

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO – TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA  
BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 002 – ABRIL DE 2013**

**ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA**

**ACCION REIVINDICATORIA** – Es indispensable la titularidad del derecho de dominio en el demandante. **Página 26.**

**ACCIÓN REIVINDICATORIA Y REQUISITO DEL DOMINIO EN EL DEMANDANTE** – La venta directa de un bien sucesoral constituye venta de cosa ajena. **Página 16.**

**ALIMENTOS** – Se causan a partir de la declaración judicial de paternidad. **Página 43.**

**ALIMENTOS** – Su fijación resulta válida en consideración a la capacidad económica del alimentante. **Página 43.**

**CONTRATO DE SEGURO** – El término de prescripción, respecto del asegurado, se contará desde cuando el damnificado o sus causahabientes demanden judicial o extrajudicialmente la indemnización. **Página 2.**

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ENVIADA POR FAX** – Se tiene por hecha el día en que es recibida por el despacho judicial de su destino. **Página 69.**

**CONVENCION COLECTIVA** – No puede exigirse su depósito cuando el empleador acepta su existencia y los derechos a ella incorporados. **Página 62.**

**DEBIDO PROCESO EN EJECUTIVO HIPOTECARIO** - La sentencia debe ser motivada, congruente y resolver todas las excepciones planteadas en el litigio. **Página 34.**

**DEBIDO PROCESO EN EJECUTIVO HIPOTECARIO** – No es necesario, cuando se trata de la fusión por absorción, que la sociedad absorbida ceda o endose los títulos valores y sus garantías a favor de la sociedad absorbente. **Página 32.**

**DEBIDO PROCESO EN EXPROPIACIÓN** – Uno de los peritos ha de ser designado de la lista de expertos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. **Página 39.**

**DICTÁMENES DE LAS JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** – La variación de sus conclusiones debe estar respaldada en criterios técnicos o científicos. **Página**

**58.**

**EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO** – Los médicos, al no contribuir al mantenimiento de la planta física hospitalaria o cumplir funciones de servicios generales, no pueden ser considerados trabajadores oficiales. **Página 68.**

**FALTA DE FIRMA EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA** – No es motivo para decretar nulidad o para tenerla por no contestada cuando no existe duda respecto de su autor y este ha hecho presentación personal de dicho escrito. **Página 66.**

**INDEMNIZACIÓN MORATORIA** – No existe buena fe del patrono cuando, a sabiendas de la existencia de la relación laboral, se escuda en un contrato de prestación de servicios. **Página 51.**

**LUCRO CESANTE** – No existe dependencia económica cuando la ayuda que se recibe es irregular e infrecuente. **Página 2.**

**LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN EL PROCESO LABORAL** – Improcedencia respecto de las empresas asociativas de trabajo.

**PENSIÓN DE INVALIDEZ** – Es necesaria La afiliación al sistema de seguridad social en pensiones al momento de la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral.

**Página 58.**

**PENSIÓN DE INVALIDEZ EN LOS CASOS DE ENFERMEDADES DEGENERATIVAS, CONGÉNITAS O CRÓNICAS** – La entidad obligada a su reconocimiento se

determina, no por la fecha de estructuración de la invalidez, sino por el momento hasta el cual el trabajador continuó activo y cotizando. [Página 24.](#)

**PENSIÓN SANCIÓN** – La liquidación de la empresa Puertos de Colombia es justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo. [Página 62.](#)

**PATRIMONIO DE FAMILIA** – Es embargable por las entidades que financian la construcción, mejora o subdivisión de las viviendas de interés social. [Página 22.](#)

**PERJUICIOS MORALES** – Imputación, a dicho concepto, de las sumas recibidas en virtud del seguro SOAT. [Página 2.](#)

**PERTENENCIA** – La franja de terreno que pretende ser adquirida, y el predio de mayor extensión que la contiene, deben estar determinados por su ubicación, linderos, nomenclatura y otras circunstancias que los identifiquen. [Página 26.](#)

**PLAN DE RETIRO** - Si se reclama la diferencia entre la bonificación en él mencionada y la efectivamente recibida, es necesario que esta corresponda a cifras puntuales y no a valores aproximados. [Página 71.](#)

**PRESCRIPCIÓN** – Para contabilizar su término lo importante es el momento desde el cual el derecho se ha hecho exigible. [Página 51.](#)

**PRIMA DE NAVIDAD** – De ella quedan excluidos los empleados públicos y trabajadores oficiales que tengan derecho a primas de cuantía igual o superior, cualquiera sea su denominación. [Página 71.](#)

**PROCESO EJECUTIVO HIPOTECARIO** – No están legitimados para intervenir los herederos de quien en vida no suscribió la obligación ni aparece como propietario del bien hipotecado.

**PRUEBA CIENTÍFICA DE ADN** - No es dable decretar una nueva en la segunda instancia cuando, por vía de apelación anterior, al no haber objetado la inicialmente practicada por medicina legal, se confirmó la decisión que negó pretensión de igual naturaleza. [Página 43.](#)

**RECHAZO DE LA DEMANDA EN PROCESO DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL** – Cuando la cesación de pagos es consecuencia de dos demandas de ejecución en contra del deudor, este no está obligado a demostrar que dichas obligaciones provienen de su actividad de comerciante. [Página 20.](#)

**RECLAMACIÓN DE HONORARIOS PROFESIONALES** – A falta de acuerdo entre las partes, debe atenderse a las tarifas de los colegios de abogados y a la gestión cumplida por el apoderado. [Página 56.](#)

**RENDICIÓN PROVOCADA DE CUENTAS** – El administrador de la sociedad está obligado a rendir cuentas de su gestión a los órganos sociales pertinentes, y no a cada socio en particular. [Página 37.](#)

**RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTIVIDADES PELIGROSAS** – No se puede exonerar al demandado cuando este no ha demostrado la culpa exclusiva de la víctima ni ha derruido la presunción de la suya. [Página 2.](#)

**TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** – La condición de enfermo del adicto no lo autoriza a portar cantidades superiores a la dosis personal. [Página 76.](#)

## SALA CIVIL-FAMILIA:

**RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTIVIDADES PELIGROSAS** – No se puede exonerar al demandado cuando este no ha demostrado la culpa exclusiva de la víctima ni ha derruido la presunción de la suya/**LUCRO CESANTE** – No existe dependencia económica cuando la ayuda que se recibe es irregular e

**infrecuente/PERJUICIOS MORALES – Imputación, a dicho concepto, de las sumas recibidas en virtud del seguro SOAT/CONTRATO DE SEGURO – El término de prescripción, respecto del asegurado, se contará desde cuando el damnificado o sus causahabientes demanden judicial o extrajudicialmente la indemnización.**

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

Código Civil, artículos 1614 y 2356; Código de Comercio, artículos 1081, 1088 y 1131; Código de Procedimiento Civil, artículos 241 y 254; Decreto 633 de 1993, artículo 1934, numeral tercero.

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

Corte Suprema de Justicia, decisiones del 10 de marzo de 1994, 4106 del 18 de mayo de 1994, ponencia del magistrado Pedro Lafont Pianetta, 4978 del 05 de mayo de 1999, ponencia del magistrado Jorge Antonio Castillo Rugeles, 5651 del 07 de diciembre de 2000, ponencia del magistrado Jorge Antonio Castillo Rugeles, 1998-04690-01 del 29 de junio de 2007, ponencia del magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 1997-09327-01 del 13 de mayo de 2008, ponencia del magistrado César Julio Valencia Copete y del 18 de septiembre de 2009, ponencia del magistrado William Namén Vargas; Consejo de Estado, Sección Tercera, decisiones del 14 de septiembre de 2009, ponencia de la magistrada María Elena Giraldo Gómez y del 20 de abril de 2005, ponencia de la magistrada Ruth Stella Correa Palacio.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...)Corresponde ahora sí arrostrar la almendra de la controversia, es decir, determinar si efectivamente como lo decidió la *a quo* el fatal accidente de tránsito a que se contrae este juicio ocurrió por culpa exclusiva de la víctima, único tópico discutido, puesto que los restantes elementos generales de la responsabilidad a saber; El hecho –accidente de tránsito- y el daño –muerte del señor JAVIER ANTONIO SÁNCHEZ TORO-, están fehaciente y pacíficamente acreditados en el plenario.

En efecto, tanto documental como testificalmente está acreditado que por la calenda del 5 de marzo de 2006 aproximadamente a las 21:40, en la vía que del Municipio de Cartago lleva al Municipio de Ansermanuevo, ambos del Valle del Cauca, más concretamente en el cruce que da acceso al sector Guayabito, el tracto camión marca KAMAZ, remolque, modelo 1994, placas UFE 720, de servicio público, el cual venía conducido por el señor ROBERTO LOZANO MORA, arrolló al señor JAVIER ANTONIO SÁNCHEZ TORO, causándole múltiples lesiones en la pelvis y miembros inferiores, a causa de las cuales falleció el 22 de marzo siguiente. Estos hechos no presentaron controversia alguna a lo largo del juicio, de allí que fatuo resulta ahondar en ellos.

Lo que con fuerza se debate en el presente proceso, tal cual ha quedado reseñado en párrafos anteriores a estas motivaciones, es que la parte actora le atribuye toda la responsabilidad del infausto hecho a quien iba al volante del carro de servicio público que atropelló al señor JAVIER ANTONIO SÁNCHEZ TORO, no solo por la naturaleza de la actividad peligrosa que desarrollaba, sino también por haber sido

imprudente al no mirar a ambos lados antes de empezar el giro y acceso a la carretera central.

Por otra parte, el bloque contradictor, repelió la responsabilidad que se le endilga, aduciendo que el conductor del enllantado de servicio público –y por ese conducto el propietario del automotor y la empresa transportadora- no tiene responsabilidad en el accidente, porque lo que se verificó fue culpa exclusiva de la víctima, derivada de su imprudencia al estar ocupando la calzada destinada para vehículos, según el croquis levantado en el sitio de los hechos y la declaración del agente de tránsito que acudió al lugar.

En el caso que ahora falla la Sala se impone que el análisis se haga bajo el supuesto de la existencia de una actividad peligrosa, teniendo en cuenta que el infausto accidente sobre el que se indagó tuvo ocurrencia durante el ejercicio de ese desempeño, por cuanto, se tiene por averiguado que la conducción de vehículos automotores –carro ó tracto camiones en esta eventualidad-, constituye un accionar peligroso con eco legislativo en el artículo 2356 del C.C. y en el amplio desarrollo jurisprudencial que el mismo ha tenido en las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa. De donde se concluye que es carga de los actores demostrar el daño y el nexa causal, por lo menos material, en tanto que a los demandados el elemento extraño que rompa en nexa de causalidad.

Ya quedó establecida la militancia en el expediente de la prueba del daño y el vínculo de causalidad física, quedando por averiguar si el hecho idóneo alegado para quebrar el nexa causal, esto es, la culpa exclusiva de la víctima, se probó.

Lo primero que se advierte tras auscultar la probanza obrante en el plenario es que fluyen nítidas las circunstancias tiempo -5 de marzo de 2006 aproximadamente a las 21:40 horas- y lugar –cruce de la carretera central que de Cartago conduce a Ansermanuevo Valle, entrada a Guayabito- de ocurrencia del accidente, sin embargo, no ocurre lo mismo con los detalles de modo, por cuanto no están demostrados los supuestos de hecho antecedentes y concomitantes que permitan tener, siquiera una explicación, de la forma tan excesivamente extraña e insólita en que el señor JAVIER ANTONIO SÁNCHEZ TORO resultó arrollado por las llantas traseras de la tractomula conducida por el señor ROBERTO LOZANO MORA.

La probanza recaudada sobre este particular es verdaderamente precaria no solo en número, sino también en contenido y credibilidad. Solo se cuenta con la versión del conductor del vehículo, el informe de accidente rendido por el guarda de tránsito, su testimonio y la inspección judicial. No hubo testigos presenciales del hecho distintos a sus protagonistas, uno de los cuales, el señor SÁNCHEZ TORO quien falleció sin haber sido escuchado, y el otro el propio conductor, a la sazón demandado.

Tan desolador panorama probático, a modo de ver de la Sala, distinto a lo considerado por la juez *a quo*, como no facilita ni permite esclarecer las circunstancias de modo en que ocurrió el fatal evento, impiden atribuirle la culpa exclusiva del mismo a quien resultara muerto. No se cumplió por parte del extremo demandado con la carga de demostrar qué participación activa pudo haber tenido el señor JAVIER ANTONIO SÁNCHEZ TORO en la aludida peripecia. Se explica.

De las probanzas enantes relacionadas, escrutadas a la luz de las reglas de la sana crítica y del sistema de la persuasión racional, se obtiene el siguiente balance:

La versión del motorista y demandado señor ROBERTO LOZANO MORA, recogida por el Agente de Tránsito en un Formato de Entrevista de la Fiscalía General de la Nación, ejerciendo funciones de Policía Judicial, en la cual confiesa la autoría del hecho y a la que la operadora judicial de primer grado le dio credibilidad, no puede ser apreciada como prueba, habida consideración que lo que reposa en el expediente –adosado a la demanda- es la copia simple de ese documento desnuda de autenticación que no da certeza de autoría –art. 254 C.P.C.- y por tanto carece de valor probatorio,

Pero aún haciendo abstracción de lo anterior y procediendo a auscultar el contenido del aludido documento, se llega a la conclusión que tampoco resulta útil para demostrar la culpa de la víctima por las siguientes razones: l) ninguna explicación razonable y por tanto atendible presenta de la forma como sucedió el acontecimiento y de la cual pueda deducirse, como se alega en el proceso, que la culpa de aquel fue del fallecido SÁNCHEZ TORO. El texto de su dicho es el siguiente: *“Me encontraba cargando maíz sitio vía Guayabalito, antes de coger la principal paré, miré a la izquierda, no venía ningún carro, arranqué, en ese momento escuché unos gritos paré me bajé del vehiculo revise encontré (sic.) una persona herida al lado derecho del carro.*

*Intento comunicarme con las autoridades no fue posible, al rato apareció un motociclista, le pedía el favor de avisar a las policías (sic.) y al rato y llegaron la polisía (sic.) y auns 15 minutos yegaron los bomberos y depues transito (sic.)” – folio 27 cdno. 1.-.*

Como puede apreciarse, la lacónica versión en referencia no va más allá de la confesión de la autoría del hecho y del descuido del conductor del trantocamión, al admitir que al llegar al cruce para tomar la vía central, solo miró a su izquierda, siendo su deber, haber dirigido su mirada igualmente al lado derecho, pues si así hubiere sido y si su exposición es verdadera, con seguridad hubiese advertido la presencia del peatón y el accidente no habría ocurrido. Nada hay en esta entrevista que indique culpa del transeúnte en el accidente.

Con relación al Informe de Accidente rendido por el Guarda de Tránsito WILMAR CAMACHO MOSQUERA, en donde se consignó como causa probable del accidente *“pararse sobre la calzada, invadir zona destinada para los vehículos.”* –folio 5 cdno. 1-., es de verse que el mismo se elaboró teniendo como única fuente de información el conductor -hoy demandado- del enllantado, por cuanto, como ya ha quedado señalado, no hubo más testigos del hecho, lo cual indica que su dicho se quedó ayudo de apoyo probatorio, amén que tal cual quedara ya analizado, de su parca entrevista no se desprende exculpación de ninguna naturaleza.

Ahora, estudiando el croquis que acompaña el aludido informe, la forma en que conforme a él aconteció el arrollamiento que se averigua sigue sin tener una explicación, dado que la ubicación del camión en el centro de la vía –la cual según la inspección judicial tiene de ancho 26.30 metros- y el punto de impacto apuntado en el mismo, a considerable distancia de la línea derecha de la carretera, generan múltiples interrogantes –muchos de ellos planteados por el extremo recurrente- que las pruebas militantes en el plenario no pueden absolver, y que en todo caso no

permiten concluir que el accidente se debió a imprudencia del señor JAVIER ANTONIO SÁNCHEZ TORO.

Ciertamente, no luce ajustado a la lógica y a las reglas de la experiencia que el peatón hubiese estado parado o transitando casi por la mitad de una carretera de 26.30 metros de ancha, y que a pesar de ello el conductor no se hubiere percatado de su presencia para frenar o esquivarlo. Si así hubiesen transcurrido los hechos – es decir, si hubiese estado invadiendo la calzada en proximidades del centro de la vía-, entonces por qué SÁNCHEZ TORO no fue atropellado con la parte delantera del carro, sino con las llantas posteriores?. Acaso fue un acto voluntario, o suicida del nombrado precipitarse sobre las llantas de la tractomula?. Estas hipótesis no fueron esgrimidas, ni probadas en el curso de esta pesquisa.

De allí que el punto en donde JAVIER ANTONIO SÁNCHEZ TORO aparece arrollado, según el croquis, no tiene una explicación lógica en el proceso, menos para atribuirle la culpa del hecho al citado. Ni para concluir sin ningún fundamento plausible de orden probatorio que en el momento de los hechos éste hubiere estado ocupando o invadiendo la calzada vehicular.

Y lo dicho se confirma al escrutar el testimonio rendido por el Guarda de Tránsito WILMER CAMACHO MOSQUERA, quien declaró que cuando fueron a atender el caso, *“Procedimos a hacer el respectivo croquis en el cual encontramos que al parecer la persona lesionada iba como peatón y fue lesionado con parte de las llantas traseras de la tracto mula...”* –folio 14 cdno. No. 12- (subraya el Tribunal), apuntación que evidencia que no era claro para este agente que el lesionado fuese un peatón. Igualmente sostiene que cuando llegaron al sitio del accidente ya estaba saliendo la ambulancia de bomberos con el lesionado, levantaron el croquis con base en aseveración del conductor de no haber movido el automotor, añadiendo que encontraron sangre en las llantas traseras de éste. No dijo, ni le preguntaron sobre la existencia de sangre en el suelo en donde supuestamente ocurrió el impacto.

Como puede apreciarse el aporte de esta testificación en torno al modo como se presentó el insuceso y a la alegada culpa exclusiva de la víctima, es prácticamente ninguno, habida cuenta que cuando llegaron al paraje de su ocurrencia había transcurrido un tiempo considerable desde ésta, ya habían levantado el lesionado, y lo único que hicieron fue dibujar el plano con la ubicación en que hallaron el automotor con la sola manifestación de su motorista.

Por último, la inspección judicial practicada cuatro años después del accidente, simplemente constató el estado de la vía, su ancho -26.30 metros-, remitiéndose la operadora judicial que la practicó, en las demás medidas, a las apuntadas en el croquis, sin que se halle barrunto que pueda apuntalar la excepción de culpa exclusiva o concurrente de la víctima del arrollamiento.

En este orden de ideas, no derruida la presunción de culpa en el accidente, derivada de la actividad peligrosa, la responsabilidad del extremo actor aflora, haciéndose procedente resolver sobre las demás excepciones propuestas por los demandados, conforme lo dispone el inciso 2º., artículo 306 del C.P.C.

Ante la falta de demostración de la culpa de fallecido, ni exclusiva ni compartida, quedan de esta manera despachadas las excepciones que el extremo demandado fincó en ese argumentos. Ellas son: No estar obligados a indemnizar a los demandantes por haberse causado la muerte por el propio actuar del señor SÁNCHEZ TORO; Falta de nexos causal, Reducción de la indemnización por haberse expuesto la víctima imprudentemente al daño. La excepción de cobro de lo no debido, hizo relación al inicial demandante GERMÁN EDISON SÁNCHEZ TORO, que como quedara apuntado salió del proceso por virtud de la declaración de una excepción previa; en tanto que la de reducción de lo pedido por lucro cesante, no se hace menester resolverla por cuanto no habrá condena por este concepto. La defensa alusiva al cobro al seguro obligatorio de accidente de tránsito SOAT, se despachará de cara al daño emergente y perjuicios morales que hayan de señalarse.

Ahora debe dirigirse la mirada al estudio de las indemnizaciones pedidas en las especies de daño emergente, lucro cesante, daños moral y daño a la vida de relación. No se ocupará la Sala de este tópico con relación a GERMÁN EDISON y LUZ ELENA SÁNCHEZ TORO, hermanos del causante, puesto que como bien quedara explicado, ya no son sujetos de este proceso.

(...)LUCRO CESANTE, o sea, *“la ganancia o provecho que deja de reportarse”* – artículo 1614 del C.C., traducida en este caso de muerte del pariente en la ayuda económica que por su desaparición deja de percibirse, debiéndose resaltar, *“que lo que confiere el derecho para reclamar el pago de perjuicios materiales de índole extracontractual, derivados de la muerte de una persona es la dependencia económica del reclamante con respecto al extinto, siempre y cuando, claro está, exista certeza de que, dadas las circunstancias, la ayuda o socorro habría continuado de no haber ocurrido su fallecimiento.”*; por supuesto, además del deber de demostrar el monto del perjuicio, lo cual lleva anejo la acreditación de los ingresos del muerto.

En este caso, a brillo de ojo llama la atención que según se afirma en las dos demandas acumuladas, el fallecido JAVIER ANTONIO SÁNCHEZ TORO con los exiguos e inestables ingresos como coterero o bracero -cargando y descargando camiones-, atendía económicamente al sostenimiento de sus padres, sus hijos – uno mayor de edad para la época de los hechos- y hasta dos hermanos de quienes se supo son independientes y tienen establecimientos públicos –bicicleterías-, de los cuales no solo derivan su sustento, sino también para el apoyo pecuniario que le ofrecen a su progenitora.

Los testimonios de los señores SILVIO AUGUSTO ZULUAGA GALLEGO y JOSÉ ALDEMAR MORENO ÁLVAREZ, presentados por los demandantes LUZ NELLY TORO ECHEVERY y NOEL ANTONIO SÁNCHEZ BETANCOURT, en orden a acreditar los perjuicios sufridos por la muerte de su hijo, refieren supuestas ayudas de éste para con aquellos, empero, no exponen la ciencia del dicho, ni las circunstancias en que las relacionadas colaboraciones ocurrían.

SILVIO AUGUSTO ZULUAGA al preguntársele en torno a con quién vivía y cuáles eran los ingresos del occiso y en qué cuantía le contribuía a sus padres, respondió, *“hasta donde tengo entendido, vivía con la mamá,”* se desempeñaba como coterero, *“trabajo muy inestable, pero supongo que por ahí un mínimo....Yo veía que le*

*ayudaba al papa y a la mama, no se en que cuantía” (sic.), –folio 2 cdno. 6-, añadiendo que fue a la casa de JAVIER ANTONIO en una sola oportunidad y que el padre de éste vive en Pereira.*

En similares términos declaró JOSÉ ALDEMAR MORENO ÁLVAREZ contando que, *“cuando él trabajaba le ayudaba a los padres, con lo poquito que ganaba porque es un trabajo muy inestable, más o menos el mínimo.”* -folio 4-, agregando –distinto a lo manifestado por el anterior declarante- que vivía con la señora y sus hijos y que le colaboraba a la mamá, *“digamos que no como llevando una obligación, sino de una colaboración de hijo, colaborándole a la mamá, el tenía su obligación y a eso es que ke (sic.) refiero.”* –folio 5-. Cuenta además que se veían *“de vez en cuando”*.

Así las cosas, lo que, a lo sumo, se desprende de la probanza en escrutinio es que el señor JAVIER ANTONIO, cuando las circunstancias económicas se lo permitían, le brindaba alguna esporádica contribución pecuniaria a sus padres, como lo hacen sus otros dos hermanos, pero no en los términos afirmados en la demanda, es decir, no como una dependencia económica continua y con vocación de permanencia en el tiempo, sino de manera irregular e infrecuente. Y ello no sucedía así, además, porque el trabajo informal del causante, sin condiciones de estabilidad ni otras garantías laborales, no le proveía un ingreso determinado y permanente.

En lo que atañe con los otros dos demandantes, o sea, los hijos del obitado, JACKELINE y EDIER ALEJANDRO SÁNCHEZ ARANGO, debe mirarse que ninguna prueba distinta a sus propias versiones obtenidas a través de los interrogatorios de parte que absolvieran milita en el expediente en lo que a lucro cesante se refiere, lo cual se traduce en que sus aseveraciones se quedaron sin respaldo probatorio alguno. A ello se suma que del dicho de ellos se desprende la confesión de la no dependencia económica de su padre, puesto que JACKELINE vivía por la época de la desaparición de de aquél en la Capital de la República bajo la protección de una tía; en tanto que EDIER ALEJANDRO ya mayor de edad para la citada calenda, declaró que su padre respondía por ellos, *“cuando tenía empleo, cuando no, no podía.”* –folio 1 cdno. 10-, añadiendo, sin mayores detalles ni pruebas, que había sido demandado por alimentos, por lo cual aportaba \$ 150.000.00 quincenales.

Entonces, no acreditada la dependencia económica de los demandantes con relación al causante, ningún perjuicio pueden haber experimentado en el rubro de lucro cesante, razón suficiente para desestimar su pretensión.

La probanza de orden pericial innecesariamente decretada por el *a quo*, la cual debió partir de las evidencias recogidas en el proceso, ningún aporte puede realizar a la prueba de perjuicios en el acápite de lucro cesante, precisamente por cuanto los mismos no fueron demostrados. Luego entonces, su conclusión consistente en una tasación de lucro cesante por \$ 119.258.400.00, sin fundamento de naturaleza alguna, por cuanto ni siquiera se calculó la probabilidad de vida de cada uno de los demandantes –dos de ellos frisan los 80 años de existencia-, carece de todo mérito probático.

Se aborda enseguida el aspecto de los perjuicios morales, con relación a los cuales debe decirse que es cosa sabida que son aquellos que se evidencian a través de la pena, dolor y sufrimiento. En palabras del órgano de cierre de la justicia ordinaria, *“configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en quebranto de*

*la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de inmesurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo, ya por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial.”.* Constituye la mengua sentimental derivada de la lesión a un interés no patrimonial, lo que se conoce como daños morales subjetivados, pues se insiste, afectan el propio espíritu en lo afectivo y emocional del ser humano, lo cual no es fácil de determinar ni mucho menos evaluar con exactitud, razón por la cual la jurisprudencia ha sido clara en sentar que en consideración a lo inasible del asunto, su tasación debe operarse en el terreno del *arbitrio judicis* sin que por supuesto ese arbitrio se entienda como arbitrariedad, ni obedezca al solo capricho del operador judicial, porque no obstante el alto contenido subjetivo del aspectos, hay criterios que objetivan un tanto esta difícil tarea y la aproximan a la equidad.

Volviendo al caso que nos ocupa, no halla la Sala en el acervo probatorio prueba distinta al parentesco que unía al difunto con los demandantes, y que, según la evidencia testimonial, las relaciones familiares transcurrían en un ambiente de cordialidad. JAVIER ANTONIO por temporadas residía donde su madre, con quien mantenía comunicación permanente. Su padre NOEL ANTONIO SÁNCHEZ BETANCOURT vivía en Pereira y lo visitaba aunque no de forma muy frecuente. Sus hijos, como ya se dijo, ninguna comprobación en materia de perjuicios aportaron.

