabilidad, que al momento de los hechos (15 de noviembre de 2006) no tenía poder de mando ni de dirección sobre el camión, pues entre ésta y la demandada PISOS Y ACABADOS DEL CAUCA LTDA mediaba un contrato de arrendamiento de leasing por virtud del cual la responsabilidad por la utilización del bien recaía en esta última. Dicho contrato fue aportado en copia auténtica por la financiera al contestar la demanda.

Entonces, si FINANCIERA INTERNACIONAL S.A. demostró que por virtud del contrato de leasing transfirió a la demandada PISOS Y ACABADOS la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, resulta aplicable la tesis de la Corte Suprema sobre el desprendimiento de la calidad de guardián sobre el camión. Por lo anterior deberá ser absuelta de cualquier responsabilidad, debiendo declararse probada la excepción que formuló, de *“Carencia de Legitimación en la causa por pasiva”*.

Lo mismo ocurrirá con LA PREVISORA SEGUROS S.A. toda vez que su vínculo con el proceso era la póliza No. 1006015 de seguro de automóviles, pero sucede que quien allí tenía la calidad de asegurado es la financiera. Si ésta última no es responsable tampoco lo podrá ser su aseguradora. Se declarará también probada en su favor la excepción de *“Falta de Legitimación en la causa por pasiva”* que propuso.

Por virtud de lo anterior ha quedado el Tribunal relevado de estudiar las demás excepciones propuestas por FINANCIERA INTERNACIONAL S.A. y LA PREVISORA SEGUROS S.A., pues de nada sirve enfrascarse en su estudio si como viene de verse no les cabe responsabilidad por los hechos aquí acontecidos.

Por ultimo y en lo que tiene que ver con las excepciones de *“Inexistencia de perjuicios”*, e *“Inexistencia de prueba acerca de los supuestos perjuicios sufridos por los demandantes y cobro exagerado de los mismos”*, propuestos por las demandadas JJ OROZCO y PISOS Y ACABADOS DEL CAUCA, debe precisarse que las mismas están llamadas a ser despachadas desfavorablemente, pues si bien es cierto los demandantes no probaron haber efectuado erogaciones para atender los gastos médicos por cuenta del accidente al haber sido cubiertos por el SOAT del camión, no solo a éste tipo de perjuicios se limita una indemnización integral, pues las misma comprende otros daños como el moral o el daño a la vida de relación que de orden inmaterial. No debemos olvidar, como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, la tarea de cumplir *“...con el propósito de asegurar el acatamiento del mandato impuesto por el artículo 16 de la ley 446 de 1998, en el sentido de que en cualquier proceso judicial la valoración de los daños irrogados a las personas o las cosas deberá estar guiada por los principios de reparación integral y equidad, sino también con la convicción de que esta es una de las vías a través de las cuales puede ser preservado el absoluto respeto y la integridad de los derechos superiores contemplados en la Constitución Política”*. (Subrayas de la Sala)

En este orden de ideas, si solo quedan como responsables PISOS Y ACABADOS DEL CAUCA LTDA (arrendataria del vehículo) y J.J. OROZCO LTDA. (empresa afiliadora), serán estas sociedades las que deberán responder por los perjuicios

sufridos por los demandantes con ocasión de este accidente, perjuicios que la Sala procede a liquidar de la siguiente manera...

Sentencia de segunda instancia (S-2009-0113-01) del 15 de enero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: revoca la sentencia apelada.

**CONTRATO DE MUTO - Es necesario demostrar la entrega de cosas fungibles y la obligación de restituir otras tantas del mismo género y calidad.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código de Comercio, artículos 143 y 20, numeral duodécimo; Código de Procedimiento Civil, artículos 195, numeral primero, y 298; Decreto 1529 de 1990, artículo 20.

**CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 2000-00224-01 del 30 de noviembre de 2011, con ponencia de Arturo Solarte Rodríguez y 2008-00216-01 del 4 de julio de 2013, con ponencia de Fernando Giraldo Gutiérrez.

**TESIS DE LA DECISIÓN:**

Con el fin de desatar la alzada, debe indicarse delantamente que el problema jurídico que plantea, se contrae en determinar si ¿la parte demandante demostró con sus pruebas que entregó a la demandada ASOPROLECHES distintas sumas de dinero en calidad de mutuo, con la consecuente obligación de restituirlos posteriormente?

Ahora bien, a pesar que en el *sub exámine* la sociedad ASOPROLECHES está constituida bajo la forma de una *asociación civil*, no puede dejarse de lado que está desarrollando una actividad comercial consistente en la producción y comercialización de productos derivados de la leche, lo cual encaja dentro de la descripción que trae el numeral 12 del artículo 20 del Código de Comercio como acto mercantil, luego son aplicables en lo pertinente las normas del estatuto mercantil en tanto es claro el propósito social de emprender una actividad lucrativa. Recuérdese que para adquirir la calidad de comerciante basta el ejercicio profesional de “...*alguna de las actividades que la ley considera mercantiles.*” (artículo 10 idem)

De otro lado, por lo que atañe al contrato de mutuo debe precisarse que se trata de un contrato real que se perfecciona con la tradición de una cosa fungible de manos de un mutuante a un mutuario, con el compromiso de que se restituyan “*otras tantas del mismo género y calidad*”, conforme la definición del artículo 2221 del Código Civil. Este contrato se caracteriza por ser consensual, en tanto lo concluyen el consentimiento y la entrega; real, porque se perfecciona con la tradición de la cosa prestada, que además trasfiere su dominio; unilateral, toda vez que solo basta que el mutuante cumpla su obligación entregando la cosa que constituye la materia del contrato; y principal, porque subsiste por sí solo.

