

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO – TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA  
BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 003 – MAYO DE 2013**

**ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA**

**ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS** - Debe existir certeza del conocimiento que el procesado tenga sobre la edad real de la menor. **Página 70.**

**AGENTE MARÍTIMO** - Representa judicialmente al armador y es responsable personal y solidariamente por la inejecución de las obligaciones que atañen a la entrega o recibo de las mercancías. **Página 14.**

**AMORTIZACIÓN DE LA MULTA MEDIANTE TRABAJO** – No es posible cuando esta es acompañante de la pena de prisión. **Página 56.**

**APELACIÓN** – A ella está sujeto el auto que rechaza de plano la demanda por falta de competencia. **Página 33.**

**APELACIÓN** – El recurrente debe expresar y concretar las razones de la impugnación. **Página 77.**

**AUTO QUE NIEGA LA CORRECCIÓN POR ERROR ARITMÉTICO** – No es susceptible del recurso de apelación. **Página 6.**

**CALIDAD DE COMERCIANTE** – Es situación de hecho que no depende del registro mercantil. **Página 30.**

**CESIÓN DE GARANTÍA HIPOTECARIA** – Si ella es objeto de ejecución judicial, transfiere los derechos de crédito y no los derechos litigiosos. **Página 38.**

**COMPLEMENTACIÓN DEL DICTAMEN ORDENADA COMO PRUEBA DE OFICIO** – Puede ser objetada por error grave. **Página 29.**

**CONCORDATO** – No es apelable el auto que niega una petición de ilegalidad por inconstitucionalidad. **Página 7.**

**CONGRUENCIA** – En la acusación no pueden adicionarse hechos no mencionados en la imputación. **Página 74.**

**CONSORCIO FOPEP** – En su contra, por ser el responsable de realizar el pago de las inclusiones en nómina ordenadas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, puede ser emitida la orden de tutela. **Página 4.**

**DECLARACIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE UNIÓN MARITAL DE HECHO** – Corresponde al juez del último domicilio común. **Página 23.**

**DEMANDA DE PERTENENCIA** – La mención, en ella, de la ley 791 de 2002 no significa, de manera concluyente, que el demandante haya elegido el nuevo término de prescripción allí consagrado. **Página 18.**

**DEMANDA EN PROCESO DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL** - No puede ser admitida cuando el comerciante no demuestra que lleva, según las prescripciones legales, la contabilidad regular de sus negocios. **Página 30.**

**DEMANDA LABORAL** – En ella pueden concurrir las pretensiones de reintegro e indemnización por despido sin justa causa. **Página 42.**

**DISMINUCIÓN DE LA PENA EN DOS PROPORCIONES** - La mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica. **Página 50.**

**EJECUTIVO DE ALIMENTOS** – Donde no existe juez de familia, la competencia corresponde a los jueces promiscuos municipales. **Página 9.**

**ESCRITO DE ACUSACIÓN** – Una vez presentado, hasta el momento en que sea interrogado el acusado, la Fiscalía puede celebrar acuerdos con el imputado que impliquen eliminación de circunstancias de agravación punitiva. [Página 80.](#)

**ESTÍMULO A LA PROSTITUCIÓN DE MENORES** – No existe error de tipo cuando la minoría de las víctimas es evidente. [Página 70.](#)

**EXCEPCIÓN DE PAGO EN PROCESO EJECUTIVO HIPOTECARIO** – Debe ser propuesta dentro del término de traslado de la demanda. [Página 38.](#)

**IMPUTACIÓN Y ACUSACIÓN** – Deben precisar los hechos jurídicamente relevantes y no las circunstancias accesorias o secundarias. [Página 74.](#)

**INSCRIPCIÓN DE LA DEMANDA** – No procede cuando el proceso persigue la declaración de una obligación personal. [Página 17.](#)

**INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** – La excepción a la inembargabilidad de sus recursos es la existencia de créditos o acreencias laborales. [Página 44.](#)

**INTERDICCIÓN JUDICIAL** – Debe ser decretada cuando la persona, según el dictamen psiquiátrico, no tiene capacidad para autodeterminarse ni administrar sus bienes y requiere de asistencia permanente. [Página 37.](#)

**INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA** – Le permite al juez superar la errónea invocación de normas hecha por el demandante. [Página 18.](#)

**LESIONES PERSONALES CULPOSAS** – La prelación de las vías debe respetarse aún en los casos de intermitencia de los semáforos. [Página 65.](#)

**MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL** – No es el superior jerárquico de la UGPP. [Página 4.](#)

**NULIDAD CONSTITUCIONAL** – Solo procede frente a la prueba obtenida con violación del debido proceso y no frente a los argumentos relacionados con la reestructuración y reliquidación de un crédito hipotecario. [Página 38.](#)

**NULIDAD DE LA PROMESA DE CONTRAVENTA** – Al no contener plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse la compraventa prometida. [Página 24.](#)

**PASAJERO DE TRANSPORTE PÚBLICO** – El término de prescripción de la acción contra el transportador, por ser esta de naturaleza contractual, es de dos años. [Página 34.](#)

**PRISIÓN DOMICILIARIA** - El interés superior del menor, independientemente de la demostración de la calidad de padre o madre cabeza de familia, obliga a estudiar la naturaleza del delito. [Página 56.](#)

**PRISIÓN DOMICILIARIA** – En el límite punitivo de su concesión deben considerarse todas las circunstancias de agravación y atenuación y aquellas que amplían o reducen el ámbito de la punibilidad. [Página 68.](#)

**PRISIÓN DOMICILIARIA** – Los requisitos exigidos deben verificarse de manera simultánea. [Página 70.](#)

**PROCESO DE INSOLVENCIA** – No es apelable el auto que niega el levantamiento de una medida cautelar. [Página 3.](#)

**PROCESO DE RESPONSABILIDAD POR LA PÉRDIDA DE LA MERCANCÍA TRANSPORTADA POR VÍA MARÍTIMA** - El no aportar la prueba de la existencia y representación de la empresa extranjera armadora del barco no es motivo para rechazar la demanda. [Página 14.](#)

**PROCESO DE RESTITUCIÓN DE LA POSESIÓN** – No es causal de nulidad tramitarlo bajo la senda del proceso abreviado. [Página 36.](#)

**RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES** – La demanda no puede ser rechazada con fundamento en una norma declarada inexecutable. [Página 10.](#)

**RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES** – Los efectos de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores no se extienden a España, país que no la suscribió. **Página 10.**

**SECUESTRO** – Lo esencial es la efectiva limitación de la libertad de locomoción y no la temporalidad de la acción. **Página 48.**

**SENTENCIA CONDENATORIA** - No puede dictarse, en el caso de los allanamientos y preacuerdos, sin contar con un mínimo probatorio. **Página 79.**

**SENTENCIA CONDENATORIA** – Puede dictarse con fundamento en el testimonio único de la víctima. **Página 59.**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** A la Fiscalía General de la Nación corresponde la carga de la prueba de la acusación. **Página 52.**

**SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** – Atacar a una mujer con arma blanca para hurtarle su teléfono celular es conducta de modalidad grave. **Página 50.**

**SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** – Negación ante la gravedad y trascendencia de la estafa perpetrada. **Página 63.**

**SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** – Si la persona no registra condenas dentro de los cinco años anteriores, el juez puede sopesar dichos antecedentes frente a la gravedad y modalidad de la conducta. **Página 63.**

**TESTIMONIO** – Las contradicciones entre las varias versiones de un mismo testigo no son suficientes para restarle todo mérito. **Página 59.**

#### **SALA CIVIL-FAMILIA:**

**PROCESO DE INSOLVENCIA** – No es apelable el auto que niega el levantamiento de una medida cautelar

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

Código de Procedimiento Civil, artículos 351 y 363; Ley 1116 de 2006, artículo 6, numeral quinto, Ley 57 de 1887, artículo 5; Ley 153 de 1887, artículo 2.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Al tenor de lo establecido en el artículo 363 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de súplica procede únicamente contra los autos dictados por el Magistrado Ponente que por su naturaleza son susceptibles del recurso de apelación y, además, contra el auto que resuelve sobre la admisión del recurso de apelación o casación.

La providencia recurrida, en cuanto decretó la ilegalidad del auto inicial y en su lugar declaró inadmisibile el recurso de apelación, es susceptible de súplica en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 363, toda vez que allí se resolvió sobre la admisibilidad del recurso de alzada propuesto.

Así las cosas, el planteamiento del recurso sienta la discusión en el siguiente problema jurídico: ¿Es apelable el auto proferido dentro de un trámite de reorganización, con el cual se niega el levantamiento de una medida cautelar que recayó sobre un vehículo de propiedad del deudor?

Al efecto debe precisarse que el recurso de apelación es de carácter restrictivo y solo es procedente en los casos específicos que la ley de enjuiciamiento civil señala. Además, debe recordarse que en tratándose de procesos como el de autos (Reorganización), no resulta aplicable el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil, porque existen disposiciones de carácter especial como las indicadas en la ley 1116 de 2006, y recuérdese que las disposiciones relativas a un asunto especial se aplican de forma preferente sobre las de carácter general (num. 1°, artículo 5°, ley 57 de 1887), así como que la ley posterior prevalece sobre la anterior (art. 2°, ley 153 de 1887).

Así, sobre la apelabilidad de las decisiones que se profieran al interior de un trámite de reorganización competencia de un Juez civil del Circuito, el parágrafo 1° del artículo 6° de la ley 1116 de 2006, establece lo siguiente:

*Las providencias que profiera el juez civil del circuito dentro de los trámites previstos en esta ley, solo tendrán recurso de reposición, a excepción de las siguientes contra las cuales procede el recurso de apelación, en el efecto en que respecto de cada una de ellas se indica:*

- 1. La de apertura del trámite, en el devolutivo.*
- 2. La que apruebe la calificación y graduación de créditos, en el devolutivo.*
- 3. La que rechace pruebas, en el devolutivo.*
- 4. La que rechace la solicitud de nulidad, en el efecto devolutivo, y la que la decrete en el efecto suspensivo.*
- 5. La que decrete o niegue medidas cautelares, en el efecto devolutivo.*
- 6. La que ordene la entrega de bienes, en el efecto suspensivo y la que la niegue, en el devolutivo.*
- 7. Las que impongan sanciones, en el devolutivo.*
- 8. La que declare cumplido el acuerdo de reorganización, en el efecto suspensivo y la que lo declare incumplido en el devolutivo.*

En el asunto *sub exámine*, de las copias dejadas a disposición se establece que con su solicitud el apoderado del deudor pretende se le haga devolución de un vehículo de su propiedad que le fuera retenido por cuenta del proceso ejecutivo mixto con título prendario que en su contra adelanta GMAC Financiera y que fuera remitido a este trámite de insolvencia; pero su solicitud indudablemente debe ser considerada como de levantamiento de medida una medida cautelar, lo que de suyo impide que sea pasible del recurso de apelación si se tiene en cuenta que la norma especial (numeral 5°) la restringió a la decisión que se dispone sobre su decreto o negación, sin que quepa equipar la decisión atacada a la negación de la entrega de un bien, pues el mismo está retenido pero por cuenta de una cautela, razón de suyo suficiente para sellar la suerte adversa del recurso de súplica que aquí se promovió.

Lo dicho resulta suficiente para concluir que el auto suplicado se ajusta al ordenamiento, pues, contrariamente a lo indicado por el recurrente, el auto con el que se negó el levantamiento de su medida cautelar no es pasible del recurso de apelación.

**Auto 002 del 18 de enero de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la decisión objeto del recurso de súplica.**

**CONSORCIO FOPEP – En su contra, por ser el responsable de realizar el pago de las inclusiones en nómina ordenadas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, puede ser emitida la orden de tutela/MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – No es el superior jerárquico de la UGPP.**

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

Ley 1151 de 2007, artículo 156.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En el evento que se estudia las dos entidades que impugnaron tienen un claro propósito: la desvinculación de la orden de tutela. Para ello alegan en lo medular que no es de su resorte, ni la inclusión en nómina de los pensionados y menos su reactivación cuando ha habido suspensión.

Luego, el problema jurídico se contrae a determinar ¿es del resorte del FOPEP realizar el pago de las inclusiones en nómina ordenadas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP? y además ¿si corresponde al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL supervisar el cumplimiento de las acciones de tutela a cargo de la UGPP?

A efectos de dar respuesta al primer interrogante, importa precisar que en el asunto *sub exámine* resulta punto pacífico, de conformidad con las respuestas emitidas por la UGPP, que es a esta entidad a la que corresponde el reconocimiento, la orden de pago y la reactivación de la accionante en caso de una eventual suspensión. Tanto es así que en sus diferentes oficios enviados a la peticionaria la UGPP acepta su obligación de dar respuesta a sus solicitudes, para lo cual la accionante debió aportar el correspondiente certificado de estudios con el fin de seguir gozando de su pensión, al no haber superado aún la edad de 25 años.

Pero también es cierto que una vez liquidada la prestación a favor de la estudiante MARÍN CALERO, y reportada la novedad, el consorcio FOPEP debe remitir la nómina al Ministerio de Trabajo y de allí al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que se autorice el presupuesto y luego se consigne en la cuenta de la beneficiaria el monto pensional adeudado.

En consecuencia, por lo que atañe al CONSORCIO FOPEP, la orden dada sí se encuentra dentro de sus funciones y competencias, estrictamente, en la diligencia con posterioridad al reporte de la novedad, para que se agote el procedimiento necesario de aprobación presupuestal y así poder efectuar el pago. En ese sentido, resulta válido que la orden de tutela haya tenido efectos en su contra.

Lo anterior resulta incontrovertible, si se tiene en cuenta, como se precisó en el escrito de impugnación del FOPEP, que si bien a la UGPP le corresponde la administración de la nómina, también lo es que a la aquí inconforme le compete *“realizar los pagos que le son ordenados”*. En consecuencia, no se accederá a su solicitud de desvinculación de la tutela, pues para que la accionante logre de una vez por todas la materialización de sus derechos, se requiere una colaboración

armónica dentro del engranaje estatal, dentro del cual se encuentra incluido el FOPEP como encargado de enviar la cuenta de cobro al Ministerio de Trabajo, para que esta última a su vez gire los recursos. Por lo tanto, no prospera la censura, y la orden de tutela seguirá vinculándola, debiendo proceder tan pronto le sea reportada la novedad con la diligencia adecuada para que a la accionante se le realice el pago de su mesada pensional lo antes posible.

Por lo que respecta al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y la orden que se le dio como cartera de supervisar el cumplimiento del fallo, baste decir que conforme al artículo 156 de la ley 1151 de 2007, esta entidad no hace parte de este ministerio. En efecto, dicho artículo dispuso:

**ARTÍCULO 156. GESTIÓN DE OBLIGACIONES PENSIONALES Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.** Créase la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

En consecuencia, la cartera que impugnó el fallo, no es ni superior jerárquico y menos es el ministerio al cual se encuentra adscrita la UGPP, en consecuencia, se dispondrá la revocatoria del numeral 3° de la parte resolutive del fallo apelado, para en su lugar ordenar su desvinculación de la orden de tutela. Por lo demás la providencia impugnada permanecerá incólume.

**Sentencia de tutela de segunda instancia (2012-0056-01) del 13 de febrero de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión:**

**AUTO QUE NIEGA LA CORRECCIÓN POR ERROR ARITMÉTICO – No es susceptible del recurso de apelación.**

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

Código de Procedimiento Civil, artículos 310 y 368.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

El recurso de queja como medio de impugnación de las providencias judiciales, puede ser interpuesto para que el superior conceda el de apelación, o el de casación, cuando el inferior los haya negado, a pesar de ser conducentes.

Por tal razón, cuando el funcionario primigenio haya dejado de conceder uno de los dos recursos ya anotados, quien se proponga ejercer el de queja, deberá proceder conforme se lo impone el artículo 378 del Código de Procedimiento Civil, esto es, pidiendo reposición del auto que negó la apelación o casación, según el caso, y en subsidio, la expedición de copias de la providencia recurrida y las demás piezas que sean conducentes.

En todo caso, el recurso de reposición debe apuntar inequívocamente a que se revoque la negativa en cuanto a la concesión del de apelación o casación, para que consecuentemente se conceda ésta o aquella. Dadas éstas circunstancias,

podemos afirmar que para casos como el que nos ocupa, existe una limitación de los poderes de decisión del fallador *ad-quem*, puesto que no es absoluto o irrestricto en virtud a que se restringe al objeto mismo sobre el cual versa el recurso de alzada, v. gr., sobre el aspecto materia del mismo.

Por ello, el juzgador de segundo grado no tiene más poderes o facultades diferentes a los que le asigna el recurso formulado, y por lo mismo no está autorizado para cuestionar o modificar decisiones no comprendidas en él, pues en tal evento adolece de falta de competencia por tratarse de puntos que se escapan a lo que es materia de ataque.

Así las cosas, el problema jurídico que plantea la queja, consiste en determinar si ¿el auto que niega la corrección por error aritmético es susceptible del recurso de apelación?

A efectos de dar respuesta al anterior interrogante, debe precisarse que conforme al inciso 1° del Artículo 310 del estatuto adjetivo: *“Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra ella, salvo los de casación y revisión”*. (Subrayas del Tribunal)

Sobre el alcance de dicha norma, resulta ilustrativa la siguiente cita doctrinal:

#### Errores aritméticos y otros

Tratándose de este tipo de errores también es posible la aclaración (artículo 310), pero con la diferencia fundamental de que puede obtenerse su corrección en cualquier tiempo, o sea, que no interesa en lo absoluto que la providencia esté o no ejecutoriada. Se puede hacer de oficio por el juez o a petición de parte, en cuyo caso se la decreta por un auto que es susceptible de los mismos recursos ordinarios que procedían contra la providencia en que se cometió el error.

De lo anterior se desprende que, en tratándose del auto que resuelve sobre un error aritmético, ya sea oficiosamente o a solicitud de parte, solo será pasible del recurso de apelación en el evento en que se corrija o se acceda a la corrección, más no el que niegue tal pedimento.

Dicho de otro giro, el estatuto procesal civil no autoriza la concesión de la apelación del auto que niega tal pedimento, solo cuando se opte por la corrección del error aritmético, esa providencia será apelable.

Siendo ello así, sin duda, se encuentra bien denegado el recurso de apelación por parte de la Jueza Segunda Civil del Circuito de Palmira, pues la providencia que pretende atacar el recurrente fue aquella que negó su pedimento de corrección, y como viene de verse, ésta no es sujeto de apelación.

**Auto 020 del 19 de febrero de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: declara bien denegado el recurso de apelación.**

**CONCORDATO – No es apelable el auto que niega una petición de ilegalidad por inconstitucionalidad.**

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

Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Civil, artículos 351 y 363; Ley 1116 de 2006, artículo 117; Ley 222 de 1995, artículo 224; Ley 57 de 1887, artículo 5.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Al tenor de lo establecido en el artículo 363 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de súplica procede únicamente contra los autos dictados por el Magistrado Ponente que por su naturaleza son susceptibles del recurso de apelación y, además, contra el auto que resuelve sobre la admisión del recurso de apelación o casación.

La providencia recurrida, en cuanto dispuso sobre la admisión del recurso de apelación, es susceptible de súplica en virtud de lo dispuesto en el inciso 1° del citado artículo 363.

Así las cosas, el planteamiento del recurso sienta la discusión en el siguiente problema jurídico: ¿Es apelable el auto proferido dentro de un proceso de concordato, en el cual se niega la declaratoria de ilegalidad por inconstitucionalidad formulada en contra del auto admisorio de ese trámite concursal?

Al efecto debe precisarse que el recurso de apelación es de carácter restrictivo y solo es procedente en los casos específicos que la ley de enjuiciamiento civil señala. Además, debe recordarse que en tratándose de procesos como el de autos (Concordatos), no resulta aplicable el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil, porque existen disposiciones de carácter especial como las indicadas en la ley 222 de 1995, y recuérdese que las disposiciones relativas a un asunto especial se aplican de forma preferente sobre las de carácter general (num. 1°, artículo 5°, ley 57 de 1887).

Ahora bien, por lo que atañe a los argumentos del recurrente, con los que pretende se revoque el auto suplicado y se admita su apelación, debe precisarse que le asiste la razón de forma parcial, que no plena. En efecto, frente a la aplicación de la ley 1116 de 2006 a los procesos en curso, baste decir que la misma en su artículo 117 es lo suficientemente clara al disponer:

***ARTÍCULO 117. CONCORDATOS Y LIQUIDACIONES OBLIGATORIAS EN CURSO Y ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN. Las negociaciones de acuerdos de reestructuración, los concordatos y liquidaciones obligatorias de personas naturales y jurídicas iniciados durante la vigencia del Título II de la Ley 222 de 1995, al igual que los acuerdos de reestructuración ya celebrados y los concordatos y quiebras indicados en el artículo 237 de la Ley 222 de 1995, seguirán rigiéndose por las normas aplicables al momento de entrar a regir esta ley. (Subrayas fuera de texto)***

En consecuencia, si el concordato del recurrente inició en el año de 1996, al mismo le son aplicables las normas de la ley 222 de 1995, por expresa disposición de la ley 1116. Luego, la apelación de las providencias que se profieran dentro del trámite concursal, deberán regirse por lo normado en el artículo 224 de la ley 222. Hasta aquí le asiste razón al recurrente.

Pero sucede que si bien en el numeral 5° del referido artículo 224 se establece como apelable el auto que rechace la solicitud de nulidad, o el auto que la decrete, dentro de dicha disposición no puede encajar aquel con que se negó la solicitud de ilegalidad por inconstitucionalidad que elevó el ahora recurrente.

Recordemos que en materia de nulidades opera el principio de taxatividad, de modo que solo se erigen como causales anulatorias, aquellas que expresamente se encuentren establecidas en la ley, y lo cierto es que la petición de ilegalidad por inconstitucionalidad que elevó el nuevo apoderado del concordado no encaja dentro de las providencias pasibles de apelación, establecidas en el numeral 5°, ni en ningún otro de los numerales del artículo 224 de la ley 222 de 1995, ni en otra norma especial.

Lo dicho resulta suficiente para concluir que la decisión de declarar inadmisibile el recurso de apelación resulta acertada, en tanto, contrariamente a lo indicado por el recurrente, el auto con el que se negó su solicitud de ilegalidad no es pasible del recurso de apelación.

Auto 022 del 19 de febrero de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la decisión recurrida.

**EJECUTIVO DE ALIMENTOS – Donde no existe juez de familia, la competencia corresponde a los jueces promiscuos municipales.**

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

Ley 1098 de 2006, artículo 120; Decreto 2272 de 1989, artículos 8 y 5, literal j).

***TESIS DE LA DECISIÓN:***

Corresponde a esta Sala de Decisión, dirimir el conflicto negativo de competencia pues se presenta entre dos autoridades de la jurisdicción ordinaria, adscritas a este Distrito judicial, conforme lo determinan los artículos 28 del Código de Procedimiento Civil y 18 de la Ley 270 de 1996.

Para dicho fin debe precisarse desde ya que no es mucho lo que tiene que agregar este Tribunal a las consideraciones efectuadas por la Jueza Primera de Familia al proponer el conflicto, pues el criterio legal en el cual se fundamentó su decisión resulta acertado a la luz de las normas que fijan la competencia en materia de Familia.

En efecto, para dirimir el conflicto de competencia, asignando al Juzgado Promiscuo de Florida el conocimiento de este proceso ejecutivo de alimentos, baste decir que el artículo 120 del Código de la Infancia y la Adolescencia asigna a

los Jueces Promiscuos Municipales la competencia para conocer de los procesos que la ley atribuye al Juez de Familia en Única Instancia.

Ahora bien, el Decreto 2272 de 1989, en su artículo 5°, literal i), asigna en única instancia a los Jueces de Familia el conocimiento de los procesos de alimentos y la ejecución de los mismos; en consecuencia, de la mano con el referido artículo 120, si en el municipio de Florida no hay juez de Familia, a falta de éste, sin duda el conocimiento del *sub lite* corresponderá al Promiscuo Municipal.

Pero además advierte esta Superioridad, que hay otro factor de competencia que ratifica la asignación del proceso a la Jueza Promiscuo de Florida, cual es el dispuesto en el artículo 8° del Decreto 2272 de 1989 con el que se organizó la jurisdicción de Familia. Dicho artículo establece que *“En los procesos de alimentos ...en que el menor sea el demandante, la competencia por razón del factor territorial corresponderá al Juez del domicilio del menor”*. (Negrilla del Tribunal)

En consecuencia, se remitirá el expediente a la Juez 2° Promiscua Municipal de Florida, para que continúe el trámite del asunto, no sin antes enterar de lo aquí resuelto al otro juzgado involucrado en el conflicto.

Auto 2012-0545-01 del 20 de febrero de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: asigna la competencia al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Florida.

**RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES – La demanda no puede ser rechazada con fundamento en una norma declarada inexecutable/RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES – Los efectos de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores no se extienden a España, país que no la suscribió.**

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

Ley 173 de 1994; Ley 620 de 2000, Ley 880 de 2004; Ley 1098 de 2006, artículo 119; Código de Procedimiento Civil, artículo 85.

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

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-162 de 1998, C-590 de 2005, SU. 119 de 2002, SU.014 de 2001, t-114 de 2002 y T-1021 de 2010.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

*En el evento sub examine el DEFENSOR DE FAMILIA accionante, pretende que por ésta vía se reverse el auto con el que se rechazó su demanda de restitución internacional del menor de 8 años BORJA LUIS PÉREZ GARCÍA, al igual que el auto con que posteriormente le fue negada la alzada que interpuso contra esa decisión; pues en su criterio para rechazarle su demanda se aplicó una norma que introdujo un tratado internacional suscrito entre los Estados Americanos, del cual España, que es el país donde reside el padre, no hace parte.*

Sobre el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia para la acción de tutela debe precisarse que se encuentran cumplidos a satisfacción, pues además de que las decisiones atacadas solo datan del 30 de enero y 08 de febrero de 2013 – *inmediatez*; el proceso de “*Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes*”, a voces del numeral 3° del artículo 119 del Código de la Infancia y la Adolescencia, se tramitará por el Juez de Familia en única instancia. - *subsidiariedad*-

En consecuencia, el problema jurídico que plantea la acción constitucional consiste en determinar si ¿el rechazo por caducidad de una demanda de restitución internacional promovida por un Defensor de Familia en representación de un ciudadano español, con fundamento en el término de un año para demandar, previsto en el artículo 14 de la ley 620 de 2000 que aprobó la Convención Interamericana sobre el tema, configura una vía de hecho?

