



Plazoleta del patio central del Tribunal Superior de Buga. Homenaje a la bandera durante la conmemoración de los 165 años de vida institucional.

El 14 de marzo de 1848 el Gran General Tomás Cipriano de Mosquera sancionó la Ley 1748, a cuyo texto se debe la creación del Tribunal Superior de Buga. Tantos años después el lábaro de la justicia ondea con igual majestad y persigue los mismos ideales: servir con abnegación y dar a cada cual lo suyo.

LAS RELATORÍAS SON LA MEMORIA O EL OLVIDO (EL ELOGIO DEL RELATOR).

Por Edwin Fabián García Murillo, relator del Tribunal Superior de Buga.

El relator vendrá, en cada jornada, dispuesto a merecer el don de su trabajo. Al llegar encontrará a la soledad y al silencio, sus dos habituales compañeros; tendrá, a su alcance, una legión de libros, proyectos pero sabios, y sentirá por un instante, como Borges, que el paraíso tiene la forma de una biblioteca. En este lugar, amplio y solariego -su refugio durante varios años- ha luchado contra sus errores, contra sus vacilaciones, contra sus temores, es decir, contra sí mismo; no es un hombre docto, pero ama lo que hace, es fiel a sus convicciones y confía en no ser inferior a sus responsabilidades. En un comienzo buscó la

notoriedad; hoy, sin embargo, le preocupa no ser digno de respeto como persona, no tener la distinción de la humildad y del esfuerzo. Se ha empeñado en creer que no es un burócrata más, que su tarea es de alto coturno y que su mejor galardón es la posibilidad de servir bien, con desinterés y con ahínco y necesita, en esa especial odisea, encontrar, al igual que los alquimistas, la piedra filosofal que transmute la materia de sus quehaceres, que lo lleve a enfrentar los desafíos que la modernidad impone a su cargo. Mañana, cuando se marche, nadie lo recordará, pero está aquí para no faltar a una vieja promesa: la de cumplir con su deber. Así discurre su cotidianidad. En ella, una a una, ante sus ojos, pasarán las providencias que es necesario revisar y titular con escrupulosidad. Allí, en el Derecho, tan arcano y vasto como el universo, hallará toda la grandeza y toda la ruindad de la insondable condición humana. Quiere plasmar, de algún modo, esta vivencia, desea proclamar este privilegio: *en algún lugar de las corporaciones judiciales los relatores enfrentamos, día a día, la responsabilidad de condensar en palabras lo que en otros, -los jueces-, es el fruto de la cavilación, del estudio, de la ponderación. Las relatorías, suena a sinsentido, fueron creadas para decirle a la sociedad que la administración de justicia existe de manera tangible a través de sus decisiones, y que por ellas puede perdurar desafiando al tiempo, sobreponiéndose a la finitud de todas las empresas mundanas; a las relatorías corresponde, con fidelidad y perseverancia, seguir primero y consignar después, la huella que la jurisprudencia deja en cada época como testigo excepcional de sus conflictos, de sus tendencias, de sus perplejidades. Esa es nuestra misión, esa es nuestra recóndita esperanza: la de conservar la memoria, la de conjurar el olvido.*

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO – TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA
BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 004 – MAYO DE 2014

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:

ACCIÓN DE REVISIÓN – Procedencia por el cambio de jurisprudencia en la pena a imponer por el delito de extorsión. **Página 82.**

ACCIÓN DE TUTELA – Debe ser presentada dentro de un término razonable. **Página 8.**

ACCIÓN DE TUTELA – No es el medio adecuado para dar mayor prontitud a una investigación penal. **Página 58.**

ACCIÓN DE TUTELA – No está legitimada para interponerla quien no es parte o interviniente en el proceso ni tiene la condición de representante legal de su hijo. **Página 20.**

ACCIÓN DE TUTELA – No fue instituida para subsanar las eventuales negligencias de las partes dentro del proceso. **Página 56.**

ACCIÓN DE TUTELA – No puede ser presentada por el abogado que no es parte en el proceso ni cuenta con poder especial para promoverla. **Página 8.**

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – Es razonable no disponer la exhibición de un título valor que no se encuentra en poder de quien debe o debía exhibirlo. **Página 56.**

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – No es arbitrario denegar la cancelación de afectación a vivienda familiar por no demostrar la disolución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y no invocar alguna de las causales señaladas en la ley para tal efecto. **Página 13.**

ACCIÓN DE TUTELA QUE SE PRESENTA A NOMBRE DE OTRA PERSONA - Es preciso demostrar que ella no tiene la posibilidad de impetrar, por sí misma, la protección de sus derechos fundamentales. **Página 52.**

AFECCIÓN A VIVIENDA FAMILIAR - La ley no sometió su existencia a la declaración judicial de compañeros permanentes. **Página 13.**

AYUDA ECONÓMICA DEL PROGRAMA “FAMILIAS EN ACCIÓN” - Si el beneficiario no presenta su cédula de ciudadanía es posible entregarla recurriendo a las otras formas de identificación autorizadas por la ley. **Página 21.**

CADUCIDAD DE LA DEMANDA DE EXPROPIACIÓN – La demanda deberá ser presentada dentro de los 2 meses siguientes a la ejecutoria del acto administrativo que ordene la expropiación. **Página 49.**

CALIFICACIÓN DE LA INVALIDEZ – Si el trabajador recurre directamente a la Junta de Calificación debe acompañar, a su solicitud, la copia del aviso a la entidad que considere competente para el reconocimiento y pago de la prestación. **Página 69.**

CAMBIO DE NOMBRE – Puede hacerse por una sola vez. **Página 54.**

CÉDULA DE CIUDADANÍA – El retraso manifiesto e injustificado de su entrega vulnera derechos fundamentales. **Página 21.**

CÉDULA DE CIUDADANÍA – Su no expedición correcta y oportuna vulnera los derechos de petición, reconocimiento a la personalidad jurídica y participación, conformación, ejercicio y control del poder político. **Página 45.**

CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – Rige para el Distrito Judicial de Buga, según el Acuerdo PSAA13-10073 de 2013, a partir del 1 de diciembre de 2015.

Página 49.

COOPERATIVAS Y PRECOOPERATIVAS ASOCIADAS DE TRABAJO – Al trámite arbitral se someten las controversias por actos cooperativos de trabajo, y a la jurisdicción ordinaria del trabajo aquellas que sean consecuencia de la prestación de servicios subordinados. **Página 62.**

COSA JUZGADA – El acuerdo para desistir de una demanda previa de divorcio entre las mismas partes no constituye cosa juzgada y no impide demandar de nuevo la separación. **Página 15.**

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO - La solicitud de la persona afectada hace necesaria la realización de la junta médica laboral de retiro para las Fuerzas Militares. **Página 23.**

DERECHO A LA IGUALDAD – La tutela no es el medio para reclamar su protección cuando no se agotaron los recursos contra el acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías parciales. **Página 28.**

DERECHO DE PETICIÓN – La falta de respuesta acusa su vulneración. **Páginas 28 y 37.**

DERECHO DE PETICIÓN – La respuesta debe guardar relación con lo que pide o pregunta la persona. **Página 30.**

DERECHO DE PETICIÓN – No procede para solicitar la intervención de la Procuraduría General de la Nación ante la mesa de trabajo de una penitenciaría.

Página 10.

DERECHOS A LA IGUALDAD Y AL TRABAJO – La tutela no es el medio para obtener el nombramiento en un cargo de carrera en cuyo concurso no se ocupa el primer lugar de la lista ni se demuestra la existencia de la respectiva vacante.

Página 37.

DERECHO A LA SALUD – La sola autorización de los servicios requeridos no constituye un hecho superado. **Página 42.**

DERECHO A LA SALUD EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO – La atención en salud, cuando se trata de exclusiones del POSS, corresponde a las EPS y la financiación a la respectiva entidad territorial. **Página 42.**

DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y A LA PERSONALIDAD JURÍDICA – La persona afectada con la cancelación de la cédula de ciudadanía, a efectos de ejercer su defensa, debe ser convocada a dicho trámite. **Página 11.**

DESACATO – Su propósito es el cumplimiento de la orden de tutela y no la imposición de sanciones. **Página 47.**

DIVORCIO – Al fijar los alimentos el juez debe considerar la necesidad alimentaria del cónyuge inocente y la capacidad económica del cónyuge culpable. [Página 32.](#)

DIVORCIO – Incumplimiento de los deberes de ayuda y socorro mutuos con persona octogenaria y en interdicción por demencia. [Página 15.](#)

ESCRITO DE ACUSACIÓN – El procesado debe conocer los motivos por los cuales es llamado a juicio. [Página 80.](#)

EXTINCIÓN DE LA PENA - El pago de los perjuicios a las víctimas no es exigible al condenado que se encuentra en imposibilidad de satisfacerlos. [Página 89.](#)

EXTINCIÓN DE LA PENA – No puede decretarse en favor de quien no suscribió la diligencia de compromiso. [Página 79.](#)

HOMICIDIO – Absolución por aplicación del *in dubio pro reo*. [Página 80.](#)

INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES – Guarda relación con los requisitos de forma en la presentación de las mismas, y no con el fondo del debate jurídico. [Página 62.](#)

INDEMNIZACIÓN PLENA Y ORDINARIA DE PERJUICIOS – Procede cuando el suceso es calificado como accidente de trabajo. [Página 68.](#)

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO – A la secretaria de un juzgado no puede exigírsele que identifique de manera inequívoca al signatario de un poder o que determine su estado de salud mental. [Página 84.](#)

JUEZ DE TUTELA – No le corresponde zanjar las controversias económicas entre las entidades del sistema de salud. [Página 19.](#)

LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL – El poder otorgado debe especificar el proceso a seguir, el nombre del sindicato al cual se encuentra afiliada la demandada y su cargo en la junta directiva. [Página 66.](#)

LITISCONSORTE FACULTATIVO – No puede ser objeto de interrogatorio de parte a solicitud de quien tenga su misma calidad, pero sí sometido a rendir testimonio.

MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS – Son para las víctimas de las conductas punibles y no para los procesados. [Página 84.](#)

OPERACIÓN DE ABDOMINOPLASTIA POSBARIÁTRICA – Al estar incluida en el POS no genera recobro ante el FOSYGA. [Página 73.](#)

PRESCRIPCIÓN EN MATERIA LABORAL – Su declaración depende de que no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad del derecho. [Página 74.](#)

RECOBRO AL FOSYGA – El juez de tutela tiene potestad para decidir sobre él. [Página 42.](#)

SOLIDARIDAD EN MATERIA LABORAL – En el caso de los trabajadores en misión y los contratos por duración de la obra o labor contratada. [Página 64.](#)

TERMINACIÓN DEL TRABAJO POR JUSTA CAUSA – Es falta grave recibir dinero, propina o dádiva de las entidades o personas vinculadas comercial o administrativamente a la empresa. [Página 59.](#)

REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS – El excesivo retraso para resolver las solicitudes en dicho sentido no es aceptable a la luz de la Constitución. [Página 53.](#)

TÍTULOS VALORES SUSCRITOS CON ESPACIOS EN BLANCO – El demandado debe probar cuáles fueron las instrucciones dadas y el abuso del actual tenedor del título al desatenderlas. [Página 35.](#)

TRASLADO DE DOCENTES – Es necesario respetar el debido proceso y mostrar diligencia y cuidado al momento de presentar las plazas vacantes. [Página 5.](#)

VÍA DE HECHO POR DECISIÓN SIN MOTIVACIÓN EN PROCESO EJECUTIVO – El juez debe explicar, de manera adecuada o suficiente, y no sin reflexión, las razones para no acoger los argumentos de la apelación. [Página 40.](#)

TRASLADO DE DOCENTES – Es necesario respetar el debido proceso y mostrar diligencia y cuidado al momento de presentar las plazas vacantes.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 520 de 2010.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2010.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...) El busilis del asunto *sub examine* versa sobre el proceso administrativo de traslados de docentes al que se sometió la señora SANDRA PATRICIA MORENO VALENCIA, indispensable resulta fijar la atención en las reglas que para ese efecto se encuentran contempladas en el Decreto No. 520 del 17 de febrero de 2010 “...Por el cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 715 de 2001 en relación con el proceso de traslado de docentes y directivos docentes...” expedido por el Ministerio de Educación Nacional, norma que se constituye en el marco jurídico que reglamenta la materia.

El artículo 2° del Decreto en cita indica que el “proceso ordinario de traslados” deberá llevarse a cabo previa implementación del proceso correspondiente por parte de la entidad territorial certificada en educación y señala los criterios que deberán atenderse para efectuar dicho trámite:

“... 1. El Ministerio de Educación Nacional fijará cada año, antes de la iniciación del receso estudiantil de que trata el Decreto 1373 de 2007, el cronograma para la realización por parte de las entidades territoriales certificadas del proceso de traslados ordinarios de docentes y directivos docentes al servicio de las entidades territoriales certificadas, con el fin de que al inicio del siguiente año escolar los docentes trasladados se encuentren ubicados en los establecimientos educativos receptores para la oportuna prestación del servicio educativo.

2. Cada entidad territorial certificada expedirá un reporte anual de vacantes definitivas, por establecimiento educativo, considerando las sedes, haciendo uso del sistema de información de recursos humanos del que disponga, con corte a 30 de octubre de cada año para calendario A y 30 de mayo para calendario B.

3. Con base en el cronograma fijado por el Ministerio de Educación Nacional y el reporte anual de vacantes, antes de la iniciación del receso estudiantil previsto en el Decreto 1373 de 2007, la entidad territorial certificada convocará al proceso de traslado mediante acto administrativo, en el cual detallará las necesidades del servicio educativo por atender mediante traslado ordinario de docentes y directivos docentes, con la indicación del cargo directivo o del área de desempeño para el caso de los docentes, localización del establecimiento educativo, considerando las sedes, requisitos, oportunidad y procedimiento para la inscripción en el proceso de traslados, información sobre los criterios de priorización para la definición de los mismos, fechas para la

verificación del cumplimiento de los requisitos y de expedición de los actos administrativos de traslado.

4. Cada entidad territorial certificada deberá realizar la difusión de la convocatoria durante un periodo mínimo de quince (15) días hábiles, anteriores a la fecha en la cual dé inicio a la inscripción en el proceso ordinario de traslados, a través de los medios más idóneos de que disponga. En todo caso, realizará la difusión en el sitio web de la secretaría de educación correspondiente y en lugar de fácil acceso al público.

5. Cumplidas las actividades programadas en el cronograma del proceso de traslados, la autoridad nominadora de cada entidad territorial certificada adoptará la decisión que corresponda y la comunicará al docente o directivo docente, así como a los rectores o directores rurales de los establecimientos educativos donde se hayan de producir los cambios...”

Con sujeción a los parámetros legales antes expuestos, volvamos la mirada a los hechos relevantes de lo sucedido en el caso puesto en conocimiento de la jurisdicción constitucional:

Mediante Resolución No. 12798 expedida el 20 de septiembre de 2013 el Ministerio de Educación Nacional determinó el cronograma para la realización del proceso ordinario de traslados de docentes y directivos docentes oficiales en el 2013 en las entidades territoriales certificadas en educación.

La Secretaría de Educación Departamental del Valle, por Resolución No. 2581 de 2013 implementó el proceso ordinario de traslados de docentes y directivos docentes en el departamento del Valle para el año 2013. Dicho acto administrativo en su artículo 1° fijó los requisitos que debía cumplir el docente o directivo docente que aspirara a acceder a un traslado:

- *Encontrarse en servicio activo a la fecha de inscripción.*
- *Ostentar derechos de carrera como educador al momento de la solicitud.*
- *Tener una permanencia mínima de 3 años en el Establecimiento Educativo en el cual se encuentra prestando el servicio.*
- *Haber aprobado las tres últimas evaluaciones de desempeño laboral, es decir, el periodo mínimo para acceder al derecho de traslado. Los educadores pertenecientes al Estatuto Docente 2277/79 no requieren evaluaciones de desempeño laboral, pero si debe corresponder el área de formación con el área del cargo vacante.*
- *Seleccionar un cargo vacante en el nivel, ciclo y/o área de desempeño del educador para el cual fue nombrado e inscrito en carrera docente. El docente interesado en participar en el proceso de traslado ordinario, sólo puede seleccionar una sede educativa.*
- *Acreditar certificado de antecedentes disciplinarios vigente expedido por la Procuraduría General de la Nación, con una expedición no mayor a treinta (30) días a la radicación de la solicitud.*

La señora SANDRA PATRICIA MORENO VALENCIA radicó el 24 de octubre de 2013 su solicitud de traslado desde la Institución Educativa Nemesio Rodríguez Escobar del corregimiento de Fenicia en el municipio de Riofrío (V) donde se desempeña como docente de Preescolar en Propiedad, a la INSTITUCIÓN EDUCATIVA MARINO RENGIFO SALCEDO, SEDE LUIS CARLOS PEÑA DE

CANDELARIA, plaza que fue incluida por la Secretaría de Educación Departamental del Valle en el Listado de Plazas de Docentes Provisionales Definitivas.

En el listado correspondiente al cumplimiento de los requisitos para el traslado, bajo numeral 116 figura la cédula de ciudadanía de la accionante -29682918- indicando que SI reunía las exigencias para tal fin.

Luego, la señora SANDRA PATRICIA MORENO VALENCIA también aparece en el “...Listado de Docentes Seleccionados Para el Traslado Ordinario...” publicado por la Secretaría de Educación Departamental del Valle.

Al verificar la accionante que no se había accedido a su solicitud de traslado, mediante derecho de petición de fecha 20 de enero de 2014 solicitó al Secretario de Educación Departamental del Valle la explicación correspondiente, poniéndole de presente todos los pasos agotados por ella con ocasión de la convocatoria efectuada.

Frente a tal solicitud, el Profesional Especializado del Grupo Gestión de Talento Humano de dicho ente le expresó que “...a pesar de contar con los requisitos básicos para el traslado usted fue nombrada en una plaza de tipo mayoritaria, pero verificando la plaza seleccionada esta es de tipo afro motivo por el cual no es posible que un docente nombrado en plaza mayoritaria ocupe una del tipo afro... Motivo por el cual no es viable su solicitud de traslado, en esta oportunidad...”.

Del anterior recuento fluye incontestable que en el *sub judice* se produjo una flagrante vulneración al derecho al debido proceso administrativo de la señora SANDRA PATRICIA MORENO VALENCIA, situación que conllevó a que desafortunadamente fuera negada su solicitud de traslado.

En efecto, la señora MORENO VALENCIA, confiando legítimamente en la seriedad de la información publicada por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL VALLE y con la convicción y firme propósito de cumplir con las exigencias plasmadas en la convocatoria para traslado docente efectuada mediante Resolución No. 2581 de 2013 SELECCIONÓ SÓLO UNA SEDE EDUCATIVA, aquella que a su juicio consideró como la más cercana a su lugar de domicilio [recuérdese que su principal motivación para aplicar al traslado es lograr el acercamiento a su familia dada la lejanía del lugar donde ahora presta sus servicios], y atendiendo a que se ofertaba una plaza tipo mayoritaria igual a la ocupada por ella en carrera -docente en el área de preescolar. Sin embargo, de manera abrupta y sorpresiva, la entidad territorial accionada, luego de avanzadas y superadas las diferentes fases de la convocatoria -donde en manera alguna se le previno sobre inconvenientes con relación a la plaza seleccionada- simplemente decidió no acceder al traslado solicitado, pese a aceptar que la actora cumplía con todos los requisitos básicos exigidos y exponiendo como único fundamento de tal determinación que se había podido constatar que la plaza seleccionada por ella era de tipo afro y no mayoritaria como la que ocupaba.

Se advierte así que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL VALLE, debido a su falta de diligencia y cuidado al momento de ofertar las vacantes a las cuales podían aspirar los participantes de la convocatoria de traslado docente, indujo a la señora SANDRA PATRICIA MORENO VALENCIA a seleccionar la vacante de Preescolar de la Institución Educativa Marino Rengifo

Salcedo – Sede Educativa Luis Carlos Peña de Candelaria, pues aquella en manera alguna fue informada sobre la real naturaleza de la misma, esto es, que la plaza no era mayoritaria como lo indicó la Secretaría de Educación, sino que la misma era tipo AFRO. Por ello puede afirmarse, sin temor a equívocos, que fue su confianza legítima en la administración la que la llevó a optar por una vacante anunciada como MAYORITARIA, sin imaginarse que luego de superadas las diferentes fases del proceso sería la misma entidad la que admitiría escuetamente que “...verificando la plaza seleccionada ésta es de tipo afro...” cuando tal circunstancia debió constatarse al momento de expedir el reporte anual de vacantes definitivas, como lo exige el numeral 2° del artículo 2° del Decreto No. 520 de 2010.

Con fundamento en lo anterior, la Sala concluye que contrario a lo decidido por el Juez de Primera Instancia, en el presente asunto sí resulta procedente dispensar la protección del derecho fundamental al debido proceso administrativo de la accionante. Ahora bien: para efectos de materializar dicha salvaguarda, se considera que ante la culminación del proceso de traslado docente tantas veces citado, debe entonces la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL VALLE dentro del término de diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de ésta providencia ofrecer a la señora SANDRA PATRICIA MORENO VALENCIA la posibilidad de escoger -para efectos de su traslado- otra vacante de la lista que fue publicada en la convocatoria que a la fecha aún se encuentre disponible y a la cual pueda acceder la actora de conformidad con el cargo que ocupa y que resulte cercana al municipio de Palmira, en el cual tiene fijado aquella su domicilio familiar.

Por tanto, el fallo impugnado será revocado para en su lugar proceder en la forma acabada de reseñar.

Tutela de segunda instancia (T-2014-194) del 31 de marzo de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca la decisión impugnada.

ACCIÓN DE TUTELA – No puede ser presentada por el abogado que no es parte en el proceso ni cuenta con poder especial para promoverla/ACCIÓN DE TUTELA – Debe ser presentada dentro de un término razonable.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias C-543 de 1992, T-550 de 1993, SU. 961 de 1999, T-1140 de 2005 y T-552 de 2006; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión de tutela del 2 de octubre de 2007, con ponencia de Pedro Octavio Munar Cadena.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Como con total claridad y acierto lo señaló el juez *a-quo* en la sentencia impugnada, el abogado GUSTAVO GUTIERREZ BUITRAGO carece de legitimación en la causa para invocar en nombre propio, o en representación de ALBERTO HENRY MURIEL RANGEL y MARIA AMPARO ALZATE DE MURIEL protección al derecho fundamental al debido proceso, pues ni es parte en el proceso ejecutivo con título hipotecario dentro del cual se denuncia la vulneración, ni el poder con que allí ha actuado lo habilita para actuar en el presente trámite tutelar como mandatario de quienes en ese litigio fungen como demandados.

Así pues, en todos los casos debe estar debidamente acreditada la legitimación en la causa por activa, y de no cumplirse con tal exigencia [como cuando no existe poder especial para incoar la tutela, en el caso del apoderamiento judicial] el juez de tutela debe declarar improcedente el amparo.

En éste orden de ideas es palmario que el profesional del derecho que aquí acude a la tutela carece de legitimación en la causa para incoar, bien *motu proprio*, ora a nombre de ALBERTO HENRY MURIEL RANGEL y MARIA AMPARO ALZATE DE MURIEL, la solicitud de amparo constitucional que ocupa la atención del Tribunal, toda vez que (i) no ostenta la calidad de parte o tercero interviniente en el proceso de ejecución en el cual denuncia la vulneración al debido proceso; y (ii) aunque se asumiera que la tutela fue incoada en beneficio de la citada pareja, es palmario que carece del necesario poder especial para éste efecto, toda vez que el que le fue otorgado para intervenir en el multicitado proceso ejecutivo no lo habilita para incoar una tutela en representación de aquellos, pues se trata de una acción diferente, y no un apéndice o extensión de la defensa ejercida en el primer proceso.

En el mismo sentido, el abogado en comento tampoco ostenta la legitimación en esta causa para actuar como agente oficioso de ALBERTO HENRY MURIEL RANGEL y MARIA AMPARO ALZATE DE MURIEL toda vez que ni siquiera mencionó en su solicitud de amparo constitucional que éstos se encuentren imposibilitados para promover la acción de tutela personalmente.

Ahora bien: aunque las cosas se vieran al margen del presupuesto antes mencionado, o hipotéticamente se aceptara que la manifestación efectuada por los citados demandados al comparecer al presente trámite tutelar (como terceros vinculados) puede tomarse como “*poder*” para que el aquí accionante actúe en nombre de ellos, necesariamente se vuelve a lo antes dicho, esto es, a que la solicitud de amparo constitucional no tiene vocación de prosperidad.

Según fluye del prontuario plasmado en páginas anteriores, en el presente caso el accionante enjuicia la sentencia de única instancia proferida el 18 de julio de 2012 y el auto interlocutorio No. 1847 del 20 de noviembre de 2012. La primera, porque en su sentir no tuvo en cuenta una prejudicialidad derivada del proceso penal que adelanta la Fiscalía 22 Seccional de Cartago contra los funcionarios de la Alcaldía Municipal de esa ciudad que forzaron a los demandados a suscribir “*una fraudulenta hipoteca*”. Y el segundo, por cuanto a través de ella el juez accionado se negó a declarar la nulidad procesal que en nombre de sus representados había solicitado con fundamento en “*la grave anomalía*” en que incurrió la Fiscalía 22 Seccional de Cartago, y adicionalmente negó declararse impedido para seguir conociendo del proceso.

Atendiendo el texto del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela -en principio- no está sometida a término de caducidad, y por lo tanto, el simple transcurso del tiempo no apareja el colapso de la misma. Sin embargo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que de ello no se desprende que la tutela pueda ser presentada en cualquier tiempo, esto es, con independencia de la época en que haya tenido ocurrencia la violación o amenaza del derecho, por lo que corresponde al juez constitucional evaluar en cada caso la razonabilidad del tiempo transcurrido entre el hecho que dio origen a la acción y la presentación de la misma, pues debe existir una proporcionalidad entre el medio y el fin perseguido.

En otras palabras, que la acción de tutela pueda ser utilizada en cualquier tiempo no significa que la misma no requiera de un término razonable para hacerlo, en cuanto el fin perseguido es la protección integral y eficaz de los derechos vulnerados. De tal manera, no le es dable al accionante esperar en forma prolongada el transcurso del tiempo para ejercer la acción cuando desde el mismo momento de la acción u omisión de la autoridad o particular contra quien dirige su tutela percibía desconocidos sus derechos, pues si lo pretendido es que la protección sea eficaz, lo lógico es que se presente lo antes posible.

Sobre el mismo tópico, en la Sentencia SU-961 de 1999 la Corte Constitucional señaló que “...La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción...”, no perdiendo de vista que “...tratándose de procesos judiciales y de providencias ejecutoriadas, el juicio sobre la razonabilidad del término ha de ser riguroso en comparación con los otros casos que se llevan ante la justicia constitucional...”.

Es por ello que la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que “...[E]n verdad, muy breve ha de ser el tiempo que debe transcurrir entre la fecha de la determinación judicial acusada y el reclamo constitucional que se enfila contra ella, con miras a que éste último no pierda su razón de ser, convirtiéndose, subsecuentemente, en un instrumento que genere incertidumbre, zozobra y menoscabo a los derechos y legítimos intereses de terceros...” (Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2007. Magistrado ponente Dr. PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA)

Entre la fechas en que fueron dictadas las dos providencias que suscitan la inconformidad de la accionante y la presentación de la tutela [16-09-2013] transcurrió más de un año (en el caso de la sentencia) y más de diez meses (en el caso del auto interlocutorio), prolongado lapso que ninguna justificación encuentra en el presente trámite tutelar, lo cual desvirtúa la urgencia de la protección constitucional incoada. O lo que es lo mismo: ésta no cumple con el requisito de procedibilidad genérico de la INMEDIATEZ, tornándola improcedente.

Tutela de segunda instancia (T-2014-195) del 31 de marzo de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la decisión impugnada.

DERECHO DE PETICIÓN – No procede para solicitar la intervención de la Procuraduría General de la Nación ante la mesa de trabajo de una penitenciaría.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-412 de 2006.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el caso bajo estudio, el accionante reclama la vulneración de su derecho fundamental de petición, al no haber recibido repuesta por parte de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a la solicitud que le realizó tendiente a lograr la intervención de dicho ente de control en la Mesa de Trabajo del Centro Penitenciario “*Villa de las Palmas*” del municipio de Palmira (V), para garantizar el derecho a un trabajo digno, y posteriormente frente a la solicitud de “*reducción de la condena*” conforme con los escritos radicados a través de la penitenciaría ante la entidad accionada el 26 de marzo de 2013 y 20 de enero de 2014.

Al respecto, debe aclarársele al peticionario que el derecho fundamental de petición no procede cuando lo pretendido es impulsar el inicio de la acción disciplinaria.

Por tanto, como los procedimientos que le permiten actuar a la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, son taxativos y se traducen en acciones disciplinarias, preventivas y de intervención ante las autoridades públicas cuando sea necesario en defensa de garantías y derechos fundamentales, la ley prevé la forma y oportunidad de dichas intervenciones en los procesos administrativos, penales y disciplinarios, al punto que fijan los trámites para impulsar la actuación y hacer valer los derechos de los sujetos procesales.

Luego, si lo requerido por el accionante porque así lo denotan los documentos allegados, es la intervención del órgano de control ante la autoridad penitenciaria con el fin de lograr la garantía de un trabajo digno y por ende la redención de la condena a él impuesta, tal súplica no puede someterse a las reglas propias del derecho de petición sino al cumplimiento de funciones propias de ente administrativo y por ende no sujeto a los términos de respuesta del mencionado derecho fundamental. Siendo así, la autoridad a la que dirigió el escrito, no tenía la obligación de emitir ninguna contestación. La obligación de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN era determinar si había lugar o no a su intervención conforme a las facultades legales establecidas.

Es de reiterar, como lo ha indicado la Honorable Corte Constitucional que el derecho de petición no puede reemplazar los mecanismos y procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico para perseguir determinados y específicos fines. En el caso de las herramientas para poner en funcionamiento el juicio disciplinario, es claro que éstas tienen una naturaleza distinta y que, por tanto, no son susceptibles de ser reemplazadas a través del ejercicio del derecho de petición.

Así las cosas, al no verificarse la vulneración aducida, toda vez que la acción de tutela no procede cuando lo pretendido es la intervención de la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION ante una autoridad Pública, se negará el amparo deprecado.

Tutela de primera instancia (T-050-14) del 1 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: niega la protección solicitada.

DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y A LA PERSONALIDAD JURÍDICA – La persona afectada con la cancelación de la cédula de ciudadanía, a efectos de ejercer su defensa, debe ser convocada a dicho trámite.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 4 y 29; Decreto Ley 2241 de 1986, artículo 74.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-006 de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Luego y de acuerdo a lo señalado en los antecedentes de la acción, el problema jurídico se centra en determinar ¿si la entidad accionada, habiendo cancelado la cédula de ciudadanía de la accionante por doble cedulación, sin haberla notificado de ese trámite administrativo antes de cancelarle la cédula, violó sus derechos al debido proceso y al reconocimiento de su personalidad jurídica?

(...)Bajo estos lineamientos, para el Tribunal es claro que si en el presente asunto a la accionante **MARISOL ROJAS**, le fue notificada la resolución donde se había dispuesto la cancelación de su cédula de ciudadanía, después de producida la decisión y no antes, su derecho de defensa fue conculcado por la Registraduría Nacional, pues no le permitió ser escuchada dentro del procedimiento administrativo que desembocó en la supresión de su documento de identidad.

Y es que no se advierte que la accionante haya sido parte dentro del trámite de cancelación de su cédula, en tanto manifestó que solo se enteró de la decisión el 30 de septiembre de 2013, cuando el Registrador Municipal de Pradera - Valle le notificó personalmente la Resolución No. 6084 del 26-06-2013 en donde se cancelaban, entre otras, su documento por doble cedulación, con el de una señora **MORA ROJAS MARTHA OFELIA** con CC. No. 24.674.737 de Génova – Quindío, municipio al que la actora sostiene nunca haber pisado. La anterior situación no fue controvertida por la Registraduría en su escrito de contestación.

Adicionalmente, como lo dijo la Corte Constitucional, al ser la cancelación una facultad ejercida por humanos, existe la posibilidad de cometerse yerros, los que en el presente asunto no se encuentran del todo ausentes, pues mientras en la resolución de cancelación se habló de doble cedulación con **MORA ROJAS MARTHA OFELIA** con CC. 24.674.737, en la contestación de la tutela se habló de otra persona de nombre **NURY IMELDA GALVIS PEDROZO** con Cédula No. 26.674.737 de Aguachica – Cesar, luego a ciencia cierta, no se sabe con qué otra persona, ni con qué otro número es que se presentó la doble cedulación.

En consecuencia, habrá lugar a tutelar los derechos fundamentales al debido proceso y a la personalidad jurídica de la accionante, para en su lugar dejar sin efectos la Resolución No. 6084 del 26-jun-2013 proferida por el Director Nacional de Identificación, únicamente en cuanto canceló la cédula No. 29.705.105 a nombre de **MARISOL ROJAS**, para que se profiera una nueva resolución donde se permita la audiencia de aquella.

Pero además de lo anterior, y teniendo en cuenta el estado de precariedad económica de la accionante y que tiene 4 hijos, 3 de ellos menores, habrán de adoptarse otras decisiones conexas, en lo que tiene que ver con su calidad de beneficiaria del programa estatal **FAMILIAS EN ACCIÓN** y su **EPS SERVICIO**

OCCIDENTAL DE SALUD S.A., en los que naturalmente no se le ha prestado atención por cuenta de su falta de documento de identidad.

Para el efecto la REGISTRADURÍA NACIONAL, por conducto de la REGISTRADURÍA MUNICIPAL DE PRADERA deberá entregar a la accionante una contraseña, donde consten los datos de la cédula de ciudadanía No. 29.705.105 a nombre de MARISOL ROJAS, pues lo cierto es que mientras se surte de nuevo el trámite administrativo de cancelación que aquí se nulificará, no es justo que la accionante quede indocumentada, en perjuicio de su derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Entonces, la UNIDAD DE ATENCIÓN Y REPARACIÓN A LAS VICTIMAS, deberá hacer los ajustes necesarios, para que si la accionante MARISOL ROJAS con CC. No. 29.705.105, se presenta con su contraseña que le expedirá la Registraduría, le sea desembolsado sin ninguna traba adicional, el subsidio económico que le corresponda por ser beneficiaria del programa de gobierno.

A su turno, la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD, también deberá prestar todos los servicios médicos incluidos en el POS, que por lo pronto demande la accionante MARISOL ROJAS con CC. No. 29.705.105, bastando para el efecto enseñar su contraseña que le será expedida por la Registraduría, sin ninguna traba o exigencia adicional.

En conclusión, se ordenará a la Registraduría adelantar de nuevo el trámite de cancelación de la Cédula de la accionante, pero esta vez con su notificación personal y audiencia. Por tanto se deberá: 1) Notificar a la accionante que esa entidad adelantará el procedimiento de cancelación de cédulas, y 2) que cuenta con un término de 15 días para ser oído (para presentar su versión de los hechos y los documentos que considere necesarios aportar) y que, sólo después de agotar esas etapas, se tomará la decisión concerniente a la cancelación de los documentos de identidad.

Tutela de primera instancia (T-051-14) del 1 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: tutela los derechos fundamentales al debido proceso y a la personalidad jurídica.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – No es arbitrario denegar la cancelación de afectación a vivienda familiar por no demostrar la disolución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y no invocar alguna de las causales señaladas en la ley para tal efecto/ALECTACIÓN A VIVIENDA FAMILIAR - La ley no sometió su existencia a la declaración judicial de compañeros permanentes

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 258 de 1996, artículo 4; Ley 54 de 1990, artículos 4 y 5.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-590 de 2005 y T-102 de 2006; Consejo de Estado, Sección Primera, decisión 2001-00345-01 del 31 de marzo de 2005, con ponencia de Camilo Arciniegas Andrade.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...) El problema jurídico se centra en establecer la posible vulneración al derecho del debido proceso dentro de una actuación judicial, lo cual es apreciable de las manifestaciones de la parte actora, quien reprocha del Juzgado Promiscuo Municipal de Calima Darién haber realizado una indebida apreciación de la normas establecidas para el efecto.

A consideración de la Sala, en el presente caso, según se aprecia de las piezas procesales del expediente con radicación 76-126-40-89-001-2013-00046-00 correspondiente al proceso verbal sumario Levantamiento de Afectación a Vivienda Familiar, tramitado por el accionante ante el JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE CALIMA DARIEN (V), se encuentran satisfechos los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, lo primero por tratarse de un proceso de única instancia, y lo segundo por haberse fallado recientemente; valga precisar al impugnante que legal y constitucionalmente está establecido que contra los procesos de única instancia no procede recurso de apelación.

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos que quedaron expuestos, se debe estudiar la ocurrencia de alguna de las causales genéricas de procedibilidad que han sido establecidas y ampliamente estudiadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional: *defecto orgánico sustantivo, procedimental o fáctico; error inducido; decisión sin motivación; desconocimiento del precedente constitucional; y violación directa a la constitución.*

Así, de los elementos de juicio obrantes en el expediente de tutela, se advierte que el JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE CALIMA DARIEN (V) con la sentencia fustigada negó la cancelación de la Afectación a Vivienda Familiar que recae sobre el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 373-61950, tras aducir en lo medular que no se dan los supuestos establecidos en el numeral 6º del artículo 4º la Ley 258 de 1996, pues no se probó la disolución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, declarada y reconocida en el instrumento público de compraventa.

Empero, de la argumentación aducida en cuanto concluyó que el actor no acreditó ninguna de las causales establecidas en el artículo 4 de la Ley 258 de 1996, modificado por la Ley 854 de 2003, para que procediera el levantamiento de la afectación solicitado, a saber: *“1. Cuando exista otra vivienda efectivamente habitada por la familia o se pruebe siquiera sumariamente que la habrá; circunstancias éstas que serán calificadas por el juez. 2. Cuando la autoridad competente decrete la expropiación del inmueble o el juez de ejecuciones fiscales declare la existencia de una obligación tributaria o contribución de carácter público. 3. Cuando judicialmente se suspenda o prive de la patria potestad a uno de los cónyuges. 4. Cuando judicialmente se declare la ausencia de cualquiera de los cónyuges. 5. Cuando judicialmente se declare la incapacidad civil de uno de los cónyuges. 6. Cuando se disuelva la sociedad conyugal por cualquiera de las causas previstas en la ley. 7. Por cualquier justo motivo apreciado por el juez de familia para levantar la afectación, a solicitud de un cónyuge, del Ministerio Público o de un tercero perjudicado o defraudado con la afectación”*, no se evidencia la configuración del defecto acusado.

Lo anterior, porque si bien la pretensión se fundamentó en el hecho de no tener actualmente unión marital con la señora SHIRLEY GUZMAN URBANO y los hijos procreados dentro de la relación son mayores de edad, encausándola en los numerales 6ª y 7ª de la norma antes transcrita, lo cierto es que el Juzgado no

encontró probados los supuestos requeridos para su configuración, valoración e interpretación que no refleja arbitrariedad alguna.

Frente a este tópico es preciso establecer, que al regular la unión marital de hecho, la ley 54 de 1990 no supeditó su existencia a la declaración judicial de la sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes. Por el contrario, según el artículo 4º, su existencia puede establecerse por cualquiera de los medios ordinarios de prueba previstos en el Código de Procedimiento Civil. Además, en cuanto a la afectación a vivienda familiar, la ley no sometió su existencia a la declaración judicial de Compañeros Permanentes pues no determinó el deber de acreditar la existencia de sociedad patrimonial con declaración judicial, así lo aclaró el Consejo de Estado en providencia del 31 de marzo de 2005...

Atendiendo que el numeral 6º del artículo 4º la Ley 258 de 1996, al establecer que “*Cuando se disuelva la sociedad conyugal por cualquiera de las causas previstas en la ley*” ha de entenderse igualmente para la sociedad patrimonial, la cual se disuelve según el artículo 5º de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 3 de Ley 979 de 2005 en los siguientes términos:

La sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se disuelve:

- a) Por la muerte de uno o de ambos compañeros;
- b) Por el matrimonio de uno o de ambos compañeros con personas distintas de quienes forman parte de la sociedad patrimonial;
- c) Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a escritura pública;
- d) Por sentencia judicial.

Bajo este contexto, esta sala de Decisión no advierte en la decisión cuestionada vía de hecho, en la medida que para su adopción, el juzgado de única instancia, realizó una apreciación razonable, con apoyo en la normatividad aplicable al asunto, actividad que no puede ser descalificada por el Juez Constitucional.

Surge de lo anteriormente expuesto que los mencionados fundamentos, en los que se edificó la providencia judicial con la que se despachó desfavorablemente las pretensiones del actor, no revela arbitrariedad o capricho, cuestión que impide sostener entonces, que en esa actividad se hubiera incurrido en la vía de hecho denunciada, único supuesto que, repetidamente se ha señalado, le permite obrar al mecanismo excepcional interpuesto respecto de providencias o actuaciones judiciales.

Finalmente, no sobra resaltar que al Juez constitucional, desde la limitada competencia que le otorga un mecanismo subsidiario como la tutela, no le es dable fungir como Juez de instancia abrogándose competencias que no le corresponden, y mucho menos cuando la decisión adoptada, como en el caso de autos, no se enmarca dentro de ninguna de las causales de procedencia previstas por el Alto Tribunal cuando se cuestionen decisiones judiciales, razón por la cual, no resulta de recibo, pretender ejercer esta expedita vía, como una herramienta adicional, como erradamente lo solicita el accionante, situación que cierra el paso a la vía del amparo constitucional e impone su negatoria.

Tutela de segunda instancia (T-053-14) del 2 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

COSA JUZGADA – El acuerdo para desistir de una demanda previa de divorcio entre las mismas partes no constituye cosa juzgada y no impide demandar de nuevo la separación/DIVORCIO – Incumplimiento de los deberes de ayuda y socorro mutuos para con persona octogenaria y en interdicción por demencia.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículo 154, numeral segundo y artículo 247; Decreto 1260 de 1970, artículo 1.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 13 de septiembre de 1968, del 26 de abril de 1982 y decisión 2007-00152-01 del 29 de julio de 2011, con ponencia de Edgardo Villamil Portilla.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De La Excepción Previa De Cosa Juzgada.- Como quiera que en el asunto *sub examine* aún se encuentra pendiente por resolver sobre la suerte de la excepción previa de Cosa Juzgada que alegó el abogado de la demandada, y teniendo en cuenta que de prosperar habría sustracción de materia en la apelación, antes de entrar al fondo del asunto el Tribunal definirá si está llamada a prosperar o no. En consecuencia, el primer problema jurídico se centra en determinar ¿si el acuerdo al que llegaron los contendientes dentro de un proceso judicial, de desistir de una demanda previa de divorcio entre las mismas partes aquí convocadas, puede hacer tránsito a cosa juzgada e impedir que se demande de nuevo la separación?

Pues bien, para responder negativamente el anterior cuestionamiento, dígase de entrada que si por algo se caracteriza el estado civil de las personas, es por su carácter de indisponible e intransigible. Ello se desprende no solamente del Código Civil, sino también del artículo 1° del Estatuto del Registro Civil de las Personas -Decreto 1260 de 1970-; veamos las normas:

Decreto 1260 de 1970. Art. 1.- El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley.

Código Civil Art. 2473. PROHIBICIÓN DE TRANSIGIR.- No se puede transigir sobre el estado civil de las personas. (Negrillas y subrayas de la Sala)

En consecuencia, si bien las partes dentro del proceso de interdicción del señor MANFREDI JARAMILLO CAICEDO que se tramitó ante el juzgado 3° de Familia de Palmira, acordaron retirar la demanda de divorcio que paralelamente se tramitaba ante el Juzgado 2° de Familia, y a ello se aferra el abogado de la demandada para alegar que ese acuerdo hizo tránsito a cosa juzgada y que no se puede demandar nuevamente el divorcio, dicho convenio no puede ser jurídicamente respaldado, toda vez que está claro que no se puede transigir ni disponer mediante acuerdos sobre el estado civil de una persona.

Así las cosas, muy a pesar de la vehemencia del recurrente, si el estado civil es intransigible, resulta absolutamente claro que el acuerdo al que llegaron las partes frente a la pasada demanda de divorcio, jamás puede cerrar el debate frente al estado civil, y menos puede configurar cosa juzgada que impida esta nueva demanda, argumento que por sí solo frustra el buen suceso de la tantas veces mencionada excepción previa.

Negada la aludida excepción previa, le resta entonces al Tribunal pronunciarse frente al fondo de la apelación, precisando que en este evento, el segundo problema jurídico se centra en determinar si ¿Cómo lo dijo la *A Quo*, en este caso se logró demostrar que la demandada incumplió sus deberes de socorro y ayuda mutua que la ley le impone como cónyuge?

Para el caso que nos interesa, el motivo preciso por el que se decretó el divorcio en primera instancia fue el incumplimiento de los deberes, manifestado en la omisión de socorro y ayuda mutua, el cual se funda en el deber constitucional de solidaridad que surge entre los cónyuges, a raíz del matrimonio.

En este sentido y acorde con el principio de la carga de la prueba previsto en el artículo 177 del estatuto procesal civil, incumbe a quien lo invoca probar el supuesto de hecho que la norma exige, es decir, el incumplimiento de los deberes, en cualquiera de las manifestaciones atrás reseñadas. Entremos entonces al análisis de la prueba recaudada, previa aclaración de unas situaciones, necesarias para el buen entendimiento de la decisión.

Revela el expediente que el cónyuge MANFREDI JARAMILLO CAICEDO, es una persona nacida el 2 de febrero de 1932, contando a la fecha con 82 años de edad; el mismo, a solicitud de sus hijas DANELLY y YOLANDA JARAMILLO ABELLA –hijas de su primera esposa-, fue declarado interdicto mediante sentencia del 14 de julio de 2011 emitida por el Juzgado 3° de Familia de Palmira, tras comprobarse psiquiátricamente en él, un problema de DEMENCIA TIPO VASCULAR, con un “...deterioro cognitivo ...progresivo, crónico, e irreversible...” para el que no “...existe tratamiento farmacológico o de ningún tipo, que sea curativo para el diagnóstico del paciente”. Por cuenta del proceso de interdicción se le designó como “Curadora General Legítima Principal” a su hija YOLANDA JARAMILLO y como curadora suplente a su esposa ELIZABETH SEPULVEDA RÍOS. El señor es pensionado de los Ferrocarriles Nacionales, con una mensualidad que para el año 2011, cuando se tramitó el proceso de interdicción, estaba en \$1.298.620.00; actualmente se encuentra interno en un Hogar Geriátrico de nombre Los Años Dorados, ubicado al sur de Cali, cuyo costo mensual se cubre con la pensión; el internamiento en ese sitio se produjo desde agosto de 2010, época para la cual la mensualidad ascendía a \$820.000.00.

Pues bien, valoradas en conjunto las probanzas recaudadas y resumidas, bajo las reglas de la sana crítica, colige la Sala, que a pesar de la vehemencia del abogado de la demandada al sustentar su apelación, tal como lo concluyó la juez *a quo*, sí quedó demostrado el incumplimiento del deber de socorro y ayuda mutua por parte de la cónyuge ELIZABETH SEPÚLVEDA RÍOS.

En efecto, la primera circunstancia que lleva a la Sala a dicha conclusión, surge del conjunto de la prueba testimonial practicada a instancia de la parte demandante, especialmente de las declaraciones de los vecinos ALBEIRO CORRALES CARDONA y doña FABIOLA DUARTE CARDOZO.

Ambos, en su calidad de vecinos del señor Manfredi, fueron contestes al afirmar que aquél permanecía solo la mayor parte del tiempo, y en ocasiones acudía a sus casas, e incluso a las casas de otros vecinos, a pedir que le regalaran comida. El declarante ALBEIRO CORRALES, en principio lo hacía por colaboración, pero ya después se fue convirtiendo en un compromiso para él molesto, es decir, *“...ya no esperaba que uno le dijera venga Manfredi lleve comida sino que se enojaba cuando uno le decía no, no hay Manfredi...”*.

La anterior situación, para la Sala, sin duda configura un desconocimiento de la demandada de sus deberes como cónyuge, especialmente el de socorro, ayuda mutua y por supuesto el de convivencia, pues no era suficiente, que siendo su esposo un adulto octogenario con problemas mentales, se limitara solo a ir y prepararle semanalmente su comida, cuando por el principio de solidaridad el matrimonio representa unos compromisos que van mucho más allá.

Para el Tribunal es totalmente creíble la versión de los vecinos declarantes, en tanto por no tener interés en la forma como se resuelva el litigio, se trata de personas imparciales, las cuales ofrecen plena credibilidad.

Adicionalmente, las manifestaciones de aquellos, se refuerzan con las versiones de las hijas y hermanos de Don Manfredi, quienes fueron enfáticos al señalar las precarias condiciones en las que aquél permanecía, la soledad en que vivía y su estado de discapacidad mental. Incluso las pruebas fotográficas que se aportaron al proceso de interdicción, y luego puestas en conocimiento de las partes sin reproche, dejan ver las múltiples suturas en la parte superior de la cabeza del Sr. Manfredi, a causa de las lesiones que sufrió cuando se accidentó el 1° de enero de 2010.

Otro tanto de atención merece la circunstancia que la demandada al declarar en el proceso de interdicción, mencionó a la señora FABIOLA DUARTE como una de las pocas vecinas del sector con las que trató. Luego, sí es cierto que la mencionada testigo, por la cercanía de las residencias, pudo presenciar que don Manfredi vivía solo antes de ser trasladado por sus otros familiares a Cali, por lo que sus manifestaciones gozan de certeza.

Por el contrario, para la Sala no ofrecen credibilidad plena las declaraciones de CESAR TULIO DOMÍNGUEZ CARDONA, RANGEL GUTIÉRREZ, CECILIA BOTINA, CARMEN BASTIDAS LÓPEZ, MARIO RIVERA MEJÍA, LUIS EDUARDO JARAMILLO SEPÚLVEDA y MAELISED JARAMILLO SEPÚLVEDA, pues por los lazos de amistad de los primeros y parentesco de los dos últimos, muy seguramente con su versión pretendieron favorecer a ELIZABETH SEPÚLVEDA RÍOS afirmando que se trataba de un hogar de solo armonía y que ella estaba pendiente de su esposo, cuando las evidencias demuestran el estado de soledad y abandono al que estaba sometido el señor Manfredi, máxime cuando se trata de una persona de la tercera edad con problemas mentales, que por su especial situación requería de unos cuidados y atenciones más considerables.

En este orden de ideas, luce acertada la decisión de la Juez de instancia, cuando decretó el divorcio de los cónyuges, pues lo cierto es que sí quedó demostrado que al final de la relación la esposa había dejado de lado el deber de solidaridad para con su octogenario consorte. En consecuencia, para la sala el incumplimiento del deber de socorro y ayuda mutua en el *sub lite*, está plenamente probado.

Basten entonces las anteriores consideraciones, para confirmar la sentencia proferida por la JUEZA 1ª DE FAMILIA DE PALMIRA, tras hallar probada la causal segunda de divorcio, dado el incumplimiento del deber de socorro y ayuda mutua por parte de la cónyuge ELIZABETH SEPÚLVEDA RÍOS.

Sentencia de segunda instancia (2013-00039-01) del 2 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

JUEZ DE TUTELA – No le corresponde zanjar las controversias económicas entre las entidades del sistema de salud.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el presente caso, según viene de verse, la entidad vinculada [MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – FOSYGA a través del consorcio SAYP 2011] se duele de la orden impartida por el Juez de Instancia con relación al direccionamiento de los recursos correspondientes a la Unidad de Pago por Capitación UPC.

Al examinar el reproche planteado por la entidad impugnante es indispensable memorar que el artículo 86 de la Carta Política concibió la *acción de tutela* como un instrumento eficaz al alcance de todos los ciudadanos, con la finalidad de salvaguardar los derechos fundamentales de éstos frente a la vulneración o amenaza que pudieran existir por parte de las autoridades e incluso los particulares en los casos que han sido previamente definidos por la ley.

En tales condiciones, y de cara a la puntual inconformidad de la entidad impugnante, considera la Sala que la discusión originada en un aspecto sustancialmente económico y de carácter legal entre EMSSANAR ESS y el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL no trasciende la esfera de los derechos fundamentales, y por tanto no es del resorte del juez de tutela su estudio y análisis.

Dicho en otras palabras; si EMSSANAR ESS consideraba que debía efectuarse una modificación en el giro efectivo de la unidad de pago por capitación por parte del Ministerio de Salud y Protección Social a su favor, dado que la liquidación mensual de afiliados varió por el traslado a su entidad de la señora MARTHA CECILIA LÓPEZ AGUIRRE como usuaria, debió adelantar las diligencias pertinentes ante dicho Ministerio para efectos de lograr el “*equilibrio financiero*” de la entidad que -según su dicho- se encuentra en riesgo, pues precisamente éstas controversias de tipo económico entre entidades del sistema de salud escapan a la órbita de análisis que le compete al juez de tutela en pro de salvaguardar las garantías fundamentales de quienes a él acuden por vía de amparo constitucional.

Es de advertir que el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL en su escrito de impugnación pone de presente el soporte normativo en el que se ampara para afirmar su imposibilidad de acatar la orden impartida, lo que reafirma la naturaleza de la discusión aquí planteada.

Como corolario de lo anterior ésta colegiatura considera que no le correspondía al juez de tutela Instancia de primera instancia zanjar la controversia suscitada con ocasión de los recursos destinados para el financiamiento del Sistema de Salud por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, y su asignación a

una u otra entidad promotora de servicios de salud, razón por la cual la decisión impugnada, en ese específico aspecto, será REVOCADA.

Tutela de segunda instancia (T-2014-193) del 2 de abril de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca el numeral sexto de la sentencia impugnada.

ACCIÓN DE TUTELA – No está legitimada para interponerla quien no es parte o interviniente en el proceso ni tiene la condición de representante legal de su hijo.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-531 de 2002 y T-552 de 2006.

TESIS DE LA DECISIÓN:

A pesar que es de la quintaesencia de la tutela su informalidad, el ejercicio de la misma -por parte de quien la incoa- está sometida a precisos requisitos, pues como lo ha puntualizado el órgano de cierre constitucional,

“...la legitimación en la causa por activa en los procesos de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. Sin embargo, tal como lo ha establecido la Corte en anteriores oportunidades, a partir de las normas de la Constitución y del decreto 2591 de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano permite cuatro posibilidades para la promoción de la acción de tutela. La satisfacción de los presupuestos legales o de los elementos normativos de alguna de estas cuatro posibilidades, permiten la configuración de la legitimación en la causa, por activa, en los procesos de tutela.

“En ese orden de ideas, esas cuatro posibilidades son las siguientes: (i) el ejercicio directo de la acción de tutela. (ii) El ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas). (iii) El ejercicio por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso, o en su defecto el poder general respectivo. Y (iv) la del ejercicio por medio de agente oficioso. (...)” (Se subraya).

Así pues, en todos los casos debe estar debidamente acreditada la legitimación en la causa por activa, y de no cumplirse con tal exigencia [como cuando quien la incoa como representante legal del afectado NO TIENE ESA CALIDAD] el juez de tutela debe declarar improcedente el amparo.

En éste orden de ideas fluye palmario que la señora MARILU CEBALLOS GIL, quien por conducto de apoderado judicial incoó la tutela en calidad de representante legal “...del menor KEVIN SETEVEN SALAZAR CEBALLOS...” (folio 4 fte. cdo. 1º) carece de legitimación en la causa para impetrar, bien *motu proprio*, ora a nombre del citado SALAZAR CEBALLOS, la solicitud de amparo constitucional que ocupa la atención del Tribunal, toda vez que no ostenta la calidad de parte o tercero interviniente en el proceso de ejecución en el cual denuncia la vulneración, y adicionalmente no es la representante legal de su

hijo, desde luego que el registro civil de nacimiento de éste revela que es mayor de edad desde el 9 de febrero de 2012, en tanto que el escrito contentivo de la tutela fue presentado por aquella el 12-03-2014 (folio 15 fte. cdo. ib.).

De otro lado, la señora CEBALLOS GIL tampoco ostenta la legitimación en la causa para actuar como agente oficioso de su hijo mayor de edad, toda vez que ni siquiera mencionó en la solicitud de amparo constitucional que éste se encuentre imposibilitado para promover la acción de tutela personalmente.

Así las cosas, nada diferente a negar -por improcedente- la tutela materia de análisis le corresponde hacer al Tribunal.

Tutela de primera instancia (T-2014-222) del 2 de abril de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: niega, por improcedente, la protección solicitada.

CEDULA DE CIUDADANÍA – El retraso manifiesto e injustificado de su entrega vulnera derechos fundamentales/AYUDA ECONÓMICA DEL PROGRAMA “FAMILIAS EN ACCIÓN” - Si el beneficiario no presenta su cédula de ciudadanía es posible entregarla recurriendo a las otras formas de identificación autorizadas por la ley.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2591 de 1991, artículo 20; Ley 1532 de 2012.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-069 de 2012, T-561 de 2012, T-162 de 2013 y T-762 de 2013.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el presente caso la accionante afirmó en su solicitud que sus derechos fundamentales se encuentran vulnerados a raíz del retraso en la entrega de su cédula de ciudadanía por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil, la cual solicitó desde el 28 de enero del año 2013, principalmente su derecho al mínimo vital por cuanto no le ha sido posible reclamar ante el Banco Agrario de Colombia la ayuda económica que a su favor es entregada por el Departamento Administrativo para la Prosperidad como beneficiaria del programa Familias en Acción.

Sobre este punto es menester señalar que la citada entidad, en su respuesta, no contravirtió lo afirmado por la actora con relación a ser una de las personas favorecidas con el referido programa “*Más Familias en Acción*”, razón por la cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, la Sala tendrá como hecho cierto la condición vulnerable de la actora teniendo en cuenta que los beneficiarios de dicha ayuda contemplados en la Ley 1532 de 2012 son precisamente familias en situación de pobreza o en situación de desplazamiento.

Por otra parte, de conformidad con el material probatorio que obra en el *dossier* se tiene lo siguiente:

La señora VERÓNICA LORENA ROSERO MONSALVE se presentó a reclamar ante el Banco Agrario del municipio CALIMA-EL DARIEN (Valle) la ayuda económica brindada por el Estado como beneficiaria del Programas “*Más Familias en Acción*”, sin que ello hubiese sido posible debido a que no presentó su cédula de ciudadanía original.

Desde el día 28 de enero de 2013 había solicitado la expedición de su cédula de ciudadanía, trámite que efectuó ante la Registraduría Especial del Estado Civil de Restrepo, y por el cual le fue entregado como constancia una “*contraseña de documento en trámite*”, sin que hasta la fecha le haya sido entregada su cédula de ciudadanía original.

La Registraduría Nacional del Estado Civil ha indicado que el trámite de la cédula de ciudadanía de la actora presentó “*...inconvenientes de carácter técnico definitivos para su expedición...*” y que a ello se debe la no producción entrega del documento de identidad de la accionante.

Ocurre, empero, que tal circunstancia NUNCA fue puesta en conocimiento de aquella, o al menos, no fue acreditada tal circunstancia. A la sazón, solo al dar respuesta a la solicitud de tutela se coordinó la reimpresión de la tarjeta decadactilar de la señora VERÓNICA LORENA ROSERO MONSALVE para remitir nuevamente su petición de expedición de cédula.

Según lo informado por el Banco Agrario con sede en Buga, la accionante actualmente tiene a su favor un giro remitido por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD – Programa “*Más familias en acción*”, además de otros tres giros que fueron devueltos a dicha entidad.

De lo anteriormente expuesto fluye palmario que los derechos fundamentales de la accionante se encuentran vulnerados no solo por la Registraduría Nacional del Estado Civil sino también por el Banco Agrario de Colombia con sede en Darién. En primer lugar, porque la accionante se encuentra en una situación apremiante debido a que las ayudas del programa “*Más familias en acción*”, a las cuales no ha podido acceder, constituyen ingresos que si bien pueden no ser la única fuente de sostenimiento de su familia, sí contribuyen al mejoramiento de la calidad de vida de aquella y su núcleo familiar, siendo precisamente aquel el espíritu de la Ley 1532 de 2012.

Y en segundo lugar, porque con ocasión de los inconvenientes surgidos con la expedición de su documento de identificación, y por ende al pretender identificarse con la “*contraseña*” a ella entregada, el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA no le ha hecho entrega de los dineros que por concepto de las multicitadas ayudas se han consignado a su favor, a pesar de con la contraseña y otros mecanismos o documentos corroborantes podía establecer su identidad, en orden a no frustrarle la entrega de tan necesaria ayuda económica.

En este orden de ideas, la vulneración de la accionante presenta un desdoblamiento bifronte. De un lado, el retraso en la entrega de su cédula de ciudadanía resulta manifiesta e injustificadamente excesivo, máxime cuando ante la existencia de inconvenientes técnicos en la elaboración del documento era deber de dicha entidad informar a la señora VERÓNICA LORENA ROSERO de los mismos, a fin que ella en forma diligente procediera a contribuir en la superación de aquellos; y no como aquí aconteció, esperar a que fuera ella quien tuviera que acudir a la acción de amparo de tutela para ser enterada de la

situación y ahí si fuera inquirida por la Registraduría para dar solución a tales percances.