Entonces, quien pretenda que a través de un proceso se declare la existencia de un contrato de mutuo, deberá demostrar al menos que efectivamente entregó unas sumas de dinero, con cargo a que su deudor las restituya, no necesariamente en un plazo específico, pero sí con el deber de restituirlas, y si a bien lo tuvieron las partes, deberá acreditar que se pactaron intereses y de estos el porcentaje acordado. Si la parte demandante no cumple con estas cargas, no quedarán demostrados los elementos esenciales del contrato de mutuo.

Ahora bien, uno de los temas que plantea el recurso de apelación que agitó el apoderado del demandante, tiene que ver con la falta de apreciación probatoria de las declaraciones que se practicaron como prueba anticipada, ante el Juzgado Civil Municipal de Sevilla, para ser posteriormente llevadas al Juzgado Civil del Circuito como sustento de las pretensiones de este proceso ordinario. Dichas pruebas fueron practicadas con la audiencia e intervención de la parte contraria ASOPROLECHE, sin embargo de las mismas reprochó el Juzgado la falta de ratificación de los testigos en este proceso.

Para desvirtuar el argumento relativo a la falta de ratificación de las pruebas testimoniales, debe la sala dejar en claro que el espíritu de las normas sobre pruebas anticipadas, es que no se tengan en cuenta, o solo sean tenidas como pruebas sumarias, aquellas que se han recaudado sin la anuencia o intervención de la contraparte. Pero la posibilidad de solicitar testimonios con fines judiciales, sí esta contemplada en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 12 de la ley 1395 de 2010, según el cual:

**ARTÍCULO 298. TESTIMONIO PARA FINES JUDICIALES.** Quien pretenda aducir en un proceso el testimonio de una persona podrá pedir que se le reciba declaración extraprocesal con citación de la contraparte.

Sin duda, si el objeto de la ley 1395 fue la expedición de normas sobre descongestión judicial, debe entenderse que si en la práctica de las pruebas anticipadas ha intervenido la contraparte, como aquí aconteció, no encuentra esta superioridad motivo para que se exija la ratificación de los declarantes, pues ello sería un contrasentido con los fines de la reforma al procedimiento civil. Esa es la interpretación que se debe dar al artículo 229 del estatuto adjetivo al referirse a la ratificación de los testimonios practicados conforme el 228 *idem*.

Por lo anterior, habrá lugar a apreciar las declaraciones de los deponentes, pues su práctica se produjo con citación y audiencia de la sociedad demandada, de suerte que se observó el debido proceso.

Sin embargo, lo cierto es que a pesar de la vehemencia del recurrente al insistir en la prueba testimonial, de ella en conjunto no se concluye nada en lo que tiene que ver con que la demandante haya dado en calidad de mutuo las sumas que dice, a la sociedad ASOPROLECHES.

Todos ellos, en relación con que la demandante haya entregado dineros a la sociedad demandada, no aportan dato alguno, menos aún que aquella estuviera en la obligación o se haya comprometido a restituílos. Incluso testimonios como el de HECTOR FABIO MUÑOZ BARRERA y el de DONALDO DE JESÚS ZAPATA, afirman

que a pesar que los otros asociados sí lo hacían, la demandante y su esposa no prestaron dineros a ASOPROLECHES. Otros, como EDWARD ALEXANDER COLORADO y WILLIAM ZAPATA GALLEGO, afirman que las sumas entregadas fueron solo aportes, sin mencionar nada sobre préstamos; luego, se reitera, no se establece de la forma más mínima ninguno de los elementos del contrato de mutuo.

En conclusión, de la prueba testimonial en conjunto no se extracta nada a favor de la demandante como para afirmar, que efectivamente entregó dineros a título de mutuo. Menos se establecen los demás requisitos del contrato de mutuo como la obligación del mutuario de restituirlos con otros bienes de la misma especie.

Por lo que atañe a la prueba de interrogatorio de parte que se hizo a la señora GLORIA SMITH CASTAÑEDA CAPERA como representante legal de la sociedad ASOPROLECHES, en ésta ella manifestó que los asociados LUIS GONZAGA ALZATE y CECILIA GARZÓN fueron excluidos conforme a los estatutos por incumplimiento de las obligaciones contraídas con la asociación; que los aportes de los demandantes ascienden a la suma de \$15.000.000.00, de los que \$800.000 corresponden a la construcción de la planta física, y que para el efecto también se adquirieron varios créditos con entidades como BANCOLOMBIA e INCENTIBA, y que en ellos figuran los socios como deudores solidarios. Agrega no saber cuáles de los aportes dados por los demandantes corresponden a préstamos.