En estas condiciones, es decir, huérfano el caso de algún otro elemento de evidencia orientado a demostrar la intensidad, duración, repercusiones en su vida familiar, laboral o social y en fin, las consecuencias del padecimiento, la congoja o tribulación que les hubiese generado la muerte de JAVIER ANTONIO a los demandantes –padres e hijos-, no queda sino acudir a las máximas de la experiencia, -o sea, lo que de ordinario ocurre y experimenta una persona de mediana inteligencia y nivel sociofamiliar, frente a la desaparición de un allegado- y al *arbitrio judicis* para tasar la indemnización solo por perjuicio moral subjetivo, dado que el daño a la vida de relación no se acreditó y por ello esta condena no se producirá.

Con este hilo conductor considera la Sala que una suma justa y razonable para resarcir esta naturaleza de daño a hoy fecha de la sentencia de segunda instancia, corresponde a:

LUZ NELLY TORO ECHEVERRY (madre).....\$ 20.000.000.00  
 NOEL ANTONIO SÁNCHEZ BETANCOURT (padre).\$ 10.000.000.00  
 JACKELINE SÁNCHEZ ARANGO (hermana).....\$ 5.000.000.00  
 EDIER ALEJANDRO SÁNCHEZ ARANGO (hermano)\$ 5.000.000.00

Airosas parcialmente las pretensiones por daño emergente y perjuicios morales, corresponde resolver la excepción llamada por los demandados, cobro al seguro obligatorio de accidentes de tránsito SOAT, consistente en que el amparo por esta póliza cubre todo lo relacionado con la atención hospitalaria, medicamentos, indemnización por muerte y gastos funerarios.

Sobre el particular obra en el expediente –folio 4 cdno. 12- la comunicación expedida la Gerencia SOAT, Seguros Generales Suramericana S.A., informando

que por el amparo de indemnización por muerte del señor JAVIER ANTONIO SÁNCHEZ TORO se canceló la suma de \$ 8.155.187.00, en dos partidas de \$ 4.077.594.00, una a la señora DIANA PATRICIA ARANGO en calidad de representante legal de la menor JACKELINE SÁNCHEZ ARANGO, y la otra al señor EDIER ALEJANDRO SÁNCHEZ ARANGO.

A ese respecto debe anotarse que la excepción deviene frustránea con relación a los señores NOEL ANTONIO SÁNCHEZ BETANCOURT y LUZ NELLY TORO ECHEVERRY, atendiendo a que ningún pago se les realizó por razón del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito.

Situación distinta es la de los hijos del fallecido JAVIER ANTONIO SÁNCHEZ TORO a quienes la Compañía Seguros Generales Suramericana S.A. si les canceló la sumas de dinero acabadas de relacionar, para indemnizarlos por la muerte de su padre. En estas condiciones, parando mientes en que una de las características más salientes del contrato de seguros es que se trata de *“contratos de mera indemnización”* que no pueden constituirse en fuente de enriquecimiento, según el artículo 1088 del C. de Co.; y en que conforme al numeral 3., artículo 194 del Decreto 633 de 1993 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, si bien, el pago efectuado por las compañías aseguradoras en razón del SOAT a las víctimas o a sus derecho habientes no impide acudir a los órganos jurisdiccionales competentes en orden a reclamar del responsable las indemnizaciones a que consideren tener derecho; también debe tenerse en cuenta que conforme al párrafo de la citada disposición, *“Las sumas pagadas por concepto de los amparos de carácter indemnizatorio de las pólizas que se emitan en desarrollo de este capítulo, se entienden prioritarias e imputables a la indemnización que por mayor valor pueda resultar a cargo del responsable del accidente.”*

Lo anterior en el presente caso traduce que las sumas canceladas a EDIER ALEJANDRO y JACKELINE SÁNCHEZ ARANGO por razón del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito SOAT - \$ 4.077.594.00 a cada uno- debidamente indexadas, habrán de ser imputadas, al monto que por perjuicios morales se les ha reconocido en esta sentencia. Entonces, trayendo a valor presente el rubro dinerario que percibieron los nombrados desde el mes de diciembre de 2006 hasta la fecha y realizando la correspondiente atribución tenemos lo siguiente:

$$\frac{4.077.594 \times 1.45}{87.87} = 6.728.702$$

Es decir, que superando el monto que estos demandantes recibieron por virtud del SOAT, el guarismo que aquí se les señaló por daño moral, triunfa la excepción promovida y, en consecuencia ninguna condena podría formularse a favor de estas personas.

Declarada la responsabilidad del extremo demandado y dispuesta la condenación pecuniaria, se abre paso el estudio de la situación de la llamada en garantía, es decir, de la Compañía QBE SEGUROS S.A., persona jurídica que expidió la póliza integral de responsabilidad civil de transporte de carga por carretera No. 103111202457 –folio 1 cdnos. 2 y 5-, cuyo período de vigencia comprendió la fecha del accidente -5 de marzo de 2006- con cobertura dentro de su cuadro de amparos para responsabilidad civil extracontractual, por lesión o muerte a una persona hasta

de \$ 60.000.000.00, lo cual en principio le genera la obligación de salir a responder por las indemnizaciones que estén dentro de su cobertura. En este estado debe ocuparse la Sala de las excepciones de mérito promovidas por la compañía aseguradora llamada en garantía.

Con base en los artículos 1131 y 1081 del Código de Comercio QBE SEGUROS S.A. avivó la excepción de prescripción, alegando que cuando le fue notificada la demanda, el 5 de febrero de 2009, ya habían transcurrido más de dos años después de sucedido el siniestro por el cual tendría que salir a responder, es decir, que la acción derivada de la póliza ya había fenecido por prescripción.

El artículo 1081 del C. de Co. Indica que la prescripción que se deriva del contrato de seguro o de las normas que lo rigen puede ser ordinaria o extraordinaria y que, *“La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.”*. Sin embargo, esta norma general al contrato de seguro debe aplicarse en consonancia con otra disposición especial al seguro de responsabilidad la cual, *“no consagró un sistema de prescripción extraño o divergente al global desarrollado en el precitado precepto y que, por contera, sus disposiciones no constituyen un hito legislativo aislado o, si se prefiere, autónomo o propio, de suerte que, para su recta interpretación, debe armonizársele con ese régimen general que, en principio, se ocupó de regular el tema de la prescripción extintiva en el negocio asegurativo...”*. Ella es el artículo 1131 del cuerpo normativo en mención a cuyo tenor en el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que ocurra el hecho imputable al asegurado, punto de partida de la prescripción *“respecto de la víctima”*; más con relación al asegurado se contará, *“desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.”*

Así las cosas, debe distinguirse que uno es el partidor para contar la prescripción con relación a la víctima –fecha del hecho imputable al asegurado-, y otro es aquel cuando se trata del asegurado –reclamo judicial o extrajudicial-. Y así se ha entendido por la jurisprudencia en consideración a que si nadie le ha reclamado al asegurado indemnización alguna, impedido está para pedir de su compañía asegurado. En un caso con análogos perfiles fácticos y alegaciones jurídicas dejó sentado la Corte Suprema de Justicia desde 1994:

*“...Pero el tercer hecho, el de la demanda judicial o extrajudicial de la indemnización de la víctima al asegurado, lo toma el citado precepto como hecho mínimo para la exigibilidad de la responsabilidad que puede reclamar el asegurado frente al asegurador. La ley no le exige al asegurado que primero sea declarado responsable para luego demandar la responsabilidad del asegurador; pero en cambio le exige que por lo menos se le haya demandado la indemnización. Por ello perentoriamente se prescribe, en términos inequívocos, que dicha “responsabilidad...solo podrá hacerse efectiva cuando el damnificado o sus causahabientes demanden judicial o extrajudicialmente la indemnización” (Art. 1131 del C.Co.) (subraya la Sala). Luego, si solo desde ese instante puede reclamarse la responsabilidad al asegurador por parte del asegurado, mal puede hacerse el cómputo de la prescripción desde época anterior.*

6.- Luego, resulta absolutamente claro que, sin que mediara “demanda judicial o extrajudicial”, al asegurado le quedaba vedado el camino para

reclamar al asegurador una indemnización a título del contrato de seguro, pues a él nadie le había reclamado todavía; y, precisamente por ello, ese asegurador podía entonces (artículo 1131 del C. de Co.), aducir que no le era exigible el cumplimiento de la obligación indemnizatoria derivada del contrato de seguro, pues por ministerio de la ley, la exigibilidad de la misma dependía no solo de la realización de un hecho externo imputable al asegurado y generador para este de responsabilidad civil, además, requería la condición adicional de que esta fuera objeto de “demanda” ya “judicial”, ora “ extrajudicial”, criterio este de interpretación que finalmente, coincide con el nuevo texto del citado artículo 1.131 del C. de Co., en el cual se establece que en esta especie de seguros, la prescripción “frente al asegurado” tiene ocurrencia “desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.

Se colige de los discurrido que en el presente caso la excepción de prescripción presentada por la compañía asegurador no puede tener éxito –quien pretende que el término extintivo se cuente desde la fecha del siniestro y no desde el reclamo que se le hizo al asegurado-, dado que el llamamiento en garantía realizado por el asegurado señor LUIS ALBERTO LOZANO MORA le fue notificado a la compañía aseguradora, en los dos procesos acumulados, dentro de los dos años siguientes a aquel en que fue requerido extrajudicialmente a través de la audiencia preprocesal consagrada en la Ley 640 de 2001, la cual se realizó el 30 de julio de 2007 –folios 8 cdno. 1- por los causahabientes del señor JAVIER ANTONIO SÁNCHEZ TORO, como quiera que los autos admisorios de los llamamientos se dieron a conocer a la aseguradora el 5 de febrero de 2009 –folios 19 cdno. 2- y 16 de febrero de 2009 – folios 23 cdno. 5-, respectivamente, es decir, antes de superarse el bienio desde el reclamo extrajudicial.

Tampoco está llamada a prosperar la excepción de limitación a lo pactado expresamente en el seguro, toda cuenta que la indemnización aquí ascendente a \$ 30.000.000.oo está dentro de la cobertura que conforme a la póliza se otorga por muerte a una persona, la cual es de hasta \$ 60.000.000.oo, menos el deducible de \$ 816.000.,oo -2.5 S.M.L.M.V. -, o sea, \$ 59.184.000.oo.

Por último, no corresponde hacer pronunciamiento sobre la excepción llamada ausencia de pacto sobre lucro cesante, si en cuenta se tiene que tal condena aquí no se produjo.

Sentencia de segunda instancia (2007-0138-01) del 08 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García. Decisión: confirma el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia apelada y revoca los numerales segundo, tercero y cuarto.

**PROCESO EJECUTIVO HIPOTECARIO – No están legitimados para intervenir los herederos de quien en vida no suscribió la obligación ni aparece como propietario del bien hipotecado.**

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

Código de Procedimiento Civil, artículo 554, inciso tercero; Código Civil, artículo 2452.

### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 27 de marzo de 1945, del 14 de marzo de 1990, sentencia 112, ponencia del magistrado Héctor Romero Sierra y 15829 del 30 de marzo de 2006.

### TESIS DE LA DECISIÓN:

Como en precedencia se vio, la queja de la aquí accionante estriba en que el juzgado accionado ha debido permitirle su intervención como litisconsorte de su padre en el proceso ejecutivo con título hipotecario que contra éste cursa en el juzgado accionado. Ello, porque en su sentir, al ser heredera de la cónyuge del propietario del inmueble hipotecado [deudor hipotecario, único demandado a la sazón] tiene legitimación en la causa por pasiva en el proceso ejecutivo que en contra de éste cursa, pues en la sucesión de su fallecida progenitora habría de corresponderle, junto con otro hermano, el 50% del bien hipotecado, toda vez que éste pertenecería a la sociedad conyugal que la causante tenía conformada con el deudor hipotecario.

Para desnudar la sinrazón de ese planteamiento basta memorar que a términos del artículo 554 (inciso 3) del Código de Procedimiento Civil [alusivo a las reglas especiales “para el proceso ejecutivo con título hipotecario o prendario”] “...la demanda deberá dirigirse contra el actual propietario del inmueble, la nave la aeronave materia de la hipoteca o la prenda...”, disposición legal ésta respecto de la cual la Corte Constitucional, apuntalada en la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia y en el calificado parecer de reconocidos tratadistas, ha puntualizado lo siguiente:

“...(..) A quién debe demandarse en el proceso de ejecución con título hipotecario.

Consecuentemente con la norma del artículo 2452 del Código Civil, el inciso tercero del artículo 554 del Código de Procedimiento Civil, aquí demandado, dispone: “La demanda deberá dirigirse contra el actual propietario del inmueble, la nave o aeronave materia de la hipoteca o de la prenda”.

El acreedor hipotecario tiene dos acciones, cuando el crédito garantizado con la hipoteca se hace exigible, para cobrarlo judicialmente: una acción personal, originada en el derecho de crédito, contra el deudor de éste; otra, real, nacida de la hipoteca, contra el dueño del bien hipotecado. Hay que distinguir, según sea el dueño del bien hipotecado el mismo deudor o un tercero. En el primer caso, podrá ejercer contra ese deudor que es al mismo tiempo el dueño actual de la cosa hipotecada, la acción real solamente, o ésta y la acción personal. En el segundo caso, contra el actual dueño sólo podrá ejercer la acción real nacida de la hipoteca; y contra el deudor, sólo la acción personal originada en el crédito exigible. Y si quiere ejercerlas ambas en el mismo proceso, contra el dueño actual del bien hipotecado y contra el deudor, podrá hacerlo, pero se seguirá el procedimiento del proceso

ejecutivo singular, como lo prevé el último inciso del artículo 554 del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

*"Cuando la persona del deudor, esto es, el sujeto pasivo de la obligación garantizada con hipoteca, es la misma propietaria del inmueble sobre el que recae el gravamen, frente a ella tiene el acreedor doble garantía: una, de tipo personal, consistente en que el patrimonio de aquélla es prenda general de cualquier acreedor; y otra, ya de linaje real, consistente en que el bien raíz hipotecado está prioritaria y directamente afectado al pago de su acreencia. Garantías ambas que las puede ejercitar separada o conjuntamente; la personal y la conjunta por los lineamientos del proceso ejecutivo y la real por los del ejecutivo con título hipotecario o prendario.*

*"Pero donde con mayor claridad puede apreciarse tal aspecto que importa la hipoteca, como quiera que el derecho del acreedor se bifurca, es en el supuesto de que el deudor y el dueño de la cosa sean personas diferentes, bien porque el constituyente del gravamen pierda por cualquier causa la titularidad en el dominio de la misma, ora porque con ella se haya garantizado obligación ajena en los términos del artículo 2439 del Código Civil. Es entonces cuando las dos garantías de que arriba se habló presentan matices diversos, como que, evidentemente, contra el deudor no tendrá el acreedor mas que una acción personal, atendiendo precisamente la naturaleza del derecho de crédito que le pertenece; por lo mismo, el patrimonio del deudor, in integrum y hasta el importe de la deuda, constituye en tal caso su garantía personal. Y a la par con ella, está favorecido también con la garantía real de hipoteca, en el evento de que el deudor no cumpla la obligación, que se traduce, quepa repetirlo, en la facultad de perseguir exclusivamente el bien hipotecado, a fin de obtener la venta del mismo y satisfacer su acreencia con el producido, lo cual podrá ejercer mediante acción que dirija contra el dueño de la cosa, sea el que fuere, haya o no constituido el gravamen, exceptuando el caso, claro está, del que lo adquirió en pública subasta en las condiciones previstas en el artículo 2452 del Código Civil.*

*"Nótese que la razón para resultar demandado el tercer poseedor estriba, no en que esté personalmente obligado a la deuda, sino sólo por encontrarse en poder del inmueble hipotecado.*

*"En la hipótesis comentada, es claro, pues, que contra el deudor no podrá ejercerse la acción real; a su turno, contra el dueño de la cosa se carece de acción personal, como no sea el que garantizó deuda ajena se haya obligado a ello expresamente (parte final del artículo 2439 ya citado) (Gaceta Judicial, No. 2439, pág. 116).*

De conformidad con lo expuesto, y por mandato expreso del artículo 554, inciso 3o., del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 2452 del Código Civil, cuando se ejerce solamente la acción hipotecaria, debe demandarse únicamente al actual propietario del bien hipotecado. Esta ha

sido la jurisprudencia constante, y la doctrina de la mayoría de los autores. Al respecto anota el profesor Gómez Estrada:

*"467. Situación del tercer poseedor demandado con acción hipotecaria. Como ya se dejó visto atrás, se puede hipotecar un bien propio para garantizar una obligación ajena, sin que a la vez se asuma la deuda (arts. 2439, inciso segunda, y 2454); por otra parte, como el bien hipotecado puede ser enajenado por quien lo hipotecó (art. 2440), obviamente quien lo adquiriera lo recibirá con la hipoteca que lo grava, pero sin que por adquirirlo se convierta en deudor de la obligación garantizada con ésta. Pues bien, tanto en el primer caso como en el segundo el propietario actual del inmueble, por el mero hecho de serlo, tendrá la condición de sujeto pasivo de la acción hipotecaria. A este propietario del bien hipotecado, que no es deudor y por lo tanto no está obligado al pago de la obligación que la hipoteca respalda, es a quien en el lenguaje del derecho hipotecario se llama tercer poseedor. Como consecuencia del atributo de persecución propio de toda acción real, en este caso de la hipotecaria, el mencionado tercer poseedor es el titular de la legitimación en causa pasiva y por lo mismo quien debe ser demandado cuando se pide ante la jurisdicción la venta en pública subasta del bien hipotecado, para que con el producto de la venta se le pague al acreedor demandante su crédito más los accesorios respectivos". (Ob. cit, pág. 508)*

Y el profesor Hernando Devis Echandía, escribe:

*"Rechazamos la tesis que exige demandar tanto al actual propietario inscrito, como al deudor cuando fuere diferente de aquél, porque no se trata de litis consorcio necesario y el artículo 554 sólo exige al primero" (El Proceso Civil, Parte Especial, Compendio de Derecho Procesal Civil, Tomo III, volumen II, 7a. Edición, 1991, Biblioteca Jurídica Dike, pág. 956).*

En síntesis: de conformidad con la ley, la jurisprudencia constante y la doctrina, cuando solamente se ejerce la acción real nacida de la hipoteca, se demanda únicamente al actual propietario del bien hipotecado, no se demanda al deudor. (..) (Sentencia C-192 de 1996. Magistrado ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA).

Tomando pie en las directrices legales y jurisprudenciales antes reseñadas emerge claro que en los procesos ejecutivos con título hipotecario no hay manera de atribuirle legitimación en la causa por pasiva a quienes no sean (i) suscriptores de los títulos valores garantizados por la hipoteca o (ii) titulares del derecho real de dominio sobre el bien hipotecado.

Por modo que los herederos de quien en vida no suscribió la obligación -y tampoco aparece como propietario del bien hipotecado- carecen de la legitimación por la cual aboga la aquí accionante, conclusión que en nada se altera frente a la hipótesis de que el bien hipotecado pueda ser social, esto es, perteneciente a la sociedad conyugal conformada entre la causante de aquellos herederos y el propietario-deudor hipotecario, pues siendo verdad que a partir del momento en que se produce la disolución de la sociedad conyugal los bienes que la conforman, esto es, los bienes sociales entran a formar parte de una comunidad universal

*“...distinta de los cónyuges y titular de un patrimonio independiente y autónomo respecto de éstos y terceros...”* (C.S. de J. Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de julio de 1945 reiterada en sentencia del 30 de marzo de 2006, expediente No. 15.829), no es menos cierto, primeramente, que establecer si un determinado bien tiene la calidad de social es una cuestión que no se reduce a la mera comprobación de la fecha de adquisición del mismo, desde luego que varias son las hipótesis en las cuales a pesar que un bien se adquiere por alguno de los cónyuges en vigencia de la sociedad conyugal, es PROPIO de uno de los cónyuges.

Y, lo que es más trascendente aun: el fenómeno de la legitimación en la causa, que es cuanto aquí discute la accionante, se determina al momento de la presentación de la demanda, y no en el decurso del proceso, al vaivén de las particulares contingencias o incidencias que en el mismo puedan acaecer.

Así que, en conclusión, al proveer como lo hizo en las providencias interlocutorias cuestionadas por la aquí accionante [negando la intervención de ésta como litisconsorte necesaria del demandado JOSE FERNANDO MARIN RIOS], el juzgado accionado no solo no ha incurrido en desvarío alguno sino que ha actuado ceñido estrictamente a la ley y a la jurisprudencia.

De lo cual se sigue, recta línea, el despacho desfavorable de la tutela incoada en su contra, al igual que el levantamiento inmediato de la medida provisional que la Sala decretó al admitir a trámite el amparo tutelar, determinación ésta que -en consideración a la palmaria carencia de fundamento de la tutela incoada y el evidente perjuicio que a la rematante le está causando la demora en la entrega del inmueble a ella adjudicado en remate desde el 26 de junio de 2012- deberá materializarse así la presente sentencia sea objeto de impugnación.

Sentencia de tutela de primera instancia (2013-122) del 20 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: niega la protección constitucional reclamada.

**ACCIÓN REIVINDICATORIA Y REQUISITO DEL DOMINIO EN EL DEMANDANTE – La venta directa de un bien sucesoral constituye venta de cosa ajena.**

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

Código Civil, artículos 752, 946, 1401, 1785, 1871 y 1874.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 08 de febrero de 1963, del 18 de septiembre de 1968, del 30 de enero de 1970, ponencia del magistrado Guillermo Ospina Fernández y del 02 de septiembre de 1997,

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...)Recuérdese que el artículo 752 del C. C. señala que si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente

sobre la cosa entregada; pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición.

El artículo 1871 *Ibídem* dispone, por su parte, que la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, siempre no se extingan por el lapso de tiempo, mientras que el canon 1874 pregona que la venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta. Vendida y entregada a otro una cosa ajena, señala el artículo siguiente, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición, luego si el vendedor la vende a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio en el primer comprador (Art. 1785 C. C.).

En suma, la venta de cosa ajena es válida como contrato (pues solo genera la obligación de entregar la cosa vendida y salir al saneamiento), pero la tradición que de ella se genera no. Para que la tradición genere el efecto de trasladar el dominio, se requiere, o bien que el verdadero dueño ratifique la venta, o que quien vendió cosa ajena adquiera con posterioridad la propiedad de la cosa.

En total armonía con las anteriores disposiciones, dispone el artículo 1401 del C.C. que cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto, en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión, y que si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena.

Al descender al caso bajo examen, se encuentra que la Jueza de primer grado concluyó que el título de propiedad exhibido por el demandante no le era oponible a los demandados. En efecto, si bien encontró la *a quo* identidad entre el bien pretendido en la demanda, el comprendido por los títulos del actor y el poseído por los demandados, además de dar por establecido que son éstos los poseedores y explotadores económicos del predio, consideró que las pretensiones del actor estaban llamadas al cadalso pues, aunque su tradición aparentaba ser perfecta, resultaba inoponible a los demandados, al derivar su título de una venta de cosa ajena, estando llamado a prevalecer, en consecuencia, el título de los demandados.

Observa la Sala que si bien en un principio (réplica a las excepciones) la parte actora negó que los títulos que exhiben los demandados se refieran al mismo predio que es objeto de reivindicación, en la sentencia de primer grado, con base en las pruebas recaudadas, se estableció la existencia de esa identidad, aspecto admitido por el extremo actor en reivindicación, como que no fue materia de censura, pues ningún alegato dirige hacia esa dirección. Su alegato, por el contrario, se destinó a combatir los alcances que la funcionaria le dio al negocio contenido en la Escritura Pública 1145 de 1945, por las razones que se dejaron sintetizadas líneas arribas.

Examinado el contenido de la Escritura Pública 1145 del 24 de septiembre de 1955, de la Notaría Segunda de Palmira, donde gravitó la defensa de los demandados y descansó la decisión de la jueza *a quo*, encuentra esta Sala lo siguiente:

Se trata, a no dudarlo, de un negocio jurídico donde los señores LUCIA, CARMELINA, PAULINA y LAURENTINO SUAREZ CAMAYO enajenaron, de manera directa y determinada, un bien herencial, esto es, un lote de una plaza, segregado de uno de mayor extensión, que era de propiedad del causante FERMIN SUAREZ (estaba en vía de que se declarara su derecho en proceso de pertenencia). Ellos, siendo titulares del derecho real de herencia llamado a ser ejercido sobre la masa herencial como universalidad jurídica, y que no faculta para ejercer dominio singular respecto de cada uno de los bienes que integran el acervo sucesoral, dispusieron en todo caso, de cosa ajena.

Que se trató de una venta directa del bien sucesoral se deduce de la lectura de las cláusulas del contrato, del cual se desprende con total claridad la intención de las partes de enajenar el predio debidamente determinado, y no los derechos herenciales que pudieran caberle en él. En ningún recodo de la escritura se habló de la cesión de un derecho, ni de la posibilidad de que los compradores se hicieran reconocer en el proceso de sucesión y se adjudicaran los bienes a su nombre, sino que por el contrario, y como algo que confirma la naturaleza del negocio, lo que se estableció fue que una vez los vendedores (herederos) terminaran el proceso de sucesión, harían una nueva escritura para “ratificar” la inicial.

Tratándose, en consecuencia, de la venta de una cosa ajena, cree la Sala que la primera instancia no erró al concluir como lo hizo. En efecto. Habiéndose realizado posteriormente la partición, y adjudicado el bien a una de las enajenantes de cosa ajena (LUCIA SUAREZ CAMAYO, hoy DE SARRIA), el dominio se radicó en cabeza de los adquirentes señores TEODORO ÁLVAREZ P. y PHANOR ÁLVAREZ G., desde el momento en que se registró el título, esto es, con efectos retroactivo a dicha fecha, todo ello conforme a los artículos 1.874 y 752 del C.C.

Entonces, para el año 2002, cuando la señora LUCIA SUAREZ CAMAYO (hoy de SARRIA) enajenó al demandante JOSÉ ORLANDO SARRIA SUAREZ, hizo nuevamente venta de cosa ajena, con la diferencia que ésta última no ha sido ni ratificada por el verdadero dueño, ni la enajenante ha adquirido el dominio de la cosa vendida para poder cumplir su obligación.

La queja de la censura se reduce, en lo toral, a que la E. P. 1145 de 1955 no podía contener una venta directa y determinada de un lote común y proindiviso, sino que solo se trató de una cesión de derechos herenciales, que no se materializó por cuanto los cesionarios nunca acudieron al proceso de sucesión, a donde cree que debieron haber concurrido. Agrega que la situación no es justa con la señora LUCIA SUAREZ CAMAYO pues, se pregunta, si se trataba de una cesión de derechos que hicieron varios herederos (4), ¿por qué se afectó exclusivamente a su cliente?.

Como ya se vio líneas arriba, para esta instancia lo que contiene el negocio jurídico de marras no es una cesión de derechos herenciales, sino la venta directa de un bien de la herencia. En todo caso, si en gracia de discusión se admitiera lo que propone la parte recurrente, itérase que no es extraño a nuestro ordenamiento jurídico que una cesión de derechos herenciales se vincule en forma determinada a un bien, lo que no desdice de la universalidad que caracteriza el derecho de herencia. Ahora. Si bien es cierto que dicha cesión no traspasa, *per se*, el derecho real de dominio, si puede consolidar *a posteriori* ese efecto, como cuando todos los herederos actúan como cedentes y el pasivo sucesoral permite materializar la

adjudicación, o cuando al heredero cedente se le adjudica en la partición el efecto sobre el cual vinculó los derechos cedidos. En este caso, sea que el bien se adjudique directamente al cesionario, o se haga al cedente (por ejemplo, porque el cesionario no se hizo reconocer la calidad en el proceso de sucesión), el derecho adquirido se retrotrae al momento de la apertura de la sucesión.

