

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO – TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA
BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 006 – AGOSTO DE 2012**

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:

ACCIÓN DE TUTELA – Es procedente para ordenarle al juez, en aras del interés superior del menor, que dicte sentencia en un proceso de investigación de paternidad. [Página 18.](#)

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES - No es posible exigir la interposición de recursos contra actos ilegales. [Página 14.](#)

ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – El no mencionar la Cámara de Comercio competente para el funcionamiento del Tribunal de Arbitramento no acarrea la nulidad por objeto ilícito. [Página 23.](#)

ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – El principio de congruencia del laudo no guarda relación alguna con el valor probatorio dado a un documento. [Página 23.](#)

ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – La valoración de los dictámenes periciales no puede entenderse como error aritmético o como disposición contradictoria. [Página 23.](#)

ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – No existe fallo en conciencia cuando los árbitros interpretan erróneamente una norma jurídica, dejan de aplicarla o la aplican indebidamente. [Página 23.](#)

ASIGNACIÓN DE LAS CUARTAS DE MEJORAS Y DE LIBRE DISPOSICIÓN – No está sometida a fórmulas rituales o sacramentales. [Página 20.](#)

AUTO QUE ASUME LA CONSULTA DEL DESACATO – Como no existe en el ordenamiento jurídico no constituye irregularidad o vía de hecho alguna el omitir su notificación. [Página 65.](#)

CADUCIDAD DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA – El término de noventa días para citar al llamado en garantía es perentorio, y por fuera de él ya no puede ser vinculado al proceso. [Página 5.](#)

CAMBIO DE JUEZ DURANTE EL JUICIO ORAL – No siempre genera la nulidad de la actuación. [Página 51.](#)

CAMBIO DEL JUEZ DURANTE EL JUICIO ORAL FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN. – El nuevo juez no puede fundar la sentencia condenatoria en una prueba cuya percepción no estuvo a su alcance. [Página 51.](#)

CERTIFICADO JUDICIAL En él debe consignarse, cuando se ha declarado la extinción de la sanción penal, la información “NO REGISTRA ANTECEDENTES PENALES” en lugar de la expresión “NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL”. [Página 63.](#)

CONTRATO DE TRABAJO - Es requisito indispensable que el trabajador demuestre la prestación personal del servicio. [Página 48.](#)

DEBIDO PROCESO – Se vulnera al aplicar una disposición aún no vigente y tramitar, como verbal de mayor cuantía, un asunto sujeto al trámite del proceso ordinario de mayor cuantía. [Página 35.](#)

DESCATO – Es indispensable individualizar a las personas vinculadas a su trámite. [Página 36.](#)

DESACATO – Es nula la actuación cuando se omite la etapa probatoria. [Página 36.](#)

DEFECTO ORGÁNICO EN LAS DECISIONES JUDICIALES – No se puede resolver un recurso de apelación frente a un proceso de única instancia ni proceder a declarar la nulidad de la actuación. [Página 17.](#)

EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES EMANADAS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL – Su conocimiento incumbe a la jurisdicción del trabajo. [Página 39.](#)

ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO Y DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO – Deben proceder al suministro de los medicamentos no incluidos tanto en el Plan Obligatorio de Salud como en el Plan Obligatorio de Salud para el régimen subsidiado. [Página 74.](#)

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL - La contabilización del término de caducidad de los efectos patrimoniales es simplemente objetivo y empieza a correr desde la muerte del causante. [Página 28.](#)

HECHO SUPERADO – No hay lugar a su declaración cuando se concede el tratamiento integral. [Página 79.](#)

INCIDENTE DE DESACATO – La mora en su apertura formal, al no existir un término legal establecido para tal efecto, debe examinarse bajo el criterio de la razonabilidad de los plazos. [Página 62.](#)

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA – Al no resolver sobre la distribución de la cuarta de mejoras y la cuarta de libre asignación. [Página 20.](#)

INADMISIÓN DE LA DEMANDA – El poder especial para adelantar un proceso de pertenencia debe precisar si se trata de prescripción ordinaria o de prescripción extraordinaria. [Página 32.](#)

INADMISIÓN DE LA DEMANDA – En los procesos de pertenencia debe aportarse el certificado especial expedido por el registrador de instrumentos públicos. [Página 32.](#)

INADMISIÓN DE LA DEMANDA - La demanda encaminada a obtener el divorcio por el grave incumplimiento de las obligaciones y las relaciones sexuales extramatrimoniales debe indicar, a efectos de establecer la caducidad, la fecha en que uno y otro comportamiento tuvieron ocurrencia. [Página 3.](#)

INEXISTENCIA DEL NEGOCIO CAUSAL - No hay lugar a tal declaración cuando el título valor obedece a una relación jurídica anterior entre otorgante y beneficiario. [Página 29.](#)

JUEZ DE TUTELA – No tiene competencia para pronunciarse sobre el porcentaje de recobro al Fosyga. [Páginas 74 y 79.](#)

JUEZ DEL TRABAJO – No puede considerar los argumentos de la contestación de la demanda cuando esta ha sido presentada en forma extemporánea. [Página 48.](#)

LABORES DE VIGILANCIA Y ASEO – No van encaminadas a la construcción o sostenimiento de obras públicas. [Página 47.](#)

LEGÍTIMA DEFENSA – La necesidad de la defensa no exige que la víctima de una agresión injusta deba emprender la fuga. [Página 53.](#)

LEGÍTIMA DEFENSA - La proporcionalidad entre ataque y defensa no exige la compensación matemática entre los medios empleados. [Página 53.](#)

LEGÍTIMA DEFENSA – Quien es víctima de una agresión carece, salvo una presencia de ánimo que no puede exigirse, de la suficiente tranquilidad como para valorar con rigor de equilibrio el efecto de su repulsa. [Página 53.](#)

LEGÍTIMA DEFENSA Y MIEDO INSUPERABLE – Diferencias. [Página 53.](#)

LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO – No puede incluir intereses remuneratorios y moratorios cuando una decisión judicial previa, debidamente ejecutoriada, así lo ha dispuesto. [Página 14.](#)

LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO – Su realización, según la Ley 1395 de 2010, no es permitida al secretario del juzgado. [Página 14.](#)

PENSIÓN DE INVALIDEZ – La eliminación del requisito de invalidez también se extiende a las situaciones acaecidas durante la vigencia de la Ley 860 de 2003 en su versión original. [Página 41.](#)

REDENCIÓN DE PENA POR TRABAJO, ESTUDIO O ENSEÑANZA – No se concede a quienes han sido condenados por los delitos previstos en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006. **Página 66.**

REDENCIÓN DE PENA Y PERMISO DE 72 HORAS – No son beneficios administrativos y por ello no están incluidos en la prohibición del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006. **Página 58.**

REEMBOLSO POR GASTOS O ATENCIÓN MÉDICA – Es procedente cuando se niega, sin justificación legal, la prestación del servicio de salud incluido en el POS. **Página 8.**

REFORMA DEL TESTAMENTO – Tiene dicha acción el legitimario que recibe una cuota inferior a la que legalmente le corresponde. **Página 20.**

RIESGOS PROFESIONALES – Al empleador no le basta solo con afiliar al trabajador, pues su obligación es afiliarlo de manera oportuna. **Página 44.**

SERVIDORES MUNICIPALES – Son, por regla general, empleados públicos. **Página 48.**

SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES - Su conformación, existencia, declaración judicial y liquidación depende integralmente de la conformación de la unión marital de hecho. **Página 10.**

TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DEL ARTÍCULO 292 DE LA LEY 906 DE 2004 – No es posible su aplicación frente a procesos tramitados bajo el régimen de la Ley 600 de 2000. **Página 76.**

TESTADOR - Su voluntad ha de interpretarse en el propio testamento y no en los testimonios sobre hechos anteriores o posteriores al mismo. **Página 20.**

UNIÓN MARITAL DE HECHO - Las visitas ocasionales entre compañeros no son comunidad de vida. **Página 10.**

VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – No existe cuando la acusación ha señalado la responsabilidad penal a título de coautoría y la sentencia lo hace por la calidad de autor. **Página 82.**

SALA CIVIL-FAMILIA:

INADMISIÓN DE LA DEMANDA - La demanda encaminada a obtener el divorcio por el grave incumplimiento de las obligaciones y las relaciones sexuales extramatrimoniales debe indicar, a efectos de establecer la caducidad, la fecha en que uno y otro comportamiento tuvieron ocurrencia.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 85 y 75, numeral quinto.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias C-933 de 2002 y C-985 de 2010.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas, y por comprender la apelación del auto que rechaza la demanda también el inadmisorio el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿puede inadmitirse una demanda de divorcio fundada en las causales 1ª y 2ª del artículo 154 del Código Civil, si no se ha especificado

para la primera causal la fecha en que se verificó el incumplimiento de las obligaciones del padre; y para la segunda, la fecha en que se tuvo conocimiento de las relaciones extraconyugales?

A efectos de dar respuesta al anterior planteamiento debe precisarse delantadamente que de manera general, la demanda debe sujetarse a una serie de requisitos formales sin los cuales no puede admitirse. Dichas exigencias formales, sin duda, propenden por garantizar los derechos de defensa y contradicción del demandado.

En consecuencia, el legislador ha previsto una serie de requisitos formales de necesario cumplimiento para la admisibilidad, dirigidos al establecimiento de los presupuestos procesales que habilitan el proferimiento de una sentencia en consonancia con los hechos y pretensiones planteadas. Así, los eventos que dan lugar a la inadmisión del libelo se encuentran claramente determinados por el legislador en el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 5º de la ley 1395 de 2010, de tal suerte que en ésta labor sólo le es permitido al juez proceder de tal forma cuando se encuentre configurada alguna de las causales taxativamente contempladas, sin que pueda por vía de analogía extenderlas a otros aspectos.

Precisamente, uno de los requisitos que ha de reunir la demanda con que se promueve todo proceso, atañe a la narración de *“Los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados”* (numeral 5º, artículo 75 idem); que como se dejó sentado, propende por garantizar el derecho de contradicción del demandado, y de paso delimita el sendero por el cual habrá de transitar el litigio.

Siendo ello así, debe responderse afirmativamente el interrogante planteado, precisando que el *a-quo* sí pudo inadmitir el libelo, para exigir que se indicara la fecha del incumplimiento de las obligaciones del padre y del conocimiento de las relaciones extraconyugales, pues habiéndose pretendido en la demanda de reconvenición el divorcio y alimentos a cargo del otro consorte, era del caso determinar la época de configuración de dichas causales, para así establecer lo relativo a su caducidad, que a la postre también es motivo de rechazo. (inciso 3º artículo 85 ejusdem)

De acuerdo con estas elementales premisas, siendo incontestable que la parte aquí inconforme guardó silencio dentro del término que se le concedió para subsanar, se imponía el rechazo del libelo, tal como efectivamente se hizo a través del auto apelado.

Y ni se diga por el recurrente que con el solo registro civil de nacimiento que se acompañó a la demanda debe entenderse subsanada la deficiencia indicada en el auto inadmisorio, pues baste decir para frustrar dicho argumento, que aquello se refiere solo a la presunción de la concepción (Art. 92 Código Civil), que defiere de la exigencia que se hizo en el auto motejado en el sentido de indicar la fecha del conocimiento de las relaciones extramatrimoniales, por lo que no habiéndose subsanado los defectos señalados se impone la confirmación del auto de rechazo.

Aunque lo anterior sería suficiente, debe precisarse que conforme lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-985 de 2010, el término de caducidad de un año para las causales subjetivas de divorcio (1, 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 154 del Código Civil), fue declarado exequible de forma condicionada, bajo el entendido que “...solamente restringe en el tiempo la posibilidad de solicitar las sanciones ligadas a la figura del divorcio basado en causales subjetivas”; de suerte que de haber la demandante en reconvención, direccionado solamente sus pretensiones a que se decretara el divorcio, sin la consecuencial sanción de alimentos, no hubiera sido procedente la inadmisión de la demanda para que se precisara el momento de conocimiento de las relaciones extraconyugales ni la fecha del incumplimiento, pues la declaratoria de exequibilidad condicionada, dejó abierto en el tiempo el término para demandar únicamente el divorcio. Pero como en el *sub lite*, se peticionó además de aquel, alimentos, resultaba necesario para determinar la caducidad de la sanción económica, inadmitir la demanda para que se precisaran los hechos, como en efecto se hizo, de modo que nuevamente se llega a la misma conclusión, cual es la procedencia de la causal de inadmisión y ante su inobservancia, el rechazo de la demanda.

Auto de segunda instancia (2011-0027-01) del 02 de marzo de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma el auto apelado.

CADUCIDAD DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA – El término de noventa días para citar al llamado en garantía es perentorio, y por fuera de él ya no puede ser vinculado al proceso.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 56 y 57.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia C-985 de 2010.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas, el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿si como lo concluyó el *a quo* operó la caducidad del llamamiento en garantía de la aseguradora al no haberse verificado su notificación personal dentro del término de noventa días de que trata el artículo 56 del Código de Procedimiento Civil?

A efectos de dar respuesta al anterior planteamiento, debe precisarse que el artículo 57 *ejusdem*, posibilita por virtud del principio de la economía procesal, que el demandado cite a un tercero al que, legal o contractualmente, pueda exigir la indemnización o el reembolso total o parcial de lo que tenga que pagar como consecuencia de la sentencia de condena, en la que además, se resolverá sobre la relación del citante y del citado. Esta disposición remite a los artículos 55 y 56 para lo atinente a los requisitos, trámite y efectos de la denuncia del pleito.

En consecuencia, si el llamamiento en garantía cumple con los requisitos legales, mediante auto, el juez ordenará citar al llamado para que intervenga en un término

de cinco o diez días dependiendo de su lugar de residencia. Así “...La citación se hará mediante la notificación del auto que acepta la denuncia, en la forma establecida para el admisorio de la demanda, y el proceso se suspenderá desde la admisión de la denuncia hasta cuando se cite al denunciado y haya vencido el término para que éste comparezca; la suspensión no podrá exceder de noventa días. El denunciado podrá presentar en un solo escrito contestación a la demanda y a la denuncia, y en el mismo solicitar las pruebas que pretenda hacer valer...”. (Art. 56 ídem) -Subrayas fuera de texto-

Sobre el tema particular del término para que se surta la citación del llamado en garantía o denunciado del pleito, la doctrina ha sido clara al referirse a su perentoriedad:

Considerando que el denunciado puede quedar vinculado por la sentencia e imponérsele a él obligaciones, debe garantizársele el pleno ejercicio de su derecho de defensa y es por eso que a partir de la admisión de la denuncia y hasta por un término de noventa días que deben ser contados desde la notificación por estado del auto admisorio de ella a las partes, se suspende la actuación dentro del proceso con el fin de garantizarle que se presentará desde la iniciación misma de aquel y que gozará de plenas oportunidades, idénticas a las de las partes, en materia de práctica de pruebas, alegatos, recursos, pues su posición en materia de facultades procesales es similar a la de cualquiera de aquellas.

(...)

Si vencido ese plazo máximo de noventa días no se ha logrado la citación del denunciado por alguno de los medios señalados en los Arts. 315 a 320, con la sola objetiva constatación de la expiración del plazo, precluye la oportunidad para vincularlo al proceso y éste se adelantará sin contar con la presencia del denunciado quien ya no se podrá vincular en la calidad mencionada y tan solo, de quererlo, podrá intervenir como coadyuvante, obviamente sobre la base del lleno de los requisitos de que trata el artículo 52 del C. de P. C.

Téngase muy presente que con la nueva redacción que se impartió al artículo 56 por el decreto 2282 de 1989, se eliminó la frase que empleaba el texto original donde señalaba que el proceso se paralizaba por tres meses y que si vencido el mismo no se había efectuado la citación se reiniciaba pero “sin perjuicio de que siempre se lleve a efecto la citación”, cualificación que generó una amplísima polémica doctrinal de la cual existe completa relación en la 4ª edición de esta obra, ahora totalmente superada debido a que con la supresión de la frase en mención, quedó nítidamente establecido que el plazo para vincular al denunciado es preclusivamente ese, y si vence sin que se haya hecho la notificación no se dará la misma, es decir queda inoperante la denuncia del pleito o el llamamiento en garantía, pues bien se sabe que todos estos aspectos se predicán por igual en las dos figuras.

Se debe considerar que la operancia del plazo de caducidad establecido para obtener la vinculación al proceso del denunciado no conlleva la del derecho correspondiente, por cuanto queda a salvo la posibilidad de que en proceso

diverso y especialmente destinado para el fin, y que es precisamente el que se pretende evitar con el llamamiento, se debatan esos aspectos.

Del mismo pensamiento es el autor Azula Camacho, quien sobre el tema puntualmente expresa: *“El término de noventa días es perentorio, vale decir, que si transcurren sin producirse la citación del denunciado, ya no puede vincularse al proceso...”*

Luego, es claro que verificada la notificación del denunciado del pleito o del llamado en garantía por fuera del plazo de suspensión -90 días-, habrá operado la caducidad de la intervención y resultará procedente su decreto, en caso que así se alegue.

Pues bien, en el asunto *sub exámine*, relevan las copias remitidas para desatar la alzada, que mediante auto notificado por estado el 16 de enero de 2006 se admitió el llamamiento que hizo la demandada MARTHA ALICIA RAMIREZ, en su calidad de propietaria del vehículo, a la compañía SEGUROS COPATRIA S.A., ordenándose simultáneamente su citación y la suspensión del proceso sin exceder de noventa días.

Dicha compañía aseguradora intervino en el proceso, a través de apoderada judicial el 26 de septiembre de 2006 al celebrarse la audiencia de conciliación. No obstante dicha actuación fue declarada nula por auto del 9 de febrero de 2010, dada su indebida notificación, ordenándose surtir nuevamente los actos tendientes a su enteramiento de forma personal. Aquella providencia anulatoria cobró ejecutoria sin que en su contra se formulara recurso por alguno de los extremos de la litis.

Por cuenta de lo anterior, finalmente el 14 de julio de 2010 se logró la notificación personal de la aseguradora, que oportunamente formuló la excepción previa de *“Caducidad de la acción frente al llamamiento en garantía”*, la que a través del auto aquí apelado se declaró probada, ordenándose en consecuencia la exclusión de SEGUROS COLPATRIA.

Puestas así las cosas, para la Sala resulta evidente que en el evento *sub lite*, efectivamente operó la caducidad del llamamiento, por cuanto la notificación personal en debida forma de la aseguradora se produjo sólo hasta el 14 de julio de 2010, cuando ya había transcurrido un término extremadamente superior a los noventa días con que contaba la parte aquí recurrente para cumplir con dicha carga, circunstancia que por sí sola sería suficiente para confirmar la decisión adoptada por el *a-quo*.

Con todo, y si en gracia de discusión se admitiera, como lo pretende la recurrente, que la notificación se verificó por conducta concluyente al comparecer la aseguradora a la audiencia de conciliación, la suerte sería la misma -sin dejar de lado que dicha actuación fue declarada nula-, pues es evidente que aquella también se habría producido por fuera de los aludidos noventa días, si se tiene en cuenta que dicho plazo corrió desde el 6 de enero de 2006 y la audiencia se llevó a cabo el 26 de septiembre de 2006, de modo que nuevamente se impondría la confirmación del auto que acogió la excepción previa de caducidad del llamamiento, pues es evidente la desidia del apoderado inicial de la recurrente en el cumplimiento de su carga de notificación personal de su llamado en garantía.

En este orden de ideas, y sin más disquisiciones, se advierte la legalidad de la providencia que declaró probada la excepción previa de marras, por lo que se confirmará la decisión censurada.

Auto de segunda instancia (2002-0063-01) del 11 de abril de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma el auto apelado.

REEMBOLSO POR GASTOS O ATENCIÓN MÉDICA – Es procedente cuando se niega, sin justificación legal, la prestación del servicio de salud incluido en el POS.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2591 de 1991, artículo 25.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-1066 de 2006 y T-919 de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Luego y de acuerdo a los planteamientos de impugnación el problema jurídico a resolver es ¿si en este caso procede, mediante acción de tutela, ordenar el reembolso por gastos o atención médica?

Inicialmente ha de anotarse que la Honorable Corte Constitucional ha indicado de manera general, que en principio la acción de tutela es improcedente para el obtener el reembolso de gastos médicos, en la medida que el ordenamiento jurídico tiene previstos otros mecanismos de defensa judicial a los que puede acudir el usuario para obtener tal prerrogativa; sin embargo, la citada corporación también ha reconocido que hay circunstancias especiales que ameritan la intervención del juez constitucional, esto es, cuando se evidencia el desconocimiento flagrante de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud por parte de las EPS., en éste caso, de conformidad con el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 procede la orden de reembolso a manera de indemnización en abstracto, sobre la base de que, tratándose de los contenidos del POS., se está frente a un derecho fundamental autónomo, cuya protección constitucional se extiende no sólo a la prestación del servicio, sino también a la asunción del costo que este demande por parte de la EPS.

(...)Conforme al citado precedente jurisprudencial, válido es sostener que en materia de salud la acción de tutela procede excepcionalmente para el reembolso de gastos médicos en dos eventos, el primero cuando se niega sin justificación legal la prestación de un servicio de salud incluido en el POS., y segundo, cuando dicho servicio haya sido ordenado por médico tratante adscrito a la EPS., encargada de garantizar su prestación.

En el caso bajo estudio y conforme se extracta de las probanzas arrojadas al paginario, es evidente que NELLY MARMOLEJO ingresó el 13 de febrero de 2012 por urgencias a la CLÍNICA OCCIDENTE DE PALMIRA (Valle), institución que debido al cuadro clínico que presentaba la paciente en dicha fecha consideró que debía ser

remitida a una de mayor complejidad – nivel III lo cual solo aconteció hasta el 15 del citado mes y año, siendo recibida por la CLÍNICA SAN FERNANDO S.A. de Cali (Valle), entidad que en su historia clínica (evolución – fl. 20 C. 1) anotó que se trataba de una *“paciente con alto riesgo de complicaciones hemodinámicas, quien requerirá manejo por UCI en caso de manejo quirúrgico, con signos clínicos de abdomen agudo, se remite como urgencia vital”* y por ello igualmente decidió enviar a la usuaria a otro centro hospitalario, autorizándose el traslado por la NUEVA EPS., ante la CLÍNICA COMFENALCO – UNILIBRE, mismo que se realizó en ambulancia pero como allí no fue recibida la paciente por no existir cupo, tuvo que ser devuelta a la CLÍNICA SAN FERNANDO S.A. de donde fue retirada por sus familiares de manera voluntaria a las 8:00 p.m. de acuerdo a la historia clínica y luego internada en el CENTRO MEDICO IMBANACO a las 8:40 p.m. de ese mismo día (febrero 15 de 2.012).

En este último centro hospitalario periódica y permanentemente le realizaron seguimiento al cuadro clínico que presentaba, tal y como se extracta de la lectura de los folios 31 a 34 vuelto del cuaderno de primera instancia, y donde fue dada de alta en horas de la noche del día siguiente (16-02-2012) con recomendaciones médicas

Conforme a lo anterior, para la Sala es evidente que la prestación del servicio médico requerido por la paciente NELLY MARMOLEJO fue deficiente a pesar de la urgencia con la cual debió atenderse, pues, una y otra IPS., que hacen parte de la red de urgencias de dicha EPS., simplemente atinaron a remitir la usuaria de una institución a otra sin brindarle el adecuado tratamiento médico, al punto de tener que ser retirada por sus familiares de manera voluntaria e internarla en un centro hospitalario donde verdaderamente fue suministrado el servicio.

Nótese que si bien en la CLÍNICA OCCIDENTE DE PALMIRA (Valle) donde inicialmente permaneció NELLY MARMOLEJO por espacio de dos (2) días le realizaron unos procedimientos y formularon unos medicamentos, es precisamente dicha institución la que desde el mismo momento de su ingreso, esto es, el 13 de febrero de 2.012 a las 15:41 prescribió que debía ser remitida a un centro hospitalario de tercer nivel, lo cual solo aconteció hasta el 15 del citado mes y año; sin embargo, dicho traslado se realizó a una centro del mismo nivel, pues no de otra manera se puede entender que la CLÍNICA SAN FERNANDO S.A. hubiera considerado que la paciente debía ser trasladado a otra institución, pero ello no ocurrió porque la NUEVA EPS., autorizó su remisión a una clínica que no tenía cupo para ello.

Así las cosas, fácil es concluir por la Sala que la NUEVA EPS., negó la prestación del servicio de salud prescrito por el médico tratante e incluido en el POS., sin justificación legal a NELLY MARMOLEJO, pues desde el mismo instante en que fue internada por urgencias en la CLÍNICA OCCIDENTE DE PALMIRA (Valle) dicha institución ordenó su remisión a un centro hospitalario de tercer nivel, circunstancia que nunca ocurrió, por cuanto dicha EPS. se limitó a emitir unas ordenes o autorizaciones frente a unas IPS.. que no reunían las condiciones para que la paciente fuera atendida adecuadamente, ya que una vez llegó al nuevo centro hospitalario, este a su vez la remitió a otro donde incluso no la recibieron por falta de cupo, circunstancia que obviamente conllevó a que sus familiares decidieran

retirlarla voluntariamente e internarla por su propia cuenta en el CENTRO MÉDICO IMBANCO donde efectivamente recibió el servicio requerido.

Entonces como de las probanzas se desprende que a NELLY MARMOLEJO sin justificación legal se le negó la prestación del servicio de salud incluido dentro del POS, y prescrito por el médico tratante, ello es razón suficiente para que la NUEVA EPS., deba asumir el costo de la atención médica que de manera particular debió asumir la paciente a través de sus familiares en las cuantías determinadas en el fallo de primera instancia y si bien es cierto, que no se allegó al plenario copia del pago de la ambulancia a que hizo alusión la parte actora en el escrito introductorio, también lo es, que dado el estado clínico en que se encontraba la usuaria al momento en que se dio su crisis de salud, su traslado no podía ser en un vehículo diferente a la ambulancia, sobre todo si las anteriores remisiones suscitadas entre las IPS., se habían realizado en dicho medio de transporte y más aún, cuando la citada EPS., no dio respuesta a la presente acción por ende era viable la aplicación de la presunción de veracidad establecida en el artículo 20 del decreto 2591 de 1.991, de tal manera, que el *a-quo* no tenía otra alternativa que tener por ciertos los hechos planteados en la presente acción, entre ellos, que el traslado de la paciente efectuado entre la CLÍNICA SAN FERNANDO S.A. y el CENTRO MÉDICO IMBANCO se hizo en ambulancia y cuyo costo ascendió a la suma de \$50.000,00.

En este orden de ideas y como en el sub examine se cumplen los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para el reembolso de los gastos por la no prestación del servicio de salud, se confirmará la sentencia de primera instancia proferida el 27 de marzo de 2.012 por el Juzgado Tercero de Familia de Palmira (Valle).

Sentencia de tutela de segunda instancia (T-055-12) del 23 de mayo de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

UNIÓN MARITAL DE HECHO - Las visitas ocasionales entre compañeros no son comunidad de vida/SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES - Su conformación, existencia, declaración judicial y liquidación depende integralmente de la conformación de la unión marital de hecho

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 54 de 1990 y Ley 979 de 2005.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 2010-00047-01 del 10 de abril de 2012, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Debe la Sala resolver los siguientes planteamientos jurídicos a saber: ¿si como lo dijo la *a quo*, se demostraron los requisitos esenciales para declarar que hubo una unión marital de hecho entre los convocados?; y en caso de ser afirmativa la

respuesta b) ¿si es dable contabilizar el nacimiento de la sociedad patrimonial, a partir del acto de disolución de la sociedad conyugal previa que tuvo uno de los compañeros?

La unión marital de hecho, como figura e institución jurídica, tal como lo señala el artículo 1º de la ley 54 de 1990, requiere del cumplimiento de unos requisitos mínimos para su estructuración, reconociéndose que surge de un acto voluntario de la pareja de unir sus vidas sin vínculo matrimonial que los ate, haciendo vida común, de manera permanente y singular.

Quiere decir lo anterior que para la estructuración de la unión marital de hecho, debe cumplirse con los siguientes requisitos: 1) Que esté libremente conformada por dos personas 2) Inexistencia de vínculo matrimonial entre la pareja y 3) Que la unión sea positivamente manifiesta a través de la comunidad de vida y de propósitos, estableciendo una vida familiar a través de un vínculo de hecho que una a la pareja, con dos características: a) que sea permanente, esto es, que tenga una prolongación en el tiempo, sin que la ley establezca una temporalidad mínima y menos máxima, pero que denote estabilidad y la posibilidad de tener la relación carácter indefinido; y b) que tenga el carácter de singular, es decir, que se trate de una y solo una relación que sostenga la pareja, no admitiéndose el tener varias al tiempo por uno o por los dos integrantes de la unión marital.