Frente a dicho interrogatorio debe precisarse, que igual que los testimonios ya reseñados, no se advierte un principio de prueba que permita inferir que las sumas que entregaban LUIS GONZAGA ALZATE y CECILIA GARZÓN fueran a título de mutuo. Por el contrario, se afirma el hecho que los dineros fueron dados a título de aportes de socio, luego no se estructura nada a su favor como para que sea procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

En lo que respecta a la prueba pericial, en ella se concluyó *“que los documentos acreditados como recibos de caja ante este perito, por la empresa Asoprolech, por recaudo de dinero para el cumplimiento de sus funciones administrativas, son transacciones contables o recaudados en calidad de préstamo por las personas inculpidas, por tanto son obligaciones claras, expresas y exigibles...”*. No obstante, debe precisar la sala que dicha probanza por sí sola no demuestra que haya existido un contrato de mutuo entre las partes convocadas.

En efecto, si se habla que los dineros correspondientes a los recibos de caja fueron entregados a título de mutuo, no se precisa cuáles fueron las sumas mutuadas, cuánto prestó LUIS GONZAGA ALZATE y cuánto prestó CECILIA GARZÓN, cual es la sumatoria de esos préstamos a favor de cada cónyuge, y de dónde concluye que los dineros se entregaban bajo la condición de ser reembolsados posteriormente; esas circunstancias no permiten inferir que los dineros entregados fueron efectivamente a título de préstamo, sino más bien como aportes de socios, pues no puede dejar de tenerse en cuenta que los recibos al igual que los registros contables, daban a los dineros una destinación específica distinta a contratos de mutuo. Respecto de la falta de información suficiente del dictamen, las partes no solicitaron su aclaración o complementación para que se ampliara la información, allí contenida, luego la experticia no es lo suficientemente dicente como para soportar una sentencia condenatoria.

Finalmente y en lo que tiene que ver con los recibos de caja, adviértase que solo uno de ellos tiene la virtud de probar un préstamo realizado por la demandante a ASOPROLECHES. Nos referimos al recibo obrante a folio 24 del cuaderno de prueba común, por la suma de \$569.450.00 de fecha 27-04-2010 cuyo monto, como de él se desprende fue entregado a título de *“Préstamo a Asoproleches para pago obligación Bancolombia y Coomeva mes de abril de 2010”*.

Frente a los demás recibos allegados, todos ellos obedecen a aportes, que van desde pago de la inscripción, cuotas mensuales, pago de jornales, materiales y logo de la empresa, aportes a las obligaciones en los bancos, aportes cuota interés Donald, aportes Coomeva, pago sobregiros, banco de hielo y corte de leche; por destacar algunos, pero lo cierto es que ninguno de un total de 42 recibos, salvo el del párrafo anterior, se refieren a préstamos, solamente aportes y lo cierto es que devolución de aportes no se solicitó en la demanda.

En lo tocante a las excepciones de *“inexistencia de las obligaciones, mala fe del demandante y enriquecimiento sin causa”* que formuló la demandada fundadas en que las sumas entregadas por el actor obedecieron a aportes como socio pero no en calidad de préstamos, están llamadas a declararse probadas frente a las pretensiones, pero no frente al recibo de fecha 27-04-2010 por la suma de \$569.450.00 entregados a título de *“Préstamo a Asoproleches para pago obligación Bancolombia y Coomeva mes de abril de 2010”* dadas las razones expuestas en párrafos anteriores.

En todo caso debe dejar claro el Tribunal que en tratándose de asociaciones, fundaciones y corporaciones, al momento de su liquidación no cabe la devolución o repartición de aportes entre los socios una pagado el pasivo externo de la sociedad; el remanente debe ser destinado a quien designen los estatutos o a otra sociedad similar o en su defecto a una entidad de beneficencia, pues lo que inspira este tipo societario no es el *Animus Lucrandi* de los socios. Ello por expresa disposición del artículo 20 del Decreto 1529 de 1990 según el cual:

#### DECRETO 1529 DE 1990

Por el cual se reglamenta el reconocimiento y cancelación de personerías jurídicas de asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, en los departamentos.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Política,

(...)

**Artículo 20º.- Liquidación.** Para la liquidación se procederá así:

Quince días después de la publicación del último aviso se liquidará la entidad, pagando las obligaciones contraídas con terceros, y observando las disposiciones legales sobre prelación de créditos.

Si cumplido lo anterior queda un remanente de activo patrimonial, éste pasará a la entidad que haya escogido la Asamblea o a una similar, como figure en los estatutos.

