

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO – TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA
BOLETÍN DE RELATORÍA- FEBRERO DE 2012**

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:

ACCIÓN DE TUTELA – No procede para levantar la medida de cancelación de registros obtenidos fraudulentamente. **Página 71.**

ACCIÓN PARA LA DECLARACIÓN DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO – Por su naturaleza, a diferencia de la acción para la declaración de la sociedad patrimonial y su disolución, no está sujeta a término de prescripción. **Página 45.**

AUTO QUE APRUEBA LA ADICIÓN DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN – No es apelable. **Página 78.**

BAÑOS EN LAS PARROQUIAS – Si en ellos está garantizado el acceso a las personas discapacitadas, la inobservancia parcial de una norma técnica en su construcción no constituye, por sí, vulneración a los derechos colectivos.

COAUTORÍA – El acuerdo de voluntades puede ser expreso o tácito y previo o concurrente a la comisión del hecho. **Página 24.**

COMPAÑÍAS ASEGURADORAS – No responden por los perjuicios morales cuando tal cobertura ha sido excluida en la póliza. **Página 52.**

COMPENSACIÓN POR MUERTE – La afectación de los derechos fundamentales de un menor de edad hace procedente la tutela para ordenar su pago. **Página 21.**

CESIÓN DE DERECHOS LITIGIOSOS – Si existe sentencia ejecutoriada los derechos controvertidos en el proceso dejan de ser inciertos. **Página 8.**

CONDICIÓN DE TRABAJADOR AFORADO – No se pierde por el hecho de pertenecer, al momento de la terminación del contrato, a una planta de cargos transitoria. **Página 55.**

CONSTREÑIMIENTO ILEGAL – En esta conducta, a diferencia de la extorsión, no se persigue finalidad económica. **Página 74.**

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Deben celebrarse por el término estrictamente indispensable y no prolongarse en el tiempo. **Página 57.**

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Se justifican cuando la actividad contratada no pueda realizarse con personal de planta o requiera de conocimientos especiales. **Página 57.**

DEBIDO PROCESO EN RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO – Si el demandado niega haber suscrito el respectivo contrato, es deber del juez escucharlo aunque no haya consignado el valor de los cánones adeudados. **Página 3.**

DECLARACIÓN DE PERTENENCIA – No es posible respecto de una cuota parte o derechos indivisos sobre el bien común. **Página 25.**

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD – El no solicitar el traslado del grupo familiar no está previsto legalmente como motivo para coartar tal facultad. **Página 49.**

DERECHO A LA SALUD – Libre escogencia de la entidad promotora de salud. **Página 49.**

EXTORSION – Protege, de manera primordial, el bien jurídico del patrimonio económico. **Página 74.**

EXTORSION – **Si el comportamiento del sujeto activo no logra doblegar la voluntad de la víctima y esta decide acudir a la autoridad, el delito queda en la fase de tentativa. Página 74.**

FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN – Puede ser adicionada por la Fiscalía. **Página 78.**

INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA – No es posible valerse de ella para alterar una pretensión que ha sido expresada de manera clara. **Página 52.**

INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA – Para inferir la pretensión de pertenencia sobre la totalidad del bien y no sobre la cuota parte o derecho indiviso. **Página 25.**

JUEZ ORDINARIO – A él, y no al juez de tutela, corresponde determinar el alcance de las normas legales. **Página 8.**

JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA – A ella, y no a la jurisdicción civil, incumbe el conocimiento de las controversias contractuales en las que son parte las empresas de servicios públicos domiciliarios con capital público superior al cincuenta por ciento. **Página 42.**

NULIDAD POR DEFICIENTE DE DEFENSA TÉCNICA – Es necesario señalar, de manera clara y precisa, los efectos favorables o contrarios de una estrategia defensiva diferente.

NULIDAD POR OMITIR LOS TÉRMINOS U OPORTUNIDADES PARA PEDIR O PRÁCTICAR PRUEBAS - No es motivo para su declaración el cerrar el período probatorio, cuya ampliación no se solicitó, sin señalar nueva fecha para concluir diligencia de inspección judicial suspendida.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – Distribución proporcional entre el cónyuge y la compañera permanente en los casos de convivencia simultánea.

PERMISO DE 72 HORAS Y PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD PENAL - En aquellos delitos incluidos en las prohibiciones del artículo 11 de la Ley 733 de 2002.

PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE TRANSPORTE – No está llamada a prosperar cuando la responsabilidad reclamada por los herederos del pasajero fallecido es de naturaleza extracontractual. **Página 52.**

PROCESO DE RESTITUCIÓN DE BIEN AGRARIO – Su competencia, antes de la expedición de la Ley 1395 de 2010, so pena de nulidad insanable, correspondía a los jueces civiles del circuito. **Página 8.**

PROMESA DE VENTA DE UN BIEN EMBARGADO – Tal circunstancia no genera, por sí misma, la nulidad absoluta por objeto ilícito.

RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL A TRABAJADOR AFORADO – No exime al empleador en la obligación de solicitar el permiso para el levantamiento del fuero sindical. **Página 55.**

RESOLUCIÓN DE PROMESA DE COMPRAVENTA - También puede promoverla, cuando ya ha sido víctima del incumplimiento, el demandante que no cumplió ni se allanó a cumplir.

SANCIONES MORATORIAS POR EL NO PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES Y LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTIAS – Se imponen al ser evidente la existencia de la relación laboral y el propósito de burlar los derechos ciertos e irrenunciables del trabajador. **Página 57.**

SEPARACIÓN DE CUERPOS - No se reduce a la falta de comunidad sexual entre los consortes o a otro tipo de incumplimiento de deberes conyugales.

SUMA DE POSESIONES – La prueba de la transmisión de los derechos derivados de la posesión no exige escritura pública. **Página 25.**

REINTEGRO POR DESPIDO INJUSTIFICADO – En la actualidad sólo beneficia a los servidores que tuviesen, a 1 de enero de 1991, diez o más años al servicio continuo del empleador.

TESTIMONIOS SOSPECHOSOS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA – No pueden ser analizados con el mismo criterio que en otro tipo de litigios.

UNIÓN MARITAL DE HECHO – La permanencia que la distingue no se rompe por las separaciones transitorias o los alejamientos temporales entre los compañeros. **Página 45.**

VÍA DE HECHO POR DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO – Al dictar sentencia sin tramitar la contestación de la demanda y sin pronunciarse expresamente sobre las pruebas pedidas.

VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO – No puede reclamarla quien no tiene la calidad de parte o de tercero en el juicio. **Página 8.**

SALA CIVIL-FAMILIA:

DEBIDO PROCESO EN RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO – Si el demandado niega haber suscrito el respectivo contrato, es deber del juez escucharlo aunque no haya consignado el valor de los cánones adeudados.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículo 424, numerales 2º y 3º.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-150 de 2007, T-766 de 2008, T-619 de 2009 y T-808 de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Según el libelo genitor y el de impugnación, reprocha el quejoso que al interior del proceso de restitución de bien inmueble arrendado, la juez accionada no haya acatado el precedente jurisprudencial que les reconoce a los arrendatarios su derecho de defensa en esos juicios por falta de pago en

el respectivo canon, teniendo en cuenta que él no suscribió el contrato de arrendamiento, esa es la razón que esgrime para que se inaplique los num. 2º y 3º del párrafo segundo del art. 424 del C. de P.C., a fin de ser escuchado y de esa manera contestar la demanda promovida en su contra.

(...)Pues bien, de los pronunciamientos aquí esbozados se deduce que la inaplicación de los ya citados numerales del art. 424 del C. de P. C. a efectos de ser oído el demandado dentro del proceso de restitución de bien arrendado, presupone de entrada cuestionar la existencia física o jurídica que arrojen la existencia real del convenio, es decir, del contrato mismo de arrendamiento, que constituye la prueba válida para poder limitar el derecho de defensa del extremo pasivo en esta clase de asuntos.

La inaplicación de los numerales 2º y 3º del párrafo segundo del art. 424 del Código de Procedimiento Civil por razón de justicia, procede no frente a cualquier reparo del extremo demandado con relación al contrato de arrendamiento, sino de cara a alegaciones o elementos de evidencia que discutan de una manera seria y contundente la existencia física o jurídica del contrato, o sus elementos fundamentales de validez, de tal suerte que arrojen a *priori* protuberantes o insalvables dudas que pudieren desdibujar la legitimación en la causa y llevar al traste el juicio de restitución.

Volviendo la mirada a las presentes diligencias, se observa que el señor HERNANDO TORRES ECHEVERRY promovió proceso abreviado de restitución de bien inmueble arrendado contra el aquí accionante y su hijo –coarrendatarios-, demanda que se agitó por mora en el pago de los cánones desde el año 2006 hasta la anualidad pasada. Previo al trámite de rigor y la presentación de la réplica y las correspondientes excepciones de mérito del aquí actor, la juez accionada mediante auto del 26 de octubre retropróximo, resolvió no escucharlo hasta tanto consignara el valor de los cánones de arrendamiento debidos, de conformidad con el precepto tantas veces citado –F. 53-. Esta determinación constituye el blanco del ataque en sede constitucional, en donde se implora la inaplicación del susodicho articulado y consecuentemente tramitarse la contestación de la demanda y las excepciones invocadas.

Considera la Sala que descaminó la juez *a quo* en cuanto, I) es irrelevante cuando se alega la violación del debido proceso, que no se esté de cara un perjuicio irremediable o que el accionante no tenga afectado su mínimo vital, puesto que lo que en esa eventualidad importa es establecer si hay o hubo mecanismos endoprosesales para corregir los desbarros atribuidos a un operador judicial y ver si se supera el test de subsidiariedad; II) Cuando se plantea vulneración del debido proceso, en cualquiera de sus matices, el asunto cobra trascendencia constitucional, puesto que el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, por expresa disposición del Constituyente quedó incorporado en el título II, capítulo 1 que trata “*De los derechos fundamentales*”, luego entonces, resulta abiertamente irrazonable sostener, a contrapelo de tan explícita disposición constitucional, que la cuestión planteada no es relevante constitucionalmente, cuando está en

juego precisamente el acceso a la justicia y los derechos de defensa y contradicción del quejoso, todos alusivos al debido proceso; y III) Los cuestionamientos planteados por el señor HILDAGO BERMUDEZ al juez natural del juicio de restitución, en sentir de la Sala ponen en tela de juicio su participación como extremo sustancial en el contrato de arrendamiento exhibido como base de ese juicio.

No es de poca monta, insignificante o inane, que un sedicente coarrendatario demandado en un proceso de restitución, comparezca al mismo y alegue nada menos que, la firma plasmada en el contrato de arrendamiento fuente de ese juicio y el que sustenta la legitimación en la causa por pasiva, no es la suya, como tampoco el número de cédula que allí se apuntó, solicitando la práctica de pruebas, entre otras, grafológica, para determinar esa situación y además, formulando la correspondiente denuncia criminal ante la Fiscalía General de la Nación, por falsedad documental y fraude procesal.

Una intervención de esa naturaleza no puede pasar inadvertida para un juez de la república, socapa de la aplicación literal de una disposición legal, sin pararse mientes en el amplio desarrollo jurisprudencial que la misma ha tenido en la Corte Constitucional, basado en aceros principios de equidad y justicia.

Desde esta mirada, no hay duda que la Juez cuestionada en tutela incurrió en desvarío constitucional, en tipo de defecto procedimental y desconocimiento del precedente, por cuanto contrarió el orden legal y constitucional en el juzgamiento del caso y vedó de esa manera el acceso a la justicia y los derechos de defensa y contradicción del quejoso.

Para la Sala es más grave correr el riesgo de tener vinculado a un proceso y sus resultas a una sujeto que no está legitimado para soportar semejante fardo –en este caso incluso a pagar sumas de dinero que no debe-, lo cual constituiría –de resulta ciertas las afirmaciones del accionante- mayúscula iniquidad, que extender un poco el proceso a través del trámite de unas excepciones de mérito, que por cierto, dado el alegato presentado, no impone mayor despliegue probático.

En todo caso, el accionante HIDALGO BERMUDEZ es responsable y tendrá que salir a sustentar sus afirmaciones, no solo en el proceso de restitución, sino en el que inició ante la justicia penal, y atenerse a las consecuencias, si sus aseveraciones fueren falsas o infundadas.

Así las cosas, la sentencia de primer grado debe ser infirmada.

Sentencia de tutela de 2ª instancia (2011-00199-01) del 27 de enero de 2012, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García. Decisión: revoca la sentencia impugnada y tutela el derecho al debido proceso.

VÍA DE HECHO POR DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO – Al dictar sentencia sin tramitar la contestación de la demanda y sin pronunciarse expresamente sobre las pruebas pedidas.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-543 de 19923, C-590 de 2005, T-996 de 2003, T-102 de 2006 y T-737 de 2007.

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 del funcionario accionado haber proferido sentencia sin que previamente hubiese decretado y practicado las pruebas incoadas en la contestación de la demanda.

Luego corresponde a la Sala dilucidar ¿si al haberse proferido sentencia dentro del proceso de restitución de inmueble arrendado adelantado en contra del accionante se incurrió en una vía de hecho al no haberse dado trámite a la contestación de la demanda y no existir pronunciamiento expreso sobre las pruebas pedidas?

(...)De conformidad con las consideraciones precedentes, lo esencial para determinar la procedencia de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales, es la concurrencia de tres elementos: (i) el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad, (ii) la existencia de alguna o algunas de las causales establecidas por la Corte Constitucional para hacer procedente el amparo como tal y, (iii) el requisito sine qua non, consistente en la necesidad de intervención del juez de tutela, para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental.

A consideración de la Sala, en el presente caso, según se aprecia de la copia del expediente ejecutivo con radicación 76-111-400-30-03-2010-00332-00 que hace parte del encuadernamiento y que fuera aportado con el escrito introductorio de esta actuación, se encuentran satisfechas las causales genéricas de procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales, esto es, la subsidiaridad e inmediatez, al tratarse el asunto de un proceso de mínima cuantía donde no es procesalmente viable la interposición del recurso de apelación; y entre la fecha de la decisión cuestionada (octubre 13 de 2011) con relación a la cual se presentó la acción de tutela (noviembre 18 de 2011) transcurrió un término prudencial, es decir, menos de un (1) mes.

Ahora, más que un defecto fáctico, la Sala evidencia que lo ocurrido en el *sub examine* es una irregularidad procesal porque sólo basta con revisar la

actuación aportada con el escrito de tutela para darse cuenta que una vez notificado el demandado HERNANDO ENRIQUE CAMPO VERGARA (aquí accionante) del auto admisorio del proceso, dicho extremo procesal a través de apoderada judicial constituida para el efecto, contestó la demanda, propuso excepciones de mérito y pidió la práctica de pruebas, ordenándose por el despacho accionado glosar dicho escrito al encuadernamiento e indicó que le daría *“trámite en su momento procesal oportuno”*, tal y como se extracta del numeral tercero de la parte resolutive del auto calendarado mayo 16 de 2.011, en otra palabras, la JUEZA TERCERA CIVIL MUNICIPAL DE BUGA (VALLE) aceptó dar trámite a la defensa presentada en dicho escrito.

En consecuencia, conforme con su propia disposición procedía el trámite de las excepciones alegadas, si a ello hubiere lugar, el pronunciamiento sobre las pruebas, las alegaciones finales, para luego si emitir la respectiva sentencia que concluyera con el asunto, tal y como lo establece el numeral artículo 424 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, revisada la actuación materia de estudio es evidente el error procesal cometido por el Juzgado accionado, pues nótese, que sin que mediar auto que hubiera resuelto sobre dicho trámite y menos sobre las pruebas peticionadas, entró a dictar sentencia en la que tampoco se pronunció sobre las defensas de fondo incoadas por el demandado HERNANDO ENRIQUE CAMPO VERGARA (aquí accionante), actuar que a consideración de la Sala es violatorio del debido proceso, derecho de defensa y contradicción, con mayor razón cuando no existe auto en el que se le indicara que dicho demandado no sería escuchado y fuera esta la razón por la que no atendía sus petitorias, decisión ésta que en todo caso también debía ofrecer la oportunidad de controversia.

Es más, como se anotó anteriormente, el citado Juzgado en el numeral tercero de la parte resolutive del interlocutorio adiado mayo 16 de 2.011 señaló expresamente que *“en su momento procesal oportuno”* daría trámite al escrito de contestación y excepciones de mérito propuestas por la abogada de CAMPO VERGARA, decisión que dicho sea de paso, se encuentra en firme pero que en modo alguno fue acatada por la misma autoridad judicial.

Sobre el punto cabe precisar que la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha definido el defecto procedimental absoluto, como aquella situación en la cual el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido en el trámite de un asunto específico, circunstancia que se presenta cuando: (i) el funcionario sigue un trámite por completo ajeno al pertinente desvía el cauce del asunto, o cuando (ii) el funcionario pretermite etapas sustanciales del procedimiento legalmente establecido, siendo el primero de los eventos lo acontecido en el *sub examine*, pues como anteriormente se acotó, no era viable que se entrara a

dictar sentencia hasta tanto no se resolviera sobre las excepciones propuestas y la solicitud de pruebas.

Así las cosas, verificada la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de HERNANDO ENRIQUE CAMPO VERGARA, esta instancia revocará el fallo materia de impugnación para en su lugar tutelar tal prerrogativa.

Sentencia de tutela de 2ª instancia (2011-00136-01) del 01 de febrero de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca la sentencia impugnada y protege el derecho al debido proceso.

VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO – No puede reclamarla quien no tiene la calidad de parte o de tercero en el juicio/CESIÓN DE DERECHOS LITIGIOSOS – Si existe sentencia ejecutoriada los derechos controvertidos en el proceso dejan de ser inciertos/JUEZ ORDINARIO – A él, y no al juez de tutela, corresponde determinar el alcance de las normas legales/PROCESO DE RESTITUCIÓN DE BIEN AGRARIO – Su competencia, antes de la expedición de la Ley 1395 de 2010, so pena de nulidad insanable, correspondía a los jueces civiles del circuito.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 230; Ley 270 de 1996, artículo 202; Código Civil, artículos 1969 a 1972.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-231 de 1994, T-1009 de 2000, T- 1232 de 2004 y T-189 de 2005; Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, decisión 1992-2416-03 del 17 de febrero de 2010, con ponencia de Ariel Salazar Ramírez.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De cara a las particularidades que el presente caso exterioriza, *ab-initio* se impone hallarle respuesta al siguiente interrogante: ¿...puede reclamar vulneración al debido proceso quien no ostenta la calidad de parte o de tercero en el juicio o trámite dentro del cual se denuncia esa vulneración...?.

De éste tópico ya se ha ocupado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“...Para la Sala, la respuesta debe ser negativa. Lo anterior, por cuanto no puede alegarse que la vulneración de los propios derechos fundamentales tiene como fundamento la vulneración de los derechos fundamentales de un tercero, que en el caso de los procesos judiciales, serían los de aquellos que se hicieron parte en éste. Estima la Sala que para considerar que una

providencia judicial ha vulnerado un derecho fundamental, es necesario que se demuestre que la autoridad judicial ha actuado de forma tal, que no permitió a los afectados con su decisión, hacerse parte dentro del proceso, o que una vez en éste, incurrió en algunas de las causales previstas para que la acción de tutela proceda contra providencias judiciales. Una persona que no ha intervenido dentro de un proceso judicial, y que no actúa como agente oficioso o como apoderado de quien sí lo ha hecho, no podría alegar una vulneración de sus derechos fundamentales como consecuencia de la decisión tomada por la autoridad judicial, con excepción de aquellos casos en los cuales la presunta afectación tiene como fundamento la indebida o ausente notificación de la iniciación del proceso, del cual podrían haber tomado parte, como ha sido señalado.

Lo anterior, por cuanto es necesario tener en cuenta lo precisado por ésta Corporación en la Sentencia T-674 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), reiterada en la sentencia T-658 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) en donde se señaló que “...no puede alegarse vulneración de los propios derechos con base en los de otro...”. Con base en lo expuesto, a juicio de ésta Sala, debe concluirse que el interés en la defensa de derechos fundamentales radica en su titular y no en terceros, y por otro lado, la relación de vulneración o amenaza de derechos fundamentales debe ser directa y no transitiva.

Así lo manifestó la Corte en la citada Sentencia T-674 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), al sostener que “...no es válido alegar, como motivo de la solicitud de protección judicial, la causa de la causa, o el encadenamiento infinito entre causas y consecuencias, ya que, de aceptarse ello, se desquiciaría la acción de tutela y desbordaría sus linderos normativos. [Por lo tanto...] La violación de los derechos [fundamentales] de otro no vale como motivo para solicitar la propia tutela...”. Así, la Corte ha considerado que no tiene legitimidad, aquella persona que pretende el amparo constitucional de un derecho del cual no es titular en el caso concreto. Sobre este punto, en la sentencia T-768 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte expresó que “En las condiciones expuestas, como en el presente caso no se halla satisfecha la legitimidad por activa, ya que la acción no ha sido interpuesta por la parte afectada con la decisión judicial a la que se imputa la vía de hecho, sino por quien en ese proceso intervino como su apoderado y sin contar con un poder especial para invocar el amparo constitucional del derecho fundamental al debido proceso”...” (sentencia T-905930, diciembre 9 de 2004. Magistrada ponente: CLARA INES VARGAS HERNANDEZ).

A la luz de las coordinadas jurisprudenciales antes transcritas adviene incontestable que el aquí accionante [BANCO DE BOGOTÁ S.A.] carece de legitimación para solicitar protección constitucional al debido proceso por causa del juicio de restitución de inmueble arrendado en cuyo decurso denuncia la vulneración, y las decisiones allí adoptadas, pues no ostenta la calidad de parte o tercero en el referido proceso.

Obsérvese que en el mismo auto que suscita la presente queja tutelar, el juzgado accionado dejó definido ese tópico, cuando al proveer la solicitud de “sustitución procesal” formulada por la parte actora [ALIANZA FIDUCIARIA S.A.] se pronunció en los siguientes términos: “...Siendo que en éste proceso ya se dictó sentencia, se cerró la posibilidad de la intervención que pretende el BANCO DE BOGOTA S.A. como cesionario de derechos, o por subrogación de ellos, pues no tratándose de una ejecución para el pago de obligación dineraria, por ejemplo, sino de la restitución de bienes arrendados, la intervención debió hacerse antes de la sentencia, pues para no ir muy lejos, el artículo 52 *ibídem*, y artículos subsiguientes relativos a la intervención procesal de terceros y sucesión procesal, indican que ella debe producirse antes de que se dicte sentencia. El artículo 53 es más enfático al decir en su primer inciso que “...la oportunidad de la intervención precluye con la sentencia de primera instancia”...” (folio 26 fte. cdo. 1o).

Por cierto, contra esta específica determinación, adversa al BANCO DE BOGOTA S.A., el apoderado judicial de éste se *limitó a pedir “aclaración”*, aduciendo que la interpretación del juzgado en ese tópico “...no es clara...” (folio 39 fte. cdo. ib.), pedimento que le fue denegado por auto del 24-08-2011 (folios 44 a 48 cdo. ib.).

Así las cosas, es claro que al aquí accionante [BANCO DE BOGOTÁ S.A.] no solo le fue denegada su solicitud para intervenir como “cesionario” del demandante en el proceso en el cual se denuncia la vulneración, sino que contra esa puntual determinación aquél no interpuso recurso alguno, a pesar que ser pasible de recurso de reposición.

Razón, pues, le asiste el juzgado accionado y a uno de los intervinientes en éste trámite constitucional cuando alegan que el BANCO DE BOGOTA S.A. carece de legitimación en la causa para incoar el amparo que ocupa la atención de ésta Sala.

A lo cual cabe añadir, en abono de la decisión de no reconocer al tantas veces citado banco como cesionario de los derechos litigiosos del demandante [ALIANZA FIDUCIARIA S.A.], que nada de antojadiza o arbitraria se avista en ella. A la sazón, como es bien sabido, el objeto de la cesión de derechos litigiosos ‘...es el evento incierto de la litis’ (C.C. Art. 1969), o sea el derecho sometido a controversia judicial... (G.J. LXIV, Pág. 477); y es claro, cual lo advirtió el juzgado accionado en la providencia acabada de reseñar, que en razón al estado del proceso de restitución en el momento en que se quiso hacer valer tal cesión [con sentencia

ejecutoriada], y atendiendo su naturaleza [diferente a la de los juicios ejecutivos, los cuales no terminan con la sentencia que ordena seguir la ejecución], nada de incierto existía allí.

De otra parte, la jurisprudencia vernácula tiene dicho que la procedencia de esa modalidad de cesión [derechos litigiosos] está condicionada a que “...concurran los requisitos señalados por los artículos 1.969 a 1.972 y que se reducen a estos: a) voluntad del acreedor; b) que el objeto directo de la cesión sea el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente; c) existencia de un título traslativo de dominio; d) que se llenen las formalidades exigidas por la ley para la cesión de créditos; e) que haya sido judicialmente notificado el deudor dentro del proceso en curso donde se debaten los derechos objeto de cesión...” (Tribunal Superior de Bogotá, sentencia del 17-02-2010, expediente 1992-2416-03. Actor: PROINPETROL S.A. Demandado: ESSO COLOMBIA LTDA. Magistrado ponente Dr. ARIEL SALAZAR RAMIREZ).

Y es incontestable que en el asunto que se examina, al menos dos de los precitados requisitos brillan por su ausencia: el primero, ya comentado renlgones atrás, referente a la no existencia de “*albur*” o “*incertidumbre*” en el proceso de lanzamiento luego de haber alcanzado firmeza la sentencia que ordenó la restitución de los predios rurales arrendados por ALIANZA FIDUCIARIA S.A. Y el segundo, deducido de la no existencia de TITULO TRASLATIVO DE DOMINIO por parte de la sociedad demandante, en favor del BANCO DE BOGOTA S.A, de los bienes dados en arrendamiento por la primera de dichas sociedades.

Con todo: aunque por vía de hipótesis se aceptara que BANCO DE BOGOTA S.A. está legitimado para dolerse de la vulneración aquí denunciada, el reclamo constitucional tampoco estaría llamado a prosperar. Razones al canto:

Como muchas veces lo ha puntualizado ésta colegiatura, la procedencia de la tutela contra decisiones o actuaciones judiciales es excepcional, ya que en línea de principio general, ellas son intangibles frente al aludido recurso constitucional.