En cuanto a la sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes, su conformación, existencia, declaración judicial y liquidación depende integralmente de la conformación de la unión marital de hecho, la fecha de conformación de la primera de las citadas no va necesariamente ligada a la fecha del surgimiento de la segunda, pues la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes puede conformarse con posterioridad al surgimiento de la unión marital del hecho, o nunca surgir a la vida jurídica. De ahí que sea viable sostener que toda sociedad patrimonial de hecho supone la existencia de una unión marital de hecho, pero no lo contrario.

El artículo 2º de la ley 54 de 1990 establece como presunciones legales de la existencia de la sociedad patrimonial, dos casos, que generan su declaración judicial, a saber: el primero, que una unión marital haya perdurado no menos de dos años, cuando sus integrantes no tienen ningún impedimento legal para contraer matrimonio; y la segunda, cuando una unión marital haya perdurado más de dos años, y alguno o ambos integrantes, a pesar de tener impedimento legal para contraer matrimonio, hayan disuelto la sociedad conyugal conformada previamente, sin necesidad de su liquidación.

Se deduce, entonces, que la existencia de una sociedad conyugal anterior sin disolver IMPIDE el nacimiento de la sociedad patrimonial de hecho, y una vez disuelta aquella, sin ser necesaria su liquidación, comienza a contarse el bienio necesario para que proceda la declaración judicial de esta última. Sin el lleno de tales requisitos no es viable acceder a su decreto.

Además, la exigencia de los dos años de permanencia de la unión marital para poder declarar la existencia de la sociedad patrimonial es un requisito que de manera objetiva y concreta establece la ley para darle a la unión marital la virtualidad de crear un vínculo patrimonial, en otras palabras, es un elemento que

imprime ***“seriedad a la unión marital de hecho que le permite el nacimiento de la sociedad patrimonial (...) la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes solo se genera cuando se perfecciona la presunción de los dos (2) años como mínimo de convivencia”***.

Teniendo entonces el anterior marco de referencia, procede analizar ¿si como lo dijo la *a quo*, se probaron los presupuestos para declarar la unión marital de hecho entre LUIS ALBERTO VALENCIA URREA y MARIA TERESA LUGO MONSALVE?

Pues bien, valoradas en conjunto las probanzas recaudadas y resumidas, bajo las reglas de la sana crítica, colige la Sala que contrario a lo expuesto por la juez de primera instancia, el demandante no logró probar que entre él y la señora TERESA LUGO MONSALVE, existió una unión marital de hecho, pues no se demostraron los presupuestos necesarios para su declaración.

En efecto, la primera circunstancia que lleva a la Sala a dicha conclusión, corresponde al estudio en conjunto de las mismas declaraciones que se practicaron a instancia del demandante, que fueron las de JHON JAIRO DE JESUS ZAPATA CIFUENTES, RAQUEL MUÑOZ RIVILLAS y OSNEL DE JESUS OSPINA ECHAVARRIA. Así baste decir para no tener en cuenta al primero, que solo ha venido a visitar al demandante últimamente, que no cuando supuestamente convivía con la demandada, es más ni siquiera se trata con ella. La segunda, en similar situación, solo es amiga del demandante y sus afirmaciones parten de lo que él le ha contado. Y el tercero, no sabe cómo se distribuían las cargas del hogar, ni qué ocurrió en la relación, ni la fecha en que esta relación ni cuándo finalizó y menos dónde está ubicado el inmueble donde supuestamente aquellos convivían; de modo que con dichas declaraciones difícil queda establecer que en realidad la relación que hubo entre los aquí convocados, tenía el propósito común de conformar una familia por vínculos naturales, ni tampoco los presupuestos de singularidad y permanencia o estabilidad, como lo exige la ley 54 de 1990 y la jurisprudencia sobre el tema.

Por lo que atañe a la prueba documental que aportó el demandante, de ella tampoco se establecen los presupuestos necesarios para que se abra paso la declaratoria de existencia de una unión marital de hecho. En efecto, los recibos de pago por concepto de cánones de arrendamiento ni siquiera especifican el inmueble ni el contrato, ni dan ningún dato para asociarlos a aquellos en que supuestamente convivieron las partes; lo mismo sucede con el recibo ***“por consecto de instalaciones eletricas”*** (sic). Los de pago a ***“maestro de construcción”*** ni siquiera tienen fecha, como para predicar que se extendieron durante la vigencia de la unión; y finalmente los que se entregaron por concepto del pago de arriendo de la casa de la calle 24 No. 3-21, corresponden a los meses de septiembre de 2005 hasta febrero de 2006, mientras que el demandante afirmó en su declaración que el inmueble que persigue, que él negoció y que finalmente compraron su esposa y su suegra, fue adquirido para le época de ***“finales del año 2004 , pero no recuerda exactamente la fecha...”***; de modo que sus imprecisiones no permiten otorgarle poder suacivo alguno a sus pruebas, ni menos tener por cierto que él en su rol de esposo asumía ciertas obligaciones como pretendió demostrarlo.

Ahora bien, en lo que respecta al acta de entrega del vehículo Renault 4 que suscribieron las partes, basta decir para no otorgarle poder de convicción, que no

demuestra que entre aquellos realmente hubo una unión marital, y si bien constituye un indicio de una comunidad, el mismo, por sí solo no es plena prueba para dar soporte a las pretensiones; de modo que la conclusión es la misma, el demandante no demostró que existió una unión marital entre él y la demandada.

Por el contrario, las declaraciones de ADELMO SINISTERRA, LILIANA MONSALVE OSORIO y CLAUDIA MARÍA GONZÁLEZ GONZALEZ, fueron coincidentes y responsivas, al declarar que si bien hubo una relación entre las partes y de allí nació un hijo, la misma fue esporádica, eventual y sin visos de permanencia y estabilidad como para considerarla una unión marital.

1.1.1. Sobre el principio de la carga de la prueba enseña el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que aquellas persiguen, y en el presente caso la parte demandante hubo de concentrar su esfuerzo en materia probatoria, a demostrar que la relación que sostuvo con la demandada cumplió los requisitos de una unión marital de hecho, pero lo cierto es que ello no aconteció.

Sobre el punto, esta Sala Civil – Familia de esta Corporación, ha sido clara al precisar, memorando a su vez a la H. Corte Suprema de Justicia.

Como es apenas obvio deducirlo, no se trata de llevarle al juez elementos probatorios que apunten a que POSIBLEMENTE entre la pareja hubo una relación de las características antes reseñadas, para que se abra paso la declaración de unión marital de hecho. Mucho menos que ante la mera demostración de cohabitación de dos personas se deba proceder a ello. No, a ultranza hay que decirlo, considerando -particularmente- el ESTADO CIVIL que genera una declaración de ese linaje.

3a. Volviendo la mirada al primero de los requisitos que exige el artículo primero de la Ley 54 de 1990, esto es, la “*comunidad de vida*” entre la pareja, prioritario resulta memorar -de la mano de esclarecedoras pautas jurisprudenciales trazadas por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria- que esa comunidad “...o consorcio de vida, es pues un concepto que como acaba de apreciarse está integrado por elementos fácticos objetivos como la convivencia, la ayuda y el socorro mutuos, las relaciones sexuales y la permanencia, y subjetivos otros, como el ánimo mutuo de pertenencia, de unidad y la affectio maritalis, que unidos además a la descendencia común y a las obligaciones y deberes que de tal hecho se derivan, concretan jurídicamente la noción de familia. Destaca la Corte cómo derivado del ánimo a que se ha hecho referencia, deben surgir de manera indubitable aspectos tales como la convivencia de ordinario bajo un mismo techo, esto es la cohabitación, el compartir lecho y mesa y asumir en forma permanente y estable ese diario quehacer existencial, que por consiguiente implica no una vinculación transitoria o esporádica, sino un proyecto de vida y hogar comunes que, se insiste, no podría darse sin la cohabitación que posibilita que una pareja comparta todos los aspectos y avatares de esa vida en común. Por tanto la permanencia referida a la comunidad de vida a la que alude el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 debe estar unida, no a una exigencia o duración o plazo en abstracto, sino concretada en la vida en común con el fin de poder deducir un principio de estabilidad que es lo que le imprime a la unión marital de

hecho, la consolidación jurídica para su reconocimiento como tal..." (Sala de Casación Civil, expediente 6721, sentencia del 12 de diciembre de 2001. Magistrado ponente Dr. JORGE SANTOS BALLESTEROS).

En la línea que así se traza, y de acuerdo al debate probatorio analizado, no se puede establecer que existió una unión marital de hecho entre los señores LUIS ALBERTO VALENCIA URREA y la señora MARIA TERESA LUGO MONSALVE. En consecuencia, es la respuesta negativa al primer interrogante planteado, motivo suficiente para abstenernos de estudiar el siguiente, de modo que ante este panorama se impone la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

Finalmente, por lo que concierne a las disquisiciones planteadas por el recurrente en su alzada fundadas en las irregularidades que en su sentir adolece la escritura pública de disolución de la anterior sociedad conyugal del demandante; para descartar su estudio resulte suficiente precisar, que si se tiene en cuenta que todas sus disquisiciones estaban direccionadas a frustrar la declaración de la sociedad patrimonial entre las partes, y ésta ultima necesariamente depende de la existencia de una unión marital que aquí no hay lugar a declarar; de nada sirve que esta Sala se enfrasque en determinar si están llamadas a prosperar o no, pues cualquier consideración adicional, resulta superflua, de modo que no queda más que disponer la revocatoria de la sentencia que aquí se atacó, conforme con lo anteriormente discurrido.

Sentencia de segunda instancia (16165) del 14 de junio de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca la sentencia apelada.

LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO – Su realización, según la Ley 1395 de 2010, no es permitida al secretario del juzgado/LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO – No puede incluir intereses remuneratorios y moratorios cuando una decisión judicial previa, debidamente ejecutoriada, así lo ha dispuesto/ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES - No es posible exigir la interposición de recursos contra actos ilegales.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, preámbulo y artículos 2, 29, 228 y 229; Código de Procedimiento Civil, artículo 331 y 521; Ley 1395 de 2010, artículo 32; Ley 1285 de 2009, artículo 32.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-543 de 1992, c-590 de 2005, C-183 de 2007, T-533A de 2008, T-933 de 2008 y T-101 de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El Despacho sostendrá la tesis de que, en el presente caso, es procedente la acción de tutela para amparar el derecho fundamental al debido proceso del accionante, vulnerado por el JUZGADO SEGUNDO PROMISCOUO MUNICIPAL DE CANDELARIA (V), al haber aprobado las liquidaciones del crédito presentadas el día 15 de febrero de 2011 y 21 de octubre del 2011 en el proceso Ejecutivo Hipotecario de menor

cuantía promovido por el señor JULIO CESAR VASQUEZ BONILLA contra el señor ALDEMAR CORREA MAZUERA, las cuales fueron hechas en forma ilegal, ya que se ordenó realizarla por el Secretario del Juzgado cuando ello ya no es permitido por la Ley 1395 de 2010 y, además, incluyendo intereses a pesar de que, en la sentencia civil No. 013 de febrero 8 de 2010, el Juez de conocimiento expresa que en la liquidación del crédito no se generará pago de intereses remuneratorios ni moratorios.

(...)En el presente caso tenemos que:

1°. La sentencia civil No. 013 de 8 de febrero de 2010, proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Candelaria, dentro del proceso ejecutivo hipotecario propuesto por JULIO CESAR VASQUEZ BONILLA contra el señor ALDEMAR CORREA MAZUERA, se encuentra ejecutoriada desde el mes de marzo del año 2010.

2°. La sentencia dispuso la forma como debía efectuarse la liquidación del crédito, o sea sin incluir intereses de mora ni remuneratorios.

3°. La liquidación del crédito presentada por la parte demandante en junio 24 del 2010 no fue aprobada por el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Candelaria (V) y éste, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 521 del C. P. C., le ordenó, en auto de diciembre 2 de 2010, al Secretario realizar la liquidación del crédito.

4°. El Secretario del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Candelaria, en febrero 15 del 2011, realizó la liquidación del crédito contrariando lo indicado en la sentencia, pues liquido intereses de mora cuando el fallo expresamente determino su no cobro.

5°. El 10 de marzo de 2011, el Juzgado aprobó la liquidación del crédito, sin tener en cuenta la falencia que en ella se observaba.

6°. En octubre 21 de 2011, la parte demandante presenta una aclaración a la liquidación del crédito hecha por ella el 22 de julio de 2011.

7°. El día 30 de noviembre del 2011, el Juzgado, aduciendo que no se había presentado objeción alguna a la liquidación del crédito, dispuso la aprobación de la nueva liquidación del crédito, en la cual, nuevamente, se incurre en el mismo yerro factico de liquidar intereses de mora a pesar de que la sentencia determinó su no cobro.

De lo antes anotado se puede concluir que existe una crasa violación no solamente a lo dispuesto en la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Candelaria (V), quien es el del conocimiento del proceso Ejecutivo Hipotecario, sino a las normas procesales y constitucionales, y que en aras de observar el principio máximo del derecho que es la Justicia debe ser objeto de corrección por vía de tutela, no sin antes dejar en claro que si bien la parte accionante disponía de los recursos ordinarios para atacar las providencias, estos son procedentes contra actos legales más no contra actos ilegales, pues se parte de una liquidación del crédito hecha en forma impropia ya que, en vigencia de la Ley 1395 de 2010, la liquidación del crédito no es posible realizarla por el Secretario del Juzgado, adicionalmente se debe indicar que es obligación primordial y

principal del Juez el revisar que las actuaciones que se hagan en el proceso se ajusten a los lineamientos legales y constitucionales y a lo dispuesto por él en sus fallos, por lo que no puede escudarse en que porque no fue objeto de objeción o repulsa alguna por las partes entonces es viable su aprobación cuando es él a quien el Estado encargo para verificar que las actuaciones puestas en su consideración sean revisadas por él y determine si se ajustan o no a derecho.

Es claro que existe una vía de hecho cuando el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Candelaria (V) dispone la aprobación de sendas liquidaciones del crédito en la cuales no se tiene en cuenta, en primer lugar, lo dispuesto en la sentencia, donde se indicó que no se “*generará intereses ni remuneratorios ni de mora*” con relación al saldo del capital insoluto, el cual se determinó en \$6.960.000 luego de aplicarle la sanción indicada en la sentencia, y, en segundo lugar, que la Ley 1395 de 2010 excluyó la posibilidad de que un Secretario de un Despacho Judicial efectúe la liquidación de un crédito en un proceso ejecutivo.

Lo expuesto anteriormente, es suficiente para determinar la procedencia del amparo de tutela, pero es sano, al margen de lo antes señalado, hacer notar que no por el hecho de no haberse presentado objeción a la liquidación de un crédito se tiene patente de corso para aprobarla por el Juzgado sin revisarla para determinar si está o no ajustada a derecho y a lo establecido en el fallo en firme, pues el asumir tal conducta, o sea la de que si no se objeto se debe aprobar sin ningún miramiento, estaríamos frente a una especie de convidado de piedra cuando esa no es la función que la Constitución Política nos ha encomendado a los aplicadores de justicia. Lo correcto, así no se presente objeción alguna, es revisar si la liquidación está o no ajustada a los lineamientos dados en el fallo, ya que de no estarlo se debe disponer su aprobación y señalar los vicios de los que adolece para que sean tenidos en cuenta por las partes.

Ahora bien, es diáfano que el accionante dispondría de medios de defensa contra los actos que aquí se han precisado como contrarios a derecho, pero siempre y cuando no fueren ilegales, al no serlo no es posible exigir interposición de recursos contra actos ilegales. En otros términos, los actos ilegales deben ser declarados por el Juez sin necesidad, inclusive, de que se lo requieran, máximo si se tiene en cuenta lo previsto en el artículo 25 de la Ley 1285 de 2009, pues dichos actos no son objeto de saneamiento.

Se aduce, por parte del Juez Cuarto Civil del Circuito de Palmira (V), como basamento para negar la tutela, el hecho de haber dispuesto el accionante de medios de defensa y no los utilizó, lo cual, tal y como se dijo anteriormente, NO es cierto, ya que la no interposición de un recurso contra un acto ilegal no le quita el vicio que, entre otras cosas, crea una vía de hecho, cometido por el mismo dispensador de justicia, quien tiene la obligación de que sus actuaciones sean ajustadas a derecho, como bien lo expresa la misma Carta, en sus artículos 228 y 229, y con el cual se afecta un derecho fundamental del accionante consistente en el debido proceso como cuando, como en este caso, dispone la realización de la liquidación del crédito por parte del Secretario, siendo que esa facultad fue desechada por la Ley 1395 del 2010 y, adicionalmente, luego la aprueba con el agravante de que es realizada en contravía con lo señalado en su sentencia.

Ahora bien, en lo concerniente al principio de inmediatez es necesario insistir en lo

expuesto por la H. Corte Constitucional, como por ejemplo la T-533A de 2008, la T-933 de 2008 y la T-101 del 2009, donde deja en claro que dicho principio hace relación a que la acción de tutela sea promovida en tiempo razonable y siempre que no se hayan consolidado situaciones de derecho que hagan tener seguridad en la determinación judicial, es por ello que en el presente caso se debe tener en cuenta que en el proceso ejecutivo hipotecario aún no se ha cancelado el crédito y por ello es viable acceder al amparo de tutela reclamado, agregando que dicho principio tampoco es aplicable cuando lo atacado son actos ilegales.

Colofón de lo expuesto, encuentra la Sala que la orden del juez de primera instancia, debe ser revocada y en su lugar proceder a declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto interlocutorio No. 617 de 2 de diciembre de 2010, inclusive, y se ordenará que la liquidación del crédito sea hecha bajo los parámetros determinados en la sentencia No. 013 de febrero 8 de 2010, donde se precisa, en el numeral cuarto, que no se generara pago de intereses remuneratorios ni moratorios y teniendo de presente lo dispuesto en la Ley 1395 del 2010.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2012-00090-01) del 14 de junio de 2012, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: revoca la sentencia impugnada y tutela el derecho al debido proceso.

DEFECTO ORGÁNICO EN LAS DECISIONES JUDICIALES – No se puede resolver un recurso de apelación frente a un proceso de única instancia ni proceder a declarar la nulidad de la actuación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículo 358.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-c-543 de 1992, C-590 de 2005, T-701 de 2004, T-102 de 2006, T-018 de 2008 y T-302 de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Luego 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 2º Civil del Circuito haber decretado la nulidad de todo lo actuado, tras establecer que se trató de un proceso de única instancia y por ende revivir el auto que inicialmente había dispuesto la terminación del proceso al acoger la excepción previa propuesta por la demandada.

(...)En el asunto *sub exámine*, a consideración de la Sala y según se aprecia de las piezas procesales del expediente con radicación 2010-023-01 que corresponden al abreviado de restitución de inmueble arrendado de marras, se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de subsidiariedad e inmediatez de la tutela; el primero, porque contra la decisión atacada no cabe recurso alguno, ni siquiera el de reposición por expresa disposición del inciso segundo del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, al no proceder contra los autos que desaten una

apelación. El segundo, en tanto se está atacando una decisión de data reciente; de modo que compete determinar si la decisión del JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA que declaró la nulidad de la actuación, raya con los vicios o defectos que constituyen una vía de hecho.

Aplicando el anterior precepto jurisprudencial al caso puesto en consideración de la Sala, es evidente del estudio de la actuación que el despacho accionado incurrió en el referido defecto orgánico, pues dejó de lado que el juez de la apelación puede decretar nulidades de manera oficiosa, siempre y cuando sea competente para conocer en segunda instancia del asunto.

En efecto, en el asunto *sub examine* el argumento central para decretar la nulidad de la actuación fue el hecho aceptado, que el proceso de restitución de inmueble que nos ocupa es de mínima cuantía, circunstancia que conlleva que el mismo deba tramitarse en única instancia. De suerte que habiéndose enviado el proceso ante el superior para que se surtiera una apelación de auto y ésta no ser procedente por falta de competencia se configura el defecto orgánico porque a pesar de advertir la imposibilidad de conocer y emitir pronunciamiento en segunda instancia, en forma contradictoria se declara la nulidad de toda la actuación.

Al efecto debe precisarse que el decreto de nulidades oficiosas como parte del examen preliminar de los expedientes remitidos para apelación (artículo 358 Código de Procedimiento Civil), pende de la competencia del superior para conocer del proceso o la decisión por ser pasible del recurso de alzada, circunstancia que aquí se echa de menos, pues el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO no podía nulitar la actuación al estar imposibilitado para actuar como juez de segunda instancia.

En cuanto al del 2 de marzo de 2011, basta señalar que a esta alturas esta Sala constitucional se encuentra impedida de realizar cualquier pronunciamiento dada la insatisfacción del requisito de inmediatez, pues frente a esa situación ya consolidada ha transcurrido un tiempo significativo que frustra la procedencia de la tutela.

En consecuencia, habiéndose establecido que el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA con su providencia incurrió en el denominado defecto orgánico al no tener competencia para nulitar la actuación por estar imposibilitado para actuar como juez de segunda instancia, se amparará el derecho fundamental al debido proceso invocado por la parte actora, dejando sin efecto el auto interlocutorio de fecha 17 de mayo de 2012 con el que se decretó la nulidad de la actuación, y en su lugar se ordenará a dicho juzgado proferir un nuevo auto en el que se declare inadmisibile la alzada propuesta y se disponga la devolución del expediente al juzgado de origen por tratarse de un proceso de única instancia, todo ello a fin de garantizar el debido proceso de las partes.

Sentencia de tutela de primera (T-076-12) del 29 de junio de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: tutela el derecho al debido proceso.

ACCIÓN DE TUTELA – Es procedente para ordenarle al juez, en aras del interés superior del menor, que dicte sentencia en un proceso de investigación de paternidad.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, preámbulo y artículos 29 y 44; Ley 12 de 1991, artículo 3; Ley 721 de 2000, artículos 1 y 8; Código de Procedimiento Civil, artículos 71 y 37, numeral primero.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-997 de 2003.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Se trata de un proceso donde el menor MAYCOL STIVEN HERNANDEZ TABORDA pretende determinar su filiación paterna con el señor JAIME ARENAS LEMUS, quien está enterado de la pretensión del menor y prueba de ello es la declaración rendida ante el Juzgado Primero de Familia de Pereira, rendida el día 28 de septiembre del 2005; adicionalmente, es conocedor de la demanda de investigación de paternidad que cursa en el Juzgado Promiscuo de Familia de Roldanillo (V), lo cual se demuestra no sólo con la notificación por aviso del auto admisorio de la demanda sino con la renuencia a la practica de la prueba de ADN, al rehusarse a recibir la notificación que se le envió en abril 25 del 2011, como se prueba con la constancia colocada por la Oficina de Correo; además, se cuenta con la manifestación hecha por el Subteniente GERMAN ANDRES RAMIREZ CASTRILLO, del Grupo de Policía de Infancia y Adolescencia MEPE, de Pereira quien, en oficio S-2012-020393 de mayo 23 de 2012, expresa al Juzgado Promiscuo de Familia de Roldanillo (V) que el señor JAIME ARENAS LEMUS fue contactado por él y manifestó que no se oponía a la diligencia de practica del examen de marcadores genéticos de ADN para determinar la paternidad pero que no contaba con recursos económicos ni medios para desplazarse a Roldanillo.

La renuencia a la practica de la prueba de ADN tiene prevista una consecuencia en el proceso, tal y como lo señala el artículo 8 de la Ley 721 de 2001, que modificó el artículo 14 de la Ley 75 de 1968; lo cual es fortalecido con lo indicado en el artículo 71 del C. P. C., donde se estatuyen los deberes de las partes y las consecuencias que su inobservancia acarrea, siendo una de ellas la indicada en el numeral 6 de dichas norma donde se expresa “*Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en contra.*”, situación que, atendiendo los mandatos del artículo 44 de la Carta Magna, se hacen de mayor injerencia cuando se trata de un asunto que involucra a un menor que busca definir su filiación paterna y los encargados de definirlo, léase presunto padre y el Juzgador de Primera Instancia, no le prestan la atención y la urgencia debida, ya que de tal decisión se desprenden otros derechos del menor, los cuales no ha podido ejercer por no tener determinada su filiación paterna, como es el derecho de alimentos, el derecho a herencia en el evento del fenecimiento de su padre, etc. En otras palabras, entre más demora se presente en la resolución del proceso, en el cual el demandado está demostrado su desidia a colaborar con él (el proceso), cuando de tal decisión puede claramente determinar en que punto jurídico se encuentra con el demandante.

Es claro, por lo menos para esta Sala, que se cuenta con los elementos necesarios

para tomar una decisión sobre las pretensiones de la demanda impetrada por el menor MAYCOL STIVEN HERNANDEZ TABORDA, representado por su progenitora MARIA NUBIA HERNANDEZ TABORDA, y en ese sentido se pronunciara esta sentencia más no sobre las otras peticiones plasmadas en el escrito de solicitud de amparo de tutela, ya que la acción de tutela no está para suplir los procesos de la jurisdicción ordinaria, como sería el proceso ejecutivo de alimentos, especial de fijación de cuota de alimentos y de indemnización de perjuicios.

De lo antes anotado se puede concluir que en el presente caso, es procedente la acción de tutela para amparar los derechos fundamentales del menor plasmados en el artículo 44 de la Constitución Nacional, relacionados con la determinación de su filiación y por tal razón se le ordenará a la Juez Promiscuo de Familia de Roldanillo, que proceda a dictar sentencia en el proceso de investigación de la paternidad interpuesto por MARÍA NUBIA HERNÁNDEZ TABORDA, en representación del menor MAYCOL STEVEN HERNÁNDEZ TABORDA, contra JAIME ARENAS LEMUS, en cumplimiento del deber que como Juez tiene y señalado en el artículo 37 del C. P. C.

Se niega el amparo de tutela para lo relacionado con las cuotas de alimentos, las cuales no han sido aún determinadas puesto que ni siquiera se ha definido la filiación paterna; y tampoco para establecer responsabilidad por perjuicios por actuaciones del ICBF, para lo existe otro estadio procesal previsto.

Sentencia de tutela de primera instancia (T-2012-00158-00) del 05 de julio de 2012, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: concede la protección solicitada.

REFORMA DEL TESTAMENTO – Tiene dicha acción el legitimario que recibe una cuota inferior a la que legalmente le corresponde/**ASIGNACIÓN DE LAS CUARTAS DE MEJORAS Y DE LIBRE DISPOSICIÓN** – No está sometida a fórmulas rituales o sacramentales/**TESTADOR** - Su voluntad ha de interpretarse en el propio testamento y no en los testimonios sobre hechos anteriores o posteriores al mismo/**INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA** – Al no resolver sobre la distribución de la cuarta de mejoras y la cuarta de libre asignación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 1127, 1242, 1251, 1252 y 1274.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 28 de mayo de 1979, del 30 de noviembre de 1983, del 16 de junio de 1999, con ponencia del magistrado Carlos Esteban Jaramillo Schloss y 5162 como número de expediente, y del 29 de mayo de 2000, con ponencia del Magistrado Silvio Fernando Trejos Bueno y 5953 como número de expediente.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En la especie de cuyo estudio se ocupa ahora la Sala, la única recurrente se queja de que la sentenciadora *a-quo* no se pronunció con claridad acerca de cuál o

cuáles de los legitimarios tienen derecho a la cuarta de mejoras y a la cuarta de libre disposición, toda vez que *“...de forma muy general...”* dispuso que dichas cuartas corresponderán *“...a quienes la causante quiso favorecer en la memoria testamentaria...”*. A lo cual agrega que es a ella, con exclusión de los otros dos legitimarios, a quien se le debe asignar una y otra, pues fue esa la intención de la causante al disponer de sus bienes por acto testamentario.

En cuanto lo primero razón la asiste a la impugnación. No así en lo segundo, como pasa seguidamente a explicarse.