Y de otro lado, la actitud asumida por el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA con sede en Calima Darién, exterioriza indolencia al haber omitido -ante la presentación de la “*contraseña de documento en trámite*” por parte de la señora VERÓNICA LORENA ROSERO- requerir de ésta para que presentara otros documentos que pudieran contribuir a establecer su plena identificación y así determinar si aquella cumplía plenamente con la acreditación de su identidad en la forma como lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia T-162 de 2013.No así como procedió en este caso, negándole la entrega del dinero girados a ella con la grave consecuencia de ser devueltas varias de ellas.

En tales condiciones, es deber de la Sala abroquelar los derechos fundamentales de la accionante para dar solución a la situación que está afrontando, pues mientras la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL supera las “*dificultades técnicas*” que -según aduce- han impedido la oportuna expedición de su cedula de ciudadanía, ésta quedaría en la inconstitucional situación de no poder acceder a las ayudas económicas a las cuales se ha hecho acreedora.

Es por ello que atendiendo las condiciones especiales antes mencionadas se CONCEDERÁ la salvaguarda incoada ordenando(i)a la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo fabrique, expida y le haga llegar el original la cédula de ciudadanía de la accionante;(ii)al BANCO AGRARIO (sucursal Calima – El Darién) que hasta tanto no ocurra lo anterior SE ABSTENGA de devolver los dineros que se encuentren consignados a favor de la accionante. Y, en todo caso, que si vencido dicho plazo (diez días) la Registraduría Nacional del Estado Civil no le entrega a la accionante el multicitado documento, proceda a entregarle a ésta [VERÓNICA LORENA ROSERO MONSALVE] los dineros que por concepto de ayuda económica del Programa “*Más familias en acción*” se encuentren consignados a su favor, permitiéndole identificarse con el comprobante de documento en trámite (contraseña) expedida por la autoridad competente, previo el agotamiento de los demás medios de seguridad con que cuenta dicha entidad bancaria para fines similares y de la realización del estudio de identificación correspondiente, debiendo proceder de igual manera frente a los demás dineros que le sean consignados por dicho concepto; y, (iii)al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL que en el término máximo de seis (6) días hábiles proceda a consignar nuevamente al Banco Agrario de Colombia, sucursal Calima – Darién, los giros por concepto de ayuda económica del programa “*Más familias en acción*” del cual es beneficiaria la señora VERÓNICA LORENA ROSERO MONSALVE, y que le han sido devueltos por el Banco Agrario (sucursal Calima- El Darién, Valle)aduciendo “falta de cobro” por parte de la citada beneficiaria.

Tutela de primera instancia (T-2014-234) del 2 de abril de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: concede la protección solicitada.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO - La solicitud de la persona afectada hace necesaria la realización de la junta médica laboral de retiro para las Fuerzas Militares.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 1791 de 2000, artículos 5, 8, 16, 19 y 20.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Consejo de Estado, Sección Segunda, decisión de tutela 2012-00401-01 del 17 de mayo de 2012, con ponencia de Víctor Hernando Alvarado Ardila.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas, la discusión se centra en establecer ¿si la acción de tutela es el mecanismo idóneo para solicitar la realización de la junta médico laboral de retiro del servicio activo, cuando seis años después de la presentación de la solicitud no se ha dado respuesta a tal pedimento?

Al respecto es preciso señalar que el Decreto 1796 de 2000, en su artículo 8º establece los exámenes para retiro, su obligatoriedad y el término para su realización con el siguiente tenor literal:

EXAMENES PARA RETIRO. El examen para retiro tiene carácter definitivo para todos los efectos legales; por tanto, debe practicarse dentro de los dos (2) meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad, siendo de carácter obligatorio en todos los casos. Cuando sin causa justificada el retirado no se presentare dentro de tal término, dicho examen se practicará en los Establecimientos de Sanidad Militar o de Policía por cuenta del interesado.

Los exámenes médico-laborales y tratamientos que se deriven del examen de capacidad sicofísica para retiro, así como la correspondiente Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, deben observar completa continuidad desde su comienzo hasta su terminación.”.

Ahora bien, respecto de la realización de la Junta Médico Laboral que califica el estado de salud del funcionario que se retira, los artículos 15 y 16 ibídem, establecen:

ARTICULO 15. JUNTA MEDICO-LABORAL MILITAR O DE POLICIA.

Sus funciones son en primera instancia:

- 1 Valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas.
- 2 Clasificar el tipo de incapacidad sicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite.
- 3 Determinar la disminución de la capacidad psicofísica.
- 4 Calificar la enfermedad según sea profesional o común.
- 5 Registrar la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe Administrativo por Lesiones.
- 6 Fijar los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello.
- 7 Las demás que le sean asignadas por Ley o reglamento.

ARTICULO 16. SOPORTES DE LA JUNTA MEDICO-LABORAL MILITAR O DE POLICIA. Los soportes de la Junta Médico-Laboral serán los siguientes:

- a. La ficha médica de aptitud psicofísica.

- b. El concepto médico emitido por el especialista respectivo que especifique el diagnóstico, evolución, tratamiento realizado y secuelas de las lesiones o afecciones que presente el interesado.
- c. El expediente médico - laboral que reposa en la respectiva Dirección de Sanidad.
- d. Los exámenes paraclínicos adicionales que considere necesario realizar.
- e. Informe Administrativo por Lesiones Personales.

PARAGRAFO. Una vez recibidos los conceptos médicos definitivos que determinen las secuelas permanentes, la Junta Médico Laboral se deberá realizar a más tardar dentro de los noventa (90) días siguientes.”.

Por su parte los artículos 19 y 20 del Decreto 1796 de 2000 prevén que:

ARTICULO 19. CAUSALES DE CONVOCATORIA DE JUNTA MEDICO-LABORAL. Se practicará Junta Médico-Laboral en los siguientes casos:

1. Cuando en la práctica de un examen de capacidad psicofísica se encuentren lesiones o afecciones que disminuyan la capacidad laboral.
2. Cuando exista un informe administrativo por lesiones.
3. Cuando la incapacidad sea igual o superior a tres (3) meses, continuos o discontinuos, en un (1) año contado a partir de la fecha de expedición de la primera excusa de servicio total.
4. Cuando existan patologías que así lo ameriten
5. Por solicitud del afectado

PARAGRAFO. Si después de una Junta Médico-Laboral definitiva la persona continúa al servicio de la Institución y presenta más adelante lesiones o afecciones diferentes, éstas serán precisadas y evaluadas mediante nueva Junta Médico-Laboral.

ARTICULO 20. ASISTENCIA A LA JUNTA MEDICO-LABORAL. La Junta Médico-Laboral se efectuará con presencia del interesado. Si dejare de asistir sin justa causa en dos (2) oportunidades a las citaciones que se le hagan para la práctica de la Junta Médico Laboral, ésta se realizará sin su presencia y con base en los documentos existentes.

En este orden de ideas el tutelante, quien fue retirado del servicio activo del Ejército Nacional, tenía derecho i) a que se le practicara el examen médico de retiro con el fin de que se establecieran las lesiones y enfermedades que padecía y ii) a ser valorado por una Junta Médico Laboral, que determinará si hubo o no pérdida de la capacidad psicofísica por la prestación del servicio para efectos de establecer si es procedente o no el reconocimiento de alguna prestación; Junta que, de cara a lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 1796 de 2000, es obligatoria en todos los casos, tan es así que su realización debe procurarse así sea sin la presencia del interesado.

Luego, la omisión en la valoración por una Junta para definir la situación médico laboral no puede atribuírsele al funcionario retirado sino que era deber de la entidad, velar por su efectiva realización, máxime cuando como en el caso objeto de estudio, éste ha demostrado su diligencia presentando la solicitud correspondiente y no se comprobó que la entidad accionada lo haya requerido para tal efecto. Por tanto, tal omisión configura la vulneración al derecho fundamental del debido proceso administrativo rogado por el accionante.

No se opone a la protección constitucional, el hecho del retiro desde el 30 de diciembre de 2007 porque la afectación que alega es actual, en tanto hasta la fecha no se ha definido la situación médico laboral del accionante. A lo que se suma que dentro del plenario obra prueba de que el interesado solicitó la práctica de la Junta Médico Laboral sin que a la fecha haya obtenido una efectiva respuesta a su pedimento.

Finalmente, cabe aclarar que si bien es cierto el artículo 25 del decreto 2591 de 1991, establece *“que el juez de tutela puede, de oficio, ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuera necesario para asegurar el goce efectivo del derecho, así como el pago de las costas del proceso, siempre que el afectado no disponga de otro medio judicial y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria”*, también lo es que para asegurar el goce efectivo del derecho amparado no resulta necesario ordenar la indemnización del daño emergente presuntamente causado, pues el mismo no se demostró dentro del encuadernamiento, y el accionante cuenta con otro medio judicial para el efecto.

En conclusión, se concederá el amparo por vulneración del derecho fundamental al debido proceso administrativo de DARWIN MANUEL ALZATE ANGULO, y en consecuencia se ordenará a la accionada que ejecute todas las actuaciones pertinentes para la realización de una Junta Médico Laboral con el fin de valorar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas, se clasifique el tipo de incapacidad psicofísica y aptitud para el servicio, se califique la enfermedad según sea profesional o común y se fije el índice de lesión si ello es procedente, lo anterior para determinar si al accionante le asiste algún derecho de carácter prestacional o puede ser beneficiario del régimen de salud de las Fuerzas Militares, resaltándose en este último caso que la prestación del servicio médico es un imperativo para las autoridades sanitarias de dicho sistema especial de comprobarse que las dolencias son consecuencia del servicio.

Tutela de primera instancia (T-056-14) del 8 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: tutela el derecho al debido proceso administrativo.

LITISCONSORTE FACULTATIVO – No puede ser objeto de interrogatorio de parte a solicitud de quien tenga su misma calidad, pero sí sometido a rendir testimonio.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 29; Código de Procedimiento Civil, artículos 203 y 213.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Consejo de Estado, decisión 2004-00428-01, con ponencia de María Claudia Rojas Lasso; Tribunal Superior de Bogotá, decisión del 24 de septiembre de 2007, con ponencia de Humberto Antonio Niño.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas, el planteamiento de la alzada, centra la discusión en los siguientes problemas jurídicos: ¿el Código de Procedimiento Civil permite decretar como prueba el interrogatorio de parte de uno de los litisconsortes

facultativos, cuando dicha prueba es solicitada por otro de los integrantes del mismo extremo de la relación jurídico procesal? En caso de ser negativo, ¿Es posible decretar la declaración bajo las reglas del testimonio?

De acuerdo con lo anterior, el primer interrogante debe contestarse en forma negativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 203 inciso 1 del Código de Procedimiento Civil, al señalar: “*Dentro de la oportunidad para solicitar pruebas en la primera instancia, cualquiera de las partes podrá pedir la citación de la contraria, a fin de interrogarla sobre hechos relacionados con el proceso.*” (Cursiva y negrilla fuera del texto).

Bajo éste contexto legal, el interrogatorio de parte solamente procede respecto de la parte contraria a la que solicitó la prueba puesto que no es procedente admitir la práctica de un interrogatorio solicitado por uno de los demandados para que sea absuelto por otro sujeto procesal que ostente la misma calidad.

Por tanto, el Código de Procedimiento Civil no permite decretar como prueba el interrogatorio de parte a un litisconsorte facultativo que integra junto con el solicitante de la prueba uno de los extremos de la litis. Tal premisa se deduce de la exégesis del artículo 203 del Código de Procedimiento Civil, el cual consagra que la declaración de parte está autorizada y reservada para el extremo CONTRARIO; situación que no se configura en el caso objeto de análisis, toda vez que tanto el solicitante de la prueba, como las personas a las cuales se les pretende realizar el interrogatorio integran la parte demandada. Hasta aquí se concluye que no procede el decreto del interrogatorio de parte como acertadamente lo decidió la jueza de primer grado.

No obstante, el segundo problema jurídico, esto es, la posibilidad de recibir la declaración bajo las reglas del testimonio debe responderse afirmativamente, atendiendo el principio de necesidad de la prueba, el derecho que tienen las partes a valerse de ella y la no prohibición del decreto de este tipo respecto de los litisconsortes facultativos.

El principio de necesidad de la prueba consiste en que ésta es necesariamente vital para demostrar los hechos, pretensiones y excepciones sustentados en la demanda o en la contestación de la misma. Bajo este contexto, “*la omisión de una prueba objetivamente conducente en el proceso que se sigue contra el peticionario, constituye una violación al derecho de defensa y al debido proceso.*” (negrilla y cursiva fuera del texto)

En este sentido, el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia determina que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, teniendo derecho cada parte a “*presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra*”.

La anterior precisión permite determinar que toda persona tiene el derecho constitucional de conseguir la prueba que le permita demostrar su pretensión.

Así las cosas, el testimonio definido como un medio de prueba en donde el Juzgador bajo reglas específicas recibe el relato de las personas que tienen el conocimiento sobre los hechos en general, no se contrapone a la posibilidad de reseñar el proveniente de uno de los sujetos procesales que a pesar de no ser tercero ajeno al proceso e incluso integrar una de las partes en calidad de litisconsorte facultativo, conoce los hechos a probar.

Lo anterior porque en tratándose del litisconsorte facultativo, sus intereses son independientes y por ende es admisible que uno de los componentes, con la finalidad de probar un hecho propio, ofrezca en calidad de testigo a una de las personas que intervienen en el proceso, en su misma condición de demandante o demandado, puesto que se configuraría parcialmente la nota de extraneidad que caracteriza al testigo.

En el *sub examine*, como ya se determinó, la parte demandada está compuesta por el Dr. GERMÁN EDUARDO STORINO PEREZ, COOMEVA E.P.S y CLÍNICA PALMIRA S.A., los cuales conforman un litisconsorcio facultativo lo que determina que cada uno de ellos puede realizar autónomamente los actos de disposición sobre los derechos en litigio, y no siendo plausible provocar la confesión de uno respecto del otro al integrar la misma parte, no existe imposibilidad legal para recaudar la declaración solicitada por uno de ellos respecto del otro, con mayor razón cuando el artículo 213 del Código de Procedimiento Civil, consagra el deber que tiene toda persona a rendir testimonio y no excluye o prohíbe la recepción de quien integra el contradictorio en condición de litisconsorcio facultativo.

En este orden de ideas, NO existe justificación legal para negar el decreto de la declaración bajo las reglas del testimonio y como actuar de tal manera constituye una violación al derecho de defensa del solicitante, se revocará el auto materia de ataque, para en su lugar, decretar la práctica del testimonio sobre las personas que hizo referencia la parte demandada en su contestación. *El a-quo* deberá señalar fecha y hora para tal fin.

Auto de segunda instancia (2012-00105-01) del 9 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca el auto impugnado.

DERECHO A LA IGUALDAD – La tutela no es el medio para reclamar su protección cuando no se agotaron los recursos contra el acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías parciales/DERECHO DE PETICIÓN – La falta de respuesta acusa su vulneración.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 23; Ley 1437 de 2011, artículos 14 Y 76.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-249 de 2001, T-1144 de 2003, C-739 de 2006, T-145 de 2011 y C-818 de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Los problemas jurídicos se centran en resolver: 1) ¿Si es procedente el amparo del derecho a la igualdad por vía de tutela, cuando la aparente vulneración proviene de un acto administrativo respecto del cual no se agotaron los recursos en vía gubernativa? y 2) ¿Si el SECRETARIO DE EDUCACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA vulneró el derecho fundamental de petición de la accionante?

Descendiendo al caso en concreto, se tiene que la señora ÁNGELA ROSA MARÍN ZAPATA, después de solicitar el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, se le notificó el día 08 enero de 2013 la Resolución No. 2596 expedida

el 08 de octubre de 2012, por medio de la cual le fueron liquidadas las cesantías de tal forma que el total del valor reportado fue de \$16.621.272. Con base en la jurisprudencia citada, es evidente que la actora debió interponer los recursos de Ley contra la resolución mencionada, al considerar que la liquidación de cesantías fue efectuada de manera errónea, dado que como se explicó anteriormente, la vía gubernativa es el mecanismo idóneo para que la administración corrija los yerros en los que pueda incurrir mediante la expedición de los actos administrativos. Sin embargo, de la lectura de la acción de tutela y de las pruebas aportadas con la misma, se deduce que la accionante no agotó los recursos contra la Resolución 2596 del 08 de octubre de 2012, razón por la cual, ese acto administrativo no puede ser modificado o revocado por el juez constitucional.

Adicionalmente, es importante mencionar que el derecho a la igualdad en este caso no fue vulnerado, puesto que si bien la sentencia de tutela No. 05 de 2011 amparó el derecho fundamental de petición de la accionante y de la señora DORALBA ROLDÁN AGUDELO, dicha decisión no demuestra que las señoras se encontraran en igualdad de condiciones. Con todo, la acción de tutela es improcedente para dejar sin efectos o modificar un acto administrativo, puesto que para ello el ordenamiento jurídico consagró la vía gubernativa.

Hasta aquí, se impone confirmar el fallo de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas, en cuanto no tuteló el derecho a la igualdad de la actora, ni le ordenó a la entidad accionada expedir un nuevo acto administrativo de reconocimiento parcial de cesantías.

Frente al segundo problema jurídico debe precisarse que ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional en relación con el derecho fundamental de petición y su ejercicio frente a las autoridades que tienen la obligación de satisfacerlo, enfatizando que éste no se logra con el simple acuse de recibo de la petición, sino que debe dar una respuesta que comprenda el fondo del tema sometido a su consideración, requiriéndose además, su notificación de manera oportuna al interesado.

Respecto del término para resolver las peticiones, el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, el cual fue declarado inexecutable con efectos diferidos hasta el 31 de diciembre de 2014 establece que:

ARTÍCULO 14. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción.”

(...)PARÁGRAFO. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad deberá informar de inmediato, y en todo caso antes del vencimiento del término señalado en la ley, esta circunstancia al interesado expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, el cual no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.

Es necesario resaltar que la Corte Constitucional ha determinado que el núcleo esencial del derecho de petición consiste en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, ya que de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve lo solicitado. Bajo éste contexto, el derecho de petición

comprende tres elementos: “(i) pronta resolución, (ii) respuesta de fondo, (iii) notificación de la respuesta al interesado.

Siendo ello así, la respuesta a la solicitud interpuesta por el peticionario debe consistir en una decisión que defina de fondo, ya sea de manera positiva o negativa lo solicitado. En caso de no ser posible resolver el asunto, la autoridad deberá indicar con claridad las etapas, medios, términos o procesos necesarios para dar una respuesta definitiva y contundente a quién presentó la solicitud.

En el *sub lite*, según consta en la copia del certificado de entrega anexo al escrito de tutela, la petición instaurada por la accionante fue recibida en la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA el día 20 de diciembre de 2013, sin que hasta antes de la formulación de la acción constitucional se hubiere producido alguna respuesta. Con la anterior omisión se vulneró el derecho fundamental de petición, el cual debe ser protegido a través de éste mecanismo residual, como en efecto lo hizo el juez de primera instancia.

Así las cosas y debido a que ha transcurrido el término legal para que el SECRETARIO DE EDUCACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA emitiera la correspondiente contestación, sin que ello hubiese ocurrido, procedía el amparo del derecho de petición de la señora ANGELA ROSA MARÍN ZAPATA como en efecto se decidió.

Por último, es importante señalar que la omisión de contestar la solicitud elevada por la accionante, en este caso no vulnera el derecho a la doble instancia, toda vez que como se indicó anteriormente, la oportunidad para la presentación de los recursos está claramente definida en la Ley 1437 de 2011, la cual establece que éstos se deben instaurar dentro de los 10 días siguientes a la notificación del acto administrativo, sin que su procedibilidad esté condicionada a la respuesta de un derecho de petición, donde se solicita información sobre la decisión administrativa que se pretende recurrir.

Tutela de segunda instancia (T-059-14) del 10 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

DERECHO DE PETICIÓN – La respuesta debe guardar relación con lo que pide o pregunta la persona.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 23.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-149 y T-167 de 2013.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El artículo 23 de la Constitución Política autoriza a toda persona presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivo de interés general o particular y a obtener pronta resolución. Este, como los demás derechos constitucionales fundamentales, ha tenido un desarrollo jurisprudencial amplio por parte de la Corte Constitucional, dada la función que tiene de revisar en forma eventual los fallos de tutela que profieran los demás jueces en primera o segunda instancia.

En dicha labor, ese alto Tribunal ha reiterado que el derecho de que se trata no se satisface con una respuesta formal, y que es necesario que el administrado obtenga una decisión de fondo -ya sea positiva o negativa- en forma oportuna.

En el asunto *sub examine* el accionante solicitó la protección a su derecho fundamental de petición el cual consideró vulnerado por el Asesor Jurídico de la Penitenciaría de Palmira, en razón a que dicha institución no ha dado respuesta de fondo a lo solicitado el día 07 de octubre 2013. A la sazón, arrió copia del escrito que contiene la petición en comento (folio 7 cdo. 1).

La dependencia accionada, como en líneas anteriores se dijo, informó que mediante oficio No. 225 EPAMSCASPAL–OFI-OJU del 24 de febrero de 2014 había dado respuesta a lo peticionado por el accionante.

Pues bien, para dar solución al problema jurídico aquí planteado con relación a la congruencia de la respuesta brindada por la entidad accionada a la solicitud incoada por el señor HENRY CALLE OLIVEROS es indispensable tener claridad sobre el contenido de la misma. Así pues, se advierte que en la misma el actor expuso: *“...solicito muy comedidamente me EXPIDA LOS CERTIFICADOS DE COMPUTOS QUE ME HAN RECONOCIDO POR CONCEPTO DE TRABAJO Y/O ESTUDIO, TANTO DE ESTE ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD ASI COMO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD DE CUCUTA Y EL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD DE GIRON, SANTANDER...”*.

Frente a la mentada petición el Director (E) del EPC PALMIRA respondió: *“...En atención al derecho de petición elevado por usted me permito informarle que mediante oficio 0648 del 24 de febrero de 2014 se tramitó su redención de pena ante el juzgado segundo de ejecución de penas y medidas de seguridad de Palmira...”*.

Puestas así las cosas encuentra la Sala que en el *sub-júdice* se evidencia una palmaria vulneración del derecho fundamental de petición del accionante puesto que la entidad accionada no proporcionó a éste una respuesta de fondo y acorde con lo que puntualmente inquirió, a saber, que se le expidieran sendos certificados de cómputo por estudio y trabajo para efectos de tener conocimiento directo de ello, cual lo reiteró en su escrito de impugnación. Así, el Director de la EPAMSCAS de Palmira -en su contestación- nada le indicó en torno a a la procedencia de entregarle tales certificaciones y si ha efectuado alguna gestión para su obtención por parte de los otros Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios involucrados. Nótese como el Director del establecimiento accionado simplemente informó al tutelante sobre la remisión de su *“redención de pena”* ante la autoridad judicial respectiva, trámite este que si bien puede ser el que legalmente debe agotarse, no satisface el núcleo esencial del derecho de petición del actor, el cual se itera, se circunscribía a acceder directamente a las constancias sobre los cómputos de tiempo de estudio y trabajo reconocidos a su favor.

A éste propósito, resulta pertinente puntualizar que la Corte Constitucional ha puntualizado de manera reiterada que frente a una petición concreta (como la que ciertamente impetró el aquí accionante) *“...la autoridad deberá necesariamente abordar la solicitud que ha recibido, pronunciarse de fondo sobre ella de manera clara, precisa y congruente con lo solicitado, en un tiempo prudencial cuya específica duración depende de la modalidad de petición*

elevada, y asegurarse de que la respuesta efectivamente llegue a conocimiento del interesado...”

En este orden de ideas se impone la REVOCATORIA del fallo impugnado para dar paso a la salvaguarda del derecho de petición del accionante. En consecuencia se ordenará al Asesor Jurídico del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Palmira – EPAMSCASPAL que dentro del término de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS contadas a partir de la notificación que de este fallo proceda a resolver en forma clara, oportuna y coherente la solicitud presentada por el accionante HENRY CALLE OLIVEROS el día 07 de octubre de 2014.

Tutela de segunda instancia (T-2014-244) del 22 de abril de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca la sentencia impugnada.

DIVORCIO – Al fijar los alimentos el juez debe considerar la necesidad alimentaria del cónyuge inocente y la capacidad económica del cónyuge culpable.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 154, numeral octavo; 155, 411, 419 y 420.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión 2002-0004-01 del 5 de abril de 2002, con ponencia de Manuel Ardila Velásquez; Corte Constitucional, sentencia C-246 de 2002.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)En efecto, la inconformidad del cónyuge ORDOÑEZ MOSQUERA concierne a que (i) no fue él el culpable del divorcio sino la señora RESTREPO GONZALEZ, por causa de la violencia intrafamiliar que protagonizó y que estuvo cerca de generar una tragedia conyugal; (ii) no siendo entonces “culpable” del divorcio, mal puede asignársele la obligación de seguir suministrando alimentos a su excónyuge; tanto más considerando que la señora RESTREPO GONZALEZ está recibiendo los “...cánones de arrendamiento de unos inmuebles que están ubicados en Cali y Buenaventura, y además (...) los dividendos...” de las acciones que tiene el señor ORDOÑEZ en varias sociedades, situación que continuará así una vez se liquide la sociedad conyugal.

El disenso de la señora RESTREPO GONZALES, por su parte, está circunscrito al *quantum* de la cuota alimentaria que a cargo de ORDOÑEZ MOSQUERA le fue asignada en su condición de cónyuge inocente.

Puestas así las cosas, lo primero por advertir es que a éstas alturas del debate el accionante inicial no puede pretender deducir responsabilidad de su cónyuge con base en una conducta [“maltratamientos de obra”] que nunca le imputó a ésta en la demanda, pues la única causal que adujo en dicho libelo con el designio de obtener el divorcio fue la contemplada en el numeral octavo del artículo 154 del Código Civil, misma que aquel describió así: “...los esposos anteriormente enunciados se encuentran separados de hecho desde hace mas de cinco años...” (folio 1 fte. cdo. 1o).

Desde esa sola perspectiva el planteamiento impugnativo en comento cae en el vacío, lo cual traduce que la culpabilidad del señor JESUS ORDOÑEZ MOSQUIERA en el divorcio decretado por el juzgado *a-quo* permanece intangible en ésta segunda instancia.

Ahora bien: de lo anterior no se sigue forzosamente (como lo asumió la juez *a-quo*) que sobre dicho señor deba recaer la obligación de suministrarle alimentos a la cónyuge inocente, pues -para decirlo en breve- la culpabilidad de aquel es apenas UNO de los TRES requisitos que deben concurrir para que una condena de esa naturaleza proceda, desde luego que entre cónyuges divorciados los alimentos corresponden a la categoría de “*congruos*” (noción ésta que desapareció solo para los menores de edad), esto es, aquellos que “*...no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social o para sustentar la vida...*” (art. 420 Código Civil), o lo que es lo mismo, la necesidad alimentaria de quien los reclama, amén que en su tasación “*...se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas...*” (art. 419 ib.) o sea, la capacidad económica del alimentante.

Fluye obvio, así, que además de la culpabilidad en el divorcio los otros dos requisitos que deben coexistir para que en un caso concreto proceda el señalamiento de cuota alimentaria a favor del cónyuge inocente son LA NECESIDAD del alimentario (cónyuge inocente) y LA CAPACIDAD económica del alimentante (cónyuge culpable), entendida la primera como la imposibilidad del cónyuge inocente para procurarse su propia subsistencia [*“...si no halla donde obtenerlos y se encuentra en la imposibilidad de procurárselos...”*, según dijo la Corte en sentencia del 09-11-1988], y no como las eventuales dificultades, incomodidades o falta de preparación calificada que para conseguir un empleo u oficio le pueda sobrevenir una vez su estado civil de casado o casada cambie por causa del divorcio. Es que, se itera, la asignación de cuota alimentaria en favor del cónyuge inocente no constituye una sanción *ministerio legis* contra el cónyuge culpable del divorcio, y por tanto es desafortunado el planteamiento que subyace en la tesis que aquí se rebate, según el cual aquel de los cónyuges que “*se maneja mal*” en el matrimonio debe “*cargar*” o “*sostener*” a su “*ex*” como pena durante “*...toda la vida del alimentario...*” (según los términos del artículo 422 del Código Civil); al fin y al cabo, dirían algunos, “*...quien lo mandó -por ejemplo- a ser infiel...*”.

La obligación alimentaria que se analiza, entonces, si bien tiene un componente sancionatorio, su sustento teleológico basilar dimana del deber de solidaridad entre quienes alguna vez estuvieron unidos por el vínculo del matrimonio, pues aún cuando de los cónyuges no se predica un grado de parentesco de consanguinidad, afinidad o civil, al unirse con el fin de conformar una familia contraen entre sí obligaciones recíprocas como la de guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida (artículo 176 Código Civil). De ahí que como lo dejó puntualizado la Corte Constitucional en la sentencia C-246 de 2002, “*...cuando se rompe el vínculo conyugal las aludidas obligaciones de socorro y ayuda se reducen en la medida en que las prestaciones de orden personal no siguen siendo exigibles y también se transforman, pues algunas obligaciones económicas pueden subsistir en condiciones específicas...*”, razón por la cual, aun en el evento de que el divorcio se haya sustentado en la causal sexta del artículo 154 del Código Civil [de la cual -bien se sabe- ni siquiera cabe predicar la existencia de cónyuge culpable e inocente], “*...la persona del cónyuge con una enfermedad o discapacidad grave está constitucional y legalmente protegida. La obligación de*

socorro y ayuda se deduce de los derechos y deberes recíprocos de la pareja (artículo 42 C.P.), así como del principio de respeto a la dignidad humana (artículo 1 C.P.) que impide la instrumentalización del otro mediante su abandono en situaciones precarias de salud cuando ya no "sirve" a los propósitos del otro cónyuge. El carácter antiutilitario de la Constitución reflejado en la elevación de la dignidad humana principio fundante del Estado (artículo 1 C.P.), así como los deberes de la pareja fundamentan constitucionalmente el deber conyugal de socorro y ayuda...".

Para el evento en que uno de los consortes es declarado culpable del divorcio o de la separación, la mencionada "transformación" del deber de solidaridad se manifiesta cuando el cónyuge inocente se encuentra frente a una situación de imposibilidad para atender su propia subsistencia, desde luego que "...[L]a noción del derecho de alimentos implica la facultad que tiene una persona de exigir los emolumentos necesarios para su subsistencia, cuando no se encuentre en las condiciones para procurárselos por sí misma, a quien esté legalmente en la obligación de suministrarlos..."