Luego, se recaba, si en gracia de discusión se admitiera lo que sostiene la defensa, esto es, que la E. P. 1145 de 1955 lo que contiene es una enajenación del derecho herencial, se llegaría a similar conclusión pues los adquirentes quedaban facultados para procurar que, en la sucesión, se les adjudicara el bien mencionado en el título. Como no lo hicieron, no concurrieron a la sucesión, pero sí lo hizo una de las enajenantes, y a ella le adjudicaron el bien que era objeto de enajenación, no puede sostenerse, como lo hace la censura, que la enajenación de derechos no es perfecta, que no surtió efectos y que la propietaria del bien es la heredera, pues por el contrario, tendrían que hacerse operar las normas antes citadas, de acuerdo a las cuales el cesionario adquiere el derecho que tuviera el causante respecto de los bienes con efectos retroactivos a su adquisición, incluso con efectos a partir de la propia apertura de la sucesión.

En similares términos, la Corte Suprema de Justicia sostuvo, luego de referirse a la cesión del derecho de herencia sin especificar los efectos de que se compone, lo siguiente:

VI. Al lado del acto genérico y típico de la cesión del derecho de herencia anteriormente descrito y que se caracteriza por cuanto su objeto está construido por la universalidad jurídica sucesoral o una cuota de la misma, y no concretamente por los derechos y obligaciones a ella vinculados, la doctrina ha tenido que considerar otra figura diversa de aquella y que se ofrece cuando quien tiene la condición de heredero, y, por ende, de titular del derecho real hereditario correspondiente, le cede a otro uno o más de los bienes sucesorales singularmente considerados, o una cuota de los mismos, diciendo en el contrato que lo cedido son “derechos herenciales vinculados a dichos bienes”. La negociación en esta forma produce los siguientes efectos: el cedente también conserva su intrasmisible calidad de heredero, y el cesionario, como causahabiente personal de él, queda facultado para procurar que en la partición se le adjudiquen los bienes especificados en la cesión, en cuanto esta le haya sido hecha por todos los herederos o por el heredero único y el pasivo sucesoral lo permita, pues, en concurrencia con otros herederos no cedentes y frente a la necesidad de proveer al pago del pasivo sucesoral, el cesionario corre el riesgo de que tal adjudicación no se le haga ni a él ni a su cedente, caso en el cual queda colocado en la condición de adquirente de cosa ajena con todas las consecuencias que esta conlleva (Art. 1401 Inc 2).

Dentro de este último orden de ideas, conviene reiterar también conocidas doctrinas jurisprudenciales: si el cesionario del heredero lo es respecto de bienes sucesorales especificados en la cesión y éstos se adjudican en la partición a él directamente o a su cedente, dicho cesionario adquiere concretamente el dominio o el derecho que tuviera el causante respecto de los mismos, y esto con efecto retroactivo a su

adquisición (Art. 752) y, más aún, se retrotrae a la apertura misma de la sucesión (Art. 1401); pero si la adjudicación recae en personas distintas, se entiende que ninguno de aquellos, cedente y cesionario, ha tenido derecho alguno en tales especies y, por ende, que han negociado sobre cosa ajena

Los anteriores planteamientos normativos y jurisprudenciales obligan a confirmar el fallo apelado, sin que observe la Sala que la solución que se ofrece al caso concreto afecte el orden justo por el que pregonan nuestra Constitución nacional. En efecto, al afirmar la censura que la conclusión combatida en la sentencia significa que se afectó a la señora LUCIA SUAREZ CAMAYO (hoy DE SARRIA) al adjudicarle el lote No. 3 en la sucesión de FERMIN SUAREZ, cuando no solo ella sino tres hermanos más habían participado de igual modo en la enajenación de esos derechos, no tiene en cuenta que según declaración de la misma señora SUAREZ DE SARRIA, cuando se hicieron las negociaciones con los señores PHANOR y TEODORO ALVAREZ, los dineros fueron percibidos exclusivamente por ella, para invertirlos en su familia que estaba en una situación muy crítica debido a la muerte de su esposo y la edad de sus hijos, que aun no podrían trabajar. A lo que se suma que resultan extrañas a este debate las reclamaciones que pudieran hacerse los herederos del señor FERMIN SUAREZ por la forma en la cual realizaron los actos de partición y adjudicación al interior de esa causa mortuoria.

Corolario de lo expuesto, se confirmará el fallo apelado pues, como quedó dicho, no era viable acceder a las pretensiones de la demanda reivindicatoria.

Sentencia de segunda instancia (2005-00133-01) del 20 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García. Decisión: confirma la sentencia apelada.

**RECHAZO DE LA DEMANDA EN PROCESO DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL – Cuando la cesación de pagos es consecuencia de dos demandas de ejecución en contra del deudor, este no está obligado a demostrar que dichas obligaciones provienen de su actividad de comerciante.**

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

Ley 1116 de 2006, artículo 9.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión 2012-00268-01 del 24 de enero de 2013, ponencia del magistrado Jesús Vall de Rutén Ruiz.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En el preciso umbral del análisis al asunto la Sala encuentra que la solicitud de amparo constitucional *subexámíne* se abre paso, toda vez que basta una detenida lectura al numeral 1 del artículo 9 de la Ley 1116 de 2006 para percatarse que si bien dicho precepto consagra dos exigencias, éstas son alternativas y no acumulativas, por lo que basta la acreditación de una de ellas para que se encuentre satisfecho -

en lo que al mismo concierne- el presupuesto de “cesación de pagos” allí consagrado.

El contenido de la norma en cita es como sigue:

“...Artículo 9°. *Supuestos de admisibilidad.* El inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente.

1. Cesación de pagos. El deudor estará en cesación de pagos cuando:

Incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, ó tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la presente ley...”.

Es claro: la cesación de pagos se tipifica cuando el deudor incumple por más de 90 días el pago de dos o más obligaciones contraídas en desarrollo de su actividad [como comerciante]. Pero también se configura dicha cesación cuando en contra del deudor existen “...dos o más demandas de ejecución presentadas por dos o más acreedores para el pago de obligaciones...”, hipótesis ésta que, a diferencia de la anterior, no está atada o condicionada a que las obligaciones que den lugar a las ejecuciones hayan sido contraídas en desarrollo de su actividad como comerciante.

Al auscultar la teleología de esa diferencia parece lógico convenir que una cosa es que quien pretenda acogerse a la preceptiva de la Ley 1116 de 2006 se encuentre apenas en mora de pagar dos o más obligaciones contraídas en el giro de sus operaciones mercantiles, evento en el cual adquiere proporcionalidad y razón de ser la exigencia de que tales obligaciones hayan sido adquiridas “*en desarrollo de su actividad*”. Empero, si la situación del deudor-comerciante no es de simple mora en sus obligaciones, sino que en su contra cursan dos o mas demandas de ejecución [las que, hasta sobra decirlo, normalmente van aparejadas de medidas cautelares], entendible resulta que no sea menester exigir que las obligaciones objeto de cobro compulsivo provengan de su actividad comercial, pues con prescindencia de ello su situación será objetivamente reveladora de un evento de cesación de pagos.

Por modo que, volviendo la mirada al caso que ocupa la atención del Tribunal, y puesto que en su solicitud o demanda de reorganización empresarial el señor CALLE FORERO manifestó y acreditó que en su contra cursan dos procesos de ejecución, uno en el Juzgado 15 Civil del Circuito de Cali (demandante BANCO CONAVI) y otro, de naturaleza coactiva, seguido en el Departamento Administrativo de Hacienda (expediente No. 1671667), innecesario y desproporcionado resultaba exigirle que acreditara que otras obligaciones, apenas en estado de mora superior a los 90 días [acreedores: REFINANCIA S.A., AMERICO ORTEGA, TELEPALMIRA y BANCO DE COLOMBIA] “...*fueron adquiridas en la actividad comercial que se desarrolla por el solicitante...*”, que fue, como ya se ha dicho, el único motivo que finalmente condujo a rechazar la demanda tantas veces citada.

Pertinente resulta reproducir aquí, finalmente, lo expresado recientemente por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que “...*el proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos (..) propósito que no puede ser entorpecido en su obtención calificando injustificadamente los requisitos legales que resulten desproporcionadas frente a la situación particular que se examina...*” (Sala de Casación Civil, sentencia del 24-01-2013, expediente 76111-22-13-000-2012-00268-01, magistrado ponente Dr. JESUS VALL DE RUTÉN RUIZ).

Sentencia de tutela de primera instancia (2013-135) del 22 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: tutela el derecho al debido proceso.

**PATRIMONIO DE FAMILIA – Es embargable por las entidades que financian la construcción, mejora o subdivisión de las viviendas de interés social.**

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

Ley 91 de 1936, artículo 1; Ley 3 de 1991, artículo 38; Ley 9 de 1989, artículo 60; Ley 70 de 1931, artículo 4.

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

Corte Constitucional, sentencia T-378 de 2011.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Sobre el tema aquí a discutir, encuentra la Sala que la situación planteada se presentó por una errada interpretación que realiza la actora sobre las normas que rigen la materia en cuanto a la situación de inembargabilidad de los bienes con patrimonio familiar inscrito, pues a esta regla se aparejan varias excepciones que ya fueron desatadas por la Honorable Corte Constitucional en sentencia que se transcribirá. Desde ya se indica que el amparo invocado merece ser negado por resultar improcedente al no aparecer violación alguna de los derechos fundamentales de la actora. En efecto la Corte en providencia T-378 de 2011, expuso:

“En efecto, tratándose de una vivienda de interés social, la constitución de patrimonio de familia resulta preceptiva en virtud del mandato contenido en el artículo 1º de la ley 91 de 1936, por la cual se autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables, con criterio y fines de acción social, que consagra

Este mandato fue ratificado por el artículo 60 de la ley 9 de 1989 que previó

“**ARTÍCULO 60º** *En las ventas de viviendas de interés social que hagan entidades públicas de cualquier nivel administrativo y entidades de carácter privado, los compradores deberán constituir, sin sujeción a las formalidades de procedimiento y cuantías que se prescriben en el capítulo I de la ley 70 de 1.931, sobre lo que compran, patrimonios de familia no*

*embargables, en el acto de compra, por medio de la escritura que la perfeccione en la forma y condiciones establecidas en los artículos 2,4 y 5 de la ley 91 de 1.936.*

*El patrimonio de familia es embargable únicamente por la entidad que financie la construcción, mejora o subdivisión de la vivienda –inciso modificado por el artículo 38 de la ley 3ª de 1991-.*

No obstante, esta constitución como patrimonio de familia no impide la constitución de hipoteca y eventual remate por parte de la entidad que prestó recursos para su adquisición. En este sentido el artículo 4º de la ley 91 de 1936 establece

*“ARTICULO 4o. Los patrimonios de familia así constituidos, quedan sometidos al régimen que se determina en el Capítulo II de la Ley 70 de 1931, con estas excepciones:*

*a) Los inmuebles que sean objeto de ellos pueden gravarse con hipoteca a favor del vendedor para garantizar el pago del precio o de la parte de él que el comprador quede a deber; y*

*b) El vendedor puede obtener el embargo y el remate de tales inmuebles en las acciones que promueva para el pago de dicho precio o parte de él que se le deba, y ejercitar todas las acciones que como tal le competen, dirigiéndolas solamente contra el comprador o sus sucesores.”*

Esta disposición es ratificada por el artículo 38 de la ley 3ª de 1991, por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones, que previó

*“Artículo 38º.- El inciso 2 del artículo 60 de la Ley 9 de 1989, quedará así: El patrimonio de familia es embargable únicamente por las entidades que financien la construcción, adquisición, mejora o subdivisión de la vivienda.”*

De esta forma se comprueba que el embargo y posterior remate del bien inmueble se ajustó a lo previsto por el ordenamiento jurídico, pues son acciones que están permitidas al vendedor que prestó el dinero para adquirir dicho inmueble, incluso cuando este, por tratarse de vivienda de interés social, deba constituirse en patrimonio de familia...”

Por tal razón y en atención a las consideraciones del caso, concluye la Sala, que la presente acción de tutela deberá ser negada por improcedente. Amén de precisar que contrario a las manifestaciones de la actora, en la misma Escritura Pública 1253 de 1994, en que se constituyó el patrimonio de familia se realiza la salvedad al carácter de inembagabilidad de esta afectación en el aparte que menciona “...reconociendo desde ya que la única persona que puede perseguir y embargar el bien sobre el cual se constituye el PATRIMONIO DE FAMILIA, es la CORPORACION GRANCOLOMBIANA DE AHORRO Y VIVIENDA GRANAHORRAR...” quien fue en últimas quien adelantó el proceso ejecutivo y remató el bien inmueble.

Como acotación final, se añade que si bien es cierto dentro de la contestación que diera el BBVA Colombia –antiguo Granahorrar-, se expresó que con anterioridad se había presentado una acción de tutela por los mismos hechos y derechos, lo cierto es que verificada la misma (Rad. 2012-00060, MP AURA JULIA REALPE OLIVA), no se consta de que fue por los mismos hechos; Adicionalmente, no se abordó el tema de fondo pues no cumplía con el requisito de subsidiariedad y por tales razones estas circunstancias no afectan la presentación de esta tutela.

**Sentencia de tutela de primera instancia (2012-00302-00) del 25 de febrero de 2013, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: deniega la protección reclamada.**

**PENSIÓN DE INVALIDEZ EN LOS CASOS DE ENFERMEDADES DEGENERATIVAS, CONGÉNITAS O CRÓNICAS – La entidad obligada a su reconocimiento se determina, no por la fecha de estructuración de la invalidez, sino por el momento hasta el cual el trabajador continuó activo y cotizando.**

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

Decreto 2591 de 1991, artículo 6; Decreto 917 de 1999, artículo 3.

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

Corte Constitucional, sentencias T-026 de 2003 y T-262 de 2012.

#### ***TESIS DE LA DECISIÓN:***

El panorama fáctico que presenta este asunto es el siguiente: El señor OSCAR HUMBERTO MORALES JIMENEZ, hoy padre de dos hijos menores de edad y quien, según su afirmación no refutada, vela por éstos y por su esposa, cotizó al régimen de pensiones desde el 19 de febrero de 1985. Estuvo afiliado a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROVENIR S.A. hasta el 22 de junio de 2010, fecha a partir de la cual se trasladó al Seguro Social. Esta última entidad dictaminó la pérdida de capacidad laboral y su estado de invalidez el 11 de agosto de 2011, señalándola en un 58.40% y como fecha de estructuración el 13 de abril de 2009, sin embargo, en Resolución 7144 de 27 de julio de 2012 le negó el derecho a su pensión, argumentando que para la fecha de estructuración de la incapacidad era cotizante activo del Fondo de Pensiones PROVENIR S.A., estamento que debería tramitar y decidir su solicitud.

Ante esta situación el señor MORALES JIMÉNEZ se dirigió a PORVENIR S.A., entidad que luego de constatar su estado de invalidez a través del GRUPO INTERDISCIPLINARIO DE CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL Y ORIGEN DE SEGURIDAD DE VIDA ALFA S.A., fijándola en 53.70% y dictaminar como fecha de estructuración el 25 de abril de 2011, igualmente negó el reconocimiento, aduciendo que tal le corresponde al Seguro Social, por estar para entonces el solicitando afiliado a éste.

Sin duda alguna el planteamiento suscitando en el presente caso, de conformidad con el antecedente condesado, estriba en determinar si al ciudadano OSCAR HUMBERTO MORALES JIMÉNEZ se le violentaron sus derechos iusfundamentales,

por parte de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y el Instituto de Seguros Sociales I.S.S. – hoy COPLENSIONES-, entidades que se negaron a reconocer el derecho a la pensión por invalidez, la primera, concluyendo que la fecha de estructuración de la invalidez del accionante fue el 25 de abril de 2011, encontrándose afiliado a la otra autoridad estatal cuestionada. Y la segunda, alegando que dicha circunstancia se produjo el 13 de abril de 2009, fecha en que estaba afiliado a la inicial aseguradora.

En el asunto *sub-exámine* es claro que las entidades accionadas han negado la pensión de invalidez al accionante, partiendo de la fecha en que, desde su particular consideración, supuestamente se estructuró la incapacidad del recurrente. En ambas calificaciones producidas por los entes accionados, fijaron calendas en las cuales respectivamente aquél estaba vinculado a cada una de ellas, sin parar mientes en la fecha o época en que efectivamente el trabajador haya dejado de laborar y cotizar como activo. Es decir, sin detenerse a diferenciar, tal como ya lo ha hecho la jurisprudencia constitucional, que una cosa es la calenda de estructuración de la invalidez y otra es la oportunidad en que el operario o servidor deje materialmente de trabajar y de aportar. Hay eventualidades en que estos dos sucesos coinciden en el tiempo, sin embargo, hay otras, fundamentalmente en aquellas enfermedades degenerativas y progresivas, en las cuales, pese a estructurarse la situación de invalidez, la persona continúa prestando sus servicios y cotizando. En este último caso, debe entonces tenerse en cuenta para efectos de determinar el obligado al reconocimiento de la pensión de invalidez, no la fecha de estructuración de la invalidez, sino la fecha hasta la cual el trabajador haya estado activo y cotizado. En un juicio constitucional de tutela con supuestos fácticos similares a los que ahora ocupa la atención de la Sala, la Corte Constitucional fijó el alcance que debe dársele al artículo 3º del Decreto 917 de 1999 apuntando:

En ciertas oportunidades la fecha de estructuración de la invalidez y la ocurrencia del siniestro por enfermedad o accidente concuerdan y producen la pérdida inmediata de la capacidad laboral. Sin embargo, existen eventos en los que el periodo de la estructuración no coincide con la fecha en que efectivamente una persona pierde su capacidad para trabajar.

Tal situación sucede en los casos en que un individuo padece de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en las que el menoscabo de la capacidad laboral es gradual, y “[f]rente a este tipo de situaciones, la Corte ha evidenciado que las Juntas de Calificación de Invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese tiempo, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva –Decreto 917 de 1999-. Esta situación genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez”.

...

(...)Por lo expuesto, debe esta Sala entrar a determinar cuál es la entidad responsable del reconocimiento de dicha pensión, para ello, es importante señalar que a pesar de que se le estructuró la invalidez el 21

de noviembre de 2007, esta fecha no debe tenerse en cuenta para determinar el momento en que el actor perdió su capacidad laboral de manera permanente y definitiva como lo señala el artículo 3 del Decreto ley 917 de 1999, debido a que el señor AAA continuo laborando y cotizando al sistema hasta el 2 de febrero de 2011. -Lo resaltado corresponde al Tribunal-

Contrastando las consideraciones jurisprudenciales acabadas de reproducir con las particularidades del presente caso, hallamos que guardan analogía cerrada, y por ello impera prodigar aquí el mismo tratamiento de allá, puesto que según se observa en el acto administrativo expedido por el I.S.S. –ver folio 9-, el accionante venía realizando sus aportes a esta última entidad hasta el 30 de septiembre de 2011, calenda en la cual inició el trámite del reconocimiento de su pensión de invalidez, y no obstante las fechas que indican las accionadas en referencia en cuanto a la estructuración de la incapacidad laboral, lo cierto es que OSCAR HUMBERTO MORALES JIMÉNEZ siguió activo cancelando los respectivos aportes al Instituto de Seguros Sociales en el Régimen de Prima Media con prestación Definida hasta el día en cita, a partir del cual se entiende que perdió su capacidad laboral de manera permanente y definitiva, es decir, desde entonces materialmente o pudo volver laborar y cotizar.

Puestas así las cosas, la obligación frente al eventual reconocimiento de la pensión de invalidez que reclama el recurrente es responsabilidad del I.S.S. hoy COLPENSIONES, por ser la última entidad en la cual el afiliado pagó sus respectivos aportes encontrándose activo en su ejercicio laboral, pues se insiste, a partir del mes de septiembre de 2011 fue valorado y calificado por dicha entidad, independientemente de la discrepancia con la época de estructuración de la invalidez por enfermedad común.

Basten las anteriores consideraciones para revocar en su integridad el fallo de primer grado, y en su lugar conceder el amparo deprecado, disponiéndose que por el I.S.S. se realice el traslado de la documentación correspondiente y a COLPENSIONES S.A. que se pronuncie de fondo sobre la solicitud de pensión de invalidez del señor OSCAR HUMBERTO MORALES JIMÉNEZ, haciendo abstracción de la fecha de estructuración de la invalidez.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2013-00009-01) del 27 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García. Decisión: revoca la sentencia impugnada.

**PERTENENCIA** – La franja de terreno que pretende ser adquirida, y el predio de mayor extensión que la contiene, deben estar determinados por su ubicación, linderos, nomenclatura y otras circunstancias que los identifiquen/**ACCION REIVINDICATORIA** – Es indispensable la titularidad del derecho de dominio en el demandante.

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

Código Civil, artículos 762 y 2518; Código de Procedimiento Civil, artículos 75 a 77 y 82.

### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 27 de abril de 1955, del 23 de octubre de 1992 y del 01 de agosto de 2003, expediente 7514.

### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...)La funcionaria de instancia precisó que las pretensiones apuntan a la declaración de dominio por prescripción adquisitiva, de un inmueble sobre el cual se ha generado una disputa que no se precisa muy bien en la demanda, pero que a partir de la contestación de la misma, involucra una franja de terreno que no está contenida en los títulos adquisitivos de los prescribientes y que hoy es objeto de proceso de deslinde y amojonamiento. Esta indeterminación que surge desde la demanda sobre el área de terreno que se pretende ganar por prescripción, es la condujo al rechazo de la súplica por parte de la a quo, pues tal deficiencia conduce a la incertidumbre sobre la individualización del bien a usucapir, generándose de paso la ineptitud de la demanda.

La exigencia de individualizar por sus especificaciones, tanto el predio continente, como el contenido, bien puede sustraerse con facilidad al interpretar la demanda y sus anexos, pero ese referente no tiene elementos de conducción en el presente caso, por cuanto, no solamente hay indefinición sobre el tópicico relacionado con la porción de terreno materia de usucapición, sino que se ha trabado una litis con base en un certificado de tradición que no corresponde, lo que ha puesto en cuestión la legitimación en la causa en los demandados que mal puede deducirse de los anexos de la demanda, como que si estos no son titulares de derechos reales sobre el bien, sino que son parte de la disputa ofrecida que ha convocado a un proceso de deslinde y amojonamiento, no había razón para llamarlos a la litis, cuando el certificado del registrador no los menciona.

En efecto, son precisamente los anexos de la demanda y los aportados con la contestación del libelo introductor, los que nos permite afirmar que se ha trabado la litis con una completa indeterminación de la franja de terreno que materializa la demanda y de la cual sus titulares de dominio no se conocen, porque se ha aportado a la demanda un certificado del registrador de instrumentos públicos de un inmueble que es de propiedad de los demandantes en pertenencia haciéndolo parecer como un predio de mayor extensión, cuando los títulos de adquisición dan noticia de otras áreas; Al no advertirse segregación, este aserto conlleva a pensar que la misma franja ha formado parte de otra propiedad que tampoco se individualiza, lo que con atino ha dado lugar a que se invoque el deslinde y amojonamiento de estos predios, que seguramente dejará en claro lo propio.

Que no se diga que la mentada deficiencia es de poca monta porque, tal como lo ha resaltado jurisprudencia y doctrina, la exigencia del artículo 76 del estatuto procesal en aquellos casos en que la demanda versa sobre una porción de terreno que en el caso examinado, hasta ahora no se sabe de qué predio se desgaja según la titulación, sólo se satisface con la especificación de la heredad que contiene la franja de tierra reclamada y la de ésta, requerimiento que se vigoriza en supuestos como el que evidencia este asunto en el que se pretende la usucapición de un área

de terreno enclavada en inmueble de mayor extensión según la titulación original, el que a su vez, hizo parte de un globo mayor, del cual se segregó no sólo la propiedad del pretense usucapiente, sino también la que ostentan en predios vecinos los reivindicantes, sin que se hubiese allegado título alguno relacionado con la propiedad de la mentada porción de terreno y en eso fue claro el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Del mismo modo, la misma Sala al tratar el tema en el caso específico de las demandas de pertenencia, sostuvo que *Alinderar apenas una porción de un globo de terreno mayor comporta, a ojos vistas, una indeterminación, pues a buen seguro que el que es fácilmente reconocible, sobre todo por razones de la publicidad a que están sometidos, es éste y no aquél.*

Ahí salta una potísima razón adicional, ya muy propia de esta clase de juicios, porque si la sentencia estimativa de la pertenencia está llamada por ley a producir efectos erga omnes, se precisa del todo que en punto de identificación no haya la menor ambigüedad, porque sólo así se protegen los derechos de terceros que estuviesen interesados en concurrir al proceso. Aspecto este que, muy a propósito, acaba confirmando aquello de que nada sirve que la identificación del predio de mayor extensión se halle, no en la demanda misma, sino andando el proceso. Porque el caso es que a los terceros se les emplaza, como de hecho ocurrió en este evento, con apenas la identificación que revela la demanda.” (Sentencia de casación del 19 de julio de 2002. Expediente No.7239).

Concretamente esta Corporación ha entendido y han sido determinaciones acatadas por este Tribunal, que aún antes de la reforma que la Ley 794 de 2003 introdujo al artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, que la exigencia reclamada por esta norma debía entenderse como cumplida cuando tratándose de una franja de terreno contenida en otro más grande, la alinderación de ambos y demás elementos que permitieran su identificación aparecían en la demanda o en sus anexos, habida cuenta que éstos hacen parte integrante de aquella, por lo que, exigir su consignación en dicho escrito genitor resultaba un formulismo vano.

Se explica adicionalmente que esta interpretación quedó avalada por el artículo 9º de la Ley 794 de 2003, mediante el cual se reformó el mencionado artículo 76, en el sentido de mantener su texto, agregando al inciso primero que: “No se exigirá la transcripción de linderos cuanto éstos se encuentren contenidos en alguno de los documentos anexos a la demanda”.

Recuérdese que doctrina y jurisprudencia han reiterado que, no puede pasar desapercibida la importancia que tiene la plena identificación del bien objeto de las pretensiones en esta especie de litigio, habida cuenta que las incorrecciones en la materia pueden afectar derechos de terceros no convocados al proceso, amén que la seguridad jurídica así lo impone en pos de evitar futuros y múltiples conflictos. De ahí que diversas reglas del ordenamiento, como el artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, el ordinal 7º del artículo 407 *Ibidem*, el artículo 6º del Decreto 1250 de 1970 y el artículo 31 del Decreto 960 de 1970, entre otros, reclamen la debida identificación de los inmuebles, a partir de sus linderos, perímetro, cabida, nomenclatura, lugar de ubicación, etc., recordando que los llamados edictales dejando precisado el inmueble sobre el cual recae el litigio y sobre el mismo se hace la convocatoria

Además de significar que el error que se enrostra al extremo activo en punto de los presupuestos de la demanda, no puede superarse en esta instancia, debe también advertirse otro yerro del libelo, relacionado con el tema de los anexos obligatorios, concretamente el certificado del registrador de instrumentos públicos y privados, donde se precisan los titulares de derechos reales sobre el bien materia de la pertenencia, pues es suficiente leer el escrito contentivo de la pretensión reivindicatoria, para entender que bajo la escritura pública #2 de enero de 1986, los demandantes en reconvención adquirieron de la señora Blanca Omaira Martínez a título de venta, dos bienes urbanos colindantes con el que se pretende en pertenencia, con folio de matrícula inmobiliaria 1181, los que hicieron parte de un lote de mayor extensión (ver títulos anexos a la demanda). Por su parte los demandantes en pertenencia, adquieren un lote de terreno de forma irregular, segregado de uno de mayor extensión, mediante escritura #167 de mayo 4 de 1984 y ficha catastral 01-0-138-004, concretándose en el mismo título que se trata de 5 metros de frente por 33 metros de fondo, total 165 mts.2 (ver anexos de la demanda).