Para solventar dicho cuestionamiento, debemos empezar por precisar que en materia de Restitución Internacional de menores, el estado Colombiano ha participado de dos convenios internacionales: El primero el Convenio de la Haya de 1980, el cual fue introducido a nuestro reglamento interno con la Ley 173 de 1994; y el segundo, la Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita en Montevideo - Uruguay, en 1989, y que fue aprobado con la ley 620 de 2000.

Pero sucede que esta última ley al ser revisada por la Corte Constitucional, fue declarada Inexequible por vicios de forma mediante sentencia C-951 de 2001, en dicha oportunidad se precisó:

...esta Corporación concluye que en la formación de la Ley 620 de 2000, ocurrieron vicios de procedimiento que afectan la validez de ese cuerpo normativo. Por consiguiente, la Corte se ve obligada a declarar la inexecutable de esa ley, pues el saneamiento del vicio no es procedente ya que obligaría a devolver la ley hasta el primer debate en Senado, lo cual implicaría realmente que el Congreso tendría que repetir todo el trámite de la ley.

En Mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

**RESUELVE:**

Primero.- Declarar INEXEQUIBLE la Ley 620 de 2000, por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores" suscrita por Colombia en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1.989, en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.

La anterior declaratoria de inexecutable nos permitiría en principio tener por configurada una vía de hecho por defecto sustantivo, sin ninguna consideración

adicional, pues si con fundamento en su artículo 14 fue que el Juez Rechazó la demanda por caducidad, y habiendo éste desaparecido del ordenamiento, no era posible su aplicación. Recuérdese que esta específica causal se configura cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales.

Sin embargo, ante la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley 620, el Congreso de la República, reprodujo nuevamente su contenido con la ley 880 de 2004, la que en su articulado revivió la aplicación del tratado, y específicamente en su canon 14 consagró de nuevo el plazo de un año para intentar las acciones de Restitución Internacional, “...contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente”.

En consecuencia, volvemos al mismo punto, el plazo sí se encuentra vigente, lo que resta por determinar es si se puede predicar en tratándose de una demanda promovida a instancia de un ciudadano español, respecto de su hijo menor presuntamente retenido por su madre colombiana.

Al efecto debe precisarse que dentro de los Estados parte dentro de la Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, una vez realizado el estudio correspondiente no se halla la presencia, a la fecha, del País Español, motivo por el cual no podrían aplicarse sus efectos y menos los términos de caducidad que para intentar las acciones de ella se derivan.

Además su articulado es claro al establecer: “34. Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueron parte de este Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención.”

En este orden de ideas, si España NO es miembro de la O.E.A., ni tampoco se ha adherido al mencionado convenio internacional, sus normas no pueden serle aplicables, en consecuencia ello SÍ configura una flagrante vía de hecho, pues para rechazar la demanda de marras, el Juez de Familia acudió a una norma que no podía regular el caso en concreto.

Ahora bien, debe precisarse que al presente asunto sí le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 173 de 1994, que introdujo a nuestro ordenamiento el Convenio de la Haya de 1980, del cual el Estado Español sí es un estado parte, y que frente al específico punto de instaurarse la demanda por fuera del primer año del traslado inconsulto del menor, en su artículo 12 establece:

**ARTÍCULO 12.** Cuando un niño hubiere sido ilícitamente trasladado o retenido en el sentido del artículo 3o. y que hubiere transcurrido un período de un año por lo menos a partir del traslado o no regreso antes de la iniciación de la demanda ante la autoridad administrativa o judicial del Estado Contratante donde se hallare el niño, la autoridad interesada ordenará su regreso inmediato.

La autoridad judicial o administrativa incluso si estuviere enterada después del vencimiento del período de un año previsto en el inciso anterior, deberá también ordenar el regreso del niño a menos que estuviere demostrado que el niño se ha integrado a su nuevo medio.

Sobre el alcance de dicha norma, resulta muy ilustrativa la sentencia T-1021 de 2010, en la que con ponencia del Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, claramente se dijo:

3.5. El plazo establecido en el Convenio de la Haya para ordenar la restitución inmediata de menores y las excepciones a dicho plazo

3.5.1. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el citado Convenio establece el término dentro del cual procede la restitución inmediata del niño y los casos en los cuales las autoridades encargadas de tramitar el asunto, no están obligadas a ordenar el regreso inmediato de éste al país de residencia habitual.

3.5.2. Al respecto, el artículo 12 del Convenio señala que dentro del año siguiente al momento del traslado, la autoridad competente, una vez tenga conocimiento de la demanda, debe proceder a ordenar el retorno del menor, con la sola verificación de que el traslado del lugar de residencia se produjo de forma ilícita, en los términos del artículo 3° de la convención. No obstante, la misma norma prevé, que cuando ha transcurrido más de un año desde la fecha del traslado ilegal, la autoridad administrativa o judicial puede negar la restitución, así esté verificado que el traslado fue contrario a la ley, si se demuestra que el menor se ha integrado a su nuevo medio.

(...)

Ello significa, a luz de lo previsto en el inciso segundo del artículo 12 del Convenio Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en la Haya en 1980, que el juez de la causa no podía ordenar el retorno inmediato de Boro Joan Montroy Gallego a España, así estuviera probado su traslado ilegal, toda vez que, para el momento en que fue presentada la demanda, ya había transcurrido más de un año desde el traslado ilegal. Lo que correspondía, como en efecto se hizo, era darle curso al proceso para establecer si el menor se encontraba adaptado a su nuevo medio social en Colombia, hecho que el juez encontró finalmente probado.

En ese sentido, se repite, el retorno inmediato del menor está previsto para que tenga lugar dentro del año siguiente al traslado, lo cual significa que, en esos casos, una vez el juez encuentre probada la ilicitud del traslado, puede proceder a ordenar su retorno inmediato. Pero si ya ha transcurrido más de un año desde su traslado, como ocurre en el presente caso, en beneficio del interés superior del menor, el retorno del niño no puede ser ordenado por la autoridad judicial de forma inmediata, con la sola comprobación de la ilicitud del traslado, pues el mismo depende de que el niño no se haya integrado a su nuevo medio.

Así, sin desconocer que la convención busca cumplir con su objetivo de lograr que la restitución del menor tenga lugar en el corto plazo -un año-, en la misma se advierte que, si por cualquier circunstancia el retorno no puede darse en dicho término, la decisión sobre la restitución debe entonces estar acompañada de un análisis sobre la adaptación del menor al nuevo medio,

en procura de evitar que un nuevo desarraigo genere un efecto contrario al pretendido, y produzca daños físicos o psíquicos en aquél.

Lo anterior significa entonces que, en tratándose de una demanda de Restitución Internacional promovida a instancia de un ciudadano español, no le son aplicables las disposiciones de la inexecutable ley 620 de 2000 y menos las de la ley vigente 880 de 2004, con las que se introdujo la Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, pues solo tienen un alcance regional. Luego, a la presente demanda solo es aplicable la Ley 173 de 1994, que introdujo el Convenio de la Haya de 1980, y que en su articulado no establece un término perentorio de caducidad, sino el plazo de un año para que proceda o no la orden de restitución inmediata del menor.

Con fundamento en estas breves consideraciones se ampararán los derechos fundamentales invocados por el DEFENSOR DE FAMILIA, dejando sin efecto los autos No. 081 del 30 de enero de 2013 y 142 del 8 de febrero de 2013, con los que el JUZGADO 1° DE FAMILIA DE CARTAGO rechazó por caducidad la demanda de “Restitución Internacional y reglamentación de visitas” y luego negó la apelación que aquél interpuso. En su lugar, el Juez deberá proceder a calificar la demanda conforme el artículo 85 del estatuto adjetivo, y si no hay lugar a su inadmisión, procederá a impartirle el trámite que corresponda, con observancia del debido proceso de las partes.

Sentencia de tutela de primera instancia (2013-076) del 14 de marzo de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: tutela el derecho al debido proceso.

**AGENTE MARÍTIMO** – Representa judicialmente al armador y es responsable personal y solidariamente por la inejecución de las obligaciones que atañen a la entrega o recibo de las mercancías/PROCESO DE RESPONSABILIDAD POR LA PÉRDIDA DE LA MERCANCÍA TRANSPORTADA POR VÍA MARÍTIMA - El no aportar la prueba de la existencia y representación de la empresa extranjera armadora del barco no es motivo para rechazar la demanda.

#### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 85 y 140; Código de Comercio, artículos 1455, 1473, 1489 y 1492.

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión 6883 del 08 de septiembre de 2003, ponencia de Manuel Ardila Velásquez.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

*Ab initio* resulta pertinente centrarnos en la figura del agente marítimo y de su papel dentro de nuestra legislación mercantil. Para dicho efecto debemos precisar que conforme al artículo 1489 del Código de Comercio “Agente marítimo es la persona que representa en tierra al armador para todos los efectos relacionados con la nave”.

De lo anterior se tiene entonces que la tarea del agente marítimo no es la de gestionar los negocios del armador del barco, sino la de encargarse de la representación y los trámites en tierra que éste requiera para el buen fin del desembarque de las mercaderías transportadas. Lo anterior, debe por supuesto estudiarse desde nuestra legislación mercantil, la cual es clara al establecer que:

**ARTÍCULO 1455. <AGENTE MARÍTIMO DE LA NAVE EXTRANJERA>. El armador de toda nave extranjera que arribe al puerto, debe tener un agente marítimo acreditado en el país.**

**Los agentes marítimos de las naves serán representantes de sus propietarios o armadores, para todos los efectos legales.**

**ARTÍCULO 1473. <DEFINICIÓN DE ARMADOR>. Llámase armador la persona natural o jurídica que, sea o no propietaria de la nave, la apareja, pertrecha y expide a su propio nombre y por su cuenta y riesgo, percibe las utilidades que produce y soporta todas las responsabilidades que la afectan.**

**La persona que figure en la respectiva matrícula como propietario de una nave se reputará armador, salvo prueba en contrario.**

**ARTÍCULO 1492. <OBLIGACIONES DEL AGENTE>. Son obligaciones del agente:**

- 1) Representar al armador en todas las relaciones referentes a contratos de transporte;**
  - 2) Gestionar todos los problemas administrativos relacionados con la permanencia de la nave en puerto;**
  - 3) Hacer entrega a las respectivas autoridades aduaneras y a órdenes del destinatario, de las mercancías transportadas por la nave;**
  - 4) Representar judicialmente al armador o al capitán en lo concerniente a las obligaciones relativas a la nave agenciada;**
  - 5) Responder personal y solidariamente con el capitán de la nave agenciada, por la inejecución de las obligaciones relativas a la entrega o recibo de las mercancías;**
  - 6) Responder por los objetos y valores recibidos;**
  - 7) Responder personalmente cuando ha contratado un transporte o flete sin dar a conocer el nombre de la empresa o nave agenciada, y**
  - 8) Responder solidariamente con el armador y el capitán, por toda clase de obligaciones relativas a la nave agenciada que contraigan estos en el país.**
- (Negrillas fuera de texto)**

En consecuencia, la legislación mercantil al regular las obligaciones del agente marítimo, es precisa al establecer las de representación en todas las relaciones, dentro de la que se incluye la representación judicial y una muy importante, la de responder personal y solidariamente por la inejecución de las obligaciones que atañen a la entrega o recibo de las mercancías.

Ahora bien, precisado lo anterior, podemos descender al caso en concreto advirtiendo que el problema jurídico que plantea la alzada se contrae a determinar si ¿la falta de aportación del certificado de existencia y representación legal de la empresa extranjera armadora del barco, en un proceso de responsabilidad por

pérdida de la mercancía transportada por vía fluvial, amerita el rechazo de la demanda como lo dispuso el *a-quo*?

Bajo las consideraciones anteriormente expuestas, la respuesta al problema jurídico debe ser negativa, en tanto si el agente marítimo tiene una responsabilidad personal y solidaria, por la inejecución de las obligaciones relativas a la entrega de las mercancías, la parte demandante dentro de su autonomía puede dirigir la demanda, o bien contra éste -MARITRANS S.A.- o conjuntamente contra el armador de la nave, en nuestro caso la empresa chilena INTEROCEÁNICA S.A.

Lo cierto es que habiéndose dirigido la demanda contra el agente marítimo colombiano, y aportado su certificado de existencia y representación debió tenerse por suplida la exigencia de la prueba sobre ese punto en tratándose de personas jurídicas que figuren como demandantes o demandados, establecida en el numeral 3° del artículo 77 del Código de Procedimiento Civil. Importa resaltar que en la jurisprudencia traída a cita, en ningún momento el máximo Tribunal de la Jurisdicción ordinaria conmina a la aseguradora demandante a integrar a la litis al armador extranjero, en dicha oportunidad la demanda se dirigió contra el agente marítimo y ello no fue un impedimento para desatar de fondo la litis, y menos para que no se casara la sentencia del Tribunal que acogió las súplicas de la demanda al condenarla patrimonialmente.

Hasta aquí cuanto viene de verse, se impone la revocatoria del auto materia de impugnación, pues si frente al tema de la responsabilidad por el transporte de mercaderías por vía marítima que se debate hay una responsabilidad personal del agente marítimo a quien se demandó, incluso solidaria, es entonces del arbitrio de la parte demandante si integra o no el contradictorio con el armador dueño del barco extranjero; en consecuencia no era del caso rechazar la demanda por esa circunstancia.

Pero además advierte el Tribunal que el actuar del *a-quo* no ha sido para nada consecuente, pues pese a haber ya admitido la demanda, en auto del 10 de agosto de 2011, tras revisar nuevamente el libelo, otorgó un plazo de quince días para acreditar la existencia y representación legal de “*la motonave CAP MATAPAN VIAJE 732EB*”, pero inexplicablemente después, rechazó la demanda tras considerar que no se allegó el certificado de existencia y representación “...del propietario de la motonave”, requisito que no coincide para nada con el que se había exigido. Ello sin duda no puede pasarlo esta superioridad por alto pues dichas actitudes van en desmedro del derecho de defensa y al debido proceso de las partes, por tanto se comina al *a-quo* para que en lo sucesivo de abstenga de actuar inconsecuentemente.

No otro tanto merece la exótica nulidad que declaró en el mismo auto del 10 de agosto de 2011, pues para la misma ni siquiera se hizo mención a la precisa causal que de las establecidas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil se configuró. Recuérdese que en materia de nulidades opera el principio de taxatividad, en tanto no hay vicio capaz de configurar nulidad que no esté autorizado por el estatuto adjetivo. De allí que al consignarse las causales el código establezca que el proceso será nulo en todo en parte solamente en los específicos eventos del artículo 140 en cita.

Así las cosas, y por comprender la apelación del auto que rechaza la demanda también el inadmisorio habrá lugar a revocar, tanto el auto del 10 de agosto de 2011, con el que se revisó nuevamente la demanda para inadmitirla; y el del 14 de septiembre de 2011 con el que se rechazó la misma.

**Auto de segunda instancia (2009-0099-01) del 1 de abril de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca el auto apelado.**

**INSCRIPCIÓN DE LA DEMANDA – No procede cuando el proceso persigue la declaración de una obligación personal.**

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

Código de Procedimiento Civil, artículo 690.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión del 16 de julio de 1997.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Así las cosas el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿si en tratándose de un proceso donde se persigue la declaración de una obligación personal, procede la inscripción de la demanda sobre un inmueble de propiedad del demandado, con el fin de garantizar el pago de una eventual sentencia condenatoria?

A efectos de solventar dicho planteamiento, importa precisar que el artículo 690 del C.P.C. estatuye la procedencia de la inscripción de la demanda en el proceso ordinario *“...que verse sobre dominio u otro derecho real principal, en bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes, de hecho o de derecho”*.

Sobre la temática en análisis la Corte Suprema de Justicia en providencia de 16 de julio de 1997 precisó que:

“Proyectadas las anteriores nociones al campo del proceso ordinario, se tiene que el artículo 690 del C. de P. C. contempla de manera restrictiva, la práctica de las siguientes medidas cautelares: el registro o inscripción de la demanda y el secuestro de bienes muebles desde la admisión de aquella; el secuestro de inmuebles, luego de la sentencia de primera instancia favorable a las pretensiones del actor; el embargo y secuestro del vehículo de propiedad del demandado, en los casos de indemnización de perjuicios causados en cosas muebles o inmuebles por accidente de tránsito, y el embargo y secuestro de bienes de propiedad del demandado, cuando se solicite el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual, si el demandante hubiere obtenido sentencia favorable de primera instancia y ésta fuere apelada o consultada.

Ahora bien, para que proceda el registro de la demanda y el secuestro tanto de muebles como de inmuebles, es preciso que aquella verse sobre el dominio u otro derecho real principal constituido sobre tal clase de bienes, “directamente o como consecuencia de una pretensión distinta”. Con esta expresión se quiere significar que no es necesaria la discusión directa sobre el derecho de dominio u otro derecho real principal, sino tan solo que un derecho de tal naturaleza pueda resultar afectado o alterado como consecuencia del acogimiento de las pretensiones de la demanda, sin importar que estas impliquen el ejercicio de uno de ellos.

Tales medidas, atendida su finalidad, son diferentes, pues la de inscripción de la demanda persigue que se le de publicidad a esta mediante la inscripción de los datos respectivos en el folio de matrícula inmobiliaria, a efecto de que si se pretende realizar alguna transacción sobre el bien, el adquirente se entere de la existencia del pleito; y si decide adquirirlo, sepa que quedaría vinculado por los efectos de la sentencia, en idénticas condiciones que si hubiere sido parte en el proceso. En cambio, con el secuestro, se busca asegurar la entrega de los bienes, si la parte demandante resultare triunfante, evitando que aquéllos desaparezcan o se desmejoren en manos del demandado. (Negritas y subrayas fuera de texto)”

Tanto de la norma, como de la Jurisprudencia antes transcritas, fluye que para que proceda el registro de la demanda, tanto de muebles como de inmuebles, es preciso que el libelo verse sobre el dominio u otro derecho real principal constituido sobre éstos, es decir, que la pretensión que se traduce en un proceso ordinario, recaiga directamente sobre un derecho real o que pueda afectar derechos reales, como acontecería por ejemplo, cuando se demanda la simulación de un contrato de compraventa y se solicita que se cancele la inscripción correspondiente a la escritura pública por la cual se transfirió el derecho real de dominio, o cuando se adelanta por el poseedor un proceso de pertenencia cuya sentencia, de serle favorable, implica alteración del derecho de dominio.

En el asunto *sub exámine*, de los hechos de la demanda fácilmente se advierte que lo que se persigue es que se declare a la demandada deudora de la demandante, y que como consecuencia de ello se le ordene pagar en un plazo perentorio las sumas sobre las que recaiga la sentencia; luego ello no significa que la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, ni que lo que pretende aquí la accionante encaje dentro del supuesto de “...una pretensión distinta”, todo lo contrario, de accederse a las pretensiones de la demanda ésta tendría el carácter de declarar una obligación personal, razón por la que no se configuran los requisitos exigidos en el artículo 690 del estatuto adjetivo, para acceder a la cautela impetrada.

En consecuencia, es ajustado a derecho la negatoria de la medida cautelar de inscripción de la demanda, como bien lo dedujo el Juez de instancia.

**Auto de segunda instancia (2012-0016-01) del 1 de abril de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma el auto apelado.**

**INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA – Le permite al juez superar la errónea invocación de normas hecha por el demandante/DEMANDA DE PERTENENCIA – La mención, en ella, de la ley 791 de 2002 no significa, de manera concluyente, que el demandante haya elegido el nuevo término de prescripción allí consagrado.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículo 228; Código de Procedimiento Civil, artículos 4 y 187; Código Civil, artículos 2518 a 2541.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión 5906 del 31 de octubre de 2001, ponencia del magistrado José Fernando Ramírez Gómez.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

A tono con lo regulado por el artículo 4 del Código de Procedimiento Civil, el objeto de los procedimientos es la materialización de los derechos reconocidos por la ley sustancial. A la sazón, atendiendo el carácter instrumental del derecho procesal, la función de éste no es otra que la de servir de medio al derecho sustancial para lograr su aplicación. Y es precisamente ese carácter y esa función lo que inspira al artículo 228 de la Constitución Política cuando consagra como principios basilares de la administración de justicia en Colombia la prevalencia del derecho sustancial y el derecho a una tutela judicial efectiva.

Para lograr el anterior cometido corresponde al juez, apegado por supuesto a las garantías fundamentales, dar sentido pleno a las formas procesales para justificarlas en tanto ellas están destinadas a lograr la protección de los derechos de las personas, porque en ello radica la quintaesencia de la actividad judicial.

Es en ese contexto que adquiere superlativa importancia **EL DEBER DEL JUEZ** de interpretar la demanda mediante la cual se incoa materialmente la acción, laborío dialéctico que debe adelantar de modo racional y lógico, esto es, examinando el contenido integral de dicho libelo, identificando su razón y la naturaleza del derecho sustancial que se hace valer. O lo que es lo mismo: auscultar en los hechos el verdadero sentido y alcance de lo pretendido por el actor, y por esa vía superar no solo la indebida calificación jurídica que el propio demandante haya eventualmente dado a sus pretensiones sino la errónea invocación de normas aplicables que aquel haya efectuado, desde luego que “...es distinto el rango de la argumentación jurídica de la parte, porque su omisión o error, debe ser salvado por el funcionario judicial, puesto que el tipo de juez técnico que reconoce el sistema procesal vigente en Colombia, que lo presume concededor de la ley, razón por la que ésta no debe ser probada, le impone el deber de aplicar la que corresponda al caso concreto, haciendo un ejercicio adecuado de subsunción. De tal modo que las invocaciones de derecho que hagan las partes, ni vinculan al juez, ni mucho menos desvirtúan la naturaleza del *factum* debatido en el evento de ser erradas, porque no obstante el numeral 7 del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, contemplar como requisito de la demanda el señalamiento de los fundamentos de derecho, de todos modos, según se dijo, el juez está compelido a aplicar la norma correcta, haya sido o no denunciada por la parte. De ahí que se

**estime que la afirmación de los fundamentos de derecho no sea un acto jurídico – procesal, sino un acto intransitivo o neutro por no producir efecto jurídico...**” (Sala de Casación Civil, sentencia del 31-10-2011, magistrado ponente Dr. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ, expediente 5906).

A la luz de las anteriores directrices jurisprudenciales, muy pronto queda al descubierto el yerro en el que incurrió el juzgado *a-quo* cuando -fijando únicamente su atención en la invocación que de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 791 de 2002 efectuaron los actores en su demanda [**exactamente en el acápite “DERECHO” de dicho libelo**]- concluyó que éstos **eligieron “...el nuevo término prescriptivo...”** contemplado en la citada ley para la prescripción extraordinaria [**diez años**], lo que, agregó seguidamente, apareja el fracaso de sus pretensiones pues entre la fecha en que aquella entró en vigencia [**27-12-2002**] y la presentación la demanda [**10-03-2008**] no alcanzó a transcurrir el termino decenal antes mencionado, conclusión que reforzó argumentado que **“...ni siquiera para el día de hoy ha transcurrido ese lapso [10 años] que le permita al demandante (sic) adquirir el predio de la forma como pretende...”**.

Así que, en trasunto, el sentenciador de primer grado dedujo la naturaleza y el régimen jurídico aplicable a la pretensión por aquellos impetrada **de solo tres de las numerosas normas sustanciales invocadas por los demandantes [nótese que, a más de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 791 de 2002, éstos también invocaron los artículos 673, 762, 918, 2512 y 2518 a 2541 del Código Civil]**, cuando lo procedente era establecer ello con base en los hechos expuestos por aquellos, relato fáctico del cual emerge nítido su invocación acerca de que ejercen conjuntamente la posesión material sobre el inmueble objeto de usucapión **“...desde el día 21 de diciembre de 1996...”**, y que -cual lo plantearon **expresamente** en el acápite de pretensiones- **“...han adquirido por suma de posesiones...”** el dominio del aludido bien en razón a que quien les transfirió la posesión material [ROBERTO ROSENDO CABAL] **“...ostentaba la posesión material inscrita desde el día 04 de marzo de 1966 por compra que hiciera a MAGDALENA CASTRO...”**, quien a su turno **“...ostentaba la posesión desde hacía 34 años, o sea desde el 11 de noviembre de 1932 por compra que hiciera a LUCIANO CABAL...”** (folio 3 fte. cdo. 1o).

Lo que sumado a la **expresa** invocación de los artículos 2518 a 2541 del Código Civil [**entre los cuales se encuentra el artículo 2521, alusivo justamente a la suma de posesiones**] permite afirmar, por fuera de toda hesitación, que mediante la tantas veces citada suma o agregación de posesiones **los demandantes edificaron sus pretensiones en una posesión material superior a los 40 años**, situación clara y objetivamente indicativa de que no obstante la impertinente mención efectuada en la demanda de la Ley 791 de 2002, su intención jamás fue la de **“elegir”** el nuevo término de diez años que, **a partir de su vigencia**, consagró la Ley 791 de 2002, como de manera

descontextualizada lo determinó el sentenciador *a-quo* en la sentencia apelada.

Es clamoroso entonces el yerro en que incurrió la sentencia de primera instancia al dar por sentado que los actores invocaron el “...**nuevo término prescriptivo de regulado por la Ley 791 de 2002...**” [diez años para la modalidad de prescripción, extraordinaria, por ellos invocada], y concluir -tomando pie en esa descaminada premisa- que las pretensiones impetradas debían ser denegadas, y por esa vía sustraerse de “...**entrar a relacionar y analizar la prueba recaudada con el fin de comprobar los requisitos señalados y que son imprescindibles para poder prescribir, puesto que al haberse hecho acogimiento al nuevo término de prescripción, como ocurre en este evento, el mismo se debe contar es a partir de la vigencia de la ley 791 de 2002, o sea, desde el 27 de diciembre de esa misma anualidad [y] por ende se concluye que ni siquiera para el día de hoy ha transcurrido ese lapso que le permita al demandante (sic) adquirir el predio de la forma como pretende...**” (folio 107 vto. cdo. 1o).