Solo cuando se está ante providencias en las cuales es palmaria su contradicción con la ley o con las pruebas existentes en el expediente -en palabras de la Corte Constitucional, cuando en ellas “...se escondiera una arbitrariedad o un capricho del juzgador...” (sentencia SU 429 de 1998) y no existen recursos para ser atacadas, la ACCION DE TUTELA deviene idónea para reparar o precaver los daños originados en una actuación o providencia judicial que, en tales condiciones, simple y llanamente constituye una VIA DE HECHO, concepto éste que, como bien se sabe, tras varios años de evolución jurisprudencial la Corte Constitucional ha redefinido bajo el *nómen* de CAUSALES ESPECIFICAS DE PROCEDIBILIDAD DE LA TUTELA, que atañen a precisos defectos que configuran ese tipo de manifestación irregular de los funcionarios encargados de administrar justicia, así: “...(!)

defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución...” (sentencia T-189 de 2005).

No se trata, es claro, que las discrepancias de las partes respecto del análisis probatorio o la interpretación de una norma o conjunto de normas efectuada por el Juez que conoce del proceso puedan servir de pivote a la acción constitucional en comento, pues a tono con el artículo 230 de la Constitución Política, los Jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, de tal suerte que el ejercicio de la función judicial reclama de los mismos una permanente y ponderada labor de interpretación de las normas que gobiernan los asuntos sometidos a su composición, lo cual constituye coruscante manifestación de su autonomía judicial.

Es por ello que la jurisprudencia ha sentado como regla general que LA INTERPRETACION sobre los alcances de las normas legales efectuada por el juez ordinario en forma razonable no resulta pasible de la acción de tutela, toda vez que ésta no fue instituida para cuestionar la labor dialéctica de los Jueces, o más concretamente, para controvertir el raciocinio judicial.

El fundamento toral de la decisión de invalidar todo lo actuado en el proceso tantas veces citado estriba en que dada la naturaleza agraria de los bienes objeto de pretensión restitutoria [cuestión ésta -agraredad- que, destaca la Sala, fue advertida por la propia parte actora en su demanda (ver folio 38 fte. cdo. 2o, copias), y ni el juzgado ni la parte demandada cuestionaron, mucho menos infirmaron], el conocimiento del litigio correspondía a un juez de la jurisdicción agraria, esto es, a un JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO, pues al momento de la presentación de la demanda -en los términos del artículo 202 de la Ley 270 de 2006- eran éstos los competentes para tal efecto, toda vez que no habían entrado a operar los juzgados agrarios. Y que, al haber asumido el conocimiento de dicho proceso un juzgado civil municipal, y no haberse detectado esa falta de jurisdicción durante todo el decurso del mismo, la nulidad así tipificada debía ser declarada oficiosamente en cualquier estado del proceso en consideración a sus características de insaneabilidad. A lo cual agregó que al proceso así tramitado ante un juez incompetente también se le imprimió un trámite que legalmente no le correspondía (el abreviado, siendo que le correspondía el “ordinario agrario”).

Y la verdad es que en ese razonamiento, particularmente en lo referente a la nulidad insaneable que se configura en un proceso cuando el juez que conoce del mismo carece de competencia funcional, no se advierte un desvarío de aquellos que, otrora, se conocían como VIA DE HECHO, y que a partir de la evolución de dicho concepto por parte de la Corte Constitucional [especialmente a partir del año 2005] han sido red denominadas como “*causales específicas de procedibilidad*” de la tutela.

Es más: el calificado parecer del profesor RAMIRO BEJARANO GUZMAN que el accionante trajo a cita en la solicitud de tutela (folios 71 y 72 cdo. 1o)

robustece el argumento central de la declaración de nulidad fustigada en sede de tutela, pues si como lo predica el citado autor “...*bien puede decirse hoy que la jurisdicción agraria ha muerto...*”, no puede perderse de vista que el proceso de restitución tantas veces mencionado se inició antes de la entrada en vigencia de la ley 1395 de 2010, o lo que es lo mismo, cuando la jurisdicción agraria gozaba de buena salud, razón por la cual, retomando la palabras del calificado procesalista, “...*si al momento de entrar a regir las modificaciones introducidas por la Ley 1395 de 2010, está en curso un proceso agrario ante un juez civil, como éste debió iniciarse con fundamento en las normas del Código de Procedimiento Civil, deberá continuar tramitándose hasta el final con observancia de tales normas procesales...*” (PROCESOS DECLARATIVOS, EJECUTIVOS Y ARBITRALES. Quinta Edición. TEMIS, pagina 5).

Ergo: como toda obra producto del intelecto humano que es, la decisión que aquí suscita la crítica del accionante puede ser pasible de reparos. Es más: respecto de ella y su contenido es posible proponer soluciones, interpretaciones o alternativas distintas a las allí plasmadas, basadas en criterios o puntos de vista igualmente respetables a los que expuso la juez accionada. Pero de ahí a sostener que éstas últimas deben prevalecer sobre la primera, y que por fuerza de ello la interpretación efectuada por el juez ordinario competente debe ser removida en sede de tutela bajo la sindicación de configurar una vía de hecho, hay una abismal diferencia, pues como lo ha puntualizado la Corte Constitucional,

“...los errores ordinarios, aún graves, de los jueces, *in iudicando o in procedendo*, no franquean las puertas de este tipo de control, que por lo visto, se reserva para los que en grado absoluto y protuberante se apartan de los dictados del derecho y de sus principios y que, por lo tanto, en la forma o en su contenido traslucen un comportamiento arbitrario y puramente voluntarista por parte del Juez que los profiere...”.

Se impone, en consecuencia, la revocatoria de la sentencia impugnada, para en su lugar negar del amparo constitucional examinado.

Sentencia de tutela de 2ª instancia (2011-1083) del 01 de febrero de 2012, con ponencia de la Dr Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca la sentencia impugnada.

PROMESA DE VENTA DE UN BIEN EMBARGADO – Tal circunstancia no genera, por sí misma, la nulidad absoluta por objeto ilícito/RESOLUCIÓN DE PROMESA DE COMPRAVENTA - También puede promoverla, cuando ya ha sido víctima del incumplimiento, el demandante que no cumplió ni se allanó a cumplir

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 1521, 1546, 1609, 1714, 1715 y 1866.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 07 de septiembre de 1933, del 03 de noviembre de 1971 y del 29 de noviembre de 1978, esta última con ponencia de Ricardo Uribe Holguín.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En efecto, toda vez que la determinación central del fallo opugnado, consistió en la declaración de nulidad absoluta por objeto ilícito del contrato de promesa de compraventa, en primer lugar, se ocupará La Sala, del examen de aquel específico punto; para una vez superado aquel, y de hallar, que si para el sub lite, no se configuró la figura de la nulidad declarada, avanzar en el examen de los restantes fundamentos de la apelación, en especial, en lo que respecta a la declaración de la pretendida resolución del contrato de promesa de compraventa habido entre los contendientes, así como las respectivas restituciones mutuas.

Enseña el artículo 1866 del Código Civil que: “pueden venderse todas las cosas corporales o incorporeales, cuya enajenación no esté prohibida por la ley”, siendo uno de los eventos de excepción, los referidos en el artículo 1521 del mismo código al establecer:

“Hay objeto ilícito en la enajenación:

- 1) De las cosas que no están en el comercio;**
- 2) De los derechos y privilegios que no pueden transferirse;**
- 3) De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello”**

De dicha preceptiva sin embargo no puede inferirse, que por el solo hecho de prometer la venta de un bien que se encuentra embargado por decreto judicial, per se, la promesa de contrato adolezca de objeto ilícito o se torne ineficaz, porque como ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“La simple promesa de contrato no es un acto de enajenación, y por lo mismo, su objeto es la perfección del contrato prometido, que es necesario no confundir con el objeto del contrato de venta, que es la cosa vendida; por consiguiente, cuando se verifica la promesa el objeto del contrato está embargado por decreto judicial, no cabe afirmar por esta razón, que el objeto de la promesa esté por fuera del comercio, ya que hay distinción real entre el

uno y el otro. Puede prometerse, pues, la venta de una cosa que en la fecha de la promesa está embargada, como puede prometerse la venta de una cosa ajena. Si para perfeccionar el contrato prometido, el promitente vendedor liberta la cosa, la pondrá en condiciones de ser objeto lícito del contrato. Si no lo liberta, el contrato no podrá perfeccionarse por culpa del promitente vendedor, quien se tendrá por infractor de la promesa”.

Bien puede sostenerse entonces, que resulta perfectamente viable y válida la venta de un bien que en el momento en que se celebra la promesa de compraventa se encuentra embargado, a condición de que se libere para la perfección del contrato prometido. De no efectuarse la desafectación de la traba que pesa sobre el mismo, el contrato prometido no puede celebrarse, y por tanto quien incumple con aquella obligación se sujeta a las acciones de ley, que en todo caso son diferentes a la nulidad, contrario sensu a como lo razonó la señora funcionaria a quo; puesto que la validez jurídica de la promesa de compraventa de una cosa que se encuentra embargada debe apreciarse, no con referencia al artículo 1521 del C.C, -en tanto que como viene de verse, es palmario que no lo viola-, sino a la luz del numeral segundo del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, y de que el precontrato celebrado en tales circunstancias no puede reputarse siempre y de manera absoluta como inválido o nulo.

Pues con acierto ha dicho la doctrina, que: “debe distinguirse, según lo expuesto, si los contratantes se obligaron a celebrar la compraventa sólo cuando fuera desembargado el inmueble o si el juez o el acreedor consintieran en la venta (condición), o si en un plazo determinado era libertada (condición determinada), o si, sencillamente, se fijó un plazo a cuyo vencimiento se otorgaba la escritura pública respectiva (plazo). En los dos primeros eventos, las promesas serán válidas. La última será nula absolutamente. De la misma manera deberán interpretarse situaciones análogas a la presentada”.

Así las cosas, deviene imperativo examinar cuál fue la estipulación contractual en punto del embargo que recaía sobre el inmueble prometido en venta.

Fieles al clausulado del sinalagma, se halla, que sobre el especial punto se acordó, que el comprador señor RAFAEL EDUARDO CRUZ MOYA, se subrogaría en la obligación que la señora VIVIANA MARGARITA ROJAS HUERTAS había contraído con el señor ANIBAL LOAIZA RODRIGUEZ, por lo que se comprometía a cancelar la totalidad del crédito hasta por la suma de Trece millones doscientos mil pesos moneda legal (\$13.200.000.00), con el propósito de que se levantara la medida de embargo y secuestro que pesaba sobre el inmueble, así se desprende de la cláusula tercera del contrato y su párrafo.

La situación factual así vista, pone al descubierto, que la celebración del contrato prometido, quedó sometida a una condición consistente en el pago de la suma de dinero para que se levantara la referida traba jurídica; misma

que al menos hasta la fecha en que rindió declaración el acreedor a quien debía hacerse el pago para que solicitara la cancelación de la medida, -2 de diciembre de 2010- no se había verificado.

Ahora es cierto, que el acreedor no aparece suscribiendo el contrato de promesa de venta, pero ello no significa que la promesa quedara afectada de nulidad por objeto ilícito, a voces del numeral 3 del artículo 1521, ni tampoco relevaba al promitente comprador, del cumplimiento de pagar la obligación contraída con la ahora demandante, con todo que, el señor LOAIZA RODRIGUEZ, estaba al tanto de los pormenores del referido negocio, tal como lo expresara en su declaración juramentada, al indicar, que estuvo de acuerdo con el contrato, para que el señor CRUZ MOYA le cancelara, la suma de \$13.000.000.00, develando que de aquella suma, se sacaron dos millones y medio para el abogado que hizo el contrato de promesa, y por ello aquel suscribió una letra a su favor por valor de \$10.500.000,00, que es lo que le debe, cuya copia auténtica adjuntó a la diligencia de testimonio, para una vez cubierta proceder a levantar el embargo del inmueble.

Frente al anterior panorama, se colige, que el promitente comprador incumplió con sus obligaciones contractuales, pues: (i) no pagó todo el dinero acordado a la promitente vendedora; ni al acreedor JOSE ANIBAL LOAIZA RODRIGUEZ, de quien se constituyera en subrogatario de la obligación contraída por la señora VIVIANA MARGARITA ROJAS HUERTAS (ii) no hizo entrega de un rodante que se abonaría como parte de pago; (iii) y finalmente tampoco concurrió a la notaría en la fecha y hora acordada para la celebración del contrato de venta prometido.

Hablando justamente de la celebración de aquel contrato prometido, por la evidencia de los hechos, el mismo no se podía perfeccionar, en tanto y cuanto, la traba jurídica del embargo que pesaba sobre el inmueble prometido en venta, no había sido liberada por la inobservancia del cumplimiento de las obligaciones del promitente comprador, porque iteramos, aquella quedó condicionada, nada más ni nada menos, que al pago a favor del señor LOAIZA RODRIGUEZ, pues baste memorar su aserto, para concluir, que en una narración vertida sin prevención, y sin que se advierta ningún tipo de interés protervo por favorecer o perjudicar a alguna de las partes de la contienda, que nunca le fue cancelado el saldo de \$10.500.000, que se comprometió a pagar el señor CRUZ MOYA, merced al referido contrato, y que se respaldó mediante una letra de cambio.

Puestas así las cosas, la Colegiatura, es del criterio que por fuerza del desdeño de la conducta que debía observar el señor CRUZ MOYA, en orden a la perfección del contrato prometido, mal se podría restarle eficacia a la luz de la declaratoria de la figura de la nulidad absoluta a que alude el artículo 1521 del C.C, pues como quedara expuesto, cuando el cumplimiento del contrato prometido queda sometido a la condición de la desafectación del embargo, lo

que su inobservancia genera , es un incumplimiento contractual, cuya conducta sanciona la ley con acciones diferentes de la nulidad.

Refiriéndonos al tema del incumplimiento contractual, cabe cuestionar, si al incumplir la parte demandante con su obligación de concurrir a la notaría en la fecha y hora acordados para la celebración del contrato prometido, aquella estaba habilitada para deprecar la resolución contractual?

Enseña el artículo 1609 del .C.C., que: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debido”, norma, que sin duda ofrece un variado elenco de hipótesis respecto al cumplimiento o incumplimiento de los contratantes, que se podrían condensar en: (i) incumplimiento de las obligaciones a cargo del demandante; (ii) el demandante no cumplió ni se allanó a cumplir, porque el demandado que debía cumplir antes que él no cumplió con su obligación en el momento y forma debidos ni se allanó a hacerlo; (iii) el demandante no cumplió ni se allanó a cumplir, y el demandado que debía cumplir después de aquél según el contrato, tampoco ha cumplido ni se allana a hacerlo PORQUE el demandante no lo hizo previamente como debía; (iv) demandante y demandado tenían que cumplir simultáneamente, esto es, que sus mutuas obligaciones eran exigibles en un mismo momento, pudiéndose presentar tres casos, de los cuales solo destacamos aquel en que ni demandante ni demandado ofrecieron pago ni estuvieron prestos a hacerlo, hipótesis en que cabe el mutuo disenso.

Delineados los contornos de las hipótesis que se pueden presentar frente al incumplimiento o cumplimiento contractual, de cara al asunto que convoca la atención de la instancia, acotase, que sí bien es cierto, la parte demandante de idéntica manera a como lo hizo el demandado, no concurrió en el día y hora fijados para la celebración del contrato prometido, -pues existe confesión, en el sentido que la señora VIVIANA MARGARITA ROJAS HUERTAS, NO concurrió a la Notaría indicada como era su obligación- no por ello, se puede pregonar sin más, que hubo un incumplimiento recíproco de las partes, y por ende que la senda a transitar sea la del mutuo disenso tácito, toda vez, que como bien lo apuntó el censor, la promitente vendedora se allanó a cumplir sus prestaciones, tanto que desde el mismo día en que se celebró el negocio hizo entrega de aquel, para que el señor CRUZ MOYA, pasara a disfrutarlo, como en efecto lo ha hecho desde el 20 de diciembre del año 2008, y si no concurrió a la Notaría a celebrar el negocio prometido, fue porque el demandado había incumplido con antelación las obligaciones que le competían, pues no había cubierto las sumas de dinero pactadas, ni la entrega de un rodante como parte de pago, máxime que éstas prestaciones fueron las que se impusieron las partes y que debían cumplirse primero por la parte pasiva, memorando en este aparte, que tal como lo ha sostenido la jurisprudencia, que el ejercicio de la acción resolutoria no solo se limita al caso de que el demandante haya cumplido, pues se extiende también a la hipótesis “en que el actor no haya cumplido ni se allane a cumplir porque a él

ya se le incumplió, y por este motivo legítimamente no quiere continuar con el contrato”.

Bajo dicha arista, y descartando el eventual incumplimiento recíproco de los contendientes, asiste razón al opugnante, en cuanto al argumento del incumplimiento contractual del demandado, razón suficiente para afirmar, que resultaba perfectamente admisible para la accionante el ejercicio de la acción resolutoria.

De lo hasta aquí discurrido se concluye, que no fue atinada la decisión de declaratoria de nulidad del contrato de promesa de venta por objeto ilícito, y, que era perfectamente viable el ejercicio de la acción resolutoria para la parte actora, y como quiera que por efecto de la decisión del juzgado a quo, aquel no se adentró en el examen de los exceptivos propuestos por la pasiva, pues su denegatoria obedeció a la declaratoria de nulidad absoluta, indefectible se torna su estudio, a riesgo de incurrir en incongruencias entre lo solicitado y lo resuelto.

Dos fueron las defensas formuladas por el demandado, rotuladas como: VICIO OCULTO DE LA PROMESA DE VENTA QUE INVALIDAN EL FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO y la de ILEGALIDAD DE LA VENTA.

Se cimienta la primera excepción, en que la parte vendedora era conocedora de situaciones y circunstancias que afectaban ostensiblemente la actividad comercial a la que estaba destinado el inmueble objeto del proceso, toda vez, que calló el hecho de que ante la CVC se estaba tramitando un proceso contra la señora VIVIANA MARGARITA ROJAS HUERTAS, por lo que aquella debe entrar a sanear los vicios ocultos o en su defecto rebajar el precio de la venta, tildando de desleal la conducta de la actora, quien a sabiendas de que no podía sanear acudió a la acción resolutoria.

Respecto a esta defensa, se advierte, que si bien todo indica que la venta del inmueble prometido en venta aparejaba la del establecimiento de comercio donde funcionaba una curtiembre, pues así se desprende de la lectura del referido contrato de promesa, y de la propia manifestación de la señora ROJAS HUERTAS, con ocasión de la comunicación enviada a la CVC el día 24 de noviembre de 2008, tras indicar que: “a partir de la presente fecha el dominio y manejo de las instalaciones físicas ubicadas en la calle 7 No. 18-17 y 25 barrio Santa Barbará (sic) del municipio de Cerrito Valle donde ha funcionado Curtidos MR. Ha sido entregada al Señor RAFAEL EDUARDO CRUZ MOYA, en calidad de representante legal de la señora MARIA YOLANDA CRUZ MOYA..., quien es la nueva propietaria del inmueble...” , por lo que mal se podría predicar la existencia de vicios ocultos porque la vendedora no informó que se estaba adelantando en su contra, investigación por el tratamiento de aguas residuales de la curtiembre que ulteriormente cambiara de “propietario”, en razón a que contrariamente a lo que advera el señor CRUZ MOYA, era conocedor de la misma, así se predica, no solo porque le fuera enviada una

copia de la misiva visible a folios 88 y 89 donde se ponía al descubierto la existencia de dicha situación; sino porque además, cuando aquella fue respondida por LA CVC, el comunicado fue dirigido tanto a éste como a la vendedora ROJAS HUERTAS, como se desprende del escrito visible a folios 103 y 104, de donde sin esfuerzo se colige que su argumento cae de su peso, amén de la contundencia del contenido de dicho escrito, donde puntualmente se destaca, que se daba a conocer la enunciada situación de la que ahora se duele y solo con ocasión del proceso seguido en su contra. Con todo, que no está por demás reseñar, que cuando se aportó el enunciado documento, no se hizo pronunciamiento alguno al respecto.

Desvertebrado el referido enervante, se halla también, que la segunda de las defensas, referida a la ilegalidad de la promesa de venta por enajenar un bien que se encontraba fuera del comercio, sin que mediara autorización judicial ni consentimiento del acreedor, de idéntica manera se encuentra desarticulada, por las potísimas razones aducidas ut supra.

Con pie en lo hasta ahora expuesto, y como la decisión que se impone, es la de la resolución contractual, -aspecto por el cual se revocará la decisión adoptada en primera instancia-, no resta sino pronunciarnos en torno a las restituciones mutuas, para determinar si es viable acogerlas en el sentido planteado por el recurrente o si por el contrario merecen confirmación a la manera como lo dispuso la funcionaria a quo.

Precísase dejar por sentado, que según se desprende de lo normado por el artículo 1546 del C.C., la declaración de resolución de un contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales, tiene la virtud de aniquilar el contrato, con efecto retroactivo, esto es como lo ha dicho la Corte, “que se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado que tenían antes de celebrarse...”.

Significa lo anterior que frente a un pronunciamiento de tal linaje, emergen necesarias las restituciones mutuas, en orden a que las partes queden restituidas en el estado anterior a la celebración del contrato, procurando colocar a los contratantes en la misma situación en que habrían de encontrarse si nada hubieran pactado y tampoco nada hubieran hecho para cumplir lo estipulado.

Veamos entonces, que fue lo solicitado y probado dentro del plenario, la parte demandante solicitó perjuicios derivados del incumplimiento que deben liquidarse conforme al artículo 308 del C. de P.C.; restitución del inmueble por parte del demandado con sus frutos civiles, estimados en \$64.000.000, contados a partir de la fecha en que recibió el bien; el pago de la cláusula penal por \$15.000.000.00 y el pago de las costas del proceso.

La parte demandada solicitó el pago de mejoras efectuadas al inmueble.

Está debidamente probado, que la parte demandada canceló a la demandante las siguientes sumas de dinero: la suma de \$14.800.000.oo recibidos a la firma de las promesa – 20 de noviembre de 2008- conjuntamente con la suma de \$2.500.000.oo entregados por el promitente comprador al señor JOSE ANIBAL LOAIZA RODRIGUEZ, hecho por el cual de los \$13.200.000.oo que debía cancelar a su favor y para levantar el embargo, quedó un saldo respaldado con una letra de cambio por valor de \$10.700.000.oo. Así mismo y por propia confesión de la actora, se recibió la suma de \$10.000.000.oo cuando se introdujo otrosí al contrato, el día 20 de mayo de 2009. Gran total del dinero recibido por la parte demandante \$27.300.000.oo, que no \$24.000.000.oo como indicó la parte demandante.

No se encuentran demostrados los perjuicios que según se dijo en la demanda ascendían a la suma de \$64.000.000.oo, ni tampoco los frutos civiles, respecto de los cuales debe apuntarse como bien lo indicó la señora funcionaria de primer grado, que aquel no cumplió con la carga de la prueba respecto a los hechos cuyos efectos pretendía le fueran declarados (artículo 177 C. de P.C).

Con dictamen pericial debidamente recaudado, y sin que existiera oposición por la parte contra quien se adujo, se acreditó que al inmueble prometido en venta, le fueron realizadas mejoras, por un valor de \$ 26.923.050.oo.

Frente a dicho contexto, emerge irrefragable, que las restituciones mutuas, deben consistir, en la devolución de la suma de \$27.300.000.oo, con los correspondientes intereses legales contemplados en el artículo 1617 del Código Civil desde las fechas en que se cancelaron hasta el pago total de la obligación, y que hasta la fecha del pronunciamiento de este fallo ascienden a la suma de \$ 30.491.317.oo, tomando en cuenta la liquidación de los intereses a partir de cada cierta en que se efectuaron los pagos.

Es claro también, que el actor debe restituir al demandado el valor de las mejoras realizadas en su predio, por valor de \$ 26.923.050.oo.

De igual manera se debe tener en cuenta el monto de la cláusula penal por valor de \$15.000.000.oo que deberá pagar el demandado al demandante, cuyo reconocimiento no admite discusión frente al incumplimiento contractual del extremo pasivo, que para todos los efectos debe tomarse en cuenta en la respectiva compensación, figura que por cierto deviene aplicable conforme lo enseñan los artículos 1714 y 1715 del Código Civil.

En síntesis: Si el promitente comprador tendría derecho al reintegro de la suma de \$ 57.414.367.oo, por parte del promitente vendedor, y éste a su turno debe la suma de \$15.000.000 por la cláusula penal, se colige, que descontando al valor de la cláusula penal, de los \$57.414.367.oo, el valor final a restituir por el demandante al demandado ascendería a un total de \$42.414.367.oo.

No se dispondrá el reconocimiento de perjuicios ni frutos civiles, pues la parte actora, permaneció inerte frente a la demostración de aquellos supuestos, pues se limitó a establecer un valor de los primeros sin entrar a probar, en que consistieron, ergo, siguiendo la regla onus probandi actor, al no encontrarse acreditados, no se concederán.

Por razones obvias, el demandado debe restituir el inmueble a favor del demandante.

Resáltese, en este preciso aparte, que la restitución del bien inmueble mejorado para el actor, sin reconocimiento de las mejoras impuestas por la parte pasiva, desequilibraría el normal suceso de las relaciones contractuales, de ahí que se torna apenas lógico un pronunciamiento en tal sentido, pues de esta manera, se atiende a la finalidad a que aluden las restituciones mutuas, - evitar el enriquecimiento injusto-, y de paso se evita auspiciar la litigiosidad, ya que no se avendría con el sentido pragmático que deben tener los fallos judiciales, avocar al interesado a un nuevo debate judicial, en donde el tema de decisión sean precisamente el reconocimiento de mejoras, o el del enriquecimiento injusto, con todo que no puede echarse de ver, que las decisiones judiciales deben proferirse de cara a la realidad probatoria del proceso, por lo que existiendo la prueba en este sentido –mejoras -, bien se hizo en ordenar tal reconocimiento, cuya finalidad en últimas propende por la armonía de las relaciones sociales y la tan anhelada paz y convivencia pacífica, como principios esenciales del Estado Social de Derecho.