Quando ni la Asamblea ni los estatutos hayan dispuesto sobre este aspecto, dicho remanente pasará a una entidad de beneficencia que tenga radio de acción en el respectivo municipio. (Negrillas fuera de texto)

Conclusión, se revocará la sentencia de primera instancia, para acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando que únicamente la suma de \$569.450.00, entregada por la demandante a ASOPROLECHES el 27 de abril de 2010, fue a título de préstamo. En consecuencia la demandada estará obligada a restituir la anterior suma al actor a partir de la ejecutoria de la sentencia. Esta suma generará intereses comerciales corrientes a la tasa máxima legal permitida hasta la ejecutoria de esta sentencia, y con posterioridad moratorios, pues como se precisó al comienzo de las consideraciones, es claro el ejercicio de una actividad comercial por parte de la sociedad, a pesar que esté constituida bajo la forma de una asociación “*sin ánimo de lucro*”.

**Sentencia de segunda instancia (S-2012-00016-02) del 15 de enero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: revoca la sentencia apelada.**

**PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA EN EL CASO DE LOS DEUDORES SOLIDARIOS – La interrupción de la prescripción respecto de un deudor solidario se extiende también al codeudor que ha sido notificado del mandamiento de pago por fuera del término legal.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código de Comercio, artículos 784, numeral décimo, 632, 792, 1653, 1654 y 1655; Código Civil, artículos 2536 y 2539; Código de Procedimiento Civil, artículo 90.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Para dicha tarea debe dejarse por sentado que el problema jurídico que plantea la alzada, se contrae en determinar si: 1) ¿La prescripción de la acción cambiaria debe declararse probada, cuando a pesar de haberse notificado el mandamiento de pago a un coejecutado por fuera del término de tres años desde el vencimiento del pagaré, antes y dentro del trienio se ha notificado también a otro codeudor que se encuentra en el mismo grado?

Para responder dicho cuestionamiento, debe precisarse en primer orden que la excepción de prescripción puede proponerse contra la acción cambiaria de acuerdo con lo normado en el numeral 10 del artículo 784 del Código de Comercio, y la misma se configura en tratándose de la acción directa, conforme al artículo 789 *ibidem*, si ésta no se ha ejercido transcurridos tres años a partir de la fecha señalada para el cumplimiento de las obligaciones; de modo que dicho término debe contabilizarse desde cuando la obligación se haya hecho exigible, es decir, desde

que el acreedor queda en posibilidad jurídica de exigir el pago de la prestación a cargo del obligado.

La prescripción puede interrumpirse ya natural ya civilmente. (artículos 2539 del Código Civil y 90 del Código de Procedimiento Civil); lo primero cuando el deudor reconoce la obligación expresa o tácitamente; lo segundo, con la presentación de la demanda, siempre y cuando la notificación al demandado se realice dentro del año siguiente desde la notificación del auto que libra mandamiento de pago al demandante.

Al interrumpirse la prescripción, como es sabido, el término que inicialmente transcurriera, se rehabilita, por lo que debe contabilizarse de nuevo el mismo lapso a partir de hecho generador de la interrupción. Lo anterior, por virtud de lo dispuesto en el artículo 2536 del Código Civil, según el cual *“Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término”*.

5.1. Sobre el punto, son claros los artículos 632 y 792 del Código de Comercio, los cuales enseñan que:

**Artículo 632.-** Cuando dos o más personas suscriban un título-valor, en un mismo grado, como giradores, otorgantes, aceptantes, endosantes, avalistas, se obligarán solidariamente.

**Artículo 792.-** Las causas que interrumpen la prescripción respecto de uno de los deudores cambiarios no la interrumpen respecto de los otros, salvo el caso de los signatarios en un mismo grado”. (subrayas fuera de texto).

Entonces, al provenir la promesa de pago de todos los demandados en calidad de codeudores, como ocurrió en este caso, las causas que interrumpen la prescripción respecto de uno de ellos, por sí solas se hacen extensibles a los demás signatarios, por expresa disposición del estatuto mercantil.

A fin de resolver sobre la excepción de prescripción sobre la cual descansa la alzada, procederemos en seguida a recoger las fechas más relevantes:

**A. Número de los pagarés y vencimiento:**

- Pagaré No. 76699074, vencimiento el 17 de octubre de 2007.
- Pagaré No. 5466514, vencimiento el 31 de enero de 2008.
- Pagaré No. 5466515, vencimiento el 03 de marzo de 2008.

**B. Presentación de la demanda: 07 de noviembre de 2008 (folio 17)**

**C. Notificación por estado al demandante del auto que libró mandamiento de pago: 28 de noviembre de 2008.**

**D. Notificación por aviso a las demandadas LUZ STELLA CÁRDENAS ÁNGEL, LEONOR JIMÉNEZ DE MAZUERA y MAZUERA CÁRDENAS & CÍA S. EN C.: 29 de mayo de 2009**

**E. Notificación al curador Ad litem de los demandados: 11 de febrero de 2011**

Comparadas las anteriores fechas, no le queda duda a esta Sala de Decisión que la sentencia de primera instancia está llamada a ser revocada, pues como atinadamente lo alegó el recurrente en su alzada, la misma en sus consideraciones echó de menos que habiéndose notificado por aviso a las deudoras LUZ STELLA CÁRDENAS ÁNGEL, LEONOR JIMÉNEZ DE MAZUERA y MAZUERA CÁRDENAS & CÍA S. EN C. el 29 de mayo de 2009, el término prescriptivo se interrumpió para todos los deudores con la mera presentación de la demanda el día 07 de noviembre de 2008, en tanto el enteramiento ocurrió dentro del año siguiente desde la notificación del mandamiento de pago, luego la interrupción afectó el trienio de la prescripción, incluso para el título más antiguo, exigible desde el 17 de octubre de 2007.