Por lo tanto, como el yerro mencionado ocasionó que el juzgado *a-quo* se equivocara en la fijación del sentido y alcance de lo pretendido por los actores en su demanda, **y apoyado exclusivamente en ese desbarro denegó las pretensiones por éstos impetradas,** corresponde al Tribunal auscultar de manera integral el material probatorio regularmente incorporado al proceso en orden a establecer si concurren los elementos estructurales de ese modo de adquirir el dominio de las cosas, tomando punto de partida para tal efecto, como viene de verse, en la inequívoca invocación que efectuaron los demandantes de la prescripción extraordinaria de dominio, y el derecho por ellos ejercido de sumarle a la posesión propia [desde el 21-12-1996] **la posesión material que sobre el mismo bien ejercieron sus antecesores,** en su orden, ROBERTO ROSENDO CABAL, quien “...**ostentaba la posesión material inscrita desde el día 04 de marzo de 1966...**”, y la de MAGDALENA CASTRO, quien “...**ostentaba la posesión desde hacía 34 años, o sea desde el 11 de noviembre de 1932 por compra que hiciera a LUCIANO CABAL...**” (folio 3 fte. cdo. 1o).

En la secuencia de ideas así propuesta se tiene, primeramente, la inspección judicial practicada al inmueble objeto de usucapión (folios 1 y 2 cdo. 2), acto procesal en el cual se estableció (i) que se trata del mismo bien al cual se contraen las pretensiones de la demanda, y no es de aquellos cuyo dominio prohíbe la ley adquirir por usucapión; y (ii) que en el mismo existe una parte de edificación antigua (**equivalente a su 40%**), en tanto que la porción restante “**se trata de una construcción moderna**” constante de cuatro habitaciones, cocina, sala-comedor, baños, zona de ropas, etc., toda ella provista de servicios públicos incluyendo gas domiciliario.

Al momento de su práctica se encontró en el inmueble a dos de los demandantes, quienes manifestaron que junto con los demás actores son ***"los únicos dueños y señores del bien que se inspecciona"***.

Por otro lado, durante la fase instructiva del proceso se escuchó en declaración de terceros a ALBERTO CASTRO, EUGENIO GARCIA y LILIANA MARTINEZ GARCIAS.

El primero de ellos [de 56 años de edad, primo de los demandantes y sobrino de uno de los demandados] expuso que ***"nací en esa casa"*** y por tanto conoce de manera personal que los demandantes han vivido allí desde hace más de 40 años; inicialmente en compañía del padre de ellos [ROSENDO CASTRO CABAL] quien la poseyó desde que esa era ***"su casa materna"***. Después del deceso de dicho señor [21-12-1996] sus primos siguieron viviendo allí en compañía de su madre FANNY GARCIA (co-demandante). Agregó que aquellos y ésta ***"...siempre han ejercido actos de señores y dueños y en la medida que han podido han hecho algunas reparaciones y han tenido como su hogar dicho inmueble, han pagado los impuestos, pagan los servicios, han arrendado la parte delantera de la casa para solucionar su situación económica que fue muy precaria después de la muerte del señor ROSENDO CASTRO, padre y esposo..."*** (folio 15 fte. cdo. 2o). Destacó, igualmente, que durante todo ese tiempo nadie les ha reclamado o disputado el inmueble, y que por todos los vecinos son reputados como los únicos dueños del bien.

El segundo testigo, por su parte [49 años de edad, y quien siempre ha sido vecino del inmueble sobre el cual versa el presente proceso] refirió que desde que era niño ha conocido a los demandantes como los dueños del inmueble, y su posesión ha sido ***"pública, tranquila"***, amén que nunca han abandonado el mismo. Añadió que luego del deceso de don ROSENDO ***"...ellos, doña FANNY y sus hijos continuaron viviendo allí (..) pagan los impuestos, servicios, hacen los arreglos necesarios y la habitan (..) nunca han tenido ningún tipo de problema con nadie..."***.

La tercer declarante, finalmente [45 años de edad, cuñada del fallecido ROSENDO CASTRO] manifestó que desde que tiene uso de razón conoce a los demandantes viviendo en el inmueble sin que alguien les haya disputado la posesión material que ejercen de manera ***"...tranquila, permanente, pública, ininterrumpida..."***. De hecho ***"...cuando ROSENDO vivía era él quien pagaba los impuestos y después que él falleció se encargan de pagar los impuestos la esposa y los hijos [aquí demandantes]..."***. Dicho señor, añadió, había adquirido el bien a su madre doña MAGDALENA CASTRO; y ***"...más o menos hace unos 50 años ROSENDO se casó con FANNY y vivieron allí, y luego de que ROSENDO murió continuaron viviendo FANNY y sus hijos [los cuales] pagan los impuestos, los servicios, le han hecho mejoras, tumbaron la casa vieja y la hicieron nueva..."***.

Apreciadas las pruebas individual y articuladamente, como lo prescribe el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, forzoso es concluir que (i) los demandantes han poseído en forma CONJUNTA [coposesión] el inmueble en cuestión,

públicamente y sin interrupción alguna, desde el 21 de diciembre de 1996, esto es, desde cuando el esposo y padre de aquellos falleció; (ii) la posesión material que éste ejerció en vida, y que les transfirió a aquellos *mortis causa* [ver, E.P. No. 708 del 26-11-2003] se remonta al 04-03-1966, cuando la señora MAGDALENA CASTRO, madre de aquel, le transfirió por acto entre vivos [compraventa] el derecho [*"de dominio"*, según impropriadamente se consignó en el referido contrato] sobre el tantas veces citado bien; (iii) como los actores hicieron uso del derecho a sumarle a la suya la posesión material de su causante, y ésta posesión también fue acreditada cabalmente en el proceso, ello significa que al momento de la presentación de la demanda [10-03-2008] aquellos acreditaron cuando menos 40 años de posesión material, lapso que supera holgadamente el término veintenario consagrado para la modalidad de prescripción [extraordinaria] que invocaron en la demanda.

Considerando adicionalmente que la posesión en comento ha sido desarrollada de manera pública e ininterrumpida, y que el inmueble sobre el cual se ejerce la posesión es susceptible de adquirirse por usucapión, se impone revocar la sentencia apelada, para en su lugar acceder a las súplicas de la demanda.

Sentencia de segunda instancia (2008-00027-01) del 2 de abril de 2013, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca la sentencia apelada.

**DECLARACIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE UNIÓN MARITAL DE HECHO –**  
Corresponde al juez del último domicilio común.

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

Código de Procedimiento Civil, artículo 23, numeral cuarto.

#### *CITAS DE JURISPRUDENCIA:*

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión 2012-00067-00 del 06 de febrero de 2012, ponencia del magistrado Jaime Alberto Arrubla Paucar.

#### *TESIS DE LA DECISIÓN:*

Corresponde a esta Sala de Decisión, dirimir el conflicto negativo de competencia pues se presenta entre dos autoridades de la jurisdicción ordinaria, adscritas a este Distrito judicial, conforme lo determinan los artículos 28 del Código de Procedimiento Civil y 18 de la Ley 270 de 1996.

Para dicho fin debe precisarse desde ya que no es mucho lo que tiene que agregar este Tribunal a las consideraciones efectuadas por el Juez Primero de Familia al proponer el conflicto, pues el criterio legal en el cual se fundamentó su decisión resulta acertado a la luz de las normas que fijan la competencia en materia de Familia, al igual que lo precisado por el máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria.

En efecto, para dirimir el conflicto de competencia, asignando al Juzgado Promiscuo de Familia de Roldanillo el conocimiento de este proceso Ordinario de

Unión Marital, baste decir que el artículo 23-4 del Código de Procedimiento Civil asigna al Juez del domicilio común anterior el conocimiento de los procesos sobre liquidación de sociedad conyugal, que por analogía resulta aplicable a aquellos que versen sobre la declaración de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

Sobre el tema resulta muy ilustrativa una decisión de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que por vía de conflicto de competencia y frente a un caso similar precisó:

*En verdad que esta Corporación, de tiempo atrás, y ahora lo reitera, viene sosteniendo que dada la "evidente semejanza existente entre la sociedad patrimonial y la sociedad conyugal, tanto en su regulación sustancial como en todo aquello que concierne a los procedimientos judiciales que con fines declarativos o apenas partitivos, deben observarse en uno y otro caso", es dable aplicar analógicamente la regla que establece la competencia concurrente del juez del domicilio común anterior de la pareja, si el demandante lo conserva, con el del domicilio del demandado".*

(...)

Si en el escrito de demanda, la demandante indicó que el "*último domicilio de la unión marital de hecho fue...Bogotá*", agregándose que es "*vecina*" de esa misma ciudad, -de lo que se infiere que aún lo conserva-, y si además, en el acápite de competencia, se agregó que por "*el domicilio de la unión marital de hecho*", era competente el juez de familia de esta capital, resulta palmario que siendo potestativo para la actora escoger entre el domicilio del demandado y aquél que fue el último de la pareja, en cuanto aún lo mantiene, hizo mal el Juzgado Primero de Familia de esta urbe, en rehusar la competencia, por lo que a él se le enviará el expediente.

En consecuencia, es claro que si el último lugar en el que la pareja conformada por ALEYDY GONZÁLEZ SUAREZ y NOLBERTO BAHAMÓN MARÍN tuvo su comunidad de vida fue el municipio de Roldanillo (Valle), y en él aún la demandante está vecindada, al punto que al Juez de Familia de ese Municipio designó como competente, entonces no le era dable a dicha autoridad judicial desprenderse del conocimiento de la presente causa, pues a su elección la actora acudió al Juez del último domicilio común de la pareja.

Luego, es incontestable que se trata de una competencia territorial a la que el juzgado *a-quo* no podía rehusar, por lo cual habrá de dirimirse el conflicto asignando al JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE ROLDANILLO (Valle) el conocimiento del presente asunto.

Con todo, debe resaltarse que lo aquí decidido no impide que en su momento y a través del mecanismo procesal idóneo, el demandado pueda eventualmente rebatir la competencia territorial elegida por la demandante, alegando y demostrando que no fue el municipio de Roldanillo el último domicilio de la pareja.

Auto 042 del 03 de abril de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: asigna la competencia al Juzgado Promiscuo de Familia de Roldanillo Valle.
--

**NULIDAD DE LA PROMESA DE CONTRAVENTA – Al no contener plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse la compraventa prometida.**

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

Ley 153 de 1887, artículo 89, numeral tercero; Código Civil, artículo 1746.

***CITAS DE JURISPRUDENCIA:***

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión del 24 de marzo de 1983.

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

Quedando determinada la existencia de los contratos de promesa de compraventa, nos ocuparemos ahora de su validez, aunque en punto de la ineficacia del negocio debe partirse de su existencia, aspecto que no está en discusión ahora.

En punto de la ineficacia del negocio jurídico, Renato Scognamiglio, precisa que se suele hablar de ineficacia del contrato o negocio, en sentido lato para designar todas las hipótesis en las cuales sus efectos no se producen, o están llamados a decaer en un momento posterior y que según la dogmática éste estado del contrato se explica por la falta o defectuosidad de cualquier elemento o requisito de su supuesto de hecho (necesario para su plena eficacia)

Precisemos que la invalidez del contrato - según lo expone el mismo autor – constituye la hipótesis principal y característica de eficacia para los contratos y en general para los negocios, lo que explica las discusiones doctrinarias en relación con su enfoque, cuando se trata de delinear su esencia, distinguiéndola según el caso de la inexistencia y de la ineficacia en sentido estricto. La invalidez traduce golpear al contrato en su propia fuerza, siempre que lo encuentre contrario a alguna norma de disciplina; es una sanción contra el acto disconforme con el derecho que opera desde el comienzo del negocio.

La nulidad constituye en últimas una forma de invalidez y en este orden ha de considerarse nulo el contrato a que falta algún elemento esencial y que, por lo mismo, no produce efecto alguno. Es el modo más eficiente y por ende lógicamente más satisfactorio de reacción del derecho contra los contratos que se oponen a sus disposiciones; en todo caso, éste es un fenómeno que sólo opera cuando alguna norma jurídica lo previene.

Partiendo del reconocido postulado de que todo contrato es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales, debemos tener en cuenta que dentro de estas causas se halla la nulidad, que se concibe como relativa y absoluta. Ahora bien, en el contexto de la nulidad absoluta que es la que nos interesa en la revisión del presente asunto, la nulidad tiene su fundamento en la falta de uno de los elementos de validez del acto jurídico que exige el legislador en favor del interés general o colectivo, como ocurre ante la falta de formalidades legales, incapacidad absoluta, carencia de consentimiento, ausencia de objeto o de causa, ilicitud del objeto o de la causa.

Pero obsérvese que además de estos requisitos generales, que en realidad son comunes a todo contrato, la ley ha establecido ciertas exigencias adicionales aplicables exclusivamente para el contrato de promesa. Significa que además de concurrir la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícitos, debe estar presente aquella requisitoria especial, taxativamente enumerada por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que parece desconocer el recurrente que representa los intereses del extremo pasivo:

1. Que la promesa conste por escrito.
2. Que el contrato a que la promesa se refiere (compraventa de inmueble en el caso a estudio) no sea de aquellas que las leyes declaran ineficaces.
3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato (la compraventa prometida)
4. Que se determine de tal suerte el contrato que para su perfeccionamiento sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales, como por ejemplo, el otorgamiento de la escritura pública respectiva.

Entendiendo a partir de la definición que presenta la doctrina sobre el contrato de promesa de compraventa, que el mismo negocio no es más que un acuerdo entre dos partes, prometiende vendedor y prometiende comprador, mediante el cual se obligan recíprocamente a celebrar un contrato de compraventa sobre un bien inmueble mediante el otorgamiento de la escritura pública respectiva, al vencimiento de un plazo y/o el advenimiento de una condición; de la propia definición emergen las principales características de la promesa de contrato de compraventa, dentro de las cuales se hallan presentes los requisitos acabados de citar:

- Un acto típico, especialmente reglamentado por la ley.
- Es solemne, pues su perfeccionamiento está subordinado a la forma escrita, so pena de nulidad absoluta.
- Pueden contenerse en un acto unipersonal como en la oferta compromisoria o en un acto bilateral que en estricto sentido el contrato de promesa acordado por quienes habrán de ser partes en el contrato prometido.
- Contiene como objetivo específico, la obligación de celebrar el contrato prometido, que se traduce en obligación de hacer que lo diferencian del negocio prometido propiamente dicho.
- Las obligaciones de hacer que genera la promesa no pueden ser puras y simples, sino que siempre han de estar sujetas a un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato prometido.
- Es un contrato bilateral, pues impone obligaciones recíprocas a quienes intervienen en ella, y unilateral si sólo una de las partes promete a la otra la celebración del negocio.

- El contrato prometido debe ser legalmente eficaz, o sea que ya al tiempo del otorgamiento de la promesa no esté condenado a la invalidez.
- Finalmente, el contrato debe quedar determinado de tal suerte en la promesa, que para su perfeccionamiento sólo falte la tradición de la cosa o la observancia de las formalidades legales pertinentes.

En punto de la determinación del plazo para la celebración del contrato de compraventa prometido, debe decirse conducidos por la doctrina, que el contrato de promesa tiene una finalidad económica peculiar, cual es la de asegurar la celebración de otro contrato posterior cuando los interesados no quieren o no pueden realizarlo de presente. No es entonces un fin en sí mismo, sino un medio o un instrumento que conduce a efectuar otro negocio distinto.

Esta transitoriedad que se presenta en esta modalidad de convenio preparatorio y temporal, es de la esencia del contrato, como que no es una convención perdurable, ni está destinada a crear una situación jurídica de duración indefinida y de efectos perpetuos.

Precisamente siendo consecuentes con ese carácter transitorio de la promesa de contrato, el ordinal 3° del artículo 89 citado en líneas anteriores, determina que para su validez, se requiere “que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato”. Bajo este entendido la ley busca evitar toda incertidumbre sobre la época en que ha de concertarse el contrato prometido y exige que se determine la misma. Su fijación puede hacerse mediante un plazo o una condición, pero debe tenerse presente que en este punto lo primordial o subordinante es el señalamiento de la época y que lo instrumental es el plazo o condición, que sean adecuados para precisar aquella, entiéndase la época entonces, como instante o momento preciso y cierto, de tal manera que no quede incertidumbre alguna sobre el cuándo de la celebración.

De cara al caso concreto, encontramos que en las tres promesas de contrato de compraventa que sustentan la demanda, se advierte, en punto del plazo para la celebración de los negocios jurídicos prometidos, en su cláusula 15, que:

(...) La escritura pública que solemniza el contrato de compraventa prometida en el presente documento, se obligan las partes a otorgarla en la Notaría Segunda del Círculo de Buga, el día \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de dos mil \_\_\_\_\_ (2007) a las (00/00 A.PM), siempre y cuando para esa fecha el PROMITENTE COMPRADOR haya pagado el precio tal de la negociación indicado en la cláusula sexta de la presente promesa de compraventa (...) En caso de prórroga en el plazo para la entrega del inmueble objeto de la presente promesa de compraventa, de acuerdo como se establece en la cláusula décima del presente documento, la escritura que perfeccione la compraventa se otorgará en la fecha que disponga la sociedad “terminal Buga y Cia S.C.A.” para el efecto, la cual se notificará mediante comunicación escrita enviada al promitente comprador con una antelación no inferior a cinco (5) días.(...)

Se observa, tal como lo entendió la juez de instancia que basta leer con detenimiento la cláusula transcrita, para entender que no cumple la función de fijar la época en que ha de celebrarse el contrato prometido, al tenor del numeral 3° del

artículo 89 de la Ley 153 de 1887, no conduce ni siquiera a su interpretación por la omisión total de fijación del plazo conforme a la exigencia normativa, amén de la indeterminación en que también subyace la condición de estar al día en el pago del precio. Bajo este entendimiento fue acertada la decisión de la a quo al acoger las pretensiones demandadas, bajo el cabal entendimiento de no haberse estipulado con exactitud el día cierto y determinado, como momento temporal y preciso que fijara la época en que se celebraría el contrato prometido, quedando sin fundamento las alegaciones sostenidas en las excepciones planteadas por el extremo pasivo y ratificadas en la alzada, en el sentido de despreciar los requisitos especiales para las promesas de contrato, concretamente aquél que se refiere a la estipulación de un plazo o condición para la celebración del negocio prometido, abriéndose como se dijo la declaratoria de nulidad absoluta de las mismas convenciones.

Ahora bien, en punto del efecto retroactivo en que deben ubicarse los efectos de la declaratoria de nulidad invocada, informa el artículo 1746 del Código Civil que la declaratoria de nulidad brinda a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En efecto, la sentencia declarativa de nulidad produce efectos retroactivos y en virtud de ella cada una de las partes tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato invalidado y en el punto conectado con los frutos de las sumas de dinero entregadas por cada uno de los accionantes al extremo pasivo como pago del precio de los inmuebles prometidos en venta, no solamente se impone la corrección monetaria, sino también los intereses producidos por tales sumas de dinero desde las distintas fechas en que bajo determinada periodicidad fueron entregadas las cuotas pactadas a la accionada hasta el momento de su devolución.

En consecuencia, en punto de las restituciones mutuas, la Sala encuentra atinados los fundamentos del recurrente –representante del extremo activo- en el sentido de que el juzgador debe disponer la restitución de las sumas de dinero entregadas como parte o la totalidad del precio con corrección monetaria y además con intereses, anotándose que como fueron invocados los bancarios corrientes, implícitamente ya involucran la corrección monetaria.

S

e ha dicho por la doctrina de la Corte, de manera reiterada y uniforme, que el efecto general y propio de toda declaración de nulidad de un negocio jurídico, es el de retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. En este entendido las partes quedan obligadas a devolverse recíprocamente todo aquello que hubiesen entregado en desarrollo de la relación jurídica declarada nula.

Cuando nada se ha cumplido, para los efectos del restablecimiento recíproco de las prestaciones, la cuestión únicamente se circunscribe a la extinción de las obligaciones, en lo demás debe mirarse si el contrato se cumplió en todo o en parte. Ahora bien, cuando lo que debe restituirse por uno de los contratantes, con motivo de la declaración judicial de nulidad, consiste en una suma de dinero, cuyo valor nominal se ha envilecido, su devolución debe hacerse con el consiguiente ajuste monetario que se atiende desde el recibo de la suma y su restitución, manteniendo su valor real de cambio ante el fenómeno de la depreciación, por lo que su devolución debe hacerse con el consiguiente ajuste que comprenda la

desvalorización de la moneda. Es que la referida valoración, halla su incontrovertible soporte en la equidad, encausadora del régimen de las relaciones jurídicas, máxime cuando en éstos se advierte un contenido o significación patrimonial. (Cas. Civil de 24 de marzo de 1983)

En este entendido, las cantidades entregadas deben reconocerse con los respectivos intereses bancarios corrientes, que de suyo incluyen un alto coeficiente por compensación del deterioro monetario que afecta la suma objeto de restitución, por lo que sólo se admitirán estos como motivo de reajuste, por cuanto ya incluyen la corrección monetaria y en este sentido se modificará el fallo apelado.

Sentencia de segunda instancia (2010-00063-01) del 8 de abril de 2013, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: confirma los numerales primero, quinto y sexto de la sentencia apelada, aclara los numerales segundo, tercero y cuarto.

**COMPLEMENTACIÓN DEL DICTAMEN ORDENADA COMO PRUEBA DE OFICIO – Puede ser objetada por error grave.**

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

Código de Procedimiento Civil, artículos 179 y 238, numerales cuarto y quinto.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Así las cosas el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿es posible negar el curso de una objeción contra una complementación de un dictamen pericial, con el argumento que la orden de complementar fue decretada de oficio y por tanto dicha decisión no es recurrible?

A efectos de dar respuesta a dicho planteamiento debemos precisar que dentro de las facultades oficiosas de los jueces ordinarios, el estatuto adjetivo consagra la posibilidad de decretar pruebas de oficio que se consideren útiles “...para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes” (Artículo 179) agregando la norma que “Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno”.

Así, el auto con que oficiosamente se decreta una prueba no es pasible de ningún recurso, por lo cual el juez está posibilitado para rechazarlo de plano, sin ninguna consideración adicional.

Pero sucede que por virtud del principio de contradicción, las conclusiones de las pruebas recaudadas oficiosamente necesariamente deben ser sometidas al conocimiento de las partes contra quien se oponen, caso en el cual pueden ser controvertidas, e incluso objetadas.

En efecto, del estudio de las normas que reglamentan la contradicción de la prueba pericial, se establece que una vez presentada la complementación del experticio, de él se dará traslado a las partes por tres días para que si lo consideran, procedan a objetarlo por error grave; en dicho “...escrito de objeción se precisará el error y se

*pedirán las pruebas para demostrarlo.”* (Num. 5º Artículo 238 Código de Procedimiento Civil)

Luego, si en el presente asunto con la demanda se allegó una experticia y el juez oficiosamente ordenó su complementación, por virtud del numeral 4º del artículo 238 *ejusdem*, la parte contra quien se opuso debe contar con la posibilidad de controvertirla, pues no se trata de recurrir el auto que decretó la prueba de oficio – como lo consideró el *a-quo-*, sino las conclusiones adversas de esa prueba. Al efecto establece dicho numeral 4º:

4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrá objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.

En consecuencia, se impone la revocatoria del auto atacado, pues no podía el juez de primera instancia negar darle curso a la objeción contra las conclusiones de la prueba oficiosa, pues pese a ello y por virtud del principio de contradicción, la parte demandada contra quien se opuso podía válidamente refutarla, como lo hizo por la vía de la objeción por error grave.

De acuerdo a las anteriores consideraciones se revocará el auto objeto de alzada y en su lugar se ordenará al Juez dar el trámite que legalmente corresponda a la objeción por error grave contra la complementación de la prueba pericial.

**Auto de segunda instancia (2007-0022-01) del 9 de abril de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca el auto apelado.**

**DEMANDA EN PROCESO DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL - No puede ser admitida cuando el comerciante no demuestra que lleva, según las prescripciones legales, la contabilidad regular de sus negocios/CALIDAD DE COMERCIANTE – Es situación de hecho que no depende del registro mercantil.**

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

Código de Comercio, artículos 56 y 28, numeral séptimo; Ley 116 de 2006, artículos 10, 13 y 14; Decreto 2649 de 1993, artículo 125.

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

Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, sentencia de Tutela 36 del 23 de junio de 2010, ponencia de la magistrada Bárbara Liliana Talero Ortiz.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Así las cosas el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿puede admitirse una demanda de reorganización empresarial si aún no se ha acreditado por parte del comerciante insolvente el requisito consistente en llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales?

Al efecto debe precisarse que por regla general, todos los comerciantes están obligados a llevar Contabilidad; así lo dispone el Código de comercio en su artículo 19: *“Es obligación de todo comerciante: (...) 3. Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales”*.

El estatuto mercantil es claro al establecer que todos los comerciantes deben llevar contabilidad, de modo pues que para determinar si hay o no obligación de llevarla, basta con determinar si esa persona es o no comerciante.

Precisamente, el artículo 10 de la ley 1116 de 2006, modificado por el artículo 30 de la Ley 1429 de 2010, aplicable por supuesto al presente asunto –iniciado en 2011-, vino a establecer lo siguiente:

**ARTÍCULO 10. OTROS PRESUPUESTOS DE ADMISIÓN.** La solicitud de inicio del proceso de reorganización deberá presentarse acompañada de los documentos que acrediten, además de los supuestos de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarlas.
2. Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales.
3. Si el deudor tiene pasivos pensionales a cargo, tener aprobado el cálculo actuarial y estar al día en el pago de las mesadas pensionales, bonos y títulos pensionales exigibles. (subrayas y negrillas fuera de texto)

Ahora bien, el Código de Comercio colombiano, al regular las personas y actos sujetos a registro, establecía en el numeral 7° de su artículo 28: *“Deberán inscribirse en el registro mercantil: “7) Los libros de contabilidad, los de registro de accionistas, los de actas de asambleas y juntas de socios, así como los de juntas directivas de sociedades mercantiles;”*

Pero dicho artículo del estatuto mercantil, precisamente en su numeral 7° fue recientemente modificado por el Decreto 19 de 2012 (ley antitrámites) de la siguiente forma:

**ARTÍCULO 175. REGISTRO DE LOS LIBROS DE COMERCIO.** El numeral 7 del artículo 28 del Código de Comercio, quedará así:

**"7. Los libros de registro de socios o accionistas, y los de actas de asamblea y juntas de socios."**

En consecuencia, de ello se desprende la supresión de la obligación por parte de los comerciantes de registrar los libros de contabilidad, pero ello no significa de suyo que se haya abolido la obligación de llevarlos, solo se suprimió el deber de registrarlos. Ello se deriva del siguiente artículo del mismo Decreto 19 de 2012:

**ARTÍCULO 173. LIBROS DEL COMERCIANTE.** El artículo 56 de Código del Comercio quedará así:

"Artículo 56. Los libros podrán ser de hojas removibles o formarse por series continuas de tarjetas, siempre que unas y otras estén numeradas, puedan conservarse archivadas en orden y aparezcan autenticadas conforme a la reglamentación del Gobierno.