También obsérvese que a partir de la aclaración de linderos y extensión que los demandantes en pertenencia unilateralmente suscriben mediante escritura #61 de febrero 3 de 2006, a partir de Resolución del 7 de junio de 2005 y certificado expedido por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi de Buga (V) el área se amplía a 268 mts.2. Se agrega que al contestar la demanda se anexó resolución #76-248-0064-2010 de 5 de noviembre de 2010, por medio de la cual el Instituto Geográfico Agustín Codazzi de Buga, revoca los artículos 001 y 002 de su Resolución 76-248-0193 de junio 7 2005, devolviendo la información catastral a su estado anterior, entendiendo que la misma contraviene tanto la normatividad catastral como lo dispuesto en el Código Civil sobre justo título de adquisición de dominio, pues unilateralmente los señores Aicardo Cabrera y Blanca Nubia Benavides, corrigen el área de la propiedad y actualizan linderos, sin fundarse en ninguna escritura pública debidamente registrada y en este entendido procede la revocatoria directa del acto administrativo cuestionado, pues se base en una actuación ilegal, que precipitó una decisión de la administración sin apoyo en justo título. (fl. 102 de cuaderno principal)

Todo este recorrido, lo que termina significándole a la Sala es que tanto en la demanda, como en la convocatoria edictal, incluso en la misma inspección judicial, se dejó claro que el predio materia de la usucapión es el que refiere la escritura N° 167 de 4 de mayo de 1984, de una extensión de 165 mts.2 según el mismo título escriturario y que se segregara de uno de mayor extensión, con matrícula inmobiliaria 373-24160, sin que se hiciera mención de una franja, partiendo sin duda los demandantes de que la propiedad disputada (franja) les pertenecía, según la alteración de linderos y cabida cumplida ante el Instituto Geográfico Agustín Codazzi en el año 2005, pero fallaron ante este entendimiento, porque el mismo instituto revocó su propio acto administrativo por ser abiertamente ilegal, significando que la franja aludida, ante la carencia de título escriturario no podía hacerse figurar en tal oficina y menos en registro, como si formara parte de otro predio con una cabida de 268 mts.2.; no obstante la advertencia, la demanda se sostuvo no obstante la determinación de tal Instituto y se presentó el 15 de diciembre de 2010 con pretensión relacionada que involucraba todo el predio en comento con la misma superficie, sin que en modo alguno se hiciera alusión a la franja de 103 mts.2, cuestión que dicho sea en este aparte de la providencia, se vino

a aclarar por los demandantes en reconvencción, alegando ser titulares de la misma, pero sin que se acercara el título de propiedad.

El anterior argumento para precisar que a la demanda se trajo un certificado de tradición que en estricto sentido jurídico no tiene correspondencia con la pretendida franja de terreno, que es finalmente, luego de un amplio recorrido probatorio de tipo documental, sobre la cual se materializa la disputa o el litigio. Significa que no sólo hubo indeterminación de la franja de terreno pretendida en usucapión, sino que tampoco se acompañó el certificado debido. Es tan contundente esta afirmación que los demandantes persistieron en el error y pretendiéndose derechos a ganar el dominio por prescripción de una franja de terreno, se presentan como dueños de la misma. Ahora, si deseaban sanear el dominio o afirmar su título, debieron –ante la imposibilidad de demandarse así mismos por la eventualidad de vicios en la titulación, mas no sobre la cabida del bien- demandar sólo a personas indeterminadas y no involucrar a los señores Rosa María y Moisés Martínez, que se reitera, no ostentan titularidad relativa a derechos reales sobre el pretendido bien, como lo anuncia el propio certificado del registrador de instrumentos públicos.

Obsérvese que si hubiesen entendido y determinado los demandantes en pertenencia, que sólo una franja de terreno era la que involucraba sus pretensiones y de la cual no eran dueños, el certificado y títulos de adquisición que hubiesen traído a la demanda, estaban definidos por los correspondientes a la franja meramente o los del bien que la contiene, entendiendo que al parecer esta porción de terreno se hallaba inserta en el lote del cual se segregaron varias propiedades, entre las cuales se destaca la de los demandantes en pertenencia y en reconvencción respectivamente, pues el mentado inmueble formó en otrora un sólo globo del que se segregó el que se anuncia en la demanda.

Los errores advertidos devienen insuperables en esta instancia, pues se recuerda que todo el trámite se surtió sobre un área que no era en estricto sentido la que identificara el litigio, el cual sólo se circunscribía a una franja de terreno de tan solo 103 mts.2., significando además que a la demanda se allegó un folio de matrícula inmobiliaria equivocado, y se convocó a demandantes conocidos e inciertos con respecto a un inmueble que no solamente no correspondía a la realidad del litigio, sino que ostentaba un folio de matrícula que se presentaba descaminado, pues los titulares de derechos reales sobre la tantas veces nombrada franja de terreno, no fueron debidamente llamados al litigio como tales, sino con respecto a una propiedad sobre la cual no ostentaban dominio. Quiere decirse que los datos de registro sobre los cuales se mantuvo este litigio, contrariaban la exigencia legal, como quiera que sólo basta leerlo, para entender que en el mismo no figuran como titulares de derechos reales las personas que se presentaron como tales y que enfilaron pretensión reivindicatoria.

Con base en estas consideraciones deviene acertada la apreciación de la juez de instancia ante la confusión que genera la demanda ante la falta de singularización de la franja de terreno pretendida, que de paso involucra la calidad del certificado de tradición y la competente integración de la litis, lo que sin dubitación, comporta el colapso de especiales presupuestos de la demanda que no pueden suplirse ni siquiera bajo el esquema de la invalidez de la actuación, por cuanto la actividad del Estado se estimuló indebidamente, se propició la constitución de una relación procesal prohibida, que también condujo a circunscribir el debate sobre una propiedad y sobre un folio de matrícula inmobiliaria que daba fe de unos titulares

de derechos reales que no se avenían a la realidad procesal. Estas circunstancias, sin mediar hesitación, involucraron finalmente garantías procesales insalvables que comportan desestimar la pretensión inicial de prescripción adquisitiva, ante los inconvenientes advertidos que atan la posibilidad de proferir decisión declarativa de pertenencia.

De otro lado, abriéndole espacio a la pretensión reivindicatoria y sus elementos, de cara a la demanda de reconvención, inicialmente conviene recordar que en el marco de una súplica de este linaje, tiene el demandante la carga de demostrar los presupuestos esenciales que la sustentan, no precisamente para obtener un pronunciamiento de la jurisdicción que corresponde al campo de los presupuestos procesales, sino, con el propósito de darle asunción a elementos que alberguen la prosperidad de la pretensión, requisitos que en punto de la reivindicación, han sido estimados en cuatro estadios que en el debate procesal deben campear indefectiblemente.

Ellos son: dominio en el demandante o reivindicante; posesión material en el demandado; cosa singular reivindicable o cuota parte de ella e identidad entre lo que se posee y lo que se pretende reivindicar.

Con respecto al primer presupuesto axiológico de la pretensión reivindicatoria, esto es, la propiedad en el pretensor, debe decirse que el mismo está dirigido a que el reivindicante sea titular del derecho de dominio; quiere significarse que se encuentre investido de la facultad de perseguir el bien en poder de quien se encuentre, pues es atributo de la propiedad y facultad del propietario ejercer respecto de aquella el *jus perseguendi in judicio*.

Esto para precisar que, los dos primeros elementos de la pretensión reivindicatoria, esto es, dominio en el pretensor y posesión material en el accionado, definen los extremos subjetivos de la pretensión, identificando en términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema, los legítimos contradictores, que no son otros que el titular del dominio por activa y el poseedor actual de la cosa por pasiva, quien por razón de la presunción consagrada en el art. 762 del C.C., se reputa dueño del bien en disputa, instituyéndose así la acción como un instrumento idóneo para desvirtuar la mentada presunción y tutelar el verdadero dominio.

En punto de la propiedad de los bienes discutidos en cabeza del demandante y de la singularidad de la cosa materia de reivindicación, sobre todos los bienes objeto de la pretensión de dominio, no quedó completamente establecida en el plenario con la eficacia que el legislador ha impuesto, pues el dominio no se comprobó como anteriormente se dijera.

Claro está que, para desvirtuar la presunción legal que ostenta el poseedor frente a los bienes que se tratan, correspondía al actor aportar la prueba concerniente al título del cual obtuvo su derecho de dominio, por cuanto como lo ha expresado en varias oportunidades la Corte en cita, “*solo con dicha demostración pierde su vigencia la presunción legal que protege a quien posee*” (sent. oct. 23 de 1992), resultando explicable que la pretensión no salga avante completamente, pues la referida carga se incumplió en relación con la porción a usucapir, como bien lo entendiera la juez de instancia.

No obstante lo anterior, esto es, no haberse podido comprobar quienes son titulares de dominio de la franja pretendida, también en punto de los demás elementos de la pretensión reivindicatoria, es claro que la individualización del bien determina el contenido y alcance no sólo de los restantes elementos de esta súplica, sino también de la lectura de los títulos en punto de la propiedad que debe ostentar sobre el mismo inmueble el reivindicante –demandante en reconvencción- y precisamente la incertidumbre de lo poseído, contagia de inseguridad o perplejidad lo pretendido por el actor en reconvencción, porque ninguno de los extremos de la litis fue capaz de establecer la titularidad de dominio sobre la franja disputada, y esto porque el asunto tiene conexiones con la cabida del bien en estricto sentido jurídico y no concretamente con una disputa de propiedad.

Claro está que, para desvirtuar la presunción legal que ostenta el poseedor frente a los bienes que se tratan, correspondía al actor aportar la prueba concerniente al título del cual obtuvo su derecho de dominio, que en el caso a estudio no se conecta con la franja de terreno pretendida, significando que la demanda habla de un inmueble que no se identifica con el de la súplica reivindicatoria, pues los reivindicantes entendieron que la disputa se refería a un área de solo 103 mts.2 del inmueble de su propiedad y la demanda como antes se analizó se concretó a otro bien. De esta manera no hay identidad entre lo demandando en pertenencia y la propiedad que se pretende reivindicar, tampoco se probó el dominio en los demandantes en reivindicación sobre la nombrada franja de terreno y entonces como lo ha expresado en varias oportunidades la Corte en cita, *“solo con dicha demostración pierde su vigencia la presunción legal que protege a quien posee”* carga que ahora incumplen los demandantes en reconvencción, quienes no pueden remitirse a unas meras resoluciones para estimarse ahora sí dueños, sino en los títulos de adquisición, que para ellos están en ciernes y por eso recurrieron a un proceso de deslinde y amojonamiento por los títulos escriturarios no dan plena certeza de la cabida de los bienes, para que este estimativo se concrete a su favor.

**Sentencia de segunda instancia (2010-00210-01) del 28 de febrero de 2013, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Media. Decisión: confirma la sentencia apelada.**

**DEBIDO PROCESO EN EJECUTIVO HIPOTECARIO – No es necesario, cuando se trata de la fusión por absorción, que la sociedad absorbida ceda o endose los títulos valores y sus garantías a favor de la sociedad absorbente.**

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

Código de Comercio, artículo 178.

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

Corte Constitucional, sentencias T-1009 de 2000 y T-189 de 2005; Corte Suprema de Justicia, tutela 00142-00 del 10 de mayo de 2005; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 15728 del 07 de julio de 2011, ponencia del magistrado Felipe Francisco Borda Caicedo.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

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

No se trata, es claro, que un yerro cualquiera le abra paso a la acción de tutela. Mucho menos que las discrepancias de las partes respecto de la interpretación de una norma o de una figura jurídica en particular efectuada por el Juez 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 de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia ha dejado asentado que por regla general la INTERPRETACION sobre los alcances de una o varias normas legales efectuadas 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.

Como desarrollo lógico de lo precedentemente discurrido surge la consideración consistente en que la sentencia de segunda instancia sobre la cual gravita la queja tutelar objeto de examen no exterioriza una sola de las denominadas CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES [antes denominadas VIAS DE HECHO], pues ella, dentro de un marco de razonabilidad que descarta la intervención del juez de tutela- se apuntaló en que la figura de la “*fusión por absorción*” que existió entre el BANCO GRANAHORRAR y el BANCO BBVA COLOMBIA S.A. traduce que éste último, como entidad absorbente, “...*adquirió los derechos y obligaciones de la sociedad disuelta [Banco Granahorrar] al formalizarse el acuerdo de fusión cuya prueba obra a folios 20 y 21 del cdo. ppal...*”, criterio éste que por cierto ha sido prohijado por éste Tribunal con fundamento en que, producida una fusión “...*la sociedad absorbente adquiere los bienes y derechos de las sociedades absorbidas, y se hace cargo de pagar el pasivo interno y externo de las mismas...*” (artículo 178 *ejusdem*). De ahí que es la propia ley la que, al operar la fusión de empresas, “*transmite*” (o endosa, si se quiere) la totalidad de los derechos, haberes o activos que tenía la sociedad absorbida a la sociedad absorbente, resultando entonces insostenible exigir que los títulos valores y sus garantías que forman parte de los haberes de la primera, deban adicionalmente, e individualmente, ser cedidos o endosados a la segunda para que opere un efecto legal [la transferencia de bienes y derechos] que, según viene de verse, expresamente la ley consagró...” (sentencia del 07-07-2011, radicación interna No. 15.728, magistrado ponente FELIPE FRANCISCO BORDA CAICEDO).

Autorizada doctrina, por lo demás, también se ha pronunciado sobre ese particular indicando -en coincidencia con lo antes expuesto- que uno de los más relevantes efectos de la fusión estriba precisamente en que una vez efectuada ella “...no es necesario cumplir una multiplicidad de actos jurídicos individuales para que se produzca la transmisión íntegra de los activos y pasivos de todas las sociedades fusionadas a la sociedad fusionante (nueva o absorbente). La transferencia patrimonial opera, *ipso jure*, a título universal (in universum ius). Los distintos bienes, derechos y obligaciones de las sociedades se transmiten *uno actu...*”

(DERECHO SOCIETARIO, Francisco Reyes Villamizar, tomo II, segunda edición, TEMIS, pagina 93).

Lo anterior refuerza la conclusión renglones atrás expresada, en el sentido de que la sentencia cuestionada por la accionante no constituye una afrenta al debido proceso. En tales condiciones, por supuesto, el amparo constitucional incoado no tiene vocación de prosperidad.

Tutela de primera instancia (2013-0197) del 05 de marzo de 2013, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: niega la protección solicitada.

**DEBIDO PROCESO EN EJECUTIVO HIPOTECARIO - La sentencia debe ser motivada, congruente y resolver todas las excepciones planteadas en el litigio.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código de Procedimiento Civil, artículos 304, 305 y 306.

**CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias SU-1132 de 2001, T-567 de 1998, T-784 de 2000, T-819 de 2002 y T-446 de 2007.

**TESIS DE LA DECISIÓN:**

Examinada la sentencia adiada el 02 de noviembre pasado proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tuluá, mediante la cual revocó la decisión de primer grado – que declaró probada las excepciones de fondo de COBRO DE LO NO DEBIDO y COBRO DE INTERESES SOBRE INTERESES- y en consecuencia dispuso seguir la ejecución promovida contra CARLOS ALBERTO MÁRQUEZ LIBREROS y la aquí accionante LUZ ELENA AGUILERA DE MÁRQUEZ, se observa al rompe que la autoridad jurisdiccional accionada, entre otros debarros, incurrió en vías de hecho por defecto procesal, vulnerando de manera grosera los derechos *iustfundamentales* de los demandados en cuanto evadió su responsabilidad de emitir pronunciamiento motivado, preciso y congruente del litigio, como pasa a verse:

En el proceso ejecutivo de marras, tempestivamente los ejecutados, enarbolaron las excepciones de fondo denominadas FALTA DE CLARIDAD DEL TITULO VALOR, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN, encaminadas a cuestionar respectivamente la validez del pagaré objeto del recuado ejecutivo en cuanto los requisitos del art. 75 y 498 del C. De P. C., la reliquidación del crédito demandado sobre los alivios que manda la Ley en Sistema UPAC –UVR-, y lo reclacionado con los intereses presuntamente debidos, su manera de calcularse y los supuestos abonos realizados por el extremo pasivo. –Ver folios 58 a 63 del expediente original-.

En el decurso del proceso ejecutivo se decretaron dos pruebas periciales en torno al planteamiento acabado de referir, particulamente el presentado por la perito GLORIA AMPARO CHARRIA fue objetado por error grave de parte de ambos extremos del litigio –Fs. 189 y 202 *ibídem*-.

El 27 de noviembre de 2008 el Juzgado Primero Civil Municipal de Tuluá profirió sentencia en la cual, sin mayor de análisis frente a la complejidad que el *in casu* ofrecía, declaró probadas las excepciones de COBRO DE LO NO DEBIDO Y COBRO DE INETERESES SOBRE INTERESES. Indicó sin ninguna explicación probatica o jurídica:

“Analizado el dictamen presentado por la perito designada por este despacho, efectivamente se desprende que el mimo presenta errores de cálculo y aritméticos, como en el caso de la aplicación del alivio, que en vez de ser descontado del saldo fue sumado, alterando sustancialmente el valor del mismo.

De lo anterior y analizando los dictámenes practicados por las partes para probar sus objeciones, y haciendo uso de la sana crítica, se tiene que el más ajustado a la realidad es el presentado por el perito JUAN JERÓNIMO BANGUERO GARCÍA, prosperando entonces este dictamen, lo que deja sin mérito el presentado por la perito designada por el despacho...” -F. 228-

En ese entonces la judicial del Banco ejecutante formuló recurso de apelación contra la aludida decisión, cuestionando categóricamente la decisión del *a-quo* emitida sin ningún tipo de análisis. En cuanto la parte ejecutada, compuesta por la aquí accionante, nuevamente destacó todas las excepciones de fondo propuesta contra el mandamiento de pago, e invocando en esa oportunidad otras como excepción de INEJECUTABILIDAD DEL CONTRATO e IMPREVISIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN, en esta última planteando la impagabilidad de la obligación en desarrollo de la Ley 546 de 1999 –Fs. 17 y s.s. cuaderno No. 3º-

Luego de que se intentara arreglo conciliatorio entre las partes, diligencia fallida, finalmente la actual titular del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tuluá profirió sentencia el 02 de noviembre de pasado la cual revocó la de primer grado, disponiendo la continuidad del trámite ejecutivo. En dicha determinación, que es el blanco del ataque constitucional, en verdad que la autoridad jurisdiccional accionada ante la complejidad que presentaba el litigio en cuanto al contenido de las excepciones de fondo, la temática planteada en el recurso de apelación y sus alegatos, y la contradicción de la prueba pericial, ningún análisis les mereció, optó sencillamente por concluir, sin ningún juicio fáctico, que la capitalización de intereses era permitida por el ordenamiento jurídico y que la reliquidación del crédito ejecutado se atemperaba a la Ley, dándole la razón a la entidad bancaria demandante, acogiendo su informe financiero, concluyendo sencillamente que se acompañaba a las directrices del art. 237 del C. de P. C. Respecto de los presuntos abonos alegados por los ejecutados, advirtió ligeramente que “A la par y de acuerdo a lo reseñado liminarmente la accionada (*sic*) probó a través del historico del crédito de la obligación... el abono efectuado por el valor de “\$1.355794 (*sic*) en razón a la liquidación ordenada por la ley 546 de 1999, y las sentencia emitidas por el alto tribunal constitucional... –Fs. 41 y s.s.-.

Sin duda la anterior decisión contiene yerros de tal entidad, que desempocan en auténticas vías de hecho, al haber omitido el estudio de las demás excepciones de fondo planteadas por los ejecutados, como la falta de claridad en la obligación demandada, la luz del inciso 2º, artículo 306 del C.P.C., “*si el juez encuentra*

*probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes. En este caso, si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien alegó no haya apelado de la sentencia.” –negrillas de la Sala-, más, como se vio la juez accionada injustificadamente evadió su estudio.*

Tampoco le mereció ningún análisis los cuestionamientos que se le presentaron en sede de apelación, como la teoría de la imprevisión. Y lo más gravoso aún, sin elucubrar seriamente un análisis jurídico y probativo frente a la temática que enarbolaba el litigio puesto en su conocimiento, como la reliquidación del crédito y los presuntos abonos efectuados al crédito demandado, planteamiento que fue objeto de una amplia contradicción en primera instancia, incluyendo la objeción por error grave a la prueba pericial al respecto, circunstancias que le imponían a la juez accionada una decisión motivada, crítica, precisa y congruente, tal como lo consagran, de un lado el canon 304 *ibídem* que dispone: *“En la sentencia se hará una síntesis de la demanda y su contestación, la motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar conclusiones”* y por otro, el 305, que estatuye: *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla...”*

Semejantes irregularidades que reflejan la incuria de la autoridad jurisdiccional accionada, indudablemente atentan contra el derecho fundamental al debido proceso de la accionante LUZ ELENA AGUILERA MARÍN toda cuenta que su decisión incurrió en una vía de hecho por defecto procedimental, habida consideración que actuó en contravía de lo dispuesto en las normas que ha venido reproduciendo la Sala, ordenamiento que hace alusión a la motivación y congruencia de la sentencia, y al imperativo de definir en segunda instancia todas las excepciones planteadas en el litigio, en caso de que el superior rechace al menos una que se haya declarado probada en primera instancia, que fue lo acontecido en el evento *sub-exámine*. Es que, *“para efectos de que de las actuaciones judiciales generen una seguridad jurídica, las actuaciones judiciales deberán siempre atenerse a un procedimiento previamente dispuesto por el legislador, con el cual se garantizará no solo la homogeneidad de las actuaciones en los diferentes casos que se presenten bajo supuestos fácticos similares, sino que además, se disiparán las dudas que puedan presentarse, descontando así cualquier actuación amañada o subjetiva de la autoridad judicial que atente contra el derecho sustancial y que en consecuencia desconozca y vulnere derechos fundamentales de las partes.”*.

Así las cosas, *“una manifiesta desviación de las formas propias del juicio que conduce a una amenaza o vulneración de los derechos y garantías de alguna de las partes o de los demás sujetos procesales con interés legítimo.”* En tal virtud, y ante el desbarro cometido por la Juez accionada, no queda otro camino que acceder al amparo deprecado para dejar sin efecto la decisión confutada en sede constitucional, ordenándole a la operadora judicial que emita su decisión conforme a derecho.

**Sentencia de tutela de primera instancia (2013-00059-00) del 11 de marzo de 2013, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García. Decisión: ampara el derecho al debido proceso.**

**RENDICIÓN PROVOCADA DE CUENTAS – El administrador de la sociedad está obligado a rendir cuentas de su gestión a los órganos sociales pertinentes, y no a cada socio en particular.**

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

Ley 222 de 1995, artículo 45; Código de Comercio, artículo 187, ordinal segundo; Superintendencia de Sociedades, conceptos 220-121927 del 01 de diciembre de 2008, y 220-299914 del 09 de noviembre de 2009.

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

Corte Constitucional, sentencia T-743 de 2008; Tribunal Superior de Bogotá, decisión 11001310302820040012802 del 28 de septiembre de 2009, ponencia de la magistrada Ruth Elena Galvis Vergara.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

La obligación de rendir cuentas, y por ende el correlativo derecho de exigir las o provocarlas judicialmente, no es asunto librado al arbitrio o querer de las partes, toda vez que solo por vía convencional o legal referida a administrar o gestionar negocios o bienes de otro es que surge ese derecho-deber.

En el presente caso los actores se apuntalan en su condición de socios de la sociedad “PACIFICO 2000 LTDA” para exigir judicialmente -a quien se desempeñó durante el año 2007 como su representante legal y administrador- cuentas de su gestión en lo que atañe al contrato de compraventa instrumentado en la escritura pública No. 1681 corrida el 03-08-2007 en la Notaría Primera de Buenaventura.

Referentemente a las sociedades, el artículo 45 de la Ley 222 de 1995 prescribe que “...los administradores deberán rendir cuentas comprobadas de su gestión al final de cada ejercicio, dentro del mes siguiente a la fecha en la cual se retiren de su cargo y cuando se las exija el órgano que sea competente para ello...”, norma que debe armonizarse con el artículo 187, ordinal 2º, del Código de Comercio, el cual consagra que “...la junta o asamblea ejercerá las siguientes funciones generales, sin perjuicio de las especiales propias de cada tipo de sociedad: (...) 2) Examinar, aprobar o improbar los balances de fin de ejercicio y las cuentas que deban rendir los administradores...”.

Del contenido de las dos disposiciones antes mencionadas fluye nítido que el administrador sólo está obligado a rendir cuentas de su gestión a los órganos sociales pertinentes, por manera que son estos órganos sociales (junta de socios, asamblea de accionistas o junta directiva), y no los socios individualmente considerados, los habilitados para exigir judicialmente al administrador que rinda cuentas.

Así lo ha reconocido la doctrina al señalar que “...nuestro sistema legal orgánico de sociedades establece que el representante legal debe rendir sus cuentas a un ente como lo es la junta de socios o asamblea general de accionistas, pero por ningún lado la Ley exige que el representante legal deba presentar cuentas ante cada socio en particular...”. La Superintendencia de Sociedades, por su parte, en conceptos 220-121927 de 1º de diciembre de 2008 y 220-129914 de 9 de noviembre de 2009 ha puntualizado que “...un socio individualmente considerado no le asiste el derecho de exigir rendición de cuentas a los administradores, por cuanto la Ley comercial le asignó tal competencia a los órganos sociales, asamblea de accionistas, junta de socios o junta directiva...”.

La jurisprudencia vernácula, por su parte, sobre el particular ha puntualizado que “...[ *Afirmar que quien realiza un aporte a la sociedad, está legitimado para solicitar rendición comprobadas de cuentas a la sociedad, implicaría desnaturalizar el contrato de sociedad e impartirle un trato de mandato, de gestión de negocios de sus socios o similar que el legislador no le asignó...*” (Sala Civil, Tribunal Superior de Bogotá, sentencia del 28-09-2009, expediente No. 110013103028200400128-02, magistrada ponente Dra. RUTH ELENA GALVIS VERGARA).

Abundando en razones no parece superfluo recordar que cuando la sociedad ha sido constituida legalmente, nace un ente jurídico caracterizado por tener su propia representación y autonomía patrimonial, lo que significa, en trasunto, que las prerrogativas, derechos, acciones, etc, no se pueden confundir con las que se predicen, de manera singular, de cada uno de los socios y las de los sujetos que actúan por ellos en la persona moral.