Adicionalmente, si desde la primera interrupción el término se volvió a contar desde cero, para interrumpirse definitivamente el 11 de febrero de 2011 cuando se notificó al *curador ad litem*, tampoco ocurrió el fenómeno de la prescripción toda vez que la segunda notificación se produjo antes de cumplirse 3 años desde la primera interrupción, luego no podía declararse probada la prescripción en perjuicio de ninguno de los títulos valores.

Ese potísimo yerro, por sí solo, justifica la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en cuanto declaró probada la excepción de prescripción frente a los pagarés Nos. 76699074 y 5466514, exigibles desde el 17 de octubre de 2007 y 31 de enero de 2008, respectivamente.

Dejado en claro lo anterior, solo le resta al Tribunal hacer unas precisiones frente a la imputación de los pagos derivados de la excepción de pago parcial, que habrá de disponerse como consecuencia de la revocatoria de la prescripción frente a los pagarés mencionados en el párrafo anterior.

En efecto, debe destacar el Tribunal que para hablar de un pago total o parcial, con el objeto de impedir en todo o en parte las pretensiones ejecutivas, éste tuvo que haberse realizado con anterioridad a la presentación del libelo, pues a través de éste pago deben contrarrestarse los hechos que se invocan en la demanda, y variarse el quantum de las pretensiones de la acción. Por ello las cancelaciones parciales de dinero, posteriores a la instauración del libelo incoatorio, se constituyen en meros abonos, y no en hechos impeditivos de las aspiraciones del actor, que en nada modifican las súplicas de la demanda, ni eximen al demandado de pagar las costas procesales.

En el asunto *sub exámine*, no llama a duda que los tres pagarés demandados eran exigibles los días 17 de octubre de 2007, 31 de enero de 2008 y 03 de marzo de 2008. Además, es punto pacífico dentro de la litis, como lo relacionó la misma parte actora en el hecho 4° del libelo, que los demandados hicieron pagos parciales antes de la presentación de la demanda. Después de iniciado el proceso, también se hicieron otros abonos, como se desprende de memorial obrante a folio 42 y de las manifestaciones efectuadas por el abogado demandante al descorrer el traslado de las excepciones. (Folio 146)

En consecuencia, la pregunta que surge es cómo ordenar la imputación de esos pagos, si se tiene en cuenta que eran tres las obligaciones exigibles a los deudores

y ni el acreedor, ni los deudores hicieron manifestación al respecto. En principio la respuesta estaría en los artículos que se ocupan sobre el tema en el Código Civil, sin embargo, el mismo no regula una situación similar a la que aquí nos ocupa. Veamos la norma:

**ARTICULO 1654. <IMPUTACION DEL PAGO DE VARIAS DEUDAS>. Si hay diferentes deudas, puede el deudor imputar el pago a la que elija; pero sin el consentimiento del acreedor no podrá preferir la deuda no devengada a la que lo está; y si el deudor no imputa el pago de ninguna en particular, el acreedor podrá hacer la imputación en la carta de pago; y si el deudor lo acepta, no le será lícito reclamar después. (negrillas de la Sala)**

**ARTICULO 1655. <IMPUTACION DEL PAGO A LA DEUDA DEVENGADA>. Si ninguna de las partes ha imputado el pago, se preferirá la deuda que al tiempo del pago estaba devengada a la que no lo estaba; y no habiendo diferencia bajo este respecto, la deuda que el deudor eligiere.**

Dichas normas no se refieren al evento en que hayan varias deudas, todas exigibles, y tanto el acreedor como el deudor, han omitido hacer la imputación a los pagos, por lo tanto deberá esta sala de decisión, como operador judicial ocuparse de esa tarea, para lo cual acudirá a los principios generales del derecho.

Al efecto, nos da luces suficientes el principio de *Prior in tempore, potior in iure*, (primero en el tiempo, primero en el derecho) y que hace referencia al Principio de Prioridad o Preferencia. Ello por cuanto, si son tres deudas exigibles y los abonos son posteriores a su vencimiento, sin que las partes hayan acordado el tema de la imputación, se preferirá la causada con mas antigüedad, es decir, se ordenará imputar los pagos parciales y los abonos primero al pagaré No. 76699074 y así sucesivamente.