Los libros podrán llevarse en archivos electrónicos, que garanticen en forma ordenada la inalterabilidad, la integridad y seguridad de la información, así como su conservación. El registro de los libros electrónicos se adelantará de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional."

En el asunto *sub exámine*, uno de los acreedores atacó el auto admisorio argumentando que la deudora no ha cumplido con el requisito de acreditar el cumplimiento de sus obligaciones de comerciante, especialmente la relativa a llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales.

Al efecto obra a folio 21 certificación expedida el 21 de julio de 2011 por el Secretario General de la Cámara de Comercio de Palmira, en la que manifiesta que *“a la fecha de expedición del presente certificado no ha registrado libros para su contabilidad”*; en consecuencia, si bien se suprimió la obligación de registrar los libros de contabilidad, la deudora solicitante no está eximida de su deber de acreditar que lleva la contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales, es decir, que lleva el Libro Mayor y Balances, libro de inventarios y balances, el libro diario y los libros auxiliares, ya sea de forma física o a través de archivos electrónicos. (Artículo 56 C. de Co)

Por lo que atañe a los estados financieros que deben acompañarse con la solicitud de reorganización como lo exige el artículo 13 de la ley 1116 de 2006, importa precisar que conforme lo establece el artículo 125 del Decreto 2649 de 1993, éstos deberán ser elaborados con fundamento en los libros de contabilidad, que como viene de verse la deudora no está eximida de llevar.

Ahora bien, por lo que respecta a que la deudora solo se inscribió en el registro mercantil hasta el 10 de diciembre de 2010 y que antes no ostentaba la calidad de comerciante, debe precisarse que dicha calidad no nace solo con el registró en Cámara de Comercio sino desde que se empiezan a ejecutar cotidianamente aquellos actos que la ley considera como propios de comercio. Precisamente sobre este puntual tema se precisó brevemente en sentencia de tutela lo siguiente:

...en cuanto a los enrostrados defectos fáctico y sustantivo, basta con señalar como ya lo había expresado esta Corporación que la calidad de comerciante no se obtiene a partir de la matrícula de dicha condición en el registro mercantil, sino que conforme con el artículo 20 del Código de Comercio es comerciante quien ejecuta actos de comercio en forma permanente y continua, ya sea en forma directa o por interpuesta persona, luego no es el registro o inscripción como equivocadamente lo concluye el Juez accionado, el que inexorablemente determina la calidad de comerciante, sino la realidad de la verificación de la realización reiterada de actos de comercio. (Subrayas fuera de texto)

Luego, la falta de inscripción en el registro mercantil, en principio no sería un impedimento para dar trámite a la solicitud de reorganización si se acompañan las pruebas que acrediten el ejercicio de una actividad comercial, y los demás requisitos que exige la ley 1116 de 2006, pues reitérese: la calidad de comerciante nace de facto, más no a partir del registro que viene a cumplir unos fines de publicidad.

Colorario de lo anteriormente expuesto, y como quiera que no ha quedado acreditado por parte de la deudora el cumplimiento de su deber de llevar los libros de contabilidad, al punto que ello se convierte en un presupuesto de admisión de la solicitud del proceso de reorganización, habrá lugar a revocar el auto materia de ataque, para que en su lugar el *a-quo* ordene a la deudora LUCY SANCHEZ AGUIRRE, de conformidad con lo previsto en el artículo 14 de la ley 1116 y so pena de rechazo, allegar, ya sea en forma magnética o física, los libros de contabilidad que legalmente le corresponde llevar como comerciante, al igual que los estados financieros los cuales deberán reflejar las anotaciones en los referidos libros de contabilidad.

**Auto de segunda instancia (2011-0111-01) del 9 de abril de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca el auto apelado.**

**APELACIÓN – A ella está sujeto el auto que rechaza de plano la demanda por falta de competencia.**

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

Código de Procedimiento Civil, artículos 85 y 351.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Así las cosas el planteamiento de la queja, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿es apelable el auto mediante el cual se rechaza la de plano la demanda por falta de competencia?

Al efecto debe precisarse que el recurso de apelación es de carácter restrictivo y solo es procedente en los casos específicos que la ley de enjuiciamiento civil señala. Así, en principio, son apelables las sentencias de primera instancia, los autos enumerados en el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil y “Los demás expresamente señalados en este Código” (Num. 8º)

Pues bien, para declarar mal denegada la alzada, baste decir que expresamente el inciso final del artículo 85 del Código de Procedimiento Civil, establece como apelable el auto que rechaza la demanda por falta de competencia. Dicho artículo en sus últimos tres incisos consagra lo siguiente:

**Artículo 85: (...)**

El juez rechazará de plano la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia, o exista término de caducidad para instaurarla, si de aquella o sus anexos aparece que el término está vencido.

Si el rechazo se debe a falta de competencia o jurisdicción, el juez la enviará con sus anexos al que considere competente; en los demás casos, al rechazar la demanda se ordenará devolver los anexos, sin necesidad de desglose.

La apelación del auto que rechaza la demanda comprende la de aquel que negó su admisión, y se concederá en el efecto suspensivo. (Negrillas fuera de texto)

En consecuencia, sin duda alguna, el auto que rechaza de plano la demanda, como aquí aconteció, es pasible del recurso de apelación. Pero además debe advertir esta superioridad que al presente asunto NO resulta aplicable la previsión del artículo 99-8, toda vez que él se refiere a la falta de competencia declarada por vía de excepción previa, en consecuencia, por virtud del principio de especialidad esa situación distinta no podía cobijar este preciso asunto.

Así las cosas, se considera que fue mal negado el recurso y por eso se ordenará su concesión en el efecto suspensivo, motivo por el cual se suspenderá la competencia de inferior hasta al auto de obediencia de lo que aquí se resuelva.

**Auto 2012-0164-01 del 10 de abril de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: declara mal denegado el recurso de apelación.**

**PASAJERO DE TRANSPORTE PÚBLICO –El término de prescripción de la acción contra el transportador, por ser esta de naturaleza contractual, es de dos años.**

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

Código De Comercio, artículos 981, 991, 993 y 1008; Código Civil, artículos 2512 y 2535.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 208 del 31 de octubre de 2001.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Del *petitum* se colige que la parte actora persigue la declaratoria de responsabilidad civil por los daños y perjuicios sufridos por el actor en el accidente de tránsito acaecido el 3 de marzo de 2002.

Así las cosas, procede la Sala de Decisión a dirimir el conflicto resolviendo los problemas jurídicos que aquí confluyen, esto es, ¿La responsabilidad reclamada es la civil extracontractual como lo alega el impugnante? ¿Acertó el Juez de primera instancia al declarar probada la excepción de prescripción?

Para el efecto basta con señalar que si bien el actorencuadra su solicitud dentro de una responsabilidad civil de carácter extracontractual como se extrae de la demanda, revisada la situación fáctica se advierte que ésta se enmarca dentro de una responsabilidad civil contractual como quiera que el actor era pasajero del vehículo de placas PAF 398 accidentado cuando se dirigía al municipio de Bolívar y por ende, los perjuicios aducidos se derivan del incumplimiento de las obligaciones

de seguridad y protección del transportador.

Ahora bien. El contrato de transporte es aquel negocio jurídico concertado entre el remitente, ya sea que obre por cuenta propia o ajena (Art. 1008, C. de Co.), y el transportador, por virtud del cual éste se obliga para con el primero, a cambio de un precio, *“a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario”* (Art. 981, ib.), en el *“estado en que las reciba, las cuales se presumen en buen estado, salvo constancia en contrario”* (Art. 982, inc. 1º, ib.).

De conformidad con el inciso 2º del citado artículo 981 del estatuto mercantil, el contrato de transporte es consensual o de forma libre, como quiera que *“se perfecciona por el solo acuerdo de las partes y se prueba conforme a las reglas generales”*.

Igualmente determina el artículo 991 de la misma codificación *“Cuando la empresa de servicio público no sea la propietaria o arrendataria del vehículo en que se efectúa el transporte, o no tenga a otro título el control efectivo de dicho vehículo, el propietario de éste, la empresa que contrate y la que conduzca, responderán solidariamente del cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato de transporte”*.

A su turno el artículo 993 del mismo estatuto determina *“Las acciones directas o indirectas provenientes del contrato de transporte prescriben en dos años”*. Término que correrá desde el día en que haya concluido o debido concluir la obligación de conducción.

La ley sustantiva como forma de oponerse a la efectividad de las obligaciones ha previsto la prescripción extintiva o liberatoria, cuyo fundamento a voces del artículo 2512 del Código Civil, radica en *“no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo”*, a lo que agrega el artículo 2535 *ibidem*, que esa figura *“exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta ese tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”*, es decir, desde que el acreedor queda en posibilidad jurídica de exigir de inmediato y sin más formalidades, el pago de la prestación a cargo del obligado

En el caso que nos ocupa, la demanda se dirigió contra los propietarios y la empresa transportadora de lo que se deduce la solidaridad existente entre éstos respecto de las obligaciones derivadas del incumplimiento del contrato de transporte.

Así las cosas, fácil es concluir en lo que toca con el término de prescripción que éste empezó a contabilizarse desde el 3 de marzo de 2002, data en que debió cumplirse con el contrato de transporte con destino al municipio de Bolívar, razón por la cual se consumó el 3 de marzo de 2004 conforme lo reglado en el artículo 993 del Código de Comercio, y como la demanda se presentó sólo hasta el 21 de febrero de 2006, su interposición evidentemente se produjo cuando la acción ya se encontraba prescrita.

Aduce el recurrente que el término de prescripción a aplicar es el de diez años,

pero tal argumento no es de recibo en virtud de que el pasajero del servicio de transporte no puede escoger cual acción utiliza contra el transportador, sino que el legislador radicó en su cabeza la contractual como se deduce del tenor literal del artículo 993 del Código de Comercio.

Sentencia de segunda instancia (2006-00019-01) del 10 de abril de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

**PROCESO DE RESTITUCIÓN DE LA POSESIÓN – No es causal de nulidad tramitarlo bajo la senda del proceso abreviado.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código de Procedimiento Civil, artículos 101, 398, 399, 409, numeral segundo, 408, numeral noveno y 424.

**TESIS DE LA DECISIÓN:**

Así las cosas, el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿se configura nulidad procesal por tramitar un proceso donde se persigue recuperar la posesión perdida, bajo la senda del proceso abreviado?

A efectos de dar respuesta al anterior planteamiento debe precisarse que la acción aquí agitada NO se refiere a la del abreviado de restitución de inmueble arrendado que autorizan los artículos 408-9 y 424 del Código de Procedimiento Civil, sino que la presente acción tiene como claro propósito recuperar la posesión que la demandante afirma tiene sobre el inmueble materia de la litis. Dicha acción debe ventilarse por la senda del proceso abreviado y se encuentra prevista en el numeral 2° del artículo 408 del Código de Procedimiento Civil, de la mano con el 416 idem.

Ahora bien, como al contestar la demanda la parte accionada formuló excepciones, por disposición del inciso 2° del artículo 409 del Código de Procedimiento Civil, necesariamente debió acudir al 398 y 399 los cuales consagran la audiencia de conciliación como una de las etapas del proceso abreviado.

Debe precisarse que si bien en el auto admisorio, se dijo admitir la demanda “*abreviada de restitución*”, ello no representa que al libelo de la accionante se le haya impreso un trámite distinto y menos que se esté desconociendo el principio de congruencia, pues lo cierto es que se ha seguido la senda del proceso abreviado, por el que se ha debido tramitar el presente proceso para recuperar la posesión, de modo que la nulidad que pretende la parte demandada ningún viso de prosperidad puede hallar, pues el proceso se ha tramitado por la senda correcta.

No estamos en presencia de un proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado, donde no procedería la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, sino ante un abreviado de recuperación de la posesión, motivo por el cual sí era del caso fijar, con ocasión de la contestación de la demanda, audiencia de conciliación a la que la inasistencia injustificada de las partes podía perfectamente generar la imposición de multa, como en efecto ocurrió.

Luego, las censuras expuestas por la recurrente con miras a que se declare nula la actuación y de paso exonerar a sus representadas del pago de la sanción económica que se les impuso, no pueden encontrar eco en esta decisión. En consecuencia se impone la confirmación del auto atacado.

**Auto de segunda instancia (2003-0131-01) del 16 de abril de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma el auto apelado.**

**INTERDICCIÓN JUDICIAL – Debe ser decretada cuando la persona, según el dictamen psiquiátrico, no tiene capacidad para autodeterminarse ni administrar sus bienes y requiere de asistencia permanente.**

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

Código Civil, artículo 1504; Ley 1306 de 2009, artículos 2, 30, 81 y siguientes.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...)En el *Sub-lite*, la alzada propuesta por la parte demandante, se direccionó a lograr la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en cuanto negó las pretensiones de la demanda, aduciendo para ello que contrario a lo sentenciado, del estudio del material probatorio sí se puede establecer la incapacidad de la pretensa interdicta; de modo que el problema jurídico sienta la discusión en torno a ¿si se acreditó la discapacidad mental de ALBERTINA MONSALVE DE GAFARO, de modo que resulte procedente declararla interdicta?

Pues bien, para revocar la sentencia de primera instancia, basta decir que contrario a lo expuesto por la *a-quo*, de la prueba recaudada, en especial del dictamen psiquiátrico, sí se establece la discapacidad mental que adolece aquella, de modo que era procedente acceder a las pretensiones de la demanda. En efecto, el médico designado, especialista en psiquiatría, al culminar su labor concluyó:

La señora en mención presenta deterioro cognoscitivo severo secundario a proceso de demencia, así como deterioro generalizado; por este motivo **NO TIENE CAPACIDAD PARA AUTODETERMINARSE, NI ESTÁ EN CAPACIDAD DE ADMINISTRAR SUS BIENES, REQUIERE DE ASISTENCIA PERMANENTE AL RESPECTO, ASI COMO SUPERVISION EN TODAS SUS ACTIVIDADES BÁSICAS O COTIDIANAS.**

Dicha experticia, debe precisarse, trae fuerte convicción, resultando conducente y pertinente para lo que se pretendía establecer al interior del proceso, habida cuenta la fundamentación y claridad de sus conclusiones; más aún cuando corrida en traslado a las partes no tuvo ningún reparo, a lo que se agrega la consonancia con la certificación médica que se aportó con la demanda donde se certificó que la paciente “...padece de enfermedad de alzheimer 10 años de evolución – Demencia Senil Orgánica”; así como con la prueba testimonial recopilada.

Al dictamen en mención, prueba técnica o científica por excelencia en esta clase de procesos por ser el medio más idóneo y que brinda un mayor grado de certeza cuando de demostrar aspectos científicos se trata, le es atribuible pleno valor demostrativo, por ser el resultado de un examen personal practicado por médico

experto, cuyas conclusiones acreditan el estado de incapacidad de ALBERTINA MONSALVE DE GAFARO.

Por lo demás, el testimonio recepcionado a MAYRA ALEJANDRA ACOSTA (tercera, ajena a la familia) corroborar el concepto científico acabado de comentar, y adicionalmente pone de presente que es la hija demandante, NELLY ESPERANZA GAFARO MONSALVE, la persona indicada para asumir el rol de curador, ante la discapacidad mental que padece y el apego que hay de su madre hacia ella. De hecho, ha sido ésta la responsable de velar por su cuidado personal, el traslado a sus citas y tratamientos médicos, y atender sus necesidades desde que su madre enviudó en 1995.

Con lo anterior no se pretende desconocer la colaboración que los otros hermanos han tenido con su señora madre, pero lo cierto es que ésta se presentó a partir de la audiencia de conciliación celebrada el 21 de octubre de 2010, en la que cada uno de los tres, -a) LUIS HUMBERTO, b) RUBÉN DARÍO y c) BLANCA STELLA GAFARO MONSALVE- se comprometió a suministrar la suma de \$150.000.00, y además permitir que aquella continuara administrando los arrendamientos que produce el inmueble de propiedad de la madre ubicado en el municipio de Pamplona – Santander.

En consecuencia, se designará como guardadora a NELLY ESPERANZA GAFARO MONSALVE, hija de la interdicta. Ello teniendo en cuenta lo solicitado en la demanda, el cuidado que desde otrora ésta ha asumido respecto de su madre, además que en ella concurren la capacidad moral, física y social, para desempeñar dicho cargo; se encuentra dentro las personas indicadas en el artículo 68 de la Ley 1306 de 2009, y en el plenario no se advierte que concurra en ella alguna de las incapacidades de que tratan los artículos 73 y 74 de la citada normatividad. Lo anterior, sin perjuicio de que si los demás familiares lo consideran conveniente, posteriormente puedan adelantar el correspondiente proceso de remoción de guardador.

En tales condiciones, se impone la revocatoria de la sentencia de primera instancia, para en su lugar acceder a la pretensiones interdictorias respecto de la adulta ALBERTINA MONSALVE DE GAFARO; no sin antes puntualizar que previamente a que el guardador asuma el cargo, el juzgado velará por el cabal cumplimiento de lo previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 1306 de 2009 (diligencias y formalidades para proceder al ejercicio de la guarda).

<p><u>Sentencia de segunda instancia (2011-0025-01) del 23 de abril de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca la sentencia apelada.</u></p>
---

**EXCEPCIÓN DE PAGO EN PROCESO EJECUTIVO HIPOTECARIO – Debe ser propuesta dentro del término de traslado de la demanda/NULIDAD CONSTITUCIONAL – Solo procede frente a la prueba obtenida con violación del debido proceso y no frente a los argumentos relacionados con la reestructuración y reliquidación de un crédito hipotecario/CESIÓN DE GARANTÍA HIPOTECARIA – Si ella es objeto de ejecución judicial, transfiere los derechos de crédito y no los derechos litigiosos.**

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

Constitución Política, artículo 29; Ley 546 de 1999, artículo 43; Código de Procedimiento Civil, artículos 60, 140, 141, 351, numeral cuarto, 509, 510 y 555; Código Civil, artículo 1959 y siguientes.

### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencia C-491 de 1995; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión del 29 de abril de 2008, ponencia del magistrado Edgardo Villamil Portilla.

### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Así las cosas, el planteamiento de la alzada, centra la discusión en los siguientes problemas jurídicos: 1) ¿la excepción de pago puede ser propuesta en cualquier etapa del proceso, cuando este se ha iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 546 de 1999?; 2) ¿el incidente de nulidad constitucional puede fundarse en argumentos relativos a la reestructuración y reliquidación de un crédito hipotecario?; y 3) ¿la cesión de una garantía hipotecaria que está siendo ejecutada judicialmente obedece a una cesión de derechos de litigiosos?

A fin de solventar el primer planteamiento, debe empezar por precisarse que el artículo 43 de la Ley 546 de 1.999 consagra la excepción de pago, la cual es clara al preceptuar: *“dicho pago a su vez, constituirá una excepción de pago total o parcial, según sea el caso, tanto para el establecimiento de crédito como para el Estado, en los procesos que se adelanten por los deudores para reclamar devoluciones o indemnizaciones por concepto de las liquidaciones de los créditos o de los pagos efectuados para amortizarlos o cancelarlos (...)*

Como lo indica la norma en cita, la excepción a que hace alusión, fue consagrada como un mecanismo de defensa para las entidades bancarias y para el Estado dentro de los procesos que se adelanten en su contra para reclamar devoluciones o indemnizaciones por concepto de esta clase de créditos. Y para el deudor, esta posibilidad fue instituida únicamente como disposición transitoria, esto es, para aquellos procesos que estuvieren en curso al momento de entrar en vigencia la precitada ley, de lo contrario, el mecanismo procedente es la formulación de excepciones de mérito dentro del término de traslado de la demanda.

En el caso bajo estudio, se puede observar con claridad que el proceso ejecutivo se inició en el año 2002, esto es, después de la vigencia la Ley 546 de 1999, por lo que resulta improcedente la formulación de la pretendida excepción ya que la oportunidad para ello era dentro del término de traslado de la demanda.

Sobre este punto importa precisar que la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema, señaló:

De otro lado, aún dentro del contexto de esa ley, la oportunidad para proponer excepciones por parte de la demandada en el proceso ejecutivo es en el término de traslado del mandamiento de pago, en la forma prevista en el

estatuto civil adjetivo, en tanto que la situación contemplada en el artículo 43 de la Ley 546 de 1999, sólo es procedente en los eventos y por iniciativa de los sujetos procesales allí previstos, dentro de los cuales no se encuentra el demandado.

Por tanto, no se observa trasgresión alguna de los derechos fundamentales invocados por el hecho que el juzgador hubiese rechazado de plano, por extemporánea, la excepción de pago parcial formulada por la parte demandada...

Todo esto precisa que en los procesos ejecutivos hipotecarios iniciados con posterioridad a la Ley 546 de 1999, en los cuales se aporta la reliquidación del crédito desde la presentación de la demanda, no es posible alegar en cualquier tiempo el “pago” que contempla el art. 43 de la citada ley, sino que para ese efecto han de atenderse las reglas generales que prevén los arts. 509 y 555 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, el artículo 555 de la ley procesal civil en su numeral segundo, autoriza en el proceso ejecutivo con título hipotecario o prendario la presentación de excepciones previas y de mérito en el término de cinco días, para cuya regulación remite al canon 509 de la misma obra legislativa, las cuales se tramitarán como dispone el artículo 510.

Con apego a ello, la proposición de medios exceptivos, encuentra una precisa oportunidad en la cual debe concurrirse a ella, so pena que, si se ejerce en distinto momento, el ataque pueda reputarse como extemporáneo, máxime cuando en el *sub lite* el demandado oportunamente formuló excepciones de mérito, referidas a la inconstitucionalidad de la obligación y del UPAC, las cuales fueron despachadas desfavorablemente en ambas instancias del proceso.

Entonces si a la presentación del escrito contentivo de la excepción de pago, el término para ello ya se encontraba fenecido, es patente que no estaba al alcance del demandado formular aquellos medios de defensa en una oportunidad diferente, ni revivir la ya agotada dentro del proceso con la formulación de un trámite incidental.

Respecto al tema de la apelabilidad del auto que niega el trámite de esta excepción de pago, resulta fundamental precisar que ella no es procedente, como quiera que pese a que el numeral 4° del precitado artículo 351 consagró como auto apelable “*el que rechace de plano las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo*”, esta previsión no es aplicable en asuntos como el *sub lite*, en el que se pretende hacer valer tal defensa mucho tiempo después de haberse dictado sentencias en ambas instancias. Las excepciones que se propongan después de definida la instancia no ameritan trámite y, por lo mismo, tampoco son susceptibles de examen a través del recurso de apelación, todo esto acorde con el principio de preclusión que es propio de las actuaciones judiciales. Por ello la resolución que está haciendo esta superioridad de la alzada, obedece más bien a una labor académica y a que hay otros temas sobre los que también recae la alzada, pero lo cierto es que el auto que resuelve sobre la excepción de pago formulada extemporáneamente, ya sea rechazándola o negándola, no es pasible de apelación.

Ahora bien, en lo que atañe con el Incidente de Nulidad Constitucional debe resaltarse que además de las causales de nulidad procesal consagradas en el Estatuto de Procedimiento Civil, la Constitución Política introdujo al ordenamiento jurídico la

figura de la nulidad constitucional pudiendo invocarse esta cuando se advierta violación al debido proceso, en la obtención de la prueba tal como lo estatuye el artículo 29 de la Carta Política.

El adverbio “solamente” que utiliza el artículo 140 del Código acusado de inconstitucional fue declarado exequible, bajo el entendido que además de esas específicas y cerradas causales de nulidad, existía la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso contemplada en el artículo 29 Superior, cualquiera otra irregularidad no tipificada taxativamente como nulidad se tendrá por subsanada si no se impugna oportunamente. (art. 140 idem).

Dijo entonces la Corte Constitucional:

*Es el legislador quien tiene la facultad para determinar los casos en los cuales un acto procesal es nulo por carencia de los requisitos formales y sustanciales requeridos para su formación o constitución. Por consiguiente, es válido, siempre que se respete la Constitución, el señalamiento taxativo de las nulidades por el legislador. De este modo, se evita la proliferación de incidentes de nulidad, sin fundamento alguno, y se contribuye a la tramitación regular y a la celeridad de las actuaciones judiciales, lo cual realiza el postulado del debido proceso, sin dilaciones injustificadas. Al mantener la Corte la expresión "solamente" dentro de la referida regulación normativa, respeta la voluntad política del legislador, en cuanto reguló de manera taxativa o específicamente las causales legales de nulidad en los procesos civiles, las cuales ahora con el cambio constitucional se encuentran adicionadas con la prevista en la norma del art. 29, a la cual se hizo referencia.*

El Código de Procedimiento Civil que nos rige con un criterio que consulta la moderna técnica del derecho procesal, señala la taxatividad de las causales de nulidad, es decir, de los motivos que dan lugar a invalidar un acto procesal, y el principio de que no toda irregularidad constituye nulidad, pues éstas se entienden subsanadas si oportunamente no se corrigen a través de los recursos.

En el caso concreto, pese lo argüido por la recurrente, lo cierto es que los argumentos en los que se fundó el incidente de nulidad constitucional, relativos a la falta de reestructuración y reliquidación del crédito y el desconocimiento de la SU-813 de 2007, no tienen correspondencia con lo reglado en el artículo 29 de la Constitución sobre la prueba obtenida con violación del debido proceso, ni en estricto rigor, con ninguno de los eventos estructurales de nulidad enlistados por el artículo 140 y 141 del código de la materia.

En consecuencia, lo importante no es la titulación o nombre que se dé a la causal, sino su verdadero contenido factual o estructural, por ello anduvo bien el juez de primera instancia al negar de plano dar trámite al incidente, cuando los fundamentos fácticos no se ajustan a lo que la Corte precisó como procedencia de la causal. En todo caso, lo cierto es que el demandado ha estado presente durante toda la actuación, propuso excepciones de mérito y las mismas fueron despachadas desfavorablemente con argumentos fundados en primera y segunda instancia, por ello la providencia atacada debe ser confirmada al encontrarse ajustada a derecho.