Colofón, y tras considerar conforme a lo expuesto, que asiste razón al censor, en la pretensión de la resolución del contrato de promesa, y de algunas de las restituciones mutuas, acorde a lo reseñado líneas atrás, La Sala Revocará el fallo de instancia, respecto a la declaración de nulidad por objeto ilícito, imponiéndose la declaración de la resolución contractual, con las respectivas restituciones mutuas como en efecto se dispondrá en la resolutive de la decisión.

Sentencia de 2ª instancia (2010-00058-01) del 03 de febrero de 2012, con ponencia de la Dra. Aura Julia Realpe Oliva. Decisión: confirma la denegación de las excepciones propuestas y revoca la declaración de nulidad de la promesa de compraventa para, en su lugar, declararla resuelta.

COMPENSACIÓN POR MUERTE – La afectación de los derechos fundamentales de un menor de edad hace procedente la tutela para ordenar su pago.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 44 y 209.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-572 de 2010; Consejo de Estado, Sección Segunda, tutela 2005-00481-01 del 25 de agosto de 2005.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)El análisis a realizar se centra en establecer ¿si la entidad accionada ha conculcado los derechos fundamentales del menor, al no haber realizado el pago de la compensación por muerte de su padre, el cual fue reconocido desde el 1 de octubre de 2.010?

Ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional en relación con los derechos fundamentales de los menores, enfatizando que por su condición son sujetos de especial protección, y sus derechos son de interés superior para el Estado. Así la alta corporación, ha señalado:

La jurisprudencia constitucional ha hecho esfuerzos significativos para sistematizar los estándares normativos, nacionales e internacionales frente a los cuales se ha comprometido el Estado colombiano, en relación con el alcance y contenido de los principios de protección especial a la niñez y promoción del interés superior y prevaleciente del niño. Así, de acuerdo con lo establecido en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el artículo 44 de la Constitución Política, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. A partir de esta cláusula de prevalencia, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los niños, niñas o adolescentes tienen un estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e intereses, debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna. Esta protección especial de la niñez y preservación del interés superior para asegurar el desarrollo integral se encuentra consagrada en diversos tratados e instrumentos internacionales que obligan a Colombia.

...esta Corporación redefinió los criterios jurídicos generales a los que debe acudir, para adoptar cualquier decisión en casos como el presente: (1) la garantía del desarrollo integral del niño, niña o adolescente; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente; (3) la protección del niño, niña o adolescente frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes, biológicos o no, sobre la base de la prevalencia de los derechos del niño, niña o adolescente; y (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño, niña o

adolescente involucrado. La aplicación de estos criterios, en el caso bajo examen, se realizará cuando se analice el caso concreto.

Por tanto, frente a los derechos de los menores el Estado ha adquirido un deber de especial amparo, al punto que su protección constitucional es reforzada, de allí que en toda actuación en donde se halle presente un menor, la satisfacción de sus intereses debe constituir el objetivo principal.

Pues bien. En el caso puesto en consideración de este Tribunal, la acción de tutela tiende a que se ordene el pago de la compensación por muerte que corresponde al menor ANDRES FELIPE VERA RAMIREZ como hijo del causante JESUS EMILIO VERA GUTIERREZ porque pese habersele reconocido la suma de \$9.836.475.06 por parte de la POLICIA NACIONAL, desde el 01 de octubre de 2010, a la fecha no se ha efectuado el pago.

Frente a tal acusación la entidad accionada no se pronunció, por ello, este estrado desconoce las circunstancias por las cuales se ha sustraído de la obligación contenida en la Resolución No.01544 de octubre 01 de 2010, hecho que se tiene por cierto precisamente por la falta de respuesta.

A lo que se suma que la accionante en reiteradas ocasiones ha solicitado el pago de lo adeudado a su menor hijo pero sólo ha obteniendo como respuesta el oficio de diciembre 20 de 2010 en el que le comunican: *“la pensión de sobrevivencia reconocida en el citado acto administrativo será incluida en la nómina del mes de enero de 2011, con respecto a la parte prestacional, le comunicó que esta será cancelada con vigencia fiscal del siguiente año”*.

Así las cosas, a juicio de esta Corporación, la simple manifestación de la administración en el sentido de que se efectuará el pago de la prestación adeudada en la vigencia fiscal del año siguiente, pasando ya más de un año desde dicho pronunciamiento, no satisface los imperativos constitucionales ya que se trata de una respuesta *simplemente formal o evasiva* que solo persigue distraer el cumplimiento de su deber en abierta contradicción con el principio de eficacia que inspira la función pública (Art. 209 C. Nal.), y de paso vulnera los derechos fundamentales del menor.

Además, cabe resaltar que el menor ANDRES FELIPE VERA RAMIREZ obtuvo reconocimiento como hijo extramatrimonial del causante JESUS EMILIO VERA GUTIERREZ mediante sentencia judicial el 05 de octubre de 2009, pasando más de diez años de su vida sin los derechos que como tal le asistían, y aunque desde el año 2010, está percibiendo la mesada pensional, el no pago por parte de la accionada de lo que le corresponde por compensación por la muerte de su extinto padre coloca en riesgo sus derechos fundamentales, razón por la que se impone la protección de las mencionadas garantías en sede de tutela, para lo cual se ordenará al titular

de dicha entidad que efectúe el pago de la compensación por muerte, a más tardar al finalizar el mes de febrero del año 2012.

Sentencia de tutela 013 del 06 de febrero de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: concede la protección solicitada.

BAÑOS EN LAS PARROQUIAS – Si en ellos está garantizado el acceso a las personas discapacitadas, la inobservancia parcial de una norma técnica en su construcción no constituye, por sí, vulneración a los derechos colectivos.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 472 de 1998, artículo 4o; Resolución 14861 de 2005, artículo 50; Decreto 1538 de 2005, artículo 9.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas, el planteamiento de la alzada, como se realizara en otrora centra la discusión en torno al siguiente problema jurídico ¿la inobservancia de una norma técnica en la construcción de un baño, a pesar de haberse acreditado plenamente la accesibilidad de las personas minusválidas, constituye automáticamente vulneración de derechos colectivos?

Para dar respuesta al anterior planteamiento, se hace necesario precisar de entrada que esta Sala comparte el criterio de que la vulneración de una norma técnica no constituye, *per se*, trasgresión a un derecho o interés colectivo. Es por ello que la acción popular no se abre camino por la real o presunta violación de la ley o de reglamentos pues en esos casos, aún siendo ciertos, no constituyen, automáticamente, trasgresión de derechos o intereses colectivos.

Es por ello que para la prosperidad de las pretensiones se requiere la demostración concreta del perjuicio que se viene padeciendo o, al menos que de toda la prueba decretada y practicada se pueda establecer, razonablemente, la certeza de daño que se puede llegar a sufrir con la acción u omisión denunciada, según fuere el caso.

Para el presente caso, se resalta, si bien de las fotografías anexas al dictamen pericial se establece que no se cumplen al pie de la letra los tecnicismos surgidos de la reglamentación en cita como es el acabado del piso en material antideslizante, ello no es suficiente para acceder a la protección incoada porque lo cierto es que con la misma pericia, la que por cierto no fue objetada en el término concedido, quedó establecido que *“la batería sanitaria destinada para las personas con limitaciones físicas cumplen con las exigencias”*, luego la existencia del baño accesible con un ancho superior a la de una silla de ruedas permite concluir que en este

evento no se vulneran los derechos colectivos de quienes padecen tal discapacidad.

En este sentido, el artículo 9º del Decreto 1538 de 2005, reglamentario de la Ley 361 de 1997, contempla la exigencia de disponer de al menos de un servicio sanitario en todos los establecimientos abiertos al público, hecho que como aquí quedó acreditado se cumple a cabalidad.

En las anteriores circunstancias, y siendo claro que la parcial inobservancia de una norma técnica no constituye automáticamente, trasgresión de derechos o intereses colectivos; y estando establecido que la PARROQUIA SAN JOAQUIN Y SANTA ANA del municipio de Cartago cuenta con servicios sanitarios, lo que incluso pueden ser usados por las personas en sillas de ruedas esta Sala de Decisión confirmará el fallo censurado en cuanto negó la protección incoada.

Finalmente, y en lo que sí le asiste la razón al inconforme es en la condena en costas dispuesta por la *a-quo*, la que debe revocarse en aplicación de lo establecido en el artículo de la Ley 472 de 1998, al no haberse demostrado la actuación temeraria o de mala fe del actor popular.

Sentencia de 2ª instancia (AP-2009-00123-01) del 06 de febrero de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma los numerales 1º, 2º 3º y 5º de la parte resolutive de la sentencia apelada y revoca el numeral 4º.

DECLARACIÓN DE PERTENENCIA – No es posible respecto de una cuota parte o derechos indivisos sobre el bien común/INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA – Para inferir la pretensión de pertenencia sobre la totalidad del bien y no sobre la cuota parte o derecho indiviso/SUMA DE POSESIONES – La prueba de la transmisión de los derechos derivados de la posesión no exige escritura pública.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 759, 778 y 2521; Ley 153 de 1887, artículo 41; Ley 791 de 2002.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 061 de 1995, con ponencia de Carlos Esteban Jaramillo Schloss y 028 del 27 de febrero de 2001, con ponencia de Jorge Antonio Castillo Rugeles.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Es evidente que el pedimento del actor, enfila a la declaratoria de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio (o prescripción de largo tiempo), en orden a que se le declare dueño *del derecho ad-valorem* (16.67%) sobre un inmueble ubicado en la carrera 4 número 14-33 de la nomenclatura urbana de Buga, toda vez –que según afirma en su libelo introductor- la posesión veintenaria requerida, se estructura por la configuración de la figura jurídica de la suma de posesiones con sus antecesores, quienes al igual que él han desplegado una posesión, quieta, pacífica y tranquila sin interrupciones.

De entrada conviene memorar, que para la configuración de dicha modalidad de prescripción adquisitiva, se debe acreditar posesión material por un periodo de veinte (20) años, por tratarse de un bien inmueble. Período que por cierto, se redujo a la mitad por virtud de la Ley 791 del 27 de diciembre de 2002; pero que para su aplicación debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, cuyo texto es el siguiente: “...*La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiera completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir...*”.

De la lectura del libelo genitor, se extrae, que el querer del actor, fue el del último supuesto normativo, ya que no solicitó la aplicación de la citada Ley 791, a fortiori, que se adentró a demostrar actos de posesión por tiempo superior a los 20 años.

Así puestas las cosas, el problema jurídico que debe resolver La Sala, recae en determinar, si es viable prescribir una cuota parte o derechos ad valorem sobre un inmueble?. De encontrar la respuesta negativa, considerar a la luz de la eficacia del derecho sustancial, si por vía de la interpretación de la demanda, y por la senda de la usucapión extraordinaria se puede consolidar el derecho de dominio de un inmueble que ha venido siendo poseído de manera íntegra, en forma quieta, pacífica, y sin interrupciones, con cimiento en la operancia del fenómeno jurídico de la agregación de posesiones.

Con apego en la documental adosada a la foliatura, se colige, que el inmueble cuyos “derechos de cuota” se pretende usucapir, remonta sus orígenes a una propiedad comunitaria; tan clara es su naturaleza, que por ello habla el actor de la prescripción de unos derechos, que sólo ahora se conoce pertenecían a otra propietaria, de quien se desconoce su paradero.

En efecto, un repaso del certificado de tradición deleva, que el multicitado inmueble fue adquirido en común por los señores ULPIANO Y ROQUELINA ARANA RODRIGUEZ, siendo propietarios de un 50% cada uno. A la muerte del señor ULPIANO ARANA, por virtud de sucesión se adjudicó el 50% de sus derechos a la señora MERCEDES ARANA VIUDA DE PEÑARANDA. Por

acto de enajenación, la señora MERCEDES ARANA VIUDA DE PEÑARANDA, vendió su derecho de mitad, a las señoras: ESCOBAR ARANA MARIA NIEVES, ESCOBAR ARANA MARIA FELIPA y a ESCOBAR DE PALACIOS CARMEN, mediante venta contenida en escritura pública número 140 de 24 de febrero de 1971 . Para el año de 1976, la inicial copropietaria, señora ROQUELINA ARANA DE MANZANO, vende su derecho de mitad a las precitadas, como se desprende de la anotación 007 del folio de matrícula inmobiliaria número 373-28590. Prosiguiendo con la cadena de la tradición del inmueble, se atisba, que para el día 5 de diciembre de 1986, las señoras MARIA NIEVES Y MARIA FELIPA ESCOBAR ARANA, celebran contrato de compraventa de sus derechos sobre dicho inmueble al señor JOSE EDISON RINCON VARON, quien de idéntica manera así transmitió la propiedad a las señoras MARGARITA BERMUDEZ RAMIREZ y YULIANA LERMA BEMUDEZ, y, quienes a su turno finalmente le transfieren la propiedad al señor ARIEL VILLAFañE CARDONA.

La secuencia de la tradición, conlleva a predicar, que a partir de la compra realizada por las hermanas ESCOBAR ARANA, del inmueble objeto del proceso, aquellas eran copropietarias, primero de un 50% y luego del restante 50%, más resulta, que cuando aquellas enajenan con prescindencia de la señora CARMEN ESCOBAR DE PALACIOS, -comunera del predio al igual que ellas-, es lo cierto, que quien adquiriría el inmueble, aún a pesar de no mencionarse a la precitada, pasaba a ser propietario en común, o al menos cotitular del derecho de dominio.

Dicha singularidad, nos ubica en el examen de la prescripción del comunero, para cuyo efecto, y por recrear asunto similar, traeremos a colación algunos apartes del fallo proferido por esta Colegiatura, para aseverar, desde ya, que en la forma como fueron planteadas las pretensiones, no estaban dadas a buen suceso, puesto que lo susceptible de posesión, “ es físicamente el bien o una parte singularizada del mismo, y no el intangible de un derecho proindiviso que otro tenga sobre dicho bien. Impensable, entonces, una declaración de pertenencia respecto de un derecho *ad-valorem* sobre el bien común, y no respecto de éste o de una parte singularizada del mismo.”.

Con pie en lo hasta ahora discurrido, la respuesta al interrogante planteado ut supra,- PRESCRIPCION DE DERECHO DE CUOTA O AD VALOREM SOBRE UN INMUEBLE- se torna negativa, por lo que sin acudir a otro tipo de miramientos, se diría, que acertó el funcionario de instancia al denegar las súplicas de la demanda, aunque obviamente por razones distintas a las expuestas por aquel, y, que de contera se impondría la confirmación del fallo. Empero, la Colegiatura, es del parecer, que al abrigo de dicho argumento, se lleva de calle los derechos sustanciales, que dimanen, no sólo de todo el plexo de la demanda, sino de lo probado dentro del dossier procesal, y, que por ello pertinente resultaba, y ahora resulta, en ejercicio de la labor interpretativa de que goza el funcionario judicial, adentrarse en el

estudio de la demanda, para no hacer tabla rasa de los derechos que efulgen diáfanos para el demandante.

Sobre el tema de la interpretación de la demanda, debe remembrarse, que aquella es un laborío que no está prohibido ni vetado para el juzgador, en tanto que por disposición constitucional y legal le asiste el deber jurídico de proveer al derecho sustancial (artículo 228 de la C. N), para cuyo efecto, se debe desentrañar el contenido de las demandas, cuando quiera que aquellas se presten a cierta confusión o ambigüedad, claro está, que dicha tarea no puede avanzar a suplir las pretensiones ni el querer del actor, puesto que para ello existe un límite, que como bien lo ha trazado la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria al decir que: “so pretexto de la interpretación no puede el juez alterar ni sustituir la pretensión deducida, ni los hechos sobre los cuales se funda, lo cual nos llevaría a reformas o sustituciones officiosas del escrito rector, y en el peor de los casos a la formulación misma de la demanda por parte del juez, situación a todas luces inaceptable en un sistema procesal como el nuestro en el que campea el principio dispositivo por lo menos en cuanto se contrae al escrito introductorio del proceso..”

Plegándonos a una buena hermenéutica del escrito rector, se advierte, que de las manifestaciones realizadas por el accionante, al decir, que lo que pretendía era la declaratoria de la prescripción extraordinaria de los derechos de dominio y posesión correspondiente al 16.67% de un inmueble descrito y alinderado en debida forma, y sobre el cual se ejerce posesión sobre la totalidad, de manera quieta, pública, pacífica e ininterrumpida desde hace más de 20 años, considerando la suma de posesiones; bien se puede inferir, que lo deprecado a través de la demanda, no era otra declaración, distinta que la prescripción adquisitiva del dominio de la totalidad del predio y sus consecuentes determinaciones de cancelación del registro de propiedad de la señora CARMEN ESCOBAR DE PALACIOS, anterior propietaria de los derechos sobre el bien objeto de litigio y la orden de inscripción de la propiedad en cabeza del actor. O para decirlo en otros términos, la consolidación de su derecho de dominio sobre la totalidad del inmueble materia de la litis.

Es por ello, que tanto en los alegatos como en el recurso de apelación, después de historiar como el bien llegó a su poder, enuncia, que luego de estudiar los títulos se detectó que existía una falsa tradición de un derecho sobre el inmueble, y, que adelantó el proceso para sanear la falsa tradición que venía soportando el inmueble por los errores cometidos en las ventas anteriores, de las que destaca, que como la entrega del dominio y posesión se efectuó sobre la totalidad de la casa, se presentó el fenómeno de la agregación de posesiones, por lo que considera vacuo pensar, que el actor y sus antecesores solamente hayan ejercido el derecho de dominio y posesión sobre un 83.17% del inmueble, cuando la realidad es que lo han hecho y se ejerce sobre toda la casa y el predio, tal como se reafirma con la prueba

testimonial allegada a la foliatura; sin que tampoco asista razón al juzgador a quo al predicar que la venta de la posesión debe efectuarse por documento solemne- escritura pública- en tanto que la posesión es un hecho que puede dar lugar a la consolidación del derecho mediante un título, cuando medien los requisitos para ello, con todo que hoy en día ninguna oficina de Registro efectúa anotaciones de tal linaje.

Desde otra arista, precisase acotar, que siguiendo la línea de algunos doctrinantes, que propugnan por la integración del litis consorcio necesario cuando el prescribiente pretende aunar su posesión a la de sus antecesores, a efecto de que la sentencia produzca efectos erga omnes; requisito que bien podría considerarse redundante por efecto de la citación de todas las personas indeterminadas, que se crean con derecho sobre el inmueble objeto de la litis, lo cierto es, que allanado se encuentra el camino para proferir sentencia, -como quiera que fue integrado el contradictorio con todas las personas que figuran como titulares de derechos reales sobre el inmueble y con quienes en calidad de antecesores se pretende sumar el tiempo de la posesión-, pues baste reparar que tal aspecto fue objeto de especial pronunciamiento que dio lugar al consecuente emplazamiento y vinculación de todos los litis consortes, debidamente notificados por medio de curador ad litem.

Despejado el panorama, en orden a establecer si el demandante puede consolidar el derecho de dominio sobre la totalidad del inmueble materia de la litis, del caso, es adentrarnos, en el estudio del fenómeno de la agregación de posesiones, como quiera que sólo a partir de su configuración, debidamente acreditada, es que se podrá predicar la procedencia o improcedencia de la sedicente usucapión.

La posesión es un hecho intransferible e intransmisible, pues así lo reza el artículo 778 del C.C., al indicar en la primera parte que “ sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él..”, norma que en su parte segunda, parece introducir una excepción a ese principio general al agregar que la posesión del sucesor principia en él y que le es transmitida ni transferida por el antecesor “...a menos que quiera añadir la del antecesor a la suya...”

El artículo 2521 del Código Civil, señala que “ Si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción, por dos o más personas, el tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor según lo dispuesto en el artículo 778”, de donde se infiere, que dicha norma hace referencia a varias posesiones sucesivas diferentes de dos o más personas, ofreciendo la posibilidad al sucesor para agregar a su tiempo de posesión el tiempo de posesión del antecesor o el tiempo de una cadena ininterrumpida de poseedores anteriores, según la interpretación aplicable al inciso final del artículo 778 infine.

Más resulta, que de la posibilidad consagrada por la ley para agregar la posesión anterior con la actual, no se sigue que para ello deba mediar un título traslativo, como lo entendió el juzgador de primer grado, al indicar que “los títulos escriturarios citados en la demanda solo corresponden al traspaso de los derechos de dominio, más no a la posesión alegada sobre el 16.67% de derechos de dominio del inmueble...” , pues si como viene de verse la posesión es intransmisible –por acto entre vivos- e intransferible –mortis causa- , mal se pudo efectuar una exigencia de tal calado, e inclusive requiriendo de un título solemne, por ir en contravía de la regulación legal que así lo permite, con todo, que si el raciocinio partió de lo regulado en el artículo 759 del C.C., porque existen voces que creen considerar a partir de dicha norma una evidente prueba de la transferibilidad de la posesión, en cuanto señala que “Los títulos traslativos de dominio que deben registrarse, no darán ni transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho mientras no se haya verificado el registro en los términos que se dispone en el título del registro de instrumentos públicos”, (negrilla fuera de texto), lo cierto es que, no debe perderse de vista, que la referencia gramatical a la transferencia de la posesión no alude a la posesión material –aprehensión material con ánimo de señor y dueño a que alude el artículo 762 del C.C.- sino a una supuesta posesión efectiva de derechos, lo que entraña un abierto contrasentido, ya que no se puede aprehender lo que es inmaterial. Añádase, en este específico punto, que la exigencia de una escritura pública en la agregación de posesiones, con apoyo en lo que sobre el particular regulaba el artículo 12 del Decreto 960 de 1980 que es del siguiente tenor “*Deberán celebrarse por escritura pública todos los actos o contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles y, en general, aquellos para los cuales la ley exija esta solemnidad*”, no alude a la posesión sino a los actos o contratos de disposición del dominio u otro derecho real; de ahí, que como atinadamente lo sostiene el tratadista Luís Guillermo Velásquez Jaramillo, en “*que cuando se trata de la agregación de una posesión irregular sobre un bien inmueble, no puede exigirse una escritura pública como vínculo jurídico*”.

El caso que convoca la atención de la instancia, apunta a determinar si el actual poseedor –demandante- que considera, que en su calidad de poseedor dueño de un porcentaje de -83.33%- y de poseedor no dueño de un 17.67% restante, sobre un inmueble del cual detenta la posesión plena, desde que le fuera enajenado, puede agregar a su actual posesión la de sus antecesores, y consolidar la propiedad de la totalidad del inmueble ubicado en la carrera 4 número 14-33 de la nomenclatura urbana de Buga.

Veamos entonces si se cumplen los requisitos para la operancia del tan mencionado fenómeno jurídico.

-La posesión que se pretende agregar por el señor VILLAFÑE CARDONA, es material, física, esto es, con ánimo de señor y dueño sobre el bien materia del litigio, al igual que la de sus antecesores, en un período de 20 años, y

sobre el particular recábese que han sido enfáticos los testificales, en quienes no se advierte ánimo alguno por perjudicar ni favorecer, y que por lo mismo resultan dignos de crédito, al indicar, que las personas que vendieron al precitado ejercieron posesión sobre todo el inmueble pues vivían en toda la casa, y que han tenido el inmueble en forma quieta y pacífica desde el año de 1986, sin que haya existido persona que lo haya reclamado, y, que la propietaria de un derecho, señora CARMEN ESCOBAR DE PALACIOS, se encuentra desaparecida, en el exterior, sin que nadie de cuenta de ella.

La posesión ha sido ininterrumpida. Baste apreciar lo dicho por los testigos, al indicar, que los señores: JOSE EDISON RINCON VARON, -quien adquirió de las señoras MARIA FELIPA Y MARIA NIEVES ESCOBAR ARANA- el 5 de diciembre de 1986; MARGARITA BERMUDEZ RAMIREZ y YULIANA LERMA BERMUDEZ, quienes adquirieron desde el 1 de febrero de 1999, y luego el señor ARIEL VILLAFANE CARDONA, durante el tiempo que tuvieron la casa en su poder, no fueron sujetos de demanda judicial o de actos perturbatorios derivados de acciones judiciales.

-Tampoco la posesión ha sido violenta o clandestina, pues nadie adujo que las personas que antecedieron en la posesión al señor VILLAFANE, hubieren ingresado al inmueble por actos de despojo o invasión, ni acto semejante, o a título de tenedores tratando de intervertir aquel estado a posesión, con todo que así se extrae de la documental, que ilustra la cadena de tradentes inscritos sobre la referida propiedad raíz.

-El tiempo de las posesiones antecedentes a la del actual poseedor, permite engranar todo el eslabón necesario para configurar el requerido para usucapir por la senda de la prescripción extraordinaria del dominio. En efecto, el actual poseedor a la fecha de presentación de la demanda ostentaba una posesión de 6 meses 9 días, toda vez que merced a la compraventa del inmueble, le fue entregada la posesión desde el 28 de abril de 2006. A su turno sus antecesoras, quienes efectuaron la venta del predio, ostentaron la posesión, desde el 10 de febrero de 1999, hasta el 27 de abril de 2006, es decir, por un tiempo de 7 años, 2 meses y 17 días; quien precediera en dichos actos posesorios, señor JOSE EDISON RINCON VARON, lo hizo por un lapso de 12 años, 2 meses y 5 días, contabilizados desde el 05 de diciembre del año de 1986 hasta el 10 de febrero de 1999, y quienes le antecedieron señoras MARIA NIEVES Y MARIA FELIPA ESCOBAR ARANA, “adquirieron la posesión”, merced al contrato de compraventa contenido en la escritura 140 de 24 de febrero de 1971 y luego por contrato de 08 de septiembre de 1976, esto es, que ejercieron posesión por un espacio de 15 años, 9 meses y 2 días.

