

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO – TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA
BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 006 – SEPTIEMBRE DE 2013**

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA

ABUSO DE CONDICIONES DE INFERIORIDAD – También puede existir aprovechamiento de la inexperiencia o desconocimiento de la víctima, y no solo de su trastorno mental.

ACCESIÓN POR ALUVIÓN – En esta clase de procesos es necesario agotar la audiencia de conciliación previa como requisito de procedencia.

ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA – En esta clase de procesos no se discuten las recompensas a favor de la sociedad conyugal.

AGENCIA OFICIOSA DE TUTELA – La madre no representa al hijo mayor de edad que presta el servicio militar y tiene la capacidad de promover personalmente la acción de tutela.

AUTO ILEGAL – No es viable secuestrar un inmueble si no han sido citados los terceros que tienen sobre él garantía prendaria o hipotecaria.

CADUCIDAD EN LAS ACCIONES DE DIVORCIO – Si se trata de comportamientos prolongados en el tiempo, los términos extintivos de la acción solo pueden computarse a partir del último acto.

COMPLICIDAD – Exige acuerdo anterior o concomitante al delito.

CONDENA EN COSTAS EN ACCIONES POPULARES – Ante la ocurrencia del hecho superado.

CONFLICTO DE COMPETENCIA – No puede existir entre el inferior funcional y su respectivo superior.

CONTRATO DE TRABAJO – El trabajador debe prestar sus servicios de manera personal y no recurrir a terceros ajenos a la relación contractual.

CONTRATO DE TRABAJO – Existe cuando las labores se cumplen de forma continua y permanente y bajo la estricta subordinación al empleador.

CONVENCIÓN COLECTIVA – La constancia de su depósito es requisito indispensable para establecer su validez y reclamar los beneficios en ella estipulados.

COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO – La subordinación y los demás elementos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo prevalecen sobre la fachada de los contratos cooperativos.

DENUNCIA DEL PLEITO – Para su procedencia debe existir contrato o vínculo entre denunciante y denunciado.

DERECHO A LA SALUD – Es el médico tratante, y no el juez de tutela, quien decide sobre la idoneidad de los tratamientos, procedimientos y medicamentos.

DERECHO DE PETICIÓN – La prueba de la notificación de la respuesta emitida es necesaria.

DERECHOS DE PETICIÓN Y AL MÍNIMO VITAL DEL PENSIONADO – El pago de las prestaciones reconocidas en sentencia judicial no debe ser sometido a trámite posterior o adicional.

DERECHO DE PETICIÓN Y DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA – Se vulneran cuando no se expide, de manera oportuna, el duplicado de la cédula de ciudadanía.

DESISTIMIENTO TÁCITO – No es viable su declaración cuando el acto del que depende la continuidad del proceso es responsabilidad del perito designado y no de la parte interesada.

HOMICIDIO – La fuga de una persona, contra la cual obra orden de captura, y no atiende el llamado de cesar en su escape, no legitima a la autoridad policial para atentar contra su integridad personal o su vida.

IMPEDIMENTO - Haber dictado sentencia condenatoria por allanamiento a los cargos en contra de uno de los acusados no constituye, por sí, motivo para declararse impedido.

LUCRO CESANTE – A falta de prueba sobre los ingresos de la víctima, debe presumirse que esta devengaba el salario mínimo legal mensual vigente.

MEDIDAS CAUTELARES DE SECUESTRO Y RETENCIÓN EN PROCESO DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL – Es posible levantarlas cuando el vehículo objeto de las mismas permite al deudor desarrollar su principal actividad económica.

MEJORAS – La discusión sobre ellas debe ser resuelta mediante proceso ordinario y no en el interior del juicio de sucesión.

MEJORAS EN PROCESO DE SUCESIÓN – No hay lugar a su reconocimiento cuando ellas no fueron incluidas en el inventario.

NULIDAD EN INCIDENTE DE DESACATO – Es preciso requerir al superior jerárquico del presunto infractor, cumplir con las normas del procedimiento civil aplicables al caso e imponer la sanción a quien debe acatar la orden.

NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA FUNCIONAL EN LA SEGUNDA INSTANCIA – El auto que niega la solicitud de nulidad no es apelable.

NULIDAD EN PROCESO DE SUCESIÓN – No puede ser blanco de objeción la partida no incluida en el inventario.

NULIDAD POR DARLE A LA DEMANDA UN TRÁMITE DISTINTO – La audiencia de instrucción y juzgamiento del artículo 373 del Código General del Proceso es norma aún no vigente y no puede ser practicada en las actuaciones sometidas al Código de Procedimiento Civil.

NULIDAD POR VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA – No permitir la práctica del testimonio del acusado.

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO – A la Fiscalía incumbe demostrar que el procesado carece del respectivo permiso.

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POR ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA – La Fiscalía no puede solicitarla cuando es notoria la ausencia de elementos materiales de prueba sobre los hechos relevantes.

PROCESO EJECUTIVO PARA EL PAGO DE APORTES PENSIONALES - La información a la Superintendencia Financiera sobre los empleadores morosos debe hacerse durante el proceso, y no antes.