Finalmente y por lo que atañe a la aceptación de la sociedad REESTRUCTURADORA DE CRÉDITOS DE COLOMBIA LTDA como adquirente del crédito materia de recaudo, baste decir que conforme a lo dispuesto en los artículos 1959 y siguientes del Código Civil, en concordancia con el art. 60 del Código de Procedimiento Civil, la transferencia que aquí operó fue una CESION DE DERECHOS DE CRÉDITO, en tanto lo que se cedió no es el evento incierto de la litis, pues además que ya se dictó sentencia, lo cedido corresponde a los derechos o acreencia debidamente documentada en una garantía hipotecaria y un pagaré provenientes de deudor, de suerte que tal como se procedió por el a-quo resulta acertado, por tanto dicha decisión debe ser confirmada en su totalidad.

**Auto de segunda instancia (2002-0028-01) del 29 de abril de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma el auto apelado.**

#### **SALA LABORAL:**

**DEMANDA LABORAL – En ella pueden concurrir las pretensiones de reintegro e indemnización por despido sin justa causa.**

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

Código Procesal del Trabajo, artículos 25 y 25A; Ley 361 de 1997, artículo 26.

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

Corte Constitucional, sentencia C-531 de 2000.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Se duele la recurrente de que el juzgado haya declarado no probada la excepción previa de ineptitud de demanda por falta de requisitos formales –indebida acumulación de pretensiones, en tanto que las pretensiones de reintegro, indemnización por despido injustificado y reajuste de salarios y prestaciones sociales, se excluyen entre sí.

El artículo 25 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, sienta unos principios que deben observarse en la formulación de la demanda ordinaria, entre los cuales se resaltan aquellos que hacen relación a que las pretensiones se expresen con precisión, claridad y en forma separada.

A su vez el artículo 25 A del mismo estatuto versa sobre la acumulación de pretensiones y dice:

*“Artículo 25 A.- El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, y siempre que concurren los siguientes requisitos:*

1. (...)
2. *Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias. ...”*

Del canon citado, emerge que se configura indebida acumulación de pretensiones cuando en la demanda se presentan pretensiones que se excluyen entre sí, *“salvo que se propongan como principales y subsidiarias”*.

En el presente caso podría considerarse -en principio- que las pretensiones de indemnización por terminación injustificada y unilateral del contrato de trabajo y reintegro del demandante son mutuamente excluyentes, puesto que no puede pretenderse que ambas procedan a la vez; dado que, por regla general ante un despido sin justa causa puede emerge el pago de la indemnización legal o convencional ó el reintegro del asalariado, si es del caso.

No obstante, revisando las pretensiones se constata que el accionante propuso como principales todas las pretensiones, y entre ellas están el reintegro al cargo que ostentaba, *“a fin de continuar con el tratamiento médico y la consecuencial valoración de su enfermedad”*; indemnización por terminación unilateral e injustificada del contrato de trabajo y de igual manera, la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 –folio 2-.

De otro lado se observa que el pretendido reintegro está acompañado de sus pretensiones accesorias, tales como el pago de los salarios insolutos causados a partir del mes de octubre de 2009 hasta la fecha del reintegro, o hasta que se verifique el pago.

Los hechos en que descansan las pretensiones reflejan que el actor prestó servicios hasta el día 04 de octubre de 2009, data en que sufrió un accidente de trabajo y que el médico laboral de POSITIVA ARP, ordenó a la parte demandada su reintegro y reubicación laboral, el día 11 de octubre de 2010, pero dicha orden no ha sido acatada por aquella.

El artículo 26 de la ley 361 de 1997, modificado por el artículo 137 del Decreto Nacional 019 de 2012, establece:

*“Artículo 26º.- No discriminación a persona en situación de discapacidad. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo.*

*Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato, Siempre se garantizará el derecho al debido proceso.*

*No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.*

El inciso 2º de la disposición original; actual inciso 3º; fue declarado exequible en forma condicionada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 del 05 de

mayo de 2000, en el sentido que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona por razón de su limitación física, sin que exista autorización previa de la oficina del trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.

De allí que puede solicitarse el reintegro y a la par, las indemnizaciones estatuidas tanto en el Código Sustantivo del Trabajo, como en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indemnizaciones que difieren en lo sustancial de la establecida en el estatuto sustantivo.

Es por estas razones que pueden concurrir las mentadas pretensiones -reintegro e indemnización por despido sin justa causa-, según la literalidad del inciso 2º del artículo 26 de la ley en cita.

En tales condiciones, no se configura en el caso bajo observación la excepción previa de ineptitud de demanda por indebida acumulación de pretensiones y en consecuencia se abre paso a la confirmación de la providencia recurrida, a la vez que se condenará en costas de segunda instancia a la demandada y apelante vencida CARLOS SARMIENTO LORA & CÍA. – INGENIO SAN CARLOS S.A. y a efectos de su liquidación se señala la suma de \$200.000,00 como agencias en derecho, a tenor de lo prevenido en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

**Auto de segunda instancia (2012-00080-01) del 17 de abril de 2013, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma el auto apelado.**

**INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – La excepción a la inembargabilidad de sus recursos es la existencia de créditos o acreencias laborales.**

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

Ley 100 de 1993, artículos 32, literal b) y 134, numeral segundo.

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

Corte Constitucional, sentencias C-378 de 1998, C-263 de 1994 y T-1195 de 2004; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de tutela 39987 del 18 de septiembre de 2012, ponencia del magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

El problema jurídico a resolverse centra en establecer si los dineros propiedad del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, son o no susceptibles de embargo y retención, en tanto que el juzgado decidió levantar el embargo que pesaba sobre los mismos, con fundamento en comunicados de las entidades bancarias en los que resaltaban el carácter de inembargables de los recursos de esa entidad.

Desde ahora anticipa el Tribunal que el auto recurrido debe ser revocado, dado que si bien el principio de inembargabilidad protege los recursos del Sistema General de Pensiones, también lo es que esa regla no opera de manera absoluta,

pues existen casos en los que excepcionalmente procede la cautela respecto de tales recursos. Veamos:

El numeral 2º del artículo 134 de la Ley 100 de 1993, indica:

*“Artículo 134.- Son inembargables: (...) B) Los recursos de los fondos de reparto del régimen de prima media con prestación definida y sus respectivas reservas. ...”*

Por su parte, el literal b) del artículo 32 del mismo ordenamiento legal, dispone:

*“Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley. ...”*

De otro lado, la Corte Constitucional en sentencia C-378 de 1998, al estudiar la exequibilidad de la expresión subrayada, señaló:

*“En tratándose del régimen de prima media con prestación definida, cuya administración corresponde al Instituto de Seguros Sociales “empresa industrial y comercial el Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente” según el artículo 275 de la ley 100 de 1993, no es válido afirmar que por la naturaleza jurídica de este Instituto o por su vinculación al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, los recursos que administra por concepto de los aportes que realizan sus afiliados y empleadores, hacen parte de su patrimonio o puedan catalogarse como ingresos de la Nación, como parece entenderlo el demandante. Pues, como fue explicado, los aportes que administra el Instituto, así como sus rendimientos, en razón a su naturaleza parafiscal no pueden reputarse de propiedad ni del ente administrador ni del Estado. ...”*

La misma corporación, en sentencia T-1195 del 2004, enseñó sobre el particular:

*“...Embargabilidad de dineros públicos cuando existen créditos laborales. El principio de inembargabilidad presupuestal pretende hacer efectivo el postulado de la prevalencia del interés común sobre el particular. No obstante lo anterior, el Estado no puede hacer caso omiso de las obligaciones de contenido laboral por él contraídas.*

*Por tanto, esta Corporación ha sostenido que en el evento de existir créditos laborales insolutos por parte de las entidades públicas, la inembargabilidad de los recursos públicos sufre una excepción de naturaleza constitucional.*

*La sentencia C – 263 de 1994 proferida por esta Corte expuso lo siguiente:*

*“En este orden de ideas, el embargo de los recursos públicos cuando existen acreencias de naturaleza laboral es procedente y pretende que a los servidores públicos de la Nación no se les vulneren sus derechos fundamentales*

*En efecto, las normas legales que consagran la inembargabilidad de los recursos públicos no pueden ser entendidas como de aplicación absoluta; por el contrario, tales normas deben velar por que se cumplan los principios, valores y derechos que se encuentran consagrados en la Carta Superior.*

*En el mismo sentido, esta Corporación argumentó:*

*“En conclusión, esta Corporación reconoce que el principio de inembargabilidad de los recursos públicos se cimienta en la protección de la prevalencia del interés colectivo general, que en últimas se dirige al cumplimiento de los fines propios del Estado Social de Derecho.*

*Con lo anterior, no se quiere decir que la multicitada inembargabilidad de los recursos públicos sea absoluta, por el contrario, tratándose de acreencias laborales tal principio se quiebra y la protección del interés general debe ceder frente a la protección de los derechos fundamentales de aquellos trabajadores que se han visto afectados por el no pago de sus salarios y prestaciones sociales...”*

De esta forma, en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, resulta procedente el embargo y secuestro de los dineros propiedad del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, de manera excepcional, pues la medida se requiere para la satisfacción de intereses de tipo laboral; concretamente a la reliquidación pensional; que, precisamente, deben ser cubiertos con los recursos propios del régimen de pensiones, más aún, cuando su reconocimiento es producto de una sentencia judicial debidamente ejecutoriada que así lo ordenó.

Sobre este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de septiembre de 2012 dictada en proceso radicado al No. 39987, con ponencia del magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas, en un caso similar al que hoy se resuelve, enseñó la posición a adoptar en este tipo de controversias, cuando de protección y satisfacción de derechos en materia pensional se trata. Esto indicó la Corte:

*“Esta Sala de la Corte, en un caso similar al que ahora se analiza, mediante sentencia del 18 de septiembre de 2012, Rad. 39987, sobre el tema de las medidas cautelares y la inembargabilidad, indicó:*

*“En tal sentido, esta Sala de la Corte, al ponderar los intereses públicos que se deben proteger, con los igualmente valiosos de la accionante, en su calidad de cónyuge y en representación de sus hijos menores, cuya pensión de sobrevivientes fue decretada judicialmente, y ante el reprochable incumplimiento de dicha decisión, lo que la llevó a solicitar el pago coactivo de sus mesadas pensionales, estima que, en el caso concreto y particular de esta petionaria, y por ser el único medio de subsistencia, el procedimiento dispuesto en el artículo 134 de la Ley 100 de 1993, que señala el carácter de inembargables de los recursos de la seguridad social, lesiona sus derechos a la seguridad social, a la vida, al mínimo vital y “al pago oportuno de la pensión”, dado que somete el proceso a una completa indeterminación e indefinición, puesto que la condiciona a una serie de pronunciamientos y de requisitos que impiden el cumplimiento de la orden judicial que fue impartida*

*inicialmente por la juez de conocimiento de embargar y secuestrar los dineros de la entidad ejecutada. Es de resaltar que será la funcionaria judicial, la encargada, de acuerdo al análisis que ya realizó sobre la naturaleza de tales dineros y el marco jurisprudencial al que aludió en el auto de reiteración de la medida, de definir si se entregan o no a la parte ejecutante en desarrollo de la independencia de las decisiones judiciales, pero sin perjuicio de las responsabilidades que ellas implican.”*

*De conformidad con lo antes expuesto, en este caso particular y concreto se deberá acceder a la protección solicitada dadas las especiales condiciones que lo rodean, pues se trata de una persona de la tercera edad, quien es sujeto de especial protección por parte del Estado, objeto de mayores garantías para permitirle el goce y disfrute de sus derechos fundamentales, quien, debido a su edad -76 años-, y a sus condiciones sociales, afirma no tener ningún otro medio de subsistencia al punto que ha tenido que sobrevivir de un puesto de dulces ambulante, sin que se haya demostrado lo contrario. Por tanto sin mayor esfuerzo se colige que postergar indefinidamente el cumplimiento de la obligación vulnera los derechos fundamentales del accionante, a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital, a la seguridad social y al debido proceso.*

*En consecuencia, se ordenará al juzgado y a los bancos accionados, que de forma eficiente y pronta, se proceda al embargo y secuestro de los dineros que posea el ISS., en las cuentas corrientes y de ahorros del Banco BBVA y el Banco de Occidente, constituyendo el respectivo depósito judicial y así se garantice el pago de la pensión reclamada por el ejecutante. Lo anterior, acorde con lo señalado en el párrafo 3º del artículo 53 de la Constitución. El Juzgado de conocimiento, en desarrollo de la independencia de las decisiones judiciales, deberá definir, de acuerdo con la naturaleza que establezca de los dineros, si se entregan o no a la parte ejecutante, pero sin perjuicio de las responsabilidad que ello implica.*

*De otra parte, es evidente el comportamiento negligente del ISS, pues se reitera que a pesar de existir sentencia judicial en firme desde el 31 de agosto de 2009 reconociendo el derecho a la pensión de sobrevivientes, no ha incluido al tutelante en la nómina de pensionados.*

*Así las cosas, aunque al Juez de tutela no le corresponde tomar decisiones sobre el reconocimiento de una pensión, pues carece de competencia y de elementos de juicio suficientes, es evidente, en este caso, que el derecho del aquí accionante ya está reconocido y no existe justificación alguna que excuse la demora para incluirlo en la nómina de los pensionados de la entidad. Por tanto, el proceder del ISS implica una vulneración continua respecto del mínimo vital, por las condiciones en que se encuentra el actor, como ya se explicó. ...”*

En este orden de ideas, la decisión del a quo debe ser necesariamente revocada, pues obsérvese que a través de una sentencia judicial que reconoce plenamente un derecho, se ordenó el pago efectivo y la cautela de una determinada suma de dinero; por tanto, los recursos del régimen de reparto de prima media con prestación definida y sus respectivas reservas pueden ser embargadas, pues como

se explicó en líneas que preceden, existe la excepción al principio de inembargabilidad y por ende, se hace viable la medida cautelar.

Es por todo lo expuesto que no existen motivos o fundamentos jurídicos suficientes y necesarios que impongan la confirmación de la providencia atacada y por el contrario, forzosa se torna su revocatoria y que se disponga que en atención a lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto 2013 de 2012, el juez de conocimiento vincule al presente trámite a la COMPAÑÍA NACIONAL DE PENSIONES – COLPENSIONES.

**Auto de segunda instancia (2012-00100-01) del 17 de abril de 2013, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: revoca el auto apelado.**

#### **SALA PENAL:**

**SECUESTRO – Lo esencial es la efectiva limitación de la libertad de locomoción y no la temporalidad de la acción.**

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

Ley 906 de 2004, artículo 381.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 20326 del 25 de mayo de 2006.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

De conformidad al numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, le competente a ésta colegiatura conocer y decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Buga Valle del Cauca. En relación con los temas materia de inconformidad dentro de los parámetros de los Artículos 31 Superior y 20 del Código de Procedimiento Penal.-

Asimismo, el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal establece que” *Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.*

*La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”.*

En el delito de secuestro simple basta se que prive de la libertad a una o varias personas para estructurar el delito, se tipifica cuando se arrebató, sustrae, retiene u oculta a una persona, utilizando para ello violencia física, moral, engaño, amenazas o fraude puede consistir en sujetar físicamente a la víctima con esposas, ataduras, mordazas cadenas etc. Lo axial, es que la víctima pierda físicamente la capacidad de moverse y desplazarse según su voluntad.

Se trata de un sujeto activo indeterminado, pues no se exige ninguna cualificación del mismo; el bien objeto de protección es la libertad individual; es decir, la facultad que tiene toda persona humana de ir y venir libremente; la acción consiste en “arrebatar”, que equivale a quitar con violencia a la persona; “sustraer”, o sea sacarla del lugar donde se encuentra; “retener”, es decir, detenerla, no dejarla transitar libremente, y, “ocultar” esto es, esconderla.

El secuestro simple y extorsivo no tienen el ingrediente normativo que indique un tiempo determinado que debe estar privada una(s) persona(s) de su libertad, basta pues, una duración mínima, es suficiente con la demostración de que la persona permaneció efectivamente detenida en contra de su voluntad durante un lapso razonable, al respecto enseñó el Tribunal de Cierre de la Justicia Penal:

*“Los tiempos posteriores o adicionales al despojo de los bienes que la víctima lleva consigo, en que permanezca retenida por obra de los implicados en el delito, ya configuran el delito de secuestro, puesto que implican de suyo un atentado contra la libertad individual, así esa retención se utilice para asegurar el producto del ilícito inicial o de otro ilícito, o para incrementar el botín a través de otro tipo de gestiones, o para facilitar la fuga, o para seguir cometiendo delitos diferentes, como ocurre en el caso del hurto calificado por la violencia cuando se continúa delinquiendo, utilizando elementos conseguidos con el primer despojo, todo mientras el sujeto pasivo de la delincuencia sigue sin poder moverse a su arbitrio porque la fuerza de los implicados se lo impide”.*

En el subjúdice, no se cuestiona y menos se discute que los procesados retuvieron contra sus voluntades a unas cuarenta personas por varias horas y, que durante ese lapso les hurtaron sus pertenencias y abandonaron el lugar obligando a una de sus víctimas a transportarlos sin importarles la suerte de las personas que yacían prisioneras en las alcobas de la finca prolongándose indefinidamente la privación de sus libertades.

Acreditados inexorablemente los injustos por los cuales se acusó y condenó a los señores Fredy Grajales Quintero y Carlos Antonio Henao Álvarez es preciso indicar que la discusión y motivos de impugnación dicen relación con la valoración probatoria dada al caudal pesquisitorio recaudado.

Los recurrentes han sesgado los hechos y las evidencias según sus legítimos intereses; de tal suerte que, desde su margen sólo observan en las escenas delictivas a unos sujetos que actuaron en todo momento encapuchados, de tal manera que su reconocimiento sería un imposible lógico y físico.

Sin embargo, olvidaron que los delincuentes no eran de la región, eran desconocidos, en la vereda donde ocurrieron los hechos todos los vecinos se conocen a la perfección y de ipso facto reconocen al extraño, precisamente por serlo.

Los procesados eran reconocibles por sus características particulares: extraños en la región, que vestían igual, camisetas negras y jeans azules, jóvenes que transitaban en grupo, sin conocerse su procedencia y finalidades en esos espacios. Obvio, llamaron en extremo la atención en sus rasgos y características, lo cual permitió la individualización contundente de quienes no se cubrieron el rostro.

En efecto, el juicio oral demostró que la Fiscalía realizó diligencias de reconocimiento en fila de personas y fue así como la víctima Jhon Jairo Oviedo Valencia reconoció como coautor de los delitos al señor Carlos Antonio Henao Álvarez, según acta suscrita por el defensor y el representante del Ministerio Público. Igual señalamiento de coautoría le hizo a Fredy Grajales Quintero en reconocimiento de fila de personas.

Igualmente, la víctima Julián Andrés Cárdenas raigoza reconoció en fila de personas al señor Carlos Antonio Henao Álvarez como coautor de los reatos, lo mismo sucedió con Fredy Grajales Quintero. Asimismo la ofendida Luz Ada Giraldo Gutiérrez los reconoció como coautores de los delitos a: Fredy Grajales Quintero y a Carlos Antonio Henao.

Ahora bien, los reconocimientos en fila de personas además de ajustarse a la ley aplicable al caso, se ofrecieron en las oportunidades legales, descubrieron, se le corrió traslado a la contraparte, controvirtieron y se dispuso su incorporación en el juicio oral. Por consiguiente, su valoración, información, conclusiones y definiciones deben atemperarse a lo objetivamente establecido de tales elementos de convicción.

El bloque defensivo interpretó suspicazmente la veracidad y sinceridad de tales reconocimientos, colocó en tela de juicio la verdad material y la lógica de tales reconocimientos, Sin embargo, la secuencia del juicio oral enseña inexorablemente que la individualización de los encartados no fue obra de la ligereza, el azar o la actividad investigativa sesgada o turbia como se insinuó.

Obsérvese, que la defensa trató de construir una coartada, pregonando que los encartados al momento de ocurrencia de los delitos se encontraban en otros lugares y por carecer del don de la ubicuidad, sencillamente, no podían cometer los reatos.

Sin embargo, en ese cometido incurrió en contradicciones insalvables, pues si estaba en una finca trabajando no podía simultáneamente estar cortejando una dama en un bar y en el quehacer de unos amoríos efímeros.

De todas maneras, las explicaciones de los testigos de la defensa son genéricos en tanto, no demuestran con hitos o pruebas que objetivamente evidenciaran que en el tiempo de ocurrencia de los delitos ciertamente los inculpatos estaban en otros espacios, pero, que para ese tiempo laboraban en el campo o que enamoraban en un bar no demuestra su inocencia, al contrario, converge a fortalecer la sólida e incuestionable evidencia que los inculpa y que lleva a la Sala a prohiar la decisión de instancia.

Sentencia de segunda instancia (2007-00072-01) del 28 de enero de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

**DISMINUCIÓN DE LA PENA EN DOS PROPORCIONES - La mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica/SUSPENSIÓN CONDICIONAL**

**DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – Atacar a una mujer con arma blanca para hurtarle su teléfono celular es conducta de modalidad grave.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Penal, artículos 240, 248, 63 y 60, numeral quinto.

**TESIS DE LA DECISIÓN:**

Se desata la apelación sobre los aspectos objeto de disenso bajo los estrictos límites de los Artículos 31 Superior y 20 del Código de Procedimiento Penal.

La aceptación de cargos y la condena se realizó por el delito previsto en el Código de las Penas, Libro II, Título VII, Capítulo I, Artículo 240 del Código Penal modificado por el Artículo 37 numeral 4º inciso segundo de la Ley 1142/07, la pena para el delito imputado oscila entre 8 y 16 años, o sea entre 96 y 192 meses.

Por consiguiente, a partir de tales extremos punitivos se procede a materializar la pena imponible en el caso específico, teniendo en cuenta que el a quo le reconoció la disminución punitiva del Artículo 268 del Código Penal.

Al aplicar la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el Artículo 268 del Código Penal que concede una rebaja punitiva que oscila entre una tercera parte (1/3) a la mitad (1/2), necesariamente, se debe recurrir a las reglas del Artículo 60 numeral 5º aplicable al caso.

Siguiendo, tal regla de derecho la máxima rebaja, que para el caso es la mitad se le aplica al mínimo, de suerte tal que a  $96/2= 48$  meses resultado que a su vez, se les rebaja la cuarta (1/4) parte por el allanamiento; esto es, doce (12) meses, lo cual efectivamente arroja una pena de treinta y seis (36) de prisión, como lo reclamó la defensa.

Con relación a la viabilidad de concederle el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, es preciso indicar que si bien se cumple el presupuesto objetivo de que trata el Artículo 63 del Código Penal, esto es, que la pena impuesta no exceda de tres (3) años, el requisito subjetivo, no se satisface porque sus antecedentes personales, sociales y familiares no son indicativos de su buen comportamiento y sobretodo la modalidad y gravedad del delito enseñan que necesariamente requiere tratamiento penitenciario.

A tal conclusión se llega sin esfuerzos mentales, si se aprecia su obra criminal, que consistió en someter violentamente, con arma corto-punzante, a una mujer inermes, colocando en gravísimo riesgo su integridad personal e incluso su vida con el deleznable propósito de hurtarle un celular.

La modalidad del delito es muy grave y los integrantes de la comunidad tenemos el derecho a transitar tranquilamente sin el temor de ser atacados, ultrajados (os), lesionados o ultimados por bienes materiales insignificantes frente la dignidad, integridad personal y la vida del ser humano y quienes así proceden deben estar seguros que la reacción del Estado es correlativa al daño causado. Así que al no

satisfacer el presupuesto subjetivo del Artículo 63 del Código de las Penas se le niega tal subrogado penal

Con fundamento en la argumentación expuesta, el Tribunal Superior de Guadalajara de Buga Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Sentencia de segunda instancia (2012-02245-02) del 05 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: modifica la sentencia apelada.

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** A la Fiscalía General de la Nación corresponde la carga de la prueba de la acusación.

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

Ley 906 de 204, artículo 375.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 22053 del 17 de marzo de 2004, 25738 del 9 de noviembre de 2006, 32829 del 17 de marzo de 2010 y 33212 del 12 de abril de 2010.

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

Procede la Sala de conformidad a lo establecido a los artículos 31 Superior, 20 y 178 del Código de Procedimiento Penal a desatar el recurso de apelación interpuesto por el fiscal, centrando el motivo de disenso en el siguiente problema jurídico: ¿estableció el fiscal la pertinencia, conducencia y utilidad de los E.M.P y testimonios relacionados en sus peticiones probatorias?

De esta manera en la audiencia preparatoria el Juez debe analizar las peticiones probatorias de las partes y determinar si éstas son pertinentes; es decir, si se encuentran acordes y guardan relación con el tema a probar, o en otras palabras, si están dirigidas a demostrar las pretensiones de la parte que la requiere y sin son aptas y apropiadas con tales propósitos, en este evento resulta una obviedad que la fiscalía pretende demostrar los supuestos fácticos y jurídicos de la acusación.

En términos legales la pertinencia se explica desde el artículo 375 del CPP en razón a que: *“También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”*.

Luego, el Juez debe decantar si el medio cognitivo es conducente y pertinente; esto es, conforme a derecho y si guarda relación directa o indirecta con los supuestos del hecho punible con sus autores o partícipes, con sus circunstancias, con la credibilidad de los peritos y testigos es más, si es admisible, aclarando que todo lo pertinente no puede ser admisible. La admisibilidad de la prueba corresponde a la verificación de la legalidad de la petición probatoria y se decide en el juicio, acá importa su conducencia, si fue debidamente descubierto, sino es

contraria a derecho y si el proceso de su búsqueda, consecución y aseguramiento fue legal.

Para el caso concreto, se aprecia al rompe la extrema precariedad argumentativa esbozada por el fiscal, de la cual puede concluirse que su análisis en muchas de sus peticiones de decreto probatorio, en verdad fue inexistente con relación a los motivos que indicaban la conducencia, pertinencia, racionalidad y utilidad, así que no satisfizo el deber y carga argumentativa al ofrecer y realizar sus solicitudes probatorias, lo cual en principio generaría la negación del decreto de todos los medios de conocimiento.

No puede olvidarse que estamos en un proceso adversarial, en el cual la carga de la prueba de la acusación está radicada exclusiva y excluyentemente en la Fiscalía General de la Nación, de tal modo que, al juez le está vedado inmiscuirse en la configuración de la prueba, no puede decretar pruebas de oficio, insinuar su viabilidad, sentido u orientación so pena de transgredir su deber funcional de ser absolutamente imparcial.