Total que habrá lugar a revocar los numerales 1°, 2° y 3° de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar probada la excepción de pago parcial con fundamento en lo manifestado por la parte demandante en el hecho 4° de la demanda. Los pagos que se desprenden del memorial obrante a folio 42 y de las manifestaciones efectuadas por el abogado demandante al descorrer el traslado de las excepciones (Folio 146), se ordenará tenerlos como meros abonos por ser posteriores a la presentación de la demanda. Todos ellos se imputarán en primer lugar al pagaré No. 76699074, en los términos del artículo 1653 del Código Civil.

**Sentencia de segunda instancia (S-2008-075-03) del 17 de enero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: revoca los numerales primero, segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada y declara probada la excepción de pago parcial.**

**DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS QUE PADECEN ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS – Si el tratamiento fue autorizado en una ciudad diferente a su domicilio, los gastos de transporte y alojamiento, así como los de su acompañante, corresponden, sin posibilidad de recobro ante el Fosyga, a la respectiva EPS.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Acuerdo 029 de 2011, artículos 33 y 34.

**CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-326 de 2010 y T-206 de 2013.

**TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...) El problema jurídico a resolver se centra en ¿determinar si es procedente a través de fallo de tutela autorizar el cubrimiento de los gastos del servicio de transporte y alojamiento o estadía de una persona que padece una enfermedad catastrófica así como de su acompañante cuando el tratamiento requerido fue autorizado en una ciudad diferente a la de su domicilio? y ¿si a la entidad prestadora de salud le asiste la facultad de recobro ante el FOSYGA por estos emolumentos?

(...) Así las cosas, conforme con el citado precepto jurisprudencial, es claro para esta corporación que es deber de las Entidades prestadoras de salud garantizar a los pacientes con Cáncer, todos los procedimientos y medicamentos POS y no POS, y velar porque las Entidades Promotoras de Salud emitan las autorizaciones y cumplan con la continuidad en el tratamiento, el cual no puede verse interrumpido por cuestiones administrativas, pues, es deber y obligación de dichas entidades brindar una adecuada asistencia a su afiliado con mayor razón cuando padece una enfermedad catastrófica.

Ahora bien, en cuanto al suministro de transporte, ha de acotar la Sala que de conformidad con lo establecido en los artículos 33 y 34 del Acuerdo 029 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud, dicho servicio o traslado de pacientes se encuentra incluido en el POS., y POS-S.

(...) De acuerdo con el citado precedente jurisprudencial, se concluye que cuando deba prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente, y éste ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS., que pague los costos pertinentes, de tal manera que por vía de tutela se puede impartir, de acuerdo con el material probatorio existente en el expediente, la orden a la empresa prestadora del servicio de salud para que cubra el transporte, alojamiento y manutención especial del afiliado y su acompañante cuando el paciente lo requiera, de forma que pueda recibir oportunamente los servicios médicos asistenciales que sólo le puedan ser prestados fuera de su sede.

Concretamente, frente a la prueba de la falta de capacidad económica por parte del usuario o de su familia para asumir los servicios médicos, la Corte Constitucional ha acogido el principio general establecido en nuestra legislación procesal civil, referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba, por ello la citada corporación ha entendido que, el no contar con la capacidad económica, es una negación indefinida que no requiere ser probada, y por ende, invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá demostrar lo contrario.

En el presente asunto y como anteriormente se ha anotado, se trata de un paciente con cáncer de estómago, que está al cuidado de su cónyuge, y que los ingresos de su hogar solo son los que devenga por la pensión de invalidez, situación que en principio haría pensar, que por lo menos está en capacidad de asumir el transporte, sin embargo, no debe perderse de vista, que el costo de vida aumenta cada día más y por ello es innegable, que dicha familia (accionante-cónyuge e hija) igualmente deba sufragar gastos por otras obligaciones como servicios públicos, alimentación, vestuario, entre otros, circunstancias que impiden que cuenten con la capacidad económica para trasladarse fuera del municipio de Tuluá (V) en las ocasiones que el paciente requiera tratamiento o controles médicos en otras localidades.

En tal virtud y por considerarse que el accionante ni sus familiares cercanos cuentan con los recursos económicos para sufragar los gastos requeridos de manera particular, que el tratamiento médico ordenado es indispensable para garantizar la salud del paciente, y de no efectuarse el traslado desde su sitio de residencia a una localidad fuera del municipio de Tuluá para la práctica del tratamiento se compromete gravemente su estado de salud, dicha situación es suficiente para disponer que a la accionada NUEVA EPS S.A., le asiste la obligación de autorizar el cubrimiento de los gastos de transporte y alojamiento o estadía para el accionante y su acompañante como lo ordenó la falladora de primera instancia.

Así las cosas, los gastos en que incurra el usuario y su acompañante cada vez que deban efectuar desplazamientos teniendo a recibir servicios médicos, deben ser asumidos por la EPS accionada a efectos de garantizar los derechos fundamentales del paciente en comento, máxime cuando de conformidad con el anterior precepto legal y jurisprudencial es claro que el servicio de transporte se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud tanto del régimen contributivo como en el subsidiado, de tal manera, que en aquellas ocasiones en que deba ser trasladado EDELBERTO MUÑOZ, por estar incluido tal servicio dentro del POS., es apenas obvio que le corresponde asumirlo a la NUEVA EPS., sin derecho a recobro alguno, pues, es deber y obligación de la entidad prestadora de salud brindar una adecuada asistencia a su afiliado conforme a las normas que rigen la materia.