Está fuera de discusión -incluso para la propia apelante- que al actor se le asignó una cuota superlativamente inferior a la que por ley le correspondía, esto es, su legítima rigurosa, en el testamento abierto sobre cuya reforma versa el presente proceso. De ahí que la acción consagrada en el artículo 1274 del Código Civil constituye mecanismo idóneo para los fines perseguidos por el afectado con ese proceder, pues como desde vieja data lo tiene puntualizado la Corte Suprema de Justicia *“...si el testador asigna a un legítimo determinada cuota que resulta inferior a la que legalmente le corresponde, ese legítimo puede ejercer la acción de reforma del testamento que consagra el artículo 1274 del Código Civil...”* (sentencia del 28 de mayo de 1979).

Por modo que para ajustar la voluntad testamentaria a los límites que en esa materia traza el ordenamiento, el testamento de marras debe ser reformado -cual lo dispuso el juzgado de primera instancia- para asignarle al demandante la cuota que por ley le corresponde, esto es, su legítima rigurosa, que en éste caso debe corresponder a una tercera parte del 50% de los bienes relictos, pues respecto del el otro 50% de tales bienes -que constituyen la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición- la intención de la testadora deducida de la tantas veces citada memoria testamentaria aparece claramente dirigida a no considerarlo o beneficiarlo, y en cambio solo tener en cuenta, para ese efecto, a sus dos hijas supérstites, aquí demandadas.

Acerca de éste último tópico no sobra destacar que cuando el testador asigna bienes a sus legitimarios sobrepasando o excediendo la parte que debe destinar a las legítimas [que en el presente caso, ya se dijo, corresponde el 50% de sus bienes], ese exceso, en los términos de los artículos 1251 y 1252 del Código Civil, debe imputarse a la cuarta de mejoras y a la cuarta de libre disposición, en su orden.

Por otra parte, bien sabido es que para asignar las cuartas de mejoras y de libre disposición no es indispensable que ello se haga por medio de fórmulas rituales o sacramentales que el ordenamiento no impone. Como lo ha dicho la Corte, para ello *“...es suficiente -al tenor de conocidas enseñanzas de jurisprudencia- con que aparezca claramente expresada la voluntad del testador respecto de esa institución especial...”*. De ahí que si en el presente caso la causante MARIA CELMIRA TRUJILLO VDA DE ESPINOSA asignó a sus hijas MARIA EUGENIA y MARIA ELISA ESPINOSA TRUJILLO todos sus bienes inmuebles [avaluados, como en páginas anteriores se dijo, en TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS], en tanto que a su nieto CARLOS HERNAN ESPINOSA NARANJO [heredero suyo por representación de su pre-fallecido padre MARCO FIDEL ESPINOSA TRUJILLO] apenas le dejó la suma de TRES MILLONES DE PESOS, ha de entenderse entonces, en consonancia con dicho principio, que con toda nitidez expresó su deseo de que

aquellas reciban todas las mejoras y beneficios adicionales que por ley estaba facultada a hacer, vale decir, la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición, en tanto que a su nieto solo le corresponde recibir la cuota correspondiente a su legítima rigurosa, que es lo único en que la ley lo protege y limita la libertad de la testadora.

En uno de los párrafos anteriores la Sala subrayó que la intención de la causante [en el sentido de no beneficiar al demandante con las cuartas de mejoras y de libre disposición, y en cambio solo tener en cuenta, para ese efecto, a sus dos hijas supérstites, aquí demandadas] se deducía de la tantas veces citada memoria testamentaria.

Pues bien, sobre ese particular resulta pertinente volver la mirada para señalar que de conformidad con el artículo 1127 del Código Civil, cuando se torna necesario interpretar disposiciones testamentarias [como aquí ocurre, pues la causante no determinó cual ó cuáles de sus legitimarios eran los beneficiarios de la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición], se impone establecer, fundamentalmente, “...la voluntad del testador...”, para lo cual “...se estará más a la sustancia que a las palabras de que se haya servido...”, regla de la cual se infiere que es en el testamento donde ha de adelantarse la labor interpretativa en comento en orden a hacer prevalecer la voluntad del testador sobre las palabras o la forma como quedó redactada su última declaración de voluntad, pues es precisamente en ésta donde el propio causante ha exteriorizado su designio acerca de la forma como deben distribuirse sus bienes, luego de fallecido. Es que, como lo enseña la doctrina, en esa materia “...lo que debe orientar al juzgador debe ser aquello que se propuso la persona que por ese medio (el testamento) trata de realizar un acto dispositivo de los bienes que conforman su patrimonio...” (C.S. de Justicia, sentencia del 30 de noviembre de 1983).

Significa lo anterior que los testimonios alusivos a hechos anteriores o posteriores al testamento, a través de los cuales se pretende hacer ver, *exempli gratia*, que uno de los legitimarios tuvo un comportamiento mucho mas amoroso o solidario con el causante que el observado por otros herederos, en vida de éste, o que el testador tenía una u otra inclinación afectiva mayor o menor sobre alguno de sus legitimarios NO RESULTAN RELEVANTES a la hora de auscultar la voluntad interna del causante en el momento en que “se propuso” [parafraseando a la Corte en el último de los pronunciamientos citados] por medio del testamento realizar un acto de disposición de los bienes que conformaban su patrimonio.

Por modo que resultaría fútil adentrarse en el análisis de los dichos de los testigos que la recurrente llamó al proceso con el designio de demostrar su alegada vocación de amor filial hacia la causante, mayor -según afirma- que la de los otros legitimarios, así como el esmerado cuidado que dice haber dispensado a aquella durante su ancianidad “...y en el umbral de su muerte...”, pues, se insiste, nada de ello puede prevalecer sobre la clarísima declaración de voluntad de la señora MARIA CELMIRA TRUJILLO VDA DE ESPINOSA -así expresada en el milmentado acto testamentario- de dejarle a sus dos hijas MARIA EUGENIA y MARIA ELISA, y no solo a la primera de ellas, la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición, como paladinamente emerge de haberle asignado a ambas todos sus bienes inmuebles [a MARIA EUGENIA, uno avaluado en 160 millones de pesos, y a MARIA ELISA dos, ambos avaluados en 140 millones de pesos, lo que ciertamente evidencia una simetría entre lo asignado a ambas legitimarias], mientras que al

restante legitimario CARLOS HERNAN ESPINOSA NARANJO apenas le dejó la suma de TRES MILLONES DE PESOS

Deviene, como corolario, que pecó -por incongruencia- la sentencia apelada al no haber señalado con la claridad que el caso demandaba [pues fue ese uno de los temas basilares sobre los cuales giró la controversia; a la sazón, por vía de demanda de reconvención así fue deprecado por la codemandada MARIA EUGENIA ESPINOSA TRUJILLO] a cuál o cuáles de los legitimarios correspondía, en la partición a efectuar en la sucesión de la causante MARIA CELMIRA TRUJILLO VDA DE ESPINOSA, o en su rehacimiento, en caso de que dicha mortuoria ya se haya adelantado, la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición.

En ese sentido, entonces, se adicionará el fallo impugnado para declarar que, sin perjuicio de lo que les corresponde por concepto de sus legítimas [una tercera parte -para cada una de ellas- del 50% de los bienes hereditarios], MARIA EUGENIA y MARIA ELISA ESPINOSA TRUJILLO tienen derecho, por partes iguales, a la cuota de bienes [o de derechos proindiviso sobre éstos] que conforman la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición, las cuales corresponden, no sobra reiterarlo, al otro 50% de los bienes relictos. Al demandante, por supuesto, le será adjudicada su legítima, esto es, una tercera parte del 50% del patrimonio de la causante que debió destinar para las legítimas rigurosas.

Sentencia de segunda instancia (16532) del 09 de julio de 2012, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: adiciona los numerales segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada, y confirma en lo restante.

ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – El no mencionar la Cámara de Comercio competente para el funcionamiento del Tribunal de Arbitramento no acarrea la nulidad por objeto ilícito/ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – No existe fallo en conciencia cuando los árbitros interpretan erróneamente una norma jurídica, dejan de aplicarla o la aplican indebidamente/ ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – La valoración de los dictámenes periciales no puede entenderse como error aritmético o como disposición contradictoria/ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – El principio de congruencia del laudo no guarda relación alguna con el valor probatorio dado a un documento.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN

Decreto 1818 de 1998, artículos 129 y 163, numerales primero, sexto, séptimo y octavo; Código Civil, artículos 1519, 1521 y 1740.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Consejo de Estado, decisión 8004 del 10 de mayo de 1994 y 38484 del 24 de marzo de 2012, Sección Tercera; Corte Suprema de Justicia, decisiones del 29 de mayo de 1969 y 1996-08158-01 del 19 de diciembre de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La causal 1ª del artículo 163 del decreto 1818 de 1998 reza: “1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de

nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo”.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1740 del Código Civil *"Es nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa".*

El régimen de nulidades conforme la doctrina constituye un castigo o sanción civil que se impone por la omisión de los requisitos que la ley considera indispensables para la validez de los actos o contratos. La nulidad se identifica con la invalidez del acto o contrato.

El Código Civil determina que las nulidades son de carácter absoluto o relativo. La primera sucede cuando se presenta objeto o causa ilícita y la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de los actos, igualmente son nulos de nulidad absoluta los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Los demás vicios producen nulidad relativa.

Ahora bien, determina el artículo 1519 del estatuto civil que *“hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación”* y el artículo 1521 preceptúa que:

Hay un objeto ilícito en la enajenación:

1o.) De las cosas que no están en el comercio.

2o.) De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona.

3o.) De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello.

En el presente asunto se aduce que existe objeto ilícito por no haberse indicado la Cámara de Comercio competente para que funcionara el Tribunal de Arbitramento.

Sobre el particular basta poner de presente que el numeral 1° del artículo 129 del decreto 1818 de 1998 preceptúa: *“1. La solicitud de convocatoria se dirigirá por cualquiera de las partes o por ambas al Centro de Arbitraje acordado y a falta de éste a uno del lugar del domicilio de la otra parte, y su fuere ésta plural o tuviere varios domicilios al de cualquiera de ellos a elección de quien convoca al tribunal. Si el centro de conciliación rechaza la solicitud, el Ministerio de Justicia indicará a qué centro le corresponde”.*

En la Escritura Pública No. 2872 de 29 de diciembre de 2009 de la Notaría Quince del Circulo de Cali, se indicó que el domicilio de MARCO TULIO ARANGO SANABRIA era el municipio de El Cerrito, que hace parte de la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Buga, por lo que forzoso es concluir que el hecho de introducir unas XXX en el lugar donde debía indicarse la Cámara de Comercio no viola disposición alguna, y por ende, el cargo endilgado no está llamado a prosperar.

En lo tocante a la existencia de un contrato de promesa que dejó sin valor el allegado, no solo no se enmarca en los supuestos de la causal invocada sino que

recuérdese que no es viable mediante este especial recurso revivir el debate probatorio como lo es determinar cual contrato de promesa resultaba vinculante.

La segunda causal aducida es la prevista en el numeral 6° del artículo 163 del decreto 1818 de 1.998, consistente en: “Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.

No genera duda alguna de que el Tribunal de Arbitramento convocado en el presente caso debía resolver en derecho, como expresamente se acordó en la cláusula compromisoria.

Se ha suscitado enorme controversia en la jurisprudencia para calificar una decisión en derecho o en conciencia, y en algunos aspectos casi se les ha equiparado. Empero, el fallo en conciencia de manera alguna alude a aquel que se profiere sin fundamentó y donde sólo impera el convencimiento subjetivo de los árbitros independientemente de los elementos de convicción que aparecen en el trámite. *“La facultad de dictar un fallo en conciencia –ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia- no excluye necesariamente su motivación, sino que da mayor amplitud a las facultades del juzgador, al permitirle aplicar las reglas de simple equidad, prescindiendo de la limitaciones a esas reglas que implican a veces las disposiciones de derecho escrito. Cuando la ley ha autorizado estos fallos ha dicho, en efecto, que no deben motivarse, esto es, que no se den a conocer las razones de equidad tenidas en cuenta”*.

Como la distinción entre fallo en conciencia y fallo en derecho, es difícil de precisar, el legislador al consagrar esta causal como motivo de anulación del laudo arbitral, expresamente indicó que se configuraba siempre que esa circunstancia apareciera manifiesta, esto es evidente, limitando así este motivo de anulación, únicamente a aquellos casos en que los árbitros olvidando los elementos de convicción legalmente aportados y las normas jurídicas que debían aplicar, resolvieron la controversia atendiendo sólo su íntima convicción sin otro sustento que su opinión pues esa es la única manera en que aparece de manifiesto una decisión de conciencia. La Sala de Casación Civil, en sentencia de 21 de febrero de 1.996, aseveró: *“...La anulación-valga insistir una vez mas – no tiene por materia propia el mérito de la controversia dirimida por los árbitros, y por ende a los comprometidos no les es permitido argumentar supuestas transgresiones de índole fáctico o jurídica, sino desviaciones en la propia actuación de los árbitros que entrañe verdadero abuso o desfiguración de los poderes que recibieron o del mandato legal que enmarca su tarea”*.

El recurrente asevera que el Tribunal de Arbitramento falló en conciencia porque si hubiera sido en derecho otra habría sido la decisión, revisado el laudo arbitral no se advierte que la arbitro haya dejado de aplicar la ley y por el contrario se encuentran referencias a los artículos 1502 y 1889 del Código Civil, entre otros, a la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

De lo anterior fluye, que la Árbítro, al decidir no falló en conciencia, pues interpretó las normas del Código Civil y del estatuto de comercio, a la luz del derecho moderno, la Jurisprudencia Nacional, y la doctrina, y tal como se anotó en acápite precedente, la interpretación de las normas jurídicas no fueron consagradas como motivo de nulidad del laudo arbitral. De suerte, que no habrá fallo en conciencia,

cuando los árbitros interpretan erróneamente una norma jurídica, dejan de aplicarla o la aplican indebidamente. Y el hecho de que el recurrente considere que otra debió ser la decisión a tomar, no significa que la decisión fuere en conciencia.

En consecuencia no ha de prosperar esta causal.

La causal de anulación que señala el numeral 7º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esto es, contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, la sustenta el recurrente en que La árbitro debió valorar en su conjunto los dictámenes periciales realizados y no tomar el valor determinado por los auxiliares.

Esta causal tiene por finalidad corregir aquellas decisiones que por contener disposiciones que entre sí son incompatibles hacen imposible el cumplimiento o ejecución de lo decidido; como ocurre cuando en una de las disposiciones de la parte resolutive se reconoce un derecho y en otra se niega su existencia. Al respecto se ha pronunciado el Consejo de Estado, precisando tal causal, al señalar:

Esta causal se circunscribe a la parte resolutive del fallo e implica que en ella misma existan disposiciones opuestas que tendrían el efecto de impedir su ejecución. No puede por esta vía el recurrente alegar presuntas contradicciones entre las motivaciones de un laudo y las resoluciones que el mismo contiene con el objeto de lograr una decisión distinta de lo acogido.

Revisado el presente asunto se advierte que los argumentos del censor se enderezan a debatir la valoración de los dictámenes periciales por parte de la árbitro lo que desborda el fundamento de la causal, y reitérese que esta Sala carece de competencia para analizar el fondo de la decisión, que es lo solicitado por el petente.

En este orden de ideas no se encuentra acreditada la causal de anulación invocada.

La última causal es la prevista en el numeral 8ª del artículo 163 del Decreto 1818: *“Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”*

Esta causal se estructura cuando se profieren decisiones extra petita y ultra petita, vale decir, cuando se viola el principio de congruencia, por contener el laudo pronunciamientos sobre cuestiones que no fueron puestas a su consideración y se concede más de lo pedido, o se dejan sin resolver materias de las que fueron sometidas a su composición.

Es claro que los árbitros tienen condicionado su poder decisorio a lo que las partes demanden expresamente, estando su intervención limitada por los asuntos que éstas les demarquen en las pretensiones que se ejerciten en la demanda o por el contenido de las excepciones que sean propuestas, dado que debe existir adecuación del fallo con el objeto y la causa que identifican la pretensión y la oposición que se haya planteado, por lo que el laudo tiene que guardar consonancia con lo pedido y lo resistido, independientemente si es acertado o erróneo, es decir, sin atender a los argumentos acogidos por los árbitros para pronunciar su decisión.

Dicho de otra manera, el principio de la congruencia trae aparejada una relación de conformidad entre las peticiones deducidas en el proceso por las partes y el fallo desde el punto de vista de su contenido decisorio, con la finalidad que correspondiéndose ambos extremos queden resueltas de modo afirmativo o negativo todas las cuestiones que forman el litigio, de ahí que el desajuste debe mirarse comparando los pedimentos formulados con la decisión adoptada por el tribunal de arbitraje, para establecer de ese cotejo si efectivamente se resolvieron todos los planteamientos de las partes cualquiera que sea el concepto que merezcan sus consideraciones, no resultando válidos los argumentos enderezados a descalificar el mérito del raciocinio que se impugna, pues la disonancia no podrá hacerse consistir en que el tribunal sentenciador haya apreciado la cuestión *sub júdice* en forma distinta a como la estima alguna de las partes litigantes, o que se haya abstenido de resolver con base en los fundamentos esgrimidos por alguna de éstas, o de manera más resumida, mediante estas causales no se puede abordar el examen de las consideraciones que sirvieron como motivos determinantes del fallo.

En síntesis, en este preciso campo lo que debe establecerse es si el laudo arbitral decidió sobre puntos no sujetos a decisión, o se concedió más de lo pedido, o se omitió alguna resolución deprecada por las partes, con abstracción de cualquier otro planteamiento ajeno a la causal misma y que sería propio de un recurso de instancia, por cuanto la naturaleza dispositiva del recurso y la autonomía de las causales taxativas lo impiden.

Entonces si la incongruencia ha de buscarse parangonando lo decidido con lo pretendido y lo excepcionado, y no en extremos diferentes, dado que los árbitros tienen condicionado su poder decisorio a lo que las partes les demandan expresamente, puesto que están limitados por los asuntos que éstas les demarquen en las pretensiones o por el contenido de las excepciones que sean propuestas, sin que puedan desbordar los límites de su potestad resolviendo temas que no fueron formulados oportunamente, ni dejar sin decisión materias de las que fueron sometidas a su composición.

Por lo que pasa la Sala a estudiar los motivos de inconformidad planteados por el recurrente y que se sintetizan en que la promesa aportada fue sustituida por las partes, sobre el particular nótese que no se enmarca dentro de la causal en comento, ya que no se discute que se haya dejado de fallar las pretensiones o las excepciones, sino el valor probatorio dado a un documento.

Finalmente considera la Sala necesario recordar que el recurso de anulación no es una segunda instancia en la que se pueda volver discutir lo ya resuelto en el trámite arbitral, pues como lo ha precisado el Consejo de Estado *“el recurso de anulación no constituye una segunda instancia, razón por la cual el laudo no puede ser atacado por errores en el juzgamiento sino por errores en el procedimiento y con fundamento en las causales taxativamente señaladas en la ley”*.

En consecuencia no ha de prosperar esta causal.

Sentencia 2012-00000 del 11 de julio de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: declara infundado el recurso de anulación del laudo propuesto.
--

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL - La contabilización del término de caducidad de los efectos patrimoniales es simplemente objetivo y empieza a correr desde la muerte del causante.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 75 de 1968, artículo 10.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión del 19 de noviembre de 1976; Corte Constitucional, sentencia C-985 de 2010; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 15867 del 18 de mayo de 2010, con ponencia del magistrado Felipe Francisco Borda Caicedo.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el asunto *sub exámine* la censura apunta en síntesis a lograr la revocatoria de la decisión que finiquitó la primera instancia al declarar probada la excepción previa de caducidad formulada por el extremo demandado. Luego el problema jurídico sienta la discusión en determinar ¿si como lo dijo el *a quo*, en el presente asunto operó el fenómeno de la caducidad de los efectos patrimoniales de la filiación extramatrimonial?

En el asunto se dio aplicación al término de caducidad establecido en el artículo 10 de la ley 75 de 1968, según el cual la declaración de filiación extramatrimonial carece de alcances patrimoniales si la correspondiente demanda se notifica al demandado después de los dos años siguientes al deceso del progenitor.

Sobre la interpretación de esta norma, la Sala Civil – Familia de esta Corporación, ha sido clara al precisar:

1a. En los precisos términos del inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 (modificatorio del artículo 7 de la Ley 45 de 1936), “...[L]a sentencia que declare la paternidad en los casos que contemplan los dos incisos anteriores, no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción...”.

Dicho de manera sincopada, el hijo extramatrimonial que luego de fallecido su presunto padre es declarado tal en sentencia, solo puede reclamar efectos económicos (herencia) en la sucesión de su progenitor contra la cónyuge de éste y los herederos en quienes confluyan los dos siguientes requisitos: (i) que hayan sido parte en el proceso de filiación, y (ii) que en dicho proceso, hayan sido notificados del auto admisorio de la demanda dentro de los dos años siguientes al referido fallecimiento.

Traduce lo dicho, que si quien pretende su reconocimiento como hijo extramatrimonial aspira además a que tal declaración produzca efectos patrimoniales, debe lograr la notificación de la demanda al demandado dentro de

los dos años siguientes al fallecimiento de su causante, so pena que opere la caducidad de los efectos patrimoniales de la acción de filiación, por no estar cumplida la notificación dentro del lapso señalado en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968.

A no dudarlo, en materia de caducidad la normativa prevista en el referido artículo 10° tiene el carácter o la connotación de especial, habida cuenta que regula, específicamente, el tiempo con que cuenta el pretense heredero, contado desde el deceso de su causante, para lograr que se declare la paternidad y a su filiación agregarle efectos patrimoniales. De lo contrario la misma solo tendría efectos personales, cual es la declaratoria de hijo, que atañen solo al estado civil de la persona, por demás imprescriptible, pero sin pasar al campo económico de la herencia.

En el caso que se deja a consideración del Tribunal, es palmario que el deceso del causante se produjo el 17 de febrero de 2001, de suerte que al haberse formulado la presente demanda de petición de herencia el 25 de abril de 2011, el término de caducidad previsto en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 para el ejercicio de dicha acción, ha sido ampliamente superado.

En ese orden de ideas, razón tuvo la Juez Segunda de Familia de Tuluá al declarar probada la excepción previa de caducidad de los efectos patrimoniales, pues la petición de herencia fue presentada por fuera del término otorgado por la ley para el ejercicio de la acción.

Al efecto debe precisarse que no son de recibo los argumentos expuestos por el recurrente en el sentido que habiéndose accionado anteriormente el termino de caducidad se suspendió durante la vigencia del pasado proceso, por lo que esta demanda también fue formulada oportunamente; pues baste decir para frustrar el buen suceso de sus argumentos que la contabilización del término de caducidad es meramente objetivo, y empieza a correr desde la muerte del causante, de suerte que habiéndose pretendido reclamar parte de la herencia, fundados en una sentencia de filiación, emitida casi después de 10 años desde el deceso, era del caso acoger la excepción de caducidad de los efectos patrimoniales derivados del reconocimiento de los demandantes como hijos extramatrimoniales.

En consecuencia, la providencia que por vía de apelación se ha revisado ha de ser confirmada al encontrarse ajustada a derecho.

Sentencia 082 del 23 de julio de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

INEXISTENCIA DEL NEGOCIO CAUSAL - No hay lugar a tal declaración cuando el título valor obedece a una relación jurídica anterior entre otorgante y beneficiario.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Comercio, artículo 782, numeral 12; Código de Procedimiento Civil, artículo 177.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión 2002-00084-01 del 24 de febrero de 2011, ponencia del magistrado William Namén Vargas.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)En relación con el medio exceptivo propuesto dentro de la presente ejecución, que fue denominado “*Inexistencia de la Obligación*”, observa la Sala que se trata de una excepción que tiene cabida de acuerdo con el numeral 12° del artículo 784 del Código de Comercio ya que se dirige a atacar el negocio subyacente que dio origen al cartular. La norma señalada reza:

“<EXCEPCIONES DE LA ACCIÓN CAMBIARIA>. Contra la acción cambiaria sólo podrán oponerse las siguientes excepciones:

(...)

12) Las derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio o contra cualquier otro demandante que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa...

Así las cosas, debe esta corporación adentrarse al estudio de la alzada planteada, ceñida a dilucidar ¿si la creación del título valor obedeció a una relación jurídica anterior entre otorgante y beneficiario?

A efectos de dar respuesta al anterior planteamiento debe precisarse que, este medio exceptivo tiene por objeto hacer valer las circunstancias que afectan el negocio subyacente que originó la suscripción del título, con miras a restarle eficacia a éste último. Al efecto la doctrina ha establecido:

La duodécima excepción hace mención a las derivadas del negocio que motiva la creación o emisión del título o su negociación, frente a quienes hayan sido parte en el negocio causal y además frente a terceros que no sean de buena fe exenta de culpa.

(...)

En la doctrina se plantea el problema de saber en que medida las contingencias del negocio que motiva la emisión de un título valor puede repercutir en la eficacia del título valor. El derecho cambiario parte del supuesto que todo título valor se crea en virtud de una relación jurídica anterior: Se crean o emiten títulos valores para pagar un precio, un servicio, unos honorarios, una comisión, una donación, etc. Ese negocio anterior o previo es el que motiva la emisión del título, es lo que en la doctrina se conoce con el nombre de negocio causal, relación o negocio subyacente.

El derecho cambiario no niega que los títulos valores tengan una causa, el problema que se trata de resolver es la medida, la forma que esa causa sigue influyendo en la vida del título...

Pues bien, en el asunto *sub examine* a través del medio exceptivo se persigue que se declare que entre las partes no existe obligación alguna, en tanto si bien se realizó una estimación anticipada de la cuota parte que correspondería al demandante dentro de la sociedad que se conformó dada la relación de esposos, lo

real es que nunca pudo haber una sociedad patrimonial por impedimento legal de uno de los compañeros, por lo que atacando la causa que generó la suscripción del título, a juicio de la demandada, la obligación es inexistente.

Pero sucede que resulta punto pacífico dentro de la litis, el incontestable hecho que entre las partes hubo una relación de pareja, al menos entre octubre de 1997 hasta octubre de 2009, como lo manifestó la aquí demandada dentro de la diligencia con fines de conciliación que se realizó dentro del proceso ordinario de declaratoria de sociedad patrimonial que se suscitó entre los aquí litigantes ante el Juzgado Primero de Familia de Buenaventura. En dicha unión, fueron adquiridos diversos bienes entre muebles e inmuebles, de suerte que para cuando finalizó la relación y a la vez la sociedad, las partes de común acuerdo y en ejercicio de la autonomía de su voluntad, decidieron estimar el valor económico de la participación del demandante dentro de dicha unión; circunstancias éstas de donde se establece que la obligación no es inexistente, como alegó la defensa, pues la suscripción del título obedeció al consenso de los excompañeros quienes, a grosso modo, estimaron la cuota del aquí ejecutante.

Por lo que atañe a la coacción que dice la defensa, ejerció el acreedor sobre la demandada para que suscribiera el título, al igual que los pagos parciales que ésta efectuó en la suma de \$18.000.000.00, baste decir para frustrar su buen suceso que dichas disquisiciones solo quedaron en el campo especulativo, sin que ningún medio de convicción se aportara al proceso a efectos de dar base a aquellas circunstancias.

Es más los testimonios de ALBA LUCÍA CASTAÑO SALAZAR y EDINSON MOSQUERA HURTADO, decretados a instancia de la demandada, en lo medular, solo dieron cuenta de la relación de pareja que hubo entre los aquí convocados y algunos aspectos atañedores a la situación económica de la demandada; pero lo cierto es que en punto a la supuesta presión ejercida por el demandante y a los presuntos pagos parciales, en sus declaraciones no se hizo mención alguna.

Bajo estas directrices, y siendo incontrovertible que los medios de convicción aportados no dieron soporte a los argumentos en que se fundó la defensa, debemos entonces estarnos a lo que revela la literalidad del cartular. Al efecto debe precisarse que enseña el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 1757 del Código Civil, que incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que aquellas persiguen, y en el presente caso la parte demandada había de concentrar su esfuerzo en materia probatoria, a demostrar la supuesta inexistencia de la obligación, circunstancia que aquí se echó de menos. Luego las disquisiciones de la defensa en modo alguno pueden encontrar eco en ésta decisión, fluyendo así su fracaso y debiendo por ende confirmarse la sentencia que ordenó la continuidad de la ejecución.

Por ultimo; en lo que respecta a la antigüedad de los fallos sobre “*sociedad de hecho concubinaria*” de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en que se fundó la decisión apelada, debe precisarse que los mismos, contrario a lo expuesto en la alzada, son de data reciente y su aplicación como argumento de

autoridad al caso de marras no luce desacertada ni desconocedora de los parámetros fijados por la ley 54 de 1990.