La CAPACIDAD económica del alimentante (cónyuge culpable), por su parte, tiene su fundamento legal en la preceptiva del artículo 419 del Código Civil, el cual perentoriamente dispone que "...en la tasación de alimentos se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y las circunstancias domésticas...", exigencia que ni siquiera cabe soslayar cuando de alimentarios menores de edad se trata. Sólo que allí, de no ser posible probar la aludida capacidad del padre o madre alimentantes, la ley autoriza presumir que éstos tienen ingresos mensuales equivalentes al salario mínimo legal (artículo 155 del Código del Menor). A lo cual cabe agregar que a la hora de establecer la capacidad del llamado a suministrar alimentos se debe tener en cuenta que, *ex ante*, el ordenamiento (artículo 411 del Código Civil) consagra obligaciones alimentarias de mayor aboengo que la prevista para el cónyuge "divorciado o separado de cuerpos sin su culpa", en favor de las siguientes personas: (i) el cónyuge (no divorciado, por supuesto) o compañero(a) permanente; (ii) los descendientes; y (iii) los ascendientes.

A la sazón, como lo ha dicho la Corte, "...[L]a solidaridad familiar, fuente de los alimentos, no puede ser extrema y por ello la misma ley prevé un orden de preferencia..." (Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de abril de 2002. Magistrado ponente Dr. MANUEL ISIDRO ARDILA V. expediente 2002-0004-01).

Tomando pie en los postulados legales y jurisprudenciales anteriores bien pronto se advierte que desde su escrito de contestación a la demanda la señora LUZ MARY RESTREPO GONZALEZ dejó nítidamente consignadas las bases para concluir que, al menos por ahora, ninguna necesidad alimentaria tiene.

En el referido escrito, en efecto, sin ambages expresó que a pesar de no convivir con su cónyuge éste "...aporta para el sostenimiento económico de su hogar y la manutención de su esposa, lo que viene haciendo desde el momento en que abandonó el hogar hasta la fecha, aportándole el valor de los cánones de arrendamiento de dos inmuebles como son, el arrendamiento del apartamento 204 ubicado en la Urbanización los Manglares (..) y la casa ubicada en la calle (..) Urbanización Los Alamos de Cali..." (folio 40 fte. cdo. 1o), y adicionalmente "...acordaron que ella continuara viviendo en la casa de propiedad de la pareja en el barrio Juan 23..." (folio 41 fte. cdo. ib.).

Si a lo anterior se suma la relación de bienes sociales efectuada por ambos cónyuges en sus escritos iniciales [que a más de los tres inmuebles atrás mencionados incluye acciones en la CLINICA BUENAVENTURA y 3999 acciones del Grupo AVAL], fuerza es inferir que con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal entre aquellos la señora RESTREPO GONZALEZ no quedará precisamente en situación de insolvencia.

Así las cosas, la Sala revocará lo referente a la cuota alimentaria impuesta al cónyuge culpable en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada. No significa ello, hasta sobra decirlo, que en su calidad de cónyuge inocente -aspecto fuera de toda discusión- la demandante en reconvención no tenga derecho a reclamar alimentos congruos. De lo que en puridad se trata es que ese derecho solo podrá materializarlo cuando fehacientemente, y en las condiciones anteriormente explicadas, pruebe su NECESIDAD alimentaria y la CAPACIDAD económica del cónyuge culpable.

Por sustracción de materia, a consecuencia del decaimiento de la condena alimentaria impuesta al demandado en reconvención nada hay para proveer acerca de lo pretendido por la señora RESTREPO GONZALEZ en su escrito de apelación, referente al incremento del monto que de la misma se hizo en la sentencia opugnada.

Haber declarado el divorcio con apoyadura en una causal objetiva (la octava) y a la vez en otra causal tipo sanción (la primera), como lo hizo la sentenciadora *a quo*, traduce desvarío mayúsculo, toda vez que fue la infidelidad de ORDÓÑEZ MOSQUERA lo que ocurrió primero. En otras palabras: la separación corporal de facto -y su prolongación superior a un bienio- fue apenas la resultante o consecuencia de las relaciones sexuales extramatrimoniales del cónyuge varón. Es más: aunque la separación superior a dos años se hubiese consolidado antes de la infidelidad de éste, aquella situación (la separación) no lo autorizaba a incumplir el deber de fidelidad. De donde, probado ese incumplimiento culpable, el decreto de divorcio impone EXCLUSIVAMENTE por causa del mismo.

Sentencia de segunda instancia (2011-00054-01) del 22 de abril de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: modifica el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia apelada y revoca el numeral segundo.

ACCIÓN DE TUTELA – Debe ser presentada dentro de un término razonable/TÍTULOS VALORES SUSCRITOS CON ESPACIOS EN BLANCO – El demandado debe probar cuáles fueron las instrucciones dadas y el abuso del actual tenedor del título al desatenderlas.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, tutela 2008-00106-01 del 9 de julio de 2008, con ponencia del magistrado Pedro Octavio Munar Cadena; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 2002-00038-01 del 8 de agosto de 2010, con ponencia del magistrado Felipe Francisco Borda Caicedo.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Como lo advirtió el juez de tutela de primera instancia, entre la providencia interlocutoria que negó el dictamen pericial (de fecha 30-07-2013) y la

presentación de la tutela (11-02-2014) transcurrieron más de seis meses, lapso éste que desvirtúa la urgencia del amparo constitucional incoado por el señor FREDIAN DE JESUS BEDOYA. O lo que es lo mismo: éste no cumple con el requisito de procedibilidad genérico de la INMEDIATEZ... Desde esa sola perspectiva, entonces, la tutela *sub examine* no tiene vocación de prosperidad en lo que respecta al citado auto interlocutorio.

Ahora bien: en lo referente a la determinación adoptada en la sentencia de única instancia, en el sentido de declarar no probada la excepción a través de la cual el aquí accionante pretendía sacar adelante el planteamiento según el cual la demandante debió presentar -junto con la LETRA DE CAMBIO- la “*carta de instrucciones*” para el lleno de sus espacios en blanco, cumple simplemente reiterar lo que en torno a ese específico tópico ha dicho ésta Sala en numerosos pronunciamientos anteriores.

“...no basta para hacer colapsar las pretensiones de una demanda ejecutiva, plantear que el título valor fue suscrito con espacios en blanco, pues esa es una modalidad permitida por el propio ordenamiento mercantil. Para sacar adelante el anotado designio (enervar la eficacia ejecutiva de uno o varios títulos valores), al demandado no le será suficiente demostrar que suscribió el título o títulos valores con espacios en blanco, sino que adicionalmente deberá probar las precisas instrucciones a las que condicionó el lleno de tales espacios, y lo que es más importante, acreditar que el tenedor actual (el que le exige compulsivamente la obligación contenida en el título valor) llenó tales espacios abusivamente, esto es, con transgresión de aquellas instrucciones. Esto último, desde luego, atendiendo el mandato del inciso final del artículo 622 del C. de Co, en cuanto prescribe que si el título valor con espacios en blanco es endosado después de llenado tales espacios a un tenedor de buena fe “...será válido y efectivo para dicho tenedor y éste podrá hacerlo valer como si se hubiera llenado de acuerdo con las instrucciones dadas...”, lo cual traduce que a si quien se le transfirió el título valor en cuestión es un tenedor legítimo o de buena fe (recuérdese que a términos del artículo 647 del C. de Comercio “...se considerará tenedor legítimo del título a quien lo posea conforme a su ley de circulación...”) no le serán oponibles excepciones derivadas de un supuesto llenado abusivo de espacios en blanco por parte del beneficiario inicial del título valor, a menos que se pruebe que fue él (tenedor actual, demandante) quien llenó tales espacios en contravía de las instrucciones del deudor.

En otras palabras: para que la defensa del demandado resulte próspera no le basta simplemente poner de relieve la existencia de espacios en blanco en el título valor al momento de su suscripción, sino que debe darse a la tarea, pues es a él a quien incumbe la carga de “...probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue...”, de demostrar que ello (haber suscrito el título valor “con espacios en blanco”) ocurrió así, y cuáles fueron las instrucciones que se impartieron para su diligenciamiento; pero además, deberá probar que las mismas fueron desatendidas abusivamente NO POR EL TENEDOR INICIAL, sino por el tenedor que promovió el

proceso ejecutivo...” (sentencia del 8 de agosto de 2010, Radicación No. 76-111-31-03-002-2002-00038-01 Consecutivo interno No. 14.166. Magistrado ponente FELIPE FRANCISCO BORDA CAICEDO).

Finalmente: no desconoce el tribunal que el discernimiento de la jueza accionada en torno al tema en comento, como obra humana que es, puede ser pasible de críticas o reparos. Es más: frente al mismo es posible proponer lecturas, análisis o interpretaciones que a lo mejor resulten igual o hasta más atendibles. Pero de ahí a sostener que el análisis jurídico efectuado por aquella funcionaria solo puede ser concebido como un juicio descabellado o huero de todo respaldo fáctico o jurídico, hay una abismal diferencia.

Por modo que aunque ésta Sala discrepara de la tesis de la juzgadora accionada, que no es el caso, ni siquiera esa disonancia sería motivo para calificar como absurda la referida providencia. Y en tales condiciones, el amparo constitucional incoado no tiene vocación de prosperidad.

Tutela de segunda instancia (2014-243) del 23 de abril de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

DERECHOS A LA IGUALDAD Y AL TRABAJO – La tutela no es el medio para obtener el nombramiento en un cargo de carrera en cuyo concurso no se ocupa el primer lugar de la lista ni se demuestra la existencia de la respectiva vacante/DERECHO DE PETICIÓN – La falta de respuesta acusa su vulneración.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 1437 de 2011, artículo 14.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-249 de 2001, T-656 de 2002, T-760 de 2009 y T-654 de 2011; Consejo de Estado, decisión de tutela 2010-02789-01 del 28 de octubre de 2010, con ponencia de Susana Buitrago Valencia.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En lo que atañe a los derechos sobre los que se invoca protección, hacen parte de aquellos considerados como fundamentales por nuestra Constitución Política, luego y de acuerdo a lo establecido de los hechos de la tutela, el análisis a realizar se enfoca a determinar: ¿Si la GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA vulneró el derecho fundamental de petición de la accionante?, y ¿Si la acción de tutela es el mecanismo procedente para lograr el nombramiento en periodo de prueba de una persona, respecto de la cual se desconoce el lugar que actualmente ocupa en la lista de elegibles y además se ignora la existencia de vacantes disponibles para el cargo al cual aspiró en la entidad accionada?

Inicialmente debe precisarse que ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional en relación con el derecho fundamental de petición y su ejercicio frente a las autoridades que tienen la obligación de satisfacerlo, enfatizando que éste no se logra con el simple acuse de recibo de la petición, sino que debe dar una respuesta que comprenda el fondo del tema sometido a su consideración, requiriéndose además, su notificación de manera oportuna al interesado.

Respecto del término para resolver las peticiones, el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, el cual fue declarado inexecutable con efectos diferidos hasta el 31 de diciembre de 2014 establece que:

ARTÍCULO 14. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción.”

(...)PARÁGRAFO. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad deberá informar de inmediato, y en todo caso antes del vencimiento del término señalado en la ley, esta circunstancia al interesado expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, el cual no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.

Es necesario resaltar que la Corte Constitucional ha determinado que el núcleo esencial del derecho de petición consiste en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, ya que de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve lo solicitado. Bajo éste contexto, el derecho de petición comprende tres elementos: “(i) pronta resolución, (ii) respuesta de fondo, (iii) notificación de la respuesta al interesado.

Siendo ello así, la respuesta a la solicitud interpuesta por el peticionario debe consistir en una decisión que defina de fondo, ya sea de manera positiva o negativa lo solicitado. En caso de no ser posible resolver el asunto, la autoridad deberá indicar con claridad las etapas, medios, términos o procesos necesarios para dar una respuesta definitiva y contundente a quién presentó la solicitud.

En el *sub lite*, de acuerdo con las constancias de recibido que obran en las copias de los derechos de petición anexados al escrito de tutela, las peticiones instauradas por la accionante fueron recibidas en la GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA los días 20 de septiembre de 2013 y 06 de noviembre de 2013 respectivamente, sin que hasta antes de la formulación de la acción constitucional se hubiere producido alguna respuesta. Con la anterior omisión se vulneró el derecho fundamental de petición, el cual debe ser protegido a través de éste mecanismo residual.

En consecuencia, debido a que ha transcurrido el término legal para que el GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA emitiera las correspondientes contestaciones, sin que ello hubiese ocurrido ni siquiera en el trámite de esta instancia, procede el amparo del derecho de petición de la señora SULAY CANDELO MARTÍNEZ. Hasta aquí habrá de concederse la acción de tutela en el sentido de proteger el derecho fundamental de petición de la actora.

En cuanto al segundo problema jurídico, es necesario resaltar que la Corte Constitucional ha señalado en reiteradas oportunidades el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, ya que simplemente puede ser aplicado cuando la protección del derecho fundamental vulnerado o amenazado no pueda realizarse por otro medio de defensa judicial, o se requiera acudir a la acción constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En este sentido, los elementos para determinar la existencia del perjuicio irremediable se sintetizan en los siguientes: “i) la *inminencia*, que exige

medidas inmediatas; ii) la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente y iii) la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”. De modo que la acción de tutela es procedente aún ante la existencia de otros medios de defensa judicial, cuando se deban remediar las circunstancias de hecho en que se encuentre el accionante, con la finalidad de evitar la destrucción inevitable de un bien jurídicamente tutelado.

Ahora bien, la lista de elegibles es un acto administrativo que tiene como objetivo establecer la forma como se deben proveer, en estricto orden de méritos, los cargos que fueron objeto de concurso. Adicionalmente, éste acto es de carácter temporal, característica que le permite a la administración utilizar la lista de elegibles para llenar las vacantes señaladas en la respectiva convocatoria e impide que se realice otro concurso para proveer las plazas objeto de dicho registro, hasta tanto no se agoten las vacantes ofertadas.

En consecuencia de lo anterior, cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en los cargos que fueron objeto del concurso, la administración debe nombrar a quién ocupe el primer lugar de ese acto y a los que se encuentren en estricto orden descendente para que ocupe dicho cargo. Por lo tanto, la consolidación del derecho de las personas que se encuentran en la lista de elegibles depende del lugar ocupado dentro del registro y del número de vacantes o plazas a proveer.

Descendiendo al caso en concreto, la señora **SULAY CANDELO MARTÍNEZ**, de acuerdo con la Resolución No. 01367 del 2012, ocupó el puesto No. 25 de la lista de elegibles para el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 08 en la **GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA**. Sobre el particular, la accionante afirmó que dicha entidad ha dilatado el proceso de nombramiento en periodo de prueba de quienes conforman el listado de elegibles, a pesar de que la planta de personal tiene empleos vacantes o cubiertos en provisionalidad. No obstante lo anterior, la actora no acreditó en ésta instancia judicial los elementos fácticos necesarios para amparar sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo. En efecto, la actora no demostró la existencia plazas vacantes u ocupadas en provisionalidad en la entidad accionada, ni mucho menos probó que actualmente ostente el derecho preferencial en estricto orden descendente de la lista de elegibles para ocupar el cargo de Auxiliar Administrativa grado 08.

Luego, el segundo problema jurídico habrá de responderse en forma negativa, en la medida que éste Tribunal no puede ordenar a la **GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA** que se nombre a la accionante en una plaza que actualmente se encuentre vacante, puesto que la posibilidad de acceso a un cargo depende de razones objetivas, como lo son que efectivamente exista una vacante correspondiente al cargo para el cual aspiró y que la actora actualmente ocupe el primer puesto en la lista de elegibles. Una decisión en otro sentido desconocería los principios de la carrera administrativa y de la Constitución Política de 1991.

Tampoco se acreditaron los elementos del perjuicio irremediable y la actora cuenta con otro medio legal para la defensa de sus intereses, como lo es la posibilidad de requerir a la **GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE** para que, conforme con el artículo 11 del Acuerdo 159 de 2011, solicite a la Comisión Nacional de Servicio Civil autorización para utilizar la lista de elegibles que integra y, si es del caso, nombrarla en un cargo con similitud funcional.

Por consiguiente, se impone la protección en sede de tutela del derecho fundamental de petición, para lo cual se ordenará a la GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA, que en el término de diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de ésta providencia, proceda a resolver de fondo, concreta y congruentemente las solicitudes planteadas por SULAY CANDELO MARTÍNEZ los días 20 de septiembre de 2013 y 11 de noviembre de 2013. Así mismo, deberá notificarle oportunamente las respuestas que se emitan. Por último, se negará el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo por las razones antes indicadas.

Tutela de primera instancia (T-065-14) del 30 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: tutela el derecho fundamental de petición.

VÍA DE HECHO POR DECISIÓN SIN MOTIVACIÓN EN PROCESO EJECUTIVO – El juez debe explicar, de manera adecuada o suficiente, y no sin reflexión, las razones para no acoger los argumentos de la apelación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 29.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-114 de 2002 y T-395 de 2010, entre otras.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el evento *sub examine* la accionante LINA MARÍA ZAPATA RIVILLAS pretende que por ésta vía se reversen las sentencias ejecutivas de primera y segunda instancia, con las que los JUZGADOS 3° CIVIL MUNICIPAL y 1° CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGO ordenaron la continuidad de la ejecución en su contra tras declarar no probadas sus excepciones fundadas en la falta de requisitos de ley de las facturas sobre las que descansó la ejecución, y el pago de la obligación.

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 la última decisión es del 28 de febrero de 2014 y por ende no supera los 6 meses –inmediatez-; dentro del proceso ya se agotaron todos los recursos al alcance de la accionante. –subsidiariedad-

Así, de los elementos de juicio obrantes en el expediente ejecutivo, se advierte que el JUZGADO 3° CIVIL MUNICIPAL DE CARTAGO, con sentencia del 24 de septiembre de 2013 declaró infundadas las excepciones de mérito propuestas por la demandada, tras concluir: de un lado, que si bien las facturas aportadas no reunían los requisitos para considerarse títulos valores, lo cierto es que de ellas sí surgían obligaciones claras, expresas y exigibles, en tanto “...se indicó a quién debía hacerse el pago; la fecha de elaboración y de vencimiento de los mismos y el monto a que ascendían las mercancías referenciadas en ellas...”, por tanto debían mirarse los documentos como títulos ejecutivos conforme al artículo 488 del estatuto adjetivo. De otra parte, y frente al pago total de la obligación, se consideró que si bien al reverso de las facturas que se aportaron

con el escrito de excepciones aparece una nota que dice que *“las mismas ya fueron canceladas, dicha anotación la hizo la misma obligada; declaración que no compromete a la acreedora que es la que debe dar fe de dicho pago”*. En consecuencia como la prueba fue fabricada por la misma parte ejecutada, no se declaró probada la excepción de pago alegada, ni tampoco se le restó mérito ejecutivo a los documentos adosados.

Por su parte, al desatar la apelación el JUZGADO 2° CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGO, tras considerar de entrada los documentos aportados como facturas en los términos del artículo 774 del Código de Comercio, y aplicar las disposiciones de la acción cambiaria, sostuvo que la demandada se obligó cuando firmó los títulos valores aportados como recaudo ejecutivo. A su turno, la demandante tenía legitimidad para recaudar los derechos derivados de los mismos, lo que descarta las excepciones de mala fe, creación maliciosa y entrega del título sin intención de hacerlo negociable. Por el contrario, existe prueba que se llevó a cabo una venta de bienes que hacen presumir la tenencia de los cartulares conforme a su ley de circulación, y de paso la buena fe de la ejecutante. Frente al pago se reprochó lo contradictorio de la excepción con los demás medios de defensa, pues de un lado se alegó que los títulos no contienen obligación alguna, y que tampoco hubo entrega de mercancías, y del otro se alegó un pago que por demás no se probó. Al efecto se preguntó el *ad quem*: *<<¿si no existía derecho incorporado, por no existir venta de mercancías, frente a que transacción es el pago total que se alega?>>*. Se añadió que, la obligación de dejar constancia en el título del estado de pago del precio (artículo 774 Num. 3° Código de Comercio), se refiere a la obligación del emisor de cuando recibe pagos parciales los que debe registrar por cualquier medio, pero ese requisito no es necesario cuando, como aquí aconteció, ningún abono o pago por instalamentos se hizo. Por último, frente al interrogatorio de parte practicado a la ejecutante, se anotó que *“...no le resta eficacia a los títulos valores que son objeto de recaudo ejecutivo...”*, por lo que en conclusión la demandada no probó las excepciones que propuso, razones que llevaron a confirmar la sentencia que ordenó la continuidad de la ejecución.

Bajo este contexto, esta sala de Decisión advierte que en la sentencia de segunda instancia se incurrió en una vía de hecho por falta de motivación, en consideración a que si los argumentos centrales del recurso de apelación contra la sentencia ejecutiva de la JUEZ TERCERA CIVIL MUNICIPAL fue que los documentos base de la ejecución no podían considerarse facturas por no reunir los requisitos del Código de Comercio, la juez de la apelación para cumplir con su labor, debió empezar justamente por dilucidar ese motivo de inconformidad, y no de entrada tratar los documentos como títulos valores cuando precisamente sobre ese punto, entre otros, descansó el reproche.

Así las cosas, si en la decisión en comento no se hizo referencia a las observaciones necesarias para considerar los documentos adosados como títulos valores, sino que de entrada la juez los trató como tal, sin tener en cuenta que ese era el principal motivo de apelación, sin duda, se quebrantó el derecho fundamental previsto en el artículo 29 constitucional, por una inadecuada o insuficiente motivación en la decisión judicial.

Ello conducirá al Tribunal a conceder el amparo solicitado por LINA MARÍA ZAPATA RIVILLAS a través de su abogado, para dejar sin efecto la sentencia de segunda instancia dictada el 28 de febrero de 2014 por el JUZGADO 1° CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGO, así como las demás decisiones que con fundamento en ella se han adoptado dentro del proceso ejecutivo con radicación 2012-324-

01. En su lugar, se dispondrá que la titular del despacho judicial mencionado dicte una nueva sentencia, pero exponiendo con claridad y precisión, las razones que la llevan a considerar como títulos valores los documentos base de la ejecución, y resuelva los reproches realizados por el ejecutado en ese aspecto, para luego entrar a resolver los demás puntos sobre los que recayó la apelación.

Bastan entonces las anteriores breves consideraciones para conceder el amparo, en los términos anteriormente expuestos.

Tutela de primera instancia (T-066-14) del 30 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: tutela el derecho fundamental al debido proceso.

DERECHO A LA SALUD – La sola autorización de los servicios requeridos no constituye un hecho superado/DERECHO A LA SALUD EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO – La atención en salud, cuando se trata de exclusiones del POSS, corresponde a las EPS y la financiación a la respectiva entidad territorial/RECOBRO AL FOSYGA – El juez de tutela tiene potestad para decidir sobre él.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Acuerdo 008 de 2009 del Comisión de Regulación en Salud, artículo 3; Ley 100 de 1993, artículo 215; Decreto 806 de 1998, artículos 14 y 31; Ley 715 de 2001, artículo 43; Ley 10 de 1990, artículo 6; Ley 1122 de 2007, artículo 20.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-657 de 2008, T-709 de 2008, T-817 de 2009 y T-780 de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Luego, los problemas jurídicos se circunscriben a determinar ¿si con la realización del procedimiento denominado “*Resonancia Nuclear Magnética de Columna Cervical con contraste*”, se superaron los motivos que llevaron al agente oficioso a interponer la acción de tutela?, y ¿si a la EPS-S accionada le corresponde la prestación de los servicios y atenciones excluidos del POS-S., que en salud requiere el paciente?

Frente al primer tópico puesto en consideración de la Sala, cabe citar lo dicho sobre el particular por la Corte Constitucional en sentencia T-817 de noviembre 19 de 2.009 con ponencia del doctor NILSON PINILLA PINILLA :

“...el juez constitucional deberá evaluar la situación concreta y determinar si la reparación fue real y materialmente la adecuada para el restablecimiento pleno de los derechos de la persona afectada, lo cual en materia de servicios de salud implica no solo la autorización de la prestación asistencial requerida, sino el cabal cumplimiento en el suministro del tratamiento prescrito por el galeno de la entidad, con idoneidad en salud.”

Conforme al citado precepto jurisprudencial, se extracta que no es posible configurar el hecho superado con la simple realización del procedimiento

denominado *“Resonancia Nuclear Magnética de Columna Cervical con contraste”*, pues tal circunstancia de manera alguna conlleva al mejoramiento de las dolencias que afectan al paciente, por tanto, la amenaza o vulneración solamente cesará cuando se haya dado cumplimiento al tratamiento que se prescriba por los galenos tratantes para la patología *“Traumatismo de la médula espinal cervical”*

Es por ello que en el caso de autos no se configuró el hecho superado pues si bien con el escrito de contestación de la acción se informó el traslado del paciente al centro hospitalario donde se realizó el examen requerido, no se dijo nada frente a la valoración por Neurocirugía para empezar el tratamiento adecuado ni sobre el suministro de los insumos necesarios dada la situación de postración en cama del enfermo.

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

Tratándose de atenciones y servicios contemplados en el Acuerdo 008 de 2009, no cabe duda que las prestaciones requeridas, en el marco de lo dispuesto en el artículo 3º del citado Acuerdo, corresponden tanto en su financiación como en su prestación efectiva a la EPS-S a la cual se encuentra afiliado el accionante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215 de la Ley 100 de 1993 y en virtud de que los recursos del subsidio han sido asignados a dichas entidades previamente por las entidades territoriales, correspondiendo por lo tanto a las EPS-S la afiliación de los beneficiarios del subsidio y prestación, directa o indirecta, de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

Cuando se trate de exclusiones del POS-S., su financiamiento corresponde a la entidad territorial quien ha recibido del Sistema General de Participaciones lo correspondiente para atender a la población pobre en lo no cubierto con los subsidios de la demanda conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 715 de 2001. De igual manera, corresponde a la entidad territorial, en nuestro caso a la SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL VALLE DEL CAUCA, las prestaciones en salud de segundo y tercer nivel de complejidad no cubiertas por el POS-S conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, el artículo 6 de la Ley 10 de 1990 y el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 en concordancia con la ley 1438 de 2.011. De allí que, en principio, corresponde a la entidad territorial los servicios no incluidos en el POS-S.

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

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

puedan socavar, esgrimiendo múltiples pretextos, el contenido del derecho señalado.

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

Así las cosas, cuando en el régimen subsidiado las EPS-S alegan que la prestación que se requiere no es parte de los contenidos del POS-S, no es al afiliado a quien corresponde gestionar lo pertinente para acceder a los servicios excluidos del POS-S., sino a la EPS-S como garante, ya sea prestarlos directamente para luego recobrar su costo frente a la entidad territorial pertinente, una vez agotados los presupuestos señalados en la Resolución 548 del 12 de febrero de 2010 o gestionar y adelantar los trámites pertinentes frente a la entidad territorial a fin de coordinar con esta su prestación, sin que tales diligencias correspondan al afiliado quien precisamente busca protección de su derecho a la salud y no puede verse compelido al agotamiento de trámites administrativos.

En el presente caso, resulta claro que debido a la patología “*Traumatismo de la médula espinal cervical*” que padece JOHN PIERRE HOYOS NIÑO, el servicio médico no POS-S., le corresponde brindarlo a la EPS-S. CAPRECOM EPS.S., como llamada en primer lugar a atender las contingencias de salud del antes mencionado pese a que la responsabilidad en el financiamiento corresponde a la entidad territorial, en su totalidad.

Entendido que la EPS., accionada debe brindar al paciente la atención médica prescrita por el galeno tratante como tratamiento integral y teniendo en cuenta que no se puede hacer más gravosa la situación de dicha entidad, es obvio que con el fin de evitar el desequilibrio financiero, se autorice que los gastos en los que incurra la EPS-S., con ocasión del cumplimiento a la orden impartida por la *a-quo* y en ésta determinación, sean cubiertos por el correspondiente ente territorial, en este caso, la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, siempre y cuando dichos servicios se encuentren excluidos del POS.S, pues si bien esta Sala en otrora había señalado que la facultad de recobro procedía por ministerio de la ley, lo cierto es, que tal mandato si es viable otorgarlo en los fallos de tutela de conformidad con la sentencia T-780 proferida el 9 de octubre de 2012 dentro del expediente T-3551424...

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

Para aquellos tratamientos, medicamentos y/o procedimientos que no se encuentren dentro del Plan Obligatorio de Salud y deba prestar la EPS.,

accionada en razón del tratamiento ordenado, procede la aplicación de lo dispuesto en la Resolución 548 del 12 de febrero de 2010, con el fin de que sea cubierta la erogación que tiene que realizar la referida EPS., con ocasión del cumplimiento del fallo de tutela proferido en dicha instancia.

En acatamiento de la norma citada, es totalmente procedente en el sub examine ordenar expresamente el recobro ante la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA por aquellos procedimientos, medicamentos y aditamentos que no se encuentren dentro de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado en razón al tratamiento médico que la EPS-S. CAPRECOM debe brindar al paciente JOHN PIERRE HOYOS NIÑO.

En este orden de ideas, se modificará el numeral cuarto de la sentencia proferida el 17 de marzo de 2014 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira (Valle).

Tutela de segunda instancia (T-067-14) del 30 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: modifica el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia.

CÉDULA DE CIUDADANÍA – Su no expedición correcta y oportuna vulnera los derechos de petición, reconocimiento a la personalidad jurídica y participación, conformación, ejercicio y control del poder político.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 14, 23 y 40; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 16; Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-909 y t-964 de 2001, T-511 de 1999, T-136 de 2002 y T-066 de 2004.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Aunque en el caso *sub examine* se solicita la protección de los derechos a la identidad, igualdad, buen nombre y debido proceso, de la lectura de los hechos puestos a consideración de la Sala por la accionante, se observa, que éstos aluden principalmente a la afectación del derecho fundamental de petición, reconocimiento de la personalidad jurídica y de aquellos consagrados en el artículo 40 de la Constitución Política; razón por la cual, el análisis a realizar se enfoca solamente en determinar ¿si se encuentran vulnerados los derechos fundamentales del accionante consagrados en los artículos 14, 23 y 40 de la Carta Política al no recibir por parte de la entidad accionada la entrega correcta y oportuna de su cédula de ciudadanía?

Bajo éste contexto la cédula de ciudadanía representa en nuestra organización jurídica, un instrumento de extensos alcances en el orden social, debido a que se constituye como el documento idóneo para identificar cabalmente a las personas, acreditar la ciudadanía y viabilizar el ejercicio de los derechos civiles y políticos.