- Existe un título jurídico que justifica la suma del tiempo de los antecesores, según la exigencia de los artículos 778 y 2521 del Código Civil, pues está debidamente acreditado que el actual poseedor –prescribiente- es sucesor de su inmediato antecesor en el hecho posesorio, toda vez que ha

existido o mediado un vínculo jurídico que justifica legalmente el inicio de la posesión, con carácter derivativo, pues nada más ni nada menos, que estamos en presencia de un contrato de compraventa, que se erige en la justa causa de adquisición de la posesión del bien que pretende usucapir, fáctico que por donde se mire descarta que el señor VILLAFANE haya entrado a ostentar la posesión por un acto ilegal o violento, y, que por lo mismo protege la ley; por ello con acierto y refiriéndose a la “causa adquiriendi”, de la posesión, bien ha dicho nuestro máximo órgano de cierre ordinario:

“...Luego es claro que esa “causa adquiriendi” puede fincarse en cualquier clase de negocio jurídico, preparatorio o definitivo, que en atención a las condiciones concretas en el mismo consignadas, sea hábil para servir de nexo legítimo de unión entre aquellas situaciones posesorias que se agregan o fusionan. Sin embargo...en determinadas condiciones las promesas de contrato sí pueden desempeñar esa función en tratándose de prescripción extraordinaria basada de suyo en posesión irregular...”

Fallo éste, que por cierto, desarticula el razonamiento del juzgador de primer grado, en punto de que el vínculo jurídico exigido para agregar el tiempo de la posesión, debe ser de contenido solemne.

Añádase a lo dicho, que dentro del examen de aquellos vínculos jurídicos del poseedor actual con el de sus antecesores, en primer término, ni por asomo se ha cuestionado la veracidad de las escrituras contentivas de las tantas enunciadas ventas antecedentes a la del actual poseedor; de otra parte, han sido legalmente autorizadas según su clase, revistiendo las formalidades de ley; tampoco se ha develado la presencia de alguna causal de nulidad, razón que permite reputarlos plenamente válidos, en tanto la validez del justo título si se memora, hace referencia al hecho de que en el respectivo modo adquisitivo de propiedad no se haya incurrido en causal de nulidad absoluta.

Epílogo de lo expuesto, se estructura la agregación del tiempo de la posesión requerida para la declaratoria de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, al cumplirse todos los presupuestos requeridos para ello, aspecto, que conlleva a predicar la sinrazón del fallo de primer grado, quien al margen de cualquier consideración adicional sobre la carencia del vínculo jurídico de la transmisión de los derechos de posesión entre el demandante y su antecesor, -que por lo expuesto se encuentra presente- echó de ver, apelando a la interpretación de la demanda, que la agregación del tiempo de las posesiones como ha quedado pergueñado daba base sólida para consolidar el derecho de dominio de la totalidad del bien cuya declaratoria de prescripción se demanda.

Así las cosas, el fallo apelado será revocado en esta instancia.

Sentencia de 2ª instancia (2006-00095-00) del 06 de febrero de 2012, con ponencia de la Dra. Aura Julia Realpe Oliva. Decisión: revoca la sentencia apelada .

NULIDAD POR OMITIR LOS TÉRMINOS U OPORTUNIDADES PARA PEDIR O PRÁCTICAR PRUEBAS - No es motivo para su declaración el cerrar el período probatorio, cuya ampliación no se solicitó, sin señalar nueva fecha para concluir diligencia de inspección judicial suspendida.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 140. numeral 6º, 143, inciso 4º y 183.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 5320 del 10 de septiembre de 1999 y 177 de 2001

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas, el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿se configura nulidad por omitir los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para alegar de conclusión, cuando una vez vencido el periodo probatorio se cierra y corre traslado para alegar, sin haberse fijado nueva fecha para continuar una diligencia de inspección judicial que había sido suspendida por requerirse documentación que la parte no aportó oportunamente?

Para solventar tal cuestionamiento se dirá que la declaración de nulidades procesales, se rige de manera clara e inequívoca por el principio de la taxatividad, de tal suerte que el proceso es nulo, en todo o en parte, sólo en los casos consagrados en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, y en el caso específico consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, referente a las pruebas obtenidas con violación del debido proceso, que opera de pleno derecho. En consecuencia el sistema de nulidades se enmarca dentro de la regla distinguida como *pas de nullité sans texte*, que señala como punto matriz de la figura, la taxatividad de las causales, al no ser posible la prosperidad de la anulación, si la causal invocada no está consagrada en la ley.

Adentrándonos a la alzada propuesta, tiénese que la recurrente fundamentó su incidente de nulidad en la causal 6ª del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, la que a su juicio se configuró al cerrar el periodo probatorio y correr traslado para alegar de conclusión, sin haberse fijado nueva fecha para continuar la diligencia de inspección judicial que

inicialmente fue suspendida para que se allegara una serie de pruebas documentales necesarias para dicho efecto; de modo que ello le impide alegar de conclusión, pues pese a así haberse ordenado, ello no puede ser pues no se ha agotado totalmente la etapa probatoria; además que se está omitiendo el término y la oportunidad para pedir y practicar dicha prueba.

La causal de nulidad prevista en el numeral 6 del artículo 140 del C. de P.C., se presenta *“Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión”*.

Sobre el punto debe precisarse que es indiscutible que una de las manifestaciones esenciales del derecho de defensa, es la posibilidad que tienen las partes para solicitar el decreto y práctica de las pruebas que estimen indispensables para demostrar los hechos objeto del proceso, y que los términos y oportunidades para su evacuación sean respetados; de suerte que si en un proceso se desatienden las oportunidades para pedir pruebas, se recorta el término para que las decretadas sean practicadas, o se suprime el lapso para presentar alegatos de conclusión, se vulnera una de las garantías del debido proceso, y se incurre en la causal de nulidad en comento.

Al respecto ha precisado la Corte Suprema de Justicia que:

En el asunto sub-júdice se invoca la causal contemplada por el artículo 140 numeral 6º del Código de Procedimiento Civil, precepto que elevó a la categoría de nulidad procesal la omisión *“...de los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión”*. Su consagración como tal deviene de la lesión que infiere al principio de contradicción, pues sin tales oportunidades la parte afectada no cuenta con las etapas propicias para ejercer en debida forma la defensa de sus derechos. Para que la omisión del término de pruebas engendre nulidad, ha dicho la Corte, *“debe implicar un evidente cercenamiento del derecho esencial que asiste a las partes para pedir pruebas y para que le sean decretadas y practicadas, con notorio desconocimiento del derecho de defensa”* (G.J. CLXV pág. 70). Lo que se fulmina, dijo la Corte en otra ocasión, *“con nulidad es el estado de indefensión que produce la imposibilidad de pedir o practicar las pruebas con que la parte pretende acreditar los hechos de la demanda, o los hechos que estructuran las defensas del demandado. Pero si la irregularidad se refiere a que el juez se abstuvo de ordenar la práctica de algunas pruebas, entonces el vicio no ataca en forma directa el derecho general y abstracto de la parte a pedir y practicar pruebas, sino que lo hace en forma indirecta, atacando en primer lugar la concreción de ese derecho respecto de pruebas determinadas”*.

En tanto que el desconocimiento del derecho a pedir y practicar pruebas genera nulidad, el marginamiento de algunas de ellas de la relación que hace el juez en el auto que las decreta, genera una irregularidad de menor entidad, cuyo remedio se encuentra en los recursos que consagra la ley en favor de la parte agraviada (artículos 348 y 351 numeral 3 del C.P.C.).

Siendo ello así, en el caso específico planteado, dígase de entrada, el recurso está llamado al fracaso. En efecto, si se revisa con detenimiento el expediente, se puede concluir que a la parte demandante se le ha respetado el derecho de defensa y en especial la posibilidad para solicitar el decreto y práctica de pruebas, respetándose los términos y oportunidades establecidas por el estatuto adjetivo para su evacuación, e incluso para alegar de conclusión.

Al efecto debe precisarse que de conformidad con el art. 183 del Código de Procedimiento Civil *“Para que las pruebas puedan ser apreciadas por el juez, deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código”*; de donde se concluye que, las pruebas deben ser pedidas o allegadas en los términos que establece la norma procesal, además las etapas que se surten en los procesos tienen carácter preclusivo.

De acuerdo con el principio de preclusión, *“los actos procesales deben realizarse dentro de la etapa u oportunidad señalada por la ley”*, y en caso que se hayan dejado de practicar pruebas sin culpa de la parte que las pidió, a solicitud de ésta y conforme el artículo 184 ejusdem, podrá ampliarse el término señalado hasta por otro igual; *“...Vencido el término probatorio o el adicional en su caso, precluirá la oportunidad para practicar pruebas y el juez deberá, so pena de incurrir en la falta disciplinaria respectiva, disponer sin tardanza el trámite que corresponda”*.(Artículo 184)

En el asunto *sub examine*, revela el expediente que la prueba de inspección judicial fue oportunamente solicitada y decretada, pero el día de su práctica fue necesario esclarecer ciertas circunstancias relativas a la individualización del bien, por lo que se suspendió e instó a la parte demandante para que aportara prueba documental necesaria para el efecto, incluso, por auto del 2 de agosto de 2010 y para facilitar su recaudo, a solicitud de dicha parte, se ofició a Catastro de Cartago para lograr una de las pruebas requeridas. Para ese entonces se estaba *ad portas* de que concluyera el periodo probatorio, el cual iba desde el 21 de junio hasta el 18 de agosto de 2010.

Ante la superación de la aludida fecha límite, el juzgado mediante auto del 27 de agosto de 2010 dispuso requerir a la parte demandante para que dentro de los 5 días siguientes diera cuenta de la suerte del aludido oficio dirigido a

Catastro, pero pese a ello la parte interesada no emitió pronunciamiento alguno, ni tampoco solicitó ampliación del periodo probatorio, por lo que seguidamente, por auto del 10 de septiembre de 2010, aquel se declaró concluido corriendo traslado a las partes para alegar de conclusión.

En consecuencia la causal de nulidad alegada por la parte demandante no se ha configurado, pues resulta incontestable que ante el vencimiento del periodo probatorio, sin pronunciamiento frente al requerimiento y sin solicitud de adición del mismo, era deber de la Juez, so pena de incurrir en falta disciplinaria, disponer pronto el trámite subsiguiente, en este caso correr traslado para alegar de conclusión; circunstancias todas éstas que de contera sellan la suerte adversa de la apelación planteada tendiente a que se nulite la actuación, de manera que la providencia impugnada deberá ser confirmada.

Aunque lo anterior sería suficiente para despachar desfavorablemente la apelación, y no obstante lo anteriormente expuesto, debe agregarse que si eventualmente pudiera hablarse de nulidad, que no la hubo, sus motivos en todo caso fueron convalidados con la posterior actuación de la parte demandante dentro del proceso, como cuando con el memorial del 24 de septiembre de 2010 [-posterior al auto que corrió traslado para alegar-, aportó la prueba documental requerida, sin esgrimir ni hacer referencia a la pluricitada causal 6ª de nulidad, de donde se establece que de haberse presentado, la misma debió tenerse por saneada, siendo incluso procedente el rechazo *in limine* con fundamento en el artículo 143 inciso 4º del Código de Procedimiento Civil.

Frente a este tema la Corte Suprema de justicia, con ponencia del Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo, ha enunciado:

Es así como se puede precisar, delantadamente, que tal característica frustra la pertinencia del cargo propuesto, pues, tratándose del motivo de invalidez procesal consistente en omitir los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión (nral. 6 art. 140 C.P.C.), el régimen de procedimiento establece que no podrá alegarla “quien haya actuado en el proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla” (inc. 6º art. 143 C.P.C.). De suerte que si no se invoca incidentalmente y en el instante siguiente al momento en que se genera, queda saneado el vicio (nral. 1 art. 144 ib.), al punto que la solicitud de nulidad posterior debe ser rechazada de plano por el Juez, según lo precisa el inciso 4º *in fine* del artículo 143 ibídem.

En este orden de ideas y sin que resulten necesarias consideraciones adicionales, no era del caso decretar la nulidad alegada, por lo que se confirmará la decisión censurada.

Auto de 2ª instancia (2009-0099-01) del 20 de febrero de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la providencia apelada.

SEPARACIÓN DE CUERPOS - No se reduce a la falta de comunidad sexual entre los consortes o a otro tipo de incumplimiento de deberes conyugales/TESTIMONIOS SOSPECHOSOS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA – No pueden ser analizados con el mismo criterio que en otro tipo de litigios.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 25 de 1992, artículo 6º, numerales 3º y 8º.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 10 de marzo de 1987, con ponencia de Alejandro Bonivento Fernández y 2002 00405-01 del 04 de diciembre de 2006, con ponencia de Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; Tribunal Superior de Buga, Sala de Familia, decisión 10634 del 07 de septiembre de 1999, con ponencia de Felipe Francisco Borda Caicedo.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La manifestación que el señor JOSE ISAIAS GALVEZ plasmó en su demanda [acerca de que, el 1 de julio de 2009 acordó con la demandada “...separarse (...) de bienes y de cuerpos ante un Juez de Paz de la Casa de Justicia de ésta ciudad...” (folio 4 fte. cdo. 1o)], puesta frente al hecho de que dicha demanda se presentó el 10 de marzo de 2011 (folio 6 vto. cdo. ib.), no deja margen de duda alrededor de que entre uno y otro extremo temporal no transcurrieron dos años, y que, consecuentemente, la UNICA CAUSAL de divorcio aducida por el mencionado cónyuge, la cual exige una separación de cuerpos judicial o de hecho “...que haya perdurado por más de dos años...”, no se había tipificado al momento en que se presentó aquel libelo.

Y no se diga que el lapso transcurrido desde cuando efectivamente se produjo la separación de cuerpos (01-07-2009) hasta cuando el a-quo profirió el fallo de primera instancia (29-08-2011) debe computarse para efectos de la configuración de la mentada causal, pues bien sabido es que los hechos y circunstancias temporales que por regla general deben ser considerados al decidir el mérito de una determinada pretensión son los que se le plantean al Juez con la presentación de la demanda, como quiera que es en ese momento donde se reclama de la jurisdicción estatal el reconocimiento de un determinado efecto jurídico, derivado de los hechos que en aquel escrito son materia de invocación en dicho libelo.

Ahora: en torno al planteamiento expuesto por el señor GALVEZ al contestar la demanda de reconvencción en su contra impetrada, según el cual la pareja se encontraba "separada" desde el mes de junio de 2001 por cuanto desde esa calenda dormían en cuartos separados, poco es lo que hay para considerar, pues como en numerosas ocasiones lo ha puntualizado ésta Sala Especializada, la separación de cuerpos a que alude la causal octava de divorcio no se reduce a la falta de comunidad sexual entre los consortes o a otro tipo de incumplimiento de deberes conyugales [como dormir en cuartos separados o permanecer en espacios diferentes de la misma casa], sino que es menester el rompimiento total del tríptico de elementos axiológicos que sustentan la vida en común de los cónyuges, a saber, TECHO, LECHO y MESA.

De vieja data, en efecto, ha dicho ésta colegiatura que

"...(..) la ausencia de trato sexual o conyugal entre una pareja no es - por sí sola- circunstancia de cual válidamente pueda inferirse que quienes de esa manera se comportan, esten separados de cuerpos, pues mientras lo primero supone la simple falta de comunidad sexual entre los cónyuges, lo segundo (separación de cuerpos) se refiere es a la suspensión de la vida en común entre los desposados, como perspicuamente lo determina el artículo 167 del Código Civil.

Por mejor decirlo: la simple desaparición del afecto marital entre los cónyuges, o incluso la suspensión de relaciones sexuales entre éstos, no son, por sí solos, equivalentes a la "separación de cuerpos" que exige la causal octava de divorcio, toda vez que fenómenos tales -si bien tienen una nociva repercusión en la estabilidad matrimonial- distan mucho de coincidir con el supuesto factual -separación de cuerpos- pedido de manera nítida por la ley 25 de 1992 en la causal citada, como que ésta presupone un radical distanciamiento corporal entre los desposados (suspensión de la vida en común, a términos del artículo 167 atrás señalado), situación ésta que como en numerosas oportunidades lo ha puesto de presente ésta Sala, es bastante expresiva de que un matrimonio en el cual existe una estado de anormalidad como el que subyace en esas circunstancias "no solamente adolece del elemento medular sobre el que giran los deberes conyugales que para aquellos surge una vez se ajusta el acto matrimonial -COHABITACION- sino que, por contera, con ello paladinamente está predicando su total e irreversible desafecto, desnaturalizándose de esa manera una unión que, por ese motivo, se desprende de su carácter de comunidad espiritual y material de vida para pasar a constituir una mera ficción, fuente de infelicidad para los consortes, que por regla general termina afectando gravemente a los hijos, por cuanto socava enormemente las bases de la institución familiar".

El desafecto, pues, o la ausencia de comunidad sexual entre los esposos, no constituyen, por si solas, causal de divorcio, y menos pueden confundirse con el supuesto fáctico subsumido en la causal octava de divorcio, Lo que en rigor de verdad sucede, es que generalmente fenómenos como aquellos van implícitos o refundidos en algunos de los comportamientos u omisiones erigidos por la ley como constitutivos de causales de divorcio (v. gr. el grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposos, los ultrajes, las relaciones sexuales extramatrimoniales); pero bien claro debe quedar, que una cosa es esa subsunción o colateralidad de comportamientos, y otra asaz diferente es sostener que el solo desafecto marital, o la ausencia de trato sexual entre los esposos, configuran la separación de cuerpos que -por un interregno superior a dos años- exige la causal de divorcio enlistada en el ordinal octavo del artículo 6o. de la ley 25 de 1992...”.

Por modo que **LA UNICA CAUSAL** de divorcio aducida por el mencionado cónyuge **no fue acreditada en el proceso**, como acertadamente lo subrayó el juzgado *a-quo* en el fallo examinado.

En relación con la causal tercera de divorcio [ultrajes, trato cruel y maltratamiento de obra] que la señora LILIA HERMIDA DE GALVEZ enrostró en demanda de mutua pretensión a su cónyuge JOSE ISAIAS GALVEZ, la Sala razona de ésta guisa:

A partir de la reforma que a la antedicha causal introdujo la Ley 25 de 1992 [al suprimir la expresión “...*si con ello pelagra la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges, o sus descendientes, o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos...*”], no hay duda que para su tipificación es suficiente la existencia de un comportamiento que involucre agravios u ofensas al honor de uno de los cónyuges, por parte del otro, toda vez que como quedó consignado en la exposición de motivos de la mentada ley, “...*la evolución de las relaciones conyugales en el mundo entero no solo proscribe la violencia en el grado que atente contra la vida o la integridad personal, sino toda manifestación de irrespeto que no solo acuse falta de afecto entre los miembros de un hogar, sino que además lesione la dignidad que los cónyuges están obligados a enaltecer...*” (ANALES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, marzo 26 de 1992, página 4).

Puesto en otros términos: no es necesario que existan agresiones físicas. Bastan los agravios al honor, o al decoro, o a la propia estima de uno de los cónyuges, infligidos mediante palabras, escritos, o meras actitudes de suyo concluyentes en poner al descubierto un ánimo hostil que dibuje o exteriorice menosprecio hacia el otro cónyuge, para que ello sea tomado en cuenta como motivo determinante para el divorcio, habida cuenta que cuanto en rigor de verdad subyace en procederes de ese talante es la

inobservancia de uno de los deberes que constituyen piedra sillar de toda convivencia matrimonial: el respeto recíproco.

Al hacer descender los enunciados que anteceden al caso *subexámine* se impone prohiar el razonamiento del juzgado *a-quo* en punto de que la causal en comento se encuentra cabalmente acreditada, toda vez que los testimonios de los hijos de la pareja JANNETH BREZHNEV y DARLINGSO STARLING GALVES HERMIDA constituyen prueba asaz expresiva y convincente de que durante toda la convivencia de sus padres, JOSE ISAIAS GALVEZ ha sometido a LILIA HERMIDA DE GALVEZ a constantes agravios, y hasta a agresiones físicas.

En efecto, según el dicho de quienes en su condición de hijos de la multicitada pareja han tenido una privilegiada situación temporo-espacial para percibir en forma directa el desenvolvimiento de la vida matrimonial y familiar, “...*mi papá toda la vida le ha dado maltrato a mi mamá...*”; “...*mi mamá hasta ha puesto demandas en la Casa de la justicia, mi papá ha sido muy grosero...*”; “...*toda la vida [la ha maltratado física y emocionalmente], ahorita no le pega porque nosotros no dejamos...*”; “...*desde que me conozco (..) llegaba borracho y le pegaba...*”; “...*siempre ha existido maltrato familiar para mi madre y para nosotros, y con los años ha sido peor...*” (folios 46 a 49 cdo. 1o).

Por cierto: en relación con el “*cucharonazo*” que el señor JOSE ISAIAS GALVEZ dice haber recibido de su cónyuge en un ojo, los atrás citados hijos de la pareja manifestaron que ello fue “...*en defensa propia...*” toda vez que su padre “...*le iba a pegar a mi mamá con un bate...*”, episodio que ocurrió [el 03-06-2001] en presencia de DARLINGSO.

No sobra memorar, a propósito del superlativo poder suasorio que la Sala encuentra en el testimonio de los hijos de la pareja, que como desde antaño lo tiene dicho la jurisprudencia colombiana “...*hay procesos, concretamente los que aluden a asuntos de familia, en los cuales el manejo y calificación de la prueba y en especial del testimonio requiere de un análisis especial dado que la sospecha en el testimonio no puede ser analizada con el mismo criterio que en otros litigios, por la potísima razón de que los conflictos que se presentan en familia, generalmente ocurre con gran privacidad y cuando trascienden o se exteriorizan, solo se hace frente a la misma familia o a amigos muy allegados a la pareja. La intimidad con que ocurren este tipo de conflictos, deben conducir al juzgador a que tenga cuidado especial, para no tildar de sospechosos los testimonios recibidos en las condiciones anotadas, en virtud de que si no se les da valor, desde luego analizado el caso concreto y según las circunstancias de mayor o menor credibilidad, se estaría colocando a los contendientes en una situación tal que la prueba de los hechos alegados, en casi todos los casos, resultaría diabólica...*” (C. S. de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 10 de marzo de 1987. Magistrado ponente Dr. ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ).

El testigo ALVARO DIAZ HURTADO, por su parte, quien reside hace seis meses “en la misma casa de las partes”, se refirió igualmente a las agresiones verbales de que es víctima la señora LILIA HERMIDA por parte de su cónyuge. La trata, dijo textualmente, de “...sinvergüenza, que tiene mozo...”, y la amenaza con “echarla” de la casa.

Al sustentar la alzada, el apoderado judicial del señor GALVEZ afirmó que los testimonios de los dos hijos de la pareja no son creíbles por cuanto JANNETH residía en la ciudad de Cartago, en tanto que DARLINGSO “se encontraba estudiando”. En relación con ello basta puntualizar que siendo cierto que la primera “vivía” en la referida localidad [así lo admitió en su declaración], no es menos verdad que a pesar de ello “...he estado muy pendiente de mi mamá, viniendo a la casa, como ella ha estado muy enferma yo he estado muy pendiente de eso...” (folio 47 fte. cdo. ib.). De otra parte, hasta rayano en lo absurdo resulta proponer que la condición de estudiante del segundo [sicología, en la Universidad Antonio Nariño] no le permitió “tener conocimiento de los hechos”, como aquel episodio en el cual -puntualmente memoró- su madre tuvo que defenderse con un “cucharón” ante la agresión “con un bate” de que fue objeto por parte de su padre.

Los testimonios de FRANCISCO JAVIER ORDOÑEZ GARCIA, JOSE NORBEY GUEVARA y JOSE FABIO PATIÑO [citados al proceso a instancia del señor JOSE ISAIAS GAKVEZ], simplemente refirieron no constarles las agresiones de las que se ha venido haciendo mérito. Y como es apenas obvio, el hecho de que a una persona no le conste un hecho, vale decir, que no lo haya presenciado, jamás puede conducir a afirmar que ese hecho, sí presenciado por otros, no existió. Huelga que, en los demás aspectos [como que la señora LILIA “no cumplía con los deberes de esposa”] la razón o ciencia de sus dichos está apuntalado en lo que el propio demandante les comentó. O sea, se trata de testigos *ex-auditor*, cuyo poder suasorio es bastante precario. Por no decir, ninguno.

Conclúyese, pues, que los ultrajes y maltratos enrostrados oportunamente en la demanda de reconvención al señor JOSE ISAIAS GALVEZ [mismos que, cabe subrayarlo, han subsistido incluso durante los 6 meses anteriores a la fecha en que se inició el proceso] se encuentran cabalmente acreditados en el proceso. Y de ello, por supuesto, ha de seguirse el despacho favorable de la pretensión de divorcio incoada por la señora LILIA HERMIDA DE GALVEZ, como en efecto lo determinó el juzgado *a-quo* en la sentencia impugnada, la cual será confirmada en ésta instancia superior, incluyendo el señalamiento de cuota alimentaria en favor de la cónyuge inocente, a cargo del cónyuge culpable, toda vez que ciertamente concurren los elementos axiológicos para ese tipo de condena, a saber: (i) cónyuge culpable (alimentante), y cónyuge inocente (alimentario), como ha quedado determinado en el presente caso; (ii) necesidad alimentaria de la cónyuge inocente, deducida de su edad, carencia de ingresos fijos y problemas de

salud que la aquejan; y (iii) capacidad económica del cónyuge culpable (ingresos mensuales netos por concepto de pensión de jubilación (FOPEP) al año 2011, de \$950.366.85), acreditada en el sublite.

PRECISION FINAL. El recurrente sugiere, en su escrito impugnatorio, que el divorcio se impone pero por culpa de la señora LILIA HERMIDA en razón a que fue ella quien en el año 2001 lo agredió [episodio del “cucharón”, ya referido en páginas anteriores]. Sobre el particular ha de decirse que (i) dicho señor no adujo ese hecho en la oportunidad procesal que tenía para hacerlo, esto es, en la demanda; y (ii) suponiendo que lo hubiese hecho, quedó claro en el proceso que fue él quien agredió con un bate a su cónyuge, y que ésta no hizo más que defenderse de esa injusta agresión, utilizando el elemento casero que tenía en sus manos, a saber, un “cucharón”.