A la sazón, los entes societarios para interactuar en el ámbito de su objeto social están dotados de órganos sociales -que son los instrumentos de expresión de la sociedad por cuyo conducto ella actúa en ejercicio de unos poderes y facultades dados por la ley y los estatutos- todo lo cual se exterioriza por conducto de un representante legal. Por modo que si bien es cierto constituye obligación de los administradores “...rendir cuentas comprobadas de su gestión al final de cada ejercicio...”, los destinatarios de éstas lo son los órganos sociales que tienen la función de aprobarlos o improbarlos, como de manera prístina lo estatuye el artículo 45 de la Ley 222 de 1995, previsión normativa que pone en evidencia la ausencia de legitimación en la causa de los socios individualmente considerados, para pedir rendición de cuentas a los administradores o representantes legales de las sociedades a las cuales se hallan vinculados.

De ésta guisa, considerando que el cometido de esta tipología de proceso apunta a “...saber quién debe a quién y cuánto, cuál de las partes es acreedora y deudora, declarando un saldo a favor de una de ellas y a cargo de la otra, lo cual equivale a condenarla a pagar la suma deducida como saldo...”(Cas. Civil. Sent. De 23 de abril de 1912, G.J. Tomo XXI, pág. 141); “(G.J.T. CXIII, pag.247), fuerza es concluir que quien reclama la rendición de cuentas debe tener la condición de acreedor del resultado de la cuantificación, para que en caso de existir un saldo a favor se pueda ordenar su pago compulsivo.

En la especie de cuyo estudio ahora se ocupa la Sala, como atrás se dejó destacado, se encuentra probado que los demandantes son socios de la sociedad

“PACIFICO 2000 LTDA”, y en esa calidad piden para sí mismos el reconocimiento de una suma que -afirman- les debe el demandado. De lo anterior se derivan dos efectos que motivan el fracaso de la acción: en primer lugar, los actores no tienen la condición de acreedores para reclamar las cuentas, pues la ley solo legitima al órgano social para ello. En otras palabras: como socios de PACIFICO 200 LTDA, aquellos carecen de legitimación para reclamar la rendición de cuentas del administrador de dicha sociedad, quien, se itera, sólo está obligado a rendir cuentas a los órganos sociales.

Y en segundo lugar, tampoco se le podría ordenar al demandado que les pague lo que resulte de esa operación, pues en realidad el finiquito de las cuentas de la gestión se establece en favor de la sociedad, luego de lo cual, corresponde a la junta de socios determinar la posibilidad de repartir utilidades teniendo en cuenta las particulares normas que regulan ese tema, previstas en el capítulo IV, del libro segundo de código de comercio.

Se impone, ergo, la revocatoria de la sentencia apelada, para en su lugar declarar probada la excepción de “...total carencia de causa para pedir o falta de legitimación en la causa (..) de los aquí demandantes...” propuesta por el demandado, y consecuentemente denegar las pretensiones de la demanda.

Sentencia de segunda instancia (2008-00097-01) del 12 de marzo de 2013, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca la sentencia apelada.

**DEBIDO PROCESO EN EXPROPIACIÓN – Uno de los peritos ha de ser designado de la lista de expertos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.**

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

Código de Procedimiento Civil, artículo 58 y 456; Decreto 2265 de 1989, artículo 20.

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

Corte Constitucional, sentencia T-582 de 2012.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Tomando pivote en las directrices jurisprudenciales que respecto del proceso de EXPROPIACION trazó recientemente la Corte Constitucional en sentencia T-582 de julio 19 de 2012 [particularmente sobre las específicas requisitorias de la prueba pericial con base en la cual se debe fijar la indemnización en favor del propietario del bien a expropiar], ésta Sala dispensará el amparo constitucional al DEBIDO PROCESO incoado por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. Razones al canto:

La vulneración denunciada tiene RELEVANCIA CONSTITUCIONAL toda vez que está referida a la garantía del debido proceso. Más específicamente, concierne al derecho a obtener un fallo judicial que sea proferido luego de adelantado regularmente el procedimiento señalado en las normas instrumentales pertinentes. Además, el proceso que dio origen a este trámite tutelar incide directamente sobre

el entendimiento del alcance del artículo 58 de la Constitución, que autoriza la EXPROPIACION mediante sentencia judicial e indemnización previa por motivos de utilidad pública e interés social.

Adicionalmente, al interior del referido proceso la entidad accionante hizo uso de los medios y recursos procedentes que estaban a su alcance. A la sazón (i) objetó por error grave el primer dictamen pericial rendido por FERNANDO ARIAS VALENCIA; (ii) interpuso recurso de apelación contra el auto No. 311 del 21-08-2012 por medio del cual el juzgado accionado desestimó su objeción; (iii) ante la negativa del juzgado a concederle la referida alzada, recurrió en reposición el auto que así lo dispuso, solicitando subsidiariamente la expedición de copias para hacer uso del recurso de queja ante el superior; (iii) dado que el juzgado repuso su determinación de no conceder el recurso de apelación, cumplió con las cargas procesales y económicas que le incumbían para que la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Buga decidiera la alzada en cuestión. Solo que ésta colegiatura por auto del 25-01-2013, contra el cual no procede recurso alguno, la inadmitió en razón a que la regulación especial del proceso de expropiación no consagra el beneficio de la doble instancia para el auto que decide la objeción por error grave formulada contra el dictamen pericial relacionado con la indemnización a la que tiene derecho el propietario o propietarios del bien objeto de expropiación. De otra parte, entre la fecha del auto últimamente citado [25-01-2012] y la interposición de la tutela [15-02-2013] transcurrió menos de un mes. Todo lo cual pone de presente que la solicitud de amparo constitucional *subexámíne* también cumple con los presupuestos genéricos de SUBSIDIARIDAD e INMEDIATEZ.

El expediente contentivo del proceso en el cual se denuncia la vulneración [remitido al Tribunal en calidad de préstamo] revela que una vez alcanzó firmeza la sentencia que decretó la expropiación, el juzgado accionado, por auto del 28-11-2011, designó un solo perito [FERNANDO ARIAS VALENCIA], el cual tomó de la lista de auxiliares de la justicia “...que se lleva en este despacho...” (folio 308 fte. cdo. ppal. del proceso de expropiación). Y con ocasión de la objeción por error grave formulada contra el dictamen rendido por aquél, procedió a decretar un segundo dictamen pericial, designando para tal efecto “...a la auxiliar de la justicia, perito debidamente carnetizada, señora BEATRIZ EUGENIA CIFUENTES RIOS...” (folios 24 y 25 cdo. 2o expediente ib.).

Es claro: ninguno de los peritos pertenece al “IGAC” [INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTIN CODAZZI], y tampoco fueron designados conjuntamente; mucho menos desarrollaron su labor de esa forma, lo cual traduce grave pretermisión del procedimiento específico que en ese punto debió seguirse al interior del tantas veces proceso, pues según lo puntualizado por la Corte Constitucional

“...[L]a norma especial para estos procesos que establece el artículo 456 del Código de Procedimiento Civil, señala que el juez debe designar una pluralidad de peritos para que estimen el valor de la cosa expropiada y separadamente la indemnización a favor de los distintos interesados, lo que necesariamente obliga a la designación de dos peritos para hacer el respectivo avalúo.

Podría pensarse que el artículo 24 de la Ley 794 de 2003, ‘*por la cual se modifica el Código de Procedimiento Civil, se regula el proceso*

*ejecutivo, y se dictan otras disposiciones*, al modificar el artículo 234 del mismo Código en el sentido de que sin importar la cuantía o la naturaleza del proceso todo dictamen se debe practicar por un solo perito, incluyó las pruebas periciales decretadas en los procesos de expropiación.

Sin embargo, tal apreciación no es correcta por dos razones: (i) la modificación procesal fue expresa al referirse únicamente al artículo 234 del Código de Procedimiento Civil; y, (ii) para la interpretación de las normas procesales debe tenerse en cuenta el principio general sobre interpretación de la ley consagrado en el artículo 5° de la Ley 153 de 1887, según el cual, la disposición relativa a un asunto especial prima sobre la que tenga carácter general. Sumado a ello, de acuerdo con el artículo 4° del Código de Procedimiento Civil, la interpretación de la ley procesal es instrumental ya que su objetivo central es hacer efectivos los derechos reconocidos en la ley sustancial, lo que en el ámbito jurídico comúnmente conocemos con el adagio *'la ley sustancial prevalece sobre la procesal'*. Este es un principio de la ley procesal, el cual fue elevado a rango constitucional en el artículo 228 Superior, el cual expresamente reconoce la prevalencia del derecho sustancial, en nuestro caso, de la norma especial sobre peritajes en procesos de expropiación. Por consiguiente, en dichos procesos siempre se deben designar dos peritos para que elaboren de forma conjunta el dictamen pericial donde se establezca la indemnización que se debe pagar a los interesados.

Siendo ello así, surge una segunda pregunta: ¿qué calidades especiales deben cumplir los peritos que se designan para elaborar el avalúo del inmueble expropiado y con base en qué lista se deben nombrar? Para dar respuesta a esta incógnita, la Sala estima necesario hacer un recuento histórico de las normas que rigen actualmente el tema, a saber:

(i) El artículo 20 del Decreto 2265 de 1969, establece que *'[e]n los procesos de expropiación uno de los peritos ha de ser designado dentro de la lista de expertos suministrada por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en la oportunidad y con los efectos prescritos para la formación del cuerpo oficial de auxiliares y colaboradores de la justicia'*.

(ii) El artículo 21 de la Ley 56 de 1981, indica que *'[e]l juez, al hacer la designación de peritos en los eventos previstos en el artículo 456 del C de P.C., en todos los casos escogerá uno de la lista de auxiliar de que disponga el tribunal superior correspondiente y el otro de acuerdo con lo señalado en el artículo 20 del Decreto 2265 de 1969. En caso de desacuerdo en el dictamen se designará un tercer perito, dirimente, de la respectiva lista del Instituto Geográfico Agustín Codazzi'*.

(iii) El numeral 6° del artículo 62 de la Ley 388 de 1997, señala que *'[l]a indemnización que decretare el juez comprenderá el daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente incluirá el valor del inmueble*

*expropiado, para el cual el juez tendrá en cuenta el avalúo comercial elaborado de conformidad con lo aquí previsto'. A su vez, el artículo 61 de la misma ley, instituye que el precio de adquisición del inmueble expropiado, será igual al valor comercial determinado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.*

*(iv) El inciso 2° del artículo 25 del Acuerdo 1518 de 2002 , expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, establece que '[l]a designación de los auxiliares de la justicia se hará conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil, y se comunicará como éste lo determina o por los medios electrónicos disponibles, de lo cual dejará constancia en el expediente. // Sin embargo, en los procesos de expropiación uno de los peritos deberá ser designado dentro de la lista de expertos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi'.*

Acatando las anteriores normas, la Sala observa que de los dos peritos que la ley especial indica deben elaborar el correspondiente dictamen pericial en los procesos de expropiación, por lo menos uno de ellos debe tener unas calidades especiales y, por ende, debe ser designado de la lista de expertos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi ya que, además de conocer las normas, procedimientos, parámetros y criterios para la elaboración de los avalúos por los cuales se determina el valor comercial de los bienes inmuebles que se adquieren a través del proceso de expropiación por vía judicial (Decreto 1420 de 1998), tienen pleno conocimiento de las resoluciones internas expedidas por dicho Instituto y que operan como un manual metodológico para la realización y presentación de los avalúos, específicamente de la Resolución No. 620 del 23 de septiembre de 2008 expedida por el Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, 'por la cual se establecen los procedimientos para los avalúos ordenados dentro del marco de la Ley 388 de 1997'.

(..) 3.10 En conclusión, la ausencia del cumplimiento de los requisitos especiales del procedimiento de expropiación judicial y el régimen probatorio específico para fijar el monto de la indemnización, dan lugar a un defecto procedimental absoluto amparable por vía de tutela, siempre y cuando la solicitud de tutela cumpla con los requisitos generales de procedencia de la acción contra providencias judiciales..." (sentencia T-582 de 2012).

En tales circunstancias fluye nítido que el juzgado accionado incurrió en defecto procedimental absoluto al apartarse radicalmente de las reglas instrumentales especiales que -en punto del tantas veces citado avalúo- consagran las disposiciones relacionadas por la Corte Constitucional en el pronunciamiento que parcialmente viene de transcribirse.

Lo cual impone dejar sin valor el auto de fecha 28-11-2011 [folio 308 fte. cdo. ppal. del proceso de expropiación] así como la actuación procesal y decisiones subsiguientes que se desprendieron de ese proveído, ordenando al juzgado accionado que al renovar la actuación invalidada observe cabalmente las directrices trazadas por la Corte Constitucional en la sentencia T-582 de 2012, tanto

en materia de decreto y práctica de la prueba pericial, como en lo referente a su valoración.

**Sentencia de tutela de primera instancia (2013-208) del 12 de marzo de 2013, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: tutela el derecho al debido proceso.**

**PRUEBA CIENTÍFICA DE ADN - No es dable decretar una nueva en la segunda instancia cuando, por vía de apelación anterior, al no haber objetado la inicialmente practicada por medicina legal, se confirmó la decisión que negó pretensión de igual naturaleza/ALIMENTOS – Se causan a partir de la declaración judicial de paternidad/ALIMENTOS – Su fijación resulta válida en consideración a la capacidad económica del alimentante.**

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

Constitución Política, artículo 42; Ley 721 de 2001; Ley 1098 de 2006, artículo 24.

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

Corte Constitucional, sentencia C-476 de 2005 y T-1096 de 2008; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 6190 del 20 de abril de 2001, ponencia de Manuel Ardila Velásquez y del 29 de octubre de 2008, con ponencia de Jaime Alberto Arrubla Paucar.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

De entrada debe precisar la Sala frente al primer punto sobre el que recae la alzada, que toda la discusión relativa a las inconformidades del recurrente sobre la negación de la práctica de una nueva prueba de ADN se encuentran más que zanjadas, desde la pasada oportunidad en que esta superioridad por vía de apelación confirmó el auto con que se negó el decretó de una nueva prueba. Fue así como en providencia del pasado 10 de mayo de 2012, este Tribunal al respecto dijo:

En efecto, una vez el juzgado de conocimiento profirió el auto No. 0116 de fecha mayo 09 de 2011 mediante el cual se ordenó dejar sin efectos el numeral 4º del auto admisorio de la demanda, con el que se dispuso la práctica de la prueba de los marcadores genéticos, a través de la técnica del ADN y dispuso “*Del resultado de la prueba de ADN agotada ante el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Grupo de Genética Forense, dese traslado por el término de tres días, conforme lo dispuesto en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil*”, el apoderado judicial presentó escrito solicitando complementación al dictamen pericial exponiendo que le asisten dudas sobre la credibilidad y certeza de la experticia, solicitud denegada por la *a-quo*. Posteriormente el 02 de junio de 2011 se llevo a cabo la diligencia de notificación personal al demandado, quien a través de mandatario judicial dio contestación de la demanda, sin proponer objeción alguna al dictamen pericial.

(...)

Cabe resaltar que la contestación de la demanda es el mecanismo de defensa idóneo que el legislador brindó al demandante para aceptar o refutar los hechos materia de controversia que se endilgan y las pruebas que pretende hacer valer, también resulta evidente que en cuanto a la petición, decreto y práctica de la prueba pericial se estableció una serie de requisitos, situaciones y mecanismos idóneos para controvertir este tipo de experticias y aunque la Ley 721 de 2001, brinda la posibilidad de efectuar una segunda experticia, también la jurisprudencia ha recalcado que la misma sólo es dable a petición de parte cuando se presenta la objeción al dictamen pericial, por lo tanto no es posible que a petición de parte se decrete una nueva experticia con marcadores genéticos de ADN, como lo pide el recurrente.

...es ajustado a derecho la negatoria del recaudo de una contramuestra, y la práctica de un nuevo dictamen pericial, como bien lo dedujo la Jueza de instancia.

En consecuencia, si en dicha ocasión se encontró ajustado a derecho la negación de la práctica de una nueva prueba de ADN, y de hecho el Tribunal confirmó el auto que así lo dispuso, de nada sirve que esta Sala se enfrasque nuevamente en determinar si le asiste o no razón al recurrente cuando alega que la providencia atacada obedece a una *“caprichosa e inexplicable”* decisión de la juez de negarle su prueba, pues en aquella oportunidad se precisó, con suficientes argumentos de autoridad, los motivos por los cuales no procedía el decreto de una nueva. Incluso, fue con fundamento en la providencia de segunda instancia con que se declaró precluido el término probatorio, y posteriormente se desató la instancia, de suerte que la Sala ha quedado relevada de adentrarse a resolver sobre un tema cuya discusión se encuentra más que concluida. Por lo tanto no prospera la censura.

Con todo, debe precisarse que la parte actora allegó al proceso el examen de ADN practicado a instancia del ICBF – Cartago, por el Grupo de Genética Forense del Instituto de Medicina Legal a la menor, a su madre y al demandado; en él se dictaminó una probabilidad de paternidad del 99.9999%, además que es *“32.683.446.730,4987 veces más probable que GUILLERMO HEBERT SALCEDO PRIETO sea el padre biológico de la menor a que no lo sea”*; además copia del mismo había sido oportunamente aportado con la demanda, de modo que nada impedía a la juez apreciar el original que fue aportado al día siguiente en que se notificó por estado del auto admisorio de aquella. Contrario a lo afirmado por el recurrente, se respetó el principio de contradicción de la parte contra quien se postuló el dictamen. Por auto del 09 de mayo de 2011, en efecto, la Jueza del conocimiento, dando cumplimiento a lo previsto por el artículo 4º de la Ley 721 de 2001 dio traslado a las partes del referido examen genético por el término común de tres días, para que pudiesen pedir su aclaración, modificación, o lo objetaran por error grave siguiendo los lineamientos del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil; pero después, pese a que no se dio trámite a la complementación, sí se tuvo la oportunidad de contestar nuevamente la demanda; sin embargo, allí se desdeñó la posibilidad de objeción pues ningún reparo se le hizo a la experticia. Entonces, la prueba no ingresó a espaldas del demandado, y éste sí tuvo la oportunidad procesal para contradecirla, y no lo hizo.

En tales condiciones, y teniendo en cuenta la firmeza, científicidad, precisión y calidad de sus fundamentos, no es posible -cual lo pretende el apelante- decretar y practicar

otra prueba de marcadores genéticos. Máxime cuando la experticia que fue incorporada al proceso no fue objetada por quien ahora propugna porque se obtenga otra, por el solo hecho de un sin sabor, amén que el inciso 2º del artículo 233 del Ordenamiento Procesal Civil prescribe que, salvo cuando existe objeción por error grave, o cuando el juez la considere insuficiente, sobre un mismo tópico de interés para el proceso solo puede existir una peritación.

Ahora bien, por lo que atañe a los otros dos puntos de inconformidad, tiénese que el planteamiento centra la discusión en los siguientes problemas jurídicos: 1) ¿si la condena al pago de unas sumas por concepto de mensualidades de colegio atrasadas, causadas con anterioridad a la sentencia que declaró al demandado padre de la menor y que no fueron solicitadas en las pretensiones de la demanda, constituye un desconocimiento al principio de congruencia de la sentencia?; y 2) ¿si el monto de los alimentos fijados por el despacho se justifica para el caso en concreto?

A efectos de dar respuesta al primer interrogante debe precisarse que frente al momento desde el cual surge la obligación alimentaria existen dos posturas; la primera, del criterio que los alimentos solo deben causarse a partir de la declaración judicial de paternidad; y la segunda, que prohija tal posibilidad incluso desde la notificación del auto admisorio de la demanda.

Respecto de la primera tesis que es la predominante en la Jurisprudencia colombiana de acuerdo al precedente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en cuyos pronunciamientos ha sostenido:

Lo relacionado con la cuota alimentaria, en cambio, ha de ser modificado; pues al demandado se le ordena cubrir la cantidad allí determinada, pero desde la admisión de la demanda introductoria, sin parar mientes en que el punto de partida en lo que hace relación con lo condena que en tal sentido se puede deducir en procesos de este linaje, es la sentencia, ya que tal es el momento en que, por disposición del artículo 16 de la ley 75 de 1968, "se fijará (...) la cuantía en que el padre, la madre o ambos, habrán de contribuir a la crianza y educación del menor". Sólo a partir de la fecha de notificación del fallo de primer grado, entonces, tendrá efecto este aparte de la condena.

Y en otro más reciente, reafirmó su postura al expresar:

En relación con la diferencia de criterio advertida en las decisiones de instancia, esta Sala considera que el recurso de alzada ha debido desatarse teniendo en cuenta el precedente en materia de filiación extramatrimonial contenido en la sentencia de casación citada por el ad quo, pues si bien el principio de autonomía e independencia judicial permite a los jueces apartarse de los argumentos esgrimidos por otras autoridades judiciales, ello no autoriza per se la aplicación de normas ajenas al proceso de filiación, como sucede en el presente caso, en el cual, existiendo precedente judicial que definía el alcance y la oportunidad en que debe fijarse la cuota alimentaria en los procesos de filiación extramatrimonial, se aplicaron normas del proceso de alimentos, en el entendimiento que la interpretación del artículo 421 del C.C., alude a los alimentos provisionales.

No obstante la solidez y fuerza del anterior pronunciamiento, que sin duda junto con otros de en la misma línea, constituye doctrina probable sobre la materia, existe una segunda tesis que propugna la posibilidad que eventualmente frente a las particularidades de algunos asuntos especialísimos, dicha condena pueda extenderse con efectos retroactivos, incluso a la época de la notificación del auto admisorio de la demanda de filiación, razón por la cual, utilizando la facultad dada por el artículo 4 de la Ley 1395 de 2.010 que modificó el artículo 29 del Código de Procedimiento Civil, fue citada la Sala Especializada para debatir, si en el caso objeto de estudio, ameritaba apartarse del válidamente del precedente y establecer un nuevo criterio con el fin de ofrecer una mejor solución a la situación fáctica concreta.

Concluyó sobre el punto la mayoría de los integrantes de la Sala Civil Familia de este Tribunal que en el presente caso no hay lugar a apartarse del reiterado y consistente precedente jurisprudencial antes mencionado, toda vez que: (i) la obligación alimentaria de los padres frente a sus hijos en minoridad, dentro de la cual se encuentra el rubro atinente a la EDUCACION, dimana -entre otros elementos axiológicos- del derecho en cabeza de quien lo reclama, y para ello es indispensable la certeza de la relación paterna o materno filial correspondiente. De ahí que solo a partir de la definición de ese parentesco [por presunción legal, por reconocimiento voluntario o por declaración judicial en firme] es que puede predicarse EXIGIBILIDAD de la obligación alimentaria; (ii) en el caso bajo examen se trata de una obligación causada con anterioridad a la declaración judicial de paternidad extramatrimonial; (iii) aun tratándose “*del hijo que está por nacer*”, el Código de la Infancia y la Adolescencia determina en su artículo 111 que la mujer grávida podrá reclamar alimentos respecto del padre extramatrimonial pero siempre que éste haya reconocido su paternidad; (iv) a términos de la sentencia C-476 de 2005 [entre muchas otras], cuando se trata de PROBABILIDAD de paternidad la prueba de ADN -por sí sola- aunque arroje un resultado superior al 99.9% no es suficiente para acreditar el vínculo filial, y por tanto NO ES PRUEBA UNICA, siendo entonces necesario que existan otros medios probatorios corroborantes; (v) las sentencias declarativas, por regla de principio general no son retroactivas, y (vi) la decisión del juzgado *a-quo*, en esa materia, adolece de incongruencia por cuanto en la demanda no se pidió tal cosa.

Así las cosas, por decisión mayoritaria, de la cual la suscrita ponente se aparta por razones a expresar en salvamento de voto parcial, se revocará la condena impuesta al demandando en el numeral 5 de la parte resolutive de la sentencia apelada, consistente en el pago de las sumas adeudadas por la madre de la menor a una institución educativa de la ciudad de Cartago.

Finalmente, y por lo que respecta al segundo problema jurídico importa relevar que el derecho de los hijos a percibir alimentos de sus padres, está consagrado en el artículo 42, inciso 8 de la Constitución Política, que impone a la pareja que los ha procreado el deber de “*sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos*”. Similar derecho consagra el Código de la Infancia y la Adolescencia - Ley 1098 de 2006-, al prescribir en su artículo 24 que “*Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los*

*niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto". (subrayas fuera de texto)*

La Corte Constitucional, a propósito del tema de los alimentos, en la sentencia T-1096 de 2008 estableció que:

...El derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. La obligación alimentaria está entonces en cabeza de la persona que, por mandato legal, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos.

Esta Corte ha además precisado que ésta obligación alimentaria tiene fundamento constitucional, pues *“se vincula con la necesaria protección que el Estado debe dispensar a la familia como institución básica o núcleo fundamental de la sociedad, y con la efectividad y vigencia de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución”,* ya que el cumplimiento de dichas obligaciones aparece *“necesario para asegurar en ciertos casos la vigencia de los derechos fundamentales de las personas al mínimo vital o los derechos de la misma estirpe en favor de los niños, o de las personas de la tercera edad, o de quienes se encuentren en condiciones de marginación o de debilidad manifiesta (art. 2º, 5, 11, 13, 42, 44 y 46 C.P.)”*

En conclusión, cada persona debe velar por su propia subsistencia y por la de aquellos a quienes la ley le obliga, con fundamento en el principio de solidaridad, según el cual los miembros de la familia tienen la obligación de procurar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos. Considera entonces esta Corte que la obligación alimentaria tiene su fundamento tanto en el principio constitucional de protección a la familia, en la solidaridad, y en el principio de equidad, en la medida en que *“cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente.*

Entonces, el tema de los alimentos, surge del principio de solidaridad que debe imperar dentro de la familia como núcleo esencial de la sociedad, y el deber de los padres de brindar todo lo indispensable para el sostenimiento y desarrollo integral, ya del menor, adolescente o discapacitado. Por supuesto todos estos aspectos deben ser valorados necesariamente, teniendo en cuenta la posición social del alimentado y la capacidad económica del alimentante.

En el presente asunto, dígase desde ya, los argumentos expuestos por el recurrente con miras a lograr la disminución de su cuota de alimentos, no pueden encontrar eco en esta decisión, en consideración a que encuentra esta Sala de Decisión que en la labor valorativa de los hechos y sus pruebas, la juez *a quo* atendió la preceptiva legal que orienta la decisión que se le encomendó. En efecto, el valor de la cuota se fijó teniendo en cuenta otras obligaciones del alimentante y de acuerdo con su capacidad económica, siendo incontestable que el demandado actualmente se desempeña como Notario 1º del Círculo de Cartago, teniendo unos ingresos anuales para el año 2010, según certificación de la Superintendencia de Notariado y Registro, de \$431.583.965.oo.

No obstante, posteriormente se acreditó por el mismo demandado que una vez efectuados los pagos propios de funcionamiento de la Notaría –gastos de personal, entre otros- sus ingresos para el año 2011, por ejemplo, para los meses de febrero, marzo y abril, no fueron inferiores a los \$3.000.000.00, en consecuencia, teniendo en cuenta que los alimentos pueden ser fijados hasta en un 50%, y que se encuentra acreditada la capacidad económica del alimentante, esta superioridad confirmará el monto de la cuota en \$1.000.000.00 mensuales, como atinadamente lo fijó la *a-quo*, pues se reitera, dicha suma no resulta desproporcionada, todo lo contrario.