En efecto, el objeto de la sentencia de fecha 24 de febrero de 2011, proferida por el máximo órgano de cierre de la justicia ordinaria, fue reconocer efectos económicos a las sociedades de hecho formadas entre parejas heterosexuales, que no pudiendo conformar una sociedad patrimonial, también han desarrollado “...*actividades para lograr un patrimonio común en igualdad de condiciones para su beneficio recíproco con actos reiterados convergentes en el claro propósito de asociarse, probativos de la affectio societatis*”.

En otras palabras, jurisprudencialmente se ha admitido, que además de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, en caso de no poder ésta configurarse por tener uno de aquellos sociedad conyugal vigente de matrimonio anterior -*como aconteció en el sub lite*-, pueda haber otro tipo societario. Verbigracia una sociedad de hecho concubinaria, a fin de no desconocer lo que legalmente correspondería a cada socio fruto del trabajo mancomunado; de suerte que, contrario a lo argumentado en el escrito de alzada, NO luce desacertado ni desconocedor de lo establecido en la ley 54 de 1990, haber traído a colación en la parte considerativa de la sentencia apelada, lo precisado por la Corte Suprema sobre el tema.

En este orden de ideas, la conclusión a la que llegó el *a-quo*, en lo que respecta a los medios defensivos, que propendieron por controvertir la eficacia y validez del título valor aportado como base de la ejecución, en cuanto consideró su fracaso, se encuentra ajustada a la legalidad y, por ende, merece su confirmación.

Sentencia 083 del 23 de julio de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

INADMISIÓN DE LA DEMANDA – En los procesos de pertenencia debe aportarse el certificado especial expedido por el registrador de instrumentos públicos/INADMISIÓN DE LA DEMANDA – El poder especial para adelantar un proceso de pertenencia debe precisar si se trata de prescripción ordinaria o de prescripción extraordinaria.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 85, numeral quinto, y 407, numeral quinto.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión 2000-00380-01 del 08 de noviembre de 2010, ponencia del magistrado Arturo Solarte Rodríguez.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas, y por comprender la apelación del auto que rechaza la demanda también el inadmisorio el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿puede inadmitirse una demanda de pertenencia para que se aporte el certificado especial a que se refiere el numeral 5° del artículo 407

del C. de P.C.; y si también procede la inadmisión para que se precise en el poder si se trata de prescripción ordinaria o extraordinaria?

A efectos de dar respuesta al anterior planteamiento debe precisarse delantamente que de manera general, la demanda debe sujetarse a una serie de requisitos formales sin los cuales no puede admitirse. Dichas exigencias formales, sin duda, propenden por garantizar los derechos de defensa y contradicción del demandado.

En consecuencia, el legislador ha previsto una serie de requisitos formales de necesario cumplimiento para la admisibilidad, dirigidos al establecimiento de los presupuestos procesales que habilitan el proferimiento de una sentencia en consonancia con los hechos y pretensiones planteadas. Así, los eventos que dan lugar a la inadmisión del libelo se encuentran claramente determinados por el legislador en el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 5º de la ley 1395 de 2010, de tal suerte que en esta labor sólo le es permitido al juez proceder de tal forma cuando se encuentre configurada alguna de las causales taxativamente contempladas, sin que pueda por vía de analogía extenderlas a otros aspectos.

Precisamente, uno de los requisitos que ha de reunir la demanda con que se pretende una declaración de pertenencia, atañe a aquel establecido en el artículo 407 numeral 5 del C.P.C., según el cual:

5º. A la demanda deberá acompañarse un certificado del registrador de instrumentos públicos en donde consten las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro, o que no aparece ninguna como tal. Siempre que en el certificado figure determinada persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella.

Respecto de la importancia del certificado al que se ha venido haciendo alusión, del rigor con el que los jueces deben evaluar su contenido y de los efectos que se deben desprender cuando la información allí incorporada no responda a lo requerido por el ordenamiento procesal, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en multitud de oportunidades, de las que se destaca un pronunciamiento que condensa la posición de la Corte sobre el particular:

“Indiscutible es la importancia y trascendencia que el precedente mandato del legislador tiene en las señaladas controversias judiciales, pues más que establecer un anexo adicional y forzoso de la demanda con la que ellas se inician, consagra el mecanismo por medio del cual habrán de definirse las personas en contra de quienes debe dirigirse la acción, que no serán otras que aquellas que figuren en el certificado del registrador a que se contrae la norma, como titulares de un derecho real principal relacionado con el bien cuya usucapión se persigue.

Con otras palabras, la aportación en debida forma del certificado en cuestión y, especialmente, que éste cumpla con las exigencias establecidas en la referida disposición legal, en particular, que verse sobre el bien de que trate la demanda y que indique expresamente las personas titulares de derechos reales o que no

existe ninguna que tenga tal carácter, son requisitos cuyo cabal acatamiento se erige como garantía para que al proceso concurren todas las personas legitimadas para controvertir la acción y para que, de esta manera, la sentencia estimatoria de las pretensiones que pueda proferirse, no se torne en un acto que ilegítimamente vulnere los derechos del propietario del mismo, habida cuenta que, como se sabe, esa clase de pronunciamientos comporta el reconocimiento, con efectos erga omnes, tanto de la extinción de dicho dominio, como de que el derecho de propiedad se radicó en cabeza del correspondiente demandante, vulneración aquella que acontecería si la relación litigiosa no comprende la totalidad de los titulares de derechos reales principales en el bien disputado, habilitados por la ley para ejercer en esta clase de asuntos el derecho de defensa, entendido como máxima expresión del debido proceso.

En tal orden de ideas, fácil es comprender que la comentada previsión del numeral 5° del artículo 407 del Código de Procedimiento, no es una cuestión meramente formal que concierna solamente con el presupuesto procesal de la demanda idónea, sino que va más allá, toda vez que en verdad atañe al acertado establecimiento de la relación jurídico procesal y, correlativamente, a la legitimidad de la persona o personas que deban resistir las pretensiones...”

Siguiendo esta línea argumentativa, puede advertirse sin temor a equívocos, que lo que la ley reclama no es cualquier certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, sino por el contrario, uno especial en el cual se plasme cualquiera de las dos eventualidades contempladas en el numeral 5° del artículo 407 citado: I) quiénes figuran como titulares de derechos reales sujetos a registro, o II) que no aparece ninguno como tal.

Siendo ello así, debe responderse afirmativamente el primer interrogante planteado, precisando que el *a-quo* sí pudo inadmitir el libelo para exigir que se aportara el certificado especial, que difiere del certificado normal de tradición que se acompañó con la demanda y con el que el recurrente pretendió suplir la exigencia del referido numeral 5°.

De acuerdo con estas elementales premisas, siendo incontestable que la parte aquí inconforme se abstuvo de cumplir con el referido requisito, sin siquiera haber acreditado elevar solicitud a fin que el registrador le expidiera el mentado certificado especial, se imponía el rechazo del libelo, tal como efectivamente se hizo a través del auto apelado; circunstancia que por sí sola resultaría suficiente para su confirmación y de paso relevaría al Tribunal de adentrarse al estudio de las demás inconformidades en que se fundó la alzada.

Con todo, por lo que respecta a la inadmisión de la demanda por la falta de claridad en la adición que hizo el recurrente en su poder, debe precisarse que el Art. 85 del estatuto adjetivo, modificado por la ley 1395 de 2012, establece las causales para que el juez declare inadmisibile la demanda, consignando entre éstas en su numeral 5° *“Cuando el poder conferido no sea suficiente”*. Norma ésta que debe interpretarse de la mano con la parte final del inciso 1° del artículo 65 *ejusdem*, según el cual *“En los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no puedan confundirse con otros”*.

Siendo ello así, habiendo el apoderado formulado su demanda pretendiendo que se declare a la sociedad demandante propietaria por la vía de la prescripción extraordinaria de dominio, en consonancia con ello, en esos precisos términos debió haberse otorgado el poder especial con el que el abogado pretendió actuar, que no de forma ambigua consignar que “...se extiende para que solicite la prescripción ordinaria o extraordinaria, según el criterio que crea conducente y viable jurídicamente”; circunstancia esta que desconoce la regla de determinación específica de los poderes especiales, de modo que no quede duda por qué preciso sendero habrá de trasegar el abogado apoderado. En consecuencia, sí era del caso inadmitir la demanda para que se subsanara dicho defecto.

Auto 096 del 25 de julio de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma el auto apelado.

DEBIDO PROCESO – Se vulnera al aplicar una disposición aún no vigente y tramitar, como verbal de mayor cuantía, un asunto sujeto al trámite del proceso ordinario de mayor cuantía.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 2, 29 y 228; Código de Procedimiento Civil, artículos 140, numeral octavo, 396, 397 y 398; Ley 1395 de 2010, artículos 21, 22 y 44.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-543 de 1992, C-590 de 2005, T-533A de 2008, T-933 DE 2008 y T-101 de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el presente caso tenemos que:

Equivocadamente el Juez Primero Civil del Circuito de Buenaventura (V) tramitó por el procedimiento Verbal un asunto para el cual se ha señalado expresamente un procedimiento diferente, como lo es el Ordinario de Mayor cuantía, presumiblemente dando aplicación a las modificaciones previstas en los artículos 21 y 22 de la Ley 1395 de 2010, sin tener en cuenta que dichas normas estaban sujetas al cumplimiento de lo señalado en el artículo 44 de la misma Ley, donde expresamente se indicó que tales modificaciones sólo aplicaban a partir del 1 de enero del 2011 y de manera gradual, de acuerdo con lo que determinara el Consejo Superior de la Judicatura y que los procesos que a enero 1 de 2011 ya tuviesen admitida la demanda se seguirían tramitando por las normas que regían al momento de instaurar la demanda.

Tal error genera la vulneración al derecho fundamental al Debido Proceso y, de contera, la operancia de la causal 4 del artículo 140 del C. P. C., que causa la nulidad insaneable del proceso, tal y como lo indica el artículo 144 Ibídem.

De lo antes anotado se puede concluir que existe no sólo una crasa violación al debido proceso en el caso colocado a consideración por vía de tutela, pues el tramite para las pretensiones de la señora INES OCORO y relacionadas con una

responsabilidad civil contractual, de más de seiscientos millones de pesos (\$600.000.000), ha debido tramitarse por el procedimiento ordinario de mayor cuantía consagrado en los artículos 398 del C. P. C. y no por el trámite verbal indicado en el artículo 427 y siguientes del C. P. C., por parte del Juzgado Primero Civil del Circuito de Buenaventura (V), quien es el del conocimiento del proceso en mención, sino a las normas procesales y constitucionales, y que en aras de observar el principio máximo del derecho que es la Justicia debe ser objeto de corrección por vía del amparo de tutela.

Ahora bien, en lo concerniente al principio de inmediatez es necesario insistir en lo expuesto por la H. Corte Constitucional, como por ejemplo la T-533A de 2008, la T-933 de 2008 y la T-101 del 2009, donde deja en claro que dicho principio hace relación a que la acción de tutela sea promovida en tiempo razonable y siempre que no se hayan consolidado situaciones de derecho que hagan tener seguridad en la determinación judicial, es por ello que en el presente caso se debe tener en cuenta que en el proceso de Responsabilidad Civil Contractual aún no se han superado los cuatro (4) meses desde la última actuación realizada en el proceso y que es una de las que se duele la accionante y por ello es viable acceder al amparo de tutela reclamado, agregando que dicho principio tampoco es aplicable cuando lo atacado son actos ilegales.

Colofón de lo expuesto, encuentra la Sala que como forma de amparar el derecho fundamental al debido proceso, se debe proceder a declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto interlocutorio No. 0411 de octubre 1 de 2010, inclusive, y se ordenará que el trámite que se le dé a la demanda de Responsabilidad Civil Contractual impetrada por la señora INES OCORO contra la sociedad APUESTAS UNIDAS DEL PACIFICO S. A. sea el del proceso ordinario de mayor cuantía previsto en los artículos 398 y siguientes del C. P. C.

Sentencia de tutela de primera instancia 2012-00183-01 del 27 de julio de 2012, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: tutela el derecho al debido proceso.

DESACATO – Es nula la actuación cuando se omite la etapa probatoria/DESCATO – Es indispensable individualizar a las personas vinculadas a su trámite.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 28 y 29; Código de Procedimiento Civil, artículos 137, numeral tercero, 140, numeral sexto y artículo 145; Decreto 2591 de 1991, artículos 25 y 27; Ley 1285 de 2009, artículo 25.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-014 de 2009; Consejo de Estado, decisión 31 de marzo de 2011, con ponencia de Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianetta.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El *thema decidendum* en este evento consiste en determinar si ¿es procedente confirmar la decisión plasmada en el auto interlocutorio No. 0278 de junio 28 del

2012 proferido por el Juez Quinto Civil del Circuito de Palmira (V) dentro del trámite del incidente de desacato propuesto por la señora MARIA DEL CARMEN CALDERON ATEHORTUA contra el Jefe de Atención al Pensionado del Seguro Social Seccional del Valle del Cauca, cuando en el trámite se omitió la etapa de pruebas de conformidad al art. 137 del CPC?

El Juzgado defenderá la tesis de que en este caso se debe declarar la NULIDAD de todo el trámite del incidente, a partir del auto interlocutorio No. 0278 de junio 28 del 2012, al haberse presentado violación a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 137 del C. P. C., modificado por el numeral 73 del artículo 1 del Decreto 2282 de 1989, en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Nacional, ya que no se emitió el auto donde se decretaran las pruebas que según el Despacho A Quo tendría en cuenta para fallar el incidente.

Como soporte fáctico o de hecho de la tesis del Juzgado se tiene:

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Palmira profirió un fallo de tutela de fecha febrero veinticuatro (24) del 2012, en el cual otorgó el amparo constitucional impetrado por MARIA DEL CARMEN CALDERON ATEHORTUA, ordenando al *“SEGURO SOCIAL SECCIONAL DEL VALLE DEL CAUCA – DEPARTAMENTO DE ATENCIÓN AL PENSIONADO, que en el improrrogable término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir del día siguiente al de la notificación de esta providencia, resuelva de fondo, el derecho de petición presentado por la ciudadana en mención, con fecha 24 de junio del 2011”*.

El día 18 de abril del 2012 se presentó, por parte de la señora MARIA DEL CARMEN CALDERON ATEHORTUA, un escrito solicitando el trámite del incidente de desacato ante el incumplimiento por parte del Jefe de Atención al Pensionado del I. S. S. seccional del Valle del Cauca.

Previo al inicio del trámite del incidente de desacato y en cumplimiento de lo señalado en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, el Juzgado A Quo ordenó, en auto de abril 24 de 2011, requerir al Gerente del Seguro Social, Seccional del Valle del Cauca, sin precisar el nombre de tal funcionario ni individualizarlo, y al Jefe del Departamento de Atención al Pensionado, igualmente sin precisar el nombre de tal funcionario ni individualizarlo, el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia de tutela, enviándoles sendos oficios a los funcionario, sin que se dijese sus nombres, sin que éstos se hubiesen pronunciado al respecto.

El día 25 de mayo de 2012, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Palmira (V), en auto interlocutorio No. 0202, dispuso el inicio del trámite del incidente de desacato ordenando correr traslado, de conformidad con lo indicado en el artículo 137 del C. P. C., al doctor ALEJANDRO ARTURO MEJIA AGUDELO, Gerente del Seguro Social Seccional del Valle del Cauca, y al doctor CARLOS FERNANDO RODRIGUEZ ROJAS, en su calidad de Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Seguro Social, sin tener la prueba desde cuando tales personas desempeñaban esos cargos, lo cual es vital para saber si es a ellos a los que se debe sancionar, teniendo de presente lo dicho por la jurisprudencia antes citada.

El día 28 de junio de 2012, el Juez Quinto Civil del Circuito de Palmira (V), en auto interlocutorio No. 0278, procedió a finiquitar el incidente, sin haber decretado prueba alguna.

En la decisión del incidente determino sancionar al Dr., ALEJANDRO ARTURO MEJIA AGUDELO, en su calidad de actual Gerente del Seguro Social Seccional del Valle, y al doctor CARLOS FERNANDO RODRIGUEZ ROJAS, como actual Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Seguro Social Seccional del Valle del Cauca, con arresto de setenta y dos (72) horas de arresto y multa por el valor equivalente en pesos a cinco (05) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por haber incurrido en incumplimiento de la Sentencia No. 014 del 24 de febrero de 2012, dictada dentro de la Acción de Tutela promovida por MARIA DEL CARMEN CALDERON ATEHORTUA.

De acuerdo con lo anterior se tiene que:

La sentencia de tutela obliga al Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Seguro Social seccional del Valle, para el 24 de febrero del 2012, más no al Gerente de dicha institución.

No se decretaron pruebas en el incidente de desacato, lo cual es necesario ya que una cosa es que no haya pruebas que practicar y otra muy distinta que no se necesita decretar cuales son las pruebas que el Juez considera pertinentes y conducentes para tomar la decisión; esta actuación genera un violación al trámite de que trata el artículo 137 del C. P. C.

No se cuenta con la prueba de quien era el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional del Valle del Cauca (V), tanto a la fecha de proferirse la sentencia como al momento de efectuarse el requerimiento para el cumplimiento de tal fallo.

Igualmente, no se cuenta con la prueba de quien era el Gerente del Instituto de Seguro Social, Seccional del Valle del Cauca (V), tanto a la fecha de proferirse la sentencia como al momento de efectuarse el requerimiento para el cumplimiento de tal fallo.

El individualizar las personas a vincular en el incidente de desacato es fundamental y primordial ya que se está frente a una posible sanción que involucra la privación de un derecho ius fundamental como lo es el de la libertad, situación que hace imperativo el determinar si la persona a sancionar es la misma a la que se le notificó la orden dada en la sentencia de tutela y a la que se requirió, conforme al artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, para que informara sobre el cumplimiento del fallo.

De acuerdo con el art. 145 del CPC, las nulidades solo pueden decretarse de forma oficiosa en cualquier estado del proceso, antes de dictar el fallo correspondiente, situación que es además fortalecida con lo indicado en el artículo 25 de la Ley 1285 de 2009 cuando hace obligatorio el control de legalidad de las actuaciones judiciales en los diferentes asuntos que se tramiten ante los diferentes jueces.

Así las cosas, es claro que se incurrió en unas irregularidades procesales

insaneables, razón por la que se debe proceder a decretar, de forma oficiosa, la nulidad de lo actuado a partir de la notificación del auto de junio 28 de 2012, inclusive, siendo ilegal la actuación subsiguiente.

Auto 2012-00022-01 (consulta desacato) del 01 de agosto de 2012, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: declara la nulidad a partir del auto que culmina el desacato.

EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES EMANADAS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL – Su conocimiento incumbe a la jurisdicción del trabajo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 712 de 2001, artículo 2, numerales cuarto y quinto; Ley 715 de 2001, artículo 44; Decreto 415 de 2011, artículo 3.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión 25425 del 25 de noviembre de 2006, con ponencia de Carlos Isaac Náder.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El *thema decidendum*, en este evento consiste en determinar ¿a quien corresponde la competencia para conocer de un proceso ejecutivo singular donde actúan como partes entidades encargadas del funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social?

El argumento central de esta tesis se soporta en las siguientes premisas:

Como sostén normativo de la tesis expuesta por el Juzgado, se cuenta con lo siguiente:

El Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, en su artículo 2 modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, señala “*La jurisdicción Ordinaria, en su especialidad laboral y de seguridad social conoce de:*

1.

....

4. *Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvertan.*

5. *La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad.*

.....”

El artículo 44 de la Ley 715 del 2001 señala “**COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS.** *Corresponde a los municipios dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de su jurisdicción, para lo cual*

cumplirán las siguientes funciones, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones:

44.1. De dirección del sector en el ámbito municipal:

44.1.1. Formular, ejecutar y evaluar planes, programas y proyectos en salud, en armonía con las políticas y disposiciones del orden nacional y departamental.

44.1.2. Gestionar el recaudo, flujo y ejecución de los recursos con destinación específica para salud del municipio, y administrar los recursos del Fondo Local de Salud.

44.1.3. Gestionar y supervisar el acceso a la prestación de los servicios de salud para la población de su jurisdicción.

44.1.4. Impulsar mecanismos para la adecuada participación social y el ejercicio pleno de los deberes y derechos de los ciudadanos en materia de salud y de seguridad social en salud.

44.1.5. Adoptar, administrar e implementar el sistema integral de información en salud, así como generar y reportar la información requerida por el Sistema.

44.1.6. Promover planes, programas, estrategias y proyectos en salud y seguridad social en salud para su inclusión en los planes y programas departamentales y nacionales.

44.2. De aseguramiento de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

44.2.1. Financiar y cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y ejecutar eficientemente los recursos destinados a tal fin.

.....”

El artículo 3 del Decreto 415 del 2011 indica “De acuerdo con las competencias establecidas en las Leyes 715 de 2001 y 1122 de 2007, son las entidades territoriales las responsables del adecuado y oportuno pago de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud. La información suministrada por el Ministerio de la Protección Social y/o el administrador fiduciario de los recursos del Fosyga en la guía para la liquidación de UPC-S, constituye un referente para el pago que debe ser liquidado por la entidad territorial de acuerdo con las normas vigentes.

Las entidades territoriales podrán contar con servicios técnicos para las etapas del proceso de pago establecidas en el artículo primero del presente decreto, a través de los operadores de información de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes - PILA.” (Negrillas fuera de contexto)

La ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD –EMSSANAR E. S. S.- es una empresa promotora de salud del régimen subsidiado, creada y regulada por los artículos 211 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificadas por la Ley 1122 de 2007.

El MUNICIPIO DE GUACARÍ (V) es una entidad territorial que, de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la Ley 715 de 2001, es la encargada de dirigir, coordinar y asegurar a la población al sistema General de Seguridad Social en Salud.

La ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD –EMSSANAR E. S. S.- pretende que el MUNICIPIO DE GUACARÍ (V) le cancele unos dineros generados en razón a las obligaciones del Régimen Subsidiado en Salud.

La acción ejecutiva para el cobro de las obligaciones antes indicadas fue instaurada por la ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD –EMSSANAR E. S. S.- ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga (V), quien la rechazó aduciendo falta de competencia y remitiéndola a los Juzgados Civiles del Circuito de esta localidad, correspondiendo su conocimiento al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buga quien, a su vez, se declaró incompetente para su adelantamiento.

De acuerdo con lo anterior se tiene que se trata de una ejecución de unas obligaciones generadas de la relación creada por el sistema de seguridad social integral que no se encuentra asignado a otra autoridad judicial distinta a la Jurisdicción Ordinaria, en su especialidad Laboral y de Seguridad Social y, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, y la sentencia de noviembre 25 de 2006 proferida por la H. Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, así se declarara por esta Sala, agregando que, en gracia de discusión, la disputa a dirimir entre la ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD –EMSSANAR E. S. S.- y el MUNICIPIO DE GUACARÍ (V) es relacionada con la materia concerniente a la Seguridad Social Integral y en ese punto no se tiene en cuenta la calidad de las partes, tal y como expresamente lo indicó la H. Corte Suprema de Justicia en la providencia antes citada.

Auto 2012-00057-00 (conflicto de competencia) con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: atribuye la competencia al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga

SALA LABORAL:

PENSIÓN DE INVALIDEZ – La eliminación del requisito de invalidez también se extiende a las situaciones acaecidas durante la vigencia de la Ley 860 de 2003 en su versión original.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 860 de 2003, artículo 1; Código Sustantivo del Trabajo, artículo 16.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias C-428 de 2009 y T-113 de 2010.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La Sala se limita a resolver el siguiente problema jurídico que se desprende del recurso: Determinar cuál es la norma que se debe aplicar para el estudio de la pensión de invalidez de origen común que solicita la señora María Fernanda Molina Guitiva, es decir, si se debe tener en cuenta el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 en su

versión original por estar vigente al momento de la estructuración de la invalidez, o por el contrario se debe excluir el requisito de fidelidad que exige esta norma en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

Huelga resaltar que no existió discusión sobre los siguientes puntos, o por lo menos no fueron objetos de apelación: (i) que la demandante presentó solicitud de pensión de invalidez de origen común; (ii) que el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Origen de Seguros de Vida Alfa S.A., le dictaminó a la demandante una pérdida de capacidad laboral del 68.75% de origen común y con fecha de estructuración del 12 de Junio de 2007; (iii) que Porvenir S.A. negó la pensión solicitada por la demandante, por cuanto ésta no cumple con el requisito de fidelidad al sistema exigido por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003; y (iv) que mediante fallo de tutela que obra a folios 9 a 14 se le reconoció la pensión de invalidez a la demandante, pero de forma transitoria.

Ahora bien, es preciso recordar que el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo establece que las normas laborales, por ser de orden público, producen efecto general e inmediato, por lo que no tiene efecto retroactivo, es decir, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores. De conformidad con lo anterior, la normatividad vigente a la fecha de estructuración de la invalidez es la que regula lo concerniente a la pensión de invalidez.

En efecto, en el caso que nos ocupa la fecha de estructuración es el 12 de junio de 2007, esto es, en vigencia la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100/93, por ende le es aplicable dicha normatividad en su versión original, la cual consagra:

ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. *<Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*

1. Invalidez causada por enfermedad: *Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.*

Y es que a pesar de que la Corte Constitucional en sentencia C-428 de 2009 declaró inexecutable el requisito de fidelidad por ser violatorio al principio de progresividad en materia de derechos pensionales, por cuanto imponía injustificadamente un requisito más gravoso para adquirir el derecho que el contemplado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993; fue con posterioridad a la estructuración de invalidez de la demandante.

Lo anterior adquiere relevancia, por cuanto el artículo 45 de la Ley 279 de 1996 contempla que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo

contrario, cosa que no sucedió en la sentencia C-428 de 2009, lo que significa que para las personas a quienes se le estructuren su invalidez con anterioridad a ésta sentencia, se le debe aplicar el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en su versión original.

No obstante, la Corte Constitucional en sentencia T-113 de febrero 16 de 2010, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo, ha preceptuado que la eliminación de fidelidad no sólo se aplica para aquellos casos en que la invalidez se haya estructurado con fecha posterior de la sentencia C-428 de 2009, sino durante la vigencia de la Ley 860 de 2003, en su versión original, porque la disposición declarada inexecutable, siempre fue contraria a la constitución y lo que se hizo en la sentencia de constitucionalidad fue declarar una situación que se venía presentando, es decir, que era inconstitucional. Aclara que si se aceptara que los efectos de la sentencia de constitucionalidad fueran hacia el futuro, a las situaciones contempladas con anterioridad a ella, se les debe aplicar la interpretación más garantista para los afectados, en el sentido de aplicar los requisitos que estuvieron conforme a la constitución, en virtud del principio *pro homine*.

Bajo estos parámetros, a la demandante sólo se le debe exigir los siguientes requisitos para el derecho que invoca, como es la pensión de invalidez de origen común: que sea declarada inválida y que haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Sobre el primer requisito, no hay dudas que se encuentra demostrado, pues tenemos que el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Origen de Seguros de Vida Alfa S.A. determinó que la demandante tiene una pérdida de capacidad laboral de origen común del 68.75%, con fecha de estructuración 12 de junio de 2007.

Y respecto a las 50 semanas exigidas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de invalidez, nos debemos remitir a la historia laboral vista a folio 74, que nos demuestra que entre el 26 de abril de 2006 –fecha de afiliación a Porvenir S.A.- y 12 de junio de 2007 –fecha de estructuración de la invalidez- cotizó 54.8 semanas al Sistema General de Pensiones, logrando así cumplir con el segundo requisito exigido por la Ley, por lo que se hace acreedora al derecho de pensión de invalidez de origen común, a partir del 12 de junio de 2007.

Las razones anteriores llevan a la Sala a seguir aplicando la sentencia de la Corte Constitucional ya citada, lo cual conlleva a confirmar la sentencia objeto apelación, por cuanto la *A quo*, se basó en la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar el requisito de fidelidad al sistema y reconocer así el derecho que se persiguió mediante este proceso por la demandante, no sin antes advertir que conforme al artículo 310 del ordenamiento procesal civil aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y S.S. se observa que en la parte resolutoria de la sentencia se incurrió en la omisión del primer apellido de la actora por lo que se procederá de oficio a la respectiva aclaración.

Sentencia 033 del 18 de julio de 2012, con ponencia del Dr. Marceliano Chávez Ávila.
Decisión: confirma la sentencia apelada.