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se encuentra consagrado en el artículo 14 de la Constitución Política. Es importante destacar que éste derecho igualmente ha sido reconocido por algunos instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, la Corte Constitucional ha establecido que para la realización del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es necesaria la cédula de ciudadanía, ya que con el documento de identificación se hacen efectivos los derechos que le son conexos, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sobre el punto en la sentencia T-909 de 2001, se enfatizó:

El artículo 14 de la Carta Política de 1991, garantiza a todo ser humano el derecho a una personalidad jurídica por el simple hecho de su existencia, independientemente de toda condición. El reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas se refiere a situaciones que no dependen del poder económico, sino que son inherentes a la persona humana y permiten el desarrollo de las aptitudes y energías tanto físicas como espirituales ligadas indudablemente con los derechos humanos. [...]

Es así como dentro del desarrollo del derecho a la personalidad jurídica se reconoce el estado civil de las personas, mediante la expresión de una determinada situación o calidad como la nacionalidad, el sexo, la edad, estado mental, si son hijos legítimos, extramatrimoniales o adoptivos, casados o solteros etc. También se relaciona con el reconocimiento de derechos subjetivos tanto públicos como privados, situándose dentro de los primeros los propios de quien es reconocido por la Constitución y la ley como ciudadano, esto es, el derecho político al voto, el ejercicio del derecho de protección jurídica y las correlativas obligaciones concretas para las personas como la de pagar impuestos, cumplir el servicio militar obligatorio etc.”

De acuerdo con el referido criterio jurisprudencial, válido es sostener que la cédula de ciudadanía es un documento de especial relevancia para acreditar el reconocimiento y ejercicio de la personalidad jurídica de los ciudadanos, en consecuencia, la omisión injustificada en la expedición de dicho documento impide el desarrollo de todos los derechos y obligaciones que de allí se derivan, sin embargo, aunque la cédula de ciudadanía como regla general es y sigue siendo el documento idóneo, único e irremplazable para identificar a cualquier ciudadano, sólo en forma excepcional la ley permite utilizar o aceptar otro documento.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha precisado que la personalidad jurídica no se limita a la facultad de la persona a ser sujeto de derechos y obligaciones, sino que comprende una serie de atributos de la personalidad. De manera que la alteración del documento de identificación ocasionado por errores técnicos, al tratarse de un acto no consentido, constituye una vulneración de éste derecho fundamental.

En síntesis, la no expedición oportuna de la cédula de ciudadanía por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil, como organismo del Estado encargado del deber constitucional de atender lo que respecta a la identidad de las personas, vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos a estar plenamente identificados, de tal suerte que puedan desarrollar todas las actividades propias de esa calidad, entre las cuales se encuentra la posibilidad

de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y de esa manera, dar cumplimiento preciso a uno de los fines esenciales del Estado, el cual es la de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan; de igual manera la de realizar actos civiles para los cuales la presentación de ese documento resulta indispensable, todo lo cual lleva a la conclusión de que la carencia de la cédula de ciudadanía afecta de manera directa al ciudadano y a la sociedad.

Por tanto, en este evento la Sala de Decisión considera que la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, con su omisión de expedir de manera correcta y oportuna al solicitante documento laminado de su cédula de ciudadanía reclamada desde el 07 de febrero de 2013, fecha en que se expide la contraseña ha transgredido los derechos de petición, reconocimiento de la personalidad jurídica y la posibilidad del ejercicio de las garantías ciudadanas previstas en el artículo 40 de la Constitución, pues dicha autoridad administrativa no ha cumplido con su deber legal, expidiendo a la accionante el correspondiente documento de identificación laminado y legalmente autorizado por la ley vigente en forma correcta, requiriéndose éste en todo caso para satisfacer el núcleo esencial de los derechos vulnerados.

En consecuencia, se impone conceder a JUAN DAVID OSORIO CAICEDO el amparo constitucional invocado, disponiendo que la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL gestione lo necesario para que en un término no superior a 30 días, le entregue a la solicitante de tutela su correspondiente cédula de ciudadanía.

Tutela de primera instancia (T-069-14) del 30 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: tutela los derechos reclamados.

DESACATO – Su propósito es el cumplimiento de la orden de tutela y no la imposición de sanciones.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2591 de 1991, artículos 52 y 53.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-351 de 1993 y T-459 de 2003.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

El Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción constitucional de amparo de los derechos fundamentales, introdujo en su artículo 52 la figura jurídica del **DESACATO**, norma que es de esta literalidad:

La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar. La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.

Según la norma citada, incurre en desacato quien incumpla una orden del juez de tutela, haciéndose acreedor a las consecuencias jurídicas señaladas en los artículos 52 y 53 del citado Decreto.

Así las cosas, el DESACATO consiste en una conducta que, desde una óptica meramente objetiva, implica que el fallo de tutela no ha sido cumplido, pero que, en el ámbito subjetivo consiste en establecer la responsabilidad de quien ha dado lugar a ese incumplimiento, lo que implica determinar si de su parte hubo negligencia en cuanto a procurar la satisfacción de lo ordenado en el respectivo proveído. Si la hubo se impondrán las sanciones del caso, lo que no obsta para ejecutar la orden de tutela y así evitar la consecuencia jurídica vindicativa, pena o sanción pecuniaria según el caso, puesto que lo realmente trascendente en este tipo de asuntos no es la condena en sí misma, sino la búsqueda del cumplimiento del veredicto.

En el *sublite*, advierte este despacho que en el fallo de tutela se concedió el amparo constitucional al derecho de petición, y se ordenó al GRUPO INTERNO DE TRABAJO PARA LA GESTION DEL PASIVO SOCIAL DE LA EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA. COORDINACION AREA DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, adscrita al Ministerio de la Protección Social hoy UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP pronunciarse de fondo sobre la petición elevada por MARYIN MOSQUERA TORRES, relativa a la inclusión en nómina como beneficiaria de la sustitución pensional de su señor padre JOSE OCTAVILO MOSQUERA MOSQUERA.

Atendiendo tal mandato, la entidad accionada el día 18 de octubre de 2012 informó que mediante oficio del 18 de octubre de 2012 dirigida a la accionante se le informó *“por medio del presente escrito me permito anexar liquidación detallada del pago de la Resolución No.30 del 01 de marzo de 2002, la cual fue incluida en nómina de pensionados del mes de octubre de 2012”*, y la misma beneficiaria, aquí accionante, ha manifestado que inicialmente recibió un pago por valor de \$18.000.000,00 y ha recibido las mesadas pensionales, aduciendo que no está de acuerdo con la liquidación efectuada y en su último escrito expreso que en el año en curso 2014 no se ha efectuado el pago correspondiente ni se ha efectuado el incremento por ser actualmente única beneficiaria.

Así las cosas, resulta indudable que la protección constitucional se cumplió por cuanto la entidad accionada resolvió la respectiva petición, es decir la inclusión en nómina solicitada en escrito del 04 de agosto de 2009.

Ahora bien, resulta preciso aclarar a la accionante que su inconformidad frente a la liquidación efectuada por la entidad de las mesadas pensionales adeudas al igual que el incremento por ser única beneficiaria, son situaciones que desbordan la competencia del Juez Constitucional, máxime cuando estos hechos no fueron el objeto de la acción de tutela de la cual se desprende este trámite incidental. Se reitera, la presente acción se ha diseñado para sancionar el incumplimiento de los mandatos dados en sede tutela y no para controvertir situaciones originadas con posterioridad que no se desprenden de la orden inicialmente conferida.

Luego, evidenciado que en este caso se dio cumplimiento de la orden impartida por parte de la entidad accionada, se desvirtúa la razón y fundamentación de la medida correccional, dando lugar a denegar el desacato propuesto.

Auto 136 del 30 de abril de 2014 (consulta desacato), con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: se abstiene de imponer sanción por desacato.

CADUCIDAD DE LA DEMANDA DE EXPROPIACIÓN – La demanda deberá ser presentada dentro de los 2 meses siguientes a la ejecutoria del acto administrativo que ordene la expropiación/CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – Rige para el Distrito Judicial de Buga, según el Acuerdo PSAA13-10073 de 2013, a partir del 1 de diciembre de 2015.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 58; Ley 9 de 1989, artículo 25; Código de Procedimiento Civil, artículos 85 y 451 a 459; Ley 388 de 1997, artículos 62 y 94; Ley 1682 de 2013, artículo 4, numerales cuarto y undécimo; Código General del Proceso, artículo 626, letra c).

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia C-985 de 2010.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)El primer problema jurídico se centra en determinar ¿si en el *sub examine* operó el fenómeno de la caducidad para presentar la demanda de expropiación, como lo alegó el recurrente?

(...)Lo que se busca con la caducidad, es la fijación de términos por la ley para el ejercicio de las acciones por parte de sus titulares, so pena que ante la tardanza de la presentación de la correspondiente demanda, la misma pueda ser rechazada *in limine* por haberse superado el plazo límite fijado por el legislador, de acuerdo con el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil.

5.3.3. En tratándose del término para proponer la demanda de expropiación, el artículo 25 de la ley 9ª de 1989, establece lo siguiente:

ARTÍCULO 25. La demanda de expropiación será presentada por el Representante Legal de la entidad expropiante mediante abogado titulado e inscrito ante el juez competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha en la cual quedare en firme la Resolución que ordenare la expropiación.

(...)

En el auto admisorio de la demanda, el juez librará oficio al Registrador para que se efectúe la inscripción correspondiente en el folio de matrícula inmobiliaria. Transcurrido el término al cual se refiere el inciso anterior sin que se hubiere presentado la demanda, la resolución que ordenó la expropiación y las inscripciones que se hubieren efectuado en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos quedarán sin efecto alguno, de pleno

derecho, sin necesidad de pronunciamiento judicial o administrativo alguno. El Registrador deberá cancelar las inscripciones correspondientes, a solicitud de cualquier persona, previa contestación del hecho.

El propietario podrá demandar a la entidad expropiante, al funcionario moroso o a ambos por los perjuicios que hubiere sufrido, en los términos del Código Contencioso - Administrativo.

Véase, entonces, desde la perspectiva antes explicada, que la ley 9 de 1989 consagra el fenómeno de caducidad en el citado artículo 25, pues afloran los requisitos o aspectos de la misma: prevé un plazo perentorio y fatal para que la entidad expropiante presente la respectiva demanda de expropiación, so pena de que, una vez vencido dicho término, la resolución que ordenó la expropiación y las inscripciones que se hubieren efectuado en la oficina de Registro de II.PP. queden sin efecto alguno, de pleno derecho, sin necesidad de pronunciamiento judicial o administrativo alguno. Si no presenta la demanda en ese plazo, no puede hacerlo después.

Desde luego que es necesario dotar esa relación jurídica de certeza con la caducidad, es decir, de finiquitar el estado de zozobra generado por la actuación, pues bien es sabido que la expropiación conlleva una clara limitación al derecho de propiedad, por donde adviene razonable la exigencia para que la administración pública promueva a la mayor brevedad el proceso judicial tendiente a hacerla efectiva si es que en realidad necesita del bien en pro del beneficio común, y para que la disputa sobre el punto sea definida de una buena vez, porque de no ser así tanto la incertidumbre de si va a ocurrir o no la desposesión como las medidas anejas al trámite (inscripciones o similares), quedarían de manera indefinida produciendo nocivos efectos para la propiedad privada.

De otra parte, debe aclararse que el poder o potestad estatal para la expropiación no se extingue con la caducidad, sino que lo que pierde vigencia es el acto administrativo que ordenó la expropiación por vía judicial. Recuérdese que la posibilidad de expropiar emana del artículo 58 de la Constitución; entonces, ante la pérdida de oportunidad de hacer valer el acto administrativo que en concreto caduca, se deberá iniciar de nuevo otro trámite si es que los motivos de utilidad pública o de interés social, demandan la adquisición del bien.

De manera que la hipótesis prevista en el citado precepto de la ley 9 de 1989 es de caducidad, ya que se trata de un plazo perentorio, improrrogable y extintivo, que opera "*de pleno derecho, sin necesidad de pronunciamiento judicial o administrativo alguno*", en aras de restablecer la seguridad jurídica de la propiedad, puesta en tela de juicio con los trámites de la expropiación.

Pues bien, en el asunto *sub examine*, revela el expediente que la Resolución No. GT 0340 del 27 de agosto de 2010 con la que se ordenó la iniciación del trámite judicial de expropiación quedó en firme el 25 de noviembre de 2010, luego el término de 2 meses a que se refiere el artículo 25 de la ley 9 de 1989, venció el 25 de enero de 2011.

En consecuencia, si la demanda de expropiación, como se desprende del libelo, fue sometida a reparto el 02 de febrero de 2011 -por fuera del plazo límite-, indefectiblemente operó el fenómeno de la caducidad de la acción, circunstancia que por sí sola es suficiente para revocar la sentencia de primera instancia y en

su lugar disponer la negación de las pretensiones, con las consecuencias que surgen del mencionado artículo 25 *ejusdem*.

Ahora bien, solo para efectos de aclaración en cuanto a la normatividad vigente, considera la Sala importante hacer unas precisiones generales en torno a las normas de carácter procesal que tienen que ver con la expropiación por vía judicial. En primer lugar, dentro de las disposiciones que se ocupan del tema se destacan el artículo 25 de la 9ª de 1989, los artículos 62 y 94 de ley 388 de 1997 y el Código de Procedimiento Civil (artículos 451 a 459).

Sin embargo, con la expedición del Código General del Proceso, en el literal c) de su artículo 626, se derogaron las referidas normas, y en su lugar se condensó en el artículo 399 todos los aspectos procesales para el proceso de expropiación, destacándose por ejemplo que el nuevo plazo de caducidad para presentar la demanda de expropiación ya no es de 2 meses sino de tres (3) (num. 2 art. 399), o que para solicitar la entrega anticipada del bien ya no se exige el pago del 50% del avalúo sino la totalidad del mismo. (Num. 4 ídem); o que para controvertir el avalúo inicial el demandado a quien le van a expropiar, necesariamente, so pena de rechazo de su objeción, debe aportar otro dictamen realizado por el Agustín Codazzi o la lonja de propiedad raíz (Num. 6º). Estas características, entre otras son las nuevas que introdujo el Código General del Proceso, pero preservando en todo caso la celeridad del trámite.

En lo que tiene que ver con el artículo 25 de la ley 9ª de 1989 en que se basa la caducidad que aquí se decretará, debe agregarse que si bien fue derogado por el literal c) del artículo 626 del Código General del Proceso, esa derogatoria para el Distrito Judicial de Buga, solo cobrará vida jurídica a partir del 1º de diciembre de 2015, por disposición del ACUERDO No. PSAA13-10073 del 27 de diciembre de 2013, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Luego, la norma está vigente para nuestro distrito y esta decisión está sustentada en una norma aún eficaz.

Por último, a pesar de que el artículo 28 de la reciente Ley de Infraestructura (Ley 1682 del 22 de noviembre de 2013), adelantó la vigencia de los numerales 4 y 11 de artículo 399 del Código General del Proceso, en relación con la entrega anticipada del bien a solicitud de la entidad demandante, y de paso fijó un plazo máximo de 30 días a los jueces para ordenar dicha entrega, esas disposiciones no resultan aplicables al presente asunto, en donde lo que se discute, y de hecho se halló probado fue la caducidad de la acción.

Colorario de lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta que la caducidad puede decretarse de manera oficiosa, le corresponde al Tribunal controlar el cumplimiento de las formalidades que envuelve la expropiación en su conjunto, razón por la cual la caducidad que brilla en este caso, inmersa dentro de esas formalidades, no podría pasarse por alto, entonces se revocará la sentencia y en su lugar se negará la expropiación y dispondrá el levantamiento de las medidas practicadas.

Finalmente se ordenará remitir copia de esta sentencia al Juzgado 2º Administrativo de Descongestión de Buga y al Tribunal Administrativo del Valle – Magistrado Ponente: Álvaro Pío Guerrero, para que sea tenida en cuenta dentro de la acción de Reparación Directa que adelanta el Demandado GUILLERMO NÚÑEZ VERGARA contra el INCO y otros, bajo el radicado No. 2010-0331.

Sentencia de segunda instancia (2011-0014-01) del 30 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca la sentencia apelada.

ACCIÓN DE TUTELA QUE SE PRESENTA A NOMBRE DE OTRA PERSONA - Es preciso demostrar que ella no tiene la posibilidad de impetrar, por sí misma, la protección de sus derechos fundamentales.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2591 de 1991, artículo 10.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-531 de 2002, T-552 de 2006 y T-004 de 2013; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión de tutela 2012-00962-01 del 16 de julio de 2012, con ponencia de Fernando Giraldo Gutiérrez.

TESIS DE LA DECISIÓN:

A pesar que es del espíritu de la acción de tutela estar revestida de informalidad, el ejercicio de la misma -por parte de quien la incoa- está sometida a precisos requisitos, pues como lo ha puntualizado el órgano de cierre constitucional,

“...la legitimación en la causa por activa en los procesos de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. Sin embargo, tal como lo ha establecido la Corte en anteriores oportunidades, a partir de las normas de la Constitución y del decreto 2591 de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano permite cuatro posibilidades para la promoción de la acción de tutela. La satisfacción de los presupuestos legales o de los elementos normativos de alguna de estas cuatro posibilidades, permiten la configuración de la legitimación en la causa, por activa, en los procesos de tutela.

“En ese orden de ideas, esas cuatro posibilidades son las siguientes: (i) el ejercicio directo de la acción de tutela. (ii) El ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas). (iii) El ejercicio por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso, o en su defecto el poder general respectivo. Y (iv) la del ejercicio por medio de agente oficioso. (...)” (Se subraya).

Así pues, en todos los casos debe estar debidamente acreditada la legitimación en la causa por activa, y de no cumplirse con tal exigencia el juez de tutela debe declarar improcedente el amparo.

En cuanto a la figura de la *agencia oficiosa*, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 consagra como excepción a la regla según la cual el afectado es quien directamente debe solicitar la salvaguarda de sus derechos fundamentales, que otra persona pueda actuar en su favor siempre que *“...el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa...”*, de tal manera que

siempre deberá expresarse al juez de tutela las específicas circunstancias que imposibilitan que el accionante pueda hacer valer *motu proprio* sus derechos.

Fluye así palmario que el señor JOSÉ MAURICIO BECERRA QUICENO carece de legitimación en la causa para impetrar en nombre del joven BREYNER MATEO RAMÍREZ BECERRA la solicitud de amparo constitucional que ocupa la atención del Tribunal, toda vez que no justificó LA IMPOSIBILIDAD de éste para impetrar, por sí mismo, la protección a su derechos fundamentales.

En este contexto cumple memorar que en la solicitud se tutela se indicó que BREYNER MATEO se encuentra en estado “*de indefensión*” debido a que por un error de la Registraduría Nacional del Estado Civil “...no puede tramitar su cedula de ciudadanía, no puede ejercer sus derechos civiles y políticos, se encuentra desvinculado del servicio de salud por no tener su cedula de ciudadanía, y el nuevo sistema de notas del colegio le exige por tener 18 años la presentación obligatoria de la cedula de ciudadanía, siempre ha vivido bajo mi cuidado y el de sus abuelos maternos ya que sus padres se encuentran lejos...”, circunstancias éstas que a juicio de la Sala no constituyen un impedimento real para que BREYNER MATEO RAMÍREZ BECERRA acuda personalmente a solicitar el resguardo de sus derechos fundamentales, máxime cuando la Carta Política en su artículo 86 consagra que “...Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar... la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales...”, por manera que la falta de cedula de ciudadanía no es óbice para acudir a la jurisdicción constitucional por sí mismo, y por tanto, en el presente asunto, no puede operar la agencia oficiosa pregonada.

Así las cosas, nada diferente a negar -por improcedente- la tutela materia de análisis le corresponde hacer al Tribunal.

Tutela de primera instancia (T-2014-318) del 5 de mayo de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: niega, por improcedente, la protección solicitada.

REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS – El excesivo retraso para resolver las solicitudes en dicho sentido no es aceptable a la luz de la Constitución.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el presente caso, según viene de verse, la entidad accionada [UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS] se duele de la orden impartida en el fallo de primer grado, por cuanto, afirma, ello comporta la “*anticipación*” del reconocimiento y pago de la indemnización, aclarando que dicha entidad no se opone a reconocer a la accionante “*las medidas de atención, asistencia y reparación a que tendría derecho...*”.

Pues bien, sobre el puntual motivo de inconformidad cumple destacar que la orden impartida por el Juez de Primera instancia a la entidad accionada consistió en que “...en el término de un (1) mes calendario... resuelva la solicitud elevada por la actora JULIANA MAYORGA QUINTERO... para acceder a la reparación administrativa por el homicidio de su padre NELSON MAYORGA RAMÍREZ ... El monto de la indemnización, su distribución y forma de materialización o pago corresponde a la accionada, de acuerdo a los criterios señalados por las normas vigentes...”.

Ello, con fundamento en que no es constitucionalmente admisible el excesivo retraso de la entidad para resolver la petición incoada por la actora en relación con su reconocimiento como víctima y su consecuente reparación administrativa.

En este orden de ideas, resulta claro que tal como lo consideró el Juez de Instancia, en el presente asunto existe una vulneración a los derechos fundamentales de la accionante JULIANA MARCELA MAYORGA QUINTERO toda vez que todo su trámite se ha caracterizado por una ostensible e injustificada dilación que no se muestra acorde en el marco de respeto y garantía que debe prestarse a las personas que ostentan la calidad de víctimas del desplazamiento. Obsérvese como la accionante desde el año 2009 ha tocado las puertas de las entidades correspondientes para obtener la reparación a que tiene derecho luego del asesinato de su progenitor, y tan solo hasta el año 2012 obtuvo una primera respuesta por parte de la entidad, que si bien ordenó su inclusión y la de su familia en el Registro Único de Víctimas, solo varios meses después se procedió a comunicarle su contenido, y hasta el día de hoy no existe pronunciamiento alguno en torno a su reparación administrativa.

Ahora bien, la orden dispuesta por el juzgado *a-quo*, como se indicó en líneas anteriores, se orientó a señalar un término concreto -precisamente para evitar más dilaciones- en orden a que la entidad accionada resuelva la solicitud incoada por la señora JULIANA MAYORGA QUINTERO. O sea que contrario a lo afirmado en la impugnación, el mismo funcionario fue cuidadoso en determinar que el monto, distribución y pago de la indemnización a reconocerse en favor de la accionante, son del resorte de la autoridad administrativa, todo ello en respeto a los criterios que legalmente se han señalado para tales menesteres.

El fallo impugnado, colofón de lo hasta aquí expuesto, será CONFIRMADO.

Tutela de segunda instancia (T-2014-287) del 6 de mayo de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

CAMBIO DE NOMBRE – Puede hacerse por una sola vez.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 1260 de 1970, artículos 3 y 94.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-1033 de 2008 y T-977 de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el ordenamiento jurídico colombiano (artículo 3º del Decreto Ley 1260 de 1970) el nombre de toda persona es reconocido como un atributo de la personalidad jurídica del individuo, cuya naturaleza es inalienable, irrenunciable e imprescriptible. Está íntimamente relacionado con la forjación de la identidad de las personas, pues permite distinguirse de los demás miembros del colectivo, lo que también garantiza la seguridad en la relaciones entre el estado y los particulares, y entre estos últimos.

Acerca de la procedencia del cambio de nombre, el artículo 94 *ejúsdem* (modificado por el artículo 6 del Decreto 999 de 1988) prescribe lo siguiente:

“...El propio inscrito podrá disponer, por una sola vez, mediante escritura pública, la modificación del registro, para sustituir, rectificar, corregir o adicionar su nombre, todo con el fin de fijar su identidad personal.

“La mujer casada podrá proceder, por medio de escritura pública, a adicionar o suprimir el apellido del marido precedido de la preposición “de” en los casos en que ella lo hubiere adoptado o hubiere sido establecido por la ley.

“El instrumento a que se refiere el presente artículo deberá inscribirse en el correspondiente registro civil del interesado, para lo cual se procederá a la apertura de un nuevo folio. El original y el sustituto llevarán notas de recíproca referencia”

La situación que se deriva de la disposición del inciso 1º de la norma en cita -la cual es la que nos interesa para el presente caso- se refiere a la facultad que tiene todo ciudadano, por una sola vez, de modificar, sustituir, corregir o adicionar su nombre, para lo cual bastará con la sola expresión de voluntad del inscrito en ejercicio de su autonomía, acto que deberá perfeccionarse mediante escritura pública otorgada ante Notario, o ante el Juez de Familia, previo el trámite de jurisdicción voluntaria.

Referentemente al límite de la libertad de determinación del nombre -en cuanto solo es posible su modificación por una sola vez- la Corte Constitucional [sentencia T-1033 de 2008] la Corte Constitucional ha expresado que dicha restricción no afecta aspectos esenciales del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues *“...es proporcional y razonable para los fines perseguidos cuales son, la consolidación de la seguridad jurídica en las relaciones de la persona en sociedad y frente al Estado y el desarrollo de una función de policía que permita la identificación del individuo...”*.

No obstante, en reciente pronunciamiento ese mismo tribunal sostuvo que *“...es comprensible que el Estado restrinja las posibilidades de alteración de sus archivos de identidad de los ciudadanos, en la medida en que ello facilita a largo plazo ejercer adecuadamente sus funciones de garantía de derechos y así sus deberes de vigilancia y control. Pero, así como el desarrollo de los propios y personales proyectos y planes de vida no se configura como un derecho ilimitado, como se explicó; las potestades del Estado para regular el asunto de la identidad también supone consideraciones especiales en casos especiales. Tal como se dio a entender en la aludida sentencia T-1033 de 2008, si la limitación consistente en permitir cambio de nombre una sola vez dentro del archivo oficial del Estado de la identidad de los ciudadanos, lo que de entrada es razonable, supone además impedir definitivamente adecuar el nombre como rasgo de la identidad, al proyecto de vida cuya exteriorización trae como consecuencia una inconsistencia entre la apariencia y el nombre en cuanto al género; entonces la restricción legal debe ceder ante la garantía constitucional de autodeterminación en cuanto a la construcción de una identidad propia, por medio, entre otros de la modificación de la identidad legal...”*.

Se trataba, cumple destacarlo, de una persona con apenas 26 años de edad que se encontraba en un momento vital de definición de su proyecto de vida y había

adoptado una decisión apresurada al cambiarse el nombre del género masculino por uno del género femenino, situación que no correspondía a su verdadera identidad sexual [masculina]; en consecuencia, consideró la Corte que una decisión que impidiese tener un nombre consonante con su real definición sexual causaría al joven un daño irreparable, pues lo condenaría a una vida sin dignidad, libertad y autonomía. Empero, reafirmó allí la Corte Constitucional la regla general de procedencia del cambio de nombre sólo por una vez.

Bajo el tamiz de los anteriores parametros legales y jurisprudenciales, adviene incontestable que el señor JUAN DAVID GUARIN CAMARGO no puede obtener una segunda modificación de su nombre, pues según lo previsto en el inciso 1º del artículo 94 del Decreto 1260 de 1970, dicha facultad solo puede ser ejercida por una sola vez, y es claro que el intersado ya hizo uso de ella el pasado 17 de septiembre de 2008, cuando ante la Notaría Única de Trujillo y mediante escritura pública No. 226 sustituyó su nombre de DIEGO ALEXANDER por el de JUAN DAVID.

Amén que considerando los motivos que lo llevaron a cambiar su nombre, y las razones que ahora aduce para retomarlo, no encuentra la Sala fundamento sólido para inaplicar en su caso la restricción legal en comento [como lo hizo la Corte en el evento atrás reseñado], desde luego que ninguna afectación grave o irreparable comporta para él -particularmente en su derecho fundamental al libre desarrollo de su personalidad- que en acatamiento del precepto legal varias veces mencionado [inciso 1º del artículo 94 del Decreto 1260 de 1970] no pueda cambiar nuevamente su nombre actual [JUAN DAVID GUARIN CAMARGO] por el que antes tuvo [DIEGO ALEXANDER GUARIN CAMARGO], desde luego que aquel no le impide realizarse como persona ni compromete su identidad sexual, autonomía y libertad.

Sentencia de segunda instancia (2012-00103-01) del 7 de mayo de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

ACCIÓN DE TUTELA – No fue instituida para subsanar las eventuales negligencias de las partes dentro del proceso/ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – Es razonable no disponer la exhibición de un título valor que no se encuentra en poder de quien debe o debía exhibirlo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículo 37, numeral primero, y artículo 284.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-458 de 1998, T-1209 de 2000, SU. 111 de 1997, T-520 de 2002 y T-112 de 2003; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 00142 del 10 de mayo de 2005 y decisión del 9 de julio de 2008, con ponencia de Pedro Octavio Munar Cadena.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Como de manera reiterada lo ha precisado la jurisprudencia vernácula, si quien pide el amparo constitucional ha tenido al alcance un mecanismo judicial ordinario y adecuado para la defensa de sus derechos e intereses, y no hace uso del mismo, vedado le queda acudir a la tutela con el fin de subsanar su falta de diligencia en el trámite del proceso.

A éste propósito cumple destacar lo expresado por la Corte Constitucional en el sentido de que tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos el medio expedito es el proceso judicial y los medios de defensa e impugnación que para cada caso consagra el ordenamiento.

Así, quien ha sido vinculado a un proceso judicial, o ha intervenido en él como tercero, no puede alegar la violación de su derecho de defensa cuando se abstiene de utilizar los mecanismos de ley, pues lo contrario supondría alegar su propia culpa para obtener un beneficio. A la sazón “...[E]s dentro del proceso ordinario correspondiente en el cual se estudia la controversia jurídica en el cual las partes pueden ejercer su derecho de contradicción manifestando, dentro de los términos establecidos, sus argumentos y contra argumentos frente al asunto de la litis. Como en reiteradas ocasiones se ha manifestado, la acción de tutela no está contemplada para subsanar las eventuales negligencias de las partes dentro del proceso. De lo contrario se estaría atentando con el derecho de defensa de la contraparte en el proceso quien no pudo conocer dentro del escenario natural los argumentos de su contrario y en esa medida no los controvirtió...” (sentencia T-112 de 2003).

En el caso bajo estudio del Tribunal se tiene que la decisión que suscita la queja tutelar [auto interlocutorio No. 073 del 28-01-2014, reiterada en el auto No. 313 del 05-03-2014], en cuanto decidió no practicar la prueba de exhibición de documento (pagaré) decretada con anterioridad en el proceso (auto No. 103 del 24-07-2012), disponiendo -en cambio- que de dicho documento se allegase copia auténtica al *dossier*, era pasible del recurso ordinario de apelación que prescribe el numeral 3 del artículo 351 del C. de P. Civil. Sin embargo, los aquí accionantes no hicieron uso del aludido medio de impugnación.

En tales condiciones, no pueden aquellos acudir a la tutela con el designio de discutir o impugnar la legalidad del auto tantas veces citado, pues en el decurso del proceso en el cual son demandantes tuvieron en sus manos el instrumento ordinario idóneo para ello, y no lo utilizaron.

Es claro, entonces, que la solicitud de amparo constitucional que ocupa la atención de la Sala no cumple con el requisito genérico de procedibilidad denominado “SUBSIDIARIDAD”, de lo cual se sigue su despacho desfavorable.