En este orden de ideas, se confirmará la sentencia de primera instancia proferida el 13 de Noviembre de 2013, por el JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DE TULUA (VALLE), materia de impugnación.

**Sentencia de tutela de segunda instancia (T-008-14) del 20 de enero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: confirma la sentencia impugnada.**

**DERECHO AL TRABAJO EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS - No hay vulneración del mismo cuando se produce un cambio en la labor para redimir la pena.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 65 de 1993, artículo 79; Acuerdo 0011 de 1995 (Inpec) y Resolución 00016 del 13 de junio de 2012 (Inpec).

### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-009 de 1993 y T-266 de 2013; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, sentencia de tutela 065 de 2013, con ponencia de la magistrada Bárbara Liliana Talero Ortiz.

### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Aunque la solicitud de amparo y el desarrollo de la providencia de primera instancia se apuntaló a verificar si existió la trasgresión del derecho fundamental de petición para esta Sala de decisión es claro que la discusión se circunscribe a determinar ¿si en este caso se encuentran vulnerados o amenazados los derechos fundamentales del accionante por el cambio en la labor asignada para redimir pena dentro del establecimiento carcelario?

Para resolver, habrá de acotarse que Sobre el particular esta misma Sala en oportunidad anterior explicó:

Que el trabajo en los establecimientos carcelarios es un instrumento resocializador del individuo autor de un delito y constituye un mecanismo tendiente a lograr la paz; es decir, tiene una doble función, pues no solo permite que el preso pueda rehabilitarse por medio del ejercicio de una actividad económicamente productiva, sino inclusive sirve para impedir que el infractor de la ley pueda incurrir en nuevos hechos punibles o, en todo caso, en conductas que, al menos durante el tiempo de reclusión, conlleven al ocio y la vagancia que tantos males originan en la vida carcelaria.

Dentro del difícil y hasta traumático medio de vida de las cárceles, el trabajo se convierte en una necesaria oportunidad para alcanzar la libertad, es por ello que muchos internos realizan un esfuerzo encomiable para desarrollar una labor productiva, motivada principalmente hacia el objetivo de lograr la reducción de la pena.

La legislación nacional se ha ocupado de regular el tema en comento, es así como la ley 65 de 1.993 en sus artículos 79, 81, 82, 96, 97, 98, 100, 101 y 102, ha reconocido la obligatoriedad del trabajo en los establecimientos carcelarios, su evaluación y certificación, como lo indica el canon 81 ibídem *“para efectos de evaluación del trabajo en cada centro de reclusión habrá una junta, bajo la responsabilidad del Subdirector o del funcionario que designe el director. El director del establecimiento certificará las jornadas de trabajo de acuerdo con los reglamentos y el sistema de control de asistencia y rendimiento de labores, que se establezcan al respecto”*.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el trabajo no solamente es resocializador sino también obligatorio para los internos condenados al tenor de lo estatuido en el artículo 79 de la ley 65 de 1.993, el cual debe ser organizado atendiendo las aptitudes y capacidades de los internos, considera ésta Corporación que en el *sub examine* no se están vulnerando los derechos fundamentales de ARNOBIO CELIX GUARAÑITA por parte del ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE PALMIRA (VALLE) ni la JUNTA DE EVALUACION DE TRABAJO, ESTUDIO Y

**ENSEÑANZA**, en primer lugar porque si bien es cierto al momento de interponer la acción constitucional no se había dado respuesta clara, concreta y congruente al pedimento del actor, también lo es que dentro del trámite de primera instancia se verificó la contestación y notificación de la misma al condenado; y respecto al cambio de labor, ella obedeció al acatamiento de la resolución No. 00016 del 13 de junio de 2.012, donde se establece el tiempo de duración máxima en el área solicitada por el accionante, medida que permite dar a todos los internos las mismas posibilidades de redención, cuya facultad de asignación corresponde a la JUNTA DE EVALUACION DE TRABAJO, ESTUDIO Y ENSEÑANZA.

Por tanto, el cambio en la trabajo asignado no transgrede los derechos fundamentales del accionante porque el cumplimiento del parámetro aplicado en la normativa reseñada deriva del principio constitucional de la igualdad, y en consecuencia se adoptó una medida proporcional y razonable para garantizar el acceso de todos los reclusos a los programas existentes. Por el contrario, entregar a un solo recluso tal beneficio como lo peticiona el accionante constituiría un trato discriminatorio frente a las demás personas privadas de la libertad, contraviniendo los mandatos de la Carta Política. A lo que se suma que el accionante inmediatamente fue reubicado al área de maderas, actividad que le permite redimir la pena.

En este orden de ideas, se confirmará la sentencia de primea instancia proferida el 15 de Noviembre de 2.013, por el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE PALMIRA (VALLE), materia de impugnación pero por las razones aquí aducidas.