RIESGOS PROFESIONALES – Al empleador no le basta solo con afiliar al trabajador, pues su obligación es afiliarlo de manera oportuna.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 1295 de 1994, artículo 4, literal k); Decreto 1406 de 1999.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión 20332 del 24 de julio de 2003, con ponencia del magistrado Germán Gonzalo Valdés Sánchez; Corte Constitucional, sentencia T-351 de 2006.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El problema jurídico a resolver por la Sala se centra en determinar: (i) la entidad responsable de la afiliación del demandante al Sistema de Seguridad Social, (ii) si hay prueba en el expediente sobre el momento en que fue afiliado el trabajador a la ARP, y (iii) cuál es la entidad que está llamada a responder por la indemnización por incapacidad permanente parcial que padece el señor ALBEIRO MEJÍA AGUDELO.

Está demostrado en el proceso los siguientes aspectos: (i) Que el señor ALBEIRO MEJÍA AGUDELO sufrió un accidente de trabajo el 5 de febrero del 2003, del cual se le diagnosticó pérdida visual completa del ojo derecho; (ii) que la Junta Regional de Invalidez del Valle del Cauca le diagnosticó al trabajador un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 35% (iii) que el accidente del demandante fue por causa o por ocasión del trabajo, aspectos que no fueron controvertidos por los entes traídos a juicio. En tanto que el Municipio convocado no pudo demostrar que la afiliación al demandante a la Aseguradora de Riesgos Profesionales hubiese sido oportuna, toda vez que la prueba aportada para el efecto es confusa y parcialmente ilegible.

Ahora bien, adentrándonos en el estudio del primer problema jurídico planteado tenemos que en virtud del Convenio Interadministrativo de Acompañamiento Técnico y Administrativo celebrado entre la Gobernación del Valle del Cauca y el Municipio de Tuluá con ocasión del proceso de descentralización de los establecimientos educativos del ente municipal, éste último se comprometió de manera voluntaria a *“realizar a partir del 1 de enero de 2003 la consignación de los aportes para pensión, salud, riesgos profesionales y cesantías de los funcionarios administrativos correspondientes al municipio de Tuluá”*

Así las cosas, si bien es cierto la firma del citado convenio no se produjo sino hasta el 28 de febrero de 2003 y el Acta de Entrega del Personal Directivo Docente, Docente y Administrativo cancelado con recursos del Sistema General de Participaciones del Departamento del Valle del Cauca al Municipio de Tuluá, sólo se suscribió hasta el 14 de julio de 2003, no es menos cierto que el municipio encartado al firmar el convenio arriba reseñado comprometió voluntariamente su

responsabilidad al aceptar las obligaciones por prestaciones sociales, entre las cuales se incluyen los riesgos profesionales.

Así las cosas, es tan notorio para esta Corporación que el ente territorial encartado, aún cuando para la época del accidente no se había celebrado el convenio ni se había diligenciado el acta de entrega citadas, era consiente de su obligación frente al demandante, pues fue quien lo afilió al Sistema de Seguridad Social en Riesgos Profesionales.

En cuanto al segundo problema jurídico planteado, se tiene que ha de entenderse que a diferencia del Sistema General de Pensiones, el de Riesgos Profesionales tiene por finalidad cubrir una contingencia que corresponde íntegramente al empleador y que surge desde el mismo momento en que se inicia la relación de trabajo, debido a que es él quien debe responder por el riesgo creado con su actividad empresarial y por ser quien obtiene el provecho de la labor que desarrolla el trabajador, con el que procura el éxito de la empresa.

En conclusión, una cosa es la responsabilidad de las ARP y el momento en que para ellas se inicia la cobertura del sistema de Riesgos Profesionales, que según lo dispuesto en el literal k) del artículo 4º del Decreto 1295 de 1994 empieza el día calendario siguiente al de la afiliación, y otra muy distinta la responsabilidad del empleador, quien debe asumir el riesgo y el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, se reitera, desde el preciso instante en que se inicia la relación laboral.

Así las cosas, en atención al principio procesal que consagra que es a las partes a quienes les corresponde probar el supuesto de hecho que consagra el efecto jurídico requerido, resulta claro para esta Sala que es el ente territorial municipal demandado, en su calidad de empleador, a quien le corresponde demostrar la afiliación del señor ALBEIRO MEJÍA AGUDELO al Sistema de Seguridad Social en Riesgos Profesionales, hecho que no quedó debidamente demostrado dentro del legajo expedienta, pues como se dejó sentado anteriormente las pruebas aportadas para el efecto son confusas y parcialmente ilegibles, por lo que no tienen la virtualidad de determinar que la fecha de afiliación a la A.R.P haya sido oportuna, toda vez que el momento en que fue recibido el formulario de ingreso no es claro.

Bajo este entendido tenemos que la tesis mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, frente al tema de la afiliación al trabajador y la mora en el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en riesgos profesionales que le corresponden al empleador, está contenida en la sentencia del 24 de julio de 2.003, expediente número 20.332, Magistrado ponente Germán Valdés Sánchez, la que fuere ratificada en las proferidas posteriormente sobre la materia. En dicho fallo la Corte expresó:

“(...) Ciertamente, para que el empleador quede legalmente subrogado por la Administradora de Riesgos Profesionales en la atención de las prestaciones económicas ocasionadas por un accidente de trabajo de sus empleados, es necesario que aquél (...) afilie a éstos a una de dichas entidades y efectúe cumplidamente las cotizaciones definidas en la Ley (...), pues, de no proceder así,

queda a cargo del empleador la responsabilidad del cubrimiento de los riesgos profesionales. (...)”(subraya y negrilla fuera del texto)

Para la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia cuando un empleador se encuentra en estado de mora, bien en la afiliación ora en el pago de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en riesgos profesionales, no traslada a un tercero, que en este caso sería la Administradora de Riesgos Profesionales (A.R.P.), la asunción de las secuelas que se deriven de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional. El empleador no queda subrogado de su responsabilidad, la cual sigue radicada bajo su órbita de competencia, por lo tanto, es a él a quien le corresponderá asumir la respectiva prestación que, de haber cumplido su obligación de afiliar al demandado al referido sistema en riesgos profesionales, le habría correspondido, por sustitución, a la A.R.P.

Los anteriores planteamientos, aplicables al caso que ahora se estudia, permiten concluir que no sólo basta con que el empleador afilie al trabajador a la Aseguradora de Riesgos Profesionales, sino que tal afiliación debe ser oportuna, pues el hecho que lo afilie el mismo día del infortunio no subroga legalmente su obligación respecto de la atención de las prestaciones económicas ocasionadas por un accidente de trabajo de sus empleados.

Siguiendo la anterior línea de pensamiento tenemos que, como ya se anotó delantamente, en virtud de lo normado por el decreto ley 1295 de 1994, literal k) del artículo 4° y el Decreto 1406 de 1999 que disponen que la afiliación de los trabajadores al Sistema de Seguridad Social en Riesgos Profesionales, tal afiliación se entiende efectuada al día siguiente a aquel en el que el formulario ha sido recibido por la entidad administradora respectiva, por tal razón el trabajador al momento del accidente, 5 de febrero de 2003, ni siquiera se encontraba amparado por la cobertura ofrecida por la A.R.P., toda vez que, según ésta, el formulario no fue recibido por sino hasta ese día, por lo cual se entiende que la protección ofrecida por ésta entidad sólo inició su vigencia hasta el 6 de febrero de 2003.

Entonces hasta aquí, resulta evidente que con base en las pruebas aportadas al proceso, el Municipio demandado es el llamado a responder por la contingencia demandada, por cuanto, como se anticipó, no logró demostrar que tenía afiliado al trabajador Álvaro Mejía Agudelo a una aseguradora de riesgos profesionales el día del accidente.

Por esta razón es el Municipio de Tulúa, Valle, quien debe pagar la indemnización de origen profesional, por la incapacidad permanente parcial que padece el señor ALBEIRO MEJIA AGUDELO, razón por la cual se impone modificar el fallo de primera instancia para condenar al Municipio de Tulúa -Valle demandado a pagar dicha indemnización conforme la cuantificó el a quo, absolviendo en consecuencia a la Aseguradora de Vida Colseguros SA.

Sentencia 034 del 18 de julio de 2012, con ponencia del Dr. Marceliano Chávez Ávila. Decisión: modifica la sentencia apelada.

LABORES DE VIGILANCIA Y ASEO – No van encaminadas a la construcción o sostenimiento de obras públicas.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 3135 de 1968, artículo 5.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisiones 21608 del 19 de mayo de 2004, ponencia del magistrado Carlos Isaac Náder y 23388 del 02 de septiembre de 2004, ponencia del magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El problema jurídico a dilucidar por esta colegiatura corresponde a determinar inicialmente si el demandante prestó sus servicios personales bajo la subordinación del ente territorial demandado, en caso afirmativo, se establecerá la naturaleza de las funciones desempeñadas por aquel y si las mismas son propias de un trabajador oficial.

En este orden la Sala advierte que con las testimoniales recaudadas se pudo establecer que el demandante prestó sus servicios para el Municipio de Palmira, en las instalaciones de la Galería de la Plaza de Mercado a cargo del ente municipal entre otras, cumpliendo con un horario de trabajo y bajo la subordinación de las personas encargadas por la administración municipal para ello, pues los deponentes son consistentes en afirmarlo de esta manera.

Ahora, en lo que respecta a las funciones desempeñadas por el pretensor de las declaraciones rendidas, así como de la documental allegada, se desprende que éste fundamentalmente fungía como vigilante, empero ocasionalmente también le correspondían oficios varios como barrer, recoger basuras y sacar los desechos. Valga la pena aclarar que el señor Alexander Peña Silva informa que el demandante debía *pintar las galerías, pintar el despacho del jefe*, funciones que no habrán de tenerse en cuenta por ser ésta la única declaración que habla de ello y además porque según su dicho lo hacía de manera esporádica.

Bajo estos parámetros, el extremo activo logró demostrar haber prestado sus servicios personales bajo la subordinación y dependencia del municipio de Palmira, Valle, pese a ello, las funciones que desarrolló no corresponden a las de un trabajador oficial, siendo en consecuencia propias de un empleado público, como pasaremos a ver.

El artículo 286 constitucional indica que los municipios son entidades públicas del orden territorial, cuyos empleados son por regla general trabajadores públicos, siendo excepcionalmente trabajadores oficiales, habida cuenta de que en atención al artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, sólo aquellos cargos relacionados con la construcción y sostenimiento de obras públicas, podrán ser ejercidos por éste tipo de personal.

Entonces, por regla general quienes prestan sus servicios en función del Municipio de Palmira, Valle, son empleados públicos, a menos que se desempeñen en la construcción y sostenimiento de obras públicas.

De suerte que la función principal de vigilancia, y las ocasionales de aseo, realizadas por el actor en las instalaciones de la Galería de la Plaza de Mercado del municipio de Palmira, no están directamente relacionadas con la construcción, conservación o sostenimiento de una obra pública, por lo tanto en virtud de la regla general contenida en el evocado artículo 5º, las mismas son las de un empleado público.

Esto es, las funciones de celaduría y aseo no van encaminadas a la construcción o el sostenimiento de obras públicas, y así lo ha explicado nuestro máximo órgano de cierre en lo laboral...

En consecuencia el demandante incumplió con su deber probatorio de demostrar que sus funciones estaban relacionadas con la construcción y sostenimiento de obras públicas. Lo anterior adquiere relevancia con lo dicho por la consultada corporación respecto al deber que tiene el trabajador, cuando su demanda va dirigida contra ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos...

Siguiendo la anterior línea de pensamiento, se concluye que como quiera que el actor no lograra demostrar haber acreditado la calidad de trabajador oficial en el ente municipal demandado, la sentencia recurrida habrá de ser confirmada.

Sentencia 039 del 25 de julio de 2012, con ponencia del Dr. Marceliano Chávez Ávila.
Decisión: confirma la sentencia apelada.

JUEZ DEL TRABAJO – No puede considerar los argumentos de la contestación de la demanda cuando esta ha sido presentada en forma extemporánea/SERVIDORES MUNICIPALES – Son, por regla general, empleados públicos/CONTRATO DE TRABAJO - Es requisito indispensable que el trabajador demuestre la prestación personal del servicio.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 3135 de 1968, artículo 5; Decreto 1333 de 1986, artículo 292 y Decreto 2127 de 1945, artículo 20.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral decisiones del 25 de julio de 1972, 19960 del 19 de marzo de 2004, con ponencia de la magistrada Isaura Vargas Díaz y 40932 del 01 de marzo de 2011, con ponencia del magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De esta forma, los problemas jurídicos a resolver son los siguientes: i) Si al haberse tenido por contestada en forma extemporánea la demanda por parte del ente demandado, el a quo podía considerar los argumentos defensivos para sustentar su fallo; ii) Si el demandante desvirtuó la presunción legal que determina a todos los servidores municipales como empleados públicos; iii) Si el demandante una vez

desvirtuada la presunción de ser empleado público, demostró efectivamente la prestación personal del servicio que ameritara la aplicación de la presunción de contrato de trabajo que rige toda relación laboral y su consecuente calidad de trabajador oficial, iv) Si resulta avante la presunción aludida, la Sala deberá determinar si el municipio de San Juan Bautista de Guacará (Valle) logró desvirtuarla, y v) Si se concluye que entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo, la Sala deberá estudiar las pretensiones presentadas por el actor con el escrito introductorio.

Para resolver el primer problema jurídico planteado “i) Si al haberse tenido por contestada en forma extemporánea la demanda por parte del ente demandado, el a quo podía considerar los argumentos defensivos para sustentar su fallo” : Se debe tener en cuenta la misma génesis procesal, y en esto le asiste razón al apelante, pues claramente se observa a folio 87-vuelto- que se dio por contestada en forma extemporánea la demanda mediante decisión de septiembre 22 de 2009, situación que junto con el auto de noviembre 4 de 2009 que no repone el anterior y concede la alzada, para luego declarar desierto el recurso mediante proveído de enero 14 de 2010; y finalmente en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio efectuada el 15 de marzo de 2010, en la cual no se tuvo en cuenta la contestación de la demanda por haberse decretado su extemporaneidad y en tal virtud no se decreto ninguna prueba a favor de la entidad pasiva del proceso.

Lo anterior evidencia con claridad meridiana que al operador judicial le era vedado tener como pruebas o argumentos a favor del ente demandado los de la contestación de la demanda, pues los mismos carecían de valor probatorio para las partes, a no ser que de oficio el mismo operador hubiese decretado mediante su poder oficioso las pruebas aportadas en la contestación de la demanda o cualquiera otra que hubiese considerado importante para resolver el litigio traído a su conocimiento. Por tanto se equivoco el a quo al considerar los argumentos de la contestación de demanda y estudiar la existencia de supuestos contratos de prestación de servicios de los cuales no existe -probatoriamente hablando- dentro del proceso referencia que pueda tenerse en cuenta para proferir decisión de fondo.

En cuanto al segundo problema jurídico “ii) Si el demandante desvirtuó la presunción legal que determina a todos los servidores municipales como empleados públicos” : Correspondía, entonces al actor una vez aseverar que su condición era la de un trabajador oficial, con lo cual esta jurisdicción laboral adquiere la competencia, desvirtuar la presunción legal que determina que todos los servidores municipales ostentan la calidad de empleados públicos, lo cual correspondía única y exclusivamente al actor, pues claramente la ley así lo ha dispuesto especialmente en DL:3135 de 1968 artículo 5º. Que prescribe: *“Empleado públicos y trabajadores oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisaran que actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.”*

De igual manera a nivel municipal el DL 1333 de 1986 en su artículo 292 dice: *“ Los servidores municipales son empujados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta municipal con participación estatal mayoritaria son trabajadores oficiales. Sin embargo los estatutos de dichas empresas precisarán que actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.”*

Para poder desvirtuar esta presunción que establece la Ley, el excepcionante, como en el caso presente, debió demostrar que se encontraba en uno de los casos que le ameritaran la condición de trabajador oficial, es decir que se dedicaba a la construcción y sostenimiento de obras públicas, o en su defecto que prestaba sus servicios a una empresa industrial y comercial del Estado, situación que en ningún momento se demostró probatoriamente por la parte actora, sobre el particular la Sala de Casación Laboral, en Sentencia de julio 25 de 1972 determino: *“ Esta, ha de darse: O con la demostración de que el que invoca en su favor la situación excepcional se encuentra en alguno de los casos que para tener la calidad de trabajador oficial precisan los estatutos del respectivo establecimiento público o con las probanzas de que era trabajador de la construcción o sostenimiento de obras públicas, pues la norma en este punto se refiere a la actividad desempeñada y no a los fines de la entidad o dependencia en que se labora.”*

Las pruebas que merecen atención de la Sala para su valoración las encontramos anexas a la demanda, y las mismas no desvirtúan la presunción legal de que el actor por ser servidor municipal tendría la condición de empleado público a saber: La certificación del secretario de obras públicas expedida el 6 de mayo de 2008 refiere que el actor se desempeña como operador de motoniveladora en el municipio de Guacari-Valle desde el 1 de enero de 2004 hasta esa fecha, pero en nada refiere sus funciones como que sean dedicadas a la construcción o mantenimiento de obras públicas, un horario etc, que determine la condición de trabajador oficial; el carné que aparece autorizado por el alcalde y con vigencia a diciembre de 2005 describe igualmente el cargo de OPS Motorista, entendiéndose como orden de prestación de servicios, que tampoco describe que funciones desempeña; el poder y la petición que le hiciera al municipio mediante apoderada no hace referencia a funciones de construcción o mantenimiento de obras públicas como tampoco a sumas correspondientes a pagos o salarios que le adeudara el ente municipal; la respuesta a dicha petición por el municipio tampoco refiere a las actividades que desarrollara el actor, simplemente le manifiestan que allegue documentos para proceder a la liquidación de los servicios prestados; el requerimiento que es también cumplido por el actor al allegar por medio de su apoderada los documentos exigidos, sin discutir en ningún momento que la calidad del actor fuese de trabajador oficial; el trámite ante la Procuraduría General de la Nación, no refiere en ningún momento a la condición de trabajador oficial, por el contrario al acudir a tal medio conciliatorio está aceptando tácitamente la condición de empleado público, pues dicho trámite no es aplicable a quienes tienen la condición de trabajadores oficiales, para cuyo caso se debe acudir a la conciliación ante el Ministerio del Trabajo. Por tanto resuelto el problema jurídico planteado, se tiene que el actor no desvirtuó la presunción legal que determina la calidad de empleado público que tiene todo servidor municipal, y por tanto no allegó ningún medio probatorio idóneo que demostrara la calidad de trabajador oficial para que

podiera acceder a la jurisdicción laboral, a dirimir su conflicto con el municipio citado.

Respecto al tercer problema jurídico “iii) Si el demandante una vez desvirtuada la presunción de ser empleado público, demostró efectivamente la prestación personal del servicio que ameritara la aplicación de la presunción de contrato de trabajo que rige toda relación laboral y su consecuente calidad de trabajador oficial” : Como ya se relaciono al resolver el problema jurídico anterior, el actor no desvirtuó la presunción que lo cobijaba como empleado publico al haber prestado sus servicios a un ente municipal, y por tanto tampoco demostró en el proceso la prestación personal del servicio que hubiese tenido la contundencia para hacer efectiva la presunción consagrada en el artículo 20 del decreto 2127 de 1945, como es que quien comparezca ante la jurisdicción ordinaria laboral con el fin de obtener la declaración de derechos con fundamento en la existencia de un contrato de trabajo le basta con demostrar que prestó personalmente sus servicios a favor del empleador que demanda para que se tenga por trabajador dependiente y subordinado de aquél.

Es decir, que el legislador no impuso al trabajador la obligación de demostrar todos los elementos que configuran el contrato, pues, le basta a la parte demandante demostrar la prestación personal del servicio para presumir con ella la existencia del contrato de trabajo, correspondiéndole al extremo demandado que niega la existencia de éste, en virtud del *onus probandi* o carga de la prueba, desvirtuar la mencionada presunción, como quiera que es simplemente legal. Pero para tal evento es requisito indispensable que el trabajador demuestre la prestación personal del servicio, y esto lo debe hacer mediante los medios probatorios idóneos debidamente solicitados, allegados, decretados y practicados dentro del litigio mediante los ritos propios de cada medio de prueba. Al carecerse de tal demostración no puede tener cabida alguna la presunción legal de la existencia del contrato de trabajo, como ocurrió en este caso, y en esos términos la Sala no asumirá el estudio de los restantes problemas jurídicos planteados.

Bajo esta órbita, el demandante no desvirtuó la presunción legal que califica a los servidores municipales como empleados públicos, y además no aportó ningún medio probatorio que permitiera a esta Colegiatura determinar que el actor hubiera prestado sus servicios en forma personal al municipio de San Juan Bautista de Guacari en labores de construcción o sostenimiento de obras públicas.

Lo afirmado en líneas precedentes, nos permite llegar a la misma conclusión a la que llegó el A quo para negar la existencia del contrato de trabajo, confirmándose la providencia, pero por las razones aquí expuestas.

Sentencia 041 del 25 de julio de 2012, con ponencia del Dr. Marceliano Chávez Ávila. Decisión: confirma la sentencia apelada.

SALA PENAL:

CAMBIO DE JUEZ DURANTE EL JUICIO ORAL – No siempre genera la nulidad de la actuación/CAMBIO DEL JUEZ DURANTE EL JUICIO ORAL FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN. – El nuevo juez no puede

fundar la sentencia condenatoria en una prueba cuya percepción no estuvo a su alcance.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 454.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 27192 del 30 de enero de 2008 y 33989 del 20 de enero de 2010; Tribunal Superior de Buga, Sala Penal, decisiones AC-409 y AC-418 de 2011, ambas con ponencia de la magistrada Martha Liliana Bertín Gallego.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(,..) El cambio del juez durante el juicio oral generalmente obliga a repetir la etapa en la cual se practicó la prueba en cuya producción no intermedió el nuevo funcionario judicial, salvo en especiales circunstancias donde la trascendencia del fenómeno contrario –anómalo e indeseable por demás- no alcanza a violentar la estructura del proceso o los derechos de los sujetos procesales.

(...)Descendiendo al asunto que hoy nos ocupa, nos encontramos con lo siguiente: Las pruebas a cargo del ente acusador fueron practicadas por la doctora Gloria Aminta Escobar Cruz los días 24 de febrero y 8 de abril de 2011. Se reanudó bajo la dirección de otra funcionaria judicial, la doctora Alba Nelly Rengifo Parra, el 23 de junio de ese mismo año, sesión durante la cual se practicó la única prueba de la Defensa; las Partes alegaron de conclusión y se anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio.

En efecto, la sentencia proferida por la A-quo tiene asidero en la credibilidad que le otorga a la prueba presentada por la delegada de la Fiscalía, se refirió concretamente al testimonio de la víctima, la señora Martha Isabel Calero avalada por los agentes Rubén Cruz Ordóñez y Jorge Iván Zapata. Igualmente consideró el testimonio del médico legista, doctor Julio César Arroyave Aguirre, aunque para nada se refirió al primero que asistiera a la víctima, al doctor José Adán Guarnizo, adscrito al hospital de Ginebra, prueba en la cual hace énfasis la recurrente en la sustentación de la alzada.

Así las cosas, está visto que la prueba direccionada y percibida directamente por la primera funcionaria aquí mencionada, fue estimada por la segunda Juez como idónea y suficiente para contradecir los descargos del acusado y así llegar a la conclusión de la existencia del hecho y de su responsabilidad penal. En otras palabras, quien tuvo a cargo los actos procesales que finiquitaron el proceso penal en una primera instancia, esta vez con la modalidad de condena en contra del procesado, no percibió el “comportamiento en la silla” de los testigos de cargo ni tuvo oportunidad de hacerles preguntas complementarias, de tal forma que incurrió en un total dislate de procedimiento que redundó en la garantía de la inmediación con las pruebas que van a sustentar un fallo de condena, al continuar el juicio oral con la prueba de la defensa, sin más, cuando para esa fecha ya era bien conocido el

precedente de la Corte Suprema de Justicia en esta materia, del cual si iba a separarse debió hacerlo motivadamente pero ningún análisis hubo al respecto.

Debe llamarse también la atención a quien funge como delegado de la Fiscalía y al representante de la sociedad, el delegado del Ministerio Público quienes guardaron total silencio cuando a ellos igualmente les corresponde estar prestos cuando hay cambio de jueces en el transcurso de un juicio, a fin de advertir los posibles yerros y propiciar que se subsane a tiempo la actuación procesal y se garanticen estos principios básicos del sistema acusatorio.

Como actualmente la titular del Juzgado Primero Penal del Circuito es la misma funcionaria que otrora practicara en este juicio la prueba decretada a la Fiscalía, la nulidad procede únicamente respecto de la práctica de la prueba practicada a instancias de la Defensa Técnica del procesado, toda vez que no resulta una regla determinante que el lapso en que la Juez, doctora ESCOBAR CRUZ, no tuvo a su cargo el juicio hubiese incidido en la memoria de lo sucedido en la audiencia, pues bien puede ocurrir que ese efecto no haya acontecido, y entonces lo ocurrido en la audiencia no le resulte extraño y lo percibido otrora no le sea esquivo a la remembranza.

Igualmente, la realidad de la práctica procesal en nuestro medio afectada por la congestión judicial y la falta de funcionarios suficientes para atender el cúmulo de casos, no hace posible el cumplimiento estricto del principio de concentración, sin que la solución viable y razonable tenga que ser la de repetir las actuaciones para que ese postulado tenga cabal cumplimiento.

Dicha funcionaria, tampoco queda excluida de su conocimiento, porque no emitió juicio alguno sobre la responsabilidad penal del acusado; por lo tanto la garantía de la imparcialidad se mantiene bajo su nueva dirección.

En consecuencia, se anulará este proceso a partir de las pruebas practicadas por la Defensa, dejando vigentes las pruebas practicadas a la Fiscalía, de conformidad a lo consagrado en el artículo 457 de la ley 906 de 2004 por violación al debido proceso en aspectos sustanciales.

Sentencia de segunda instancia (AC-120-12) de julio de 2012, con ponencia de los magistrados Martha Liliana Bertín Gallego y Jaime Humberto Moreno Acero.
Decisión: anula el juicio oral a partir de las pruebas practicadas por la defensa.

LEGÍTIMA DEFENSA Y MIEDO INSUPERABLE – Diferencias/LEGÍTIMA DEFENSA – La necesidad de la defensa no exige que la víctima de una agresión injusta deba emprender la fuga/LEGÍTIMA DEFENSA - La proporcionalidad entre ataque y defensa no exige la compensación matemática entre los medios empleados/LEGÍTIMA DEFENSA – Quien es víctima de una agresión, carece, salvo una presencia de ánimo que no puede exigirse, de la suficiente tranquilidad como para valorar con rigor de equilibrio el efecto de su repulsa.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículos 365 y 32, numerales sexto y noveno.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)La misma prueba aportada por la Fiscalía, dio cuenta entonces de la injusticia de la agresión ejecutada por la víctima, el padre del acusado.

Empero, para el delegado del ente acusador, no existió “necesidad de defensa” de parte del procesado cuando reaccionó contra su padre, ni tampoco “animus deffendendi” porque califica ese episodio como una “riña”, de la cual bien es sabido ambos contendores actúan con el ánimo de hacerse daño, aspecto que imposibilita el reconocimiento de la justificante.

Veamos si tal aserto, lo demostró a lo largo del juicio oral:

La necesidad de defensa, surge precisamente de la injusticia de esa agresión que en el caso examinado no se discute. La Fiscalía en la sustentación del recurso hace caso omiso del antecedente que denota dicha calificación del inicial ataque de la víctima como es que su reacción surgió de la intervención legítima de su descendiente al presenciar el mal trato hacia un ser desvalido, como es una fémina de 85 años con quien igualmente está unido por un lazo de consanguinidad. Proviene dicha necesidad del hecho cierto de la agresión que en este caso se actualizó contra la humanidad del procesado.

Sin embargo, la niega el ente acusador, bajo el argumento de hallarse en la posibilidad de correr, pues siendo más joven y en consecuencia más ágil que su progenitor, ese vínculo de parentesco, lo obligaba a huir de la escena y contó con esa opción pero no lo hizo.

Desde antaño, la dogmática penal, a través de sus distintos exponentes ha pregonado que la fuga, no es una demanda legal frente a una agresión injusta.