El señor fiscal desconoció que la actuación procesal es oral, de cuyas actuaciones queda el respectivo registro; por consiguiente, no es de recibo que pretenda introducir o hacer valer sus apuntes y diligencias de averiguación que organizó en una carpeta, dado que esos elementos, sin explicación alguna, no tienen relevancia alguna, son inocuos y, es en la audiencia preparatoria el momento procesal que tienen las partes para persuadir al juez de la legitimidad de sus peticiones u ofrecimiento probatorio, debe convencer que tales elementos materiales tienen vocación probatoria y son apropiados y aptos para demostrar algún aspecto de importancia al interior del proceso penal y, en su escenario natural, el juicio oral.

Así que, unas manifestaciones tan precarias e incluso displicentes, no son de recibo en la judicatura, ni siquiera en un sistema inquisitivo escritural, en el cual de todas maneras el sujeto procesal tiene la carga de expresar los motivos que lo llevan a pregonar la pertinencia y, es al juez a quien le corresponde definir si esa carga argumentativa se satisfizo.

Es indiscutible, que en el subjúdice, la Policía judicial realizó una encomiable labor investigativa al recoger múltiples evidencias dentro de los parámetros de su competencia y de la ley. Sin embargo, cuestión bien diferente, es que el fiscal del caso por extrema abulia e irresponsabilidad las haya dilapidado, falencias suyas que, irresponsablemente ha pretendido transferir a la judicatura, en pro de sacar adelante la acusación que propuso.

Debe recordarle la Sala al señor fiscal que su deber inexorable consistió en este preciso evento en explicar, manifestar, convencer al juez de manera específica y de cara a cada elemento material de prueba con vocación probatoria, cual era la conducencia, pertinencia, racionalidad y utilidad, examen relacional sobre su aptitud para acreditar los supuestos de hecho y de derecho objeto de debate, que necesariamente, deben satisfacer las solicitudes probatorias, carga argumentativa que debe cumplir necesariamente, en este caso el representante del ente acusador.

Nótese, como al momento de establecer su conducencia, pertinencia y utilidad, el fiscal sólo pronunció dicho aforismo; pero, no se detuvo a detallar los argumentos por los cuáles o porqué eran pertinentes, conducentes, racionales y útiles para el debate oral, cada una de sus solicitudes probatorias, carga argumentativa que ignoró o soslayó.

Frente al caso específico la Sala coincide con el Juez en la perplejidad que produce la falta de argumentación frente a las solicitudes probatorias, pues en concreto no sabemos respecto de la mayoría para ¿qué sirven?, ¿qué propósitos?, ¿cuál la utilidad? y ¿qué relación o nexo directo o indirecto guardan con los supuestos de hecho y de derecho del delito por el cual se acusó a la procesada?, ni explicó, si las solicitudes probatorias referidas eran aptas para demostrar aspectos cardinales del debate; en fin, no informó absolutamente nada sobre su conducencia, (legalidad) pertinencia (relación fáctica con hechos y derecho), utilidad, racionalidad y razonabilidad.

Obsérvese, que no sabemos nada del uso ¿qué le va a dar?, ¿para qué los solicitó?, ¿cuál su utilidad?, ¿Qué relación directa o indirecta con los elementos estructurales del delito por el cual se la acusó?, en fin, cuál su conducencia, pertinencia, utilidad, racionalidad y razonabilidad.

Desde la anterior línea de pensamiento, se debe concluir en el presente caso que las siguientes solicitudes de decreto probatorio no satisfacen los presupuestos mínimos de argumentación que reclama la norma y por lo tanto, será confirmada la decisión con relación a ellas así:

- 1) Formato de fuentes no formales suscrito por el patrullero Juan Diego Martínez.
- 2) Certificado de tradición No 375 – 12353 correspondiente al inmueble ubicado en la carrera 20B No. 5ª -12 testigo de acreditación Juan Diego Martínez.
- 3) Escritura pública No 1783 de la Notaría Segunda de Cartago, compraventa del inmueble ubicado en la carrera 20B No. 5ª -12. Testigo de acreditación Juan Diego Martínez.
- 4) Entrevista de Javier Antonio Londoño. Testigo de Acreditación Juan Diego Martínez.
- 5) Acta de incautación de elementos a Javier Antonio Londoño, de fecha 10 de mayo de 2.012. Testigo de acreditación Juan Diego Martínez.
- 6) Informe del investigador de campo de fecha mayo 10 de 2.012, prueba preliminar de la sustancia incautada a Javier Londoño. Testigo de acreditación Juan Diego Martínez.
- 7) Noticia criminal No 761476000170201200573 testigo de acreditación Juan Diego Martínez.
- 8) Noticia criminal No 761476000170201200402 del 25 de marzo de 2.012, que se introducirá “con alguno de los policías que participó en el procedimiento”.
- 9) Informe ejecutivo de fecha mayo 16 de 2.012, suscrito por el patrullero Juan Diego Martínez.
- 10) Acta de derechos del capturado correspondiente a Duverney Velásquez Castro de mayo 16 de 2.012.
- 11) Arraigo socioeconómico correspondiente a Yérica Velásquez Castro
- 12) Arraigo socioeconómico correspondiente a Duverney Velásquez Castro, de mayo 16/12.
- 19) Albúm fotográfico de fecha mayo 16 de 2.012, del inmueble allanado y la sustancia incautada testigo de acreditación Wilfredo Enríquez Gustin.

Nótese, que no sabemos el contenido de los formatos porque dada la incuria y pereza argumentativa del fiscal no verbalizó su contenido y sus propósitos de cara a sus funciones y el certificado de tradición como la copia de la escritura pública no

guardan ninguna relación con la imputación fáctica y jurídica de la acusación dado que no se acusó por destinación de inmuebles para el tráfico de estupefacientes.

Igualmente, es un dislate mayúsculo pretender introducir al juicio una entrevista sin el testigo que la rindió, dado que tal elemento material probatorio no tiene vida propia, autonomía, no son pruebas sino simples actos de investigación del delito y sus autores o partícipes, útiles para refrescarle memoria o impugnar credibilidad de quien la rindió. Así que, sólo por vía excepcional puede ingresar al juicio como prueba de referencia con testigo de acreditación diferente y bajo estrictos requisitos que ni siquiera mencionó en su oportunidad el recurrente.

Obviamente, como consecuencia también se caen necesariamente como un castillo de naipes el acta de incautación de elementos a Javier Antonio Londoño, la prueba preliminar practicada a la sustancia que al parecer se le incautó. Por la potísima razón que no sabemos si utilizaría tales evidencias y con qué propósitos y cuál su relación directa o indirecta y porqué con el objeto del debate.

Las denuncias invocadas no sabemos de qué se trata y para qué las solicitó, igual argumentación para el informe ejecutivo del 16 de mayo de 2.012, la acta de derechos del capturado de Duverney Velasquez Castro y los arraigos de éste y la procesada.

En cambio, con relación al resto de solicitudes probatorias que fueron denegadas es preciso realizar un juicio de ponderación entre los fines constitucionales del Estado Social de Derecho de perseguir el delito y castigar a los responsables frente al debido proceso probatorio sopesando en concreto esos dos bienes jurídicos superiores de tal manera que se produzca el menor perjuicio a los mismos.

Al respecto, encontramos que las partes gozan de un amplísimo espectro de determinación o configuración de sus estrategias probatorias, por consiguiente, les compete en exclusividad definir sobre cuales EMP, evidencia física o información relevante con eventual vocación probatoria, deciden hacerlas valer o solicitarlas u ofrecerlas para construir la condigna prueba dentro del juicio, oral, contradictorio y público. Es claro que, con relación a ingredientes subjetivos la carga argumentativa de la parte será mayor,

En cambio, frente a otras evidencias objetivas e indiscutibles la carga argumentativa sobre su conducencia, pertinencia, utilidad, racionalidad y razonabilidad será mínima en razón de su obviedad y el juez deberá ser más lapso para garantizar la justicia material, la prevalencia de lo sustancial sobre lo esencialmente formal, de suerte tal que frente a situaciones objetivas la carga argumentativa sería mínima cuando resulta evidente e indiscutida su objetividad.

Así en el caso de autos, es preciso preguntarnos ¿qué problema tiene una solicitud de allanamiento y registro?, ¿su realización?, máxime, cuando se operó la captura por el sorprendimiento en flagrancia en la comisión de un delito, se observaron las garantías y derechos fundamentales de la capturada en el acto delictivo, fueron incautados los estupefacientes y sometidos a los procedimientos de ley. Así que, sobre esos tópicos objetivos, no se puede exigir una argumentación adicional o compleja sobre conducencia y pertinencia dado que son obvias.

En ese discurrir del discurso resulta indiscutible que las evidencias, que a continuación se relacionan no dejan ningún margen a duda que se encaminan a la demostración del injusto y la responsabilidad penal de la acusada y por consiguiente, objetivamente, se aprecia su conducencia y pertinencia, máxime, cuando la contraparte en su momento no realizó ninguna objeción. En el caso específico, son las siguientes:

- 1) la solicitud de orden de allanamiento y registro del 13 de mayo de 2.012 según oficio 610, testigo de acreditación PT.- Juan Diego Martínez.
- 2) orden de allanamiento y registro de fecha 12 de mayo de 2.012, testigo de acreditación Juan Diego Martínez.
- 3) Acta de registro de allanamiento de 16 de mayo de 2.012, testigo de acreditación Luis Daniel Atehortúa.
- 4) Informe de registro de allanamiento de 16 de mayo de 2.012, testigo de acreditación Luis Daniel Atehortúa Galeano.
- 5) Acta de incautación de elementos a Yérica Lorena Velásquez Castro de mayo 16 de 2.012. testigo de acreditación Mauricio Trejos Acevedo.
- 6) Acta de derechos del capturado correspondiente a Yérica Lorena Velásquez Castro de mayo 16 de 2.012

Asimismo, no obra reparo alguno para que testifiquen los sabuesos que se solicitaron como testigos de acreditación señores: a) Juan Diego Martínez, b) Juan Antonio Londoño Cardona, c) Luis Daniel Atehortúa Galeano, d) Mauricio Trejos Acevedo y, e) Wilfredo Alexander Enríquez Gustin.

Auto de segunda instancia (2012-00015-01) del 14 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: revoca parcialmente el auto apelado.

**AMORTIZACIÓN DE LA MULTA MEDIANTE TRABAJO – No es posible cuando esta es acompañante de la pena de prisión/PRISIÓN DOMICILIARIA - El interés superior del menor, independientemente de la demostración de la calidad de padre o madre cabeza de familia, obliga a estudiar la naturaleza del delito.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Penal, artículo 56; Ley 750 de 2002.

**CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 30872 de 2008 y 29940 y 30106 de 2009; Corte Constitucional, sentencias SU. 388 de 2005 y C-154 de 2007.

**TESIS DE LA DECISIÓN:**

Como quiera que reclama el defensor la amortización mediante trabajo por el pago de la multa, se le advierte que por tratarse la aludida sanción pecuniaria de una pena de categoría principal, que acompaña la de detención física, prevista para el delito por el que fue condenada, no es posible su modificación o eliminación por la judicatura; máxime que, le fue fijada en la sentencia condenatoria de instancia.

Así, la Jurisprudencia Constitucional, señaló la imposibilidad de amortizar la multa por trabajo cuando ésta es acompañante de la pena de prisión, aduciendo que:

*“Además, en principio, esta clase de multa no es amortizable mediante trabajo en todos los casos de manera razonable. Esto, según el texto mismo del artículo 39 del C. Penal, y según el diseño mismo de la multa cuando se cuenta en salarios mínimos (como pena acompañante de la de prisión); pues la legislación carece de las equivalencias respectivas. Contrario sensu, en el caso de la multa como unidades progresivas de multa (multa como única pena principal), la norma (num. 6º art. 39 del Código Penal) establece, como se dijo, que una unidad de multa equivale según el grado a un número determinado de salarios mínimos y así, cada unidad de multa equivale a quince (15) días de trabajo.*

*(...)*

*Si la multa aparece como única pena principal su graduación se hace de acuerdo a la tabla de unidades de multa que permite al juez que la impone, condenar al pago de mínimo un (1) salario mínimo es decir una unidad de multa, que además de poder pagarse a plazos puede amortizarse mediante trabajo, y una unidad de multa (que según el grado puede equivaler a varios salarios mínimos) equivale a quince (15) días de trabajo.*

*Si la multa aparece como acompañante de la pena de prisión su graduación sólo permite al juez condenar al pago de un mínimo de salarios contemplado en la misma norma que describe el delito. Y estos mínimos oscilan entre 5 y 20 S.M.L.M.V los más bajos, luego el Juez no puede atender realmente la situación económica del condenado; y pese a que puede pagarse a plazos, la ley no regula la amortización por trabajo y no existen equivalencias determinadas por el legislador para convertir los salarios mínimos en días de trabajo.* Subrayas fuera de texto

En el sub-exámene, la negativa de conceder la sustitutiva a la procesada, se soportó en el examen particular de los requisitos que consagra la precitada norma, que no fueron acreditados; particularmente, en relación con el estado de abandono del niño y de las adolescentes, dada la no demostración de la inexistencia de otros parientes que cumplen la función de custodia, cuidado y vigilancia de sus menores hijos.

Se acreditó que el niño y las adolescentes cuentan con sus progenitores, quienes tienen el deber inexorable de asumir la crianza y cuidado personal de sus hijos, pautándose la inexistencia de la condición de madre cabeza de familia; máxime, que no se aportó evidencia alguna que ellos se estén sustrayendo a cumplir con sus obligaciones de padres.

De todas maneras, al Estado a través del ICBF, le corresponde el deber de hacer cumplir las obligaciones familiares y parentales tras verificar su incumplimiento y en caso de abandono del niño y las adolescentes le corresponde asumir su cuidado en los términos de la ley.

La procesada que aduce ser madre cabeza de familia, debe probar que tiene bajo su custodia y cuidado a los niños que conforman su hogar, que su presencia es indispensable para los mismos; pues, dependen económicamente de ella, que son

su responsabilidad familiar y social, que asumió la garantía de la seguridad social, además, de demostrar que emocionalmente los menores dependen su cuidado.

Adicionalmente, no es suficiente determinar la calidad o no de cabeza de familia; sino además, debe hacerse una yuxtaposición entre la naturaleza del delito objeto de sanción penal y la compatibilidad con el interés superior del menor, porque en ese caso no procede el beneficio, así lo definió nuestro Máximo Tribunal Constitucional...

De esta forma el derrotero a seguir, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, se concentra en establecer la condición de madre o padre cabeza de familia, según el caso, teniendo siempre en cuenta que el norte se supedita al interés superior del niño, de allí que debe especificarse la concreta situación del menor, el grado de desprotección o desamparo por ausencia de otra figura paterna o familiar que supla la presencia del progenitor encargado de su protección, cuidado y sustento.

En suma, no es suficiente con demostrar la calidad de padre o madre cabeza de familia, sino también, resulta necesario estudiar la naturaleza del delito por el cual se adelanta proceso penal a quien resalta su calidad de cabeza de familia, en orden a preservar la integridad física y moral del menor (interés superior del menor), determinando si del comportamiento desplegado se puede deducir que es un peligro para la integridad física o moral del propio menor.

En el presente caso, encuentra la Sala que al analizar la conducta por la cual se condenó a ALEXANDRA GAVIRIA IMBACHÍ-Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes- consagrada en el artículo 376 del Código Penal, la interacción y convivencia con sus hijos pondría en riesgo el interés superior de los mismos, como quiera que su comportamiento estuvo dirigido a conculcar el bien jurídico “*seguridad pública*”, con la comercialización de estupefacientes, comportamiento delictual que afecta ostensiblemente al núcleo esencial de la sociedad: la familia.

En otras palabras, no se puede predicar que ALEXANDRA GAVIRIA IMBACHÍ, sea un ejemplo para sus hijos y mucho menos que el querer procurarle su sustento a costas de delinquir y generar daños en la salud de otros, asegure que la integridad física y moral de sus menores hijos; porque como lo dice la Corte: *“a sabiendas de la responsabilidad que como padre tiene de proteger y brindar bienestar a su hijos, no dudó en recurrir a la actividad delincuencia, sin importarle el riesgo y las consecuencias que podía traerle a su familia, con tal de obtener beneficios económicos*

Además, el Estado, a través del instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF debe garantizar la custodia y cuidado personal de los menores, pues no puede mimetizarse la conducta criminal de la procesada, bajo el sofisma de la existencia de los niños, ya que uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho es, precisamente protegerlos y, la permanencia de su madre en el hogar lo único que les garantizaría es el aprendizaje delincuencia del tráfico de estupefacientes, siendo poco creíble las actividades lícitas que cumpliría según el recurrente. Obsecuente a la precedente motivación, la Sala confirmara de la decisión cuestionada.

Sentencia de segunda instancia (2012-03266-01) del 20 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

**SENTENCIA CONDENATORIA – Puede dictarse con fundamento en el testimonio único de la víctima/TESTIMONIO – Las contradicciones entre las varias versiones de un mismo testigo no son suficientes para restarle todo mérito.**

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 13119 del 15 de diciembre de 2000, 16471 del 11 de octubre de 2001, ponencia del magistrado Edgar Lombana Trujillo y 25503 del 27 de julio de 2006, ponencia de la magistrada Marina Pulido de Barón.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

De conformidad con señalado en el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer y decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Palmira Valle del Cauca, cometido que se asume con relación exclusiva a los aspectos materia de inconformidad y dentro de los límites señalados en los Artículos 31 Superior y 20 del Código de Procedimiento Penal así:

El problema jurídico central planteado por la censura obedece a los siguientes interrogantes: ¿es factible proferir sentencia condenatoria con fundamento en el testimonio único de la víctima? ¿El testimonio de LUCIO RODRÍGUEZ ARANA es suficiente para proferir condena en contra de CRISTIAN ANDRÉS GIRALDO HICHTER?

La imposibilidad de contrastación de la declaración de LUCIO RODRÍGUEZ ARANA, con otros medios de prueba que certifiquen las actividades desplegadas por el procesado durante la ejecución de la conducta, no deslegitiman su credibilidad por sí misma, pues, es bien sabido que las acción extorsionista siempre se desarrolla en escenarios clandestinos y propicios para procurar la intimidación y el constreñimiento.

Las reglas de la experiencia enseñan que nadie extorsiona a otro haciendo pública su voluntad y menos ejecuta dicha acción en presencia de otros sujetos distintos al extorsionado, de allí que, se utilicen medios específicos como las llamadas telefónicas, mensajes de texto, correos electrónico y cartas, siendo características de los grupos organizados hacer las exigencias extorsivas de manera directa a través de ciertos integrantes que hacen las veces de ejecutivos de cobro.

Sin embargo es posible efectuar un análisis interno del testimonio LUCIO RODRÍGUEZ ARANA, desde los criterios puntuales señalados por la jurisprudencia, como lo son *la naturaleza del objeto percibido, la sanidad de los sentidos por medio de los cuales se captaron los hechos, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, la personalidad del declarante, la forma como hubiere declarado y otras singularidades detectadas en el testimonio.*

En este orden de ideas, de acuerdo a lo dicho por el testigo durante la audiencia de juicio oral, se puede extractar de manera textual los extremos facticos de lo sucedido así:

*“...Recibí una llamada del señor Cristian bolido citándome a la 14 exigiéndome la suma de 10 millones o si no atentaba contra mi vida o contra la de mi familia acudí a la fiscalía y como que no pararon muchas bolas asistí a la entrevista del señor y habían dos personas más con él de las cuales me exigía los 10 millones o si no que me fuera de Palmira porque iba atentando contra mi vida, en el mes de abril de 2011 me hicieron un atentado donde no me ingrese a una casa atentando contra mi vida por eso más que todo acudí a la fiscalía... ..la 14 de aquí de Palmira de llano grande... ..con él habían dos personas más... ..CRISTIAN bolido y otros dos que no alcance a distinguir... ..no vi en que se movilizaban porque cuando yo llegue ellos tres estaban ahí en la discoteca... ..ese grupo se hacía dominar los rastros, viene integrado por el señor alias “el Ronco” de la cual el señor CRISTIAN BOLIO se me identificó que él le trabajaba a él... ..en la 14 me imagino que los dos que estaban sentados debe haber estado armado el único que se me paro fue él a exigirme el dinero o si no cogiera curvas que me fuera curvas... al señor CRISTIAN BOLIO que está aquí presente...”*

Cuando se le pregunta al afectado por los hechos sucedidos con posterioridad al inicial encuentro con CRISTIAN alias BOLIDO, detalló que los mismos tuvieron ocurrencia en su vivienda y que allí:

*“...intervino (sic) el señor MIGUEL MARIN diciendo que pagara la extorsión porque o si no iban atentando contra mi vida o si no que hiciera entrega del automóvil mientras le pagaba la suma, yo que hice entregar el vehículo porque no tenía toda esa suma... ..a MIGUEL MARÍN los distinguí porque él trabajaba en la galería era auxiliar de la policía... ..yo le entregué un martes al señor MIGUEL MARÍN porque me llegó con dos personas armadas a la casa exigiéndome el vehículo de lo cual había ordenado el señor CRISTIAN BOLIO...”*

Así mismo, cuando se le pregunta la forma en la que canceló la extorsión, la víctima fue contundente en afirmar que:

*“...toco empeñar la moto para darle tres millones a otro señor... ..se coordinó el valor de tres millones de pesos de la cual él nunca, me decía que no que eran cinco millones la mitad y la otra mitad dentro de un mes y así me tuvo hasta que el vehículo lo recupero la policías... ..esas exigencias se hicieron después de haber entregado el vehículo... ..esas exigencias las hacia el señor CRISTIAN BOLIO que está aquí presente... .. en dos ocasiones vía personal y de ahí paca (sic) fue puras llamadas “que hubo papito o quiere morirse ya”... ..después de haber entregado el vehículo lo recogí la suma de tres millones de pesos que el mismo sabe, después de ahí para ya a los 20 días o al mes fue que me llamó un señor de la SIJIN que me había recuperado el vehículo ya de ahí para ya hubo otro interventor que fue a reclamar la plata sobre supuestamente el vehículo...”*

También logró explicar cuál era la procedencia del vehículo que entregó en garantía a los delincuentes para evitar cualquier atentado contra su vida debido a la acción extorsionista y recordó que:

*“...lo adquirí trabajando con el señor LEIDER PAZ... ...me acompaña a mi desde hace más de 6 años antes de la exigencia... ...le entregué la tarjeta de propiedad... ...el vehículo me lo entregó la Policía Nacional, el vehículo lo tengo todavía yo...”*

Conforme a lo anterior se puede verificar que las atestaciones del afectado fueron precisas, circunstanciadas y la condiciones de modo, tiempo y lugar se establecieron con gran precisión en lo sustancial y el hecho de que el constreñido no haya detallado milimétricamente el día de la extorsión, la fecha y el tiempo transcurrido entre la llamada ilícita, el encuentro extorsivo y la entrega del vehículo, no significa que faltó a la verdad, pues, como o ha sostenido Nuestro Máximo Tribunal de Cierre en lo Penal:

*“...Ahora bien, no puede perderse de vista que las contradicciones entre las varias versiones rendidas por un determinado testigo no son suficientes para restarle todo mérito, como destaca incluso el propio recurrente, pues en tales eventos el sentenciador goza de la facultad para determinar, con sujeción a los parámetros de la sana crítica, si son verosímiles en parte, o que todas son increíbles o que alguna o algunas de ellas tienen aptitud para revelar la verdad de lo acontecido...”*

No debe perderse de vista que el extorsionado explicó el iter criminis de manera clara, contundente y concreta, siendo absolutamente admisible que en declaraciones posteriores a la noticia criminal, falle en algunos aspectos de orden cronológico; máxime, si se tiene en cuenta que la denuncia se presentó en marzo de 2.009 y los hechos en enero del mismo año.

Además, la jurisprudencia Penal ha señalado que es posible que en la primera declaración el testigo no diga todo o que olvide ciertos detalles en sus versiones posteriores, pues de lo contrario, fijar como verdad absoluta lo dicho inicialmente por cualquier testigo, sería un razonamiento de difícil aceptación, *“en tanto que la conclusión que subyace al mismo es la de que todo lo que deba decir un testigo ha de consignarse en la primera oportunidad en que rinde su exposición, pues de llegar a complementar lo allí señalado, tal situación entrañaría una contradicción, conclusión que desvirtuaría la razón de ser de las ampliaciones de los distintos medios de prueba, que no puede ser otra que la aportación de nuevos datos que en el caso del testimonio, bien puede aceptarse que por distintas razones fueron olvidados inicialmente, sin que por ello pueda predicarse inconsistencia de lo dicho inicialmente o verdadera “contradicción”, como argumento para descartar de tajo la postura procesal así asumida, lo cual sólo es posible cuando se detectan sustanciales discrepancias que despojan el inicial aserto de toda credibilidad.*

En el presente caso no existen discrepancias que puedan predicar la mendacidad de las afirmaciones de LUCIO RODRÍGUEZ ARANA, pues de acuerdo a la comprobación interna de sus manifestaciones, fueron producto de sus sentidos, de lo que vio, sintió y observó cuando CRISTIAN ANDRÉS GIRALDO HICHTER habló con él en la 14 de Llano Grande y le exigió la suma de diez millones de pesos, so pena, de atentar contra su vida o la de su familia, constreñimiento que posteriormente se tradujo en la concurrencia hasta la morada del sujeto pasivo de MIGUEL MARIN que actuó en representación del procesado y logró la entrega en garantía del vehículo Chevrolet sprint.

Para la Sala, no existe ninguna duda respecto a las manifestaciones incriminatorias de LUCIO RODRÍGUEZ ARANA que estableció las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que percibió lo sucedido y la comprobada sanidad de los sentidos dada la inmaculado y lucido de su relato y la imprecisión en el número de días entre cada evento, no deslegitima su testimonio.

Ahora bien, respecto a lo dicho por el testigo respecto a la forma en la que conoció al procesado, debe aclararse que al momento de ser interrogado por la Fiscalía respecto a un reconocimiento fotográfico efectuado durante las labores investigativas este afirmó:

*“...lo viene a conocer por fotografías... ...las fotografías me las enseñaron en la fiscalía y me enseñaron unas ciertas cantidades de las cuales di con las dos personas que tenía conocimiento...”*

Ello no significa que el testigo lo haya conocido por fotos, dado que, durante su relato afirmó que lo había conocido luego de ser citado vía telefónica en la 14 de Llano Grande. Sin embargo, durante el contrainterrogatorio la defensa de manera muy estratégica formuló una pregunta capciosa que no fue controlada por la fiscalía y que permitió elucubrar una eventual contradicción que no existe, recordemos:

*“...PREGUNTADO: Es decir, si o no, bajo la gravedad de juramento que está prestando aquí en esta diligencia, el día que usted estuvo en la chacharería la 14 de Palmira usted no conocía ni conoció a CRISTIAN alias “EL BÓLIDO” CONTESTO: correcto... ...PREGUNTADO: dice usted que en la 14 habló con miguel Marín eso es cierto contesto: hable directamente con CRISTIAN el bólido y dos de sus secuaces. MIGUEL MARIN me llegó fue a la casa ya por el vehículo....”*

La ambivalencia de la indagación efectuada por la defensa es de tal magnitud que preguntó dos cosas distintas que fueron absueltas en una respuesta; la primera si el testigo no conocía al procesado ante lo cual dijo, correcto, es decir que no lo conocía y la segunda que si no lo conocía en la catorce de Llano Grande lo cual fue contestado bajo el mismo “correcto”, sin embargo, dicha estrategia no resulta contundente para desestimar que la víctima conoció al director de la actividad extorsiva de manera personal durante su primer encuentro en un establecimiento de comercio, en donde habló con éste y recibió las correspondientes amenazas y constreñimiento que se materializaron con la entrega de un velomotor.