Sentencia de tutela de segunda instancia (T-009-14) del 22 de enero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: confirma la sentencia impugnada.

#### **SALA PENAL:**

**OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR** - Quien firma las declaraciones tributarias de una persona jurídica como la una unión temporal, aunque no sea su gerente ni administradora, adquiere la condición de agente recaudador.

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículos 123, 95, numeral noveno y 189, numeral 20; Estatuto Tributario, artículos 1, 3, 368, 375, 376, 437, literal a), 572, 603 y 665; Código Penal, artículos 29, inciso segundo, 82 y 402.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias C-009 de 2003, C-285 de 1996 y C-1144 de 2000.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...)Descendiendo los señalados postulados a la caso objeto de análisis se observa a foliatura que la acusada DIANA MARCELA VILLADA SERNA, presentó y firmó las declaraciones tributarias de los periodos gravables 10 y 11 de 2004 por un valor de

**\$12.754.000, contribuyente que declaró en representación de la entidad FERIA DE CARTAGO U.T., lo que permite establecer que a pesar de no ostentar la calidad de gerente o administradora de la señalada entidad, al suscribir el denunciario rentístico, de forma tacita adquirió la calidad de agente recaudador y por consiguiente la obligación de consignar las sumas declaradas y no canceladas ante la DIAN.**

**Si bien es cierto las Uniones Temporales desde el campo civil y mercantil, no son sujetos de obligaciones contractuales derivadas de su objeto social, dado que la responsabilidad recae sobre las entidades que las conforman, en materia de responsabilidad penal, como en el presente caso la autoría o participación incide “quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación natural se detente y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.”.**

**De ahí que al suscribir y elaborar la acusada DIANA MERCELA VILLADA SERNA, las declaraciones tributarias por concepto de retención en la fuente de los periodos 10 y 11 de 2004 en representación de la entidad FERIA DE CARTAGO UT. Con NIT 836000810, cuando aquella ostenta el cargo de directora ejecutiva, sin que dicha labor hubiera sido delegada en el contrato de unión temporal “FERIA DE CARTAGO”, suscrito por los representantes legales de las entidades OCE S.A. y Corporación de Fiestas Aniversarias, Exposiciones, Espectáculos y Eventos de Cartago, como el representante legal de la señala Unión Temporal, creó para el fisco esa responsabilidad en cabeza de la referida recaudadora, tal y como se puede evidenciar en el registro Único Tributario RUT (visible a folio 312 cuaderno 2).**

**Ahora, si no era VILLADA SERNA, la que percibía los dineros por concepto de impuestos, si no los representantes legales de las entidades OCE S.A. y Corporación de Fiestas Aniversarias, Exposiciones, Espectáculos y Eventos de Cartago que conforman la UNIÓN TEMPORAL FERIA DE CARTAGO, porque razón, declara una retención para los periodos 10 y 11 de 2004, por un valor total de \$12.754.000 a nombre de la UNIÓN TEMPORAL FERIA DE CARTAGO, si ese señalado rubro no era percibido por ella, incluso firmada por el mismo contador o revisor fiscal.**

**Lo anterior permite establecer que efectivamente lo declarado en el formato mensual de retención en la fuente para los periodos 10 y 11 de 2004, ante la DIAN y no cancelados por parte de DIANA MARCELA VILLADA SERNA, como responsable de la entidad recaudadora UNIÓN TEMPORAL FERIA DE CARTAGO, fue percibido por la acusada en representación de la señalada entidad, lo que es indicativo de su responsabilidad penal, ante el no pago de los dineros recaudadas por concepto de impuesto de retención en la fuente en la oportunidad señalada para su cancelación.**

**Además de lo anterior, se hace importante anotar, que el mismo párrafo del artículo 402 del Código Penal señala que: - *El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación, o cesación de***

*procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar-, coligiéndose a partir de la anterior premisa normativa, que a pesar de haber existido la posibilidad que una vez iniciada la acción penal esta se extinguiera en los términos del artículo 82 del Código Penal, ante la efectiva cancelación o compensación de los dineros retenidos por concepto de retención en la fuente el contribuyente hizo caso omiso a esta oportunidad procesal.*

Sin que se consideren necesarias otras consideraciones, se revocará íntegramente la decisión objeto del presente recurso de apelación, tal como se dejará consignado en la parte resolutive de este proveído.

**Sentencia de segunda instancia (P-077-3) del 2 de diciembre de 2013, con ponencia del Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: revoca la sentencia absolutoria.**

*Dr. Marceliano Chávez Ávila  
Presidente Tribunal*

*Dr. Jaime Humberto Moreno Acero  
Vicepresidente Tribunal*

*Edwin Fabián García Murillo  
Relator Tribunal*

#### **ADVERTENCIA 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](mailto:relatoriabuga@hotmail.com), [relatoriabuga@gmail.com](mailto:relatoriabuga@gmail.com), o [egarciam@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:egarciam@cendoj.ramajudicial.gov.co).