Dice Luis Carlos Pérez, tratadista en la materia:

“Aunque Hegel anotó igualmente que “lo *necesario* no puede ser de otro modo”, como lo que se sitúa en el clásico fatalismo, también agregó que la necesidad “tiene su causa en las cosas mismas, en los procesos mismos”, con lo que dejó entrever un criterio relativo de interpretación. De acuerdo con esta segunda parte, la situación necesaria en la legítima defensa tendría esa naturaleza y ese título porque se vincula a un proceso, a un comportamiento ajeno, de donde surge el otro comportamiento como respuesta.

(...)

Para el derecho represor en este punto concreto, la necesidad es un peligro que va a actualizarse de inmediato, evitable por medios distintos del contraataque, con la fuga, por ejemplo. Pero la ley no obliga a correr, ni siquiera insinúa esta solución. Si hay enfrentamiento al agresor, la necesidad deja de ser una presión insuperable, se racionaliza en cuanto es comprendida por el agredido. De allí el que se estime como jurídica, más aún, el que se aplauda la respuesta, pues quien reacciona se pone de acuerdo con el ordenamiento social fundado en el respeto de los derechos y atributos humanos. La

necesidad es por lo expuesto, un conflicto relativo cuyo manejo queda en poder del que la soporta.”

En consecuencia, desde los requisitos de la justificante, se descarta la huida para desestimar como lo hace el Censor, la necesidad de la defensa por parte de FERNEY DUVAN ARIAS OLAYA.

De igual manera, es desacertado el planteamiento de la riña, porque la actitud del procesado nunca fue la de aceptar el enfrentamiento físico, en aras de lidiar un combate con su progenitor. Tal subjetividad en el actor del delito, consistente en la voluntad de propiciar un mutuo daño, no se evidencia de las pruebas aportadas por la Fiscalía, pues todos los testigos que llevó al estrado dan fe de su acción de dar marcha atrás frente al ataque de su padre, implorándole que no le fuera hacer daño, al punto que así salieron de la casa y según el acusado iba rumbo arrinconarlo contra el cerco de la propiedad, tiempo en el que su sobrino le puso a su alcance el arma de fuego. Si la Fiscalía iba a estructurar la riña dentro de su teoría del caso, debió hacerlo a través de las pruebas aportadas y estas denotan todo lo contrario.

El ataque injusto surgió del progenitor quien de un reclamo pasó del insulto a la agresión física, sólo por el temperamento irascible que absolutamente todos los deponentes de cargo le asignan, mientras que su propia compañera, por el contrario, describe al implicado como un ser muy calmado. No lo provocó el acusado bajo el conocimiento del temperamento de su padre, pues aseverarlo sería desconocer la circunstancia cierta del maltrato hacia la abuela, estadio que dio lugar a que legítimamente le reclamara a fin de conseguir se detuviera en el mismo; distinto sería que lo hubiera propiciado por un reclamo baladí pero ante la seguridad de la reacción violenta de su padre para simular una defensa justa. Nada de esto, contrario a la composición de la justificante, se demostró por la Fiscalía.

Está claro que la defensa propugnaba por su derecho a la vida, porque tal como lo señalan las hermanas del acusado y su sobrino unidos a la misma percepción del enjuiciado, su padre tenía la fuerza y la decisión de matarlo. Es aquí, en esa seguridad de ver en riesgo este interés jurídico donde toma importancia la violencia intrafamiliar de las que los mismos testigos llevados por el recurrente hacen referencia y que ahora él subestima al asegurar que tal antecedente no tiene importancia en este estudio, porque la relación familiar actual “no obstante los conflictos normales”, era buena. Este aspecto subjetivo también cuenta para evaluar la proporcionalidad en el asunto concreto.

“El juez deberá colocarse así, en el momento psicológico por que atraviesa el sujeto activo de la defensa; es el hombre que ve peligrar su vida (supuesto que sea contra ésta el ataque), y que tiene que proceder con urgencia a defenderla o corre el riesgo de perecer.

Es natural que el hombre normal -que pasa en ese instante por una situación anormal- no tenga la lucidez mental suficiente, ni la presencia de espíritu necesaria como para valorar objetivamente la exacta, la precisa proporcionalidad del medio que emplea para su defensa. El temor -presupuesto en estas circunstancias- suele magnificar el peligro y también puede magnificar el poder ofensivo del medio empleado por su agresor; de ahí que el instrumento utilizado para la defensa, aunque sea

objetivamente desproporcionado, pueda ser en estas situaciones, admitido como racionalmente necesario. Es que la “racionalidad” de que habla la ley, debe aplicarse a la que pudo concebir una mente ofuscada, en un momento psicológico especial; y no, por cierto, la que pueda admitir un extraño al suceso, o el mismo agredido una vez pasado el ataque.

El estado subjetivo, íntimo del atacado, es pues, un elemento indispensable para dictaminar sobre si ha existido proporcionalidad en la defensa, o, como dice la ley, si ha habido “necesidad racional” para defenderse como lo ha hecho el agredido. Pero fuera de esa circunstancia, otras también han de tenerse en cuenta: el lugar del hecho, el momento en que éste se produce; las características del agresor; su conducta anterior, etc, todos estos factores con velocidad vertiginosa, se harán presentes en el ánimo del agredido; y en la composición de lugar que éste se forme, tendrán una importancia decisiva.”

Conforme con lo anterior, para hallar la proporcionalidad entre ataque y defensa, no se exige una compensación matemática entre los medios empleados; para el caso propuesto entre el arma corto contundente con el que llevó a cabo la injusta agresión el occiso, el cual fue encontrado al lado de su cuerpo, observado por la investigadora de la Fiscalía pero que inexplicablemente no recolectó ni pudo dar cuenta de su destino pese haberlo hallado dentro del acordonamiento realizado al sitio de los hechos.

Respecto de la intensidad de la repulsa por parte del atacado, podría decirse que existió un “exceso en la justificante” por el número de impactos que obran en el cuerpo de la víctima, en un total de cuatro: (i) en la región malar derecha, con tatuaje, disperso de pólvora a 4.5 centímetros, sin ahumamiento; (ii) en la región mamaria superior lateral izquierda del tórax, sin tatuaje ni ahumamiento; (iii) en la región supramamaria derecha, sin tatuaje ni ahumamiento; y (iv) en el tercio medio anterior del brazo izquierdo sin tatuaje ni ahumamiento.

La Fiscalía tampoco comprobó la clase de arma usada por el vinculado, refiriéndose a una “pistola” y a su funcionamiento cuando la verdad es que la investigadora judicial recolectó varias vainillas en la escena del crimen, manifestando en su declaración que no recordaba a qué clase de arma pertenecían, como una muestra de la falta de preparación del testigo por parte del delegado de la Fiscalía, quien a estas alturas del sistema acusatorio debiera saber que al juicio no se va a improvisar y cada Parte debe conocer exactamente que van a responder los testigos, en su declaración. No se trata de la acción delictiva de determinar falsos testimonios como usualmente se puede concebir ese término “preparación de testigos”, nó; en el sistema adversarial, tanto la Fiscalía como la Defensa deben ensayar el interrogatorio directo e incluso están legitimados advertir en ese ejercicio las debilidades que puede destacar la contraparte en el contrainterrogatorio.

Por eso, es inadmisibile que la Fiscalía lleve a una investigadora judicial a declarar en el juicio oral para que señale que “no recuerda” a qué clase de arma de fuego pertenecían las vainillas, así como también vio el arma al lado del cuerpo del

occiso, la cual no recolectó ni pudo dar cuenta de lo sucedido con ella. Tampoco se sometieron las vainillas al experticio técnico y menos se llevó a un perito en esta materia para probar este elemento.

Pero como el acusado menciona que fue una pistola, la que le arrojara su sobrino al ver el ataque actual de que era objeto por parte de su padre; esto antes de perjudicarlo como pretende el Censor lo favorece porque dado el estado de ánimo de quien se defiende pues tal como se ha connotado FERNEY DUVAN vio en riesgo su vida y así lo dicen todos los demás deponentes, entre ellos el propio menor CARLOS ANDRES GIL ARIAS quien expresó: *“...me salté el alambrado, llegué a donde mi papito me había mostrado que tenía un arma guardada, la cogí y se la tiré a mi tío y ahí fue donde disparó. Si mi tío se tropieza, mi papito, lo pica. Él le decía que no le fuera hacer nada, que no lo fuera a lastimar...Mi tío se defendió de mi papito porque él lo iba a agarrar era de machete, Le disparó por ahí a 1 metro, más o menos porque mi abuelo estaba encima.”*

La seguridad que le asistía al procesado quien conocía la vehemencia y la violencia de su padre, de la cual dan fe absolutamente todos los testigos y se infiere igualmente de su capacidad de maltratar a su propia progenitora de avanzada edad, da lugar a percibir que no podía estar en el estado de tranquilidad o serenidad que le endilga el disidente al momento de ejercer la defensa. He ahí donde no se avizora la Culpabilidad necesaria igualmente en el exceso de la justificante, y es el punto donde el discurso del A-quo importa pues en tales condiciones le era inexigible que calculara el número de impactos, máxime desde la propia teoría del señor Fiscal, trátase de un arma semi automática o incluso automática (no se demostró lo contrario) donde no se requiere de la misma fuerza para conseguir la continuidad de las percusiones, como ocurre con un revólver, de funcionamiento mecánico.

“Es indudable que el que se encuentra en trance de agresión, carece, salvo una presencia de ánimo que no puede exigirse, de la suficiente tranquilidad como para valorar con rigor de equilibrio el efecto de su repulsa. Desaparecida la situación peligrosa, comprende que no hizo falta matar al agresor, y que con una reacción más leve, pudo haberse defendido del ataque, si hirió gravemente a su atacante, pudo igualmente haber conjurado el peligro, hiriéndolo levemente, y así en muchos otros casos. Este exceso en la repulsa, que es el producto de una valoración equivocada en el efecto de la reacción, se encuentra justificado para la ley y la doctrina, en el momento psicológico especial por el que atravesaba el agredido. La ilegítima agresión ha perturbado al atacado y ha impedido que su mente se mantuviera lo bastante lúcida como para valorar exactamente, los efectos del medio empleado en su defensa. Esta desfiguración de la valoración de los efectos, es una contingencia de la agresión, que no puede ponerse a cargo del agredido.”

Esta clase de “miedo insuperable” motivado desde la propia experiencia familiar del actor, la confunde el impugnante con un trastorno mental transitorio génesis de la inimputabilidad cuando nada tiene que ver y nunca señaló algo parecido, el juez de instancia.

Señala el recurrente, que el agresor no pudo estar tan cerca, si tuvo tiempo no sólo de agacharse a recoger “la pistola” sino también “desasegurarla, montarla y disparar”. Tales estadios en la actividad cumplida por el procesado, no los probó en el juicio. Ninguno de los testigos señaló estos pasos por parte del acusado, ni siquiera él fue contrainterrogado al respecto por la Fiscalía. Así que se desconoce en qué condiciones le pasó el arma su sobrino. Aún así, es claro, que el hoy interfecto de quien acepta el recurrente, inició el leve ataque con el arma corto contundente, se hallaba muy cerca del procesado al momento del disparo, de ahí el tatuaje en la región malar. En cuanto a la ausencia de estas características en los demás, téngase en cuenta las fallas en la investigación del ente acusador porque tampoco demandó el análisis de prendas para establecer si siendo igualmente los impactos conseguidos a corta distancia, los residuos de la pólvora quedaron en la ropa que protegía las demás partes del cuerpo, donde se localizaron.

La ubicación de los orificios de entrada en diferentes parte del cuerpo, permiten inferir por otro lado, distinto de lo elucubrado por el Censor, que el inicial agresor se hallaba en movimiento, sin que se halla desvirtuado que el mismo consistía precisamente “en avanzada” para dañar el cuerpo y/o la salud de su descendiente.

El delegado de la Fiscalía, solicita la revocatoria de la absolución también frente al cargo contra la Seguridad Pública, pero no lo sustenta en lo más mínimo. Para nada controvierte la fidelidad del dicho de CARLOS ANDRES GIL ARIAS quien aseguró que esa arma la tenía su abuelo -la víctima- para cuidar la finca, y de su cuarto la sacó para arrojársela a su tío a quien vio en franco peligro ante la actualidad de la agresión injusta de su progenitor. Peor aún, en el caso que le perteneciera al acusado, no demostró el ingrediente normativo de la descripción del tipo del artículo 365 del Código penal, como es que el procesado no tenía “permiso expedido por la autoridad competente” para llevar consigo un artefacto bélico.

Corolario de lo anterior, es la confirmación de la sentencia absolutoria pero por la causal de la Legítima Defensa que justifica el comportamiento del acusado exonera el juicio de desvalor de la conducta en la categoría dogmática de la antijuridicidad, presupuesto entonces inexistente para llegar a la responsabilidad Penal.

Sentencia de segunda instancia (AC-122-12) de julio de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.

REDENCIÓN DE PENA Y PERMISO DE 72 HORAS – No son beneficios administrativos y por ello no están incluidos en la prohibición del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 1121 de 2006, artículo 26.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 35767 del 06 de junio de 2012, con ponencia del magistrado José Leonidas Bustos Martínez; Corte Constitucional, sentencia T-792 de 2005.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Debe la Sala resolver si la “redención de pena” debe o nó tenerse como un beneficio administrativo para el caso de la aplicación de la prohibición del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006.

Esta Sala, tal como lo trae a cita el A-quo, ya había sentado su posición respecto de la redención de la pena, la cual se tuvo ciertamente como uno de los beneficios administrativos prohibido por la Ley 1121 de 2006, vigente para la época en que se ejecutó esta conducta, motivo por el cual para la fecha de la decisión de la primera instancia, acertada sería la negación de la misma así como del permiso de las 72 horas.

En efecto, los condenados tienen derecho al trabajo, actividad necesaria entre las que persiguen su resocialización así como una vida digna. La primera -la resocialización- en la medida en que contribuiría a una readaptación a la vida en sociedad una vez cumpla con la pena, en cuanto implica un entrenamiento en dinámicas lícitas que le permitirán conseguir su sustento y el de su familia una vez en libertad, así como también daría lugar a mantenerse ocupado, alejado del ocio, sintiéndose útil, factor necesario dentro del respeto que hacia sí mismo requiere el ser humano, concepto implícito al de la “dignidad” que se reclama en el trato por parte del Estado hacia el interno.

Empero, lo anterior no conlleva indefectiblemente a la concesión de la redención de la pena y a los permisos administrativos, vinculados estrechamente al tema de la libertad. Para esta última, el legislador en muchos casos hace un juicio de proporcionalidad entre la gravedad de la conducta y los fines de la pena, tal como ocurre en la prohibición del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, para prohibir este efecto –el de la libertad- en menor tiempo del fijado en la sentencia debido precisamente a la entidad del delito o a los derechos conculcados con el mismo y el grado de reproche social.

Es el caso del delito de extorsión y de todos los demás enlistados en la norma cuya aplicación dio lugar al recurso de alzada. Así también se desprende de la revisión de exequibilidad realizada por la Corte Constitucional, cuando sobre el tema trajo a colación en la sentencia C-073 de 2010 conforme a la “unidad de materia”, los argumentos expresados con motivo de la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 733 de 2002, reproducida en la ley cuya aplicación revisamos.

Con fundamento en las anteriores disertaciones, se aplicaría sin ambages la prohibición para este asunto, donde ya la sentenciada fue beneficiada con la rebaja por el allanamiento pese a la prohibición. Sin embargo, a la fecha, la Corte Suprema de Justicia ha adoptado un enfoque mucho mas garantista, el cual no puede desconocerse porque además de provenir del superior funcional de esta Corporación, favorece los intereses de los condenados; de ahí que debamos optar independientemente de las consideraciones anteriores por cumplir con tales parámetros, con obediencia al principio de pro homine, dada la benevolencia de trato, en esta materia.

Veamos.

Dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de junio de 2012, radicado 35767; M.P José Leonidas Bustos Martínez, lo siguiente:

“(...) Dicho sea de paso, la redención de pena tampoco es, por tanto, un beneficio, sino que es expresión funcional de la resocialización, de acuerdo con la formulación del artículo 4º del Código Penal; la cual está recogida de manera más enfática en el artículo 9º del Código Penitenciario y Carcelario, norma que advierte que *“La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización”*; esto es, la recuperación del condenado para el Estado social, identidad de nuestro modelo constitucional.

Al decir el artículo 10 del mismo plexo normativo que *“El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.”*, surge nítido que el trabajo del penado es uno de los mecanismos a través de los cuales se examina su personalidad, de cara al sistema progresivo del tratamiento penitenciario.

Negar la redención por trabajo, estudio o enseñanza a un convicto equivale a cerrarle las puertas de la reinserción social, dejando la pena relegada a un ejercicio de mera conmutatividad o retribución, excluyendo el concepto de intervención que está en la esencia del tratamiento que se supone brinda el Estado a los penados, con miras a recuperarlos para que sean útiles a la sociedad.

Una tal concepción de pena, sin trabajo, atenta contra los más elementales principios de la dignidad del condenado, y equivale a un vergonzoso retroceso a las épocas del terror propias del Antiguo Régimen. No en vano el Pacto de San José, dentro de los alcances del derecho a la integridad personal, advierte que *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”*, como forma de advertir que de no ser así se estaría dando al condenado privado de la libertad un trato degradante en tanto se le niega la posibilidad del trabajo con consecuencias para el reconocimiento de su tiempo de privación de la libertad, y por esa vía se considera que tal conducta afecta la integridad personal, o sea, contribuye a desintegrarlo como persona, lo cual, se insiste, va en contravía del declarado carácter de Estado social que la Constitución reconoce a nuestra organización política.

Por tanto, las prohibiciones genéricas de concesión de cualquier beneficio legal, judicial o administrativo, no incluyen tampoco la redención de pena, especialmente las contenidas en los artículos 26 de la Ley 1121 de 2006, 199.8 de la Ley 1098 de 2006, 32 de la Ley 1442 de 2007, 13 de la Ley 1474 de 2011 y 28 de la Ley 1453, también de 2011; por cuanto este reconocimiento está íntimamente ligado con la resocialización, como se ha manifestado, y no puede tener la categoría de simple beneficio, sino que con ella se explica, como ya se ha dicho, el objetivo fundamental de la pena en el contexto del Estado social.”

En consecuencia, conforme a la jurisprudencia anterior, se revocará la providencia del primer nivel en lo relacionado con la redención de la pena, aspecto sobre el cual tendrá entonces que realizar el respectivo descuento el señor Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga, en aras de garantizar a la sentenciada el principio de la doble instancia.

En esa misma línea de excluir del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, el beneficio de la “redención de la pena” por estar estrechamente ligado a la “resocialización del condenado” que es una de las funciones de la pena, sucedería con el permiso administrativo de las 72 horas por hallarse conectado a la misma, tal como expresamente lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia T-792 de 2005; M.P Dr. Jaime Córdoba Triviño, así:

“...Como consecuencia de ello se vulneró su derecho a la libertad, en razón a que, por vía administrativa, se le negó el derecho a gozar de unos espacios limitados de libertad, compatibles con su condición de penado que se encuentra en la fase de mediana seguridad dentro del sistema progresivo adoptado por el régimen penitenciario.

Uno de los fines de la pena, particularmente visible en la fase de ejecución de la misma, es el de la readaptación social del penado. Y una de las principales herramientas para el logro de este propósito es el modelo de tratamiento penitenciario progresivo adoptado por el régimen penitenciario colombiano, del cual hacen parte los beneficios administrativos, y los subrogados penales. Por eso ha reconocido la Corte que *“lo que compromete la existencia de la posibilidad de resocialización no es la drástica incriminación de la conducta delictiva, sino más bien la existencia de sistemas que, como los subrogados penales y los sistemas de redención de la pena, garanticen al individuo que rectifica y enruta su conducta, a la efectiva reinserción en sociedad.”*

Por consiguiente, se encuentra inmerso dentro del nuevo criterio de la Corte Suprema de Justicia, así no se hubiera referido expresamente al mismo, pero el argumento medular para excluir la redención de la pena de la prohibición del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 cubre entonces igualmente a este otro beneficio administrativo.

Se revocará entonces en su totalidad el proveído del A-quo para que proceda a realizar el cómputo de la redención de la pena y a revisar si se reúnen los requisitos específicos para gozar del permiso, puntos que no analizó en su laudo por descartarlos de ipso facto

Auto de segunda instancia (AC-199-12) del 23 de julio de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca el auto apelado.

INCIDENTE DE DESACATO – La mora en su apertura formal, al no existir un término legal establecido para tal efecto, debe examinarse bajo el criterio de la razonabilidad de los plazos.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 29; Decreto 2591 de 1991, artículo 27; Código de Procedimiento Civil, artículo 137.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-883 de 2008 y T-084 de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el asunto bajo examen, la parte actora censura la supuesta mora en el trámite incidental de desacato, al no haberle dado apertura el juzgado demandado, ni mucho menos sancionado a la autoridad obligada a cumplir el fallo constitucional que tuteló su derecho fundamental de petición, situación que en su criterio violenta la garantía del debido proceso.

Este, en efecto, dentro de las vertientes que lo conforman, ofrece el derecho a tener un *“juicio sin dilaciones injustificadas”* (Art. 29 superior), expresión que denota el cumplimiento de los términos procesales previamente establecidos por el legislador, y en caso de su inexistencia, la realización de estos dentro de un plazo razonable.

Por eso, en orden a verificar una violación al debido proceso en razón a dilaciones injustificadas, lo primero que debe examinar el juez constitucional son los términos procesales que rigen el trámite donde se origina la supuesta mora judicial, para dar por constatada la misma al menos en el ámbito formal. Después, si para procurar la realización del acto procesal cuya ejecución se reclama el legislador no ha previsto término, debe estudiarse si el período transcurrido se aviene razonable, atendidas las circunstancias concretas de cada caso.

En lo relacionado al trámite incidental de desacato, el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 no establece un término para que el juez de tutela, luego de recibir el escrito que acusa el incumplimiento de su fallo, ordene su formal apertura. Solo prevé la posibilidad de requerir previamente a la autoridad llamada a acatarlo, y a su superior jerárquico para que promueva la realización de la orden de amparo, después de lo cual, ante la insatisfacción de las advertencias, debe abrir desacato en su contra.

Así, la ley es clara en fijar cuáles son los actos procesales que el juez constitucional debe adoptar tras recibir el escrito del accionante que informa sobre el incumplimiento del fallo: los requerimientos previos a las autoridades pertinentes y el auto que le da formal apertura. Sin embargo, no lo es al momento de fijar un término para proferirlos, razón por la cual deberá ser el razonable conforme a las circunstancias particulares que rodeen el asunto. No sucede lo mismo con los plazos procesales para tramitar el incidente una vez se le ha dado apertura, pues el Decreto 2591 de 1991 remite a las normas del Código de Procedimiento Civil, en cuyo artículo 137 aparecen previstos cada uno de los términos en los cuales se deberá decidir si procede la sanción contra el incidentado.

Aclarados estos puntos, en orden a constatar la mora judicial alegada por la parte actora, la Sala observa que el escrito en el cual se solicita la apertura del trámite incidental, se radicó ante el juzgado demandado el 14 de febrero de 2012. El 05 de marzo del mismo año, su titular requiere a la autoridad renuente para que cumpla la orden tutelar, y lo hace por segunda vez el 17 de abril de 2012. Ante la falta de respuestas, decide abrir de manera formal el incidente de desacato mediante auto del 03 de junio de 2012.

Al respecto, esta Corporación no observa la mora de la que se duele la accionante, pues entre un requerimiento y otro, transcurrió un mes y doce días, y entre este y la apertura del incidente pasó menos de dos meses y medio. Por el contrario, fueron apenas razonables habida cuenta del plazo prudencial que puede otorgar el juez de tutela para que la autoridad competente atienda el requerimiento, teniendo en consideración la excesiva cantidad de peticiones y requerimientos que a nivel nacional recibe a diario el representante legal del ISS. Además, porque también lo es la congestión judicial padecida por los juzgados del país, que ante la falta de término procesal concreto, y aún existiendo el mismo, su cumplimiento debe ser morigerado dentro de lo razonable.

Con todo, la juez accionada ya ha dado apertura formal al trámite de desacato, y a partir de allí debe acatar los términos que en forma precisa le fija el artículo 137 del C.P.C.

Así las cosas, esta Sala no concederá el amparo reclamado por la señora MARTÍNEZ VARGAS, en razón a la falta de omisión violatoria de su derecho fundamental al debido proceso.

Tutela de primera instancia (2012-00170-01) del 23 de julio de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: niega la tutela solicitada

CERTIFICADO JUDICIAL En él debe consignarse, cuando se ha declarado la extinción de la sanción penal, la información “NO REGISTRA ANTECEDENTES PENALES” en lugar de la expresión “NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL”.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 15 y 248.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-284 de 2008; Corte Suprema de Justicia, tutela 47807 del 13 de mayo de 2010, con ponencia de Alfredo Gómez Quintero.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Corresponde a la Sala resolver si el certificado judicial de un ciudadano que ha cumplido la pena condenatoria impuesta en su contra, expedido bajo la leyenda “NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL” en contraposición a la que consigna “NO REGISTRA ANTECEDENTES PENALES”, violenta sus derechos fundamentales al habeas data, igualdad y trabajo.

La función de administrar los datos referidos a antecedentes penales y contravencionales de las personas juzgadas en Colombia ha sido radicada en el Estado por mandato expreso de la Constitución Política, cuando en su artículo 248 dispone que *“Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”*, labor que de acuerdo con las normas reglamentarias le compete a la entidad accionada –POLICÍA NACIONAL-.

Indudablemente, tal función se vincula al derecho fundamental de Habeas Data previsto en el artículo 15 superior, el cual dispone que *“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.”* [Negritas fuera del texto].

Al respecto, la Corte Constitucional ha definido la mentada garantía fundamental como aquella *“que tienen las personas naturales y jurídicas de conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. De la misma manera, estipula la obligación de respetar la libertad y demás garantías constitucionales en el ejercicio de las actividades de recolección, tratamiento y circulación de datos.”* [Negritas y Subrayas fuera del texto]

Por eso es que los antecedentes penales, como datos consultables por autoridades públicas, privadas e incluso por los mismos particulares, deben ser igualmente actualizados.

Conforme a lo dispuesto por el precitado artículo 248 constitucional, sólo constituyen antecedentes penales las sentencias de condena que hayan cobrado firmeza y ejecutoria, las cuales se registran en la base de datos con la que cuenta la POLICÍA NACIONAL, que al tenor de lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 28 superior no pueden ser perpetuas o imprescriptibles. Dicho de otra forma, están destinados a extinguirse por una de las causales legales, entre las cuales aparece la prescripción por pena cumplida, esto es, cuando el condenado ha purgado la sanción punitiva a la que alguna vez se hizo acreedor (Artículos 88-4 y 89 del C.P.).

Por tanto, si la sanción penal es prescriptible, y por lo mismo, su abolición está destinada fatalmente, igual e inexorable fin tendrá también la anotación en el registro de antecedentes penales que de ella se desprende, pues si lo principal desaparece, también debe esfumarse lo accesorio, en atención al principio general del Derecho según el cual, lo anejo o adjunto sigue la suerte de lo principal.

En este orden de ideas, si el derecho al habeas data supone el de actualización de datos, y estos consisten en sentencias condenatorias destinadas a extinguirse, resulta lógico concluir que su anotación en dichos medios de información también debe desaparecer con el hecho que determina la extinción de la sanción penal.

De ahí que cuando la entidad a cargo de administrar los registros punitivos consigna en el certificado de un sujeto a quien ya se le extinguió la sanción pena, la existencia de antecedentes penales o una leyenda que tácitamente permita su

inferencia, desconoce el derecho fundamental al habeas data en tanto proporciona información personal desactualizada, y constituye obstáculo para ejercer materialmente el derecho al trabajo.

En el caso concreto, pese a que al accionante se le ha extinguido la sanción penal impuesta en el año 2005, el certificado judicial fue expedido bajo la leyenda “NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL” en contraposición a la que reza “NO REGISTRA ANTECEDENTES PENALES”, lo cual desconoce el deber de actualización derivado del Habeas Data y estructura tratamiento discriminatorio frente a quienes nunca han tenido antecedentes penales, pues no se vislumbra fin constitucionalmente válido que justifique la diferenciación.

También constituye talanquera para acceder a un empleo digno y poseer un mínimo vital, al percibirse por quienes ofertan cargos laborales una diferencia entre su certificado y el de aquellos que no han tenido antecedentes penales.