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DRA. BÁRBARA LILIANA TALERO ORTIZ:**

**ALIMENTOS – Dadas las especiales circunstancias del caso, y en atención al interés superior del menor y a la prevalencia de sus derechos, era necesario reconocer los alimentos desde una época anterior a la sentencia que declaró la paternidad.**

Por cuanto me aparte de la mayoría de los miembros de la Sala Civil Familia quienes decidieron aplicar irrestrictamente la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre la causación de alimentos en los procesos de filiación, paso a explicar, con fundamento en lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001 los motivos que me llevan a disentir de tal precedente y por los que considero en este caso específico, se debían reconocer alimentos desde una época anterior a la sentencia que declaró la paternidad.

“Determina el artículo 4 de la Ley 169 de 1.896 que modificó el artículo 10 de la Ley 153 de 1.887: *“tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituye doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla a casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”*. La variación de la *“doctrina legal”* creada por la Ley 61 de 1.886 durante la Regeneración Nacional que ordenaba al Juez definir el litigio mediante una regla de derecho y cuyo desconocimiento se consideraba incluso causal de casación tornándola obligatoria, por la *“doctrina probable”* que impone el respeto a la línea jurisprudencial ya trazada pero permite separarse de ella siempre y cuando se cumpla (i) la carga de transparencia, esto es, la inexorable obligación de anunciar los precedentes vigentes, debido a que está prohibido el cambio oculto de jurisprudencia y (ii) la carga de argumentación, es decir, la exposición de las razones que apoyan la nueva decisión, evitando el cambio discrecional, me da pie para apartarme de dicho criterio de acuerdo con los siguientes fundamentos:

Posterior a la expedición de ley 75 de 1.968 por la cual se dictaron las normas que regulan los procesos de filiación, algunas de ellas modificadas por la Ley 721 de 2.001, se expidió la Carta Política de 1.991 que dio un viraje esencial hacia el reconocimiento y las medidas de protección de los derechos fundamentales y en su artículo 44 consagró en esa misma categoría, los derechos de los niños con rango superior a los de los demás; bajo este mismo postulado en el año 2006 igualmente se expidió la Ley 1098, denominado Código de la Infancia y la Adolescencia en donde el legislador deja en claro la obligatoriedad de dar una protección integral a los menores, la prevención de la amenaza o vulneración de sus derechos y su

restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior, el cual de acuerdo con el artículo 8, lo constituye el imperativo impuesto a todas las personas y por supuesto a las autoridades de garantizar en forma reforzada las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de todos sus derechos y especialmente *“la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”*; recientemente con la promulgación de la Ley 1564 de 2.012, mediante la cual se adoptó el Código General del Proceso, el legislador previno en el párrafo primero del artículo 281 al regular el tema de la congruencia que: *“En los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultra-petita y extra-petita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole”*, y aunque a la fecha esta norma no se encuentra en vigencia, determina el sendero de interpretación que ha de acogerse para los futuras decisiones sobre la materia e irradia la mejor solución posible para el caso que nos ocupa.

En efecto, del expediente se extrae que la menor nació el 11 de diciembre de 2002; desde el 27 de julio de 2004 se celebró audiencia previa de filiación ante el Juzgado 2° de Familia de Cartago sin que allí el demandado reconociera su paternidad. El 02 de diciembre de 2010 el Grupo de Genética Forense del Instituto de Medicina Legal estableció la probabilidad de paternidad de GUILLERMO HEBERT SALCEDO respecto de la menor en un 99.999%, y pese a no haberla objetado dentro del término de contradicción previsto para ello, tampoco procedió al reconocimiento voluntario.

Es punto pacífico dentro de la litis que el demandado quien es abogado, ha desempeñado cargos públicos como Juez de la República y actualmente como Notario Primero del Círculo de Cartago, por lo cual evacuadas las pruebas tenía el conocimiento jurídico necesario para prever el resultado adverso a la defensa, y sin embargo insistió en una prueba no admisible, alargando los tiempos procesales en perjuicio de la causación de alimentos en favor de la menor.

El tema de las relaciones sexuales entre la pareja para la época de la concepción no llama a duda al ser expresamente aceptadas por el presunto padre, lo que se refuerza con las declaraciones que se vertieron en el proceso desde el mes de abril del 2.011; y aunque el demandado ha afirmado que fue prevenido utilizando siempre la correspondiente protección como fue el uso del condón, la prueba de ADN de fecha 02 de diciembre de 2010, dictaminó todo lo contrario, al determinar una probabilidad de paternidad del 99.999%, y pese a todo ello el demandado se negó al reconocimiento, al punto que el 25 de enero de 2011 la madre se vio obligada a demandarlo por esta vía a fin de lograr la paternidad que desde otrora ha venido pretendiendo.

Las suma sobre la que recayó la sentencia de primera instancia por concepto de mensualidades de Colegio atrasadas asciende a \$1.818.000.00 y corresponden a los periodos de septiembre de 2011 a junio de 2012 por valor de \$181.800 cada una; es decir, posteriores al conocimiento del resultado de la prueba de paternidad, la no objeción a la misma, el reconocimiento de las relaciones sexuales entre la pareja, de las declaraciones de terceros recibidas en el trámite y por supuesto también a la notificación del auto admisorio de la demanda.

Luego, en este caso consideró que la Sala debió optar por la confirmación de la suma asignada en primera instancia correspondiente a la deuda pendiente por escolaridad de la menor porque la interpretación más ajustada para la decisión de tal derecho debió realizarse bajo el postulado de la protección integral de la menor, la prevalencia de sus derechos fundamentales y la prevención de la amenaza a su derecho a la educación, ya que no sólo debe protegerse el derecho de a tener una familia, ser reconocida y a hacer parte de ella, sino que de acuerdo con el concepto de interés superior, la protección se imponía igualmente frente a este derecho fundamental, con mayor razón cuando la demora en la resolución del litigio fue originada en la conducta procesal del demandado, y respecto de la madre no se demostró una condición económica buena como para predicar que está en posibilidad de apersonarse de la obligación educativa atrasada. No debe echarse de menos que para el adelantamiento de este proceso ha tenido que destinar ciertos recursos para el pago de honorarios de abogado y gastos de transporte y documentación, entre otros necesarios para la atención de un proceso judicial.

Por lo anteriormente expuesto considero que dadas las especiales características del caso que ocupa ahora nuestra atención, resultaba válido apartarse de la posición constante de la Corte Suprema, para ordenar con efectos retroactivos, el pago de aludidas mensualidades atrasadas.

La anterior postura se refuerza con la siguiente cita doctrinal, la cual resulta muy ilustrativa para el caso que venimos tratando:

#### Determinación de paternidad y alimentos.

En lo referente a la determinación del surgimiento legal de la obligación, planteo un problema jurídico, en cuanto al momento en que surge la obligación alimentaria.

Se considera mayoritariamente que ésta aparece con la ejecutoria de la sentencia que declara la paternidad, criterio prohijado en forma tradicional por la Corte Suprema de Justicia y tribunales superiores de distrito judicial frente a otro minoritario que lo considera desde momentos anteriores.

Personalmente he considerado, a lo largo de mi experiencia judicial, que esos criterios deben imponerse con anterioridad a la sentencia, según las circunstancias previstas en cada caso particular y, por lo tanto, no deben ser una regla general, sino potestativa del funcionario establecer ese momento, con la opción, como en efecto se ha resuelto en algunas actuaciones, de imponer medidas cautelares, para asegurar la prestación alimentaria.

Es preciso analizar la consideración sobre la viabilidad de cuantificar esa obligación cuando el padre, en forma por demás irresponsable, se niega a reconocer al hijo, o elude el trámite judicial para determinar la paternidad, en especial antes de darse el valor probatorio que actualmente tiene la prueba de genética. En vigencia de la ley 75 de 1968, y también con la 721 de 2001 que la modificó, visto el estado que se encontraba la investigación científica en ese tema, se consideró, con un criterio que aún se mantiene, que tal deber surge solo a partir de la ejecutoria de la sentencia. Esta solución nos ha parecido injusta en aquellos casos en que el padre elude la determinación de filiación, y

aun hay muchos asuntos en esas condiciones, especialmente de los tramitados en vigencia de la ley anterior, y dadas las circunstancias externas a la parte demandante, por ejemplo, los anteriores sistemas de notificación, de tal manera que se iniciaba la demanda en la denominada primera infancia y llegaba o casi llegaba el beneficiario, a su mayoría de edad, sin tener reconocido ese derecho alimentario. Esa grave dificultad se ha menguado considerablemente, dados de una parte el avance científico y de otro la mayor agilidad en la actuación judicial...

En relación con este aspecto, considero que es más equitativo, más jurídico el criterio de la condena alimentaria desde la notificación del auto admisorio de la demanda, o aún con anterioridad, pues el mayoritario hace que el demandado tome la paternidad sólo como carga de la madre, ignorando que tiene también la obligación de definir el estado civil, al tener noticia de que existe un embarazo o del nacimiento de un hijo, o cuando la paternidad le es imputada, y dilatan definir esa situación familiar, violentando en esa forma los derechos fundamentales del niño, tales como el de tener una familia, tener un nombre, y garantizar lo que el actual Código de Infancia y Adolescencia describe como protección integral, interés superior del niño, responsabilidad parental, derecho a alimentos, derecho a la vida y a la calidad de vida y ambiente sano.

Es una posición, por demás ejemplarizante, por cuanto el varón encontrará que por más que eluda ese deber, al llegar a definirse la paternidad en la sentencia, podrá recibir la condena de pagar esos alimentos retroactivos para equilibrar la obligación con la progenitora.

En consecuencia, como lo que se denota es la renuencia del demandado, y en un sentido de justicia lo que se busca es erradicar la creencia que la paternidad es solo una carga de la madre –de quien se reitera no se acreditó una situación económica boyante, todo lo contrario-, sumado a que de por medio están los derechos fundamentales de la menor MARÍA ALEJANDRA, reitero debió confirmarse la condena al pago de \$1.818.000.00 por concepto de mensualidades atrasadas.

De esta manera, dejó expresado mi disentimiento frente a la decisión referenciada.

Sentencia de segunda instancia (2011-0027-02) del 14 de marzo de 2013, con ponencia del Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz Decisión: revoca el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia apelada y confirma en lo restante.

## **SALA LABORAL:**

**PRESCRIPCIÓN** – Para contabilizar su término lo importante es el momento desde el cual el derecho se ha hecho exigible/**INDEMNIZACIÓN MORATORIA** – No existe buena fe del patrono cuando, a sabiendas de la existencia de la relación laboral, se escuda en un contrato de prestación de servicios.

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

Código Sustantivo del Trabajo, artículos 65, 488 y 489; Código Procesal del Trabajo, artículo 151; Código Civil, artículos 2530 y 2541; Ley 789 de 2002, artículo 29; Ley 50 de 1990, artículo 99.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisiones del 7565 del 06 de septiembre de 1996, 11349 del 11 de diciembre de 1998, 26865 del 05 de mayo de 2006, ponencia de Luis Javier Osorio López y 34393 del 24 de agosto de 2010, ponencia de Luis Javier Osorio López; Corte Constitucional, sentencia C-072 de 1994.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Sentada la posición del impugnante, las situaciones fácticas probadas y los fundamentos legales y jurisprudenciales a considerar; de entrada esta sala considera que la decisión debe ser parcialmente modificada conforme lo solicita la parte actora, razón por la cual los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar: i) el momento a partir del cual se debe contabilizar el término prescriptivo; (ii) la aplicación de las sanciones por el no pago oportuno de las prestaciones sociales y por la no consignación de las cesantías a un fondo; y (iii) la viabilidad de ordenar la devolución de los aportes efectuados por el actor al Sistema de Seguridad Social, y el pago de los aportes al subsistema de pensiones.

Al respecto del primer punto de inconformidad, esto es, la prescripción decretada por el juez a-quo, se tiene que éste consideró que se interrumpió el término con la reclamación presentada desde el 8 de abril de 2009, razón por la cual la declaró parcialmente probada respecto de las prestaciones causadas con anterioridad al 30 de noviembre de 2003, salvo de las cesantías.

Sobre este aspecto y como quiera que no hubo controversia en torno la fecha en la que se interrumpió la prescripción, pues la misma fue aceptada en el escrito de sustentación de la alzada, el debate se circunscribirá en torno a si es dable contabilizar el término prescriptivo a partir de que se declare judicialmente la existencia del contrato de trabajo.

Es así como nuestro ordenamiento laboral dispone en su artículo 488 del C.S.T.,

En materia laboral, son dos las formas para interrumpir la prescripción, la genérica regulada en el Art. 489 del C.S.T., cuando el trabajador dirige por escrito un reclamo de sus derechos al empleador, y una cualificada regulada en el Art. 6 del C.P.T. y de la S.S., que se presenta cuando se pretende demandar a una entidad pública, lo que implica agotar la reclamación administrativa, la cual tiene la virtud de interrumpir el fenómeno bajo examen. Adicionalmente, conforme lo dispone el Art. 90 del C.P.C., también se interrumpe la prescripción con la presentación de la demanda.

Referente a la forma como se debe contar el término de prescripción en materia laboral, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, consideró:

*“ De todas maneras, el argumento central de la acusación de que el plazo de la prescripción extintiva de la acción laboral sólo puede comenzar a contarse desde que ocurre el agotamiento de la vía gubernativa según el Código Contencioso Administrativo es equivocado.*

*“(…)La reclamación administrativa que regula el artículo 6º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 4º de la Ley 712 de 2001 y que atrás se conocía como el agotamiento de la vía gubernativa, supone que el servidor público, antes de iniciar cualquier acción contenciosa contra la Nación, entidades territoriales o cualquiera otra entidad de la administración pública, debe reclamar el derecho pretendido, de manera que si omite ese requisito el juez no está obligado a admitir la demanda.*

*Empero, de lo anterior no se desprende que el término de prescripción empieza su vigencia desde el momento en que se presenta el escrito de agotamiento de la vía gubernativa. Lo que importa para contabilizar el término de prescripción, se repite, es el momento desde el cual el derecho se ha hecho exigible, de manera que si el trabajador, en el caso de que ese beneficio laboral tenga una prescripción de tres años, deja vencer ese tiempo sin interrumpirla, correrá con las consecuencias de su omisión, es decir que se le declare judicialmente que el derecho, aunque pudo haber existido, prescribió si es que se propone la correspondiente excepción por el interesado en alegarla. De igual manera, si efectúa la reclamación administrativa después de que el citado término de tres años haya culminado sin que la hubiese interrumpido, esa reclamación servirá únicamente para dicho propósito, es decir el de reclamar administrativamente y poder iniciar así la acción judicial, con la misma probable consecuencia anteriormente mencionada, es decir que se declare que el derecho está prescrito. Obviamente, no puede perderse de vista que presentado el escrito de reclamación, la vía gubernativa se entiende agotada, bien cuando la Administración lo contesta, o ya cuando deja transcurrir un mes sin hacerlo.”.(Negrillas y subrayas de Sala)*

Bajo esta órbita se tiene que el actor solicita que se le contabilice el término prescriptivo desde la fecha en la que se reconoció la existencia del contrato de trabajo, empero a la voz de los citados artículo 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y S.S., dicho término se cuenta desde que la respectiva obligación se haga exigible, exigencia que en armonía con el precedente consultado empieza desde que la respectiva obligación se causa.

Así las cosas, encuentra esta Corporación que lo que reclama el impugnante en estricto sentido es la suspensión de la prescripción hasta tanto no se declare judicialmente la existencia del contrato laboral.

En este sentido se tiene que conforme a la jurisprudencia laboral y a nuestro ordenamiento civil, la suspensión de la prescripción extintiva sólo opera en favor de los incapaces o de quienes estén bajo tutela o curaduría, y en general de quien

se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista.

Para el efecto perseguido por el actor se traerá a colación algunos apartes de las sentencias de 6 de septiembre de 1996, radicación 7565 y 11 de diciembre de 1998, radicación 11349, de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, que al respecto de la suspensión de la prescripción en materia laboral precisaron:

*“La suspensión y la interrupción de la prescripción son dos fenómenos jurídicos distintos, pero como la ley laboral no regula la figura de la suspensión, cabe aplicar, por remisión, las normas del Código Civil sobre el particular, como se indicó en sentencia del 6 de septiembre de 1996, expediente 7565, que se adoptó por mayoría.*

*“La ley laboral establece una prescripción que, frente a la prevista en otras legislaciones, puede considerarse de corto tiempo, que procura la reclamación rápida consecuenta con la necesidad de definir ágilmente las controversias surgidas de una relación de trabajo. Sin embargo, esta proyección cede en ciertas situaciones especiales en las que el Estado debe especial protección a determinadas personas, entre las cuales están los menores de edad, para quienes no corre el término extintivo de la prescripción, mientras estén en imposibilidad de actuar. Vale decir, que deja de operar en el momento en que alcanzan la mayoría de edad, o cuando su representante ejerce en su nombre el derecho de acción y en desarrollo del mismo presenta la demanda.*

*“Si la norma transcrita extiende el beneficio de la suspensión de la prescripción a los menores, los dementes y los sordomudos, y expresamente se refiere a quienes cuentan con representación legal (patria potestad y guarda), es claro que la suspensión opera sin consideración a que exista o no tal representación, por lo que debe entenderse que el modificado artículo 2530 del C.C. contiene un beneficio para determinadas personas, a quienes la ley protege sin importar que el sujeto cuenta o no con un representante legal eficiente o ineficiente, por lo que el error en que aquél incurra no puede afectar la situación jurídica del representado”.*

En este sentido no es dable acoger la tesis expuesta por la apoderada del actor, pues éste no demostró encontrarse en imposibilidad de reclamar sus acreencias laborales y por lo tanto no operó a su favor la suspensión de la prescripción; y es que su pedimento no tiene fundamento legal ni jurisprudencial, por lo tanto la declaratoria que en este sentido hiciere el juez de conocimiento habrá de mantenerse.

En lo que tiene que ver con el segundo problema jurídico planteado, esto es en cuanto a la sanción moratoria consagrada en los artículos 65 del C. S. T., modificado por el artículo 29 de la ley 789 de 2002 y la consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indemnizaciones que para el caso de la primera tanto la doctrina como la jurisprudencia han tenido como posición que la misma no es de carácter automático e inexorable, bajo el entendido de que, en cada caso, debe examinarse por el juzgador la conducta del empleador con el propósito de

establecer si tuvo razones atendibles para sustraerse en ese momento al cumplimiento de esa obligación.

Las “razones atendibles” deben tener un fundamento, pues no basta con enunciar una situación particular y sostenerla desde la contestación de la demanda y hasta la culminación del proceso para liberarse de dicha sanción, pues el derecho no debe ceder ante lo que es violación del derecho, ya que, lo que es insoportable no justifica la exoneración de la moratoria.

Es de recordar, también que las razones atendibles para la exoneración de la sanción en estudio están ligadas estrechamente con la buena fe, la que equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud.

En el caso que nos ocupa, es evidente que la conducta asumida por la parte demandada está inmersa en la mala fe, por cuanto simplemente manifestó que la relación que lo regía con el demandante era de carácter civil, misma que no causa prestaciones sociales, suscribiéndole contratos de prestación de servicios, los que en la realidad se desarrollaron como una verdadera relación laboral en donde al demandante incluso se le llamaba la atención cuando “*no se encontraba en su lugar de trabajo, no habiendo solicitado ningún permiso que le justifique el abandono temporal de su sitio correspondiente*”.

Además de lo anterior si el empleador estaba convencido de que su conducta estaba revestida de buena fe y quería absolverse de las reclamadas indemnizaciones moratorias, lo menos que podía hacer era manifestarlo al momento de contestar la demanda, empero en dicho escrito brilla por su ausencia la proposición de la excepción de buena fe.

Es que es tal la convicción que tenía la demandada de la irregularidad que se presentaba en la relación contractual que mantenía con el actor, y que la misma se trataba de una verdadera relación laboral, que desde el 1° de diciembre de 2006 pretendió enmendar el yerro y lo vinculó mediante un contrato de trabajo, sin poderse tomar ello como buena fe de su parte, pues nada hizo respecto a los derechos laborales causados en los periodos anteriores.

Vistas así las cosas observa esta Sala que la buena fe que debía demostrar la enjuiciada para que se le eximiera del pago de las sanciones estudiadas no quedó en evidencia, lo que sí se demostró a lo largo del discurrir procesal es que ésta ejercía un verdadero control sobre las funciones desarrolladas por el actor, por lo tanto no queda otro camino que acceder a los pedimentos que sobre aquellas se erigieron.

En consecuencia se impondrán las correspondientes condenas, para lo cual se considerara que la relación laboral inició el 13 de marzo de 2000 y terminó el 30 de noviembre de 2006, que los derechos laborales anteriores al 30 de noviembre de 2003 prescribieron conforme lo decretó al a quo, y que el salario percibido durante toda la relación laboral fue de \$475.000.

Sobre la indemnización consagrada en el artículo 65 del C.S.T., se condenará a la demandada a cancelar al actor la suma diaria de \$15.833.00 a partir del 1 de diciembre de 2006 y hasta el 30 de noviembre de 2008, monto que asciende a \$11.399.999.00, y a partir de esa fecha intereses moratorios hasta tanto le sean canceladas los valores que por prestaciones sociales fueron reconocidos en la sentencia.

Finalmente, en lo que respecta a la devolución de los aportes al Sistema de Seguridad Social, que asumió en su totalidad el actor, lo que constituye el último problema jurídico planteado, encuentra la Sala, que como bien lo advirtió el juez *a quo*, ello no es procedente, ya que por la falta de prueba al respecto no se pueden cuantificar los valores apropiados por aquel para dichos conceptos, no siendo posible hacer deducciones como lo pretende el recurrente, no sólo porque la carga de la prueba le competía, sino por cuanto se desconoce la base salarial sobre la cual fueron liquidados tales aportes.

Lo anterior, sin perjuicio de la declaración de los derechos irrenunciables del demandante a los aportes al subsistema de pensiones, de los cuales, como quiera que no hay prueba de que hubieran sido asumidos por la pasiva, ésta deberá depositarlos en el Fondo de Pensiones que aquel escoja.

Por todo lo afirmado no hay dudas que la sentencia recurrida está llamada a ser adicionada en el sentido de condenar a la pasiva al pago de las indemnizaciones moratorias por no consignación de las cesantías a un fondo y por no pago oportuno de las prestaciones sociales a la terminación del vínculo laboral y al pago de los aportes al Subsistema de Pensiones.

Sentencia 010 del 18 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Marceliano Chávez Ávila. Decisión: adiciona la sentencia apelada.

**RECLAMACIÓN DE HONORARIOS PROFESIONALES – A falta de acuerdo entre las partes, debe atenderse a las tarifas de los colegios de abogados y a la gestión cumplida por el apoderado.**

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

Resolución 002 del 30 de julio de 2002, dictada por el Colegio Nacional de Abogados.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

El problema jurídico que subyace en el escrito de apelación presentado por el apoderado judicial del señor Álvaro Pío Rojas Villaquirán, radica en establecer si había lugar a que el juzgado reconociera a favor del actor en el incidente, la suma de \$15.707.966,00, a título de honorarios profesionales por la gestión realizada dentro del proceso ejecutivo en que representó al ejecutante, hoy vencido en el incidente.

En el caso bajo examen, el señor Álvaro Pío Rojas Villaquirán estuvo representado por el abogado Álvaro José Herrera Hurtado, en la acción de ejecutiva que instauró

contra John Jairo Cuervo Lozada ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira.

Evidentemente, el poder por el cual el incidentalista representó al ejecutante en el proceso ejecutivo, obra al folio 1 de las copias, documento que enseña que el mandato se confirió para iniciar y llevar a su culminación el proceso de ejecución.

En los casos de reclamación de honorarios profesionales, diferente a aquellas que versan sobre la tasación de agencias en derecho dentro del proceso; debe atenderse al pacto establecido por las partes y a falta de éste a las tarifas de honorarios profesionales emanadas de los Colegios de Abogados, al igual que a la gestión cumplida por el apoderado.

Entonces, como en el presente asunto no obra prueba que indique que las partes pactaron una cifra por honorarios profesionales a favor del procurador del ejecutante, debe la Sala acudir aplicación a la Resolución No. 02 de 30 de julio de 2002, por la cual la Corporación Colegio Nacional de Abogados "CONALBOS", estableció la tarifa de honorarios profesionales para el ejercicio de la profesión de abogado, la cual establece parámetros que se deben atender al momento de la fijación de los honorarios, así:

1. Gestión encomendada,
2. Condiciones económicas del poderdante,
3. Lugar de prestación del servicio,
4. Elementos probatorios,
5. Cuantía,
6. Procesos sin cuantía o de cuantía indeterminada,
7. Segunda instancia,
8. Transacción o conciliación,
9. Otros factores: experiencia profesional, especialización y trayectoria del abogado.

(...)De allí que, el abogado Herrera Hurtado, actuó en el proceso desde el 18 de julio de 2008, data en que presentó la demanda, hasta 16 de mayo de 2012, fecha en que fue aceptada por el juzgado la revocación que del poder presentó el demandante, señor Álvaro Pío Rojas Villaquirán; interregno en el cual tuvo las siguientes actuaciones: Presentación de la demanda; diligencia de juramento; solicitud de notificación del auto de mandamiento de pago al ejecutado; solicitud al juzgado en el sentido que diera respuesta a oficio emanado del Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali; petición para que el juzgado continuara con el trámite relativo a las medidas previas y presentación de la liquidación del crédito que fue aprobada sin objeciones.

Ahora, en las tarifas de CONALBOS contenidas en la Resolución No. 02 de 30 de julio de 2002, se señala en su artículo 14.21 que en procesos ejecutivos laborales, *"Cuando se inicie en el juzgado donde surgió el proceso ordinario el 10% de la suma materia de ejecución y cuando se inicie en juzgado diferente al 15%"*; por manera que como la gestión del incidentalista superó el 50% del trámite ejecutivo y que el juzgado, en el auto apelado, señaló la suma de \$15.707.966,00 por honorarios; encuentra esta Sala que esta se encuentra plenamente ajustada a la gestión del abogado en tanto que la liquidación del crédito ascendió a una cifra igual a \$

157.079.660,20, según la liquidación aprobada en el juicio, que equivale al 10% de la liquidación del crédito aprobada sin reparos.

Por manera que atinó el juzgado al reconocerle al actor por su gestión dicha cuantía, pues no podía llegar al 15%, en tanto que el profesional del derecho hubo de ser requerido en una oportunidad por el juzgado, para que imprimiera impulso al proceso y fue así como emprendió las acciones tendientes a la notificación del mandamiento de pago al ejecutado.

Entonces, se confirmará la decisión de primera instancia y se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante y recurrente. A efectos de su liquidación, se señala la suma de \$150.000,00 por agencias en derecho.