Sentencia de 2ª instancia (16840) del 20 de febrero de 2012, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la providencia apelada.

JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA – A ella, y no a la jurisdicción civil, incumbe el conocimiento de las controversias contractuales en las que son parte las empresas de servicios públicos domiciliarios con capital público superior al cincuenta por ciento.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Contencioso Administrativo, artículo 82, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, y artículo 85, modificado por el artículo 5 de la Ley 1395 de 2010.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Consejo de Estado, decisiones 33645 del 12 de diciembre de 2007, 3093, Sección Tercera, del 08 de febrero de 2007 y 32896 del 07 de junio de 2007, Sección Tercera.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas, el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿corresponde a la Jurisdicción ordinaria conocer del trámite de un proceso en donde se demanda la nulidad de una cláusula de un contrato del que hace parte una Empresa de Servicios Públicos, cuyo capital social es mayoritariamente público?

A efectos de dar respuesta al anterior planteamiento debe precisarse que las excepciones previas contempladas en nuestra legislación adjetiva

constituyen aquellos medios de defensa judicial con que cuenta el extremo pasivo de la litis, no para enervar las pretensiones de la demanda, sino para evitar actuaciones innecesarias o inútiles, o remediar ciertas fallas del proceso con los mismos fines. Cuando se trata de este tipo de excepciones, nuestra legislación se rige de manera clara e inequívoca por el principio de la taxatividad, de tal suerte que únicamente podrán formularse con el carácter de previas las excepciones contempladas en el estatuto procesal civil.

Dentro de los medios dilatorios que contempla el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, se destaca el previsto en la regla primera, que tiene como objeto impedir que asuntos que son de conocimiento de determinada jurisdicción, por la naturaleza de la pretensión y los hechos en que se soporta, los conozca funcionario diferente a quien no se le ha atribuido la misma.

En tales condiciones corresponde a la jurisdicción ordinaria específicamente a la jurisdicción civil, el conocimiento de las controversias de derecho privado, y a la contenciosa administrativa el de los conflictos que se originen entre la administración en ejercicio de las funciones que le son propias y los particulares, en cuanto se encuentren sujetas a las reglas de derecho administrativo.

Esta especie de jurisdicción se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales y Juzgados Administrativos, y como lo previene el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1° de la Ley 1107 de 2006, *“...está instituida para juzgar controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado...”* (subrayado fuera de texto).

Entonces es notorio que el legislador colombiano para determinar competencias, adoptó el criterio de la naturaleza de la actividad desplegada por la entidad pública; de allí que el H. Consejo de Estado haya precisado:

...con la expedición de la Ley 1107 de 2006, el Legislador asignó, sin dar lugar a hesitación alguna, a la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo la competencia para juzgar las controversias en las cuales sean parte las "entidades públicas", sin importar la función que desempeñe cada una de ellas, pues se pasó de considerar el "criterio material o funcional", como el factor determinante para deslindar las competencias del juez ordinario de las del juez administrativo, a establecer que el decisivo es el "criterio orgánico", de acuerdo con el cual el elemento axial a efectos de atribuir la competencia es la pertenencia de uno de los sujetos procesales a la estructura del Estado.

En este mismo sentido, en reciente pronunciamiento, la Sala sostuvo, en relación con las razones que dieron lugar a la expedición de la citada Ley 1107 de 2.006, lo siguiente:

"Según esta historia legislativa, es indiscutible que el Congreso dispuso entregarle a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el juzgamiento de las entidades estatales, incluidas las que prestan SPD, pues, no en vano los procesos contractuales y extracontractuales fueron los que sirvieron de paradigma, durante los 4 debates, para expresar que existía una diferencia profunda en las altas Cortes, con respecto al tema de la jurisdicción, y que era necesario reformar el art. 82 del CCA para resolver el problema.

Este último debate resultó siendo especialmente esclarecedor del párrafo del artículo segundo, pues, una vez más, se dejó establecido que esta jurisdicción era quien debía volver a conocer de las controversias donde fuera parte el Estado, incluidas las empresas de SPD -motivo determinante del proyecto de ley-, salvo en las materias que desde la exposición de motivos se había indicado: el tema laboral y los ejecutivos de facturas de los SPD".

Y la anterior premisa es aplicable a cualquier tipo de proceso en el cual se vean implicadas empresas de servicios públicos domiciliarios, entre los cuales se incluyen, a título de ejemplo, las controversias contractuales, las extracontractuales, las de nulidad o las de nulidad y restablecimiento del derecho. Adicionalmente, una de las partes involucradas en el contrato que originó el laudo cuya solicitud de anulación se decide mediante el presente proveído es una empresa de servicios públicos domiciliarios, dado que la E.T.B. S.A. E.S.P., es una Empresa de Servicios Públicos mixta, la cual, al formar parte de la estructura del Estado -en tanto que "entidad pública"-, determina que la Sala resulte competente para decidir el asunto. (Negritas fuera de texto)

En consecuencia, queda claro que la reforma introducida por la ley 1107 de 2006 estableció que el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa es juzgar las controversias y litigios originados en las actividades públicas, incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%, sin importar la calidad de la actuación -pública o privada- sino, la pertenencia de uno de los extremos procesales a la estructura del Estado.

En el caso *sub judice* ELECTRIFICADORA SANTANDER S.A. ESP se encuentra constituida como una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de naturaleza mixta, cuyo capital social es mayoritariamente público. Luego, con fundamento en el criterio orgánico, tiene el carácter de

entidad estatal y, en consecuencia, es a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a la que le compete resolver el presente proceso ordinario.

Así las cosas, al tener la controversia suscitada entre los aquí convocadas, origen en un contrato en el que una de las partes involucradas es una empresa de servicios públicos domiciliarios, fácilmente se advierte la falta de jurisdicción del Juzgado de primera instancia para conocer del presente asunto, correspondiéndole a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo su conocimiento.

No obstante se advierte que el inferior jerárquico echó de menos la regla prevista en el penúltimo inciso del artículo 85 del Código de Procedimiento Civil, reformado por el artículo 5º de la Ley 1395 de 2010, en concordancia con el numeral 8º del artículo 99 ejusdem, omitiendo remitir la actuación a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por considerarse la competente, de suerte que se impone la revocatoria del numeral 3º de la parte resolutive de la decisión apelada en cuanto dispuso el archivo del expediente, para en su lugar ordenar la remisión de las diligencias al Juzgado Administrativo –Reparto de la ciudad de Cali, previas las constancias del caso.

Auto de 2ª instancia (2010-0063-01) del 22 de febrero de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca el numeral 3º de la parte resolutive de la providencia apelada y confirma en lo restante.

UNIÓN MARITAL DE HECHO – La permanencia que la distingue no se rompe por las separaciones transitorias o los alejamientos temporales entre los compañeros/ACCIÓN PARA LA DECLARACIÓN DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO – Por su naturaleza, a diferencia de la acción para la declaración de la sociedad patrimonial y su disolución, no está sujeta a término de prescripción.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 54 de 1990, artículos 1, 2 y 8.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 13 de octubre de 1993, expediente 3617, con ponencia de Rafael Romero Sierra, del 10 de mayo de 1994 y 2002-00197-01 del 11 de marzo de 2009, con ponencia de William Namén Vargas; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 14881 de marzo de 2008, con ponencia de Felipe Francisco Borda Caicedo.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Por escrito, al comparecer directamente al proceso, la señora GRAJALES HENAO no solo alegó en su favor la prescripción de las acciones ejercidas por el demandante, sino que a más de reconocer expresamente que convivió “...por años...” con la demandante, allegó copia del acta contentiva del acuerdo al que ambos llegaron el día 12 de mayo de 2010 ante la Comisaria de Familia de Cartago dentro del trámite de “*violencia intrafamiliar*” que para esas calendas cursó en ese despacho, en la cual claramente subyace el reconocimiento de la existencia de una convivencia -ya terminada en ese momento- entre ambos.

Obra en el proceso copia del registro civil de nacimiento del menor KEVIS DANIEL QUICENO GRAJALES (nacido en Cartago el día 26 de febrero de 1996), hijo extramatrimonial de la citada pareja.

A la audiencia de conciliación celebrada en el presente proceso el día 27 de enero de 2001 no compareció la demandada; y como no justificó su inasistencia a ese acto, en su contra opera el “*indicio grave*” de que trata el numeral 2, parágrafo 2 del artículo 101 del C. de P. Civil.

Por auto del 08-02-2011 el juzgado decretó el interrogatorio de parte de la demandada MARIA DEL ROSARIO GRAJALES, y a la audiencia señalada para tal efecto tampoco compareció, y menos justificó su incomparecencia a dicho acto. En tales condiciones, opera en contra de dicha señora la confesión ficta o presunta consagrada en el artículo 210 del C. de P. Civil. O lo que es lo mismo, corresponde presumir que son ciertos los hechos de la demanda “*susceptibles de prueba de confesión*”, y es claro que lo referente a la convivencia entre una pareja atañe a una situación fáctica susceptible de confesión.

Es verdad que uno de los dos testigos cuyas declaraciones fueron recepcionadas en el decurso del proceso (HERIBERTO ANTONIO PLATA IDARRAGA) no está en posibilidad de referir hechos alusivos a la convivencia como marido y mujer de las partes sino durante el tiempo que lleva de conocerlos, esto es, aproximadamente dos años, de los cuales ciertamente habría que descontar el término de separación que para el momento de su declaración ya llevaban aquellos.

No es menos cierto, empero, que la otra declarante (LUZ MARIELA GIRALDO YEPES) precisó delantadamente en su exposición que conoce a los aquí litigantes “...desde que vivieron ahí enseguida de mi casa, calle 43, manzana 27, casa 3-80 el Trébol, y la casa de ellos es la 3-79, o sea la siguiente a la mía, hace mas o menos nueve o diez años...” (folio 3 fte. cdo. 2), agregando que durante ese prolongado lapso “...los vi como una pareja normal...”.

De ahí que con prescindencia de la separación acaecida entre la tantas veces citada pareja, el poder suasorio de ésta declaración no puede ser ignorado de

tajo, como lo hizo el juzgado *a-quo* en la sentencia apelada, y menos bajo el descaminado argumento de que la convivencia entre una pareja debe ser ininterrumpida para que pueda surgir unión marital de hecho y sociedad patrimonial. Ha de señalarse, a este propósito, que si bien el artículo 1 de la ley 54 de 1990 dispone que la convivencia en comento deber ser “*permanente*” y singular, de lo primero no se sigue que la existencia -nada infrecuente en la compleja dinámica de las relaciones de pareja- de separaciones o alejamientos temporales entre sus integrantes, desnaturalice la unión marital. Por mejor decirlo: la permanencia que demanda el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 no traduce la exigencia de un modelo de convivencia ajeno a conflictos o a separaciones temporales entre los compañeros permanentes, pues como lo ha puntualizado ésta Sala en pronunciamientos anteriores, de que la apuntada ley exija singularidad y permanencia

“...no se sigue que las dos exigencias antes mencionadas, particularmente la “permanencia”, apunten de manera apodíctica a que solo un modelo o arquetipo de convivencia (v.gr. donde no se presenten problemas de pareja, discusiones, o separaciones transitorias) es el que quedó amparado bajo los efectos de la Ley 54 de 1990, pues ello sería tanto como aceptar que el citado estatuto legal estableció unos excluyentes paradigmas de vida en pareja, hipótesis que no solo desconocería la diversidad cultural existente en nuestro país, sino que hasta atentaría con la libre autodeterminación de quienes deciden convivir como pareja bajo parámetros que a los ojos de otros quizás resulten atípicos o hasta “*anormales*”, pero que sin apartarse de la singularidad, resultan asonantes con lo que la Carta Política simplemente cualifica como “*voluntad responsable*” de conformar una pareja por “*vínculos naturales*”.

De ahí que no son de recibo planteamientos enderezados a hacer ver que no puede considerarse unión marital la convivencia de una pareja por el hecho de que el desenvolvimiento de la vida entre los que la conforman ha discurrido dentro de parámetros conflictivos o de belicosidad, y que en ese contexto han existido numerosas separaciones físicas transitorias entre ellas, pues si bien a los ojos de muchas personas (seguramente la mayoría) no es por esos andariveles como la vida de pareja debe transitar, ello no comporta, fatalmente, que se considere desnaturalizada o finiquitada la convivencia; y peor aún, se concluya que en tales circunstancias no es procedente declarar la existencia de unión marital de hecho, si por otro lado no aflora duda de que la comunidad de vida -con

sobresaltos y todo- no perdió su singularidad y permanencia, entendida ésta no como una medición cronométrica y estereotipada del lapso en que la pareja realmente ha durado físicamente -y en paz- juntos, sino como la repetida vocación de compartir sus vidas, a pesar de los conflictos que entrambos se susciten...” (Sentencia de marzo de 2008. Radicación No. 76-520-31-10-002-2003-0377-01. Consecutivo interno 14.881. Magistrado ponente Felipe Francisco Borda Caicedo).

Por lo demás, sería todo un contrasentido que la permanencia que exige el artículo 1 de la Ley 54 de 1990 tuviera los alcances que propone la sentencia opugnada, esto es, que las separaciones no definitivas o transitorias de los integrantes de la unión de facto constituye circunstancia impeditiva para declarar la existencia de dicha unión marital, y por ende de la sociedad patrimonial, cuando el artículo 8o del mismo estatuto legal consagra que solo la separación física DEFINITIVA entre los compañeros permanentes es la que sirve de detonante o punto de partida para el cómputo de la prescripción de las acciones judiciales enderezadas a obtener la disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial.

Durante la conciliación de la que atrás se habló [Comisaría de Familia de Cartago], la cual se llevó a cabo el 12 de mayo de 2010, el demandante expresó que “...*hace dos años me separé de la María del Rosario...*”, lo cual traduce que tal separación ocurrió, según lo declarado por el propio actor ante un funcionario público, el 12 de mayo de 2008.

Al conjuntar o articular los elementos probatorios y conductas procesales antes reseñadas, fuerza es concluir que entre actor y demandada existió una convivencia permanente y singular entre el mes de junio de 1988 y el 12 de mayo de 2008, lo cual conduce a reconocer la existencia, entrambos, de UNION MARITAL DE HECHO durante el referido lapso.

Ahora bien: en punto de la SOCIEDAD PATRIMONIAL cuya declaración también fue incoada en la demanda, las cosas no discurrirán de igual modo, toda vez que si bien la unión marital de hecho se prolongó más allá del bienio que exige el artículo 2 de la Ley 54 de 1990 [lo que daría lugar a declarar la existencia de la referida sociedad universal], la demandada, como en páginas anteriores se dejó reseñado, con total claridad alegó en su favor la prescripción extintiva de las acciones ejercidas por su ex-compañero permanente, alegación que, importa precisarlo, ha de entenderse referida únicamente a la acción encaminada a obtener la declaración de existencia de la sociedad patrimonial y su disolución, toda vez que en consideración a las notorias diferencias entre éste tipo de acción [de jaez meramente patrimonial] y la enderezada a obtener la declaración de existencia de la UNION MARITAL DE HECHO [de estado civil], no hay duda que ésta última es imprescriptible.

Por modo, se itera, que ante la invocación expresa de la prescripción por parte de la demandada [o lo que es lo mismo, ante su no renuncia a dicho fenómeno extintivo], y visto que la propia declaración que el demandante efectuó el 12-05-2010 ante la Comisaría de Familia de Cartago arroja clarificadores luces acerca de que su separación con la demandada acaeció a mediados del mes de mayo de 2008 [con lo cual, por cierto, coincide el testimonio de la señora LUZ MARIELA GIRALDO YEPES, quien indicó sobre ese particular que “...él hace más o menos dos años o dos años y medio que se fue de la casa...”] (folio 3 fte. cdo. 2o), se impone declarar probada la alegada prescripción de la acción enderezada a la declaración de existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, y su correspondiente disolución, lo que consecuentemente apareja desestimar las pretensiones derivadas del ejercicio de dicha acción patrimonial.

Sentencia de 2ª instancia (16842) del 23 de febrero de 2012, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca la sentencia apelada.

DERECHO A LA SALUD – Libre escogencia de la entidad promotora de salud/DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD – El no solicitar el traslado del grupo familiar no está previsto legalmente como motivo para coartar tal facultad.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 100 de 1993, artículos 153, numeral 4º, 156 y 159; Decreto 1485 de 1994, artículo 14, numeral 4º; Decreto 806 de 1998, artículo 45; Ley 1122 de 2005, artículo 25, parágrafo 1º; Código de Procedimiento Civil, artículo 177.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-010 y T-011 de 2004.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)El problema jurídico se centra en resolver ¿si como lo sostuvo el *a quo* le corresponde a S.O.S., brindar la atención médica requerida por la accionante?

Sobre el particular habrá de anotarse que dentro de los principios rectores que orientan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se encuentra el denominado por el legislador como de “*libre escogencia*”, consagrado en el numeral 4º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, a saber:

Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios.

De igual forma, en los artículos 156 y 159 de la Ley 100 de 1993, se indica que dicho principio es una de las características básicas del S.G.S.S.S., el cual permite a los afiliados la elección libre de Entidad Promotora de Salud y constituye una garantía para ellos, con relación a la debida organización y prestación del servicio público de salud. Así entonces, el principio de *“libre escogencia”*, además de ser una de las reglas del servicio público de salud, rector del S.G.S.S.S., es una garantía para los afiliados, así, el artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 consagra en el numeral 4°, que el derecho a la libre escogencia es la *“facultad que tiene un afiliado de escoger entre las diferentes Entidades Promotoras de Salud, aquella que administrará la prestación de sus servicios de salud derivados del Plan Obligatorio”*.

En este mismo sentido, el artículo 45 del Decreto 806 de 1998 señala que *“la afiliación a una cualquiera de las entidades promotoras de salud, EPS, en los regímenes contributivo y subsidiado, es libre y voluntaria por parte del afiliado. Por consiguiente, el cambio de EPS no sólo se autoriza sino que se garantiza legalmente.”*

Por su parte, el párrafo 1° del artículo 25 de Ley 1122 de 2007, contempla los eventos en el que los usuarios pueden hacer uso de la libre escogencia, estableciendo:

Parágrafo 1°. El usuario que vea menoscabado su derecho a la libre escogencia de IPS o que se haya afiliado con la promesa de obtener servicios en una determinada red de prestadores y esta no sea cierta, podrá cambiar de aseguradora sin importar el tiempo de permanencia en esta. El traslado voluntario de un usuario podrá hacerse a partir de un año de afiliado a esa EPS según reglamentación que para dichos efectos expida el Ministerio de la Protección Social. La Superintendencia Nacional de Salud podrá delegar en las entidades territoriales la autorización de estos traslados. La aseguradora que incurra en las causales mencionadas en el presente artículo será objeto de las sanciones establecidas en la Ley por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, salvo las limitaciones a la libre elección derivadas del porcentaje de obligatoria contratación con la red pública. (Subraya de la Sala).

Como se observa, el ejercicio del derecho a la *“libre escogencia”* se encuentra sometido al cumplimiento de las condiciones previstas en el

parágrafo 1º del artículo 25 de Ley 1122 de 2007, es decir, cuando el usuario se vea perjudicado en su derecho a la libre escogencia de IPS o que se haya afiliado por medio de una oferta, promesa, compromiso de una determinada red de prestadores y esta no sea cierta podrá cambiar de aseguradora sin importar el tiempo de permanencia, y en el evento que el usuario quiera trasladarse voluntariamente de EPS., podrá hacerlo a partir de un (1) año de estar afiliado a esa EPS, por ello, fuera de los requisitos previstos en la citada normatividad, las EPS no deben imponer limitaciones al ejercicio de éste derecho, por tanto, dichas entidades no pueden desarrollar conductas o adelantar políticas encaminadas a impedir, restringir o condicionar la voluntad de los usuarios del SGSSS que deseen trasladarse a otra entidad prestadora del Sistema de Salud, cuando cumplan los requisitos normativos.

Así las cosas, en el caso puesto en consideración de la Sala, la documentación allegada al encuadernamiento, en especial de las respuestas otorgadas por las EPS accionadas denotan que MARINA APARICIO DE PIEDRAHITA estuvo afiliada en el S.G.S.S.S. con la NUEVA EPS. y posteriormente se vinculó con la EPS. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD (S.O.S.), sin que dicho traslado hubiere llegado a feliz término, por cuanto la primera de las entidades anotadas lo negó bajo el argumento “*No solicita traslado por el grupo familiar completo*” (fl. 8 C. 1), actuar que a consideración de la Sala es violatorio de los derechos fundamentales de la parte actora, ya que dicha causal no está enlistada en el parágrafo 1º del artículo 25 de Ley 1122 de 2007 como aquellas por las cuales se pueda negar el pluricitado traslado.

Además, no debe perderse de vista que no se acreditó idóneamente que personas hacían parte del grupo familiar de la accionante; igualmente, la actora adujo que no tenía grupo familiar, manifestación que constituye una negación indefinida y por tanto exenta de prueba al tenor de lo preceptuado en el canon 177 del Código de Procedimiento Civil, máxime si se tiene en cuenta, que la entidad accionada NO demostró lo contrario, pues en ella recaía la carga de la prueba, sumado al hecho que a partir de la nueva vinculación, los aportes en salud se empezaron a consignar a la S.O.S., por parte del ISS.

De tal manera, que debido a las diferentes actuaciones administrativas en las que se han visto involucradas cada una de las entidades accionadas, quienes durante más de ocho (8) meses, se han endilgando responsabilidad la una en la otra, no le han prestado el servicio médico a la accionante, es más, a pesar que la EPS. S.O.S., arguye que no existe afiliación vigente entre esa entidad y la accionante, no se explica la Sala porqué entonces no efectuó la devolución de los aportes de Salud que le ha consignado el ISS desde el mismo momento en que MARINA APARICIO DE PIEDRAHITA realizó los trámites de afiliación con esa entidad para la prestación del servicio de salud, al punto, que incluso a la fecha de emisión de esta determinación aún no lo ha hecho.

Por tanto, conforme con lo dispuesto en el artículo 159 de la ley 100 de 1.993 que garantiza a los afiliados al sistema general de seguridad social, la libre escogencia y traslado entre entidades promotoras de salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el Gobierno Nacional dentro de las condiciones previstas en dicha ley, y por cuanto MARINA APARICIO DE PIEDRAHITA realizó los trámites tendientes al traslado de EPS., es decir, actualmente está afiliada a la EPS. S.O.S., es a dicha entidad como lo sostuvo el *a-quo*, a quien le corresponde prestar la atención médica por ella requerida, razón por la cual no existía razón válida para negar el servicio como aquí ocurrió.

No cabe duda que en el asunto de marras el inconveniente presentado con la prestación del servicio médico a la accionante fue originado por la no liberación o autorización del traslado de la usuaria por parte de la NUEVA EPS, a pesar de haberse reunido los requisitos legales para ello, lo que conllevó al cese en la asistencia del servicio de salud; sin embargo no es procedente que se pretenda trasladar a la usuaria tal responsabilidad, por ello es que en el *sub examine* se considera que el actuar de las entidades accionadas es violatoria de los derechos fundamentales de la actora.

En cuanto al recobro, éste se negará por ser una consecuencia directa de la prestación del servicio, sobre todo, cuando lo decidido por esta colegiatura y la jueza de primera instancia no se impusieron cargas que estén excluidas del POS.

Sentencia de tutela de 2ª instancia (2011-00646-01) del 24 de febrero de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia impugnada y confirma en lo restante.

INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA – No es posible valerse de ella para alterar una pretensión que ha sido expresada de manera clara/PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE TRANSPORTE – No está llamada a prosperar cuando la responsabilidad reclamada por los herederos del pasajero fallecido es de naturaleza extracontractual/COMPAÑÍAS ASEGURADORAS – No responden por los perjuicios morales cuando tal cobertura ha sido excluida en la póliza.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 1494 y 2341 a 2356; Código de Comercio, artículos 993 y 1006; Código de Procedimiento Civil, artículo 307.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 1998-00650 del 30 de junio de 2005, del 16 de julio de 2008 y 2006-00190 del 05 de abril de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)De acuerdo con los límites que impone la censura, a esta instancia corresponde despejar los siguientes cuestionamientos: ¿es errónea la calificación de la responsabilidad declarada?, en caso de ser negativa la respuesta ¿son aplicables los términos de prescripción contemplados en el artículo 993 del Código de Comercio, cuando se demanda la responsabilidad civil extracontractual por parte de los herederos del pasajero?, y ¿si corresponde a la llamada en garantía responder por los perjuicios morales por los que se condenó a las sociedades demandadas?

En lo tocante al primer punto, esto es, a la *“errónea calificación de la responsabilidad”* baste poner de presente que si bien el Juez tiene el deber de interpretar la demanda, también lo es que cuando los términos de la pretensión son claros, bajo tal excusa, no se le permite variarlos. En este caso aunque resulta cierto que en el hecho primero del líbello inicial se hace alusión a un incumplimiento del contrato de transporte celebrado por la señora OSPINA VARGAS (q.e.p.d) y las aquí demandadas, no se puede desconocer que en las pretensiones se indica con claridad evidente que lo invocado es una responsabilidad civil EXTRACONTRACTUAL, y como quiera que el fallador no puede *“alterar los términos fundamentales que en sustancia identifican la controversia”*, el medio exceptivo no se configura.

En lo tocante a la prescripción, el artículo 993 del Código de Comercio reza que *“Las acciones directas o indirectas provenientes del contrato de transporte prescriben en dos años”*, dicho precepto no es aplicable a los herederos del pasajero cuando solicitan la responsabilidad civil extracontractual, por las razones que a continuación se indican:

El artículo 993 cuando hace referencia a las *“acciones directas”* son las propias del negocio jurídico y las *“acciones indirectas”* aluden al instituto de la subrogación.