Así las cosas, debe tutelarse los derechos fundamentales al Habeas Data e Igualdad del accionante en conexidad con el del Trabajo y Mínimo Vital, ordenando a la entidad demandada expedir al señor JOSE EVER CRUZ TRUJILLO un nuevo certificado de antecedentes penales en el que se consigne la leyenda “NO REGISTRA ANTECEDENTES PENALES”.

Tutela de primera instancia (2012-00176-01) del 23 de julio de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: concede la protección solicitada.

AUTO QUE ASUME LA CONSULTA DEL DESACATO – Como no existe en el ordenamiento jurídico no constituye irregularidad o vía de hecho alguna el omitir su notificación.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias C-590 de 2005, T-696 de 2004 y T-332, T-780 y T-212 de 2006.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Corresponde a la Sala establecer si la omisión de notificar la providencia que avocó el conocimiento de la consulta de desacato del auto que dispuso sancionar al accionante con arresto y multa, constituye una vía de hecho que imponga la concesión del amparo constitucional.

Esta Sala abordará el estudio de la demanda incoada por el señor GARCIA PINTO, pues mediante ella censura la legalidad de un auto proferido dentro del trámite de un incidente de desacato. En concreto, reprocha la omisión de no haberse notificado la decisión que avocó la consulta de la sanción impuesta por uno de los jueces demandados.

Sin embargo, la queja no encuentra asidero jurídico, pues en parte alguna del Decreto 2591 de 1991 y del Código de Procedimiento Civil, cuyas normas se aplican al trámite incidental por remisión de aquel acto administrativo, aparece

contemplado la existencia de una decisión en virtud de la cual se avoca la consulta a la sanción por desacatar una orden de tutela.

Y es que la consulta, una vez arribe al funcionario judicial a cargo de resolverla, se resuelve de plano, sin necesidad de emitir una providencia que se interpole entre esta y el recibimiento del proceso. Por ello su perentorio término para dirimirla, de tres (3) días.

Otra cosa distinta es que por costumbre de algunos funcionarios judiciales, se entere a los sujetos procesales del arribo de un proceso de tutela o de la consulta al auto que sanciona por desacato, quienes con esas actuaciones pretenden garantizar al máximo el principio de publicidad.

En consecuencia, mal se haría en declarar una vía de hecho ante la falta de notificación de un auto que no contempla el ordenamiento jurídico, pues siendo innecesaria su existencia, también lo es la de la primera actuación señalada, por principio de accesoriedad.

Con todo, evaluado el expediente se observa que al accionante se le respetó sus derechos al debido proceso y de defensa, pues allegó escrito contestando el traslado del escrito que promovió el incidente, aportó pruebas en el término fijado por el juez de instancia, y allegó sus descargos frente a las omisiones que se le enrostraban. De manera que siempre supo de la existencia del proceso y por consiguiente, pudo ejercer su derecho de contradicción.

Bajo ese panorama, no procede el amparo demandado por el accionante ANDRES FERNANDO GARCIA PINTO.

Tutela de primera instancia (2012-00191-01) del 01 de agosto de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: niega la tutela presentada.

REDENCIÓN DE PENA POR TRABAJO, ESTUDIO O ENSEÑANZA – No se concede a quienes han sido condenados por los delitos previstos en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 1121 de 2006, artículo 26.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 35767 del 06 de junio de 2012 y 61489 del 10 de julio de 2012; Tribunal Superior de Buga, Sala Penal, auto AC-199 del 23 de julio de 2012, con ponencia de la magistrada Martha Liliana Bertín Gallego; Corte Constitucional, sentencias C-590 de 2005, T-696 de 2004 y T-212, T-332 y T-780 de 2006.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)En el caso bajo examen, el actor critica dos providencias judiciales proferidas por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga y

el Juzgado Penal Municipal de Santa Rosa (R), en primera y segunda instancia respectivamente. Aquella, niega tanto la redención de pena por trabajo y la libertad condicional con base en la prohibición prevista en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006. Esta, revoca la negativa del primero, para en su lugar conceder la redención de pena por un (1) mes y veintiocho (28) días, pues estima que al no ser un beneficio sino un verdadero derecho, no incursiona dentro de la prohibición legal señalada. De otra parte, confirma la negativa de la libertad condicional, argumentando que este sí es un verdadero beneficio expresamente excluido al actor por la mentada ley.

Es cierto, como lo aduce el señor Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga, que esta Sección de la Sala Penal, fungiendo como juzgador de segunda instancia, ha confirmado la negativa de redimir pena en aquellos casos donde el condenado lo ha sido por los delitos previstos en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, tras considerar que siendo un beneficio, incursiona por la prohibición legal de concederlos.

Esa es la postura que ha venido sosteniendo la Corporación, basada entre otras en la providencia de la Corte Suprema de Justicia que justamente cita el juez accionado en los descargos esgrimidos durante este trámite constitucional.

Sin embargo, con el auto del 23 de julio de 2012, dentro del proceso radicado al número 2011-00393/AC-199-12, esta Sala modificó su posición en seguimiento de la sentencia del 06 de junio del mismo año, proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que por resultar más favorable a los intereses del condenado en comparación con la postura sostenida por el Tribunal, debió acatarse so pena de incurrir en violación al principio *por homine*. En esa oportunidad, esta Corporación revocó una decisión del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad, que había negado la redención de pena a una persona condenada por el delito de Extorsión Agravada, con base en los siguientes argumentos:

“3.- De la naturaleza de la redención de la pena.- Esta Sala, tal como lo trae a cita el A-quo, ya había sentado su posición respecto de la redención de la pena, la cual se tuvo ciertamente como uno de los beneficios administrativos prohibido por la Ley 1121 de 2006, vigente para la época en que se ejecutó esta conducta, motivo por el cual para la fecha de la decisión de la primera instancia, acertada sería la negación de la misma así como del permiso de las 72 horas.

En efecto, los condenados tienen derecho al trabajo, actividad necesaria entre las que persiguen su resocialización así como una vida digna. La primera -la resocialización- en la medida en que contribuiría a una readaptación a la vida en sociedad una vez cumpla con la pena, en cuanto implica un entrenamiento en dinámicas lícitas que le permitirán conseguir su sustento y el de su familia una vez en libertad, así como también daría lugar a mantenerse ocupado, alejado del ocio, sintiéndose útil, factor necesario dentro del respeto que hacia sí mismo requiere el ser humano, concepto implícito al de la “dignidad” que se reclama en el trato por parte del Estado hacia el interno.

Empero, lo anterior no conlleva indefectiblemente a la concesión de la redención de la pena y a los permisos administrativos, vinculados

estrechamente al tema de la libertad. Para esta última, el legislador en muchos casos hace un juicio de proporcionalidad entre la gravedad de la conducta y los fines de la pena, tal como ocurre en la prohibición del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, para prohibir este efecto –el de la libertad- en menor tiempo del fijado en la sentencia debido precisamente a la entidad del delito o a los derechos conculcados con el mismo y el grado de reproche social.

Es el caso del delito de extorsión y de todos los demás enlistados en la norma cuya aplicación dio lugar al recurso de alzada. Así también se desprende de la revisión de exequibilidad realizada por la Corte Constitucional, cuando sobre el tema trajo a colación en la sentencia C-073 de 2010 conforme a la “unidad de materia”, los argumentos expresados con motivo de la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 733 de 2002, reproducida en la ley cuya aplicación revisamos. En ese contexto, precisó:

“Ciertamente, como se advirtió en el punto inmediatamente anterior, esta Corporación tuvo la oportunidad de referirse al tema específico de la competencia legislativa para excluir beneficios y subrogados penales, a propósito de la declaratoria de exequibilidad del artículo 15 de la Ley 40 de 1993 que, como ya se anotó, reguló inicialmente la materia.

Sobre el particular, sostuvo la Corte que tales medidas, al igual que ocurre con el señalamiento de los comportamientos delictivos y la fijación de las penas, responden a un asunto de política criminal que compete planear y desarrollar al Congreso de la República, de acuerdo a una previa valoración de conveniencia política y, en especial, teniendo en cuenta la gravedad de las conductas delictivas y el daño que éstas puedan causar a la sociedad.

Respecto a esto último, precisó que la inclusión o exclusión de beneficios y subrogados penales guarda estrecha relación con la duración de la pena privativa de la libertad y, de ningún modo, con las garantías procesales que le permiten al sindicado intervenir en la actuación judicial y ejercer plenamente su derecho a la defensa. Por ello, sin tener por qué afectar, comprometer o desconocer los presupuestos sustanciales y adjetivos concebidos a favor de todos los imputados, con la exclusión de los beneficios y subrogados penales lo que se busca es evitar que resulte nugatorio, desproporcionado o irrisorio, el reproche social impuesto para los delitos más graves y de mayor impacto social como el terrorismo, el secuestro, la extorsión y sus conexos; que, como se dijo, quebrantan en forma significativa los valores de gran relevancia individual y colectiva, desestabilizando incluso el propio orden institucional.

(...)

En este sentido, no cabe duda que la eliminación de beneficios y subrogados penales responde al diseño de una política criminal que,

interpretando la realidad del país, está direccionada a combatir las peores manifestaciones delictivas. Ciertamente, en la medida en que exista en el ordenamiento jurídico una amplia gama de beneficios y subrogados penales, y los mismos resulten aplicables a todas las categorías de delitos en forma indiscriminada, la lucha que se promueva contra aquellos puede resultar infructuosa, pues la pena, que “constituye lo justo, es decir, lo que se merece”⁴²¹, pierde su efectividad y proporcionalidad cuantitativa frente al mayor daño que determinados comportamientos causan a la comunidad. Por eso, resulta ajustado a la Constitución Política que subsista y se aplique la punibilidad para conductas como el terrorismo, el secuestro y la extorsión, que, por razón de su gravedad y alto grado de criminalidad, no pueden ser relevadas de un castigo ejemplarizante y de la proporcionada sanción penal.

Por vía de los beneficios penales, que hacen parte de los mecanismos de resocialización creados por el legislador a favor del imputado, no puede entonces contrariarse el sentido de la pena, que comporta la repuesta del Estado a la alarma colectiva generada por el delito, y mucho menos, el valor de la justicia que consiste en darle a cada quien lo suyo de acuerdo a una igualdad proporcional y según sus propias ejecutorias.

(...)

Conforme a lo expuesto, es claro que el artículo 11 de la Ley 733 de 2002, en cuanto elimina algunos beneficios y subrogados penales para los delitos de terrorismo, secuestro, extorsión y conexos, no desconoce ningún valor constitucional, y menos los principios de dignidad humana, igualdad y debido proceso, pues, al margen de que el mismo no se mete con las garantías procesales del imputado ni las afecta, existe un marcado criterio de diferenciación: la gravedad de las conductas punibles, que justifica su adopción y descarta cualquier posible discriminación.

Ahora bien, sobre el alcance de la medida adoptada por la norma impugnada, habrá de precisar la Sala que la misma no tiene un carácter absoluto e ilimitado, pues de la propia disposición se extrae que es completamente válido otorgar para tales conductas delictivas - secuestro, extorsión y terrorismo- “los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que ésta sea efectiva.”

En consecuencia, la Corte reitera la posición adoptada en la Sentencia C-213 de 1994, y procederá a declarar exequible la norma acusada.

(...)

La exclusión de beneficios y subrogados penales, en términos de la sentencia en comento, es una decisión del poder legislativo que busca

hacer efectivo el derecho a la justicia de las víctimas y, en un sentido más amplio, garantizar el cumplimiento del reproche social en contra de quien ha cometido una conducta que afecta, de forma grave, bienes jurídicos especialmente valiosos desde la perspectiva constitucional, como la vida, la dignidad humana, la seguridad personal y la integridad física. Bajo esta lógica, “sin tener por qué afectar, comprometer o desconocer los presupuestos sustanciales y adjetivos concebidos a favor de todos los imputados, con la exclusión de los beneficios y subrogados penales lo que se busca es evitar que resulte nugatorio, desproporcionado o irrisorio, el reproche social impuesto para los delitos más graves y de mayor impacto social como el terrorismo, el secuestro, la extorsión y sus conexos; que, como se dijo, quebrantan en forma significativa los valores de gran relevancia individual y colectiva, desestabilizando incluso el propio orden institucional.”

En este orden ideas, la decisión en comento insiste en que “la eliminación de beneficios y subrogados penales responde al diseño de una política criminal que, interpretando la realidad del país, está direccionada a combatir las peores manifestaciones delictivas. Ciertamente, en la medida en que exista en el ordenamiento jurídico una amplia gama de beneficios y subrogados penales, y los mismos resulten aplicables a todas las categorías de delitos en forma indiscriminada, la lucha que se promueva contra aquellos puede resultar infructuosa, pues la pena, que “constituye lo justo, es decir, lo que se merece”³¹, pierde su efectividad y proporcionalidad cuantitativa frente al mayor daño que determinados comportamientos causan a la comunidad. Por eso, resulta ajustado a la Constitución Política que subsista y se aplique la punibilidad para conductas como el terrorismo, el secuestro y la extorsión, que, por razón de su gravedad y alto grado de criminalidad, no pueden ser relevadas de un castigo ejemplarizante y de la proporcionada sanción penal. || Por vía de los beneficios penales, que hacen parte de los mecanismos de resocialización creados por el legislador a favor del imputado, no puede entonces contrariarse el sentido de la pena, que comporta la repuesta del Estado a la alarma colectiva generada por el delito, y mucho menos, el valor de la justicia que consiste en darle a cada quien lo suyo de acuerdo a una igualdad proporcional y según sus propias ejecutorias.”

Con fundamento en las anteriores disertaciones, se aplicaría sin ambages la prohibición para este asunto, donde ya la sentenciada fue beneficiada con la rebaja por el allanamiento pese a la prohibición. Sin embargo, a la fecha, la Corte Suprema de Justicia ha adoptado un enfoque mucho mas garantista, el cual no puede desconocerse porque además de provenir del superior funcional de esta Corporación, favorece los intereses de los condenados; de ahí que debamos optar independientemente de las consideraciones anteriores por cumplir con tales parámetros, con obediencia al principio de pro homine, dada la benevolencia de trato, en esta materia.

Veamos.

Dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de junio de 2012, radicado 35767; M.P José Leonidas Bustos Martínez, lo siguiente:

“ (...)Dicho sea de paso, la redención de pena tampoco es, por tanto, un beneficio, sino que es expresión funcional de la resocialización, de acuerdo con la formulación del artículo 4º del Código Penal; la cual está recogida de manera más enfática en el artículo 9º del Código Penitenciario y Carcelario, norma que advierte que *“La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización”*; esto es, la recuperación del condenado para el Estado social, identidad de nuestro modelo constitucional.

Al decir el artículo 10 del mismo plexo normativo que *“El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.”*, surge nítido que el trabajo del penado es uno de los mecanismos a través de los cuales se examina su personalidad, de cara al sistema progresivo del tratamiento penitenciario.

Negar la redención por trabajo, estudio o enseñanza a un convicto equivale a cerrarle las puertas de la reinserción social, dejando la pena relegada a un ejercicio de mera conmutatividad o retribución, excluyendo el concepto de intervención que está en la esencia del tratamiento que se supone brinda el Estado a los penados, con miras a recuperarlos para que sean útiles a la sociedad.

Una tal concepción de pena, sin trabajo, atenta contra los más elementales principios de la dignidad del condenado, y equivale a un vergonzoso retroceso a las épocas del terror propias del Antiguo Régimen. No en vano el Pacto de San José, dentro de los alcances del derecho a la integridad personal, advierte que *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”*, como forma de advertir que de no ser así se estaría dando al condenado privado de la libertad un trato degradante en tanto se le niega la posibilidad del trabajo con consecuencias para el reconocimiento de su tiempo de privación de la libertad, y por esa vía se considera que tal conducta afecta la integridad personal, o sea, contribuye a desintegrarlo como persona, lo cual, se insiste, va en contravía del declarado carácter de Estado social que la Constitución reconoce a nuestra organización política.

Por tanto, las prohibiciones genéricas de concesión de cualquier beneficio legal, judicial o administrativo, no incluyen tampoco la redención de pena, especialmente las contenidas en los artículos 26 de la Ley 1121 de 2006, 199.8 de la Ley 1098 de 2006, 32 de la Ley 1442 de 2007, 13 de la Ley 1474 de 2011 y 28 de la Ley 1453, también de 2011; por cuanto este reconocimiento está íntimamente ligado con la

resocialización, como se ha manifestado, y no puede tener la categoría de simple beneficio, sino que con ella se explica, como ya se ha dicho, el objetivo fundamental de la pena en el contexto del Estado social.”

En consecuencia, conforme a la jurisprudencia anterior, se revocará la providencia del primer nivel en lo relacionado con la redención de la pena, aspecto sobre el cual tendrá entonces que realizar el respectivo descuento el señor Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga, en aras de garantizar a la sentenciada el principio de la doble instancia.”

La nueva tesitura prolijada por esta Sección de la Sala Penal, se vio motivada por la decisión citada anteriormente, al haber sido proferida en un proceso de casación a instancias de nuestro superior jerárquico, la cual debe respetarse independientemente del criterio y orientación de este Tribunal, fundamentalmente por ser más favorable al condenado.

Sin embargo, la postura fue nuevamente modificada por el Alto Tribunal, cuando en sentencia del 10 de julio de 2012, radicada al número 61489, precisó que lo dicho en esa oportunidad había sido una consideración insular, constitutivo apenas de un argumento que se muestra como *obiter dicta*, pues el problema jurídico del asunto, y en consecuencia la *ratio decidendi* de aquella providencia, consistía en establecer si era procedente excluir de la rebaja prevista en el artículo 269 del C.P. a quien fuera condenado por el delito de Extorsión, al estar contemplado en las prohibiciones del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006.

“La Sala ha de precisar que si bien en reciente pronunciamiento la Corte afirmó tangencialmente que al condenado privado de la libertad no se le debe negar la posibilidad de trabajar, estudiar o enseñar con consecuencias para el reconocimiento de su tiempo de privación de la libertad, también es verdad que tal aserto --con ocasión del cual podría plantearse que la prohibición genérica de conceder cualquier beneficio judicial o administrativo (art. 199-8 de la Ley 1098 de 2006) no cubre la redención de pena-- apenas constituye un *obiter dicta*, del cual no puede reclamarse fuerza vinculante.

(...)

“El discurso concerniente a la redención de pena y la resocialización está antecedido de la expresión *dicho sea de paso*, con lo que la Corporación quiso significar que se trataba de una consideración ajena a la *ratio decidendi*, por lo que no necesariamente debe ser seguida en posteriores decisiones, sino que se ofrece como un criterio interpretativo importante, *aunque no suficiente*, para determinar la legitimidad de la prohibición de aplicar la redención especial por trabajo, estudio y enseñanza a condenados por determinados delitos.

En la reciente providencia, la Corte reitera el criterio que esta Sala venía adoptando en torno a negar la redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza a quienes hubieran sido condenados por los delitos previstos en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, no solo en razón a que ello era expresión de la facultad de configuración legislativa, sino porque cumplía fines de prevención especial que no se oponen al de resocialización.

“Bajo tales premisas, considera la Corte que, por lo menos en línea de principio, existen sólidos fundamentos constitucionales para justificar la prohibición de rebajas de pena por trabajo, estudio y redención, en los eventos contemplados en el art. 199-8 de la Ley 1098 de 2006, como quiera que, atendiendo a la gravedad de determinados delitos y a la mayor necesidad de protección de las víctimas y la sociedad misma, es del todo idóneo o adecuado imponer la obligación de que las penas sean cumplidas en su totalidad, cuando el legislador lo estime conveniente por razones de política criminal, eventualidad que, resalta la Corte, es consonante con la jurisprudencia constitucional, la cual de manera reiterada, ha considerado que el legislador puede limitar la concesión de beneficios penales, en función de la gravedad de las conductas delictivas que busca combatir.

Desde luego, tal posibilidad ha de ceñirse a la máxima constitucional de proporcionalidad. Así, en el asunto *sub exámime*, importa destacar, de un lado, que la preponderancia que se le otorga en específicos eventos a la finalidad de prevención especial se justifica en el principio de *necesidad* de la pena; de otro, que, en términos de estricta ponderación, la negativa de conceder rebajas de pena por trabajo, estudio y enseñanza no hace nugatorio el fin de resocialización, en la medida en que, se reitera, el legislador no ha prohibido que los condenados participen de tales actividades, en su faceta de medios para aplicar el tratamiento penitenciario, como tampoco ha trasgredido los límites establecidos en el art. 34, inc. 1° de la Constitución.

Recapitulando, al haber advertido la Corte que los razonamientos explicitados en relación con la disminución punitiva por trabajo, estudio y enseñanza constituyen *óbiter dicta* --no sólo por haberse así advertido en la referida sentencia de casación, sino también por la existencia de argumentos, no analizados en esa oportunidad, que justifican *prima facie* la legitimidad de la cuestionada prohibición de concesión de beneficios judiciales y administrativos--, de ninguna manera podría predicarse que la negativa de tales beneficios se ofrece arbitraria, pues tal opción interpretativa, además de ser razonable, no desconoce ningún precedente de obligatorio seguimiento, que aún no ha sido fijado por la Corte en su función de juez de ejecución de penas de única o segunda instancia (arts. 79-8, inc. 2° de la Ley 600 de 2000 y 38 –parágrafo 1°-- de la Ley 906 de 2004, respectivamente) y que, en su defecto, por vía de la acción de amparo constitucional, todas las Salas de Decisión en Tutela han admitido pacífica y reiteradamente que, por lo menos en línea de principio, la criticada exclusión de beneficios no contraviene el ordenamiento jurídico.

De ahí pues, que ninguna vía de hecho se advierte tanto de la decisión proferida en primera instancia por el Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga, como de la emitida en segundo grado por el Juez Penal

Municipal de Santa Rosa (R), luego de verificar la admisibilidad de ambas interpretaciones motivadas por el máximo órgano de la justicia ordinaria.

En todo caso, al habersele concedido al accionante la redención de pena por el Juzgado de Conocimiento de Santa Rosa (R), no se ha violentado derecho fundamental alguno. Por tanto, no habrá lugar a conceder el amparo reclamado en este punto.

Ahora bien, en lo relacionado con el otro reparo enarbolado por el accionante, consistente en la negativa de la libertad condicional al estimar que no debe aplicarse la prohibición legal prevista en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, este Tribunal no advierte una vía de hecho judicial, y en cambio encuentra ajustada a la legalidad las decisiones censuradas.

En efecto, la norma excluye de manera expresa la concesión de la libertad condicional a aquellas personas condenadas entre otros por el delito de Extorsión, de manera que por la única interpretación admisible en este caso -literal o exegética- ante la claridad de la norma, aflora irrefutable la imposibilidad de conceder el mecanismo sustitutivo analizado.

Bajo ese panorama, no procede la concesión de la tutela.

Tutela de primera instancia (2012-00190-01) del 01 de agosto de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: niega la tutela presentada.

ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO Y DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO – Deben proceder al suministro de los medicamentos no incluidos tanto en el Plan Obligatorio de Salud como en el Plan Obligatorio de Salud para el régimen subsidiado/JUEZ DE TUTELA – No tiene competencia para pronunciarse sobre el porcentaje de recobro al Fosyga.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-913 de 1999 y T-632 de 2003.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Consiste en determinar si las empresas prestadoras de salud están eximidas de suministrar un medicamento o prestar un servicio excluido del POS-S, pues en criterio de la impugnante, en tal supuesto le correspondería asumirlos a las entidades territoriales respectivas.

Tratándose de eventos no POS-S, en principio, no es obligación de la entidad promotora de salud proporcionarlos con arreglo a las normas de carácter legal, como se alega acertadamente en la impugnación al fallo de primera instancia. Empero, la jurisprudencia nacional tiene suficientemente decantado que esas normas de orden legal deben ceder ante la amenaza o transgresión de los derechos como la vida, la salud, la seguridad social, entre otros, por estar reconocidos constitucionalmente como fundamentales, de manera que el juez de tutela puede inaplicar aquellas en aras de amparar la integridad de éstas, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 4 superior.

Así, frente a aquellos casos en los cuales las EPS-S en principio, no están obligadas a realizar intervenciones quirúrgicas o a suministrar medicamentos o procedimientos médicos excluidos del POS-S, la Corte Constitucional en plurales oportunidades ha señalado que la protección de los derechos fundamentales invocados por el accionante puede llevarse a cabo de dos maneras: i) mediante la orden a la EPS-S para que realice la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual puede repetir su costo ante la entidad territorial correspondiente y también, ii) mediante la orden a la EPS-S de coordinar con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario.

Es decir, cuando se trate de usuarios del régimen subsidiado de salud, los servicios -medicamentos, diagnósticos, procedimientos, etc- no incluidos en la cobertura de las administradoras de este régimen -por corresponder a otro nivel, o no estar incluidos en el POS-S- corresponde proporcionarlos a los entes territoriales con cargo al subsidio a la oferta.

Sin embargo, miradas las particularidades de cada evento, es factible imponer inicialmente la carga a la EPS-S para no embotar la protección del derecho fundamental y no someter la persona a los dispendiosos trámites burocráticos, con las consecuencias que ello apareja en la salud y la vida del paciente.

En el asunto concreto, como puede verse, el juez de primera instancia optó por ordenar directamente a CAPRECOM EPS-S la prestación del medicamento reclamado en esta sede excepcional, lo cual comulga no sólo con el precedente jurisprudencial citado que lo habilita para prohijar tal decisión, sino con la situación de debilidad manifiesta que soporta el accionante, cuyas consecuencias para sus derechos fundamentales impone conceder el amparo en forma inmediata.

En primer lugar, porque es un servicio excluido del POS-S ordenado por el médico tratante, irremplazables por otro con iguales características y propiedades cobijado por el Plan Obligatorio de Salud, y cuyo suministro no puede lograrse directamente por el usuario en razón a su incapacidad económica, inferida a partir de la afirmación indefinida emanada de quien regenta su representación.

En segundo término, porque la corta edad del menor SANTIAGO GONZALEZ (8 años), aunada a las circunstancias a las que diariamente se ve sometido por las implicaciones de su estado de salud, imponen al juez de tutela ordenar la protección inmediata a sus derechos fundamentales a la salud y vida digna, autorizando el instrumento auditivo que le permita superar la deficiencia que soporta.

Bajo esos términos, debe confirmarse la providencia impugnada en este aspecto.

Por último, esta Sala observa que el juez de primera instancia autorizó a CAPRECOM EPS-S recobrar ante el FOSYGA la totalidad del costo de los servicios que debe prestar al accionante, aun cuando ello no resultaba procedente habida cuenta de la falta de competencia del juez constitucional para dirimir aspectos que como el analizado, le corresponde dirimir al funcionario administrativo pertinente, pues no se relacionan con el ámbito de movilidad que ostenta el juez de tutela, el

cual precisamente lo constituye velar por la efectividad de los derechos fundamentales.

Sin embargo, el Tribunal no puede revocar la sentencia en este tópico, atendiendo el carácter de impugnante único de la entidad demandada, y porque el tema es eminentemente económico, de manera que una revocatoria en tal sentido constituiría clara violación al principio de *non reformatio in pejus*.

Así lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, cuando aclara que si bien el principio mencionado no es absoluto en los procesos de tutela, pues el juez está habilitado para reformar la providencia de primer nivel en los casos donde advierta que deba proteger los derechos fundamentales o ampliar su marco de amparo, pese a que la entidad accionada sea impugnante único, no puede inmiscuirse en este último supuesto, cuando se trata de ordenes denominadas adicionales al fallo que tocan aspectos estrictamente pecuniarios, como el analizado en este punto.

En ese sentido, pese al error señalado, la Sala no puede remediarlo en esta instancia.

Tutela de segunda instancia (2012-00008-01) del 01 de agosto de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DEL ARTÍCULO 292 DE LA LEY 906 DE 2004 – No es posible su aplicación frente a procesos tramitados bajo el régimen de la Ley 600 de 2000.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 292; Ley 600 de 2000, artículos 325, 329, 400 y 401; Código Penal, artículos 413 y 86, inciso segundo.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 24128 del 19 de septiembre de 2005, con ponencia de Yesid Ramírez Bastidas y 24300 del 23 de marzo de 2006, con ponencia de Marina Pulido de Barón y Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Debe la Sala definir resulta procedente decretar la cesación del procedimiento a favor de la acusada por haberse presentado la causal extintiva de la acción penal consistente en su prescripción.