Los análisis previos permiten concluir que la impugnación efectuada por la defensa al testimonio de LUCIO RODRÍGUEZ ARANA no tiene ningún soporte probatorio o fáctico que permita inferir la inverosimilitud de sus manifestaciones y el alegado por falso juicio de existencia, no se configuró en el presente caso, ya que la sentencia se cimentó en elementos probatorios distintos a la diligencia de registro y allanamiento, la entrevista realizada a la esposa de la víctima y la muerte del hermano del afectado y por el contrario tuvo como piedra angular del acervo probatorio y del juicio de responsabilidad la declaración del extorsionado.

Adicionalmente, la prueba oral encontró sólido respaldo en la entrega del rodante a los delincuentes como mecanismo para garantizar su integridad personal y vida

misma, desposesión del mueble sin causa onerosa que la legitimase es la prueba inexorable de la responsabilidad penal del encartado.

Las anteriores elucubraciones impiden proferir una sentencia en un sentido distinto al del fallo proferido por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Palmira Valle del Cauca, en consecuencia, se confirmará en su integridad la misma.

Sentencia de segunda instancia (2009-00893-01) del 27 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

**SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – Negación ante la gravedad y trascendencia de la estafa perpetrada/SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – Si la persona no registra condenas dentro de los cinco años anteriores, el juez puede sopesar dichos antecedentes frente a la gravedad y modalidad de la conducta.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículo 248; Código Penal, artículos 63 y 68A.

**CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 9993 del 25 de agosto de 1998, ponencia del magistrado Fernando Enrique Arboleda Ripoll y 33177 del 18 de enero de 2010.

**TESIS DE LA DECISIÓN:**

El disenso del Agente del Ministerio Público radica en la concesión a la allanada de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, a pesar de la gravedad del delito y sus circunstancias dañinas para las víctimas; máxime, que no se apreció gestión alguna encaminada a resarcir los perjuicios causados.

El Artículo 63 del Código Penal, establece los requisitos para tener derecho al citado sustituto, así:

- “1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.*
- 2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe la necesidad de la ejecución de la pena. (...). Su concesión estará supeditada al pago de la multa...”*

El requisito objetivo, se cumple a cabalidad, pues, la señora Luz Mila Marín Quintero fue condenada a la pena privativa de la libertad de treinta y cinco (35) meses; esto es, que la pena no excede de tres años como lo reclama la norma aludida.

Con relación al aspecto subjetivo, son dos los elementos que deben ser analizados y cumplidos, el primero tiene que ver con los antecedentes personales, sociales y

familiares del sentenciado, y el segundo con la modalidad y gravedad de la conducta; al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló que: “...Los aspectos que componen el factor subjetivo (personalidad, naturaleza y modalidades del hecho), deben conjugarse positivamente en favor del acusado para que el sustituto pueda ser otorgado, y que el Juez en el estudio de ellos goza de un amplio margen de discrecionalidad, operable en el marco de la racionalidad y el buen juicio, sin llegar a pecar de insólita rigidez o excesiva largueza, que puedan perjudicar al procesado o sembrar incertidumbre o desconfianza en la comunidad (Cfr. Casación de abril 24/92. Mag. Pte. Dr. Gómez Velásquez).

*El estudio de la naturaleza y modalidades del hecho punible busca fundamentalmente establecer su gravedad o trascendencia, y a partir de allí conocer los rasgos de la personalidad del procesado, como manifestación de su forma de ser y de actuar en comunidad, no siendo por consiguiente acertado deslindar, como lo hizo el ad quem, unos aspectos de otros.*

*En este análisis, no pueden ser solo objeto de estudio los factores relacionados con la caracterización puntual de la conducta típica, como pareciera entenderlo el libelista, sino también los que permiten establecer su dañosidad (entidad del bien jurídico tutelado, intensidad de su afectación y repercusiones en el ámbito social), así como la forma y grado de culpabilidad...”*

Sobre los datos personales, familiares y sociales de la señora Luz Mila Marín Quintero, aparece que no registra antecedentes judiciales, al parecer ejerce el comercio y según las constancias allegadas se infiere que no obran en su contra motivos de reproche social, laboral o familiar.

Así, en principio, los antecedentes personales, familiares y sociales de la encartada indicarían que no requiere tratamiento penitenciario; raciocinio, que no se compadece con la naturaleza y las modalidades de la estafa cometida, cuya gravedad y trascendencia social no deja margen a dudas.

A juicio de la Sala, la modalidad del delito denotó una planeación y raciocinio ponderado de las coautoras del reato, quienes mancomunadamente indujeron en error a sus víctimas, no se trató de un dolo de ímpetu, sino al contrario, de un crimen hábilmente planificado y doloso en el tiempo, con diversas víctimas, etapas, procesos criminales complejos, que inexorablemente denotan, indeclinable tendencia y ausencia de escrúpulos frente al crimen, lo cual se evidenció con la indebida apropiación de los recursos económicos de personas necesitadas.

Se aprovechó de la necesidad de las víctimas, de sus sueños e ingenuidad; además, obtuvo beneficios económicos de su actividad criminal, máxime que, no resarcó los daños causados a sus víctimas, lucrándose con el producto de su crimen, lo cual razonablemente, lleva a concluir que la condenada sí requiere tratamiento penitenciario.

Además, la comunidad debe tener la certeza que el delito no es una opción de vida, no genera utilidades y, que la incursión en quehaceres criminales, inexorablemente, conlleva a las condignas, efectivas y ciertas sanciones penales. En fin, no se puede premiar a la actora con el enriquecimiento ilícito producto de su crimen y, con la impunidad del mismo.

Por consiguiente, se revocará el numeral 3º de la parte resolutive de la condena para en su lugar disponer que la pena se cumpla intramuros.

Sea pertinente, hacerle notar al a quo la correcta interpretación del Artículo 68 A, del Código Penal, al tenor del Tribunal Límite de la Justicia Penal así:

*“Antecedentes penales, como lo estipula el artículo 248 de la Carta Política, son “únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva”.*

Y ese carácter de antecedentes, de clara raigambre constitucional, no se pierde porque una norma legal específicamente le otorgue determinados efectos en aras de restringir derechos.

Entonces, si el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, estipula, introduciendo el artículo 68 A en la Ley 599 de 2000, que no se concederá ningún tipo de beneficio o subrogado penal, excepto los derivados de la colaboración eficaz, a quien haya sido condenado por delito doloso o preterintencional dentro de los 5 años anteriores, de ninguna forma está modificando la esencia o sentido de lo que debe entenderse por antecedentes penales, sino apenas fijando una nueva condición impositiva para quienes registran esos antecedentes dentro de los cinco años anteriores a la comisión del nuevo delito juzgado.

De esa manera, si la persona registra condenas dentro de los 5 años anteriores, está claro que de entrada se le deben negar subrogados y beneficios, entre ellos el de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Pero, si los antecedentes son anteriores a esos 5 años, no es que dejen de considerarse tales, sino que la evaluación acerca de la concesión o no del subrogado en examen, opera a través de lo que dispone el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, en su numeral 2º, cuyos efectos son, si se quiere, más flexibles, pues, ya no es que el legislador directamente impida el beneficio, como ocurre con el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, sino que el fallador debe sopesar ese factor – antecedentes penales-, con otros tantos como la gravedad y modalidad de la conducta punible, para determinar razonadamente si la persona amerita o no tratamiento penitenciario.

Sentencia de segunda instancia (2012-00005-01) del 27 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: revoca el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada y confirma en lo restante.

**LESIONES PERSONALES CULPOSAS – La prelación de las vías debe respetarse aún en los casos de intermitencia de los semáforos.**

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

Ley 906 de 2004, artículo 381; Código Penal, artículo 23; Código Nacional de Tránsito, artículos 2, 66, 105 y 118.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 27325 del 24 de octubre de 2007, ponencia del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Sea lo primero en recordar, que el artículo 23 de la ley 599 de 2.000, define que la culpa es una modalidad de la conducta punible que se configura cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado, y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto confió en poder evitarlo.

Conforme a la anterior definición dogmática, debe decirse que no todas las conductas punibles admiten la culpa como una modalidad circunstancial del tipo, como quiera que, ésta deba ser parte estructural del tipo y fundamentarse en un análisis concreto de los elementos objetivos y subjetivos que la integran.

Conforme a dicho esquema normativo y jurisprudencial, para la Sala resulta de fácil conclusión señalar que en el presente caso JOSÉ HERNÁN DUQUE SOTO obró desconociendo el deber objetivo de cuidado, ya que, al transitar por la calle 2ª y, al llegar a la carrera 4ª de la zona céntrica del Municipio de Cartago Valle del Cauca, irrespetó las normas del Código Nacional de Tránsito Terrestre-Ley 769 de 2002- por las siguientes razones:

El artículo 2º de la codificación en mención conceptúa que por prelación debe entenderse la Prioridad o preferencia que tiene una vía o vehículo con respecto a otras vías u otros vehículos.

En el mismo artículo se define Vía, como la Zona de uso público o privado, abierta al público, destinada al tránsito de vehículos, personas y animales y el artículo 105 de la misma codificación clasifica las vías dentro del perímetro urbano en: Vía de metro o metrovía, Vía troncal, Férreas, Autopistas, Arterias, Principales, Secundarias, Colectoras, Ordinarias, Locales, Privadas, Ciclorrutas y Peatonales.

El artículo 2º precitado define:

**Vía arteria:** Vía de un sistema vial urbano con prelación de circulación de tránsito sobre las demás vías, con excepción de la vía férrea y la autopista.

**Vía principal:** Vía de un sistema con prelación de tránsito sobre las vías ordinarias.

**Vía ordinaria:** La que tiene tránsito subordinado a las vías principales.

Nuestra Legislación del tránsito terrestre clasifica las vías y menciona la prelación que cada una de ellas tiene sobre las otras, dándole un orden jerárquico.

En tal sentido, el informe de accidente de tránsito No. 76147000-A incorporado a la actuación a través de los agentes de tránsito JHON EDWIN BLANDO ESCALANTE y GUSTAVO MAZO ARCILA, determinó que el lesionado transitaba por la carrera 4ª y el procesado por la calle 2ª, de lo cual no hay discusión alguna respecto de la posición en la escena de los hechos.

Ahora bien, de acuerdo a la declaración surtida por el agente de tránsito GUSTAVO MAZO ARCILA durante el juicio se pudo dilucidar que la vía era iluminada, estaba en buenas condiciones, y el semáforo estaba “apagado”, no obstante, en el mismo informe se aclara que dicho instrumento de tránsito se encontraba intermitente.

Al momento de indagársele a MAZO ARCILA por parte del apoderado de la víctima sobre el punto de impacto agregó como particularidad del hecho lo siguiente: “...De acuerdo a este croquis el punto de impacto fue en la parte delantera guardafango delantero del vehículo tipo automóvil y el señor transitaba por su lado derecho y el vehículo tipo automóvil alcanzó a pasar a la carrera 4ª ...”

Ello significa que al momento del impacto el vehículo conducido por el sentenciado, ya había sobrepasado la carrera 4ª; es decir, su transitar era tan veloz que la magnitud de las lesiones ocasionadas a la víctima demuestran su afán desmedido por sobrepasar el cruce entre la calle 2ª con carrera 4ª, al punto que el impacto acaeció sobre la carrera 4ª.

Por su parte, el agente de tránsito, JHON EDWIN BLANDO ESCALANTE, destacó igualmente que los semáforos estaban apagados, que la vía era buena y ubicó a la víctima y al sentenciado sobre la carrera 4ª y calle 2ª respectivamente, resaltando que el afectado luego del accidente quedó sobre la mitad de la vía.

De otro lado, RAUL ALBERTO MONTOYA GIRALDO, lesionado en los hechos materia de enjuiciamiento, afirmó que venía por la carrera 4ª sobre el carril derecho que luego de esquivar un vehículo que se movilizaba por la misma ruta, quedó sobre la mitad de la vía y al llegar a la intercepción de la carrera 2ª, un taxi lo arrolló intempestivamente sin hacer el correspondiente PARE, agregando que los semáforos estaban apagados.

En este orden de ideas, tenemos que JOSE HERNAN DUQUE SOTO faltó al deber objetivo de cuidado por las siguientes razones:

- Al momento de llegar a la carrera 4ª, el procesado no tuvo en cuenta que los semáforos se encontraban intermitentes tal como lo anuncia el informe de accidente, lo que significa, en términos del parágrafo 1º del artículo 118 del Código de Tránsito Terrestre, que: *“En ciertas situaciones o en determinados horarios, las autoridades de tránsito, en su jurisdicción y mediante resolución motivada, podrán utilizar la intermitencia de la luz de los semáforos. Esta intermitencia se da en amarillo y en rojo. El amarillo se utilizará para las vías con prelación y el rojo para todas las que acceden a éstas. La señal intermitente roja se asimila a una señal de PARE...”*.

Lo anterior significa que así el semáforo se encuentre en intermitencia, quien transita por la vía debe tener en cuenta la prelación de las mismas, lo cual en este caso no ocurrió ya que el procesado no tuvo en cuenta dicha regla de tránsito, transgrediendo el principio de confianza, de el comportamiento normal de cualquier ciudadano; máxime, si se tiene en cuenta que DUQUE SOTO es un profesional de la conducción de vehículos de servicio público.

El mismo defensor al efectuar el conainterrogatorio al afectado recordó lo dicho por este en la entrevista surtida el 7 de julio de 2011, rendida ante los miembros de

la policía judicial del CTI en donde resaltó que el semáforo se encontraba intermitente con luz amarilla, es decir, que la vía por la que se movilizaba la víctima es principal, por encontrarse el semáforo en intermitencia amarilla y la ruta del procesado era accesorio lo que lo obligaba a realizar el PARE.

- Además, en el caso que los semáforos no estuvieran funcionando o no estuvieran en intermitencia, o mejor, no se pueda determinar el color de la intermitencia, de conformidad al artículo 66 del Código de Tránsito “...El conductor que transite por una vía sin prelación deberá detener completamente su vehículo al llegar a un cruce y *donde no haya semáforo tomará las precauciones debidas e iniciará la marcha cuando le corresponda...*” (Subraya fuera de texto)-
- La norma en cita fija una regla elemental del tránsito terrestre, que impone un deber a quien conduce una vía en la que no hay semáforos, sea o no una vía con prelación, “...deberá detener completamente su vehículo al llegar a un cruce...” lo que tampoco ocurrió en este caso, pues, ante la avería de los semáforos, igualmente, es exigible a los conductores hacer el PARE, es decir, detenerse completamente, imperativo categórico que no fue tenido en cuenta por el sentenciado.
- La vía por la que transitaba RAUL ALBERTO MONTOYA debe ser catalogada como arterial y principal, ya que es una vía de ingreso y egreso al Municipio de Cartago y a ella confluyen otras como la calle 2ª . Sumado a lo anterior, de acuerdo a la intermitencia AMARRILLA dada el día de los hechos, de conformidad a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 118 del Código de Tránsito Terrestre, debe ser calificada de tal, en consecuencia, tenía prelación sobre la calle transitada por el procesado, que no tuvo en cuenta dicha situación.

Cualquiera que se la elucubración que se forje indudablemente conlleva a la misma conclusión de la sentencia, esto es, el actuar imprudente de JOSÉ HERNÁN DUQUE SOTO, fue el generador del accidente de tránsito.

Ahora bien, el comportamiento del sentenciado vulneró el criterio del hombre medio, pues, un ciudadano prudente en cualquiera de los casos habría detenido la marcha para evitar cualquier resultado dañoso, no sólo en contra de los demás, sino de su propia integridad, lo que demuestra, claramente que existió falta de previsión de lo predecible o de lo causable, ya que el sujeto agente, no predispuso su voluntad para causar el daño, pero, lo estimo posible, porque sabía y conocía que pasar una intercepción sin hacer el para podía generar un resultado dañoso, dado su experiencia como conductor en el Municipio de Cartago, no obstante, estimó evitarlo y dejó al azar su causación, lo que genera la falta al deber objetivo de cuidado y la confirmación de la sentencia objeto de alzada. En concordancia con los precedentes argumentos se confirmará la condena.

Sentencia de segunda instancia (2010-01185-01) del 28 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

**PRISIÓN DOMICILIARIA – En el límite punitivo de su concesión deben considerarse todas las circunstancias de agravación y atenuación y aquellas que amplían o reducen el ámbito de la punibilidad.**

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

Código Penal, artículos 38 y 229.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 20954 del 11 de febrero de 2004 y 19948 del 15 de septiembre de 2004.

### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Se resuelve el recurso de apelación, interpuesto por el defensor de la procesada, dentro de los límites de los Artículos 31 Superior y 20 de la Ley 906/04 y, respecto de los asuntos materia del mismo así: amortización de la multa por trabajo, concesión de la prisión domiciliaria con fundamento en el Artículo 38 del Código Penal.

La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión reclama para su configuración de dos requisitos uno de índole objetiva o cuantitativa y otro de de estirpe subjetiva, la primera establece que *“la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos”*.

Para el caso, el delito por el cual se condenó es la Violencia Intrafamiliar prevista y sancionada en el Código Penal, Libro II, Título VI, Capítulo I, Artículo 229 modificado por la Ley 1142/07 Artículo 33 inciso segundo, con pena que oscila entre cuatro (4) a ocho (8) años aumentados de la mitad (1/2) a las tres cuartas partes (3/4). En otras palabras, la pena mínima se estableció así:  $4/2=2$ ;  $4+2=6$  y la máxima  $8 \times 3/4= 6$ ;  $8+6=14$ , significando que la pena para el caso osciló entre seis (6) y catorce (14) años.

Objetivamente, el condenado no tiene derecho a la prisión domiciliaria, así que su negación no obedeció al capricho del juzgador; sino al claro mandato del Artículo 38 que condiciona su reconocimiento a un mínimo punitivo el cual en este evento no se satisface.

Los recurrentes no tienen en cuenta que en la tasación de la pena deben incluirse las circunstancias específicas de agravación y atenuación punitiva, así como los amplificadores del tipo penal previstos en la parte general, que aumentan la esfera de los tipos comunes, así lo enseñó el Tribunal de Cierre de la Justicia Penal entre otras decisiones, en las cuales en lo toral dijo:

*“Siguiendo la misma postura puede decirse que, al igual que las circunstancias específicas que agravan la punibilidad, todas aquellas modalidades del comportamiento del procesado de la parte general que amplían la esfera de los tipos comunes de la parte especial, deben ser valoradas al momento de establecer el límite punitivo establecido para acceder a la prisión domiciliaria.*

*No sería equitativo que para tales efectos se tengan en cuenta exclusivamente las circunstancias agravantes específicas, pues al igual que éstas la complicidad, la tentativa, la ira e intenso dolor, entre otros dispositivos amplificadores, hacen parte*

*de la figura delictiva, y no existe razón para ignorarlas al momento de entrar a considerar la posibilidad de sustituir la prisión intramuros por domiciliaria”.*

Así que, no puede olvidarse que la prisión domiciliaria alude a la ejecución de la pena y, ésta es una decisión que se tomó con la precisión de todas las circunstancias que rodearon el delito, razón de más para estimar que cuando la norma habla de conducta punible no excluye aquellas modalidades del comportamiento que amplían o reducen el ámbito de punibilidad.

Sentencia de segunda instancia (2012-02007-01) del 28 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

**ESTÍMULO A LA PROSTITUCIÓN DE MENORES – No existe error de tipo cuando la minoría de las víctimas es evidente/ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS - Debe existir certeza del conocimiento que el procesado tenga sobre la edad real de la menor /PRISIÓN DOMICILIARIA – Los requisitos exigidos deben verificarse de manera simultánea.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículo 29; Ley 906 de 2004, artículos 7, 381, 404 y 447; Código Penal, artículos 38. 63, 208, 211 y 217; Ley 750 de 2002, Ley 1098 de 2006, artículo 199.

**CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 17089 del 16 de julio de 2003, ponencia del magistrado Edgar Lombana Trujillo, 35943 del 22 de junio de 2011, ponencia del magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, 37044 del 2 de diciembre de 2011, ponencia de la magistrada María del Rosario González de Lemos, 33022 del 20 de octubre de 2010, ponencia del magistrado Julio Enrique Socha Salamanca y 38204 del 18 de abril de 2012, ponencia del magistrado José Luis Barceló Camacho.

**TESIS DE LA DECISIÓN:**

En el caso que concita la atención de la Sala, se reitera, tenemos como hecho probado que la madrugada del 17 de mayo de 2009, sin justificación válida alguna, los procesados pretendieron ocultar la presencia de las menores V.A.V.O. y D.F.M.G. al interior del Bar Kilómetro 3, donde éstas ejercían la prostitución. También es un hecho probado que sin necesidad de ser un experto forense, a simple vista, por las facciones y fisonomía de las víctimas, se infería su minoría de edad.

La regla de la experiencia nos enseña que los administradores de los establecimientos públicos donde se presta el servicio de trabajadoras sexuales, tienen contacto permanente con personas dedicadas a éste oficio, de allí que les sea fácil determinar cuándo están en presencia de menores de edad, específicamente por la diferencia que había en la edad de las víctimas de menos de catorce a los dieciocho años, aunados a que suelen portar documentos de

identidad adulterados indicativos de una falsa mayoría de edad, a fin de exhibirlos ante las autoridades cuando les sea requeridos, lo que impone a los administradores de las casas de lenocinio un mayor cuidado en la contratación del personal con estos fines.

Así las cosas, ante el hecho indicador de la evidente minoría de edad de las víctimas y frente al ocultamiento que se pretendió hacer con dichas menores ante la autoridad, y con la regla de la experiencia que una persona que administra este tipo de establecimientos está en capacidad de determinar la minoría o mayoría de edad de la persona que contrata, específicamente cuando es notoria la diferencia de edad de menos de catorce a los dieciocho años, nos conduce al inequívoco hecho indicado que los señores Lina María Guevara Tabares y Luis Alberto Guerrero Tabares tenían el pleno conocimiento de que V.A.V.O. y D.F.M.G. eran menores de edad al momento en que las contrataron para laborar como trabajadoras sexuales en el Bar Kilómetro 3 de la vereda La Camelia de Caicedonia, desvirtuándose de esta manera el error de tipo aducido por la juez de instancia en cuanto al específico delito de estímulo a la prostitución de menores.

Resulta de especial relevancia para arribar a esta conclusión, el que el policial que realizó el procedimiento de captura, patrullero Rubén Darío Roza Giraldo, manifestó que por las facciones y fisonomía de las víctimas se determinaba su minoría de edad, lo que indica que no se requería de un mayor esfuerzo ni ser un perito experto para deducir que se encontraban ante menores, mucho menos para personas que se desenvuelven en el medio de las casas de lenocinio, que su oficio es administrar dichos establecimientos y el contacto es permanente con trabajadoras sexuales, de donde se predica ese conocimiento de los acusados sobre la minoría de edad de las víctimas, lo que emerge incuestionable al pretender ocultarlas de la autoridad cuando hizo presencia en el establecimiento público.

Esta conducta en que incurrieron los acusados se torna antijurídica en la medida en que con su actuar vulneraron sin justa causa el bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexuales de las menores V.A.V.O. y D.F.M.G., estableciéndose igualmente respecto al juicio de valor de la culpabilidad, que los procesados, actuaron con dolo directo o por lo menos eventual, y que estaban en capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de determinarse de acuerdo con esa comprensión; sin embargo, pudiendo actuar conforme a derecho, prefirieron incurrir en tal conducta ilegal.

No ocurre lo mismo con el punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años por el que se acusó y juzgó al señor Luis Alberto Guerrero Tabares, pues si bien le era exigible determinar la minoría de edad de V.A.V.O., no se puede predicar con la certeza que exige el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que conociera que se trataba de una menor de catorce años, esto, atendiendo que al momento de ocurrencia de los hechos, 17 de mayo de 2009, dicha víctima, nacida el 10 de agosto de 1995, contaba con 13 años 9 meses 7 días de edad, lo que vale decir, a escasos 2 meses 23 días para cumplir el límite de catorce años establecido por el legislador.

En este orden de ideas, analizados en conjunto los medios de convicción, estima la Sala que los mismos carecen de la fuerza probatoria necesaria para edificar un fallo de condena por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, pues lo que se echa de menos es la certeza sobre el conocimiento que pudiera tener el

procesado de la edad real de la menor V.A.V.O., por lo que resulta indefectible afirmar que no se pudo demostrar con la convicción requerida el compromiso del señor Luis Alberto Guerrero Tabares en este específico punible, y en el entendido que es al Estado al que le corresponde demostrar la responsabilidad de los procesados, deberá dársele aplicación a lo señalado en los artículos 29 de la Constitución Política y 7º de la Ley 906 de 2004, para en consecuencia absolverlo únicamente de los cargos formulados en su contra por la conducta tipificada en el artículo 208 del Estatuto Penal, modificado por el artículo 4º de la Ley 1236 de 2008, lo que lleva a la confirmación parcial de la sentencia de primera instancia por este delito, y, como se indicó en precedencia, se revocará la absolución por el estímulo a la prostitución de menores, para en su lugar dictar fallo de condena por este punible en contra de ambos acusados, guardando así concordancia con el sentido del fallo anunciado en decisión del 30 de julio de 2012, con ponencia del Honorable Magistrado Héctor Hugo Torres Vargas, aprobada según acta 196.

De otra parte, se dispone compulsar copias con destino a la Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Sevilla, para que se investigue si la señora Luz Adriana Guzmán Bedoya, pudo haber incurrido en alguna conducta punible, pues cuando su hija D.F.M.G., fue valorada por el médico legista le refirió que *“Estaba trabajando en el bar, atendiendo los hombre (sic), mi mama sabe, yo le paso la plata a ella”*.