Ahora bien: aunque las cosas se vieran al margen del presupuesto antes mencionado, necesariamente se vuelve a lo que acaba de decirse, esto es, a que la solicitud de tutela *sub-discussio* no tiene vocación de prosperidad, toda vez que en la providencia interlocutoria que origina la protesta de los accionantes no se observan desvaríos o interpretaciones descabelladas que configuren al menos una de las causales específicas de procedibilidad [antes denominadas VIAS DE HECHO].

Por el contrario, todos los visos de razonabilidad exterioriza aquel auto al haberse abstenido de disponer la práctica de una prueba (exhibición de documento) en las circunstancias actuales, esto es, cuando el documento objeto de exhibición (pagaré) ya no se encuentra en poder de la persona que debía exhibirlo, sino que forma parte -como título ejecutivo base de recaudo- de un proceso de ejecución que cursa en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago, y sustitivamente ordenar que se allegue copia auténtica del mismo, determinación que claramente pretende adecuar la incorporación regular del multicitado documento al proceso ordinario, para que allí sea apreciado en su momento. Es que, so capa de darle luz verde a una actuación contraria al

principio de la economía procesal, ningún sentido tendría ordenarle al supuesto tenedor del pagaré que lo exhiba (con la finalidad de hacerlo “...transcribir o reproducir, a menos que quien lo exhiba permita que se incorpore al expediente...”, que es cuanto autoriza el inciso final del artículo 284 del C.P.C. en la diligencia de exhibición), si -como se ha dicho- dicho título valor se encuentra glosado en un expediente judicial. No debe perderse de vista, por lo demás, que uno de los deberes del Juez estriba precisamente en dirigir el proceso y “...adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal...” (numeral 1 artículo 37 del C. de P. Civil).

Es por ello que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia ha dejado asentado que, por regla general, la INTERPRETACION efectuada por el juez ordinario en forma razonable no resulta pasible de la acción de tutela, toda vez que ésta no fue instituida para cuestionar la labor dialéctica de los Jueces, o más concretamente, para controvertir el raciocinio judicial.

En conclusión: así el Tribunal discrepara del razonamiento que condujo al juzgado accionado a proveer como lo hizo en la providencia interlocutoria censurada, que no es el caso, ello no sería motivo suficiente para calificar de absurda la referida providencia.

Y en tales condiciones, como ya se dijo, el amparo constitucional incoado adviene impróspero.

Tutela de primera instancia (T-2014-335) del 7 de mayo de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: niega la protección solicitada.

SALA LABORAL:

ACCIÓN DE TUTELA – No es el medio adecuado para dar mayor prontitud a una investigación penal.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 27 y 28.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-177 de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)De acuerdo a lo dicho por la Corte Constitucional y dadas las aristas de la solicitud de tutela que la perfilan como una queja ante el escaso impulso de una investigación penal, estima esta Colegiatura que la solicitud de amparo formulada por las accionantes se torna improcedente, como quiera que no cumple con el requisito de subsidiariedad. Veamos por qué.

Del análisis de la documental adosada al plenario: i) reporte de iniciación –FPJ-1; ii) formato único de noticia criminal –FJP-2; iii) oficio No. 57 fechado el 05 de marzo de 2013, dirigido a Bancolombia, mediante la cual solicita información sobre el movimiento bancario y demás de la señora PIEDAD NORELIA AGUDELO ORREGO; iv) solicitud de la denunciante al Fiscal Segundo Especializado, fechado el 31 de julio de 2013, para la búsqueda de la señora

AGUDELO ORREGO; se infiere que efectivamente la denuncia fue incoada ante la correspondiente entidad y que su trámite se adjudicó al Fiscal Segundo Especializado de Buenaventura, Valle y que si las actoras consideran que existe una negligencia por parte de las convocadas a juicio en el procedimiento investigativo y que por no citar a terceros a declaración con pruebas adicionales como el polígrafo y la intervención de las mismas en el interrogatorio de parte, se están vulnerando derechos de rango constitucional a la desaparecida PIEDAD NORELIA AGUDELO ORREGO; cuenta con los mecanismos legales para que el proceso sea vigilado por el ente competente, como lo sería la Dirección Seccional de Fiscalías de esta ciudad, tal como lo establecen los artículos 27 y 28 de la Ley 938 de diciembre 30 de 2004, “por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”; que encomienda a dichas dependencias la función de ejercer la vigilancia judicial, para que la justicia se administre oportuna y eficazmente y, en especial a cuidar del normal desempeño de las labores de funcionarios y empleados adscritos a dicha entidad.

De la circunstancia antes relatada emana, con claridad meridiana, que el amparo solicitado es improcedente, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

Es que recordemos que la naturaleza de la tutela como mecanismo subsidiario exige que se adelanten las acciones judiciales o administrativas alternativas y que por lo tanto, no se pretenda instituir a la acción de tutela como el medio principal e idóneo para ordenar a los funcionarios judiciales que profieran sus decisiones a la ligera, cuando al tomar decisiones estos deben observar las leyes que imperan en el momento, valorar concreta y verazmente las pruebas allegadas, sin olvidar que se debe respetar el debido proceso de las personas llamadas a juicio.

En consecuencia, la Sala advierte que en realidad las accionantes no acudieron a los *medios idóneos y eficaces* que tenían a su alcance para lograr el impulso procesal que anhelan y la transparencia en el mismo; o dicho en otras palabras, no podían prescindir del mecanismo administrativo para la resolución de su pedimento, desnaturalizando de paso la característica de la acción de tutela; que dada la naturaleza de los derechos que protege; es un mecanismo subsidiario que no puede convertirse en procedimiento principal.

Teniendo en cuenta lo expuesto previamente, la Sala declarará la improcedencia del amparo en el caso presente, debido a que, se itera, no se cumple el principio de *subsidiaridad* de la acción de tutela.

Tutela de primera instancia (T-028-14) del 9 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: declara la improcedencia de la tutela presentada.

TERMINACIÓN DEL TRABAJO POR JUSTA CAUSA – Es falta grave recibir dinero, propina o dádiva de las entidades o personas vinculadas comercial o administrativamente a la empresa.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Sustantivo del Trabajo, artículos 58, numeral primero, artículo 60 y artículo 62, numeral sexto, letra a); Reglamento Interno de Trabajo del Ingenio

Central Tumaco S.A., artículo 58, numeral vigésimo octavo y artículo 66, numeral sexto.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De los argumentos esgrimidos por la apelante se precisa que el problema jurídico a resolver se centra en establecer si la terminación unilateral del contrato de trabajo fue justa o si por el contrario, como lo apuntó el juzgado, fue desproporcionada en relación a la falta atribuida al actor.

Bien, el hecho detonante del proceso, emana de la comunicación por la cual el INGENIO CENTRAL TUMACO S.A., decidió dar por terminado el contrato de trabajo que lo unía con el actor, a partir del día 23 de mayo de 2010, la cual obra en los folios 17 y 18 y de la cual se puede concluir que el motivo principal fue haber recibido dádivas de un conductor que ingresó a la empresa a cargar azúcar; hecho que fue aceptado por el trabajador dentro de investigación administrativa realizada con miras a establecer responsabilidades en unos faltantes de azúcar detectados; circunstancia que la empresa consideró inaceptable pues la función del trabajador lo impide, en tanto que hace parte de los controles que debe ejercer en su calidad de despachador de vehículos.

Entre las causales de despido establecidas en el numeral 6º del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, se encuentra relacionada la causal de terminación del contrato de trabajo por parte del empleador que dice *“6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.”*

En el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo no se relaciona la prohibición por la cual se dio por terminado el contrato de trabajo al actor; sin embargo, en el numeral 1º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, se impone, como obligación especial de todos los trabajadores *“Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el patrono o sus representantes, según el orden jerárquico establecido”*, disposición que se replica en el numeral 1º del artículo 56 del Reglamento Interno de Trabajo (folio 92), plexo normativo que en el numeral 28 de su artículo 58 prohíbe a los trabajadores *“Recibir en cualquier forma dádivas, servicios, bonificaciones, propinas o descuentos de parte de los proveedores, contratistas, entidades y/o personas vinculadas a la Empresa por asuntos comerciales o administrativos.”*

Tal comportamiento fue calificado como falta grave que da lugar a la terminación del contrato de trabajo, en el numeral 6º del artículo 66 del citado plexo normativo (folios 106 y 107), así:

“Artículo 66.- Se considera que el trabajador incurre en falta grave y por lo tanto la Empresa podrá dar por terminado unilateralmente su contrato de trabajo por Justa Causa, en cualquiera de los siguientes casos: (...) 6. “Cualquier violación grave o repetitiva de las obligaciones y deberes generales o especiales, así como las prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 53, 56, 58 del presente Reglamento Interno de Trabajo y con los artículos 68 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en

pactos, convenciones colectivas, fallo arbitrales, contratos individuales o éste Reglamento.”

Bien, calificada como falta grave que la lugar a la terminación del contrato de trabajo, la incursión en la prohibición en mientes, se cae de su peso el criterio del juzgado según el cual el hecho era merecedor de un llamado de atención o requerimiento, queda por establecer si el hecho en sí mismo no fue investigado por la empresa antes de proceder al finiquito del nexo social.

En ese cometido, se advierte que dentro de investigación administrativa adelantada por la empresa, sobre la pérdida de unos sacos de azúcar (folios 7 a 16), se indagó al demandante sobre las funciones que le competían como entregador de almacén, entre las que relacionó: *“Despachar el producto terminado, hacer inventarios, pasar la documentación al revisor, a laboratorio y al Jefe de Materiales, estar pendiente del envase, estar pendiente de goteras en la bodega, estar pendiente del cargue, estar pendiente del aseo de la bodega, estar pendiente de los arrumes dentro de la bodega”* (folio 7) y, en el mismo sendero, al preguntársele por los presuntos responsables de la pérdida del azúcar, opinó que los coteros podían estar involucrados en el hurto, porque cuando está en el camión que se está cargando, los coteros entran y salen al envase; para manifestar enseguida que ha recibido propuestas de los conductores de Popayán para que les venda azúcar, a lo que se ha negado diciéndoles que el azúcar la vende la gerencia y preguntado sobre si había recibido dinero para la gaseosa por parte de los conductores que entran a cargar azúcar, dijo *“La verdad hay un señor que se llama Don Leonel Ramírez, el cual me regaló un CD de música grabada por él y otro día me dio \$2.000 pesitos”* – folio 15-.

Por manera que la falta se suscitó dentro de una investigación administrativa, en la cual, libre de presiones, el actor admitió haber recibido dinero por parte de un conductor que ingresa a la empresa a cargar azúcar y en tal condición, no se puede predicar que la confesión del actor fue un hecho meramente circunstancial, como lo asentó el despacho instructor; pues que se trató de una manifestación relacionada con los hechos investigados y que no se desfigura con la manifestación de los testigos López y Salazar Toro, pues de todas formas estos confirman el recibo del dinero, a pesar que le agregaron un ingrediente consistente en que el dinero fue dejado en el escritorio del actor sin su consentimiento.

Es que, contrario a ello, el mismo accionante dijo ante la empresa que le habían regalado *“un CD y \$2.000,00 pesitos”*, sin informar el motivo de tal entrega u otras circunstancias de modo y lugar que rodearon la misma, pues nótese que por el contrario, fue certero en informar el nombre propio de la persona que le hizo el regalo.

De allí que el actor incurrió en la prohibición establecida en el en el numeral 28 de su artículo 58, la cual se configura al *“Recibir en cualquier forma dádivas, servicios, bonificaciones, propinas o descuentos de parte de los proveedores, contratistas, entidades y/o personas vinculadas a la Empresa por asuntos comerciales o administrativo”*, conducta que es constitutiva de falta grave, como lo establece el numeral 6º del artículo 66 del Reglamento Interno de Trabajo.

Las anteriores consideraciones son suficientes y necesarias para que esta Sala revoque la decisión de primera instancia y disponga condenar al demandante en

costas de primera y segunda instancia. A fines de su liquidación en esta sede judicial, se señala la suma de \$300.000,00, por agencias en derecho, a favor de la sociedad demandada.

Sentencia de segunda instancia (S-2012-00208-01) del 9 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: revoca la sentencia apelada.

COOPERATIVAS Y PRECOOPERATIVAS ASOCIADAS DE TRABAJO – Al trámite arbitral se someten las controversias por actos cooperativos de trabajo, y a la jurisdicción ordinaria del trabajo aquellas que sean consecuencia de la prestación de servicios subordinados/INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES – Guarda relación con los requisitos de forma en la presentación de las mismas, y no con el fondo del debate jurídico.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Procesal del Trabajo, artículos 2 y 25A; Decreto 4588 de 2006, artículos 10 y 38.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La atención de la Sala se centrará en averiguar si la controversia planteada debió someterse en primera instancia al mecanismo de composición establecido los estatutos de la cooperativa demandada y si la demanda adolece de indebida acumulación de pretensiones.

En torno al primer problema, se memora que el Decreto 4588 de 2006, por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, en su artículo 10 establece:

“El trabajo asociado cooperativo es la actividad libre, autogestionaria, física, material o intelectual o científica, que desarrolla en forma autónoma un grupo de personas naturales que han acordado asociarse solidariamente, fijando sus propias reglas conforme a las disposiciones legales y con las cuales autogobiernan sus relaciones, con la finalidad de generar empresa.

El trabajo asociado cooperativo se rige por sus propios estatutos; en consecuencia, no le es aplicable la legislación laboral ordinaria que regula el trabajo dependiente.”

El mismo decreto, su artículo 38, manda:

“Las diferencias que surjan entre las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado y sus asociados en virtud de actos cooperativos de trabajo, se someterán en primer lugar a los procedimientos de arreglo de conflictos por vía de conciliación estipulados en los estatutos. Agotada esta instancia, si fuera posible, se someterán al procedimiento arbitral de que trata el Código de Procedimiento Civil, o a la jurisdicción laboral ordinaria.”

Es así como, el desarrollo del trabajo asociado cooperativo se regula por los propios estatutos de la cooperativa y es así como en caso de conflictos surgidos

“en virtud de actos cooperativos de trabajo”, debe darse aplicación a los estatutos, en tanto que allí se establecen mecanismos alternativos de arreglo, agotados los cuales, se podrá acudir al procedimiento arbitral establecido en el Código de Procedimiento Civil, o a la jurisdicción ordinaria del trabajo.

De lo dicho, se desprende que las controversias a que se refiere la norma últimamente citada, son única y exclusivamente aquellas que derivan de los actos cooperativos; no de aquellas que deriven de la prestación de servicios subordinados, las cuales, no cabe hesitación, están sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo; aspecto que dilucida la situación planteada por la cooperativa demandada, en tanto que si bien esta fue demandada por uno de sus “asociados”; sus pretensiones afloran de la declaración de existencia de un contrato de trabajo, pues es esta la única instancia donde se podrá determinar si en puridad de verdad existió un verdadero contrato de trabajo del cual puedan derivarse las pretensiones económicas anheladas, a la luz del numeral 1º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que otorga competencia a esta jurisdicción para ventilar *“Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo”*

Ahora, respecto a la excepción de *INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES*, sean las anteriores consideraciones valederas para darle la razón al juzgado cuando la declaró no probada; habida cuenta que las pretensiones no se excluyen entre sí, en tanto que la pretensión nodal que subyace en la demanda consiste en que se determine; de la mano del principio superior de la primacía de la realidad sobre las formalidades acordadas por las partes; si existió una relación laboral subordinada, en tanto que según los hechos, la vinculación primera se surtió con la caja de compensación demandada a través de contrato de prestación de servicios y posteriormente el actor continuó prestando servicios a la misma, pero a través de un convenio de trabajo asociado, al que se acogió el prestador del servicio, por orden de COMFANDI – Así se dice en la demanda-; lo que traduce que las demandadas fueron convocadas al proceso, vía de responsabilidad solidaria.

De otro lado, no sobra mencionar que la excepción de ineptitud de demanda por indebida acumulación de pretensiones, tiene que ver con requisitos de forma en la presentación de las pretensiones, ya que esta se configura, según el artículo 25 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, cuando se formulan varias pretensiones que se excluyen entre sí; sin embargo, los argumentos esgrimidos por el apoderado judicial de COMFANDI, se relacionan con aspectos del fondo de la controversia, cuando señala que el demandante pretende derivar condenas de una vinculación directa entre él y Comfandi y adicionalmente una solidaridad derivada de la contratación precooperativa Gestión y Trabajo PCTA con Comfandi como beneficiaria del trabajo; situación que no encaja dentro de los presupuestos legales que exige la excepción planteada, dado que por el contrario, estas dos pretensiones se compaginan en la medida que, como bien es sabido, si se declara una relación verdadera entre el llamado como empleador, debe establecerse en juicio, el papel que pudo jugar la convocada en solidaridad, llámese contratista independiente, intermediaria, socia o representante de agencia o sucursal.

Al amparo de tales apreciaciones, resulta atinada la decisión del juzgado y es por ello que se confirmará el proveído interlocutorio recurrido, sin que haya lugar a condena en costas de segunda instancia, por no aparecer comprobadas en el proceso.

Auto de segunda instancia (S-2013-00125-01) del 9 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aquilar. Decisión: confirma el auto apelado.

SOLIDARIDAD EN MATERIA LABORAL – En el caso de los trabajadores en misión y los contratos por duración de la obra o labor contratada.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 4369 de 2006, artículo 6; Ley 361 de 1997, artículo 26.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión 32532 del 15 de julio de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De conformidad con los hechos y pretensiones contenidos en la demanda, la Sala se detendrá en establecer si la verdadera empleadora del demandante fue la sociedad PILOTOS PRACTICOS DEL PACIFICO, PACIFIC PILOT'S LTDA, y si OCUPAR TEMPORALES S.A., es solidaria en el pago de las indemnizaciones que reclama, de ser ellas procedentes.

Ello es así, porque en las pretensiones se enuncia como deudora principal a PILOTOS PRÁCTICOS DEL PACÍFICO -PACIFIC PILOT'S LTDA, y como deudora solidaria a OCUPAR TEMPORALES S.A.; enunciados que se fundamentan en el hecho quinto de la demanda, en el cual propuso la activa que existen pronunciamientos en los que se sanciona el incumplimiento de la temporalidad, conforme a los cuales la usuaria pasa a ser empleadora y la EST, deudora; ello a partir de que su rol de trabajador en misión superó los términos establecidos en el artículo 6º del Decreto 4369 de 2006.

Bien, en sus respuestas a la demanda las convocadas a juicio insistieron en que la verdadera relación que unió al demandante con OCUPAR TEMPORALES S.A., estuvo regida por contratos pactados por la duración de la obra o labor contratada, el último de los cuales terminó por causa legal al haberse cumplido el término de duración, según lo dispuso la empresa usuaria.

Así, evocarán las reglas que disciplinan a las Empresas de Servicios Temporales y los casos, términos y condiciones en que pueden las empresas usuarias conseguir trabajadores temporales.

Las empresas de servicios temporales tienen por objeto contratar la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades mediante la labor realizada por personas naturales, contratadas directamente por aquellas, por manera que tienen con respecto a estas la calidad de empleadoras.

Ahora, son trabajadores en misión aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de las empresas usuarias a cumplir la labor o actividad contratada por estas, en los eventos consagrados en el artículo 6º del Decreto 4369 de 2006, que estipula:

“Artículo 6°. Casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar servicios con las Empresas de Servicios Temporales. Los usuarios de las Empresas de Servicios Temporales sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.”

Según el numeral 3º del mentado canon, las empresas de servicios temporales pueden remitir personal en misión *“en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más”*; de forma tal que si se supera el término de seis (6) meses con su prórroga y la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio y si así lo hiciera, la usuaria pasa a considerarse empleadora directa de los trabajadores enviados en misión y la empresa de servicios temporales responderá solidariamente de todas las acreencias laborales que se generen a favor de los asalariados.

Bajo estas premisas y con apoyo en el caudal probatorio, se establecerá si en el caso aplican los anteriores criterios y de contera, si las demandadas deben responder solidariamente por el pago de los derechos indemnizatorios demandados. Veamos:

De folios 112, 116 y 117, 120, 124, 128, 133, 137, 140 y 143 (53), se visualizan contratos de trabajo pactados entre el actor y OCUPAR TEMPORALES S.A., por la duración de la obra o labor determinada, con fechas de inicio el 03 de septiembre de 2003, como auxiliar de cubierta; el 09 de agosto de 2004, como marinerero; el 16 de julio de 2005, como auxiliar de lancha; el 18 de junio de 2006, como auxiliar de marinería; el 15 de diciembre de 2006, en apoyo a los pilotos; el 28 de septiembre de 2007, como conductor de bote en el mar; el 15 de agosto de 2008, como conductor de motonave; el 01 de marzo de 2009, para el apoyo de transporte lanchas y el 06 de mayo de 2009, en apoyo patrón de operaciones marítimas.

Dichos contratos tienen en común que su terminación se dio a instancias de la empresa usuaria, la cual solicitaba a OCUPAR TEMPORALES S.A., que se cancelara el contrato de trabajo al trabajador en misión (folios 113, 121, 125,

129, 134 y 144 y; que cada uno de ellos no superó la duración límite señalada en el numeral 3º del artículo 6º del Decreto 4369 de 2006, ya citado, pues la máxima duración que alcanzó alguno de los convenios fue de diez (10) meses y a pesar que el motivo de contratación temporal fue el incremento en la producción, entre uno y otro mediaron espacios de tiempo y -lo mas importante- no siempre desarrolló el actor la misma labor como para encasillarlo dentro de la prohibición que contiene el último párrafo del artículo 6º ya mencionado, según el cual, “Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.”

De allí que acertó el juzgado cuando determinó que lo pactado entre las partes fueron diversos contratos por duración de la obra o labor contratada, el último de los cuales finalizó por la terminación de la labor contratada como se desprende de los documentos obrantes entre las fojas 143 a 145; a lo que se agrega que los contratos fueron debidamente liquidados, mas cuando el actor no impugnó ninguna de las liquidaciones de prestaciones sociales que le fueron efectivamente pagadas.

En ese orden de exposición, no había lugar a que se declarara que el contrato de trabajo terminó por la causal consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, norma que consagra la indemnización que reclama el actor, pues, se agrega, en el plenario no se halla evidenciado que aquel padeciera una discapacidad conocida por las demandadas y que les obligara a solicitar la autorización de Ministerio del Trabajo, para dar por terminado el último contrato de trabajo; requisito sine qua non para su procedencia, como lo ha repetido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia emitida en proceso radicado bajo el número 32532 de fecha 15 de julio de 2008...

Evidenciado pues que al momento de la terminación del contrato de trabajo el actor no padecía discapacidad laboral, no hay lugar a reconocerle la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Las anteriores consideraciones resultan suficientes y necesarias para confirmar la sentencia consultada, sin que haya lugar a fulminar condena por las costas de segunda instancia, por no haberse causado.

Sentencia 019 del 10 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia apelada.

LEVANTAMIENTO DE FUERO SINIDICAL – El poder otorgado debe especificar el proceso a seguir, el nombre del sindicato al cual se encuentra afiliada la demandada y su cargo en la junta directiva.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 65 y 70.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El extremo activo insiste en que la demanda debió ser admitida, pues, en el poder solo se cometió un error de digitación, el cual fue corregido con el escrito de

subsanación obrante a folio 87 (numeral 4); que en el numeral 1 del mismo escrito, indicó claramente el tipo de proceso a seguir; en el punto 6, expresó con claridad a qué sindicato se encuentra inscrita la convocada a juicio y que los poderes aportados sin firma, son copias para el traslado de la demanda.

Del poder inicialmente adosado a la demanda, se desprende que el doctor FELIPE NEGRET MOSQUERA, en su condición de Apoderado General de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., liquidadora de la ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL -EN LIQUIDACIÓN, otorgó poder especial a la abogada DELIA CRUZ SALCEDO ÁLVAREZ, para que interpusiera demanda de LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL Y PERMISO PARA DESPEDIR DEL SERVICIO, contra la señora MARÍA PIEDAD DEL PILAR BOHÓRQUEZ CASTRO; en el que se indicó que se otorgaba para la defensa de la demandada; no se especificó el proceso a seguir y tampoco el nombre del sindicato al cual se encuentra afiliada la demandada y su cargo en la junta directiva.

Recuérdese que el apoderamiento judicial es una especie de mandato, según el cual el apoderado se obliga para con el poderdante a representar y defender sus intereses en el respectivo proceso, en varios procesos determinados o en todos los procesos en que tenga que intervenir el mandante, y puede ser “general” o “especial”, este último cuando versa sobre un solo proceso.

En referencia a la formación del poder, el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el Decreto 2282 de 1989), prevé la solemnidad escritural para los poderes judiciales, en los siguientes términos:

“Los poderes generales para toda clase de procesos y los especiales para varios procesos separados, sólo podrán conferirse por escritura pública.

En los poderes especiales, los asuntos se determinaran claramente, de modo que no puedan confundirse con otros.

El poder especial para un proceso puede conferirse por escritura pública o por memorial dirigido al juez del conocimiento, presentado como se dispone para la demanda...” (Resaltas de la Sala)

Siguiendo con el contexto del artículo citado, el apoderado puede ejercer todas las facultades del poderdante, salvo en las materias expresamente exceptuadas por la ley, o cuando el poderdante haya restringido el poder para determinada actuación, tal como lo señala el artículo 70 *ibídem* y por lo mismo, el apoderado puede formular las pretensiones que estime convenientes para beneficio del poderdante, “siempre” que se relacionen con las que en el poder se determinan.

Tal exigencia no fue saneada por la profesional del derecho, dado que adjunto al escrito de corrección de la demanda, presentó un nuevo poder (folio 101), el cual carece de firma del mandante y por si lo anterior fuera poco, en tal documento nombra a FIDUPREVISORA S.A., como demandada, cuando su rol en el proceso es el de demandante.

En ese estado de cosas, no había lugar a admitir la demanda, como atinadamente lo determinó la juzgadora de instancia y es por ello que se debe confirmar la decisión apelada, sin que haya lugar a imposición de condena por costas, dado el estado embrionario del proceso.

En virtud a lo sumariamente expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga -Valle

Auto 062 del 23 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma el auto apelado.

INDEMNIZACIÓN PLENA Y ORDINARIA DE PERJUICIOS – Procede cuando el suceso es calificado como accidente de trabajo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Sustantivo del Trabajo, artículo 216.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Admitido como fue por OCUSERVIS S.A. el hecho que el actor fungía como su trabajador el día 25 de abril de 2010 (folios 2 y 23 hecho primero de la demanda); corresponde a esta Colegiatura establecer si ese mismo día el actor sufrió un accidente de trabajo acaecido por culpa la empleadora, como para reconocer a aquel la indemnización que prevé el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

El canon arriba citado, es del siguiente tenor literal:

“Artículo 216.- Cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente del trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria de perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo.”

Presupone la norma la existencia de dos requisitos axiológicos para que emane la indemnización total y ordinaria de perjuicios: la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional y la demostración de la culpa del empleador en el acaecimiento del infortunio; requisitos que deben tener un nexo causal que se traduce en la relación entre el hecho y la culpa patronal o, dicho de otra manera, que el accidente ocurrió por culpa del patrono.

De allí que el punto de partida, en controversias de tal naturaleza, es la verificación de la existencia de un accidente de trabajo o que el subordinado padece una enfermedad de tipo profesional; supuesto que en el presente caso brilla por ausencia, en tanto que de la historia clínica llevada por SURA ARP (folios 74 a 78), indica que el evento fue catalogado como accidente común, como se ve de la comunicación emanada de la administradora de riesgos profesionales, hoy de riesgos laborales, -folio 37- donde descarta que el suceso se pudiera calificar como accidente de trabajo; connotación que no fue impugnada por COMFENALCO EPS, entidad que como trató la lesión e incluso impartió instrucciones de restricción de tareas o reasignación de labores al demandante, como se constata con los documentos de folios 38 a 40 del plenario.

Revalidan este aserto las declaraciones que; en el trámite investigativo adelantado por OCUSERVIS S.A., con el fin de establecer la naturaleza del infortunio y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedió;

rindieron los señores Javier Alfonso Mena Hurtado, Jorge E. Mosquera Valencia y Jaime Molina, vistas entre los folios 44 a 53 de las diligencias y que son claras en informar que el actor no se lesionó al interior de la empresa, pues al ingreso al puesto de trabajo y después de leer el listado de tareas, desapareció y se presentó pasado un tiempo, para informarles a los declarantes (compañeros de faenas) que se había lesionado bajando las escaleras, hecho que estos no percibieron a pesar de encontrarse a unos 7 u 8 metros de las gradas y del que tampoco conoció el supervisor o guarda de seguridad.

De forma que las pruebas no alcanzan a dar certeza sobre el hecho que el actor padeció un accidente en el sitio de trabajo, par de allí estudiar la viabilidad de la indemnización plena y ordinaria que trata el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo; por manera que se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia, sin que haya lugar a condena por las costas de segunda instancia, dado que no aparecen comprobadas.

Sentencia 023 del 24 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia apelada.

CALIFICACIÓN DE LA INVALIDEZ – Si el trabajador recurre directamente a la Junta de Calificación debe acompañar, a su solicitud, la copia del aviso a la entidad que considere competente para el reconocimiento y pago de la prestación.

Fuentes Formales de la Decisión:

Decreto 2463 de 2001, artículos 13, 22 y 24.

Citas de Jurisprudencia:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión 30961 del 10 de julio de 2007.

Tesis de la Decisión:

El problema jurídico que subyace en el presente asunto, radica en establecer si; como lo arguyó la demandada al dar respuesta a la demanda y lo dejó consignado en las Resoluciones Nos. 000222 y 000799 de 20 de febrero de 2009 y 28 de julio de 2011, respectivamente (folios 13 a 24 y 50 a 54); el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, por el cual se declaró a la demandante como inválida, no puede oponerse a ella, en razón a que “no cumple con los requisitos exigidos en el Decreto 2463 de 2001 y por ende no es prueba suficiente por cuanto la demandada no conoció formalmente de su consecución, este no fue controvertido por esta que es la entidad donde se pretende hacer valer.” –folio 50-.

Antes de solucionar el problema planteado, asegura esta Sala del Tribunal que los demás requisitos exigidos para ser beneficiario de la pensión por sobrevivencia que consagra el literal c) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se encuentran colmados en el *sub lite*, en tanto que la muerte del expansionado se demuestra con el registro civil de defunción obrante a folio 25, situación que también se registra respecto al parentesco de la demandante y el finado, puesto que el registro civil de nacimiento adosado a folio 23, demuestra que aquella es hija del causante.