La acción de responsabilidad civil extracontractual que se promueve al amparo de lo reglado en el artículo 1006 del Código de Comercio por los herederos del pasajero fallecido no se enmarca en el concepto de *“acciones directas o indirectas provenientes del contrato de transporte”* al que refiere el artículo 993 *ejusdem* *“sino que se regula por el régimen común, pues como quedó visto, su misma naturaleza ‘extracontractual’ tiene su origen en el hecho que ocasiona el daño y, que para el caso debatido corresponde, como se infiere de la citada norma, a la muerte del viajero, es decir, que ese*

acontecimiento luctuoso es la causa del agravio con significación económica, mas no el incumplimiento del aludido acuerdo”

Siendo consecuencia obvia de lo atrás expuesto que el término de dos años previsto en el artículo 993 del Código de Comercio, no es aplicable a la acción en comento, pues como lo ha precisado la jurisprudencia la ***“prescripción de las acciones derivadas del contrato de transporte no está llamada a prosperar, por cuanto la responsabilidad de los demandados se reclamó por la vía de la responsabilidad extranegocial, que no está sujeta a los plazos que para la extinción de las acciones resultantes del referido pacto consagra el artículo 993 del Código de Comercio”***, son éstas razones suficientes para confirmar la decisión de primera instancia.

Ahora bien, procede dilucidar si la llamada en garantía debe responder por los perjuicios morales a los que fueron condenadas las demandadas.

La póliza allegada a efectos de cubrir a terceros afectados cobija el amparo patrimonial, y en las condiciones generales se indica en el ítem de exclusiones ***“2.13 RECLAMACIONES QUE NO SEAN CONSECUENCIA DIRECTA DE DAÑOS O PERJUICIOS MATERIALES”***.

Los perjuicios se dividen en materiales e inmateriales, los primeros cobijan el daño emergente y el lucro cesante, y los segundos se clasifican el *pretium doloris* o daño moral y el perjuicio fisiológico.

Los perjuicios inmateriales hacen alusión a ***“perjuicios que no tienen una naturaleza económica, en el sentido de que, por definición, no se les puede medir en dinero”***, y en tal sentido se encuentran excluidos de la póliza de responsabilidad civil extracontractual emitida por SEGUROS COLPATRIA S. A.

Por lo que no enmarcándose los perjuicios morales dentro de los denominados perjuicios materiales, no podía ordenarse que se cobijaran por la llamada en garantía.

Finalmente, y sólo con fines académicos por cuanto como ya se acotó la llamada en garantía SEGUROS COLPATRIA S. A., aunque apeló no sustentó el recurso conllevando a que en esta instancia lo declare desierto y por ende sean inmodificables las condenas que frente a ella se realizaron en la sentencia objeto de revisión, cabe advertir a la Jueza de primer grado que al no haberse demandado directamente a la aseguradora, sino que ésta se convocó al proceso, en virtud del llamado efectuado por la empresa transportadora no era dable condenarla directamente por los perjuicios materiales causados por no ser ella la responsable de aquellos, como emerge equivocadamente de la forma en que se realizó la condena sino que debió hacerlo en calidad de garante de la obligación, esto es, como tercero

obligado al reembolso, premisa que debe tener en cuenta para futuras definiciones.

De acuerdo con lo discurrido se confirmara la sentencia apelada y se condenará en costas de esta instancia, a los impugnantes.

Sentencia de 2ª instancia (2007-00073-00) del 24 de febrero de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

SALA LABORAL:

CONDICIÓN DE TRABAJADOR AFORADO – No se pierde por el hecho de pertenecer, al momento de la terminación del contrato, a una planta de cargos transitoria/RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL A TRABAJADOR AFORADO – No exime al empleador en la obligación de solicitar el permiso para el levantamiento del fuero sindical.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias C-1443 de 2000 y T-029 de 2004.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En síntesis, la atención de la Sala versará sobre los siguientes aspectos, planteados por la recurrente: i) si el demandante gozaba o no de fuero sindical, por estar conformando, al momento de la terminación de su contrato, una planta de cargos transitoria y; ii) Si había o no lugar a solicitar permiso para levantar el fuero sindical del demandante, dado que su retiro del servicio obedeció a la concesión de una pensión de jubilación convencional.

Respecto al primer interrogante, se tiene que de conformidad a lo planteado por la abogada del Municipio de Cartago, tanto en el escrito de respuesta a la demanda, como en el de apelación, no cabe la menor duda que el accionante, al momento de su retiro del servicio estaba amparado por el fuero sindical derivado de su condición de tesorero de la Subdirectiva Cartago del Sindicato Nacional de Trabajadores de las Entidades Territoriales de los Departamentos, Distritos, Municipios y Corregimientos de Colombia “SINTRAENTEDDIMCCOL”, como se desprende del certificado No. 006 de 25 de mayo de 2010, por el cual fueron inscritos unos cambios en la Junta Directiva de la misma, en la que el actor comenzó a fungir como Fiscal; de modo que para la fecha del retiro (31 de diciembre de 2010), gozaba de la garantía foral, no obstante que estuviera integrando una planta de cargos transitoria, creada mediante Decreto 00088 del 01 de octubre de 2008, aclarado mediante el Decreto 000127 de 18 de diciembre del mismo año; planta que fue

suprimida mediante el Decreto 038 de 30 de julio de 2010, (folios 126 a 130), en el que se planteó, en la parte final de sus consideraciones, que *“...una vez suprimida la Planta de Personal Transitoria por formar parte de las acciones del Programa de Saneamiento Fiscal iniciado en el año 2008, según certifica la Secretaría de Hacienda Municipal, cuenta con disponibilidad presupuestal para efectuar cualquier pago que sea necesario durante los procesos de levantamiento de fuero sindical de los servidores públicos, cuando ello corresponda, en el Presupuesto de Gastos de Inversión para la actual vigencia 2010,”* –folio 129-.

Del mismo acto administrativo, fluye diamantinamente que la entidad demandada tenía previsto solicitar el levantamiento del fuero sindical de los trabajadores aforados y, de otro lado, el hecho que el actor estuviera integrando una planta transitoria, no le restaba su calidad de aforado.

Ahora bien, en segundo lugar, dice la apelante que no se debía levantar el fuero sindical al actor, puesto que su retiro obedeció a que se le reconoció una pensión de jubilación, hecho este que se encuentra debidamente probado; sin embargo, para la Sala este argumento no es de recibo en una acción de reintegro; puesto que, como lo observó el juzgado, el motivo o causa para despedir sólo es de recibo en la acción misma de solicitud de permiso para despedir.

De otro lado, así se haya reconocido una pensión de jubilación convencional al actor; debía la demandada solicitar autorización para hacerlo, tal como lo predicó la Corte Constitucional en sentencia C-1443 de 25 de octubre de 2000...

(...)Entonces pues, así se trate de una pensión legal o extralegal, debe, en todo caso el empleador consultar al trabajador su acogimiento a la prestación; pues de lo contrario, se configuraría una terminación unilateral del contrato de trabajo, sin justa causa; más aún, en tratándose de trabajadores aforados, a los que, previa consulta, debe solicitarse al juez del trabajo, el levantamiento del amparo; dado que la norma que consagra el fuero sindical no hace excepciones de ningún tipo a éste requisito.

En conclusión, se confirmará la sentencia de primera instancia, con imposición de condena en costas de segunda instancia, a la parte demandada y apelante vencida, a tenor de lo prevenido en el numeral 3º del Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, fijándose la suma de \$566.700,00, como agencias en derecho.

Sentencia 001 del 11 de enero de 2012, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia apelada.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Deben celebrarse por el término estrictamente indispensable y no prolongarse en el tiempo/CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Se justifican cuando la actividad contratada no pueda realizarse con personal de planta o requiera de conocimientos especiales/SANCIONES MORATORIAS POR EL NO PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES Y LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTIAS – Se imponen al ser evidente la existencia de la relación laboral y el propósito de burlar los derechos ciertos e irrenunciables del trabajador.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 80 de 1993, artículo 32; Decreto 165 de 1997, artículo 2; Decreto 2127 de 1945, artículos 20, 47 y 48; Ley 06 de 1945; Decreto 797 de 1949, artículo 1º; Decreto 3135 de 1968, artículo 10; Decreto 1848 de 1969, artículos 47 y 51; Decreto 1042 de 1978, artículo 58; Decreto 1045 de 1978, artículos 20 y 21; Ley 50 de 1990, artículo 99 y Ley 1344 de 1996.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión 10153 del 11 de diciembre de 1997, con ponencia de Rafael Méndez Arango.

TESIS DE LA DECISIÓN:

A tono con los argumentos vertidos por la parte demandante en su escrito de apelación, la Sala deberá precisar la modalidad de contratación que unió a las partes entrabadas judicialmente, para determinar si los servicios prestados por la señora Alexandra Janeth Calle Sandoval estuvieron signados por la ley 80 de 1993, artículo 32, o si, por el contrario, estuvieron cobijados, como lo subraya la apelante, por un contrato de trabajo.

Entrando en el punto materia de apelación, esto es, la modalidad de contratación que ligó a las partes, resulta acertado memorar que entre las partes no hubo controversia sobre los servicios personales prestados por la demandante al Instituto de Seguros Sociales - Seccional Valle del Cauca (del 30 de octubre de 1996 al 21 de enero de 2001 y del 3 de mayo de 2004 al 30 de julio de 2005 –folio 349-), dado que el ente encartado así lo admitió al contestar la demanda; pero se opuso a que dichos servicios estuvieran soportados por un contrato de trabajo e insistió en que se prestaron bajo la égida de contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993.

El numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2º del Decreto 165 de 1997, al referirse a los contratos de prestación de servicios, previó:

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración

y funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especiales.

Estos contratos, no generan en ningún caso, relación laboral ni prestaciones sociales. Los contratos a que se refiere este ordinal, se celebrarán por el término estrictamente indispensable....”.

Del texto anterior se deduce que la mera suscripción de un contrato de prestación de servicios no es suficiente para que dicho contrato quede cobijado por la Ley 80 de 1993, dado que para la configuración de este tipo de contrato se requiere el lleno de ciertas condiciones, entre las que se cuentan las siguientes:

- i) Que el contrato debe pactarse con personas naturales sólo cuando las actividades a contratar (las relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad) no puedan cumplirse con el personal de planta o que se requiera personal con conocimientos especiales, y**
- ii) Que su desarrollo se cumpla por un término estrictamente indispensable, con la advertencia que dichos contratos no constituyen una relación laboral ni dan derecho a prestaciones sociales.**

De allí que, aunque la actora suscribió varios contratos de prestación de servicios por tiempo determinado y siguiendo aparentemente las pautas del canon antes mentado, el ente demandado infringió esa disposición porque permitió que las labores que cumplió la presunta contratista tuvieran continuidad, como se desprende de los contratos arrimados al proceso, continuidad que superó el tiempo indispensable que pregona la Ley 80 de 1993; pues, en su primera fase (del 30 de octubre de 1996 al 21 de enero de 2001), duró un lapso de cuatro (4) años, dos (2) meses y 22 días; no obstante que en su segunda fase (del 3 de mayo al 30 de julio de 2005) perduró por espacio de un (1) año, dos (2) meses y 28 días; quedando así evidenciado, que a pesar de haberse celebrado los contratos de prestación de servicios con persona natural, en esas fases se violó la otra exigencia, consistente en que la duración de dichos contratos debe ser por “...un término estrictamente indispensable”.

Otro presupuesto para la viabilidad de los contratos de prestación de servicios que consagra la Ley 80 de 1993 en su artículo 32, modificado por el artículo 2º del Decreto 165 de 1997, es que la actividad a contratar no pueda cumplirse con el personal de planta; exigencia que no se cumple en los contratos celebrados entre la actora Alexandra Janeth Calle Sandoval y el ente demandado, quien no demostró que en su planta de cargos no existía personal, vinculado por contratos de trabajo, que desempeñara las mismas funciones que ejecutaba la demandante y, más concretamente, develar que no contaba con personal suficiente para cubrir las funciones consistentes en atender reclamaciones y resolver solicitudes de pensiones y recursos o que requería personal altamente calificado para su desempeño.

De modo que, como tampoco se demostró que la actora poseyera conocimientos preferentes o altamente calificados, dada su especialidad, frente a quienes fungen como profesionales universitarios – abogados, vinculados mediante contrato de trabajo; partiendo de la presunción del contrato de trabajo, consagrada en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, que establece que el contrato de trabajo *“...se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe y aprovecha; corresponde a éste último destruir la presunción”*.

Entonces, al estar acreditado que la demandante prestó sus servicios personales continuos al instituto demandado, en el oficio de profesional universitaria - abogada, como lo informan los multicitados contratos de prestación de servicios, se presume que esos servicios estuvieron regidos por sendos contratos de trabajo, ya que dicha presunción no fue desvirtuada por el extremo pasivo de la *litis*, cuando le correspondía hacerlo.

Concluyendo, los contratos arrimados al proceso no alcanzan a desvirtuar la presunción del artículo 20 del decreto antes mencionado y, menos, que en esos servicios no hubiera existido el elemento esencial del contrato de trabajo, la subordinación o dependencia de que habla la Ley 6ª de 1945 y su Decreto Reglamentario 2127 de 1945; puesto que dicho elemento se halla acreditado con el testimonio del señor Fernando Chávez Gallego (folios 359 y 360), quien fue conteste al asegurar que la actora no gozaba de autonomía en el desempeño de sus funciones, ya que recibía órdenes del jefe del departamento de pensiones o del abogado coordinador del ente demandado y que estaba sujeta al cumplimiento de un horario de trabajo preestablecido.

Al estar acreditada la prestación personal del servicio por parte de la reclamante, de forma continuada, pero en dos períodos que oscilaron desde el día 30 de octubre de 1996 hasta el día 21 de enero de 2001 y desde el día 03 de mayo de 2004 hasta el día 31 de julio de 2005; se concluye que la misma estuvo regida por dos contratos de trabajo de duración indefinida, conforme a la presunción del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 y en atención a que entre uno y otro medió una interrupción superior a los tres (3) años.

En este orden, procederá la Sala a analizar las pretensiones de la demanda, comenzando por las derivadas del contrato de trabajo que culminó el día 21 de enero de 2001, para observar que, como la demandante presentó la reclamación administrativa el día 15 de marzo de 2007 (folios 6 a 8), fácil resulta concluir que a esa data ya había operado el fenómeno extintivo de la prescripción sobre los derechos causados (artículo 102 Decreto 3135 de 1968), pues, en esa época habían transcurrido más de tres (3) años desde la exigibilidad de las pretensiones aquí reclamadas, esto es, desde el 21 de enero de 2001.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con las pretensiones derivadas de la segunda relación laboral (la comprendida entre el día 3 de mayo de 2004 y el 31 de julio de 2005), pues sobre ellas no recayó el fenómeno prescriptivo -ni

en forma parcial-, en tanto vez que la reclamación administrativa se efectuó el 15 de marzo de 2007.

De esa manera, la Sala procederá a analizarlas, teniendo en cuenta que el salario mensual devengado por la demandante durante los años 2004 y 2005 fue de \$1.853.940,00 y \$1.955.907,00, respectivamente, dato que se extrae de los contratos de prestación de servicios visibles de folios 14 a 21 y de la constancia obrante a folio 4 del expediente; con la salvedad que los derechos sociales se liquidarán conforme a las disposiciones legales que aplican a los trabajadores oficiales.

(...)Sobre la pretendida sanción moratoria por no consignación de las cesantías a un fondo, se tiene que, el régimen de cesantías de los servidores públicos, en la actualidad es el anualizado, contenido en la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, normas que remiten al artículo 99 de la Ley 50 de 1990 e imponen una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo, en los casos de no consignación de las cesantías en un fondo.

Dicha sanción, aplica, según la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, cuando exista evidencia clara de que el empleador oficial dejó de depositar las cesantías porque se lo impidieron razones de peso, entre las que se menciona aquellas que tienen que ver con el desenvolvimiento de la relación de prestación de servicios, las cuales indican que existió una relación de trabajo subordinada y, por ende, había lugar a consignar la prestación en comento.

Si bien en el caso que se estudia, las partes ajustaron contratos de prestación de servicios; en la realidad tal vinculación fue, a todas luces, subordinada, en tanto que la actora cumplía órdenes y horarios en la realización de las tareas a ella impuestas y, de otro lado, por cuanto los contratos se causaron en forma continuada.

De allí que no se pueda presumir la buena fe del ente demandado en su omisión y es por ello que se impondrá la sanción, por 165 días, contados por el periodo comprendido entre el 15 de febrero y el 31 de julio de 2005, a razón de un salario diario (\$65.196,90), para un total de \$10.757.488,00.

A más de los anteriores pedimentos, se solicitó la indemnización por el no pago oportuno de las acreencias prestacionales, sanción que sería la consagrada en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, la cual no puede ser aplicada en forma automática, como lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sus varios pronunciamientos; no obstante, estima la Sala que la misma tiene vocación de prosperar, dado que la relación que se configuró fue de estirpe eminentemente laboral, en la cual estuvo presente el elemento subordinación; por manera que los ajustados contratos de prestación de servicios, no fueron más que una artimaña –dado su soporte antijurídico- de la entidad beneficiaria de los servicios, para

desconocer derechos sociales que son, como ya se sabe, irrenunciables y ciertos, para todo trabajador colombiano; de donde se deduce mala fe que hace precedente imponer condena por el no pago oportuno de los salarios y prestaciones debidos a la finalización del contrato de trabajo, la cual, correrá a partir del 03 de noviembre de 2005, hasta la fecha en que se realice el pago total de las prestaciones sociales e indemnizaciones aquí reconocidas, a razón de \$65.196.90, diarios.

Sentencia 007 del 31 de enero de 2012, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: revoca en su totalidad la sentencia apelada.

REINTEGRO POR DESPIDO INJUSTIFICADO – En la actualidad sólo beneficia a los servidores que tuviesen, a 1 de enero de 1991, diez o más años al servicio continuo del empleador.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto Ley 2351 de 1965, artículo 8; Ley 50 de 1990, artículo 6 y Ley 789 de 2002, artículo 28.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El mandatario judicial del accionante deprecó el reintegro de su prohijado, en atención a que, fue despedido en estado de incapacidad y con más de 10 años de servicios; y, subsidiariamente, reclamó las prestaciones asistenciales derivadas del Decreto 1295 de 1994, el pago de dominicales festivos y compensatorios y la consecuencia reliquidación del auxilio de cesantía, por manera que a estos tópicos dirige la Sala el análisis.

En primer lugar, se tiene que el reintegro por despido injustificado, se encuentra previsto en el numeral 5º del artículo 8º del Decreto Ley 2351 de 1965, el cual preveía:

“...Con todo, cuando el trabajador hubiere cumplido diez (10) años continuos de servicios y fuere despedido sin justa causa, el juez de trabajo podrá mediante demanda del trabajador, ordenar el reintegro de éste en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba y el pago de los salarios dejados de percibir o la indemnización en dinero prevista en el numeral 4º literal d) de este artículo. Para decidir entre el reintegro y la indemnización, el juez deberá estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio y si de esa apreciación resulta que el reintegro no fuere aconsejable en razón de las incompatibilidades creadas por el despido podrá ordenar, en su lugar el pago de la indemnización. ...”.

Sobre dicha figura, ha de observarse que, en su párrafo transitorio, el artículo 6º de la Ley 50 de 1990, mantuvo la garantía de estabilidad consagrada en aquella norma, al disponer:

“...Parágrafo transitorio. Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley tuvieren diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, seguirán amparados por el ordinal 5º del artículo 8 del Decreto-ley 2351 de 1965, salvo que el trabajador manifieste su voluntad de acogerse al nuevo régimen. ...”.

Finalmente, el artículo 28 de la Ley 789 de 27 de diciembre de 2002, modificadorio del artículo 6º de la Ley 50 de 1990, previó que se continuaría aplicando el párrafo transitorio del citado artículo 6º, bajo las siguientes condiciones:

“...Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley, tuvieren diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, se les aplicará la tabla de indemnización establecida en los literales b), c) y d) del artículo 6º de la Ley 50 de 1990, exceptuando el párrafo transitorio, el cual se aplica únicamente para los trabajadores que tenían diez (10) o más años el primero de enero de 1991.” (El acento es de la Sala).

De allí que, el reintegro de trabajadores despedidos, permanece hoy vigente, únicamente para aquellos servidores que a 1º de enero de 1991, hubiesen cumplido diez o más años al servicio continuo del empleador, en los términos consagrados por el ordinal 5º del artículo 8º del Decreto Ley 2351 de 1965; siempre y cuando su despido haya acaecido sin justa causa.

De tal manera, que, como en el caso de la especie se tiene que entre el 16 de septiembre de 1986 y el 1º de marzo de 2000, esto es, por espacio de 13 años, 5 meses y 6 días; y que para el 1º de enero de 1991, contaba con un tiempo de servicio igual a 4 años, 3 meses y 15 días, no era merecedor al pretendido reintegro, puesto que no alcanzó a tener los diez (10) años de servicios requerido por el artículo 28 de la Ley 789 de 2000 y es por estas circunstancias legales y de hecho, que se debe confirmar la absolución impartida por el juzgado, por concepto de reintegro.

En segundo lugar, solicitó el demandante, el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas, derivadas de la enfermedad que contrajo por un accidente de trabajo que padeció en vigencia de la relación laboral; el cual, dicho sea de paso, fue reportado oportunamente por la demandada a COLPATRIA ARP, en fecha 29 de febrero de 2000, como consta en el documento de folio 37.

En ese orden de ideas, se puede predicar que a la fecha del infortunio el demandante se encontraba vinculado a COLPATRIA ARP y que, por ende, cualquier prestación económica, derivada de su enfermedad profesional, debía ser atendida por ésta entidad, como en efecto ocurrió, pues el informe emanado de la administradora de riesgos en mención y que obra en las fojas 56 y 57, son claros en indicar que al actor le fueron pagadas las prestaciones asistenciales y económicas derivadas del accidente de trabajo que padeció el 17 de enero de 2000 y que no tiene estudios pendientes sobre la misma.

Es así como, dichas pretensiones, tampoco estaban llamadas a la prosperidad, como lo declaró el juzgador de primer grado.

Finalmente, se advierte que tampoco hay lugar al reconocimiento de los salarios causados por concepto de trabajo en días de descanso obligatorio y sus compensatorios; puesto que, si se revisan las pruebas obrantes en autos, no existe documento alguno que dé cuenta del número de horas o días que laboró el actor bajo tales circunstancias y si se tiene en cuenta que los testigos Luis Alfredo Albornoz López y Bernarda Ríos Morales (folios 66 y 67), informaron que el demandante laboraba en días de descanso; tampoco precisaron el tiempo en que lo hizo y es por ello que no puede la Sala efectuar cálculos sin fundamento alguno, para despachar favorablemente las súplicas en mientes.

De contera, la pretensión relacionada con el reajuste o reliquidación del auxilio de cesantía, la cual considera la Sala está asociada a la remuneración de labores en días de descanso obligatorio; no puede salir avante.

En suma, se confirmará la decisión de primera instancia, sin que haya lugar a calcular costas en la segunda instancia, dado que el conocimiento del asunto emanó del ejercicio oficioso del grado jurisdiccional de consulta, establecido legalmente a favor del trabajador vencido en primera instancia y no apelante.

Sentencia 009 del 31 de enero de 2012, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia apelada.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – Distribución proporcional entre el cónyuge y la compañera permanente en los casos de convivencia simultánea.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 797 de 2003, artículo 13.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias C-081 de 1999 y C-1035 de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El objeto o materia de apelación se concreta en establecer, si dada la convivencia simultánea, declarada por el juzgado entre la cónyuge y compañera permanente del causante, es posible que también se declare beneficiaria del derecho pensional a la compañera permanente y demandante.

En efecto, el juzgado dio por sentado que existió convivencia simultánea entre el causante y las litisconsortes que concurrieron en reclamo de la pensión por sobrevivencia; no obstante lo cual, privilegió en el reconocimiento a la señora Mélida Lenis, por ostentar la condición de cónyuge *supérstite*, en aplicación rigurosa del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Es un hecho cierto que el causante falleció el día 05 de abril de 2006; por lo que la norma aplicable al caso es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cual, modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y que reza:

“Artículo 13.- Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o súperstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente súperstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente súperstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente, será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;...” (Lo resaltado es de la Sala).

En efecto, la norma establece que cuando el causante haya tenido convivencia simultánea con su cónyuge y su compañera permanente, por lo menos durante los últimos cinco años anteriores a su óbito, la beneficiaria de la pensión ha de ser la esposa.

No obstante, que el juzgado dedujo que la convivencia de la señora María Rubiela Ospina con el ex pensionado había regido entre el mes de noviembre de 2001 y el 05 de abril de 2006 (folio 244), la apelante insiste en que la convivencia tuvo lugar por un tiempo equivalente a ocho años; razón por la cual, el Tribunal se detendrá, en primer lugar, a establecer si con las pruebas aportadas al plenario se encuentra acreditado el tiempo de convivencia mínimo exigido por la ley en mientes.

Al respecto se tiene que, de folios 49 y 94, glosa un contrato de arrendamiento suscrito por el causante como arrendatario de un apartamento ubicado en la Carrera 33 A, del Barrio Pueblo Nuevo de Palmira.

De otro lado se tiene que al juzgado compareció a declarar la señora María Lilia Ramírez (folios 192 y 193), quien dijo conocer a la pareja compuesta por Ospina y Martínez, desde el año 1997, cuando vivieron en una pieza de la casa que la testigo posee en arrendamiento, la cual, según sus generales de ley, se ubica en la calle 31 No. 33-88 de la ciudad de Palmira; sitio donde residieron por espacio de dos años, pues de allí se trasladaron a un lugar cercano a su casa; constándole que la pareja vivió en forma continua y permanente y que era el señor Rosendo Martínez quien prodigaba lo necesario al sostenimiento de su pareja y del hogar, pues inclusive pagaba el canon de arrendamiento y que permanecieron juntos hasta el momento de la muerte de aquel.

De igual forma, compareció a declarar el señor Libardo Antonio Urrutia Polanía (folios 196 y 197), quien laboró, con el finado, para el Municipio de Palmira; y, en razón de ello, dijo conocer a la señora Ospina, de algo más de ocho (8) años, contados a la fecha de su declaración (9 de febrero de 2009); razón por la cual le consta que aquellos convivían juntos, puesto que siempre que requería a su compañero lo buscaba en casa de la señora María

Rubiela Ospina, persona que lo acompañaba en muchas ocasiones. Finalmente el declarante informó que desconocía si el finado tenía esposa.