**Auto de segunda instancia (2008-00256-01) del 22 de febrero de 2013, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma el auto apelado.**

**DICTÁMENES DE LAS JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ – La variación de sus conclusiones debe estar respaldada en criterios técnicos o científicos/PENSIÓN DE INVALIDEZ – Es necesaria La afiliación al sistema de seguridad social en pensiones al momento de la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral.**

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

Decreto 2463 de 2001, artículo 40; Código Procesal del Trabajo, artículo 61.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisiones 29662 del 19 de octubre de 2006 y 27528 del 27 de marzo de 2007.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En observancia del principio de consonancia previsto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social las materias objeto de análisis se circunscriben a i) Establecer si el dictamen No. 11368 emitido el 08 de septiembre de 2006 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, adolece de nulidad; ii) Si existen elementos de juicio suficientes para establecer como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad del actor, la contenida en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca y; iii) Si hay lugar a disponer el reconocimiento de la pensión por invalidez anhelada por el actor.

Las tesis que en torno a los problemas jurídicos planteados sostendrá la Sala, se centran en que en el presente asunto no hay lugar a declarar nulo el dictamen médico emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, dado que no existen elementos de juicio suficientes para variar la fecha de estructuración de pérdida de la capacidad laboral fijada en esa experticia y por ende, que no es procedente el reconocimiento de la pensión pretendida por el demandante, pues para el momento de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, aquel no se encontraba afiliado al sistema general de seguridad social en de pensiones.

El primer punto materia de apelación; relativo a la nulidad del dictamen No. 11368 del 08 de septiembre de 2006 emanado de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; fue fijado como el eje de controversia por la parte demandante, tanto en la demanda inicial como en la sustentación del recurso de alzada, bajo el argumento que la diferencia existente entre la data fijada por la Junta Regional y la determinada por la Junta Nacional, no encuentra lógica dentro de las pruebas que informan el caso.

Entonces, como quiera que de conformidad con lo previsto en el artículo 40 del Decreto 2463 de 2001, los dictámenes rendidos por las Juntas de Calificación de Invalidez pueden ser controvertidos judicialmente a través de demanda promovida contra la experticia, en razón a que las circunstancias de tiempo, modo y lugar del infortunio causante de la minusvalía puede variar ante pruebas irrefutables que mantengan nítido nexo de causalidad que conlleve a adoptar una decisión diferente a la acogida por dichos entes calificadores; deberá la Sala establecer, con apoyo en las probanzas que militan en el plenario, si hay lugar a la variación de la fecha de estructuración de la incapacidad laboral del actor.

Ciertamente, numerosa es la jurisprudencia referida a la intangibilidad de los dictámenes rendidos por las Juntas de Calificación de Invalidez, en la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que dichos conceptos pueden ser controvertidos y a la vez variados por la jurisdicción del trabajo

Y en providencia del 19 de octubre de 2006, emitida en proceso con radicación No. 29622, la Alta Corporación ya citada, señaló que si bien las experticias de las Juntas de Calificación de Invalidez pueden ser controvertidas ante los jueces del trabajo y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se apoyan las conclusiones variar con base en las probanzas arrimadas al respectivo juicio para el efecto, también es verdad que para llegar a tal determinación el funcionario judicial debe apoyarse en criterios técnicos o científicos que respalden el cambio.

De los apartes jurisprudenciales que se acaban de reproducir, se desprende que si bien los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez pueden ser rebatidos ante la justicia ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social, lo cierto es que para que dichos reparos cobren vigor es indispensable acreditar los hechos que se alegan para variar la decisión técnica en ellos adoptada, esto es, deben acudir las partes al cumplimiento de la carga probatoria que el mismo juicio les impone, sin que se deje a un lado la libertad que tiene el operador judicial de valorar libremente las evidencias que se alleguen, tal como se consagra en el artículo 61 de la Codificación Ritual del Trabajo y de la Seguridad Social.

Así, como quiera que la apelante refiere que la Junta Nacional demandada no consideró que la historia clínica del paciente y los exámenes médicos a él realizados en el año 2002, no dan cuenta de la existencia de patologías que conllevaran su incapacidad para laborar, acudirá esta Corporación al examen del historial clínico, partiendo del contenido del dictamen atacado, el cual muestra que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, se apoyó en la revisión de la *"HISTORIA CLÍNICA COMPLETA"* del señor JAMES ALBERTO RENDON ALVAREZ, así como en *"EXAMENES PARACLÍNICOS"* y *"OTROS"* realizados al paciente; a efectos de

resolver el recurso de apelación que pesaba sobre el dictamen inicial; revisión de la cual concluyó que desde el año 2002 aquel presentaba patologías que afectaban su normal desempeño y generaban molestias que le impedían llevar una vida dentro de los parámetros de normalidad requeridos para laborar, por lo cual indicó que como quiera que desde “*el 22 de junio de 2002 el hepatólogo hizo diagnóstico de cirrosis IK 100% con protocolo para trasplante hepático*” (folio 13 vto), era dicha fecha y no otra la de estructuración de la invalidez.

De esa manera, una revisión juiciosa de la historia clínica del hoy demandante, permite concluir con suficiente claridad que con anterioridad al año 2005 (año en el cual la Junta Regional encajó la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral –19 de marzo -), el paciente ya presentaba serios problemas de salud que lo obligaban a acudir en repetidas ocasiones a los servicios medico asistenciales suministrados por el sistema de seguridad social.

En efecto, en la valoración médica de que fue objeto el 19 de octubre de 2003 -fecha en la cual fue ingresado por urgencias al Hospital Universitario del Valle y reportaba sangrado-, se comienza por fijar las patologías establecidas hasta ese momento y se relacionan la dos (2) ya mencionadas –hepatitis crónica activa e hipertensión portal y se recomienda manejo por cirugía general para detener sangrado en varices esofágicas (folio 62); además se le diagnostica hepatopatía crónica viral, hernia hiatal, gastritis crónica y extremidades con edema grado II, se le realizó reanimación agresiva el 2º día de hospitalización y se le informa a la familia el pronóstico reservado, siendo dado de alta el día 24 de octubre de 2003 –folios 61 a 68-.

El 25 de noviembre de 2003, el actor acudió a valoración por consulta externa (folio 69), a la cual allegó ecografía con hallazgos correlacionados con hipertensión portal con gran esplenomegalia y líquido libre en pelvis, persistiendo en él las patologías mencionadas en acápite anterior.

Así, se nota que fueron reiterados los ingresos del accionante por urgencias al Hospital Universitario del Valle “Evaristo García”, como consta en los documentos que hacen parte de su historia clínica y que obran de folios 70 a 74 del expediente, mismos que dan cuenta que para el mes de septiembre de 2004 el paciente presentaba sangrados, debido a hipertensión portal, hepatopatía viral crónica, vrices esofágicas y pancitopenia, entre otras patologías, quedando hospitalizado en la sección de cuidados intensivos de la Clínica Imbanaco de la ciudad de Cali, según lo reportó su señora madre al Hospital Universitario del Valle –folio 74 vuelto.

Pero es importante destacar que el día 23 de diciembre de 2004, la división de hepatología de la unidad de trasplantes de la Clínica Valle del Lili de la ciudad de Cali, reportaba a Coomeva que la única opción terapéutica para el actor era el trasplante de hígado y por ello le solicitaba autorización para evaluación pre trasplante terapéutico –folio 82-.

Ya en nueva hospitalización que se verificó entre el 13 y el 15 de abril de 2005 (folios 75 a 81), se anota en la evaluación de ingreso “antecedente de cirrosis” y el mismo demandante reportó que padecía diabetes mellitus (folio 76) y se recomienda según el internista que se efectuara el protocolo para trasplante, como lo anotó ese galeno en la epicrisis de folio 76, dorso; luego de lo cual, la situación se tornaba más grave y siempre acudía a atención por urgencias, donde se confirmaba el diagnóstico que traía y se insistía en la realización del protocolo para

el trasplante de hígado, como única opción terapéutica (folio 72) –folio 72 a 82-, solicitándose por la EPS tratante la autorización respectiva para la realización de “*evaluación pre trasplante hepático*”.

La síntesis de las patologías presentadas y detectadas al demandante, se encuentra en el documento de folio 83, el que ilustra que el diagnóstico principal es la cirrosis hepática y los diagnósticos relacionados son varices esofágicas gigantes, D.M tipo 2 y síndrome hipertensión portal, documento que fue elaborado a su ingreso a ese centro médico el día 07 de febrero de 2005.

Ahora, en el dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, se fijó como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del actor, el 19 de marzo de 2005, con fundamento en la en la valoración de la historia clínica de aquel entidad (folio 8) y en el diagnóstico de “*CIRROSIS HEPÁTICA, VARICES ESOFÁGICAS SANGRANTES G 4, HIPEREDSPLINDISMO, HIPERTENSION PORTAL HRIA DE ALCOHOLISMO*”; dictamen que en su argumento se complementa con la tesis expresada en la resolución del recurso de reposición presentado en su contra y que milita a folio 10 del plenario y según la cual “*se revisa nuevamente el expediente y los documentos que obran en él y se concluye que se han calificado en esta fechas por las complicaciones severas que se mencionan en Sep./04 con sangrado digestivo alto y conceptos de secuelas definitivas dados por los médicos tratantes*”; afirmación que, ciertamente, se compadece con las anotaciones efectuadas en la historia clínica en esa anualidad – folio 137 a 163) y que corrobora el hecho que la gravedad de las patologías sufridas por el actor devienen de tiempo anterior al año 2005.

Entonces, como quiera que la estructuración del estado de invalidez de una persona corresponde al momento a partir del cual el individuo se ve notoriamente disminuido en su capacidad de trabajo, disminución que no necesariamente conlleva invalidez, pero sí una pérdida de capacidad laboral que lo aleja del normal desarrollo de sus actividades y lo sumerge en estado de enfermedad; resulta razonable para la Sala determinar que dicha data se corresponde con mayores criterios técnicos y científicos, de acuerdo con el historial médico aportado a los autos, a la determinada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, dado que desde el año 2002, se presentaban los diagnósticos relacionados a cirrosis de que da cuenta el documento de folio 83; en consecuencia y a juicio de la Sala, se itera, existen mayores elementos de juicio para fijar la fecha de estructuración de la invalidez del actor en el 22 de junio de 2002 que en el mes de marzo del año 2005, pues el expediente da cuenta de que la recomendación de un trasplante hepático y la solicitud de los exámenes correspondiente y previos a tal fin, data de diciembre de 2004 (folio 82) y que como quedó ya dicho, las patologías que generaron el deterioro en la salud del paciente, vienen de antaño.

Ante la conclusión a que se ha llegado, inocuo se hace realizar elucubraciones tendientes a solucionar los siguientes interrogantes, pues al quedar incólume la decisión de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, por las razones ya anotadas, resta por indicar que para la fecha de estructuración del estado de invalidez del actor (22 de junio de 2002) este no se hallaba afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones, en tanto que la fecha de afiliación a la entidad demandada BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, data del 05 de febrero de 2004, como lo informa el documento de folio 17.

No existe, pues, en el plenario, prueba que permita demostrar una vinculación al subsistema pensional diferente a la ya indicada, por lo que la decisión absolutoria tomada en la primera instancia habrá de confirmarse con base en las argumentaciones vertidas en este proveído, que no en las efectuadas por el juzgado, las cuales son una copia fiel de las actuaciones de las partes y de algunas pruebas.

Así, la decisión absolutoria deberá mantenerse, sin embargo, se modificará el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el sentido de cobijar con la absolución a la codemandada JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, entidad que no fue mencionada por el funcionario instructor en ese apartado de la decisión revisada.

**Sentencia de segunda instancia (2008-00001-01) del 22 de febrero de 2013, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia apelada.**

**CONVENCION COLECTIVA – No puede exigirse su depósito cuando el empleador acepta su existencia y los derechos a ella incorporados/PENSIÓN SANCIÓN – La liquidación de la empresa Puertos de Colombia es justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.**

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

Código Sustantivo del Trabajo, artículo 469.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisiones del 20 de mayo de 1976, del 18 de noviembre de 2009 (35649) y 41782 del 30 de agosto de 2011, ponencia del magistrado Francisco Javier Ricaurte Gómez.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

De la revisión de la demanda y del escrito de contestación a la misma, se logra determinar que el PROBLEMA JURÍDICO a resolver estriba en determinar si la señora MARINA VIVAS DE CARDOZO tiene derecho a la pensión por despido consagrada en la convención colectiva de trabajo vigente en la empresa empleadora al momento de su desvinculación del cargo.

La TESIS que sostendrá la Sala enseña que no es procedente el reconocimiento de la pensión deprecada, en atención a que la actora no cumple con la totalidad de los requisitos exigidos para ello en la norma convencional aplicable.

Los ARGUMENTOS en que se sustenta la tesis anterior son los siguientes:

**PRIMERO.-** Por sabido se tiene que quien sustenta los hechos y peticiones en una Convención Colectiva debe aportarla en debida forma a fin de que el dispensador de justicia pueda tener los parámetros para fundamentar su decisión, pues no basta con la sola afirmación del actor para dar por demostrada la existencia de una convención colectiva y menos aún, que el derecho allí consagrado le es aplicable.

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

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

Pero, como variación a la enseñanza jurisprudencial atrás indicada, la misma Corporación de justicia en sentencia del 30 de agosto de 2011, radicada al número 41782, con ponencia del magistrado Francisco Javier Ricaurte Gómez, expresó que cuando el extremo empleador convocado a juicio acepta la existencia del derecho convencional objeto de litigio, resulta improcedente resulta exigir prueba solemne de la existencia del acuerdo colectivo.

Así se expreso la Corte en esa oportunidad:

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

En el caso de la especie, se observa que el documento que milita de folios 87 a 236 del expediente, corresponde a una copia del acuerdo colectivo suscrito entre la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA y sus trabajadores oficiales, mismo que surte efectos probatorios no solo por contener la respectiva nota de depósito ante el Ministerio del ramo, sino porque al contestar los hechos de la demanda y efectuar pronunciamiento sobre las pretensiones, la convocada a juicio afirmó la existencia de la norma convencional en que sustenta la actora su pretensión, pues aseveró que no cumple los requisitos convencionales para alcanzar la pensión.

SEGUNDO.- El artículo 104 de la convención colectiva allegada a los autos (folio 107), regula de la siguiente manera la pensión por despido anhelada por la accionante:

*“El trabajador que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para la Empresa durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la firma de la presente Convención, tendrá derecho a que la Empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces cuenta con cincuenta y cinco años de edad o más, o desde la fecha en que cumpla los cincuenta y cinco (55) años posteriores al despido”.*

En la demanda inicial se hace referencia a que la señora VIVAS DE CARDOZO laboró al servicio de la extinta EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA – TERMINAL MARITIMO DE BUENAVENTURA desde el 1º de febrero de 1982 hasta el 16 de julio

de 1993, completando así un tiempo de servicio de once(11) años, cinco(5) meses y cinco (5) días; afirmación que fue aceptada por la enjuiciada en la contestación de demanda, por lo que dicho lapso temporal ubica a la demandante, en principio, dentro de los presupuestos contenidos en la norma atrás transcrita.

Sin embargo, la disposición convencional también exige como requisito para el otorgamiento de la pensión en mientes, el despido “*sin justa causa*”, situación que no se compadece con la vivida por la demandante, en tanto que la misma dejó de prestar servicios a la demandada a consecuencia de la supresión del cargo que ostentaba, lo que obedeció al cierre y liquidación de la extinta EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA.

Así se anuncia tanto en la demanda como en su contestación (folios 2 y 20) y lo corrobora el documento de folio 11.

Y se dice que no se configuró justa causa en la terminación del contrato de la actora, en razón a que por Decreto No. 035 de 1992, el Gobierno Nacional determinó en su artículo 24 que la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia constituye justa causa para dar por terminados los contratos de trabajo, conforme a lo previsto en literal e) del artículo 5º de la Ley 50 de 1990, que modificara el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, decreto que fuera declarado acorde a la Constitución, a través de la sentencia C-013 de 1993.

Es más, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia también ha determinado que la liquidación de la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA no puede equipararse al cierre de cualquier empresa y que en virtud al contenido del Decreto 035, la supresión de los empleos en los Terminales Marítimos de PUERTOS es una causa legal para finiquitar las relaciones laborales existentes con los trabajadores portuarios.

Este aspecto fue ilustrado así por la Alta Corporación de Justicia en la sentencia emitida en proceso radicado al número 35649 y fechada el 18 de noviembre de 2009:

*“...Dejando de lado lo anterior, debe precisar la Corte que el Tribunal acudió al artículo 24 del Decreto 035 de 1992 dictado en virtud de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 37 de la Ley 1ª de 1991, que era la disposición que regulaba la controversia y que dispone que “La liquidación de la Empresa Puertos de Colombia es justa causa para dar por terminados los contratos de trabajo de conformidad con el artículo 5º, literal e) de la Ley 50 de 1990”. Por lo tanto, no se dio la pregonada aplicación indebida de dicha norma.*

*Y no es cierto que se haya presentado un conflicto de la norma legal con la convencional, pues esta última simplemente regulaba las consecuencias en caso de despido sin justa causa, pero no se refería a las razones o motivos que podían justificar el despido, para entender que el Tribunal prefirió lo previsto en el decreto sobre lo que consagraba la convención colectiva.*

*En sentir de la Corte, por su especialidad, por regular un caso específico, los mandatos de la Ley 1ª de 1991 y del decreto 035 de 1992, prevalecen incluso sobre las disposiciones que regulan de manera genérica las justas causas de despido en el sector oficial.*

*La liquidación de la Empresa Puertos de Colombia no puede asimilarse a la liquidación de cualquier empresa, ni muchos menos puede pretenderse que la situación de sus trabajadores se homologue a la situación de los trabajadores en empresas que no estén sufriendo un proceso de liquidación. Por ello no se encuentra que haya sido vulnerado el principio de la igualdad consagrado en el art. 13 que es el género del principio de la igualdad consagrado en los artículos 13 y 53 de la Carta Política. ...”*

Por tanto, al no cumplir a plenitud la demandante los requisitos exigidos por la norma convencional cuya aplicación reclamó de la jurisdicción, no era procedente, como lo definió el funcionario instructor, acceder a las pretensiones de la demanda.

**CONCLUSIÓN:** En consecuencia, se debe confirmar la sentencia objeto de consulta, sin que haya lugar a fulminar condena por costas en esta instancia, dado que el conocimiento del asunto obró por vía de consulta.

Sentencia de segunda instancia (2010-00131-01) del 22 de febrero de 2013, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia apelada.

**LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN EL PROCESO LABORAL – Improcedencia respecto de las empresas asociativas de trabajo.**

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Bien, la parte recurrente centra su reclamo en que la empresa asociativa convocada a juicio debe ser llamada en garantía puesto que estuvo relacionada contractualmente, tanto con el demandante como con la demandada, a la cual debe indemnizar en caso de verse cobijada por una sentencia condenatoria.

Por sabido se tiene que la institución del llamamiento en garantía tiene por finalidad única y principal que el llamado garantice la indemnización de un perjuicio o el reembolso del pago que debiera efectuarse, para que, si es necesario realizar el pago o indemnizar, se resuelva la situación jurídica existente entre el garante y el garantizado dentro del mismo proceso; siempre y cuando exista obligación legal o contractual de garantizar la indemnización o el reembolso de lo pagado.

Ahora, la demandada insiste en que existe un nexo contractual entre ella y la llamada en garantía, por el cual la última debe garantizar la indemnización de perjuicios o el reembolso de lo que llegare a pagar con ocasión de la sentencia adversa que se pudiese expedir en su contra; nexo que considera origina en varios contratos de prestación de servicios que suscribió con la empresa asociativa de trabajo.

Bien, al revisar las foliaturas encuentra esta Colegiatura, que en efecto, entre la demandada y la E.A.T., convocada en garantía, se surtieron varios contratos de prestación de servicios, cuyo objeto consistió en obtener servicios personales de parte de la última de las mentadas, para realizar labores propias de la demandada, a través de “*personas lideradas y representadas por uno de ellos*”, a cambio de un precio determinado; sin embargo, dentro de los contratos no se pactó la obligación

de indemnizar perjuicios o de reembolsar lo pagado, a cargo de la llamada en garantía –folios 24, 25, 28, 29, 35, 36, 37, 38, 41 a 43, y 45 a 49-.

Se recuerda que el llamamiento en garantía permite que se cite; por fuera de quienes se fusionaron inicialmente en el proceso como partes (demandante, demandada y litisconsortes); a personas totalmente ajenas a la relación jurídica procesal que originó el debate jurídico; pero que como resultado de la sentencia, estarían llamadas a conjurar los perjuicios o a reembolsar total o parcialmente lo pagado por una de las partes.

Así las cosas, quien comparece como llamado en garantía es -como lo ha dicho la doctrina- un garante de los perjuicios o de los dineros que deba pagar el vencido en juicio; tal es el caso de las compañías de seguros, las cuales usualmente son citadas en el terreno laboral para que respondan con los seguros pactados con ellas por las empresas para el cumplimiento del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

En ese orden de ideas, atinó el juzgado cuando rechazó el llamamiento en garantía de la EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO BRACEROS ASOCIADOS DE CARTAGO B.A.C., y por ende fuerza la confirmación del auto apelado, sin que haya lugar a fulminar condena por las costas de segunda instancia, dado que no aparecen comprobadas en juicio.

**Auto de segunda instancia (2012-00060-01) del 28 de febrero de 2013, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aquilar. Decisión: confirma el auto apelado.**

**FALTA DE FIRMA EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – No es motivo para decretar nulidad o para tenerla por no contestada cuando no existe duda respecto de su autor y este ha hecho presentación personal de dicho escrito.**

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

Código Procesal del Trabajo, artículo 31; Código de Procedimiento Civil, artículo 140.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Bien, el análisis de la Sala se contraerá a establecer, si debía tenerse por no contestada la demanda, en atención a que el escrito en que constaba se presentó sin rúbrica, aunque lo hizo personalmente el apoderado de la demandada y si las decisiones del funcionario de instancia, tomadas con posterioridad al auto No. 2049 del 5 de diciembre de 2011, se hallan viciadas de nulidad.

El argumento esbozado por la recurrente, para persuadir al Tribunal y obtener la revocatoria del auto que denegó la nulidad, consiste básicamente en que el artículo 31 del estatuto de los ritos del trabajo y de la seguridad social no contempla como exigencia la firma de la respuesta a la demanda, por parte de su autor; mientras que el mandatario del actor esgrimió que no existe discusión respecto a que el escrito de respuesta fue recibido en el despacho, pues lo discutible es que llegó sin firma del autor –folio 147-.

En puridad, no existe discusión respecto a que la respuesta a la demanda que obra en el plenario no está rubricada por quien la elaboró por mandato de la demandada; este hecho se constata al dar una mirada a los folios 102 a 107 del expediente.

Ahora bien, el artículo 31 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social estatuye los requisitos de la contestación de la demanda, de los cuales traemos los que considera la Sala relevantes para la resolución de la alzada, entre ellos: el nombre del demandado, su domicilio y dirección; los de su representante o apoderado en caso de no comparecer por sí mismo; el poder, si no obra en el expediente y la prueba de la existencia y representación legal de la demandada, si es persona jurídica.

En ese orden de ideas, repara la Sala en que de las piezas procesales, surge diamantinamente que quien elaboró la respuesta a la demanda fue el abogado Diego Fernando Bonilla Barona, persona que recibió mandato de la representante legal de la empresa demandada, para que asumiera su defensa dentro del proceso referido, hasta su culminación y en uso de ese mandato, fue notificado del auto que admitió la demanda, previa verificación secretarial (folios 94 y 95) y así elaboró el escrito de respuesta al que anexó las pruebas que le proporcionó su patrocinada - folios 102 a 124-.

Es también un hecho cierto que el secretario de la agencia judicial de primera instancia, atestó que la accionada había dado respuesta a la demanda (folio 125- 5 diciembre de 2011), para luego hacer saber al juez que *“que si bien se presentó contestación de la demanda esta no fue firmada por el apoderado del accionado (sic)”* –folio 126-.

Las actuaciones en reseña llevan a inferir que, si bien se presentó una omisión en la firma del escrito de respuesta a la demanda, no hay paso a dudar respecto a la persona de la cual proviene y a la facultad con que redactó ese pliego procesal; como tampoco cabe hesitación respecto a que el togado hizo presentación personal de la contestación tantas veces citada, dadas las constancias secretariales que se plasmaron en el expediente. En consecuencia, la responsabilidad sobre la omisión que se achaca al representante judicial de la demandada, bien puede recaer sobre la secretaría del juzgado que está en la obligación de constatar si los escritos que se reciben provienen de quien los aporta o, si no es así, si se encuentran debidamente rubricados y con nota de presentación personal; la cual dicho sea de paso, no se requería, porque fue presentada por quien ostentaba la calidad de mandatario de la sociedad convocada a juicio.

De esta forma, estima la Sala; sin que esta posición se convierta en patente de corso para que se omita la firma de los escritos que se presenten ante los estrados laborales; que no se configuró en el caso ni una nulidad de las consagradas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, como bien lo anota el apoderado judicial del demandado; ni una causal para declarar la ilegalidad del auto por el cual se tuvo por contestada la demanda.

Esta manera de pensar se justifica en que el juez está obligado a obrar con lealtad y buena fe, lo que implica que no puede sorprender a las partes con decisiones que, en vez de dar impulso y celeridad a las actuaciones; retrasen el trasegar procesal y

hasta pongan a las parte en desigualdad, ya que, después de pasado un tiempo considerable y una vez consolidada la relación jurídico procesal, decidió, retrotraer la actuación, al inadmitir la demanda y solicitar su corrección, por causal diferente a las consagradas en el artículo 31 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Ante tan absurdo proceder del administrador de justicia, no queda otro camino a la Sala que el de declarar la ilegalidad del auto No. 153 del 6 de febrero pasado (folio 127), por el cual el juzgado tuvo por no contestada la demanda y por remate, de las audiencias celebradas los días 22 de febrero y 28 de marzo del presente año; en tanto que en esas diligencias no se hizo referencia a las pruebas pedidas por el extremo demandado en el escrito de respuesta a la demanda.

Son así las cosas, en tanto que los defectos alegados por el recurrente no constituyen causal de nulidad procesal; sin embargo, encarnan una violación frontal del derecho de defensa y de acceso a la administración de justicia que asiste a las partes en el juicio laboral; escenario donde el juez, director del proceso, debe proceder en procura de la igualdad y el equilibrio entre las partes, como lo dispone el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Dadas las circunstancias, se modificará el auto No. 649 del 16 de mayo de 2012, en el sentido de declarar la ilegalidad del auto No. 153 del 6 de febrero pasado, por el cual el juzgado tuvo por no contestada la demanda y subsecuentemente, de las audiencias celebradas los días 22 de febrero y 28 de marzo de 2012; sin que haya lugar a imposición de condena por costas, dado que no aparece comprobada su causación.

**Auto de segunda instancia (2011-00240-01) del 28 de febrero de 2013, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aquilar. Decisión: modifica el auto apelado.**

**EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Los médicos, al no contribuir al mantenimiento de la planta física hospitalaria o cumplir funciones de servicios generales, no pueden ser considerados trabajadores oficiales.**

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

Ley 100 de 1993, artículo 194; Ley 489 de 1998, artículo 38, numeral segundo, literal d); Ley 10 de 1990, artículo 26.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión 20170 del 11 de marzo de 2003, ponencia del magistrado Germán Gonzalo Valdés Sánchez.