Tampoco cabe incertidumbre en lo que toca con la dependencia económica exigida por el literal c) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues así lo afirmó la entidad demanda en las resoluciones ya reseñadas, referencias que se confirman con los documentos que obran en los folios 26 y 30 a 32 del expediente, los que informan que el señor Venté Lerma, en vida se preocupó por establecer el grado de discapacidad de su hija y de su aseguramiento en salud y con posterioridad a su muerte; pues el primero de ellos es una comunicación dirigida por el finado Ferrocarriles Nacionales, el día 17 de enero de 2000, para que se le efectuara valoración a la demandante, con motivo de la poliomielitis que padece; los siguientes escritos consisten en comunicado dirigido por el fallecido a FONCOLPUERTOS, en el que señaló que en caso de muerte, su única beneficiaria de la pensión sería la señora TEODOCIA VENTÉ JIMÉNEZ; oficio dirigido al causante por el auditor del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, en el que le informa que su hija fue calificada con una invalidez de 56,2 puntos, que le permiten acceder al servicio médico en carácter de inválida y formato de solicitud de calificación de invalidez de su hija, presentado ante FONCOLPUERTOS el día 14 de mayo de 1998. De los escritos suscritos por el extinto Venté Lerma, se infiere que una vez pensionado, procuró el aseguramiento de la subsistencia de su hija después de su muerte, pues solicitó su valoración médica para establecer la discapacidad, para que fuera considerada beneficiaria única de la pensión.

Finalmente, en torno a la prueba de la discapacidad o invalidez, encuentra la Sala que la misma se fundamentó en el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, fechado el 12 de marzo de 2009 y por el cual se le concedió a la actora una pérdida de capacidad laboral de 52,15%, con fecha de estructuración el 26 de noviembre de 2007 (folios 33 a 37), según recomendación de la demandada en el sentido que de conformidad con las normas aplicables, debía aportar dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez Regional, *“para efecto de determinar el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración de la misma, la cual debe ser con anterioridad al fallecimiento del pensionado”*; dictamen que desde el momento de su presentación ante la entidad, para la resolución de la petición pensional, fue repudiado por esta, al considerar que no cumplía los requisitos señalados en el Decreto 2463 de 2001, propiamente el relativo al aviso que se le debía dar del inicio del trámite ante la junta.

Ciertamente, el Decreto 2463 de 2001, en sus artículos 22 y 24, reza:

“ARTICULO 22.- Competencia. Para conocer en primera instancia de las solicitudes de calificación de que trata el presente decreto, es competente la junta regional de calificación de invalidez del lugar de residencia del afiliado o beneficiario o la del lugar donde se encuentra o se encontraba prestando sus servicios al momento de la invalidez, el accidente, la enfermedad o la muerte. Los conflictos de competencia que se presenten entre las diferentes juntas regionales serán dirimidos por la Unidad Especial de Inspección, Vigilancia y Control del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
Cuando el trabajador recurra directamente a la junta de calificación de invalidez deberá informar a la entidad administradora o al empleador que asume el riesgo y pago de prestaciones. En la solicitud de calificación de invalidez deberá dejarse expresa constancia de no haber sido presentado su caso ante ninguna otra junta por el mismo motivo o causa.

“ARTÍCULO 24.- Presentación de la solicitud. La solicitud ante la junta deberá contener el motivo por el cual se envía a calificación y podrá ser presentada por una de las siguientes personas:

- 1. El afiliado o su empleador, el pensionado por invalidez o aspirante a beneficiario o la persona que demuestre que aquél está imposibilitado, para lo cual deberá anexar la copia del aviso a la administradora o entidad a cargo del reconocimiento de prestaciones o beneficios.**
- 2. La administradora del régimen solidario de prima media con prestación definida.**
- 3. La administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad.**
- 4. La administradora de riesgos profesionales.**
- 5. La compañía de seguros.**
- 6. La entidad promotora de salud, por intermedio de la administradora, en los casos de solicitud para determinación del origen de la invalidez o de la muerte.**
- 7. Los aspirantes a beneficiarios de subsidios, indemnizaciones o pensiones, por intermedio de la caja de compensación familiar, la administradora del Fondo de Solidaridad Pensional o la administradora del Fondo de Solidaridad y Garantía.**
- 8. Las entidades o personas autorizadas por las secretarías de educación y las autorizadas por la Empresa Colombiana de Petróleos.**
- 9. Las entidades o personas autorizadas por los fondos o empresas que asumían prestaciones sociales en regímenes anteriores a los establecidos en la Ley 100 de 1993, para los casos de revisión o sustitución pensional.**
- 10. Las personas con discapacidad y los empleadores que requieran el certificado de pérdida de capacidad laboral o invalidez para obtener beneficios de ley.**
- 11. Por intermedio de las administradoras del Fondo de Solidaridad Pensional, las personas que requieran la pensión por invalidez como consecuencia de eventos terroristas.**
- 12. Por intermedio de los inspectores de trabajo y seguridad social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, los trabajadores no afiliados al sistema de seguridad social o sus empleadores, en el evento que exista reclamación.**
- 13. Las autoridades judiciales o administrativas, cuando éstas designen a las juntas como peritos.**

PARAGRAFO 1º-El afiliado o su empleador, el pensionado por invalidez o el aspirante a beneficiario, podrá presentar la solicitud por intermedio de la administradora, compañía de seguros o entidad a cargo del pago de prestaciones o beneficios, o directamente ante la junta de calificación de invalidez.

PARAGRAFO 2º-Las solicitudes ante las juntas de calificación de invalidez deberán allegarse dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de presentación de la petición del interesado.

Cuando injustificadamente la entidad administradora o la compañía de seguros no presente oportunamente las solicitudes de los afiliados o aspirantes a beneficiarios, o cuando retarde sin justificación alguna el pago de los honorarios a las juntas de calificación de invalidez, será sancionado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con lo establecido

en el artículo 91 del Decreto-Ley 1295 de 1994, o las normas que lo modifiquen, sustituyan o adicionen.

PARAGRAFO 3º-Las administradoras de riesgos profesionales y las administradoras de fondos de pensiones, deberán cumplir con la obligación de pagar las prestaciones que les correspondan en un plazo máximo de sesenta (60) días, so pena de las sanciones que deberán ser impuestas por la autoridad competente.”

En consecuencia, era obligación de la demandante o de su apoderado, presentar la solicitud ante la junta, acompañada de la copia del aviso a la entidad responsable del reconocimiento de la prestación, como se dispone en el numeral 1º del artículo 24 del Decreto 2463 de 2001, vigente a la época en que se llevó a cabo la valoración y se determinó la discapacidad de la actora.

Es que, no es cierto, como lo afirmó el juzgado que este requisito no aplica al caso de la valoración de la pérdida de capacidad laboral del beneficiario de la pensión por sobrevivencia, dado que el artículo 1º del decreto en mientes, establece claramente su campo de aplicación y entre los destinatarios del plexo normativo señala a las personas con derecho a prestaciones y beneficios establecidos, entre otras, en la Ley 100 de 1993 -Ley 797 de 2003.

De otro lado, el numeral 1º del artículo 24 citado, enseña que si bien el aspirante a beneficiario puede presentar directamente la solicitud de valoración ante la Junta de Calificación de Invalidez, aquel debe adjuntar a la solicitud la copia del aviso a la administradora o a la entidad encargada del reconocimiento de la prestación o beneficio.

En similares términos a los aquí vertidos, discurrió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; en un caso en el que mediante un dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez, rendido por fuera del proceso, se reconoció una pensión por invalidez; radicado bajo el número 30961, mediante sentencia del diez de julio de 2007...

En esas circunstancias y dado que en el expediente no existe constancia que indique que a LA NACIÓN, MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -GRUPO INTERNO DE TRABAJO PARA LA GESTIÓN DEL PASIVO SOCIAL DE LA EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA, se le hubiere dado aviso de la solicitud de valoración que elevó la activa ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, se le vulneró su derecho de contradicción y defensa y por este motivo no puede predicarse que el mentado dictamen le pueda ser oponible, en tanto que no tuvo oportunidad de impugnarlo, si era el caso.

Así las cosas, no se puede tener por demostrada la invalidez que requiere el literal c) del artículo 13 de la ley 797 de 2003 y por esta potísima razón, se revocará de la decisión de primera instancia, para en su lugar absolver a la demandada de los cargos incoados en su contra por la demandante, a quien se condenará en costas de primera instancia, dado que el conocimiento en esta sede, emanó del grado jurisdiccional de consulta establecido a favor de la parte demandada en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Sentencia 022 del 24 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: revoca la sentencia apelada.

OPERACIÓN DE ABDOMINOPLASTIA POSBARIÁTRICA – Al estar incluida en el POS no genera recobro ante el Fosyga.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Resolución 00521 de 2013; Ley 1438 de 2011, artículo 145.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En orden al alcance de la impugnación, el conflicto a resolver en esta instancia se circunscribe a determinar si le asiste o no el derecho a la NUEVA EPS S.A., a recobrar ante el Ministerio de Salud y la Protección Social, a través de la subcuenta “FOSYGA”, por los gastos en que incurra en cumplimiento de la orden de tutela contenida en la sentencia de primera instancia.

Los documentos que obran en el plenario informan que a la señora MARÍA DEL PILAR QUINTANA LENIS se le practicó hace un (1) año cirugía de bypass gástrico que le causó pérdida de 40 kg de peso, produciéndole exceso de piel en abdomen, piernas, brazos y mamas, lo que le produce irritación y dermatitis; por manera que el médico adscrito a la EPS convocada, doctor Santiago Aguilera M., cirujano plástico, le ordenó “*CIRUGÍA PLASTICA*”, orden que fue radicada ante el Comité Técnico Científico y negada por ser un procedimiento NO POS y no existir un riesgo inminente para la vida y la salud de la paciente.

Ahora, de la historia clínica que milita a folio 8, se advierte que el procedimiento quirúrgico prescrito fue estimado por el médico tratante como necesario para el mejoramiento de las condiciones de salud y vida digna de la accionante, razón por la cual consideró que “*requiere cirugía reconstructiva pos bariátrica. Se inicia con abdominoplastia post bariátrica (sic)*”.

A pesar de que el Comité opinó que se trataba de procedimientos meramente estéticos, la jurisprudencia constitucional ha establecido que estos son necesarios para la recuperación integral de la salud del paciente, amortiguar las consecuencias derivadas de la cirugía bariátrica y mejorar su estabilidad física, funcional y emocional.

De otro lado, al revisar la Resolución No. 00521 del 27 de diciembre de 2013, se encuentra que en el listado de procedimientos está incluido el procedimiento solicitado por la accionante, constante en el numeral 2054, código 86.8.3., denominado “*plastia de reducción de tamaño*”

Así las cosas, fácil resulta concluir que el recobro autorizado solo será procedente en la medida que los procedimientos, exámenes diagnósticos, medicamentos y otros que se desprendan de la operación que se le practique a la demandante, no estén incluidos dentro del Plan Obligatorio de Beneficios; pues al imponer a la EPS accionada unas responsabilidades que exceden los límites contractuales y legales, se altera necesariamente en el equilibrio financiero del sistema, razón que valió para que la jurisprudencia de la Corte Constitucional asentara atinadamente que cada vez que se ordene a una EPS, que asuma una prestación de un servicio o insumo médico que se encuentre excluido del POS, el juez de tutela debe garantizar el derecho al recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social (FOSYGA), o ante el ente territorial competente, cuando se trate del régimen subsidiado.

Bajo este contexto, resulta procedente que en el *sub examine* se ordene expresamente el recobro ante la MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL, con cargo a la subcuenta correspondiente al Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-, de aquellos medicamentos, elementos quirúrgicos, exámenes diagnósticos y demás que no se encuentren dentro del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y que se desprendan de la cirugía que se le ha de practicar a la demandante en tutela -ABDOMINOPLASTIA POST BARIATRICA-, siempre que sean prescritos por el médico tratante adscrito a la NUEVA EPS S.A.

De otra parte, esta Colegiatura estima que si bien en virtud a que el artículo 14, literal j) de la Ley 1122 de 2007, fue derogado por el artículo 145 de la Ley 1438 de 2011; dicha circunstancia no implica que el recobro contra las entidades territoriales y el FOSYGA por eventos NO POS, haya quedado sin piso jurídico; pues el aparte derogado aludía a recobrar ante las mismas solo el cincuenta por ciento (50%) del total de los gastos sufragados por la entidad prestadora de salud cuando mediante fallo de tutela se ordenara la prestación de los servicios médicos al accionante, pero no existiendo condicionamiento legal sobre el tema, es válida la autorización efectuada por la *a quo*, para que la NUEVA EPS S.A., pueda recobrar el cien por ciento (100%) de los gastos que haya de sufragar en aquellos eventos NO POS que superen el monto normalmente establecido.

Por lo anterior, se MODIFICARÁ el numeral tercero de la sentencia impugnada, que facultó a la NUEVA EPS S.A. para repetir contra el Ministerio de Salud y Protección Social, con cargo a la subcuenta correspondiente al Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-, por los gastos que incurra en los procedimientos ordenados a la tutelante; en el sentido que la NUEVA EPS S.A., que tiene la posibilidad de repetir ante la subcuenta respectiva por los gastos sufragados en cumplimiento del fallo de primera instancia, siempre y cuando los procedimientos, medicamentos, insumos, exámenes diagnósticos y otros que esté obligada a cubrir, estén excluidos del POS, aclarando que no procede dicho recobro por el procedimiento médico denominado ABDOMINOPLASTIA POST BARIATRICA a practicársele a la tutelante, por encontrarse incluido en el plan de beneficios del régimen contributivo.

Tutela de segunda instancia (T-030-14) del 28 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: modifica el numeral tercero de la sentencia impugnada.

PRESCRIPCIÓN EN MATERIA LABORAL – Su declaración depende de que no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad del derecho.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Procesal del Trabajo, artículos 32 y 151; Código Sustantivo del Trabajo, artículo 489.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia C-072 de 1994.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El artículo 32 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 19 de la Ley 712 de 2001, señala:

“El juez decidirá las excepciones previas en la oportunidad que trata el artículo 77, numeral 1 de este código. También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, así como la de prescripción cuando no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión. Si el demandante tuviera que contraprobar deberá presentar las pruebas en el acto y el juez resolverá allí mismo.” (Subrayas fuera de texto)

De allí que la prescripción se introdujo por la ley 712 como excepción mixta y como medio de defensa que es, debe ser alegada y no declarable de oficio. Los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que mantienen vigencia, sientan una regla general en materia de prescripción de los derechos laborales, según la cual pasados tres (3) años desde la exigibilidad del derecho, este prescribe, debido a que la parte beneficiaria no ejerció actividad alguna tendiente a su reclamación.

Los artículos 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social permiten la interrupción del término prescriptivo por una sola vez y por término igual, mediante el simple reclamo escrito presentado ante el deudor (empleador) por el titular del derecho.

En efecto el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo señala:

“Interrupción de la prescripción. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.”

Sobre la aplicación de este fenómeno en materia laboral, el tratadista mejicano de derecho del trabajo, Mario De la Cueva manifestó: *“la doctrina distingue dos formas de prescripción, la adquisitiva, a la que también se le dan los nombres de usucapión o prescripción positiva...; y la extintiva a la que se dan así mismo los nombres de liberatoria o prescripción negativa, que a su vez consiste, ... en la liberación de las obligaciones..., el derecho del trabajo conoce solamente la segunda, porque nuestro estatuto no regula la adquisición de bienes”*

Conforme a lo anterior, puede afirmarse que en materia laboral, sólo opera la prescripción como fenecimiento de los derechos sociales de los trabajadores, por su falta de ejercicio a tiempo.

En compendio de las anteriores premisas normativas, doctrinales y jurisprudenciales, vale destacar que para que se declare probada la excepción de prescripción como previa, se requiere que no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad del derecho, situación que se presenta en el presente asunto, dado que de la revisión conjunta de la demanda (folios 5 a 16) y su contestación (folios 98 a 109) se colige que la actora, ANA MILENA VENTÉ VÉLEZ, se vinculó con la empresa convocada a juicio el día 16 de julio de 2001 y su desvinculación

ocurrió el 30 de enero de 2006, como quedó definido en su momento por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura y por esta Sala Laboral.

De allí que sea evidente que ha operado la prescripción sobre los derechos reclamados por la accionante, pues si estaba interesada en solicitar: *i)* la nivelación laboral, desde el 16 de julio de 2001; *ii)* la reliquidación de las prestaciones laborales, de conformidad con el verdadero salario de médico general; *iii)* el pago de la indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y; *iv)* la indemnización por no consignar las cesantías en un fondo, desde el 16 de julio de 2001 hasta el 30 de enero de 2006; debió en primer lugar, requerir a la convocada a juicio para que procediera al pago de las mismas o en su defecto presentar la respectiva demanda ordinaria, antes del término de tres (3) años, hábil para su reclamación por vía judicial, contado a partir de la exigibilidad, que coincide con la fecha de terminación de la relación de prestación de servicios personales que como ya se dijo fue reconocida como de tipo laboral.

Es que no puede pretender la actora que se tenga como fecha de exigibilidad de los derechos aquí pretendidos, la de la ejecutoria de la sentencia No. 052 de fecha 7 de julio de 2010, proferida por esta Sala de Decisión, dentro del proceso ordinario laboral adelantado en el Juzgado Tercero Laboral de Buenaventura; para empezar a contabilizar el término de prescripción de los derechos anhelados, pues la oportunidad para reclamar estos derechos feneció el pasado 30 de enero de 2009, dado que el nexo laboral rigió hasta el 30 de enero de 2006 y es allí donde surge la posibilidad de su reclamación.

De esta forma, se confirmará el proveído recurrido y dado el resultado de esta instancia, se condenará en costas a la apelante, señora ANA MILENA VENDE VÉLEZ. A efectos de su liquidación se señala la suma de \$200.000,00 por 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 (2013-00051-01) del 30 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma el auto apelado.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – Porcentaje que corresponde al compañero permanente cuando no existe convivencia simultánea pero sí, entre los cónyuges, separación de hecho y sociedad conyugal vigente.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 797 de 2003, artículo 13.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión 40055 del 29 de noviembre de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La controversia que subyace del recurso de apelación formulado por la parte demandada, radica en determinar si el 50% de la pensión por sobrevivencia adjudicada por el juzgado a la ex compañera permanente del causante, doña Luz Adriana Vanegas Garzón, ha de compartirse con la cónyuge supérstite de aquel,

señora Mónica Hurtado Tavera, en tanto que existe una sociedad conyugal vigente entre los esposos Tonuzco Jaramillo, a tenor de lo dispuesto en apartado final del inciso segundo del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma aplicable al caso, en tanto que el causante falleció el 10 de septiembre de 2008, es decir, en vigencia de tal plexo normativo.

En efecto, el canon 13 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en lo pertinente reza:

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

(...)

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

En efecto, la norma establece que cuando hay separación de hecho, pero subsiste el vínculo matrimonial, sin que haya convivencia simultánea entre cónyuge y compañero o compañera permanente, le corresponderá a este (a) una cuota parte de lo correspondiente al literal a), en proporción al tiempo convivido con el causante siempre que haya sido superior a los últimos cinco (5) años antes del fallecimiento y que la otra cuota parte corresponderá al (la) cónyuge supérstite, en proporción al tiempo de convivencia.

Ante la directriz jurisprudencial traída a colación y como quiera que de folios 50 y 51 del expediente obran acta y registro civil de matrimonio contraído entre el causante y la señora Mónica Hurtado Tavera, sin que se hubiere demostrado que tal unión se disolvió por vía judicial; se indagará si había lugar a prorratear la prestación objeto de este litigio, dependiendo de si la demandante alcanzó a demostrar convivencia dentro de los cinco (5) años anteriores al deceso del causante.

(...)De la respuesta a la demanda y el interrogatorio de parte que absolvió la señora MONICA HURTADO TAVERA, se puede concluir, en principio, que la separación de hecho de ella y su cónyuge fallecido se suscitó desde el 13 de septiembre de 2003 y que su convivencia perduró por espacio de tres (3) años y trece (13) días; puesto que contrajeron matrimonio el 31 de agosto de 2000 y según lo expresado por ella en el interrogatorio de parte, el matrimonio duró tres (3) años; pues la unión de hecho que dijo, existió dentro de los dos (2) años anteriores al matrimonio, no se encuentra comprobada.

Desde la otra arista, al responder interrogatorio de parte, la demandante dijo conocer de vista a la señora Mónica Hurtado Tavera, desde que vivía con su esposo Robinson Tonuzco y después cuando llevaba a la niña a su casa, ya que vivían en el mismo barrio y agregó que cuando empezó a conocer al señor Tonuzco en el año 2001 o 2002, este le dijo que estaba separado y que la convivencia estable entre ellos, comenzó a mediados de junio de 2003, fijando su domicilio en casa de sus padres –folios 220 a 222-.

Coinciden pues las enfrentadas por el derecho pensionar en que en el año 2013, se estableció la unión marital entre la demandante y el causante, anualidad en la

que también ocurrió la separación de los esposos Tonuzco-Hurtado y también en relación a que la demandante convivió con el ex afiliado hasta la fecha de su defunción.

Debe entonces establecerse la fecha o mes exacto del año 2003 en que la pareja Tonuzco-Vanegas inició la relación marital, pues la señora Hurtado Tavera sostuvo que se separó de esposo el 13 de septiembre de 2003 y, contrario a ello, la propia demandante afirmó que la unión y convivencia estable entre ella y el causante inició a mediados de junio de 2003.

(...)De forma tal, que se tendrá por cierto que la demandante, señora ADRIANA VANEGAS GARZÓN, convivió con el señor JOSÉ ROBINSON TONOZCO JARAMILLO, entre el 30 de agosto, último día del mes de agosto, pues los testigos de la litisconsorte no establecieron el día; hasta el 10 de septiembre de 2008; por tanto cumplió con el tiempo de convivencia exigido por la norma que regula la situación que aquí se dirime y por tanto, se le podrá adjudicar parte del porcentaje que se disputa.

Ahora, en lo referente a la convivencia entre la señora Mónica Hurtado Tavera con el señor José Robinson Tonuzco Jaramillo, se dirá que la misma concluyó el 30 de agosto de 2003, un día antes del establecimiento de la unión marital con la demandante y que sus inicios se remontan al 31 de diciembre de 1998, pues a la fecha del matrimonio -31 de agosto de 2000 (folios 50 y 51)-, ya convivían, como lo afirmó el testigo Luis Alberto Saavedra Marín, quien en su relato espontáneo, en su condición de allegado a la pareja y con lujo de detalles, dijo: *“...salíamos a jugar a varias partes ahí fue donde ROBINSON se conoció con MONICA, ya con el tiempo en el 96 se hicieron novios, y ya en el 98 se juntaron a vivir, se fueron a vivir a la casa de doña HILDA, la duela de la casa donde se fueron a vivir, con doña FLOR, la mamá de MONICA, don HUMBERTO el papá de MONICA, con CARLOS y VERONICA los hermanos de ella Y GINI LORENA la cuñada, esposa de CARLOS, ya en el 2000 se casaron, MONICA Y ROBINSON, en el 2001, nació la niña, hasta el 2002, permanecieron ahí en la misma parte, ya en el 2003, se fueron a vivir a los LAURELES, a la casa de doña AMANDA, de ahí bautizaron la niña. ...”* (folio 225); y se toman el día 31 y el mes de diciembre, bajo el entendido que por lo menos convivieron un (1) día del año 1998, habida cuenta que el testigo no los precisó en su declaración.

En suma, la convivencia entre los esposos TONUZCO-HURTADO, rigió entre el 31 de diciembre de 1998 y el 30 de agosto de 2003, es decir un total de cuatro (4) años, ocho (8) meses y un (1) día.

Establecido el tiempo de convivencia, se concluye que no colma la señora MONICA HURTADO TAVERA, el supuesto de convivencia efectiva durante cinco (5), en cualquier tiempo, conforme a los postulados de la providencia citada.

Así las cosas, el derecho estuvo del lado de la señora LUZ ADRIANA VANEGAS GIRÓN, quien demostró convivencia con el causante, por algo mas de cinco (5) años antes de su muerte, como quedó determinado.

De allí que, por las razones arriba expuestas, se ha de confirmar la sentencia recurrida y se condenará en costas de segunda instancia a la recurrente y apelante vencida. A efectos de su liquidación se señala la suma de \$300.000,00 por agencias en derecho.

Sentencia 024 del 30 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia apelada.

SALA PENAL:

EXTINCIÓN DE LA PENA – No puede decretarse en favor de quien no suscribió la diligencia de compromiso.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículos 65, 66 y 67.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión de tutela 52731 del 24 de febrero de 2011, con ponencia de Sigifredo Espinosa Pérez.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El problema jurídico radica en determinar si es procedente decretar la extinción de la pena impuesta al señor Cristian Ernesto Cardona Chapurri, a pesar que nunca suscribió la diligencia de compromiso ordenada en la sentencia proferida el 11 de agosto de 2010, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira.

El inciso segundo del artículo 66 de la Ley 599 de 2000 señala que: *“igualmente, si transcurridos noventa días contados a partir del momento de la ejecutoria de la sentencia en la cual se reconozca el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la condena, el amparado no compareciere ante la autoridad judicial respectiva, se procederá a ejecutar inmediatamente la sentencia.”*

Asimismo, el artículo 67 de la misma ley consagra que *“Transcurrido el período de prueba sin que el condenado incurra en las conductas de que trata el artículo anterior, la condena queda extinguida, y la liberación se tendrá como definitiva, previa resolución judicial que así lo determine.”*

En el presente asunto se advierte que el 11 de agosto de 2010 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira celebró audiencia de individualización de pena y sentencia, en la que a pesar que el señor Cristian Ernesto Cardona Charrupi no se encontraba presente, su defensor público representó sus intereses, enterándose las decisiones adoptadas por el citado funcionario, por lo que no es cierto que aquel desconociera la condena emitida en su contra y la obligación de suscribir la diligencia de compromiso, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones consagradas en el artículo 65 del Código Penal, tal como lo dispuso el juez de conocimiento en el numeral tercero de la parte resolutive del fallo.

Asimismo, se advierte que al recibir las diligencias, el Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira dispuso requerir al señor Cristian Ernesto Cardona Chapurri para que compareciera al despacho con el fin de suscribir diligencia de compromiso, lo cual se cumplió a través de los oficio 4136 dirigido al condenado y enviado a la Carrera 25 No. 11-24 de Florida y el 4137 remitido a la Calle 10 No. 20-24 dirección de notificaciones del doctor Wilson Humberto Rodríguez Díaz, profesional del derecho que representó al condenado ante el juez de conocimiento.

No entiende la Sala como es que si el mismo defensor público que actúa ante el Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira fue quien representó a Cristian Ernesto Cardona Charrupi en las audiencias preliminares y de individualización de pena y sentencia, afirme que su defendido desconocía la obligación de suscribir la diligencia de compromiso, a pesar que esa decisión fue notificada en estrados, en la audiencia en la que, se reitera, el profesional del derecho estuvo presente.

Así las cosas, no existía justificación para que el señor Cristian Ernesto Cardona Charrupi omitiera acudir ante la judicatura con el fin de cumplir las obligaciones impuestas en la sentencia condenatoria proferida el 11 de agosto de 2010, entre ellas, la suscripción de la diligencia de compromiso, actuación para la cual el artículo 66 del Código Penal, establece un término de 90 días a partir de la ejecutoria de la sentencia, plazo que incumplió el condenado, quien a la fecha no ha comparecido ante el juez, lo que implica que el período de prueba no ha empezado a correr.

En consecuencia, la Sala confirmará el auto impugnado, ya que ante el incumplimiento de las obligaciones impuestas en la sentencia emitida contra el señor Cristian Ernesto Cardona Chapurri, no es posible declarar la extinción de la pena, como quiera que el período de prueba concedido en el numeral tercero de la parte resolutive del fallo, no ha empezado a correr, debiendo someterse a las consecuencias consagradas en el artículo 66 del Código Penal.

Auto de segunda instancia (2009-80056-01) del 22 de abril de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma el auto apelado.

ESCRITO DE ACUSACIÓN – El procesado debe conocer los motivos por los cuales es llamado a juicio/HOMICIDIO – Absolución por aplicación del *in dubio pro reo*.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 337 y 381.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 34022 del 8 de junio de 2011, con ponencia de Gustavo Enrique Malo Fernández y 41290 del 25 de septiembre de 2013, con ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Previo a resolver de fondo los recursos de apelación interpuestos por el defensor de Carlos Humberto Pineda Herrera y el Representante del Ministerio Público, la Sala analizará su la acusación se formuló conforme a lo establecido en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004.

(...)A criterio de la Sala, en el presente asunto se vulneró el derecho fundamental al debido proceso del señor Carlos Humberto Pineda Herrera, específicamente, en lo que atañe a la garantía de la defensa, ya que al momento de la acusación no se cumplió con lo establecido en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, al omitir la “*relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes*”, impidiendo que desde la acusación el precitado conociera la situación fáctica por la que estaba siendo sometido a un juicio.

Ese error cometido afectó de manera irreparable la estructura esencial del proceso, ya que aunque formalmente hubo acto de acusación, sustancialmente careció de éste al haberse efectuado una narración fáctica indeterminada respecto de los comportamientos individuales atribuidos al señor Carlos Humberto Pineda Herrera y de los cuales tenía que defenderse, resultando así vulnerado el debido proceso, pues se adelantó un juicio sin contar con una acusación en la que estuviese formulada en términos unívocos, precisos e idóneos la narración fáctica del obrar reprochado al encausado.

La acusación por parte del ente investigador se redujo a la transcripción de lo consignado en reporte único de noticia criminal suscrito por el uniformado Fabián Stivi Solano Herrera, quien a pesar de no ser testigo presencial de los hechos, narró que el 2 de febrero de 2007 el inspector de policía de Caicedonia escuchó una balacera y que al salir de su residencia encontró dos cuerpos, uno de ellos sin vida que respondía al nombre de Héctor Fabio Henao y la joven Alexandra Restrepo Buitrago, quien al estar con vida fue trasladada al Hospital de ese municipio y luego a la ciudad de Armenia.

Seguidamente la fiscalía señaló las hipótesis normativas que describen los delitos imputados a Carlos Humberto Pineda Herrera, sin especificar cual había sido su actuar ilícito desplegado por él, que justificara el llamamiento a juicio efectuado mediante escrito de acusación, en cuya narración fáctica ni siquiera se le menciona.

Llama la atención de la Sala la precariedad del escrito de acusación radicado por el doctor Luis Eduardo Aragón Salazar Fiscal Doce Seccional de Caicedonia contra el señor Carlos Humberto Pineda Herrera y la omisión de la Juez Penal del Circuito de Sevilla, funcionaria que a pesar de la irregularidad presentada en la audiencia de acusación, guardó silencio y al final consideró que la misma estaba legalmente formulada.