De las probanzas delineadas, lo que surge es que, ciertamente, el causante convivió también con la señora María Rubiela Ospina, por tiempo superior a los cinco años anteriores al fallecimiento de aquel; pues si bien el contrato de arrendamiento del apartamento en que convivieron data del 26 de noviembre de 2001; la testigo María Lilia Ramírez, dio cuenta de una convivencia que existía para el año 1997, testigo a quien se le brinda plena credibilidad, en tanto que la pareja vivió en su casa, la cual se encuentra ubicada muy cerca al apartamento que el causante tomó en arrendamiento en el año 2001; de modo que a juicio de la Sala -y contrario a lo asentado por el juzgado- la convivencia entre la señora María Rubiela Ospina y el señor Rosendo Martínez (Q.E.D.P.) perduró por tiempo superior al requerido en la norma que se citó; ya que por lo menos inició el 31 de diciembre de 1997.

Así las cosas, volviendo al grueso del análisis, se tiene que en los casos de convivencia simultánea del causante con una cónyuge y una compañera permanente, el legislador puso a la familia establecida por la unión matrimonial por encima de la creada por el vínculo natural; lo que también encierra una flagrante discriminación, en tanto que excluye a la compañera permanente, con quien el causante tuvo comunidad de vida estable y a quien prodigó lo necesario a su congrua subsistencia por espacio de algo más de ocho años antes de su muerte; situación fáctica que no es extraña en los tiempos actuales.

(...)Con apoyo en el anterior criterio jurisprudencial y teniendo en cuenta la situación de hecho que indica la convivencia simultánea entre cónyuge y compañera permanente; frente a la discriminación que de esta última se hace en la Ley 797 de 2003; la Sala no puede pasar por alto, que si bien es cierto el deceso del causante acaeció con anterioridad al pronunciamiento de la Corte Constitucional, ya citado, también es cierto que la misma ley mencionada, en su artículo 13, previó que *"Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido"*. Es por ello que, a juicio del Tribunal, con el fin de evitar la vulneración del derecho a la igualdad de la compañera permanente en este caso concreto, el anterior parámetro legal será el llamado a aplicarse.

Allende lo dicho, debe resaltarse que, desde antes del pronunciamiento contenido en la sentencia delineada, ya se había admitido la convivencia simultánea entre cónyuge y compañero o compañera permanente con un pensionado o afiliado fallecido y se había reconocido su vocación de beneficiarios, tal como aconteció en la sentencia C-081 de 1999, en la cual la Corte Constitucional trajo a colación la sentencia de julio 1º de 1993, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, a favor de quien en verdad prestó

asistencia y compañía al trabajador o pensionado hasta el momento de su muerte.

Puestas así las cosas, itera la Sala que debe tenerse en cuenta que la finalidad de la pensión por sobrevivencia es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependieron patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico; por lo que en el caso concreto se ha de resolver el conflicto mediante la distribución del derecho reclamado, en forma proporcional al tiempo de convivencia de cada una de las reclamantes, en tanto que dichos tiempos superan el límite mínimo de cinco (5) años fijado en la norma y difieren en su extensión, como se explica a continuación:

La señora Mélida Lenis, cónyuge *supérstite*, convivió con el causante desde su enlace matrimonial emprendido el día 27 de noviembre de 1966 (folio 122) hasta la muerte de su cónyuge, acaecida el día 05 de abril de 2006 y, por su parte, la compañera permanente, señora María Rubiela Ospina, convivió con el ex pensionado, entre el 31 de diciembre de 1997 y el 05 de abril de 2006, data del fallecimiento del causante.

Es que con las personas mencionadas el causante consolidó grupos familiares independientes y no se hallan razones que justifiquen un trato discriminatorio hacia la compañera permanente, como el que contiene la norma puesta en controversia; pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo, de manera simultánea, por voluntad propia del causante, en cabeza, tanto de la cónyuge, como de la compañera permanente.

En suma, se impone la modificación sustancial de la parte resolutive de la sentencia recurrida para, en su lugar, condenar al Instituto de Seguros Sociales – Seccional Valle del Cauca, representado por el señor RAÚL SUÁREZ FRANCO, o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar a la cónyuge *supérstite*, señora MÉLIDA LENIS, el 41.32% de la pensión por sobrevivencia originada en la muerte del ex pensionado, señor Rosendo Martínez, y el 8.68%, de la misma prestación a favor de su compañera permanente, señora MARÍA RUBIELA OSPINA, a partir del 05 de abril de 2006, incluidas las mesadas adicionales causadas y con los ajustes legales que sobre la pensión hayan recaído conforme lo dispuesto por el Gobierno Nacional, sumas que deberán indexarse a la fecha en que se produzca el pago.

Una vez cesen o terminen las causas que dieron origen al reconocimiento del restante 50% al señor FERNANDO MARTÍNEZ LENIS, en su condición de hijo inválido del causante, las pensiones prorrateadas deberán acrecentarse a favor tanto de la cónyuge como de la compañera, hasta la proporción aquí deducida.

En el evento que cesen los motivos que propiciaron el reconocimiento del restante 50% a las beneficiarias, se incrementará el porcentaje de la pensión al señor FERNANDO MARTÍNEZ LENIS.

Sentencia 014 del 31 de enero de 2012, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: modifica la sentencia apelada.

SALA PENAL:

PERMISO DE 72 HORAS Y PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD PENAL - En aquellos delitos incluidos en las prohibiciones del artículo 11 de la Ley 733 de 2002.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 58; Ley 65 de 1993, artículo 147; Ley 153 de 1887, artículos 40, 43 y 44.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 24052 del 14 de marzo de 2006, con ponencia de Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Se contrae básicamente el presente recurso de apelación, a la aplicación puntual por parte del Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira Valle, en lo relacionado con las prohibiciones impuestas en la ley 733 del 2002 en su art 11, con ocasión al permiso de 72 horas, en los el delito de Secuestro Extorsivo.

Esta sala de decisión debe de partir primeramente por abordar las cuestiones objeto debate partiendo primeramente por el principio de favorabilidad desarrollado por la Ley 153 de 1887, en los siguientes artículos. ARTICULO 40: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.....Artículo 43: “La ley preexistente prefiere a la *ex post facto* en materia penal. Nadie puede ser juzgado o penado sino por la ley que ha sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquéllas que establecen los tribunales y determinan los procedimientos, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40”.....Artículo 44: “En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquélla sea

posterior al tiempo en que se cometió el delito.....Esta regla favorece a los reos condenados que estén sufriendo su condena.”

El principio de favorabilidad penal regulado en la norma precedente debe de mirarse y analizarse con el principio de legalidad, el cual da cuenta del carácter exceptivo que presenta el primero frente al segundo en el ámbito penal, pues si por el principio de legalidad la norma penal rige hacia el futuro una vez promulgada y de esta forma el juzgamiento penal debe producirse de conformidad con las leyes preexistentes al acto que se imputa, la favorabilidad permite que una norma penal al ser más benéfica al procesado o al delincuente pueda aplicarse en forma retroactiva. Por otra parte la permisividad o favorabilidad penal que allí se establece se hace igualmente extensiva a todos los procesados y condenados, en este último caso por mandato expreso.

Ahora bien, la expedición de una nueva norma penal más favorable puede llegar a configurar dentro del ordenamiento jurídico una regulación diferente de la conducta humana penalmente reprochada y sancionada, a través de la alteración de alguno de los elementos del tipo penal o incluso a través de la eliminación del mismo, como también por la modificación de las penas impuestas para sancionar la comisión del delito, entre otros aspectos.

De esta manera, la prevalencia de una situación de permisividad o favorabilidad penal en oposición a la correlativa situación restrictiva o desfavorable, supone una sucesión de leyes en el tiempo que logra hacerse efectiva en dos situaciones: 1) frente a las que se encuentren en curso, es decir en los procesos que aún están en trámite en las etapas de investigación y juzgamiento y 2) en relación con las personas ya condenadas cuya situación jurídica se encuentra consolidada en el tiempo. En este último caso, es obligatorio que la situación ya definida jurídicamente continúe produciendo efectos al momento de la entrada en vigencia de una nueva legislación que varía la normatividad en forma más benéfica, pero sólo en cuanto a la respectiva modificación que puede llegar a introducir en el régimen punitivo dadas las consecuencias que por ello se sigan evidenciando, puesto que en relación con el régimen de la tipicidad la sentencia penal ya ejecutoriada es intangible.

En consecuencia, para determinar cuál ha de ser la situación permisiva o favorable en materia penal predicable de situaciones jurídicas consolidadas, cuando han quedado sometidas a los alcances normativos de disposiciones que se suceden en el tiempo -una más favorable que la otra-, es forzoso analizar cada caso en particular, para de ahí definir la aplicación de la disposición que le permita al condenado gozar de los beneficios que le garantiza la aplicación directa del principio constitucional de la favorabilidad, el cual es exigible por el mismo por tratarse de la titularidad de un derecho fundamental.

Descendiendo el anterior análisis al caso bajo estudio y teniendo en cuenta la sentencia traída a colación por el recurrente, emanada por la Corte Suprema de Justicia, en la cual determino la derogatoria tácita de la ley 733 art 11 del año 2002, con ocasión a la concepción de los subrogados penales y beneficios prohibidos por la norma aludida, en relación con los delitos cobijados por esta; Sintetizo, lo siguiente “ las prohibiciones contenidas en el artículo 11 de la Ley 733 del 2002 no son aplicables a los delitos de secuestro, extorsión, secuestro extorsivo, terrorismo y conexos cometidos a partir del 1º de enero del 2005 en los distritos en los que rige a plenitud la Ley 906 del 2004, por las siguientes razones: 1. La reducción de pena por sentencia anticipada y por confesión, por insubsistencia de la norma en cuanto ninguna de las figuras aparece reproducida en el nuevo Código de Procedimiento Penal.....2. La libertad condicional, la redención de pena por trabajo o estudio y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por la derogatoria tácita originada en virtud de la expedición de las Leyes 890 y 906 del 2004, en las que se regulan o se hace referencia a esos institutos, sin establecer prohibiciones en razón de la naturaleza del delito cometido.....3. Respecto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria, la posibilidad de ser acordadas a través de las negociaciones que realicen fiscalía e imputado, convenios que obligan al juez excepto si son lesivos de las garantías fundamentales, no admite exclusiones por la naturaleza del delito a menos que se exprese en contrario una inequívoca voluntad legislativa manifestada a través de una ley que se expida en la nueva y transformada realidad del sistema procesal penal. Entre tanto, la prohibición deviene insubsistente”.

Puestas así las cosas se tiene que los hechos ocurrieron el día 06 de noviembre del año 2002, lo cual no daría en principio conceder el beneficio por cuanto, la providencia aludida es enfática en manifestar, que solo se procede para los delitos cometidos a partir de 01 de enero del año 2005; por tal razón debemos de dar aplicación en este caso al artículo 58 de la Constitución para solucionar el conflicto que se presenta con ocasión al irretroactividad de la ley que para este caso concreto se exalta, pues ella garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas de derecho. No obstante, la misma Carta fundamental en el mencionado artículo, autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo, o de aquéllas que comprometen el interés público o social., por tal motivo y a luz de la nueva normatividad, se hace procedente la aplicación del principio de favorabilidad, al interno señor EDISON MARTINEZ MONTENEGRO, en lo que tiene que ver con las prohibiciones plasmadas en el art 11 de la ley 733 de enero del año 2002.

Ahora en lo que tiene que ver con el análisis de los documentos, que se adjuntaron a la solicitud, de conformidad con los requisitos establecidos en el art 147 de la ley 65 de 1993. Inteligencia que efectivamente, el interno, se

encuentra en la fase de mediana seguridad, no tiene requerimiento de ninguna autoridad judicial por otro delito, no registra fugas ni tentativas de la misma, no presenta sanciones disciplinarias, el estudio realizado al bien inmueble, no presenta peligro, pero se advierte que para este caso en concreto el recluso no ha descontado el monto total de la pena para acceder al beneficio reclamado, pues se infiere al menos razonablemente que de la operación aritmética no ha cumplido con la reducción del 70% de la pena impuesta, como figura a folio 18 vuelto, solo ha purgado 128 meses y 15 días como parte cumplida de la sanción, que sería el equivalente a 10 años veintiún (21) días y el tope para poder acceder al beneficio en concordancia con la pena impuesta es de veinte años cuatro meses y cuatro días (20.4.4)

De lo anterior se concluye esta sala que el interno no cumple con el factor objetivo del descuento punitivo, plasmados en lo norma arriba aludida, para acceder al beneficio objeto de discusión, por tal motivo no se accederá a lo deprecado por el recurrente.

Por ello, habrá de concluirse, que la pluralidad de elementos facticos y jurídicos expuesto en el transcurso de esta providencia, se confirmara la decisión de primera instancia...

Auto de 2ª instancia (P-150-11) del 13 de enero de 2012, con ponencia del Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: confirma el auto apelado.

ACCIÓN DE TUTELA – No procede para levantar la medida de cancelación de registros obtenidos fraudulentamente.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 600 de 2000, artículo 66.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias C-245 de 1993, T-453 de 2005, C-590 de 2005 y T-259 de 2006.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Adentrándonos en la acción de tutela promovida por la entidad PACIFICO 2000 LTDA representanta legalmente por el señor Alonso Ortiz Andrade, quien insiste a través de su apoderado judicial en que la resolución 018 calendada 22 de febrero del año 2010 proferida por la Fiscalía 38 hoy fusionada con la Fiscalía 41 Seccional de Buenaventura Valle, la cual decretó la cancelación de la anotación Nro. De la matrícula 372-20836, por medio del cual se registro la Escritura Pública Nro. 35 del 05 de junio de 1930 de la Notaria Única de Dagua, puede al tenor de las consideraciones expuestas en

los acápites precedentes, ser considerada una vía de hecho judicial susceptible de ser atacada a través del mecanismo extraordinario de tutela.

Para arribar a una conclusión fundante sobre el interrogante expuesto en el acápite que precede, necesariamente habrá de ponderarse la situación fáctica y jurídica vertida en la actuación judicial adelantada por el señor LUIS GERARDO PEREZ RODRIGUEZ, por el presunto punible de fraude procesal y falsedad material de documento público, para a partir de allí detenerse a valorar, in-extenso, la decisión que es atacada por vía de tutela. En esa específica dirección se ha de resaltar que de la inspección judicial realizada al expediente se observa, que visible a folio 89 a 91 del cuaderno Nro. 1 obra la declaración rendida por el señor JORGE ENRIQUE LOPEZ ARCOS, el cual manifestó ante la Fiscalía sobre la participación de la sociedad Pacifico 2000 Ltda. Gerenciada por el señor ALFONSO ORTIZ ANDRADE, sobre el punible que hoy se investiga. A folio 152 a 162 aparece la decisión interlocutorio Nro. 121 de fecha 24 de diciembre del año 2009 proferida por la Fiscalía Delegada Ante el Honorable tribunal de esta localidad en la cual resolvió “revocar el numeral 3 del auto interlocutorio Nro. 077 De fecha abril 03 del año 2009 en el que se negó la medida cautelar de embargo especial impetrada por el apoderado judicial de la parte civil, para en su lugar ordenar su práctica por intermedio del funcionario de primera instancia y conforme a la ritualidad exigida por la ley para un tal efecto.....2 revocar el numeral segundo del auto interlocutorio Nro. 100 de fecha abril veintinueve (29) del año 2009, donde se extinguió la acción penal respecto de las conductas punibles de falsedad material e documento público y uso de documento público falso (arts. 287 y 291 del C.P.), imponiéndose la continuidad de la indagación preliminar conforme a los razonamientos expuestos.....3 revocar el numeral segundo de la resolución Nro. 158 de fecha agosto 18 del año 2009, donde se ordena la prescripción de la acción penal por el delito de fraude procesal (art 414 del C.P.) y en su remplazo se dispone proseguir la indagación preliminar conforme a lo anotado en la parte motiva de este pronunciamiento.”

A folio 180 del cuaderno se observa una solicitud en la cual el apoderado judicial de la entidad LOPEZ ARCOS & CIA S EN C. manifiesta en su escrito sobre la notificación de la providencia antes descrita la sociedad Pacifico 2000 Ltda. Y Puerto Industrial Aguadulce, debido a los efectos de la misma. Guardando caso omiso la Fiscalía ante dicha petición.

Obra folio 5 del cuaderno de medidas cautelares la notificación personal de la resolución Nro. 018 fechada 22 de febrero del año 2010, la cual se hizo a los apoderados judiciales de la entidad López Arcos & Cia s en C, y los oficios Nro. 38-229-117-516 dirigido al señor LUIS GERARDO PEREZ RODRIGUEZ, el oficio Nro. 38-230-117-516 dirigido a la doctora SILVIA AIDE DIAZ y por último el oficio Nro. 38-231-117.516 dirigido a la Oficina de Instrumentos Públicos de Buenaventura Valle. En el cuaderno 3 a folio 48 a 54 obra la corrección hecha a la resolución 018 objeto de debate, notificada

Luis Gerardo Pérez Rodríguez apoderado de la entidad López Arcos & y Silvia Aidé Díaz apoderada parte civil del señor Luis Gerardo Pérez Rodríguez. Mediante resolución interlocutoria calendada 29 de agosto del año 2011 la Fiscalía Quinta Delegada Ante el Honorable Tribunal Superior de Guadalajara de Buga V. resolvió el recurso de apelación interpuesto contra las providencias antes descritas el cual determino “ confirmar los autos interlocutorios Nro. 41.117516 de 2011 de fecha marzo tres y siete, respectivamente del año dos mil once, proferida por la Fiscalía 41 Seccional de Buenaventura, que fueran materia de impugnación.”, sin que hasta la presente fecha haya sido notificada personalmente.

Teniendo en cuenta el precedente arriba aludido al realizar un aplicado ejercicio de ponderación a la decisión atacada por la entidad accionante, debemos de emerger en el análisis del el art 66 de la ley 600 que manifiesta *“Cancelación de registros obtenidos fraudulentamente. En cualquier momento de la actuación, cuando aparezcan demostrados los elementos objetivos del tipo penal que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad o de gravámenes sobre bienes sujetos a registro, el funcionario que esté conociendo el asunto ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos.....También se ordenará la cancelación de la inscripción de títulos valores sujetos a esta formalidad y obtenidos fraudulentamente.....Si estuviere acreditado que con base en las calidades jurídicas derivadas de los títulos cancelados se están adelantando procesos ante otras autoridades, el funcionario pondrá en conocimiento la decisión de cancelación, para que tomen las decisiones correspondientes.....Las anteriores previsiones, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe, quienes podrán hacerlos valer en trámite incidental.....El funcionario judicial ordenará, si fuere procedente, el embargo de los bienes, sin necesidad de requisitos especiales, por el tiempo que sea necesario.”*

Se infiere sin mayores esfuerzos del contexto de la norma trascrita, que desde el punto de vista de la armonía legislativa, ese “embargo especial” precisado en la norma en comento, tiene como fundamento la orden de “cancelación del registro”, la cual, como lo ha reiterado la Corte Constitucional, tomando como referente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia,

“(...) el término “Cancelación” debe entenderse en todo caso apenas como una medida que puede pronunciarse por el funcionario judicial en el desarrollo del proceso y que sólo es irrevocable cuando se resuelva sobre la responsabilidad del sindicado, por virtud de una sentencia que haga tránsito a cosa juzgada. En este sentido el derecho de propiedad adquirido con justo título y conforme a las leyes civiles no se afecta con esta decisión que, se advierte, tiene el carácter preventivo y cautelar, precisamente en defensa del orden jurídico.

“Bajo esos enunciados normativos de la Carta Política, no cabe duda de que el constituyente habilitó al legislador para regular el

régimen de las actuaciones de las autoridades judiciales que tengan el carácter de necesarias para lograr los citados cometidos de la justicia penal, y en s desarrollo se pueden expedir reglas como la que se demanda; por tanto, el artículo 61 del Decreto 2700 de 1991, debe ser declarado exequible, bajo el entendimiento de las razones expuestas anteriormente, y especialmente, con la consideración de que la medida que autoriza la norma acusada tiene el sentido preventivo o cautelar analizado, con vistas a preservar los derechos adquiridos con justo título y el fin invaluable de la seguridad jurídica”

Con base en ese supuesto de ser la “Cancelación de registros obtenidos fraudulentamente” una medida de naturaleza eminentemente cautelar, debe concluirse que la orden dictada por la Fiscalía tiene esa especial característica y, por consiguiente, sus efectos deben garantizarse por los funcionarios encargados de hacerla efectiva.

Esa condición de transitoriedad propia de la cancelación de registro, acorde con los parámetros normativos propios de la ley procedimental penal que como se enuncio solo alcanza su condición de medida vinculante definitiva con el proferimiento de la sentencia “ que haga tránsito de cosa juzgada” le permite a la sala concluir que no se han vulnerado los derechos fundamentales de quien o quienes tengan algún derecho de dominio sobre la cosa objeto de esa limitación; por lo tanto la acción de tutela no es procedente para procurar a través de ella su levantamiento como lo pretende la entidad accionante, quien como claramente lo define la legislación correspondiente cuenta con otros medios de defensa judicial insertos en el decurso propio de la correspondiente investigación y del juicio respectivo para lo cual, puede hacer valer su condición de parte interviniente.

Así las cosas, concluye esta Sala de Decisión Constitucional, que el trámite de tutela propuesta mediante apoderado judicial por el accionante ALONSO ORTIZ ANDRADE, en calidad de representante legal de la entidad PACIFICO 2000 LTDA, contra la resolución Nro. 018 calendarada del de febrero 22 de 2010 proferida por la Fiscalía 38 hoy 41 Seccional Delega ante los Jueces Penales del Circuito de Buenaventura Valle, es improcedente y Como consecuencia de ello, habrá de negar el amparo solicitado, tal como se hará constar en la parte resolutive.

Sentencia de tutela de 1ª instancia (2011-00363-01) del 17 de enero de 2012, con ponencia del Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: niega la tutela propuesta.

EXTORSIÓN – Protege, de manera primordial, el bien jurídico del patrimonio económico/CONSTREÑIMIENTO ILEGAL – En esta conducta, a diferencia de la extorsión, no se persigue finalidad económica/EXTORSION – Si el comportamiento del sujeto activo no logra doblegar la voluntad de la víctima y esta decide acudir a la autoridad, el delito queda en la fase de tentativa.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 8864 del 23 de agosto de 1995, con ponencia de Dídimo Páez Velandia.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el campo de la determinación punitiva la extorsión corresponde a esa *“manifestación criminosa que por la violencia moral o física induce a la víctima a acceder a las pretensiones del extorsionador”*. Precisamente por su estructura, ese comportamiento contrario al desarrollo normal de las relaciones interpersonales del hombre, configura un ataque a la libre determinación de las personas y a su patrimonio económico, donde la ofensa a la libertad es solo un medio para lograr la vulneración del bien jurídico patrimonial.

Por obra del autor existe por lo tanto, una limitación en la libertad de la víctima, caracterizándose su conducta por el ánimo de lograr una disposición patrimonial ilegítima y mediata, que es precisamente lo que determina ese actuar delictivo.

Precisamente, nuestra legislación nacional tiene debidamente establecido que la extorsión es un delito contra el PATRIMONIO ECONÓMICO y así aparece tipificado en su Capítulo primero, Título VII del Estatuto represivo. Por tal razón, cuando se trate de verificar la existencia de los elementos que lo identifican se debe establecer que la conducta limitadora de la libertad, a través del constreñimiento injusto e ilegal, debe tener como proyección la lesión dolosa del patrimonio ajeno, pues, lo que se pena principalmente es el despojo de los bienes de la víctima y no la lesión a la libertad de esta.

Implica lo anterior que el bien jurídico protegido en ese delito es esencialmente la propiedad. Se ataca primeramente la libertad, pero la ofensa va dirigida más allá: al patrimonio económico.

Sobre ese fundamento interpretativo debe la Sala entrar a determinar si la conducta extorsiva endilgada al procesado URIEL BALANTA AZCARATE se subsume en un todo armónico en la norma penal encargada de su tipificación, como lo consideró el señor Juez de Instancia y con base en esa apreciación lo condenó; o si por el contrario, esa facticidad no determina la existencia de aquel tipo penal, y por el contrario dicho actuar queda subsumido en el de *“Constreñimiento Ilegal”*, lo que conllevaría a una sentencia de tipo absolutorio respecto de la impuesta por el *A-quo*.

La abogada defensora quiere hacer notar que la participación de su cliente en el hecho punitivo fue limitado a una especie de “engaño”, por parte de los

sujetos que supuestamente lo contrataron para recoger el paquete que simulaba la extorsión

Sin embargo, existe un primer momento que se ubica cuando un joven entrega un sobre de manila que contenía un panfleto, en el cual de su lectura se desprende la coacción, amenaza y exigencia económica, que pone al ofendido en la imperiosa necesidad de entregar la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000) de pesos por el bienestar de él y de su familia; y un segundo momento cuando aquel no lleva el dinero exigido en el panfleto y le realizan dos llamadas entre los días 12 y 25 de junio del año 2008, donde se le exigía la entrega de la plata; lo cual condujo a que el señor CESAR AUGUSTO RIASCO HERNAN, denunciara el hecho ante el Gaula Militar.

Como se indicó en el acápite anterior, la primera situación relacionada con el pedimento monetario se ubica en el panfleto y llamadas que éste recibía en las que su interlocutor le inquiría para la entrega de seis millones de pesos; poniéndolo en estado de indefensión al ofendido, pues se debe tener en cuenta en el presente caso, que estamos frente amenazas expuesta al parecer por un grupo al margen de la ley, el cual tiene un trasegar delictivo, que infunde miedo y zozobra a la sociedad colombiana, con su ideología armamentista y punitiva; por tal motivo el actuar de la víctima es plausible, al tener la voluntad de denunciar este hecho freten a la autoridades.

En lo que tiene que ver con el material probatorio y evidencia física recolectada por parte de la Fiscalía, y debidamente sustentada en el juicio oral; se tiene que, el testimonio rendido por el señor JHON JAIRO QUIÑONES, en calidad de ente investigador criminalístico, demuestra la veracidad y transparencia en la cual se llevo a cabo el procedimiento de captura del señor URIEL BALANTA AZCARATE. Y su correspondiente investigación.