#### ***TESIS DE LA DECISIÓN:***

De conformidad con el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y conforme al escrito de apelación presentado por el apoderado judicial del actor, la atención de la Sala se mantendrá en determinar si había lugar a absolver al extremo plural demandado, habida cuenta que las Cooperativas de Trabajo Asociado ALIANZAS Y COMÉDICA,

fungieron como intermediarias de la ESE HOSPITAL DIVINO NIÑO, o si por el contrario, dada la naturaleza jurídica de la última y la calidad de servidor público que podría ostentar el demandante; en caso de prosperar la pretensión declarativa de la existencia de un contrato de trabajo entre el señor Beltrán Amaya y el hospital demandado; la decisión absolutoria debe mantenerse.

Sea lo primero anotar, que la pretensión principal formulada en el escrito inicialista del proceso se centra en que se declare que entre el actor y las demandadas, existió un contrato realidad de trabajo a término indefinido; pretensión que estuvo soportada en el hecho que el accionante fue contratado por las cooperativas convocadas, siguiendo las instrucciones de la ESE HOSPITAL DIVINO NIÑO, para prestar sus servicios personales de manera permanente en la sección de urgencias y consulta externa de ese centro de salud, servicios que cumplió bajo la subordinación y dependencia de funcionarios de esa institución –folios 19 a 21, 24 y 25-.

Entonces pues, el debate estuvo encaminado a definir si el demandante prestó servicios subordinados al Hospital Divino Niño, previa intermediación de las cooperativas de trabajo asociado convocadas al proceso.

En ese orden de ideas, antes de desvelar la calidad de intermediarias de las cooperativas demandadas en la relación de trabajo que presuntamente existió entre el actor y la ESE Hospital Divino Niño; debe averiguarse la calidad de servidor público que podría ostentar el prestador de los servicios, como lo reflexionó el juzgador de primera instancia, entre otras razones porque la entidad hospitalaria es una EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO regida por las disposiciones de la Ley 10 de 1990, en lo referente al personal a su cargo.

Ciertamente, el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, define las Empresas Sociales del Estado como una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos.

Además el literal d) del numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, prevé que las empresas sociales del estado, hacen parte del sector descentralizado por servicios en la rama ejecutiva del poder público y, de la misma manera el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, establece que son trabajadores oficiales aquellas personas que se ocupan en actividades de mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, en las instituciones prestadoras de servicios de salud.

Bajo este panorama; de llegar a prosperar la declaratoria de existencia de la relación de trabajo subordinada, una vez aplicado el test de laboralidad; no correspondería a esta jurisdicción dirimir el litigio planteado; situación que conlleva a que se absuelva al extremo demandado, como lo consideró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia proferida el 11 de marzo de 2003, con ponencia del doctor GERMÁN G. VALDÉS SÁNCHEZ, en proceso radicado al número 20170.

**Sentencia 005 del 28 de febrero de 2013, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia apelada.**

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ENVIADA POR FAX – Se tiene por hecha el día en que es recibida por el despacho judicial de su destino.**

**CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión 32218 del 16 de septiembre de 2009.

**TESIS DE LA DECISIÓN:**

Se circunscribirá el examen en esta instancia, a determinar había lugar a que el juzgado de conocimiento tuviera por no contestada la demanda por extemporánea, en tanto que la queja relativa al reconocimiento de personería jurídica para actuar al doctor EDURDO Mc CORMICK como apoderado judicial de la sociedad demandante, se encuentra superada, en razón a que la *a quo* lo habilitó para actuar en el auto No. 440 por el cual concedió el recurso de apelación –folio 329-

De la revisión de la prueba escrita allegada a los autos, se evidencia que la notificación personal a la demandada ACCIONES Y SERVICIOS S.A., se verificó el día 21 de febrero de 2012 como consta en diligencia visible a folio 245, lo que indica que el término de diez (10) días hábiles con que contaba la recurrente para dar respuesta al escrito de demanda, vencía el día 06 de marzo de 2012.

Así, al revisar los anexos del recurso de apelación, se observa que existe constancia expedida por la Oficina Judicial de Roldanillo, Valle, en la cual indica que una vez revisado el libro radicador de “fax”, se nota que *“aparece admitido un fax constante de trece (13) folios, con fecha del día 06/03/12, dirigido al Juzgado Laboral del Circuito de Roldanillo- Valle, enviado por Abogado de ACCIONES Y SERVICIOS EDUARDO MC. CORMICK ARCINIEGAS”* –folio 328-; documento que al menos en el número de folios se compadece con el escrito de contestación de demanda y llamamiento en garantía provenientes de la demanda y que militan en el expediente entre los folio 246 a 255 y 267 a 269; mismos que en principio guardan relación con los que pretende la demanda hacer valer en el expediente.

No obstante, al constatar la fecha y hora de remisión que aparece en esos documentos se puede determinar que la misma es *“Mar. 07 2012 06:08 am”*, data que no concuerda con la certificada por el Jefe de la Oficina Judicial de Roldanillo (folio 328) y que por el contrario, coincide con aquella en que fue recibido el respectivo documento en el Juzgado Laboral del Circuito de Roldanillo, que corresponde al 7 de marzo de 2012 a las 8:55 a.m. –folios 255 vto. y 269 vto.-.

Otra situación que se advierte es que si supuestamente el fax fue recibido el día 06 de marzo, a las 6:18 a.m., tuvo demasiado tiempo (todo el día) el funcionario de la oficina judicial para llevarlo al juzgado ese mismo día.

También llama la atención que en el escrito de alzada el recurrente expresó que *“El día 06 de marzo del año en curso, fecha de vencimiento de los términos para contestar la demanda el suscrito, debido a los inconvenientes a la llegada a este municipio por parte de mi asistente, y ante la comunicación telefónica que tuve con él de la imposibilidad de llegar antes del cierre de la jornada diaria,...”*, se comunicó telefónicamente con el despacho y envió vía fax la contestación de la demanda y el

escrito de llamamiento en garantía; dado que allí deja ver que el día 06 de marzo su asistente emprendió viaje hacia la localidad de Roldanillo, pero le fue imposible llegar a tiempo, aspecto que descarta que haya remitido vía fax la respuesta a la demanda y sus anexos a las 6:19 a.m. del día 06 de marzo, cuando a su decir la remisión acaeció ante la imposibilidad de llegar antes de la jornada laboral de ese día; a más que dicha afirmación resulta incoherente con la manifestación del funcionario de la oficina judicial, puesto que la fecha del fax no corresponde al mencionado 6 de marzo de 2012 y tampoco coincide con la constancia emanada de la Secretaría del Juzgado instructor que indica como día de recibo de la documental en mientes, el 7 de marzo de 2012; recuérdese que la hora que reporta el fax es las 6:08 a 6:19 a.m. –folios 288 a 299-.

Entonces, no existe prueba en el expediente que permita aseverar que el documento que reporta interés para el recurrente arribó a la Oficina de Apoyo Judicial el día 06 de marzo, puesto que si bien el empleado encargado certificó el hecho, no aportó la documental (libro radicator) en que soportó su dicho; de otro lado, la hora en que se presentó el original de la respuesta y llamamiento en garantía, es la de las 8:55 a.m. del día 07 de marzo.

A punto fijo, la jurisprudencia ha asentado que si bien la recepción de memoriales y demás documentos dentro de un proceso judicial, es permitida a través de medios electrónicos como el fax, no menos verdad es que los mismos deben arribar a la oficina judicial destinataria dentro de los términos legales pertinentes.

Así lo indicó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en auto del 16 de septiembre de 2009, proferido dentro del proceso radicado al número 32218, que aplica al caso que hoy ocupa la atención de esta Corporación. Esto expuso la Corte:

*“...como lo tiene establecido la Sala para el recurso extraordinario de casación, pero que igual tiene aplicación para el de apelación:*

*“...la manifestación de inconformidad, como la demanda, deben ser expresadas y presentadas ante el funcionario que conoce de la actuación y, una y otra, para efectos procesales, sólo pueden considerarse cumplidas dichas cargas procesales el día en que son recibidas por el despacho de su destino (artículo 84 del C. de P. C., modificado por el D. E. 2282/89, artículo 1º Num.36) y si el actor opta por remitir la demanda de casación desde el lugar de su residencia, como también lo prevé dicho Estatuto en el artículo 373 (Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num.188), la misma ‘se tendrá por presentada en tiempo si llega a la secretaría antes de que venza el término del traslado’” (Subraya fuera de texto).*

De esta forma, para el Tribunal es claro que la respuesta a la demanda dada por ACCIONES Y SERVICIOS S.A. arribó al despacho de instrucción el día 7 de marzo de 2012, data en que ya había vencido el término hábil con que contaba para hacerlo, por manera debe confirmar el proveído interlocutorio objeto de apelación.

**Auto 028 del 08 de marzo de 2013, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma el auto apelado.**

**PRIMA DE NAVIDAD – De ella quedan excluidos los empleados públicos y trabajadores oficiales que tengan derecho a primas de cuantía igual o superior, cualquiera sea su denominación/PLAN DE RETIRO - Si se reclama la diferencia**

entre la bonificación en él mencionada y la efectivamente recibida, es necesario que esta corresponda a cifras puntuales y no a valores aproximados.

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

Decreto 1919 de 2002, artículos 1 y 4; Decreto 3148 de 1968, artículo 1; Decreto 1848 de 1969, artículo 51.

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

Corte Suprema de Justicia, decisión 36185 del 18 de noviembre de 2009.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Por mandato del artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la competencia de la Sala se halla limitada a los puntos materia de inconformidad expuestos por la parte recurrente, los cuales se contraen a establecer i) si el Decreto 1919 de 2002 aplica al caso bajo examen, ii) si hay lugar a reliquidar las prestaciones sociales a aquella pagadas por la demandada y, iii) si hay lugar al reconocimiento de la suma de \$68.060.128,00 por concepto de diferencia dejada de pagar a la actora ante su acogimiento al plan de retiro programado ofrecido por la empresa empleadora, el cual considera viciado de nulidad.

La TESIS que sostendrá la Sala corresponde a que el Decreto 1919 de 2012 aplica al caso de la demandante MARÍA CRUZ BORRERO LENIS; no obstante, la prima de navidad deprecada no puede ser reconocida habida cuenta que esta es una prestación excluyente de cualquier otro reconocimiento extralegal y de tal condición son las primas que efectivamente recibió la actora; por tanto, tampoco hay lugar a la reliquidación de prestaciones sociales. De la misma manera, al no existir elementos de juicio suficientes para determinar la obligación del reajuste de la bonificación por retiro voluntario pagada por la demandada a la actora, improcedente se hace su reconocimiento.

Las PREMISAS NORMATIVAS que orientan la presente decisión, corresponden a los Decretos 1919 de 2002, 3135 de 1968 y 1848 de 1969; así como a la jurisprudencia de las Altas Cortes aplicable al caso y referida en líneas siguientes.

Los ARGUMENTOS que sustentan la tesis atrás expuesta, son los que se exponen a continuación:

**PRIMERO.-** Como quiera que en el juicio no se presentó discusión alguna en torno a los extremos temporales de la relación laboral que unió a las partes, ni en lo que atañe a la calidad de trabajadora oficial que ostentó la demandante; la norma que regula la prima de navidad es el Decreto 1919 de 2002, cuya vigencia operó a partir de la fecha de su publicación, esto es, del 1º de septiembre de 2002.

Dicha preceptiva, en sus artículos 1º y 4º fija el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial, a la vez que equipara tales derechos en

ambos niveles y consagra, según la interpretación dada sobre el punto por el Consejo de Estado; la exclusión de los mismos frente a otro tipo de prestaciones de carácter extralegal.

En efecto, las normas en comento establecen:

***“Artículo 1.-A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías Territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.***

***Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas.***

***Artículo 4.- El régimen de prestaciones mínimas aplicable a los trabajadores oficiales vinculados a las entidades de que trata este Decreto será, igualmente, el consagrado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.***

Por su parte, el Decreto 3148 de 1968, el cual modificó el artículo 11 del Decreto Ley 3135 de 1968, determinó sobre la prima de navidad, lo siguiente:

***“Artículo 1. El Artículo 11 del Decreto Número 3135 de 1968 quedará así: Artículo 11. Prima de navidad. Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales tendrán derecho a una Prima de Navidad equivalente a un (1) mes del sueldo que corresponda al cargo en treinta (30) de noviembre de cada año, Prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.***

***Parágrafo 1.***

***Cuando el empleado o trabajador oficial no hubiere servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada Prima de Navidad, en proporción al tiempo servido durante el año, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará con base en el último salario devengado.***

***Parágrafo 2.***

***Quedan excluidos del derecho a la Prima de Navidad a que se refiere este Artículo, los empleados públicos y trabajadores oficiales que presten sus servicios en establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales o reglamentos de trabajo, tengan derecho a primas anuales similares, cualquiera sea su denominación.***

***Artículo 2. Este Decreto rige a partir de la fecha de su expedición”.***

A su vez, el artículo 51 del Decreto 1848 de 1969, por el cual se reglamenta la norma que precede, señala en el parágrafo 1º:

*“(…) Quedan excluidos del derecho a la prima de navidad a que se refiere este artículo, los empleados públicos y trabajadores oficiales que presten sus servicios en establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta, que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales y reglamentos internos de trabajo, tengan derecho a primas anuales de cuantía igual o superior cualquiera sea su denominación, conforme a lo dispuesto al efecto en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, subrogado por el artículo 1º del Decreto 3148 del mismo año citado”.*

De esta forma; según lo determina el párrafo 2º del artículo transcrito y su norma reglamentaria; al haber ostentado la demandante calidad de trabajadora oficial de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, el monto de la prima deprecada está subsumido en los valores pagados por la demandada como prima extralegal, tal como lo acreditó la propia parte demandante con el documento que milita a folios 6 y 7 del plenario.

De las normas y de la jurisprudencia en cita, se desprende que los empleados públicos y trabajadores oficiales no tienen derecho a la prima de navidad legal equivalente a un (1) mes de salario que corresponda al cargo que desempeñen al día treinta (30) de noviembre de cada anualidad, cuando reciban un valor igual o superior por primas anuales cualesquiera fuera su denominación; como acontece en el caso que nos ocupa, pues del contenido del documento anotado en líneas que preceden (folios 6 y 7), queda acreditado el pago de una prima extra por parte de la entidad demandada por valor superior, lo que conlleva a que se deba absolver a la entidad demandada por este concepto.

**SEGUNDO.-** Al no prosperar la pretensión de reconocimiento y pago de la prima de navidad, queda relevada la Sala de analizar la relativa al reajuste de las prestaciones sociales, pues esta pende, inexorablemente de la primera.

**TERCERO.-** El acuerdo llevado a cabo entre las parte consta en el documento obrante a folios 4 y 5 del expediente, por el cual aquellas se acercaron al Ministerio de la Protección Social, el día 02 de abril de 2007, con el fin de formalizar la terminación del contrato de trabajo de la actora y la entrega de una bonificación contemplada, según la narración de la demanda inicial, en el plan de retiro voluntario ofrecido por la empresa demandada y al cual se acogió la ex laborante, quien recibió en ese acto la suma de \$160.000.000,00.

Pretendió la actora el pago de la diferencia entre la suma recibida por concepto de bonificación por retiro y la que efectivamente le correspondía, pues considera que su liquidación no estuvo ajustada a la escala de liquidación establecida por la empresa.

En efecto, en la demanda inicial se incluye como pretensión en el numeral segundo de dicho acápite, el *“pago a la señora MARIA CRUZ BORRERO LENIS, de la suma de SESENTA Y OCHO MILLONES SESENTA MIL CIENTO VEINTIOCHO PESOS (\$68.060.128,00) que es la DIFERENCIA entre el valor establecido como su INDEMNIZACION por el RETIRO VOLUNTARIO en la TABLA presentada por la Empresa y el valor efectivamente recibido por la ex trabajadora”* – folio 21-.

Ahora, si se revisa el expediente, se determina que en la respuesta a la demanda, la traída a juicio adujo que, en efecto, adoptó un Plan de Retiro Voluntario que puso a consideración de sus trabajadores, en el cual incluyó cifras tendientes a determinar “una estimación” del monto total del programa, con el fin de realizar las apropiaciones presupuestales correspondientes (folio 86); es decir que la demandada niega que las cifras contenidas en el mentado plan corresponden a las que en efecto debería recibir cada uno de los empleados que se acogieran al mismo, dependiendo del cargo desempeñado y la antigüedad en la empresa, pues constituyen un monto aproximado.

Entonces, como quiera que la apelación se sustenta en el hecho que el acta suscrita entre las partes adolece de nulidad, dada la posición dominante que ejerció la empresa en esa diligencia; hecho que no fue planteado en la demanda y que tampoco fue objeto de debate; no hay lugar a aprehender su examen en esta sede judicial.

Ciertamente, así se sustentó la alzada, en este aspecto puntual: *“esa conciliación se encuentra viciada porque se estaban “negociando” derechos ciertos del trabajador los cuales son irrenunciables. Además de que allí primó la situación de la Empresa, una posición dominante frente al trabajador, quien se vio avocado a recibir esa suma que al momento de firmar las directivas de la INDUSTRIA DE LICORES DEL VALLE quisieron entregarle (diferente totalmente a la ofrecida y que motivó que decidiera retirarse) so pena de continuar trabajando en un clima laboral totalmente adverso por razones obvias. ...”* –folio 189-.

Y si el anterior argumento no resultara suficiente, se atisba que el documento visible de folios 152 a 166 del cuaderno referido, contiene un acuerdo firmado por la Junta Directiva de la EMPRESA DE LICORES DEL VALLE, en el cual, ante la urgente necesidad de realizar una restructuración interna de la entidad, se aprueba “1. Suscribir Acta Extraconvencional con la organización Sindical de la industria de Licores para adelantar las siguientes acciones y bajo los parámetros definidos en el presente acuerdo:(...) Plan de Retiro Voluntario: Para trabajadores oficiales de la industria de Licores del Valle bajo los siguientes parámetros: (...) PARAGRAFO UNO: En todo caso y para los efectos de la bonificación por retiro voluntario en ningún caso el monto de la bonificación podrá superar el valor liquidado en la tabla anexa al presente Acuerdo (parte integral del mismo)”; correspondiendo la mencionada “Tabla” a los documentos que aparecen de folios 157 a 166 y en la que se señala para la señora “BORRERO LENIS MARIA CRUZ” el valor de “\$228.060.128,00” (folio 162); es decir que la cifra allí señalada para cada uno de los trabajadores destinatarios corresponde a un tope máximo sobre el valor de la bonificación que llegare a corresponderle; no así a una cifra puntual que debía cancelarse si en caso de acogimiento del plan.

Es más, no indicó la demandante qué factores dejaron de incluirse en la liquidación de la mencionada bonificación, como para que el Tribunal revisara la liquidación, máxime que no le fue reconocida la prima de navidad, prestación que podría incidir en su cálculo.

Las anteriores razones, dan al traste con la segunda pretensión planteada en sede de apelación por la apoderada judicial de la actora.

**Sentencia 007 del 08 de marzo de 2013, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia apelada.**

## **SALA PENAL:**

**TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES – La condición de enfermo del adicto no lo autoriza a portar cantidades superiores a la dosis personal.**

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

Ley 906 de 2004, artículo 381; Ley 30 de 1986, artículo segundo, literal j).

### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 35978 del 17 de agosto de 2011, ponencia del magistrado Fernando Alberto Castro Caballero.

### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Los argumentos del señor Defensor de Andrés Ricardo Chaux Aguilar, propenden por obtener la revocatoria de la decisión condenatoria sobre la demostración de ser aquel un adicto al consumo de sustancias estupefacientes y por tanto no se puede endilgar responsabilidad penal alguna, atendiendo a su condición de (enfermo), careciendo así su conducta del elemento antijurídico, para la configuración de la estructura dogmática de punibilidad que exige el delito.

Habrà de indicarse inicialmente que la sentencia de condena no desconoce la condición adictiva de Chaux Aguilar, pues la misma se estableció fue a partir de la conducta deducida por la Fiscalía en la Acusación correspondiente al “CONSERVAR”, sustancia estupefaciente sin permiso de autoridad competente, lo que permitió al juzgador hacer sus análisis entorno a la cantidad y modalidad en que fue incautado el alijo, concluyendo que supera ostensiblemente el gramaje definido como “dosis personal”, poniendo de esta forma en peligro el bien jurídicamente tutelado que para este caso es la salud pública.

Las precisiones del fallo condenatorio y las motivaciones expuestas por el Defensor en la sustentación oral del recurso de apelación llevan a la Sala de Decisión a establecer si efectivamente de las pruebas aportadas en el juicio se puede deducir “*la responsabilidad penal del acusado*” a través de la antijuridicidad material de su conducta por el punible de “TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES” en la modalidad de “conservar” y que de acuerdo con la Sentencia se demostró con los testimonios de los Policiales Julio Jairo Valencia Gil, Ana Milena González y Alexander de Jesús Peláez Sierra, sumado a las pruebas técnicas periciales aportadas, como el informe de registro de allanamiento, que era el autor penalmente responsable del ilícito por el cual fue acusado.

Así las cosas no hay “duda”, alguna sobre la materialidad del delito, pues como consecuencia de la información obtenida por agentes de la Policía Nacional, se logró a través de las órdenes de registro de allanamiento emitidas por la fiscalía

incautar al interior de la vivienda del hoy acusado Andrés Ricardo Chaux Aguilar 270 gramos de sustancia estupefaciente, la cual al ser sometida a la prueba P.I.P.H arrojó positivo para canavis, aceptando el encartado que era de su propiedad y que la tenía destinada para su consumo personal, quedando entonces por analizar si su conducta se encuadra dentro del elemento antijurídico, por su condición de “adicto”.

El juicio de “antijuridicidad” que debe establecer esta instancia, parte de la tenencia para el consumo, lo cual lleva a la Sala a ponderar en este campo el potencial daño social que a través del acto pudo realizarse con el comportamiento de Chaux Aguilar atendiendo su condición de farmacodependiente, quien, por esa condición está exento de sanción punitiva cuando lo incautado no supera los 20 gramos de marihuana o el gramo de cocaína o sustancia de ella derivada. En el presente caso, como se indicó, la sustancia excede ese peso en doscientos cincuenta gramos (250).

El juicio de responsabilidad se afianza en el presente caso en el elemento de antijuridicidad, la cual,

*“(…) siendo una sola, se descompone en dos elementos que la estructuran, así el primero, la antijuridicidad formal, que se refiere a la simple realización de la ley, esto es, la comisión de la conducta definida como sancionable penalmente, con independencia de cualquier otro tipo de valoración; el segundo la antijuridicidad material, alude a la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico objeto de tutela; pero debe agregarse que la norma rectora analizada –art.11 C.P- exige que ello se produzca “efectivamente”, de donde se concluye que se trata de un quebrando o peligro con carácter material, efectivo, real y concreto, no presunto, probable factible o abstracto”*

Atendiendo las consideraciones consignadas en anteriores acápites, concluye la Sala que el excedente de la señalada dosis personal “250 gramos” de sustancia “canavis” encontradas en poder de un consumidor crónico como el aquí acusado, se convierte en un daño significativo para el bien jurídico de la Salud Pública, en la medida en que lesiona y pone en peligro el bien jurídicamente tutelado, configurándose de esta manera la antijuridicidad material de la conducta, por cuanto al superar los topes de tolerancia fijados por el legislador, se ingresa en el campo del derecho penal y es posible deducir responsabilidad penal en ilícito materia de investigación, como acertadamente lo concluyera el juez en su providencia. Pues sobre este particular caso la Corte Suprema de Justicia mediante providencia de fecha 17 de agosto del año 2011, en radicado 35978 con ponencia del magistrado Fernando Alberto Castro Caballero precisó:

El adicto, si bien es una persona enferma, de todas formas debe someterse a las pautas que regulan una situación que la sociedad no puede desconocer como una realidad, cual es la necesidad de despenalizar el consumo y porte de la dosis personal, en orden a garantizar el ejercicio al libre desarrollo de la personalidad del enfermo, empero, esa libertad no puede extenderse a permitirle llevar libremente cantidades de estupefaciente que desbordan gravemente lo tolerado, pues una eventualidad como esa indica en forma legítima a presumir una destinación ilícita de la droga incautada, pues sólo puede concluirse un fin de consumo, cuando la cantidad se encuentra en los topes definidos como dosis personal o superados ligeramente.

En tal medida, si la persona farmacodependiente pretende que su comportamiento sea excusado dada esa particular condición, debe ejercer esa opción que ha elegido de consumir estupefacientes, respetando la regulación que para ese fenómeno ha implementado el Estado, conformándose con portar la dosis en las cantidades permitidas o que las superen mínimamente, pues sólo de esa manera se deriva la falta de afectación a bienes jurídicos de naturaleza abstracta como lo es la salud pública.

Así las cosas, el reparo de la defensa sobre la violación directa de la Ley sustancial por falta de aplicación de la norma que establece el principio de lesividad como uno de los presupuestos de punibilidad de una conducta típica, artículo 11 del Código Penal, no está llamado a prosperar, dado que según se ha expuesto, el comportamiento desplegado por JUAN CARLOS VELA, no puede calificarse como el porte de estupefacientes para el consumo de dosis personal, ante el desborde significativo de la cantidad tolerada, circunstancia que es suficiente para predicar la puesta en peligro abstracto del bien jurídico de la salud pública.

Además, y pese a estar demostrada la condición de “adicto” del acusado a través de los testimonios que rindiera sus progenitores, como el informe psicológico aportado a la actuación, no hay que perder de vista, que en los registros se establece que el motivo que conllevó a la presente investigación, tiene su origen en la información que recopilara la Policía Nacional del municipio de Cerrito Valle, que le indicaba que en la calle 8 Nro. 19-46 el señor Andrés Ricardo Chaux Aguilar, tenía destinada esta vivienda para “almacenar estupefaciente que vende en la calle 8 Nro. 18-42”; el señalado referente informativo permite establecer a la Sala que el alijo incautado en el inmueble no solo estaba destinado para su consumo personal, sino que además conservaba el mismo, para su posterior “venta”; lo cual permite concluir sin dubitación alguna su responsabilidad penal en el delito Trafico Fabricación y Porte de Estupefaciente en la modalidad de “conservar”.

Atendiendo las consideraciones consignadas en anteriores acápite, concluye la Sala de Decisión Penal, que la conducta desplegada por el actor configura los tres elementos dogmáticos que exige la estructura del tipo penal, para establecer la responsabilidad penal del acusado en la causación del delito de Trafico Fabricación y Porte de Estupefaciente en la modalidad de “conservar”, por el cual fue acusado por el ente de persecución penal; razones suficientes que llevan a esta Corporación a confirmar en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Palmira Valle, de fecha 15 de diciembre del año 2012.

**Sentencia de segunda instancia (AC-040-13) del 26 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: confirma la sentencia condenatoria.**

***Dr. Marceliano Chávez Ávila***  
***Presidente Tribunal***

**Dr. Jaime Humberto Moreno Acero**  
***Vicepresidente Tribunal***

**Edwin Fabián García Murillo**  
***Relator Tribunal***

**ADVERTENCIA DE RELATORÍA:**

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

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