La resolución del cuestionamiento jurídico formulado, en primer lugar, demanda abordar el estudio acerca de la posibilidad de aplicar las normas que regulan el mentado fenómeno extintivo en la Ley 906 de 2004, a aquellos asuntos regidos por la Ley 600 de 2000. Y en segundo término, si la calidad de servidor público que ostentaba la procesada al momento de ejecutar los presuntos hechos por los cuales se le acusa como autora del delito de Prevaricato por acción, es motivo para

aumentar en una tercera parte el tiempo prescriptivo, en los términos de la decisión recurrida.

La censura que en esencia plantea el recurrente contra la decisión de primera instancia, recae sobre la inaplicación del término prescriptivo de la acción penal que prevé el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, al asunto tramitado bajo la Ley 600 de 2000 contra su prohijada VILMA TRIVIÑO OSORIO, aun cuando de la comparación entre ambas normas resulta innegable la favorabilidad de aquella sobre esta.

Sin embargo, quien impugna el proveído de primer nivel olvida que los únicos parámetros en orden a aplicar normas posteriores a procedimientos tramitados al amparo de otras, no son la mera favorabilidad de aquellas ni que pese a su carácter procesal, tengan un indudable efecto sustantivo.

La jurisprudencia colombiana enseña sobre la materia, en primer término, que ambos enunciados deben pertenecer a sistemas de procedimiento similares, no referirse a instituciones propias del nuevo modelo procesal, y que los referentes de hecho en los dos procesos sean idénticos.

En punto de establecer el primer aspecto, la estructura y dinámica de los trámites comparados permiten afirmar que el término de prescripción previsto en el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, está previsto para operar solamente dentro de este sistema, y no en el de corte inquisitivo prohijado en la Ley 600 de 2000.

Así, en la Ley 906 de 2004, una vez recibida la noticia criminal, en principio no se previó un término para llevar a cabo la etapa instructiva, pero con la Ley 1153 de 2011, este se fija en cinco (5) años para los procesos de la justicia especializada y en dos (2) para los restantes. Empero, la superación de estos no estructura el fenómeno de la prescripción, que sigue rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 202 *ejusdem* y en el artículo 83 del Código Penal. Luego de formulada la imputación, la Fiscalía General de la Nación cuenta con noventa (90) días para formular la acusación, los cuales podrán ampliarse a ciento veinte (120) “*cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando se trate de delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados*”. La audiencia preparatoria, deberá celebrarse dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la formulación de acusación, y el juicio oral, en cuarenta y cinco (45) días más contados desde la celebración de la audiencia preparatoria (Arts. 175 y 294), luego de lo cual deberá dictarse en forma inmediata el fallo, y en los quince (15) días siguientes proferir sentencia (Art. 447).

De otra parte, en la Ley 600 de 2000, la investigación previa deberá agotarse dentro de los seis (6) meses posteriores a su apertura, y dos (2) meses más en caso de que se revoque la resolución inhibitoria (Arts. 325 y 329). La investigación propiamente dicha, deberá culminarse en los dieciocho (18) meses siguientes a su iniciación, o de veinticuatro (24), en caso de que se proceda contra varios procesados o por plurales delitos (Art. 329). Para calificar el mérito de la instrucción, la Fiscalía dispone de ciento veinte (120) días, o ciento ochenta (180) en caso de que sean tres o más sindicados. Por su lado, el juez de conocimiento deberá celebrar la audiencia preparatoria dentro de los cinco (5) días siguientes al traslado a las partes para solicitar nulidades o pruebas, el cual será de quince (15)

días (Art. 400 y 401). Dentro de los seis (6) meses siguientes habrá de iniciarse la audiencia pública, los cuales se ampliarán en seis (6) meses más en caso de decretarse prueba en el extranjero, y en el doble del término cuando se proceda por delitos de competencia de la justicia especializada. Concluido el debate probatorio, el juez dispone de quince (15) días para emitir la correspondiente sentencia.

Bajo ese panorama, los perentorios y cortos plazos previstos por el legislador, en orden a culminar la etapa de juzgamiento en la Ley 906 de 2004, explican que el término de prescripción de la acción penal en esa etapa se interrumpa con la formulación de imputación, y no con la ejecutoria de la resolución de acusación como sucede en la Ley 600 de 2000, donde el ente acusador y el juez de conocimiento cuentan con términos más laxos para desarrollar la investigación y el juzgamiento, respectivamente. De contera, también justifica que en el primero de los procedimientos, el baremo mínimo fijado por el legislador como término de prescripción sea de tres (3) años, y en el segundo, sea de cinco (5) años.

Y si bien el fenómeno prescriptivo, como sanción del Estado por no ejercer el poder punitivo dentro de los plazos concebidos por el legislador como razonables, es una institución aplicable a ambos sistemas procesales, la aplicación del previsto en la Ley 906 de 2004 no puede trasladarse a los asuntos tramitados por la Ley 600 de 2000, en razón a la forma como fueron estructurados los procedimientos, y porque sus referentes fácticos son diametralmente diferentes.

En efecto, a diferencia de lo alegado por el recurrente, la formulación de imputación no es un acto equivalente a la formulación de acusación prevista en la Ley 600 de 2000, y no puede serlo porque esta normatividad no prevé aquel acto procesal, como acertadamente lo señaló el juez de primera instancia. Tanto es así, que la Ley 906 de 2004, además de la imputación, también concibe la formulación de acusación como inicio de la etapa de juzgamiento y marco de referencia del juicio y la sentencia. Por eso, mal podría asimilarse ambos actos cuando uno de ellos no aparece reglamentado en el proceso donde se pretende aplicar una de las consecuencias jurídicas más importantes de su realización.

Ahora bien, en lo relacionado a la impugnación por el aumento del término prescriptivo por causa de la calidad de servidor público que al momento de los hechos ostentaba la acusada, el recurrente se limita a expresar su diferencia con la decisión, sin precisar las razones de la misma.

En el presente caso, la resolución de acusación fue por el punible de Prevaricato por Acción, y quedó ejecutoriada el 27 de febrero de 2006, cuando en esa data la Fiscalía Delegada ante el Tribunal dispuso confirmarla. El delito endilgado - Prevaricato por Acción- contempla una pena máxima de ocho (8) años, en los términos del artículo 413 del C.P, y lo habría perpetrado cuando ejercía el cargo de Secretaria de Desarrollo de la Alcaldía Municipal de Buga.

De acuerdo a lo previsto en el inciso 2 del artículo 86 del C.P., cuando se interrumpe el término de prescripción, este comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad fijado en la pena máxima, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) ni superior a diez (10) años. Ahora bien, el inciso 6 del artículo 83 de la misma normatividad, establece un aumento de una tercera parte del término de

prescripción cuando la conducta sea ejecutada por un servidor público en ejercicio de sus funciones.

Luego en este caso, como la mitad del máximo de la pena son cuatro (4) años, y el término mínimo de prescripción no puede ser inferior a cinco (5), a los cuales debe aumentarse una tercera parte (1 y 8 meses) en razón a la calidad de servidora pública que la acusada ostentaba al momento de los hechos, la prescripción se configuraría el 27 de agosto de 2012.

En consecuencia, no hay lugar a declarar la cesación de procedimiento por prescripción y por consiguiente, debe confirmarse el auto objeto de impugnación por el apoderado judicial de la acusada.

Auto de segunda instancia (P-091-12) del 03 de agosto de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.

HECHO SUPERADO – No hay lugar a su declaración cuando se concede el tratamiento integral/ JUEZ DE TUTELA – No tiene competencia para pronunciarse sobre el porcentaje de recobro al Fosyga.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Resolución 548 de 2010 del Ministerio de la Protección Social, artículo 11.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-540 de 2002 y T-970 de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En primer lugar, debe la Sala evaluar si en el caso concreto, la entidad demandada ha superado el hecho que dio lugar a conceder el amparo constitucional en primera instancia. En segundo término, si el tratamiento integral es una decisión improcedente por tutelar el derecho a la salud basándose en hechos futuros e inciertos. Y por último, en caso de dirimirse negativamente los anteriores cuestionamientos, se ocupará este Tribunal de establecer si el juez constitucional tiene competencia para pronunciarse sobre el eventual derecho de recobro que le asiste a la Nueva EPS contra el FOSYGA por el costo de los medicamentos o servicios prestados y excluidos del POS.

La jurisprudencia enseña, conforme a la eminente teleología proteccionista que orienta la acción de amparo, que el juez de tutela debe disponer su improcedencia cuando el hecho que origina la violación al derecho fundamental señalado como sustento y finalidad de la acción constitucional fue superado por conducta de la entidad demandada, fenómeno conocido como hecho superado y que impone la declaratoria de la carencia actual de objeto.

Precisamente, quien impugna el fallo de primera instancia alega el reconocimiento del fenómeno jurídico analizado, pues a su juicio la autorización de la cita médica solicitada por la parte actora satisface la pretensión contenida en el libelo de la demanda y en la orden impartida por el juez *A-quo*.

Sin embargo, la Sala observa que el hecho señalado como violatorio de la salud del señor NEBRIJO GARCÍA es apenas la pretensión inmediata que procura el accionante, quien también solicita los demás medicamentos y servicios que en adelante requiera en orden a tratar su enfermedad.

Ello se muestra razonable, pues se trata de una patología que amerita un tratamiento integral, entendido como aquella gama de servicios y medicamentos necesarios para combatir la causa de una enfermedad o aminorar sus consecuencias físicas y psíquicas. Así mismo, a tono con lo dispuesto con el artículo 13 superior, el paciente es una persona con avanzada edad que por tanto merece protección especial.

En consecuencia, acertada resulta la decisión del *A-quo* al proteger por esta vía al señor LUIS MARIO NEBRIJO GARCÍA, y de contera, errada la postura del impugnante al proponer la declaratoria de la superación del hecho, cuando este no sólo versa sobre la omisión de programar el examen médico sino que recae sobre el tratamiento integral. Además, porque este no traduce reconocer el amparo por hechos futuros e inciertos, sino la simple previsión de servicios y medicamentos que en virtud a la naturaleza de la patología probablemente requerirá.

Suficientes razones le asisten a este Tribunal entonces para confirmar la sentencia objeto de la alzada en este punto.

(...)la Sala Penal de este Tribunal ha venido insistiendo en reiteradas ocasiones la tesis según la cual, el juez constitucional no se encuentra facultado para autorizar a las EPS recobrar ante el FOSYGA el costo de medicamentos o servicios excluidos del POS y que fueron ordenados por un fallo de tutela.

En los términos del artículo 86 superior, la acción de tutela encuentra su teleología en la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten violentados o amenazados como consecuencia de la acción u omisión de una autoridad pública o privada.

Por ello, su análisis se debe limitar a conceder o denegar el amparo tutelar deprecado por la parte actora, emitiendo además las órdenes pertinentes con miras a asegurar el cumplimiento de la protección constitucional, en caso de que esta sea prodigada.

En materia de tutela por violación al derecho fundamental a la salud, el juzgador ha de constatar única y exclusivamente si la EPS o EPS-S desconoció tal garantía constitucional por la negación de un servicio o medicamento a los que legalmente estaba obligados a prestar o suministrar. Por vía jurisprudencial, se ha dicho que en casos donde el usuario requiera un medicamento o servicio no incluido en el P.O.S, vale decir, aquellos que en principio las EPS no están obligados a garantizar, deben ser prestados o suministrados por la entidad demandada si su ausencia coloca en grave riesgo la salud y/o vida del paciente, no puede ser suplido por uno enlistado en el mentado plan obligatorio, haya sido ordenado por el médico tratante adscrito a la entidad, y el afiliado no tenga capacidad económica para sufragarlo.

En esas hipótesis, en aras de mantener el equilibrio financiero del sistema general de seguridad social en salud, las EPS pueden repetir contra el Estado por el valor del medicamento o servicio a que se vio obligada suministrar o prestar.

Dicha facultad, conviene precisarlo, no depende de la autorización expresa del juez constitucional, sino que encuentra fundamento en la ley. En otras palabras, la facultad que tienen las EPS de recobrar ante el F.O.S.Y.G.A o entidad territorial respectiva en la hipótesis anteriormente descrita, no deviene de autorización judicial sino de un imperativo legal, aspecto igualmente decantado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional...

En este sentido, aun cuando el juez de tutela ni siquiera enuncie la posibilidad de la EPS para repetir contra el Estado cuando se haya obligado a prestar o suministrar un servicio o medicamento excluido del POS, ésta puede elevar la solicitud de recobro pertinente ante el F.O.S.Y.G.A o entidad territorial, pues dicha facultad emerge de la ley, no del pronunciamiento jurisdiccional.

La sentencia de tutela cobra importancia, sólo para efectos de determinar el porcentaje que puede recobrase ante el Estado, pues si la prestación del servicio o suministro del medicamento NO POS fue producto de decisión jurisdiccional proferida en sede de tutela, las EPS podrán repetir por el 100% del valor de su costo. Tanto es así, que el artículo 11 de la Resolución No. 548 de 2010, que fija los requisitos para ejercer el derecho de recobro derivado de un fallo de tutela, obliga a las EPS acompañar a dicha petición copia de la sentencia constitucional, pero en parte alguna condiciona el porcentaje del reembolso a lo que el fallo judicial disponga.

Ello, entre otras cosas, porque puede suceder que aun cuando las EPS se han obligado a la prestación de un servicio o medicamento considerado por el fallo judicial como no POS, concurra una de las causales de rechazo a la solicitud de recobro previstas en el artículo 15 de la precitada resolución, entre las que aparecen que lo concebido por el juez constitucional como un medicamento o servicio excluido del POS, sea en verdad uno que se encuentre garantizado por el referido plan.

Por consiguiente, una decisión del juez constitucional que fije el monto porcentual objeto de recobro por parte de la EPS al Estado, en aras de materializar el equilibrio del sistema, puede constituir factor que lo resquebraje, pues la concesión misma de esa facultad y/o determinación de su porcentaje depende de diversos factores que deberán debatirse en el procedimiento administrativo entre el Estado y la EPS respectiva, no en el proceso constitucional donde se origina la sentencia de tutela, cuyos eventuales errores en punto del derecho de recobro ya no podrán ser objetados por el Estado, amén a la conversión de título ejecutivo que deviene de su firmeza.

Así las cosas, el juez constitucional no sólo no está llamado a pronunciarse sobre la eventual facultad de recobro que tienen las EPS contra el Estado por la prestación de servicios o medicamentos NO POS, pues en esta hipótesis no está en entredicho la protección de un derecho fundamental, sino que una decisión en tal sentido puede resultar peligrosa para el equilibrio del sistema, pues la facultad y el

porcentaje en el que puede ser ejercida depende de plurales criterios y factores que deben ser discutidos en el procedimiento administrativo trabado entre el Estado y la EPS. De lo contrario, la participación del juez de tutela constituye una ostensible invasión de las competencias ordinarias asignadas en este aspecto a las autoridades administrativas.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra acertada la providencia emitida por el juez de instancia, quien se abstuvo de evaluar el punto y por consiguiente, procederá a la confirmación de la misma.

Tutela de segunda instancia (2012-00047-01) del 06 de agosto de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – No existe cuando la acusación ha señalado la responsabilidad penal a título de coautoría y la sentencia lo hace por la calidad de autor.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 29, 30 y 228; Ley 906 de 2004, artículo 448.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 24529 del 29 de junio de 2006, con ponencia de Jorge Luis Quintero Milanés, 33658 del 30 de junio de 2010, con ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca y 35179 del 07 de abril de 2011, con ponencia de Fernando Alberto Castro Caballero.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De acuerdo con los planteamientos esgrimidos por el recurrente, corresponde a la Sala establecer si hay lugar a declarar la nulidad de la sentencia condenatoria proferida en contra del señor JULIO CESAR LOZANO, por faltar a la congruencia fáctica y jurídica que debe guardar con la resolución de acusación, al haberla fundado en la figura de la coautoría y no en la de la autoría como lo había consignado la resolución de acusación.

Sólo en la medida en que el anterior problema jurídico sea resuelto en forma negativa, debe el Tribunal determinar si de las pruebas practicadas en juicio, se desprende la responsabilidad penal del procesado en el delito objeto de acusación, o si por el contrario, este fue cometido apenas como instrumento de un sujeto que no fue convocado a juicio y es quien debe responder por su ejecución, conforme lo alega el recurrente.

Dentro del proceso prohiado por la Ley 906 de 2004, la acusación se erige en marco de referencia y límite de las facultades del juez al momento de proferir sentencia, pues en los términos de su artículo 448, sólo podrá declarar culpable al procesado por hechos que consten en la acusación y por delitos por los cuales se ha solicitado condena.

Lo anterior se erige en el denominado principio de congruencia, cuyo ámbito de aplicación cubre los hechos y la valoración jurídica previstos en la acusación, así como los esgrimidos por el juez como fundamento fáctico y jurídico de la decisión que le pone término al proceso.

Como lo ha enseñado la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, tal principio se vulnera cuando se condena (i) por hechos distintos a los contemplados en la imputación o acusación, (ii) por un delito no mencionado en la imputación o acusación, (iii) por un delito que aunque enunciado en la acusación, es adicionado por una circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad, o (iv) cuando se suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad, reconocida en la acusación.

Al morigerar la rigurosidad del principio examinado, la alta Corporación advirtió que el juez de conocimiento puede condenar por un delito diferente al señalado por el ente acusador, siempre que sea del mismo género, de menor entidad punitiva por el que fue convocado a juicio, y guarde identidad con el núcleo fáctico de la acusación, pues en caso contrario, se entiende que la modificación reporta ostensible desconocimiento al derecho de defensa, sobre el cual justamente se cimenta la teleología de la congruencia en un sistema adversarial.

Por eso, paladino se desprende la invariabilidad de la acusación en su aspecto fáctico, y en cambio la indudable posibilidad que tiene el juez de modificar los elementos jurídicos precisados por la Fiscalía, en tanto no se sorprenda a la Defensa Técnica del procesado.

Hacen parte de las variables jurídicas que delimitan el ámbito de movilidad del juez al momento de proferir sentencia, las valoraciones de tipo jurídico o dogmático esgrimidas como sustento de su decisión. De ahí que el apartamiento de las señaladas por el ente instructor en la acusación, e incluso en sus alegatos finales, son lícitas bajo los condicionamientos reclamados por la jurisprudencia, esto es, siempre que no se afecte la base fáctica de aquella ni representen modificaciones desfavorables al procesado violatorias de su derecho de defensa, en razón al sorprendimiento que le reportarían.

Para el recurrente, el juez faltó al principio de congruencia pues en su criterio, la acusación al procesado fue a título de autor, y la sentencia censurada desarrolló sus argumentos con base en la figura de la coautoría, para finalmente terminar condenándolo como autor.

Al respecto, es cierto que la acusación convocó al señor JULIO CESAR LOZANO en calidad de autor del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ESTUPEFACIENTES; también lo es, que la providencia de primer nivel utiliza razones pertenecientes al dispositivo amplificador de la coautoría, y en su parte resolutive decide condenarlo en calidad de autor.

Sin embargo, no le asiste razón cuando considera que la mencionada modificación argumentativa del juez de conocimiento, traduzca vulneración del principio de congruencia ni de su derecho de defensa. Si bien es cierto que el juzgador arriba a la certeza de la responsabilidad penal del acusado por la vía de la coautoría, cuando

la acusación lo tenía señalado como autor del punible enrostrado, esa variación hermenéutica no sorprendió la estrategia asumida por la defensa.

La teoría del caso de la Fiscalía en su vertiente fáctica, siempre transitó por los mismos hechos sobre los cuales se edificó la sentencia condenatoria. A su juicio, era claro que el procesado recibió del dragoneante ECHEVERRY un paquete envuelto con cinta aislante negra contentivo de estupefaciente, y ello lo hacía responsable a título de autor. Durante toda la etapa del juicio, el ente acusador mantuvo esta hipótesis y así lo confirmó cuando a su término alegó de conclusión. Por su parte, el juez de conocimiento le dio credibilidad a la mentada tesis, pero al advertir que el procesado actuó con el aporte material de otro sujeto -el auxiliar ECHEVERRY- consideró más a tono con la dogmática penal tratarlo como coautor.

Bajo ese panorama, la base fáctica de la acusación se mantuvo incólume, y en consecuencia la defensa siempre tuvo claro cuáles fueron los hechos por los que se le endilgaba el delito a su representado, independientemente de la postura dogmática acogida por el ente instructor o el juez de conocimiento en orden a adecuar su participación en una de las formas de intervención de la conducta delictual previstas en los artículos 29 y 30 del C.P.

Más aún, este es uno de los cambios que le es permitido hacer al juez de conocimiento frente a los aspectos jurídicos señalados en la acusación, pues además de respetar los condicionamientos expuestos en párrafos antecedentes, representa un mínimo de autonomía e independencia de los funcionarios judiciales -Art. 228 superior- quienes por virtud de la congruencia no pueden estar atados al particular criterio jurídico de la Fiscalía sobre temas eminentemente dogmáticos.

Así las cosas, la Sala no accederá a la nulidad solicitada por el recurrente.

En criterio del apoderado judicial del procesado, el juez de instancia ha debido exonerarlo del cargo formulado y en su lugar, convocar a juicio y condenar al auxiliar ECHEVERRY, quien utilizó al señor JULIO CESAR LOZANO DIAZ como instrumento para cometer la conducta delictual objeto de condena.

Considera, de una parte, que las pruebas de cargo eran insuficientes en orden a demostrar la certeza sobre su responsabilidad penal, específicamente las testimoniales del señor NORBERTO GUTIERREZ y GERMÁN FRANCISCO ESCOBAR DORADO, las cuales tilda de contradictorias con las vertidas por el procesado y el informe ejecutivo suscrito por el dragoneante DIEGO FERNANDO CALLEJAS. Por el contrario, de otro lado, la decisión de llevar consigo el estupefaciente, en su concepto, fue motivada por la confianza que le inspiraban los guardianes al servicio del INPEC, y porque a ello era difícil abstenerse pues provenía de una orden dada por uno de sus superiores.

La Sala, contrario a lo alegado por la Defensa Técnica del señor LOZANO DIAZ, no observa contradicciones entre las pruebas señaladas.

Como puede notarse, las atestaciones de los declarantes se ubican en dos momentos distintos que no pueden asimilarse para extraer de allí contradicciones entre sí. El primero pertenece al instante en que le es practicada la inspección corporal al acusado, y el segundo interviene en forma posterior para examinar si el

elemento que le fue incautado podía contener estupefaciente. De esta forma, cuando el primer testigo afirmó tajantemente que el paquete contentivo de la sustancia ilícita fue sacado por el procesado de su zona genital, y el segundo declarante dijo que lo halló en el bolsillo de su camisa, no emerge contradicción alguna, pues ambos sucesos pertenecen a momentos históricos diferentes que no pueden identificarse sin reparos.

Bajo ese panorama, los testimonios de cargo censurados por la Defensa Técnica permanecen incólumes en este aspecto, y de contera, también el hecho sobre el cual se edificó parte del juicio de responsabilidad elaborado por el juez de primera instancia, esto es, que el acusado llevaba consigo el estupefaciente en su parte genital.

Aclarado este punto, el Tribunal tampoco puede darle mérito probatorio a la tesis esgrimida por el abogado defensor, según la cual, el procesado habría actuado como un mero instrumento de otro sujeto -el dragoneante ECHEVERRY- y en esa medida la condena impuesta por el *A-quo* debería revocarse en esta instancia.

A pesar de que no lo precisa, cuando la defensa técnica elabora tal discurso recurre al error de tipo y a la coacción insuperable por las que en su criterio transitó el señor CESAR LOZANO DIAZ al ejecutar la conducta punible.

Con todo, la teoría no tiene vocación de éxito ante la carencia de elementos probatorios que la soporten, y porque desde el punto de vista dogmático, no podían ser alegadas simultáneamente.

Esto último, porque cuando el defensor del procesado indica que este recogió y transportó el paquete contentivo del estupefaciente en razón a la confianza que le inspiraba el guardián del INPEC que se lo arrojó, alega una falta de conocimiento sobre los elementos constitutivos de la infracción penal (Art. 32, inciso 10° del C.P.), en virtud del cual se elimina el conocimiento del dolo (Art. 22 del C.P.) de la conducta delictiva. Pero cuando en forma coetánea afirma que el dragoneante ECHEVERRY lo obligó a llevar la sustancia ilícita porque a su representado le *“resultaba difícil desatender la orden de uno de sus superiores”*, esgrime que actuó bajo una coacción insuperable (Art. 32, inciso 8° del C.P.), dejando incólume el conocimiento de que en su conducta concurren los elementos típicos del comportamiento prohibido -el conocimiento del dolo- pero haciendo imposible exigirle una acción distinta a la ilícitamente adoptada, situación que elimina la categoría dogmática de la culpabilidad.

Ello se aviene contradictorio porque la utilización de una teoría excluye la otra: si se actúa por error en torno a los elementos del tipo imputado, en este caso sobre la existencia del estupefaciente transportado, no puede alegarse al unísono que se comporta bajo una coacción insuperable, pues en esta se conserva justamente el conocimiento de la ilicitud de su conducta, pero hace inexigible la adopción de una distinta.

Sin embargo, aun cuando se omita la errónea elaboración de la censura enarbolada por el recurrente contra la sentencia de primer nivel, ambas posturas no encuentran asidero probatorio, como ya se había anunciado.

La decisión de llevar el paquete arrojado por el dragoneante ECHEVERRY, de acuerdo al propio dicho del señor LOZANO DIAZ, estuvo motivada voluntariamente. Si ello no hubiese ocurrido en esa forma, el procesado no habría cuestionado insistentemente al guardián ECHEVERRY -como lo afirmó en juicio- sobre el contenido del paquete que este le habría lanzado. Si los internos del centro carcelario debían acatar irreflexivamente los dictados de sus guardianes, como lo asegura la defensa técnica, el señor LOZANO DIAZ no debería haber increpado al dragoneante sobre la licitud del elemento incautado, sino únicamente seguir la orden dispuesta por el mentado servidor público.

Pero lo cierto es que los cuestionamientos realizados por el procesado al dragoneante ECHEVERRY sobre el contenido del paquete, denotan que la conducta de llevarlo consigo fue a todas luces voluntaria.

Y además, en conjunto con otros hechos que se pasan a explicar, dicen del conocimiento que el procesado tenía sobre la existencia del estupefaciente ocultado en el envoltorio que transportaba. En efecto, el aspecto evaluado enseña al menos que pudo actualizar el conocimiento sobre la existencia de uno de los elementos esenciales de la conducta típica, como lo era la sustancia estupefaciente que llevaba consigo. De no ser así, no le habría preguntado a quien le lanzó el paquete sobre su contenido, luego de haberle advertido que *“no quería involucrarse en problemas”*.

Para la Sala, este conocimiento aflora indubitable por dos circunstancias adicionales que rodearon la captura del señor LOZANO DIAZ: la imprecisión del destino del elemento informada en juicio por el procesado, y el lugar donde portaba la sustancia prohibida.

El acusado no dio una explicación lógica y creíble sobre el destino del paquete que le fue arrojado. Únicamente indicó que el guardián ECHEVERRY *“se lo dio a guardar”*, lo cual no resulta de credibilidad conforme lo enseña la experiencia, pues un dragoneante no entrega un paquete a un interno solamente para que lo conserve. Si lo lanzó como dijo el acusado, y este cuestionó tantas veces sobre su contenido, al punto de dudar de su licitud, no se entiende cómo lo recibe solo para que lo guarde.

Además, si no hubiese tenido conocimiento sobre la sustancia estupefaciente contenida en el paquete incautado, tampoco lo hubiese ocultado en su zona genital. Este hecho demuestra en forma indefectible, conforme a las reglas de la experiencia, que conocía los elementos típicos de su conducta y quería su realización, pues de haber estado seguro sobre la licitud del paquete no lo habría guardado en esa parte de su cuerpo.

Así las cosas, esta Sala encuentra ajustada a Derecho la condena impuesta al señor JULIO CESAR LOZANO DIAZ como coautor de la conducta punible de FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, y en consecuencia confirmará la sentencia objeto del recurso de apelación.

Sentencia de segunda instancia (AC-024-12) del 10 de agosto de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.

Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz
Presidenta Tribunal

Dr. Luis Alberto Peralta Rojas
Vicepresidente Tribunal

Edwin Fabián García Murillo
Relator Tribunal

NOTA DE RELATORÍA:

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

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