La prueba recauda por la defensa encuentra esta sala que la misma no desvirtúa la no autoría del procesado en la conducta criminal indilgada por la Fiscalía, toda vez que al analizar el interrogatorio hecho a este y los testimonios recolectados, solo se limitan a manifestar las condiciones de vida y familiar del enjuiciado, màs no se prueba el engaño sufrido al actor de la conducta punible, pues al entrar a estudiar esta sala el interrogatorio realizado al señor URIEL BALANTA, solo se limita a decir *“que es una buena persona y que fue engañado por unos sujetos que conocía de saludo y que fue contratado por estos para recoger un paquete, que al momento de abordar al señor le pregunto que si era la persona que iba a mandar una encomienda, por ultimo manifiesta que no tenía la menor idea de lo que sucedía”*. Encuentra esta colegiatura que lo dicho por el encartado controvierte lo expuesto por la victima señor CESAR AUGUSTO RIASCOS, quien manifiesta *“que al momento de producirse la entrega del dinero, se acercò el señor URIEL BALANTA, quien al abordarlo le manifiesta que si es la persona que va a entregar el dinero; el cual una vez suministrado se*

procedió a su captura por parte de los funcionarios del Gauila Militar, en ese instante el procesado le grita al señor Cesar Augusto, que él lo conoce y que es el hijo del señor BALANTA” puestas así las cosas se tiene que el procesado quiere evadir su responsabilidad, confundiendo a las autoridades, por el hecho de conocer a la víctima.

Ahora de las probanzas que limitan el plenario, se extrae que el encartado sabia a cabalidad la situación económica del señor CESAR AUGUSTO RIASCOS HERNAN, pues como muy bien lo indicó en su declaración, era esta persona la que le prestaba dinero a su papà, el señor BALANTA y que por tal motivo lo conocía; infiriéndose al menos razonablemente que el procesado había calculado el capital que en su momento se le podría exigir a la víctima, partiendo de su posición económica.

De lo antes expuesto y atendiendo a la teoría de la *sana crítica*, que doctrinalmente establecido “que es aquella que conlleva la obligación que tiene el juez para analizar en conjunto el material probatorio para obtener, aplicando las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia y la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que corresponda.

Precisa esta sala de instancia que, la Juez Segundo Penal Municipal de Buga Valle procedió a analizar en conjunto las pruebas que se allegaron al proceso, dándole el valor correspondiente a cada una de ellas, realizando la crítica probatoria respectiva, para pronunciar una sentencia adversa en contra del hoy condenado.

Pese a que el procesado niegue de manera contundente su actuar con el argumento de que fue engañado para la comisión del delito de extorsión, la realidad procesal permite establecer que la ejecución de tal delito sí existió y que el actuó como participe. Puestas así las cosas y atendiendo a los parámetros establecidos en el art 404 del C.P.P, y a la teoría descrita en líneas precedentes la prueba recaudada por la defensa es insuficiente para demostrar la inocencia del infractor.

Debe tenerse en cuenta que el delito de extorsión en un delito pluriofensivo debido a que menoscaba dos bienes jurídicos tutelados: la libertad de autodeterminación y el Patrimonio económico. Ese ingrediente subjetivo contenido en la expresión “*con el propósito de obtener provecho ilícito*” es lo que diferencia en gran medida el delito de extorsión con el delito de constreñimiento ilegal, pues éste último no persigue una finalidad económica. Por ello, no puede afirmarse que la conducta desplegada por el sentenciado URIEL BALANTA AZACARATE, únicamente se dirigió a coartar la autodeterminación del ofendido.

El verbo rector que indica la norma es el de “*constreñir*”, lo que significa que se ejerce violencia con el objetivo de determinar a otro a realizar uno de los

comportamientos señalados en la norma “*hacer, tolerar u omitir*”; de esta manera el actuar de la víctima estará dirigido a actuar bajo miedo o temor por la influencia violenta de su agresor.

A la Sala no le cabe la menor duda de que el comportamiento del procesado fue suficiente para ejercer sobre la víctima la compulsión necesaria en procura de doblegar la voluntad de este y obtener un beneficio patrimonial. Desde el momento mismo en que aquel con su actuar desató esa fuerza moral logró que el receptor sintiera limitado su derecho de libertad de obrar al punto tal que sintió “temor”, como lo precisa en su denuncia. Situación distinta es que a pesar de ser coaccionado no actuó conforme a lo pretendido, pues, como lo señaló, prefirió acudir ante las autoridades estatales en busca de protección.

Sin embargo, ese actuar coactivo, como se precisó, no fue suficiente para lograr el lesionamiento económico pretendido, de donde, como lo precisó la Corte Constitucional,

“(...)debe inferirse necesariamente que si el comportamiento del sujeto activo no logra doblegar la voluntad de la víctima en la medida en que ésta hace tolera u omite cosa distinta a lo exigido con la finalidad indicada (como acudir a la autoridad, similar la entrega, salir del país, etc.), el delito queda en la fase de la tentativa, porque es un hecho punible pluriofensivo de resultado, ya que menoscaba principalmente dos bienes jurídicos: la libertad de autodeterminación y el patrimonio económico sin que sea menester que este último evento que el provecho se obtenga. Ello se refiere al agotamiento: darle otro alcance a la expresión, es considerar consumado el delito con la sola amenaza del mal futuro, lo cual ciertamente no estuvo en la mente del legislador, ni es el alcance que le dan otras legislaciones similares”

De esta manera, si sólo se atenta contra la libertad de determinación fulminando la amenaza y no se logra hacer, omitir o tolerar la finalidad económica, nos encontramos ante la circunstancia de la Tentativa; que para el presente caso extorsivo no pudo consumarse debido a la acción puntual del Gaula Militar, con ocasión al operativo llevado a cabo y el cual arrojó como resultado la captura en flagrancia del enjuiciado.

Por lo tanto, debe concluir la Sala que el señor URIEL BALANTA AZCARATE verificó actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación del delito de extorsión, los cuales no alcanzaron ese propósito por circunstancias ajenas a su voluntad, estructurándose por consiguiente, la existencia de un delito imperfecto o en grado de tentativa.

Sentencia de 2ª instancia (AC-492-11) del 25 de enero de 2012, con ponencia del Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: confirma la sentencia apelada.

FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN – Puede ser adicionada por la Fiscalía/AUTO QUE APRUEBA LA ADICIÓN DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN – No es apelable.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 114, numeral 1º, 339 y 359.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 36059 del 23 de marzo de 2011, con ponencia de José Luis Barceló Camacho y 34022 del 08 de junio de 2011, con ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En torno de lo que fue objeto de debate en el decurso de la audiencia de acusación, se han de realizar algunas precisiones conceptuales para determinar el contenido y alcance de lo que en esencia corresponde a la acusación conforme a los lineamientos de la Ley 906 de 2004. Sobre el particular ha de señalarse que el soporte jurisprudencial ha venido decantando esa Institución al punto tal que los elementos estructurales permiten comprenderla en su dimensión, como factor determinante del juicio oral, público y contradictorio.

La Formulación de la acusación determinada por sus fines, ha precisado la Corte Suprema de Justicia que “en virtud del principio de congruencia marca los lineamientos mediante los cuales debe desarrollarse el juicio y proferirse el fallo que ponga fin al mismo, se estructura a través de un acto complejo conformado por el escrito de acusación y la formulación de acusación hecha por la Fiscalía en la audiencia respectiva”; por lo tanto, en la sistemática propia de la regulación procedimental penal, la acusación es un Acto mediante el cual la Fiscalía General de la Nación ejercita su facultad como titular de la acción penal en nombre del Estado (numeral 1º, Artículo 114 de la Ley 906 de 2004).

En el presente asunto esa fijación de la formulación de acusación como en antes se indicó, generó en la correspondiente audiencia posiciones encontradas en torno de su “adición” presentada por la fiscalía, encontrando férrea resistencia por parte de los profesionales del derecho encargados de la Defensa, para quienes ese proceder vulnera el debido proceso y, por ende el derecho de defensa. Se adujo en torno de esos principios la adición de hechos nuevos no consignados en el escrito inicial, la extemporaneidad en

la presentación del segundo escrito, el no conocimiento oportuno de lo allí precisado, la inclusión en él de nuevos elementos materiales de prueba, el no tener la Fiscal competencia para adicionar por su propia iniciativa la acusación inicial, pues, conforme al artículo 359 de la Ley 906 de 2004, corresponde únicamente al Ministerio Público y la Defensa”, entre otros aspectos, debidamente determinados en cada una de las intervenciones de los togados de la Defensa. Inclusive, atendiendo el grado de independencia como Defensor, el apoderado judicial de los acusados Severiano Orobio y Jhoan Manuel Ku Hinestrosa sobre la base de reconocer que la Fiscalía “si tiene la facultad para adicionar” (minuto 2:14:11 del registro 2:28:28), solidarizó con sus colegas su inconformidad sobre la base de que la Fiscal “lo puede adicionar pero no exceder esa facultad”, pues, precisa “abusó y está presentando otro escrito como acusación y lo presentó como adición”.

Ese acto complejo fundamento del principio de congruencia, acorde con la Jurisprudencia Patria,

“(…) está compuesto por la presentación del escrito de acusación, cuyo contenido está expresamente regulado en la respectiva ley (artículo 337) y se integra con los desarrollos de la audiencia de formulación (artículo 339), durante la cual puede aclararlo, adicionarlo o corregirlo motu proprio la Fiscalía de manera amplia en cuanto los hechos jurídicamente relevantes (conservando desde luego el mismo marco jurídico de la imputación”, o a petición de parte o del Ministerio Público, constituyendo de esta forma un acto material complejo , único y unívoco en el que <se concreta la imputación de una conducta con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifiquen, hechos que corresponden a la imputación fáctica en la cual se integran las formas de autoría o participación, atenuantes y agravantes genéricas o específicas, con referencia a un tipo (o tipos) básico, especial o alternativo, esto es, las adecuaciones normativas que corresponden a la imputación jurídica>(Cfr. Sentencia de 16 de marzo de 2011, radicación 32685”.

El “marco naturalístico de la imputación” constituye el elemento fundante de la acusación, pues, ese elemento fáctico “es el único que debe soportar la condena a tono con el material probatorio allegado por las partes, a fin de que le impriman eficacia a los hechos como a la responsabilidad penal”, de esta manera “se identifica la congruencia”, razón por la cual tanto los hechos como lo jurídico “deben ser de contenido elemental, claro, diáfano, que no exista duda sobre los acontecimientos relevantes ni en lo concerniente con las conductas punibles o las circunstancias –si las hay- de menor punibilidad; específicas o genéricas que inciden en la dosimetría penal”.

De lo anterior se ha de concluir, para efectos netamente informativos, que la fusión del escrito de acusación con su “aclaración, adición o corrección”,

constituye ese “acto material complejo, único y unívoco” en el que se concreta la acusación objeto de juzgamiento, siempre y cuando se materialice respetando ese “marco naturalístico de la imputación”, razones que debe ponderar el Juez de Conocimiento, al momento de tomar las medidas para fusionar ese fundamental acto de acusación.

Igualmente debe precisarse que en la audiencia de formulación de acusación es donde “se materializa el traslado” de lo que constituye esa unidad propia de la acusación, entendiéndose por este como ese acto de comunicación que se hace por parte de la fiscalía a la Defensa y demás sujetos procesales de lo que se establece como objeto de debate, para que, atendiendo la garantía propia del derecho de Defensa prepare su estrategia sobre los supuestos propios del derecho de contradicción. A partir de ese momento, donde se pueden hacer las manifestaciones precisadas en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004 y, si es menester, como aquí ocurrió, el Juez si lo considera necesario de manera razonable otorgue un prudente plazo para que las partes tengan la posibilidad de viabilizar la probable existencia de causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones o nulidades o de solicitar al Fiscal aclaraciones, adiciones o correcciones al escrito de acusación, sin desconocer, se reitera la facultad que éste tiene de presentar a motu propio estas proyecciones, como lo precisó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la decisión atrás referenciada.

Los anteriores elementos argumentativos serían suficientes para concretar una confirmación de la decisión recurrida, pero, acorde con el principio de legalidad y la taxatividad de las causales para determinar sus efectos, conforme a la enunciación contenida en el Artículo 177 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 13 de la Ley 1142 de 2007 la relacionada con lo que fue objeto de discusión no aparece consignada para ser tratada en los casos relacionados con el efecto suspensivo, ni con el devolutivo, razón por la cual ha de precisarse que la decisión de considerar en un todo el escrito de acusación y su adición o corrección o aclaración es una mera orden no sujeta a contradicción, pues corresponde a la disposición de un mero “trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación”, por lo tanto ha de concluirse que en el presente caso no se estructuran los fundamentos necesarios para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Auto de 2ª instancia (AC-008-12) del 26 de enero de 2012, con ponencia del Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: abstenerse de conocer el recurso de apelación.

NULIDAD POR DEFICIENTE DEFENSA TÉCNICA – Es necesario señalar, de manera clara y precisa, los efectos favorables o contrarios de una estrategia defensiva diferente/COAUTORÍA – El acuerdo de voluntades puede ser expreso o tácito y previo o concurrente a la comisión del hecho.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 338 y 457.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 19213 del 21 de agosto de 2003, con ponencia de Álvaro Orlando Pérez Pinzón y 20597 del 18 de febrero de 2004, con ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Las motivaciones consignadas por la señora Defensora del acusado SABULON IBARRA CAICEDO en la sustentación oral del recurso de apelación, le permite a la Sala identificar dos factores de ponderación que por sus connotaciones deben ser tratadas de manera individual, los cuales se relacionan con: a) nulidad por violación a las garantías fundamentales relacionadas con el derecho de defensa; y b) absolución por no demostración de la coautoría por parte del acusado.

La inconformidad exteriorizada por la defensora del encartado en torno de lo enunciado se concreta en determinar que el defensor actuante no, realice los trabajos tendientes a aportar las pruebas, que justificarían lo narrado por el acusado y su hermano en la audiencia de juicio oral, es decir los testimonios de las personas que presenciaron la captura, los testimonios de los padres del enjuiciado, entre otras pruebas que permitían demostrar la inocencia de su defendido.

Como fundamento de derecho la Defensora recurrente, argumenta que apoyada en los principios Constitucionales y legales de la presunción de inocencia, del respeto por la dignidad humana, el principio de igualdad y de culpabilidad. Derecho que pone en cabeza de los servidores judiciales la obligación de velar por que estos se respeten inclusive, no solo para la víctima, sino también para el procesado.

Conforme se enunció inicialmente, en el presente caso, el caudal argumentativo presentado por la recurrente se afianza sobre una relación de omisiones por parte de quien fungía como Defensor del acusado SABULON IBARRA CAICEDO, sin otra consideración que la de deducir de ellas probables consecuencias como las de que si se hubieran practicado los testimonios de los señores HENRY CAICEDO Y AYDA MERY CARVAJAL, testigos presenciales de la captura y que inesperadamente el abogado defensor excluyó de las pruebas testimoniales en la audiencia de juicio oral y en la que se hubiera permitido demostrar la mentira en las declaraciones rendidas por los agentes de Policía.

Contrario a lo pretendido por la defensora recurrente, observa la Sala que conforme al registro de la audiencia de acusación verificada el 17 de febrero de 2011, el Defensor de confianza del acusado, atendiendo los parámetros establecidos en el art 338 del C.P.P estuvo al margen de lo decido y de las pruebas aportadas por la Fiscalía, las cuales se iban hacer valer en el juicio, igualmente “se corre traslado de todo el material probatorio que posee la Fiscalía salvo o relativo con la Inspección judicial al lugar de los hechos”.

En la audiencia preparatoria, celebrada el día 15 de marzo del año 2011, el apoderado judicial del acusado realizo las estipulaciones probatorias pertinentes, solicitó los testimonios de los señores HENRY CAICEDO, FRANCISCO CAICEDO, AYDA MERY CARVAJAL y el acusado SABULON IBARRA CAICEDO, como documentales “croquis realizado por el acusado del sitio de los hechos, de cómo fue la llegada y salida del lugar de los hechos. Efectivamente, en el juicio oral renunció al recaudo de los testimonio de los señores HENRY CAICEDO AIDA MERY CARVAJAL, sin explicar los motivos por los cuales renunciaba a ellos, según se establece en el registro (minuto 37:21).

Llo anterior se cimienta a un mas con el ejercicio del contra-interrogatorio de los testigos presentados por la Fiscal, especialmente en los relacionados con los policiales que capturaron al acusado, a fin de determinar si la defensa técnica cumplió con su labor defensiva: se observa del correspondiente registro que el cuestionado Defensor estuvo atento a lo narrado por los testigos, en el cuestionamiento directo realizado por la Fiscalía, en el marco de esta limitante los cuestionó sobre la “ forma de cómo se dieron cuenta de los hechos, el tiempo en que demoraron en su llegada al sitio de los hechos, la forma en cómo se produjo la captura, sitio la misma, tiempo transcurrido en la persecución, quienes fueron las personas que informaron en el momento de los hechos quienes eran los homicidas registros (28:53, a 36:21), (48:34 a 53:27) (01:17 A 01:23) (01:37 A 01: 43). Lo mismo sucedió al momento en que la Fiscalía interroga al servidor de Policía judicial ANDRES MAURICIO CHAVARRO CORREA adscrito al CTI, quien fuere el encargado de los actos urgentes de la investigación quien en su contrainterrogatorio le pregunta “ la manera en que fueron recepcionada la entrevista a los señores ALEX RUALES Y ROLANDO ARIAS ESPINOSA, testigos presenciales de los hechos, como se llevó a cabo el reconocimiento en fila de personas, precisando en sus preguntas de qué forma fueron vestidos y si se cumplió con los parámetros establecidos por la ley para este tipo de pruebas” registro (217: A 2:23)

Conforme a las anteriores precisiones, debe la Sala concluir que los factores argumentativos expresados por la recurrente, como fundamentos de su pretensión invalidatoria, no tienen en el recaudo los elementos de juicio suficientes y necesarios para establecer su reconocimiento. Obsérvese que la apoderada judicial del acusado no determinó de manera clara y precisa los efectos contrarios y favorables al encartado que se hubieren presentado si la Defensa inicial fuese direccionado su actuación

con estrategia distinta a la que probablemente habría diseñado el Apelante. Además, como se señaló, el actuar del Defensor cuestionado no tiene esa pasividad que se le pretendió atribuir pues, verificó actos de Defensa razonables al momento de su verificación y atendiendo los postulados éticos propios de ese específico “rol”, sin que pueda cuestionarse por el no haber renunciado a unos testigos, que probablemente eran innecesarios pues como muy bien se señaló en audiencia preparatoria son los padres del enjuiciado, los cuales debían de mirarse e su valoración con *cautela por parte del fallador de instancia, en atención a su parentesco.*

Al no demostrarse abandono total por parte del cuestionado defensor y establecerse que SABULON IBARRA CAICEDO no ha carecido de defensa técnica, debe la Sala concluir que no se dan los supuestos normativos consagrados en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004 y, por lo tanto, no se decretará la nulidad alguna dentro del presente trámite procesal por violación de garantías fundamentales argumentadas por la defensa.

Agotado el primer debate jurídico procede esta sala a verificar la coautoría del acusado dentro de los hechos acaecidos el día 02 de noviembre del año 2010 a las 1.00 AM, procediendo de inmediato precisar esa específica forma de participación para poder concluir si se debe tener a aquel como coautor y confirmar el fallo condenatorio o, determinar su no actuación en esa condición, revocando la decisión recurrida. Entorno a la coautoría nuestro máximo tribunal, mediante la Sentencia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el 21 de Agosto de 2003 en el Radicado 19213, con ponencia del Doctor ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, preciso lo siguiente:

“No se puede dejar de recordar que los actuales desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales se orientan por reconocer como característica de la denominada coautoría impropia, que cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible no ejecutan integral y materialmente la conducta definida en el tipo, pero sí lo hacen prestando contribución objetiva a la consecución del resultado común en la que cada cual tiene dominio funcional del hecho con división de trabajo, cumpliendo acuerdo expreso o tácito, y previo o concurrente a la comisión del hecho.”

La presencia múltiple de personas en el desarrollo de la conducta punible en la forma reflejada en la anterior transcripción, permite determinar que quienes actúan determinados por alcanzar un específico resultado, encuentran en la tarea común la forma de participación de acuerdo con los postulados vinculantes establecidos en la Legislación Penal. Esa “contribución objetiva” materializada en actos modificadores de la realidad solo requiere en los asociados el acuerdo de voluntades mediante la cual se estructura ese consenso necesario para facilitar la ejecución de la empresa común, mediante la división del trabajo requerido para obtener ese logro.

Esa resolución tomada por varias personas (dos o más) que conforma el “acuerdo de voluntades” se materializa a través de todas y cada una de las formas de comunicación, pues no se encuentra condicionada su validez a factores previos de ejecución. Por ello, la depuración científica de la “coautoría” ha determinado en el comportamiento humano, que ese “acuerdo”, se ha establecido puede ser “expreso o tácito, y previo o concurrente a la comisión del hecho.”, significándose que para su concreción basta solamente demostrar su existencia en el campo de ejecución de la conducta reprochable y punible.

No cabe duda que en el presente caso los elementos materiales probatorios de demostración relacionado con la participación del acusado SABULON IBARRA CAICEDO, se estructura primeramente por el testigo presencial ROLANDO ARIAS ESPINOSA quien al hacer un relato de lo sucedido, señaló en la sala de audiencias que la persona que lo “raquetio y le quitó el canguro y sus celulares fue el acusado, que era la misma persona que había llegado en la moto con los otros ocupantes”, según registro (17:50:11), además manifiesta que hizo reconocimiento en fila de personas en la cual identificó a SABULON IBARRA CAICEDO, por ser una persona robusta y a la cual le presentaron en la fiesta y por haber sido esta la que le saco el canguro (registro 16.22).

Lo anterior se afianza con el testimonio rendido por el servidor de policía judicial ANDRES MAURICIO CHAVARRO CORREA, quien realizó los actos urgentes de la investigación, manifestando en audiencia de juicio oral “ que fue la persona encargada de realizar las inspecciones técnicas a cadáver a JHON HARVIN ARIAS Y WALTER GOMEZ; el reconocimiento en fila de personas a SABULON IBARRA CAICEDO, entrevista tomada a los testigos”, posteriormente y atendiendo a los preguntado por la fiscalía en lo concerniente al reconocimiento en fila de personas manifestó “ que los testigos presenciales de los hechos LUZ ESTELA NARVAEZ, ALEX RUALES Y ROLANDO ARIAS, reconocen al señor SABULON IBARRA, como la persona participe de los hechos” según registro (01:58 A 2:21). Entrevistas y reconocimiento en fila de personas que fueron introducidos por este al plenario para que obre como pruebas del ente acusador y aceptado por el Juez de instancia (fls 121 a 123).

Otro de los aspectos que demuestran la participación del acusado en los hechos objeto de estudio es la forma en que es capturado por parte de los patrulleros de policía (JERSON OSWALDO ESCOBAR, RUBIEL ENRIQUE HOYOS QUISOBONI, CARLOS MARIO OSPINA OROZCO Y EDWAR ADRIAN ZAMORA BETANCOURTH) quienes cumpliendo con su deber de velar por la seguridad de los ciudadanos, lograron aprehender al encartado, coincidiendo cada uno en lo testificado: A) al realizar la persecución los patrulleros JERSON ESCOBAR Y RUBIEL HOYOS, se encontraron con otra patrulla que venía de frente y le manifestaron esos son los agresores, procediendo de inmediato a continuar con la persecución la patrulla conformada por los patrulleros CARLOS MARIO OSPINA Y ADRIAN

ZAMORA, B) que la información fue suministrada por la comunidad quienes le manifestaron que los agresores se movilizaban en una moto C-90 de color verde; el efectivo de policía Carlos Ospina precisa que logró la captura del conductor debido a que los ocupantes de la moto se cayeron y el parrillero se escapó (registro min 01-06), versión que es confirmada por su compañero EDWAR ZAMORA (según registro 01-31) logrando ser capturado el acusado en el barrio Harold Eder.

Como en antes se ha precisado el soporte que tiene la presente investigación para lograr el objetivo primordial de la búsqueda de la verdad concretada en la fijación de ese grado de participación del acusado SABULON IBARRA CAICEDO, atendiendo que fue él quien movilizó a la persona que disparó y que luego emprendió la huida en su moto C-90, se concreta en los testimonios rendidos por los efectivos de policía quienes lo capturan minutos después de ocurridos los hechos y que posteriormente fue identificado por los testigos presenciales LUZ ESTELLA NARVAEZ, ALEX RUALEX Y ROLANDO ARIAS, no solo mediante reconocimiento en fila de personas si no que señalado en audiencia de juicio oral por ROLANDO ARIAS “ como la persona que lo despojo de su canguro y dos celulares”.

Permite lo expuesto que las circunstancias demostrativas establecidas a través de esos medios de conocimiento, son suficientes para determinar que el comportamiento del acusado SABULON IBARRA CAICEDO obedeció a la ejecución de actos propios de la “coautoría”, pues, no solo prestó su consentimiento en la ejecución de la conducta punible raqueteando, sino que materializó ese acto de voluntad movilizándolo al homicida, hasta el lugar de los hechos, hurtando los elementos de valor que en ese momento ostentaba ROLANDO ARIAS testigo presencial.

De todo lo anterior concluye este Juez plural que es indudable que sobre ese fundamento fáctico y probatorio examinado por el A-quo era posible concretar una decisión condenatoria, toda vez que aparecen elementos suficientes para deducir de ellos esa clase de responsabilidad. No emerge duda alguna que determine esa convicción y, por ende, sus efectos no han de ser otros que confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira.

Sentencia de 2ª instancia (AC-001-12) del 08 de febrero de 2012, con ponencia del Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: confirma la sentencia apelada.

Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz
Presidenta Tribunal

Dr. Luis Alberto Peralta Rojas
Vicepresidente Tribunal

Edwin Fabián García Murillo
Relator Tribunal

NOTA DE RELATORÍA:

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

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