Así las cosas, se puede concluir que sólo en desarrollo del juicio y con la practica de diferentes medios de prueba solicitados por el ente acusador, se conocieron los hechos jurídicamente relevantes que permitieron al Juez Primero Penal del Circuito de Tuluá edificar el fallo de condena contra el señor Carlos Humberto Pineda Herrera, situación que desconoció el debido proceso inherente al Sistema Penal Acusatorio de naturaleza adversarial y contradictoria, al ser el juez quien en últimas asumió la función acusadora y juzgadora, además, que sólo en esa etapa se conoció la conducta propiamente reprochada, circunstancia que impidió ejercer plenamente su garantía constitucional y legal de defensa.

De otro lado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para que resulte legítimo emitir una decisión de condena es necesario tener certeza sobre la existencia del hecho y de la responsabilidad del procesado. Ello significa que el análisis integral del material probatorio, valorado en conjunto e interpretado desde la sana crítica, ha de estar orientado a la obtención de un nivel de conocimiento superior, con capacidad para sostener la responsabilidad del acusado en el injusto imputado, más allá de la duda razonable.

A criterio de la Sala, la fiscalía no demostró más allá de toda duda, que Carlos Humberto Pineda Herrera sea la persona que el 2 de febrero de 2007 disparó contra Héctor Fabio Henao Díaz y Diana Alejandra Restrepo Buitrago,

causándole la muerte al primero y graves lesiones a la segunda, por lo que no era posible edificar un fallo de condena en su contra.

No se demostró la existencia de un móvil para que Carlos Humberto Pineda Herrera quisiera quitarle la vida a su amigo de toda la vida, Héctor Fabio Pineda Herrera, con quien incluso compartió su lugar de residencia en Armenia, como tampoco, se allegó algún medio de prueba que demostrara el motivo aducido por la joven Diana Alejandra Restrepo Buitrago, relacionado con el supuesto homicidio de Lenis Alejandro N.

Por lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver al señor Carlos Humberto Pineda Herrera, de las conductas punibles de homicidio y homicidio en grado de tentativa, al no haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004 al momento de formularse la acusación, ni demostrarse más allá de toda duda la responsabilidad del precitado frente a los hechos ocurridos el 2 de febrero de 2007. En consecuencia, se ordenará la libertad inmediata del señor Carlos Humberto Pineda Herrera, quien se encuentra privado de la misma en el Establecimiento Carcelario de Palmira.

Sentencia de segunda instancia (2007-00026-02) del 8 de abril de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: revoca la sentencia condenatoria.

ACCIÓN DE REVISIÓN – Procedencia por el cambio de jurisprudencia en la pena a imponer por el delito de extorsión

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículo 65; Ley 906 de 2004, artículos 474 y 475.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 33254 del 27 de febrero de 2013, con ponencia de José Leonidas Bustos Martínez.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El numeral 7º del artículo 192 de la citada ley establece que: *“La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas en los siguientes casos:*

(...)

7. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad”.

Según la demanda de revisión, la Juez Primero Penal Municipal con funciones de Conocimiento de Buga al momento de determinar la pena a imponer a Andrés Reyes, como responsable del delito de extorsión, tuvo en cuenta el incremento señalado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, tal como se extracta del registro de la audiencia de lectura de fallo celebrada el 23 de marzo de 2013, en la que la funcionaria accionada, señaló que: *“el delito por el cual ha de imponerse sanción será el de extorsión consumada con circunstancias de agravación punitiva, tipificado en los artículos 244 y 247 del Código Penal, cuya pena es de 12 a 16 años de prisión, la cual fue aumentada con base en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 , quedando una pena de 192 a 288 meses de prisión...”*

En razón a que la aceptación de la responsabilidad por parte del señor Andrés Reyes se realizó a través de un preacuerdo celebrado con la fiscalía, la juez impuso la pena pactada por las partes, como quiera que partió de la mínima a imponer, es decir 256 meses y 3000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a lo que le aplicó la rebaja del artículo 269 del Código de Procedimiento Penal, quedando en 64 meses de prisión y multa de 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para resolver el problema jurídico planteado por la accionante, es pertinente analizar el criterio plasmado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 27 de Febrero de 2013 con ponencia del Doctor José Leónidas Bustos Martínez, en la que consideró que el derecho fundamental a la libertad “*sólo puede restringirse con miras a la protección de otros intereses del mismo linaje, sin superar la prohibición de exceso –encarnada en la proporcionalidad de la pena–*”.

“...Esa consecuencia implica, pues, afirmar que en relación con los delitos enlistados en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 –en eventos cuyo juzgamiento se gobierna por la Ley 906 de 2004–, el aumento de penas de la Ley 890 se ofrece injustificado en la actualidad, en tanto el legislador únicamente lo motivó en las antedichas razones, de orden meramente procesal, sin ninguna otra consideración de naturaleza penal sustancial o constitucional.”

“De manera pues que si un aumento de penas carente de justificación se traduce en una medida arbitraria, la aplicación del incremento genérico del art. 14 de la Ley 890 de 2004 a los delitos previstos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 deviene en desproporcionada.”

“La ausencia de proporcionalidad refulge a primera vista: habiendo sido suprimida la razón justificante del aumento de las penas –posibilidad de rebajas por aceptación de cargos unilateralmente o por vía negociada–, el medio escogido –incremento punitivo– quedó desprovisto de relación fáctica con el objetivo propuesto. Entonces, ni siquiera podría superarse un juicio de idoneidad o adecuación de la medida, configurándose, de contera, una intervención excesiva y actualmente innecesaria en el derecho fundamental a la libertad personal.”

“Ahora, conviene poner de manifiesto que, aún haciendo abstracción del aumento punitivo contenido en el art. 14 de la Ley 890 de 2004 en los delitos contenidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006, se cumple debidamente el mandato de protección constitucional atribuido al derecho penal --expresado en la función de prevención especial predicable de la pena de prisión--, al tiempo que se mantiene una justa retribución en relación con la gravedad de las aludidas conductas punibles.”

“De una parte, la valoración político criminal emprendida a la hora de fijar los límites punitivos en el Código Penal y las posteriores reformas (en el caso de la extorsión: arts. 244 del C.P. y 5° de la Ley 733 de 2002) sigue intacta, pues la inaplicación del aumento genérico de penas que trajo la Ley 890 solamente implica suprimir una medida excesiva y desproporcionada; de otra, mal podría hablarse de impunidad y de un trato benigno por parte del Estado a extorsionistas, secuestradores y terroristas, dado que, además de las altas penas asignadas a ese tipo de delincuencia, la mayor dureza en su persecución y castigo también se expresa a través de aspectos procedimentales como la”

prohibición de conceder rebajas de pena y otros beneficios que, inclusive, se extienden hasta la imposibilidad de redención especial de pena por trabajo y estudio.

“Adicionalmente, ha de precisarse que en asuntos como el aquí analizado, mal podría abstenerse la Sala de restaurar la conculcada garantía de proporcionalidad de la pena, bajo el argumento de que la Corte Constitucional declaró exequible el art. 14 de la Ley 890 de 2004. Pues, además de que la ratio decidendi de la sentencia C-238 de 2005 únicamente versó sobre el principio de tipicidad o estricta legalidad --en respuesta a un cargo de supuestas imprecisiones o ambigüedades de la norma--, sin que se efectuara ninguna consideración en torno a la máxima de prohibición de exceso, lo cierto es que, en el sub exámine la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena, por decaimiento de los fundamentos legitimantes del aumento punitivo, entraña una inconstitucionalidad sobreviniente por nuevos hechos legales normativos, eventualidad que, según la sentencia C-287 de 2009, tiene lugar cuando “la reforma de una disposición legal implica la modificación de aspectos sustantivos del precepto o de otras regulaciones que inciden en la determinación de sus proposiciones normativas, de modo tal que la norma resultante viola disposiciones constitucionales”.

“Por consiguiente, a la luz de la argumentación aquí desarrollada, fuerza concluir que habiendo decaído la justificación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890 de 2004, en relación con los delitos incluidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 --para los que no proceden rebajas de pena por allanamiento o preacuerdo--, tal incremento punitivo, además de resultar injusto y contrario a la dignidad humana, queda carente de fundamentación, conculcándose de esta manera la garantía de proporcionalidad de la pena.”

Confrontados los fundamentos decisorios contenidos en la Sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Buga, relacionados con la dosificación de la pena atemperada a los aumentos consagrados en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 y la interpretación que de la aplicación de ésta estableció la nueva jurisprudencia en la Sentencia Nro.33254 de Febrero 27 de 2013, se establece la necesidad de dar aplicación al principio de favorabilidad, disponiendo la reforma de la sanción impuesta a Andrés Reyes, quien, como se precisó fue condenado a 64 meses de prisión por el delito de extorsión.

Acción de revisión (2013-00361-01) del 8 de abril de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: declara fundada la causal de revisión interpuesta.

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO – A la secretaria de un juzgado no puede exigírsele que identifique de manera inequívoca al signatario de un poder o que determine su estado de salud mental/MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS – Son para las víctimas de las conductas punibles y no para los procesados.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículo 286; Ley 906 de 2004, artículo 447.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 22983 del 30 de enero de 2008, 31357 del 23 de junio de 2010, 40334 del 25 de septiembre de 2013 y 40632 del 3 de julio de 2013.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Ad initio resulta necesario advertir que, la Doctora Miriam Mejía Henao fue acusada de ser autora del presunto delito previsto en el Artículo 286 del Código Penal cuyo contenido es el siguiente:

Según el pliego de cargos la falsedad ideológica se presentó porque para las fechas antes anotadas, el signatario señor ÁNGEL JAIME GRAJALES SANTA no pudo haberlos firmado, porque padecía la enfermedad de Alzheimer en estado avanzado, que le impedía suscribir tales documentos.

Bajo esa lógica, se consideró que, necesariamente, los documentos son ideológicamente falsos, en tanto, el signatario de los poderes nunca los suscribió; bien sea, porque no compareció al Juzgado o porque de todas maneras, habría sido suplantado.

El problema capital, estribó en la total ausencia de pruebas, que soporten esa simple hipótesis de trabajo, que el fiscal catapultó al grado de probabilidad e incluso de certeza.

Así, en primer término la fiscalía debió demostrar: 1) Que el señor ÁNGEL JAIME GRAJALES SANTA, no concurrió el 24 de octubre de 2.007 y 23 de abril de 2.009 a la Secretaría del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buga a otorgar los poderes. Por consiguiente, fue suplantado y, 2) Que si concurrió no fue él, quien firmó los poderes aludidos como otorgante, porque su estado de salud mental para las fechas indicadas le impedía de manera absoluta suscribir tales documentos.

De contera, dentro de las hipótesis de trabajo a elucidar la fiscalía debió necesaria e inexorablemente demostrar en el juicio oral que: por lo menos, una de las dos anteriores hipótesis se cumplió y, no conjeturar, presumir, adivinar, suponer que una de las dos situaciones posibles se dio en realidad, es precisamente, la ausencia de esa demostración lo que la Sala en su mayoría echó de menos.

En otras palabras, debió demostrar primero cualesquiera de las dos hipótesis como supuestos de hecho precedentes, como verdad (es) apodíctica (s), indiscutida (s); no podía presumir o inferir que ello ocurrió sin soporte probatorio alguno.

Desafortunadamente para el delegado de la fiscalía pareciera suficiente, que en los procesos penales, para imponer consecuencias punitivas, basta con la formulación de simples hipótesis de trabajo, no de demostraciones como corresponde al derecho, en ese evento, debió probarse, no presumirse o inferirse que fue suplantado el ofendido por otro quien firmó por él y, si ello era así, debió averiguarse, quien realizó la falsedad material que se pregona.

Tal hipótesis es válida, pero debió demostrarse, porque ¿ cómo descartar que un tercero utilizó la cédula de ciudadanía del ofendido haciéndose pasar por él y firmó los mentados poderes?; esa es una posibilidad dentro de una pluralidad de hipótesis reales e indiscutibles del mismo talante; pero, lo que no es de

recibo para la Sala mayoritaria, es presumirla como un acto o hecho demostrado, dada la ausencia de pruebas que acrediten la suplantación de manera cierta, contundente e inobjetable, ni lo contrario.

De todas maneras, en tal evento, tampoco, le era exigible a la secretaria que cotejara el físico que aparecía en la fotografía del documento de identidad del ofendido, con el rostro del sujeto que hipotéticamente compareció y lo suplantó, la procesada como todo ser humano era susceptible de ser engañada porque su obrar se enmarca dentro del principio constitucional de buena fe y según los postulados de la confianza debida.

Adicionalmente, la fiscalía no probó que Angel Jaime Grajales renovó la cédula de ciudadanía con su fotografía actual, para exigirle a la secretaria que debió confrontar o verificar si la imagen que se exhibió en la cédula de ciudadanía correspondía al físico de la persona de **ÁNGEL JAIME GRAJALES SANTA**, exigencia que no está prevista en norma alguna y, no se compadece con las reglas de la lógica.

No obstante, si tal exigencia absurda fuere legítima, la fiscalía debió demostrar que antes del 31 de diciembre de 2.009, último término que señaló la Ley 99 del 28 de diciembre de 2.005, para renovar la cédula, el señor **GRAJALES SANTA**, efectivamente, la renovó y, por consiguiente, a la procesada le era fácil corroborar y actualizar su físico con la fotografía reciente que obraría en la cédula.

Por consiguiente, el delegado de la fiscalía omitió, una vez más, su deber de demostrar los supuestos de hecho del reato por el cual acusó a la señora Mejía Henao y, presumió o infirió que **GRAJALES SANTA**, había inexorablemente, renovado su cédula de ciudadanía. Así que, la procesada estaba fatalmente obligada a conocerlo, identificarlo e individualizarlo a través de la confrontación de los rasgos físicos del concurrente con la fotografía de la cédula de ciudadanía que le exhibió. Si así, lo dedujo el fiscal, debió probarlo y no lo hizo.

De todas maneras, no constituye un deber de la secretaria, del notario o del funcionario en general establecer inequívocamente la identidad de alguien, individualizarlo, reconocerlo o diferenciarlo en el contexto de su función, pues no es un deber conocer a todas las personas que concurren a los despachos públicos. Además, para determinar con certeza a una persona, muchas veces se requiere incluso de pruebas científicas tales como la carta dental, las huellas dactilares, las pruebas de ADN, así que, constituye un imposible por absurdo exigirle a la citada servidora pública ese conocimiento a partir de una fotografía.

Finalmente, resulta un dislate mayúsculo del delegado de la fiscalía pretender que la secretaria del juzgado determinase el estado de salud mental de los usuarios que concurrían a ese despacho judicial y, específicamente, exigirle que constatare la presunta imposibilidad física y mental que supone padecía el ofendido **Ángel Jaime Grajales Santa**, para las fechas de suscripción de tales documentos.

Nótese que sin prueba grafológica el opugnante pregona, la ocurrencia de falsedad ideológica de documentos públicos, en la nota de presentación personal de los mentados poderes, intuyó la falsead, porque no existe dictamen alguno que demuestre que la firma que aparece en los poderes no corresponda al señor **Ángel Jaime Grajales Santa**.

Ahora bien, las preguntas capitales son: ¿cómo el fiscal pretende demostrar la tipicidad de un delito de falsedad ideológica en documento público sin prueba grafológica?, ¿sin la demostración mediante otras pruebas que tal firma no correspondía a Ángel Jaime Grajales Santa?, como ello no ocurrió, la conclusión es inexorable, aquí no se demostró la tipicidad tal delito.

Y, no se diga que el señor Ángel Jaime Grajales Santa padecía de apraxia, porque como no se le tomaron muestras manuscriturales, nunca, se pudo determinar o demostrar que padecía ese fenómeno y, en qué intensidad, de qué manera.

En ese orden de ideas, la procesada no es una especialista en materias neurológicas para que determinase la apraxia, por ende, no le era exigible que notase que quien se identificó como Ángel Jaime Grajales Santa padecía o no de apraxia, uno y otro estado para la funcionaria era irrelevante e inane, no podía objetar la autenticación de la firma porque sufriera de apraxia o porque no padeciera esa manifestación de la enfermedad.

¿O será, que a un usuario que padece apraxia no se le puede autenticar su firma?, o tal vez le será exigible al secretario que deba consignar que un usuario tosió, gesticuló, tembló cuando firmaba? , evidentemente, tales exigencias a más de ridículas e inadmisibles, no las prevé la ley.

Adicionalmente, el delegado de la fiscalía incurre en una falacia trascendental cual es la de dar por demostrada la existencia de hechos sin prueba que así lo acredite, se da por cierto, que en el juicio oral y público se construyó una prueba grafológica lo cual es falso, veamos porqué:

El problema a dilucidar desde la grafología consistió en determinar si las firmas que obran en los poderes tildados de falsos correspondían al puño y letra de Ángel Jaime Grajales Santa, para llegar a ese conocimiento inexorablemente, se debió acudir a la confrontación de las firmas dubitadas obrantes en los poderes con las grafías auténticas del señor Grajales Santa, las cuales debió el perito en grafología tomarle inmediatamente se lo ordenó el fiscal y no asumir el rol de neurólogo o de fiscal y valorar que no podía tomarle tales muestras dado el estado de postración que se encontraba según el último dictamen médico.

Adicionalmente, como la evolución de la enfermedad no es uniforme de un paciente a otro y, también dependerá de los episodios de crisis que padezca, por consiguiente, en el presente caso resulta imposible determinar cuando el ofendido perdió tales facultades en la hipótesis que las haya perdido.

En síntesis, no se demostró que el quejoso- presunta víctima, fue la persona que suscribió los poderes tildados de falsos y, que por consiguiente; obviamente, no se acreditó que la firma en ellos consignada correspondiese a la usada en los actos públicos y privados por Ángel Jaime Grajales Santa. Esa era la verdad inexorable que debió demostrar la fiscalía; para luego, a partir de allí, sí pregonar con algún fundamento la presunta falsedad ideológica en documento público.

En esa perspectiva, demostrada la atipicidad de la conducta por ausencia de pruebas que demostrasen la efectiva falsificación de la firma del señor Ángel Jaime Grajales Santa, lo cual no se presume, ni se intuye o infiere como lo hace el fiscal, que en lugar de demostrar, se dedicó a concluir sin soportes probatorios así que:

En definitiva, resulta inaceptable la pretensión de la fiscalía de condenar a la señora Miriam Mejía Henao, porque no advirtió que un usuario de la justicia tenía o no apraxia, si realmente, era el señor Ángel Jaime Grajales Santa quien concurrió y se identificó con la cédula de ciudadanía de éste, porque de todas maneras, ella no tenía el deber funcional de conocer a Grajales Santa. De cualquier forma la fiscalía no demostró los supuestos de hecho del delito por el cual la acusó lo que deviene que no se estructuró la tipicidad del reato.

En fin de las pruebas practicadas en el juicio oral, como mínimo, se extracta la duda probatoria acerca de la responsabilidad de la ciudadana Miryam Mejía Henao en la conducta punible acusada, duda que debe ser resuelta a favor de la precitada en razón a la imposibilidad absoluta de resolverla y, por consiguiente, se impone confirmar la absolución.

De otro lado, como no se comparte la determinación adoptada por la anterior Sala, la cual consideró que se debía revocar el fallo absolutorio para en su lugar condenar a la señora Myriam Mejía Henao por la conducta punible de falsedad ideológica en documento público, se decretará la nulidad del sentido de fallo de carácter condenatorio emitido contra la acusada, al igual que la audiencia en la que la Juez Segundo Penal del Circuito de Buga cumplió con lo dispuesto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, para en su lugar confirmar la absolución proferida por la citada funcionaria.

Es pertinente resaltar que la nulidad del sentido de fallo emitido con ponencia del Doctor Jaime Humberto Moreno Acero, se decretara teniendo en cuenta que se trata un juez colegiado distinto al que lo emitió y valoró las pruebas en esa oportunidad, pudiendo modificar la determinación para confirmar la sentencia absolutoria emitida por la Juez Segundo Penal del Circuito de Buga.

Asimismo, se debe tener en cuenta que la variación jurisprudencial reiterada en sentencia del 25 de septiembre de 2013, dentro del radicado 40334 emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual cuando el juez de conocimiento emite sentido de fallo, no le está permitido decretar la nulidad para luego dictar una sentencia contraria, ya que ante él se han practicado las pruebas, fue quien presidió todas las audiencias y tuvo la oportunidad de estudiar y dar valor a los elementos allegados por las partes, no es aplicable a este asunto, ya que el juez colegiado que ahora tiene el deber de adoptar la determinación, no es el mismo que emitió el sentido de fallo, sin que se pueda dejar de lado que el criterio de esa Corporación se refiere a los funcionarios judiciales de primera instancia.

Ahora bien, en el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, la Juez Segundo Penal del Circuito de Buga, restableció los derechos de la acusada y ordenó a la Administración Judicial, que de no haber otra causa para suspenderla del cargo que ocupaba en propiedad la doctora Miryam Mejía Henao distinta de su vinculación a ésta investigación, se procediera de manera inmediata a su reintegro de las funciones que como empleada judicial desempeñaba.

De acuerdo a lo anterior, considera la Sala que las medidas que adopte la judicatura con miras a restablecer los derechos, se predica de la víctima de la conducta punible, más no de la persona que ha actuado como sujeto activo de la conducta punible investigada, ya que para ello, el ciudadano involucrado tiene a su alcance las vías judiciales ante la Jurisdicción de lo Contencioso

Administrativo, con el fin ya sea de ser reparado por el perjuicio causado o que se decreta la nulidad del acto que la suspendió del cargo y por consiguiente sea reintegrada al mismo. En consecuencia, la Sala revocará el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia adiada el 15 de julio de 2011 y la confirmará en lo demás.

Sentencia de segunda instancia (AC-137-13) del 22 de abril de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: anula el sentido del fallo de carácter condenatorio y confirma la sentencia absolutoria.

EXTINCIÓN DE LA PENA - El pago de los perjuicios a las víctimas no es exigible al condenado que se encuentra en imposibilidad de satisfacerlos.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículo 65; Ley 906 de 2004, artículos 474 y 475.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia C-823 de 2005.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El problema jurídico radica en determinar si es procedente declarar la no exigibilidad del pago de los perjuicios morales a los que fue condenada la señora Aura Stella Bastidas Hernández y decretar la extinción de la pena impuesta por el Juez Cuarto Penal del Circuito de Palmira contra la precitada.

El artículo 65 del Código Penal, establece las obligaciones que adquiere quien pretende ser beneficiado con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, entre estas, *“Reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo”*.

El artículo 474 de la Ley 906 de 2004 establece que: *“Para conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se dará cumplimiento a lo dispuesto en el Código Penal y se fijará el término dentro del cual el beneficiado debe reparar los daños ocasionados con el delito, salvo que haya bienes secuestrados, decomisados o embargados, que garanticen íntegramente la indemnización.”*

De igual forma, el artículo 475 de la misma ley señala que: *“Si el beneficiado con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sin justa causa, no reparare los daños dentro del término que le ha fijado el juez, se ordenará inmediatamente el cumplimiento de la pena respectiva y se procederá como si la sentencia no se hubiere suspendido.”*

De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que a pesar del derecho que le asiste a las víctimas de que los perjuicios causados con la conducta punible sean reparados, no se le puede exigir al condenado lo imposible, debiéndose determinar si de las pruebas allegadas, se extracta la imposibilidad económica de pagar los perjuicios a los que fue condenado en la respectiva sentencia.

Para determinar la capacidad económica de la señora Aura Stella Bastidas Hernández, el juez decretó unas pruebas, que dieron como resultado lo siguiente:

1. Declaración de los ciudadanos Omaira Troches, Luis Fernando Melo Postilla y Jair Pinta Bastidas, quienes coincidieron en afirmar que la señora Aura Stella Bastidas Hernández trabaja en oficios varios, de donde deriva el sustento para sus necesidades básicas y las de su menor hijo, que depende totalmente de ella y que si no ha cancelado el valor de los perjuicios es porque no tiene los recursos suficientes.
2. Certificado de Cámara de Comercio de Cauca, en el que aparece que la señora Aura Stella Bastidas Hernández no está inscrita en el Registro Mercantil.
3. Oficio de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Popayán en el que se indica que la señora Aura Stella Bastidas Hernández no se encuentra registrada como propietaria de vehículos.
4. Reporte de la Central de Información de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia, en el que se indica que en la base de datos, Aura Stella Bastidas Hernández no posee información de endeudamiento.
5. Oficio suscrito por la Jefe de División Gestión de Asistencia al Cliente de la DIAN, en el que se indica que revisado el archivo informático, no se encontró ninguna inscripción en el Registro único Tributario de la señora Aura Stella Bastidas Hernández.
6. Oficio del Registrador de Instrumentos Públicos de Popayán, en el que se indica que la señora Aura Stella Bastidas Hernández no figura como poseedora de inmueble alguno.

Como quiera que el apoderado de las víctimas informó que al parecer la condenada era propietaria de unos bienes inmuebles en San Juan de Pasto y Pradera, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, dispuso oficiar a las distintas entidades para que se informara acerca de bienes que estuvieran registrados a nombre de Aura Stella Bastidas Hernández y que se realizara visita domiciliaria a la residencia de la precitada, para establecer su situación económica, obteniendo los siguientes resultados:

1. Oficio de la Coordinadora Operativa de la Superintendencia de Notariado y Registro, en el que se informa que la señora Aura Stella Bastidas Hernández no aparece inscrita en el Circulo Registral.
2. Oficio del Instituto Geográfico Agustín Codazzi de Bogotá D.C., en el que se informa el registro de una actuación decretada dentro del proceso 765636000683200680142, seguido contra la ciudadana Aura Stella Bastidas Hernández.
3. Certificado de Tradición del inmueble con matrícula inmobiliaria No. 240-19943 ubicado en Pradera, en el que aparece que por disposición del Juzgado Promiscuo Municipal de esa ciudad, se registró la medida cautelar de embargo.
4. Oficio de la Secretaría de Tránsito y Transporte de San Juan de Pasto, en el que se certifica que Aura Stella Bastidas Hernández no registra como propietaria de vehículo alguno.

5. Oficio del Director del Departamento Jurídico y de Registros Públicos de San Juan de Pasto, en el que se indica que la señora Aura Stella Bastidas Hernández no se encuentra registrada en Cámara de Comercio.
6. Oficio suscrito por el Director Territorial Cauca de Caprecom EPS, en el que se informa que la señora Aura Stella Bastidas Hernández está afiliada al Régimen Subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud.
7. Oficio de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, en el que se indica que la precitada se encuentra inscrita en el Programa Familias en Acción en calidad de jefe de hogar desde el 18 de abril de 2008, teniendo como beneficiario al menor Bernardo David Zamora Bastidas.
8. Informe de visita domiciliaria No AS-424-COMISORIO-016-CSA-JEPMS-PALMRA, que consagra las diligencias realizadas por el Asistente Social del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, en el que se consignó entre otros aspectos, que la señora Aura Stella Bastidas Hernández recibe ingresos semanales de \$52.000.00, recursos con los que subsiste junto con su menor hijo.

Asimismo, en el cuaderno No. 03 en el que se encuentran las diligencias del juez de control de garantías, aparece que en audiencia celebrada el 16 de marzo de 2007 el Juez Promiscuo Municipal de Control de Garantías de Pradera, decretó las medidas cautelares de embargo y secuestro sobre los inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria No. 240-19943, 240-100796 y 240-128318, los cuales registraban como propiedad de Aura Stella Bastidas Hernández, actuaciones que conforme a lo consignado en los Certificados de Tradición de los referidos bienes, fueron debidamente registradas en la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

De igual forma, aparece el acta de diligencia de secuestro del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 240-19943, al igual que la constancia de embargo decretada por la Juez Cuarto Penal del Circuito de Palmira, sobre el inmueble identificado con el número de matrícula inmobiliaria 378-145273, medida cautelar que también fue debidamente registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pradera.

Así las cosas, considera la Sala que le asiste razón al juez de primera instancia, al considerar que es procedente decretar la no exigibilidad del pago de los perjuicios a los que fue condenada la señora Aura Stella Bastidas Hernández, ya que de las pruebas referidas se extracta que está en imposibilidad de cancelarlos, al carecer de bienes y de un trabajo estable que le permita recibir ingresos suficientes.

No se puede dejar de lado que la señora Aura Stella Bastidas Hernández tiene a cargo un hijo menor de edad y que los ingresos para su subsistencia lo recibe de realizar oficios varios, actividad que tan solo le permite sufragar sus necesidades básicas, tal como quedó establecido en el informe de la visita domiciliaria.

La Sala no desconoce el derecho que les asiste a las víctimas en relación con la indemnización de los perjuicios causados con la conducta punible, pero

tampoco puede exigir a la señora Aura Stella Bastidas Hernández algo que le es imposible cumplir, como es el pago de \$100.000.000.00, suma a la que fue condenada en la sentencia por concepto de perjuicios morales, máxime, que a través de las medidas cautelares vigentes sobre los bienes inmuebles sobre los que tiene derecho la precitada, las víctimas pueden lograr el pago de la referida indemnización.

No era procedente revocar la suspensión condicional de la ejecución de la pena a la ciudadana Aura Stella Bastidas Hernández, ya que la omisión en el pago de los perjuicios no obedeció a una causa injustificada, tal como lo prevé el artículo 475 de la Ley 906 de 2004, sino a la imposibilidad económica de hacerlo, situación que no puede ser usada en su contra para ordenar el cumplimiento de la pena intramuros.

De otra parte, como a la fecha en que se adoptó la decisión de primera instancia ya había transcurrido el período de prueba fijado en la sentencia, el Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira, no tenía otra opción a la de extinguir la pena impuesta, ya que no existía prueba acerca del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por Aura Stella Bastidas Hernández, teniendo en cuenta que el no pago de la indemnización tenía como causa la imposibilidad económica de la condenada.

La presunta comisión de la conducta punible de fraude procesal por parte de la señora Aura Stella Bastidas Hernández, al enajenar uno de sus bienes después de habersele informado la prohibición consagrada en el artículo 97 de la Ley 906 de 2004, no puede ser considerado como incumplimiento de la obligación establecida en el numeral 2º del artículo 65 de la misma ley, referente a la buena conducta del condenado durante el período de prueba, ya que ese deber se adquiere en la sentencia, evento que no ocurrió en este asunto, en el que esa situación se habría presentado mucho antes de la emisión del fallo, sin que se pueda dejar de lado que a las diligencias no se allegó ninguna condena contra la ciudadana Bastidas Hernández por conductas punibles cometidas posteriormente. En consecuencia la Sala confirmará el auto apelado.

Auto de segunda instancia (2006-80142-02) del 12 de mayo de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma el auto apelado.

Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo
Presidente Tribunal

Dr. Orlando Quintero García
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, relatoriabuga@gmail.com, o egarciam@cendoj.ramajudicial.gov.co.