En lo que tiene que ver con el tema de los subrogados penales, esta Colegiatura negará a los condenados la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena de que trata el artículo 63 del Código Penal y la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38 ejusdem, no sólo por expresa prohibición normativa del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, al tratarse de un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales de dos menores de edad, sino que tampoco se cumple con los presupuestos objetivos exigidos en las mencionadas disposiciones, toda vez que, de una parte, en la sentencia se impone una pena superior a los tres años, esto es se condena a 126 meses de prisión, y la pena mínima establecida para tal conducta punible, 120 meses, es superior a cinco años.

En lo atinente a la solicitud del defensor elevada en la audiencia de individualización de la pena celebrada ante el a quo el 30 de noviembre de 2012, en el sentido de que se reconozca a favor de sus representados Lina María Guevara Tabares y Luis Alberto Guerrero Tabares la prisión domiciliaria por ostentar la condición de madre y padre cabezas de familia, respectivamente, debe recordarse lo que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho sobre esta figura jurídica:

*“En síntesis, para que un procesado, sin distingo de género, acceda a la detención domiciliaria en los términos de la Ley 750 de 2002, deben converger los siguientes requisitos:*

*5.1. Que el delito endilgado no esté excluido expresamente; vale decir, que no se trate de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, extorsión, secuestro, o desaparición forzada.*

**5.2. Que no registre antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.**

**5.3. Que sea una mujer o un hombre cabeza de familia. Para este efecto se acude a la definición contenida en el artículo 2º de la Ley 2ª de 1982, interpretada a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional:**

**“ART. 2º- Para efectos de la presente ley, entiéndase por “mujer cabeza de familia”, quien siendo soltera o casada tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial, de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.**

**“PAR. – Esta condición y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo”.**

**5.4. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.**

**Los cuatro requisitos señalados en el punto anterior deben verificarse al mismo tiempo, de modo que si deja de cumplirse uno de ellos, la detención domiciliaria por ser cabeza de familia no tendrá lugar”.** (Subraya fuera de texto).

Al momento de intervenir en la audiencia del 30 de noviembre pasado, conforme lo dispuesto por el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, el defensor expresó respecto al señor Luis Alberto Guerrero Tabares, que hizo vida marital con la señora Carol Marcela Cano, de la cual se encuentra separado desde hace 4 años, y fruto de esa relación procrearon al menor Santiago, también de 4 años de edad, quien fuera abandonado por su señora madre, por lo que su cuidado y custodia lo ostenta dicho procesado, pero que al encontrarse éste privado de la libertad, ese cuidado lo ejerce su familia, de precaria situación económica, compuesta por su señora madre y 4 hermanas, de las cuales sólo Sandra Milena Guerrero labora en servicios domésticos devengando un salario de \$260.000 mensuales. Señaló que el sustento del núcleo familiar estaba en cabeza de los sentenciados.

Sobre la señora Lina María Guevara Tabares, expuso la defensa que es madre cabeza de familia, progenitora del menor Yorman David Londoño Tabares, de 5 años de edad, quien pese a las necesidades económicas estudia en una escuela de Caicedonia. Indicó que la procesada fue abandonada por sus padres desde sus primeros años de vida, lo que la llevó a trabajar desde muy pequeña.

Solicitó el togado se les conceda a sus defendidos la prisión domiciliaria por ser padre y madre cabeza de familia, sin que allegara soporte probatorio alguno de sus manifestaciones; esto es, del registro del audio de la precitada audiencia se tiene que la defensa adujo dicha condición en cabeza de los acusados, pero en manera alguno presentó ante el a quo, quien presidía la diligencia, elementos probatorios que demostraran lo aducido.

Precisado el deber que le asiste a la parte interesada de probar que a su favor concurren los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos para entrar a gozar del beneficio de la prisión domiciliaria por ostentar la condición de hombre o mujer cabeza de familia, lo que se advierte del estudio del caso que concita la atención de la Sala, es que la defensa no pasó de aducir que los señora Lina María Guevara Tabares es madre del menor Yorman David, de 5 años de edad, y Luis Alberto Guerrero Tabares es padre del menor Santiago, de 4 años de edad, y que dichos acusados son madre y padre cabeza de familia, sin que lo acreditara con sustento probatorio alguno.

En efecto, no se demostró ni la existencia legal de los precitados menores, ni mucho menos la situación de desamparo de los mismos al hallarse los acusados privados de la libertad, se itera, siendo el deber de la parte interesada su acreditación, lo que obliga a despachar desfavorablemente tal pretensión.

Sentencia de segunda instancia (2009-00262-02) del 6 de marzo de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: revoca parcialmente el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia apelada, confirma la absolución por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

**IMPUTACIÓN Y ACUSACIÓN – Deben precisar los hechos jurídicamente relevantes y no las circunstancias accesorias o secundarias/CONGRUENCIA – En la acusación no pueden adicionarse hechos no mencionados en la imputación.**

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 27518 del 28 de noviembre de 2007; Corte Constitucional, sentencia C-025 de 2010.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En atención a los argumentos expuestos por la parte impugnante el Tribunal debe dilucidar lo siguiente: (i) si en el caso que nos ocupa la imputación fáctica fue genérica; y (ii) si existe incongruencia entre la imputación fáctica que hizo la Fiscalía en la audiencia de formulación de imputación con la efectuada en la acusación.

Imputación fáctica genérica.

Expresa la parte impugnante que en la audiencia de formulación de imputación la Fiscalía manifestó que desde el año 2004, como consecuencia de la muerte del señor WILBER VARELA alias JABÓN, la banda criminal LOS RASTROJOS tuvo mayor auge y cambios en su organización; pero que esa afirmación no es cierta ya que alias JABÓN falleció en el año 2008.

Para el Tribunal ese argumento carece de relevancia jurídica, ya que lo que debe ser concreto o específico en la imputación y la acusación son los hechos jurídicamente relevantes, no cualquier situación que se exponga en esas actuaciones.

Los hechos jurídicamente relevantes son los que sirven de fundamento para la adecuación típica del comportamiento que se investiga, o para deducir responsabilidad penal del acusado.

En lo que respecta a las conductas punibles que la Fiscalía dedujo contra el procesado, se observa que el fundamento fáctico de las mismas fue concreto y específico; en efecto, tanto en la audiencia de formulación de imputación como en la de acusación la Fiscalía expresó que contaba con información y elementos materiales probatorios que le permitían concluir que *“el acusado EDILSON ANTONIO PELAEZ JARAMILLLO, alias MINCHO, a partir del año 2002 y hasta el momento en que se realiza su captura, el 28 de junio de 2012...estaba concertado para delinquir y ostentaba el cargo dentro de la estructura Los Rastrojos de Cabecilla...por ello se le atribuyen los homicidios que ordenó y aun aquellos que cometieron los autores materiales en razón y como consecuencia de las directrices de la organización o estructura de Los Rastrojos.”*

También manifestó la Fiscalía tanto en la audiencia de formulación de imputación como en la de acusación que, como consecuencia de operativos realizados contra la banda criminal LOS RASTROJOS, se entregaron varios de los integrantes de esa organización ilegal, quienes proporcionaron información útil para desarticularla, los que incriminaron al señor EDILSON ANTONIO PELAEZ JARAMILLLO, de quien dijeron era el encargado de toda la parte del narcotráfico y su comercialización en la zona del Cañón de Garrapatas; también informaron que alias LA DIABLA cumplía órdenes directas de aquél relacionadas con la ejecución de homicidios, y mencionaron varios de esos crímenes que aquél habría ordenado ejecutar.

En lo que respecta al delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, se observa que en la acusación la Fiscalía expresó que en el mes de septiembre de 2009, en operativo realizado por la Fuerza Aérea Nacional en el Cañón de Garrapatas, se encontró 1.240 cartuchos calibre 5.56 milímetros, 5 cartuchos calibre 12,515 cartuchos calibre 7.62 x 39 milímetros tipo expansivos aptos para ser disparados con fusiles o ametralladoras del mismo calibre, 7 escopetas, dos fusiles calibre 5.56 de funcionamiento automático, un revolver calibre 38 especial, 4.435 cartuchos calibre 7.62 x 51 milímetros aptos para ser utilizados en fusiles o ametralladoras, 2.582 cartuchos calibre 7.62 x 39 milímetros, 2.380 cartuchos calibre 5.56 milímetros, 3 lanzacohetes RPG 7 calibre 40 milímetros, abundantes morteros y lanzagranadas, también se encontraron y destruyeron 14 laboratorios para el procesamiento de cocaína, material de la banda criminal LOS RASTROJOS, y que como el señor EDILSON ANTONIO PELAEZ JARAMILLLO era cabecilla de esa organización, debía responder penalmente por ese hallazgo.

Así las cosas, no queda duda para la Sala que la imputación fáctica de los cargos por los cuales la Fiscalía acusó al señor EDILSON ANTONIO PELAEZ JARAMILLLO fue expuesta de manera clara, concreta y específica.

Ahora, si lo que dijo la Fiscalía no corresponde a la realidad, o no logra probarlo, ello no es asunto que sirva de fundamento para decretar nulidad de parte alguna de lo actuado; en consecuencia, nada importa en este momento procesal si es verdad o no que desde el año 2004, por la muerte del señor WILBER VARELA alias JABÓN, la banda criminal LOS RASTROJOS ha tenido mayor auge y realizado cambios en su

organización, tampoco si la zona de influencia de ese grupo era o no la que manifestó la Fiscalía en la acusación.

**Incongruencia entre la imputación y la acusación.**

Argumentó la parte impugnante que en la audiencia de formulación de imputación la Fiscalía manifestó que el procesado participó en la ejecución de 39 homicidios, pero en la acusación le enrostró dos que no le mencionó en la aludida audiencia, concretamente los homicidios de alias CALVO y de FERNANDO MORALES IDARRAGA, lo que constituye incongruencia entre la imputación y la acusación.

Respecto a ese argumento el Tribunal debe expresar que la congruencia no sólo se predica de la acusación con la sentencia, sino también de la imputación con la acusación en lo que respecta a los hechos, tal como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Al confrontar la formulación de imputación con la acusación de este caso, se constata que la Fiscalía en la acusación se refirió a dos hechos que no concretó en la audiencia de formulación de imputación, específicamente los referentes a los homicidios en los que mencionó como víctimas a alias CALVO y FERNANDO MORALES IDARRAGA.

Esos dos hechos, por no haber sido mencionados por la Fiscalía en la audiencia de formulación de imputación, no han debido aparecer en la acusación, siendo lo procedente que para su judicialización la Fiscalía solicite audiencia de esa naturaleza para hacer la correspondiente imputación, tal como lo expresó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 28 de noviembre de 2007 emitida en el Proceso 27.518 cuando dijo lo siguiente:

*“Para la Sala, la formulación de imputación se constituye en condicionante fáctico de la acusación, de ahí que deba mediar relación de correspondencia entre tales actos. Los hechos serán inmodificables, pues si bien han de serle imputados al sujeto con su connotación jurídica, no podrá la acusación abarcar hechos nuevos.*

(...)

*En este sentido, la Sala comparte la posición del representante de la Fiscalía relacionada con que si surge otro hecho, debe motivarse una nueva formulación de imputación, pues ello tiene sustento en la Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal al establecer los derechos del imputado cuando indica que “las decisiones que afecten derechos personales o procesales del imputado no podrán ser adoptadas sin audiencia previa.”*

Así las cosas, razón tiene la defensa cuando expone que con la adición de esos hechos en la acusación, se vulnera el principio de congruencia.

También el error aludido vulnera el debido proceso y el derecho de defensa, toda vez que de permitirse esa adición a la acusación se pretermitiría una fase de la estructura

del trámite, como lo es el de la oportunidad que se le debe brindar al procesado para que se allane a esos homicidios en la audiencia de formulación de imputación.

En lo referente al supuesto homicidio de alias CALVO se observa que la Fiscalía omitió expresar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habría ocurrido, falencia que dejó ese cargo en situación de inconcreción inaceptable.

No obstante lo anterior, se observa que cuando la juez de instancia requirió a la Fiscalía para que precisara por cuales homicidios formulaba la acusación, dicha parte manifestó que lo hacía por las muertes de ADELINA GALLEGO, JOSÉ HILARIO TORO URIBE, RIGOBERTO DÍAZ QUINTERO, ALBERTO VALLEJO RÍOS, JOSÉ WALTER CARMONA BURITICÁ, RAFAÉL ANTONIO RAIGOZA RUIZ, LUIS ALFREDI CEBALLOS VALENCIA, PAULO ANTONIO VALLEJO RÍOS y LUÍS FERNANDO MORALES IDÁRRAGA, o sea que dejó por fuera de la acusación la supuesta muerte de alias CALVO, situación que deja sin objeto la controversia suscitada por la parte impugnante respecto a ese hecho.

En lo referente al supuesto homicidio del señor LUÍS FERNANDO MORALES IDÁRRAGA, por haber sido objeto de acusación sin que fuera mencionado en la audiencia de formulación de imputación, se debe concluir que ello constituye clara situación de incongruencia entre la imputación y la acusación, lo que es inaceptable.

Pero esa irregularidad no tiene el poder de invalidar parte alguna de lo actuado, pues la nulidad es remedio extremo, y por su condición de *ultima ratio* sólo es viable aplicarla en situaciones en que la única forma de superar la irregularidad sea invalidando el trámite parcial o totalmente.

En este caso, para superar la falencia que nos ocupa, y en estricto acatamiento al principio de congruencia fáctica entre imputación y acusación, basta que la judicatura no considere como parte de la formulación de acusación el cargo que hizo la Fiscalía por el supuesto homicidio del señor LUÍS FERNANDO MORALES IDÁRRAGA, por carecer el mismo del presupuesto sustancial y procesal para aparecer en la acusación, que lo era haber sido endilgado al procesado en la audiencia de formulación de imputación.

Auto de segunda instancia (AC-042-13) del 20 de marzo de 2013, con ponencia del Dr. José Jaime Valencia Castro. Decisión: confirma el auto apelado.

**APELACIÓN – El recurrente debe expresar y concretar las razones de la impugnación.**

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 13065 del 25 de septiembre de 1997, ponencia del magistrado Mario Mantilla Nogués, 201128 del 11 de abril de 2007, ponencia del magistrado Jorge Luis Quintero Milanés, 35678 del 23 de febrero de 2011 y 37528 del 28 de septiembre de 2011; Corte Constitucional, sentencia T-212 de 1995.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Dentro del esquema legal del proceso penal aquí seguido existen una serie de controles a las decisiones jurisdiccionales, los cuales pueden ser internos y externos. Son los primeros los que corresponden a este caso pues cuando se habla de controles internos estos pueden ser horizontales y verticales: el primero refiere la posibilidad que tiene el mismo funcionario que profirió una decisión para que mediante los recursos de reposición o a través de la revocatoria directa, modifique, adicione o aclare una decisión. De otro lado, el control vertical, como su mismo nombre lo indica, permite que el superior funcional revise la providencia materia de controversia.

Hacer un reproche a una decisión judicial a través de recurso oportunamente propuesto demanda ciertas exigencias argumentativas, siendo necesario sustentar en forma debida las razones por la cuales se evidencia falencias que se endilgan a la decisión sujeta al examen del ad - quem pues el ejercicio de los recursos se halla inmerso en la dialéctica del proceso penal, exigible a las partes, en especial cuando de profesionales del Derecho se trata.

Los requisitos genéricos para acceder al derecho a la segunda instancia, recordemos, pasan porque: 1) la decisión sea susceptible de recursos; 2) que la parte que los propone esté legitimados para ello; 3) que tenga interés jurídico para recurrir porque la parte sufrió un agravio con la decisión; 4) que respete los términos establecidos por la ley, y; 5) finalmente, que sustente las razones de hecho y de derecho por las cuales considera desacertado lo resuelto por la primera instancia.

Ello porque el resolver un recurso no es un juicio adivinatorio en el que el funcionario que lo conoce debe ubicar cuál fue el pensamiento que tenía el censor para recurrir.

En el caso concreto, se advierte que el defensor de la señora María Eugenia Tamayo Cardona se limitó a señalar que su defendida fue hallada con tan sólo 3 gramos de sustancia estupefaciente y que por tanto se le debía permitir purgar la condena que le fue impuesta en su lugar de domicilio.

Frente al reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria a la señora María Eugenia Tamayo Cardona, la Juez Segundo Penal del Circuito de Buenaventura, consideró que no se cumplían los requisitos objetivos, ya que la precitada fue condenada a pena privativa de la libertad que supera los 3 años de prisión y la pena mínima establecida para el delito por el que fue condenada supera los 5 años, argumentos que no fueron atacados por el apelante.

En ese orden, el pretendido censor no se ocupa en ningún momento de los asertos plasmados en el fallo de instancia, sino que se dedica a mencionar la cantidad de sustancia encontrada en poder de su representada, para concluir que se le debe conceder la prisión domiciliaria, sin que ni si quiera se hubiera referido al cumplimiento de los requisitos fijados en la ley para acceder a ese mecanismo, a pesar que la razón por la cual le fue negado en primera instancia, fue que no se cumple con el requisito objetivo.

Considera la Sala, que las afirmaciones realizadas por el apelante en la sustentación del recurso de apelación son poco claras, ya que la cantidad de sustancia encontrada en poder de la señora María Eugenia Tamayo Cardona no es un argumento para reclamar el reconocimiento de la prisión domiciliaria a favor de la precitada, máxime, que es un aspecto que no fue tenido en cuenta por la juez de primera instancia para negar el citado mecanismo, como quiera, que al no cumplirse con el requisito objetivo, no analizó los demás presupuestos establecidos en la ley.

Nada en concreto dijo el recurrente sobre las equivocaciones del juez de instancia, así como qué fue lo dejado de valorar o de apreciar o exponer en la valoración probatoria a partir del discurso y del uso de la dialéctica y la epistemología que permitiera a esta Corporación entender cuáles son las razones por las que el recurrente considera que existen esas fallas, todo a luz del ordenamiento jurídico vigente.

Ante este panorama, el *a quo* debió declarar desierta la alzada, pues la sustentación de un recurso de ese talante, exige a quien está en contra del fallo expresar en forma seria y diáfana las razones por las cuales considera que las indicadas en el proveído atacado se apartan de la realidad fáctica, jurídica y/o probatoria denotada en el proceso.

Adicionalmente, el Tribunal únicamente está legitimado para resolver los ataques formulados por el recurrente a la decisión de primera instancia, esto es, a los asuntos o temas puestos en discusión, estándole vedado inmiscuirse en otros asuntos que no son objeto de la alzada, salvo que se trate de derechos y garantías fundamentales.

Como en el presente caso el recurrente omitió concretar los tópicos que impugna o está en desacuerdo y las razones para ello, a la segunda instancia le esta vedado suplir tal deficiencia argumentativa.

Así las cosas, como quiera que la sustentación se encuentra carente de dichos aspectos, pues el apelante no especificó en que falló la juez de primera instancia, ni mencionó que elementos de prueba dejó de valorar a efectos de conceder la prisión domiciliaria a la ciudadana María Eugenia Tamayo, sino que sólo resaltó la mínima cantidad de sustancia estupefaciente encontrada en poder de la precitada, la Sala de abstendrá de resolver de fondo la alzada.

**Auto de segunda instancia (2012-01937-01) del 3 de abril de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: se abstiene de conocer el recurso de apelación.**

**SENTENCIA CONDENATORIA - No puede dictarse, en el caso de los allanamientos y preacuerdos, sin contar con un mínimo probatorio.**

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 24667 del 4 de abril de 2006, ponencia de Alfredo Gómez Quintero, 25284 del 10 de mayo de 2006,

ponencia de Mauro Solarte Portilla, y 27337 del 23 de agosto de 2007, con ponencia de Sigifredo Espinosa Pérez; Corte Constitucional, sentencia T-091 de 2006.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En atención a los argumentos expuestos por la parte impugnante, sería lo procedente dilucidar si se debe revocar el sustitutivo de prisión domiciliaria concedido al señor LUIS CARLOS ULCUE GUAZAQUILLO, pero ello no es posible porque se observa irregularidad sustancial que impide proferir decisión de dicha naturaleza y que obliga anular parte de lo actuado.

En orden a sustentar el aserto anterior sea lo primero expresar que una sentencia condenatoria de carácter penal no puede estar fundada exclusivamente en afirmaciones desprovistas de medios de convicción que le permitan al Juez establecer su veracidad.

El hecho de que una persona acepte los cargos que le formula la Fiscalía no releva a esta de entregar al Juez de conocimiento todos los elementos materiales probatorios y evidencias físicas en su poder, que le permitan decidir si en la actuación se cumple el mínimo probatorio indispensable para proferir condena, o constatar si están acreditadas las circunstancias del comportamiento investigado expresadas por el instructor.

Tampoco la aceptación de cargos faculta al Juez para emitir condena sin tener todos los elementos materiales probatorios del caso obtenidos por la Fiscalía, pues decisión de ese tenor, dada su gravedad, exige evaluación, análisis y ponderación probatoria.

Cuando la sentencia es anticipada, bien por allanamiento a los cargos ora por acuerdo entre las partes, debe proferirse con fundamento en los elementos materiales probatorios y la evidencia recogidos hasta ese momento por la Fiscalía, y en la aceptación de responsabilidad del imputado o acusado.

En el caso que nos ocupa no obran elementos materiales probatorios relacionados con la ejecución del delito y posible responsabilidad del procesado, y se resalta la inexistencia de la supuesta prueba preliminar que se le hizo a la sustancia incautada, según la cual, habría dado positivo para marihuana y peso de 7.701,5 gramos netos, lo que significa que la judicatura no conoce los medios de convicción que permitan aceptar que los hechos investigados configuran conducta punible, situación que torna en imposible jurídico la emisión de fallo condenatorio, anomalía que por haberse presentado obliga anular la sentencia impugnada.

Sentencia de segunda instancia (AC-047-13) del 12 de abril de 2013, con ponencia del Dr. José Jaime Valencia Castro. Decisión: anula la sentencia de primera instancia.

**ESCRITO DE ACUSACIÓN** – Una vez presentado, hasta el momento en que sea interrogado el acusado, la Fiscalía puede celebrar acuerdos con el imputado que impliquen eliminación de circunstancias de agravación punitiva.

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

Constitución Política, artículo 2; Ley 906 de 2004, artículos 348, 351 y 352.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 24351 del 04 de mayo de 2006, ponencia de Sigifredo Espinosa Pérez, 21954 del 23 agosto de 2005, ponencia de Jorge Luis Quintero Milanés y 38911 del 27 de junio de 2012, ponencia de Sigifredo Espinosa Pérez.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

El problema jurídico que debe resolver el Tribunal en este caso consiste en dilucidar si después de presentado el escrito de acusación la Fiscalía puede celebrar preacuerdos con el imputado que impliquen eliminación de circunstancias de agravación punitiva.

En orden a cumplir la tarea anunciada sea lo primero expresar que el artículo 2 de nuestra Constitución Política consagra como uno de los fines esenciales del Estado, el de *“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan...”*, y que *uno de los propósitos planteados desde la iniciativa de reforma constitucional que se convirtió en el Acto Legislativo 03 de 2002 fue la creación de un sistema procesal penal de partes, modelo al cual responde la Ley 906 de 2004, en el cual tienen operatividad los principios de consenso -propio del sistema acusatorio anglosajón- que buscan anticipar la terminación del proceso, los que denomina indistintamente preacuerdos o acuerdos, creados con el objetivo de ganar celeridad y eficacia en la administración de justicia.*

*El artículo 348 de la Ley 906 de 2004 dispone que la Fiscalía y el imputado o acusado podrán suscribir acuerdos que impliquen la terminación del proceso, y precisa que al celebrarlos, el Fiscal debe observar las directivas de la Fiscalía y las pautas trazadas como política criminal “a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”.*

El artículo 352 de la Ley 906 de 2004 dice en su tenor literal lo siguiente:

**“ARTÍCULO 352. PREACUERDOS POSTERIORES A LA PRESENTACIÓN DE LA ACUSACIÓN.** *Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior.*

*Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte.”* (Negrillas del Tribunal)

Y en el artículo 351 *ibidem* se consagró lo siguiente:

**ARTÍCULO 351. MODALIDADES.** *La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.*

*También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.*

*En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.*

*Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.*

*Aprobados los preacuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente.*

*Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes.*

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 23 de agosto de 2005 emitida en el Proceso 21954, con ponencia del Magistrado JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS, dijo lo siguiente:

*“El artículo 352 contempla la posibilidad de la existencia de acuerdos posteriores a la presentación de la acusación, estableciendo que en caso de que el acusado acepte su “responsabilidad” en dicho lapso de la actuación, “la pena imponible se reducirá en una tercera parte”.*

*En esta hipótesis, también contemplada en el Título II de la Ley 906 de 2004, denominado “PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO”, estima la Sala que pueden presentarse las distintas eventualidades que contempla el artículo 351, en la medida en que los preacuerdos pueden recaer sobre “los hechos imputados y sus consecuencias”, situación que conlleva a que el fiscal y el acusado acuerden la pena a imponer, implicándole al juez de conocimiento la obligación de respetarlos.” (Negritas del Tribunal)*

De conformidad con lo previsto en el artículo 352 de la Ley 906 de 2004, presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo 351, norma esta que señala en su inciso 2 que las partes en mención podrán llegar a un acuerdo “sobre los hechos imputados y sus consecuencias” y que “si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo.”

La situación regulada en el artículo 352 en concordancia con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 fue la ocurrida en el presente asunto, pues después de formulada la acusación, la Fiscalía y el acusado pactaron como única

rebaja punitiva por el preacuerdo la eliminación de la circunstancia de agravación punitiva deducida al delito objeto de juzgamiento, lo que significa que el preacuerdo que nos ocupa es armónico con lo consagrado en los artículos 351 y 352 de la Ley 906 de 2004, razón por la cual se revocará la providencia impugnada para que el *a quo* profiera la correspondiente sentencia.

No sobra expresar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 27 de junio de 2012 emitida en el Proceso 38911 con ponencia del Magistrado SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ no encontró errado que después de presentado el escrito de acusación se suscribiera preacuerdo entre la Fiscalía y el procesado en el que a cambio de eliminación de las causales de agravación del homicidio el acusado aceptó responsabilidad penal.

**Auto de segunda instancia (AC-053-13) del 19 de abril de 2013, con ponencia del Dr. José Jaime Valencia Castro. Decisión: revoca el auto apelado.**

***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).