PROCESO EJECUTIVO PARA EL PAGO DE APORTES PENSIONALES - La ley le otorga el mérito ejecutivo a la liquidación hecha por la administradora de pensiones y no a las cuentas de cobro.

PROCESO ORDINARIO – No es la vía adecuada para reclamar la responsabilidad civil por los perjuicios ocasionados al pagar sumas en exceso dentro de proceso ejecutivo.

PROCESOS DE PERTENENCIA EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – La competencia para conocer de ellos se determina por la cuantía del bien.

PRUEBA REPETITIVA EN EL SISTEMA ACUSATORIO - Informes policivos de igual contenido a las declaraciones de quienes los suscribieron.

PRUEBA SUPERFLUA – No es necesario obtener la copia de la póliza de seguro que ya obra en el proceso.

PRUEBA TESTIMONIAL – El omitir mencionar el domicilio y lugar de residencia de loa declarantes no conduce, inevitablemente, a la negación de la prueba.

RECOBRO AL FOSYGA – Con la excepción del servicio de transporte de pacientes, procede por las órdenes de tutela que disponen servicios no incluidos en el POS.

RECURSO DE APELACIÓN – El recurrente debe sustentarlo y el juez verificar que se cumpla con dicho requisito.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN ACCIDENTES DE TRÁNSITO – La decisión penal que precluye la investigación y fue aportada en copia simple no constituye cosa juzgada y no impide que la justicia civil decida al respecto.

RESPONSABILIDAD MÉDICA POR ERROR EN EL DIAGNÓSTICO – Es indispensable demostrar la culpa del galeno.

RETRACTACIÓN DE LOS MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES – Debe ser analizada a la luz de la sana crítica y la confrontación con los otros medios de prueba.

SANCIÓN POR DESACATO – No hay lugar a ella cuando el proceso de reestructuración de la entidad departamental impide el cumplimiento de la orden de tutela.

SENTENCIA CIVIL – Debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda.

SENTENCIA CONDENATORIA – Es a la defensa, y no a la Fiscalía, a quien corresponde derruir la certeza para imponerla.

SENTENCIA CONDENATORIA – Las pruebas de referencia no pueden ser su fundamento único.

SOLIDARIDAD EN LAS OBLIGACIONES LABORALES – Entre la cooperativa de trabajo asociado y el beneficiario de la obra.

SUBSIDIO PARA EL ADULTO MAYOR – Si el beneficiario no presenta su cédula de ciudadanía es posible entregarlo recurriendo a las otras formas de identificación autorizadas por la ley.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR ACTOS INMORALES DEL TRABAJADOR – Trato carnal en el lugar de trabajo.

TRABAJADORES OFICIALES EN LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – El cargo de contadora no está destinado al mantenimiento de la planta física hospitalaria ni a la prestación de servicios generales.

UNIÓN MARITAL DE HECHO - La permanencia que debe distinguirla no se rompe por las separaciones transitorias o los alejamientos temporales entre los compañeros.

SALA CIVIL-FAMILIA:

ACCESIÓN POR ALUVIÓN – En esta clase de procesos es necesario agotar la audiencia de conciliación previa como requisito de procedencia.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículo 85; Ley 640 de 2001, artículos 35 y 36; Código Nacional de Recursos Naturales, artículo 83.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas, el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿Se requiere agotar la audiencia de conciliación previa de la ley 640 de 2001 como requisito de procedibilidad, en una demanda donde se pretende

declaración de accesión por aluvión de un predio que ganó una mayor extensión por la disminución del río colindante?

A efectos de dar respuesta al anterior planteamiento, debe señalarse que como un mecanismo de autocomposición y bajo el imperio de la Ley 640 de 2001, en materia civil y en otras especialidades, se tornó obligatorio el requisito de procedibilidad de la conciliación para aquellos asuntos susceptibles de ella, antes de acudir a la jurisdicción y, por ahí, se adicionó el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil en la medida que si no se cumple esta exigencia legal impera el rechazo *in limine* de la demanda. (Artículos 35 y 36 *ejusdem*)

Sin duda, el objetivo del legislador fue dotar a los eventuales sujetos activos de la acción, de una herramienta previa para zanjar sus discrepancias frente al futuro personaje sobre quien recaerá la pretensión, por consiguiente, el tema o el asunto objeto de la misma toma vital importancia, precisamente, porque sobre él se implementará una posible conciliación.

Quiere ello significar, que cuando se presenta el libelo genitor ante el órgano jurisdiccional del Estado, surge el deber para el director de la eventual contienda de verificar el cumplimiento de tal requisito de procedibilidad.

En el presente asunto, resulta innegable que la parte actora acudió directamente ante la jurisdicción presentando la demanda ordinaria de accesión por aluvión, sin haber agotado la audiencia de conciliación prejudicial, razón suficiente para concluir que el rechazo del libelo en ese sentido estuvo bien acogido.

En efecto, en materia civil, determinó el legislador que debía acudirse a la conciliación extrajudicial en derecho antes de acudir a la jurisdicción, *“en los procesos declarativos que deban tramitarse a través del procedimiento ordinario o abreviado, con excepción de los de expropiación y los divisorios”*.

Y también dispuso como únicas excepciones a dicho requisito, como cuando se quiere solicitar *“el decreto y la práctica de medidas cautelares”* y *“cuando bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que éste se encuentra ausente y no se conoce su paradero”*, eventos en los cuales podrá acudirse directamente a la jurisdicción. Hasta aquí se impone la confirmación del auto materia de ataque.

No obstante, debe advertirse que para formulación de la presente demanda debe indispensablemente tenerse en cuenta las previsiones introducidas desde 1974 por el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente -Decreto 2811 de 1974-, específicamente su artículo 83, el cual establece:

Artículo 83: Salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado:

- a). El álveo o cauce natural de las corrientes.;
 - b). El lecho de los depósitos naturales de agua
- (...)

d). Una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho. (Negrillas fuera de texto)

Así, por expreso mandato legal, a partir del 18 de diciembre de 1974, las aguas, las superficies por donde se conducen, sus playas, y una faja de hasta treinta metros de ancho paralela al cauce, pasaron a ser bienes del dominio público del Estado, inalienables, imprescriptibles y no adjudicables. Por tanto, no es cierto que la conciliación como requisito de procedibilidad sea absurda, por cuanto en todo caso la pretensión debe dirigirse contra la Nación al involucrar bienes del Estado colombiano.

Retomando el asunto materia de apelación, se tiene entonces que como quiera que efectivamente del líbello demandatorio y de los anexos que lo acompañan, se puede constatar claramente que no se desconoce el domicilio del demandado, así como tampoco se petitionó la práctica cautela alguna, no se hallan presentes ninguna de las dos hipótesis legales que exceptúan el cumplimiento del requisito legal, por lo cual se impone la confirmación del auto materia de ataque, sin condena en costas.

Auto de segunda instancia (2012-022-01) del 1 de abril de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma el auto apelado.

DERECHOS DE PETICIÓN Y AL MÍNIMO VITAL DEL PENSIONADO – El pago de las prestaciones reconocidas en sentencia judicial no debe ser sometido a trámite posterior o adicional.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2591 de 1991, artículos 37 y 42.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-401 de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)En consecuencia corresponde determinar si con su actitud la entidad accionada ha vulnerado los derechos fundamentales de petición y mínimo vital de la accionante, y de paso con ello desconocido la orden dada en las sentencias de primera y segunda instancia por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en donde se ordenó la reliquidación pensional.

Así las cosas, tenemos frente al caso en concreto que la acción de tutela sí es procedente para salvaguardar los derechos fundamentales de la ciudadana MARLENY OCHOA DE ALBORNOZ, a quien, como lo expuso la *a quo*, sí se le está violentado entre otros, su derecho de petición y al mínimo vital, en tanto la entidad se ha negado injustificadamente a dar cumplimiento a un acto administrativo que reconoció una prestación pensional en cumplimiento de una sentencia judicial proferida por un Juez de la República y debidamente confirmada por el Tribunal Contencioso del Valle.

Sin duda, someter a la señora OCHOA DE ALBORNOZ, quien actualmente cuenta con 72 años de edad y merece una especial protección a otro largo trámite simplemente para que se incluya en nómina una resolución de reliquidación que se profirió en cumplimiento de una sentencia ya ejecutoriada y obligarla a tener que soportar dicha situación, atenta claramente contra sus derechos fundamentales, dado el desgaste emocional y económico que conllevaría todo el tiempo que demora un juicio ejecutivo para obtener el cumplimiento de la sentencia proferida por la jurisdicción Contencioso – Laboral. Por tanto, ante las particulares circunstancias que se asoman, y pese a que frente a las vehementes peticiones de la accionante no se ha dado solución al pago de lo requerido, evidentemente en el asunto *in casu*, el mecanismo ordinario resulta ineficaz.

En este orden de ideas, la Sala confirmará el fallo impugnado.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2013-0184-01) del 14 de junio de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

RECOBRO AL FOSYGA – Con la excepción del servicio de transporte de pacientes, procede por las órdenes de tutela que disponen servicios no incluidos en el POS.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Resolución 548 de 2010 y Acuerdo 008 de 2009, artículos 33 y 34.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias SU. 480 de 1997, T-019 de 2010 y T-780 de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

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

En consecuencia, para aquellos tratamientos, medicamentos y/o procedimientos que no se encuentren dentro del Plan Obligatorio de Salud y deba prestar la EPS accionada en razón del tratamiento ordenado, procede la aplicación de lo dispuesto en la Resolución 548 del 12 de febrero de 2010, con el fin de que sea cubierta la erogación que tiene que realizar la referida EPS con ocasión del cumplimiento del fallo de tutela proferido en dicha instancia.

En acatamiento de la norma citada, es totalmente procedente ordenar expresamente el recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) por aquellos

procedimientos, medicamentos y aditamentos que no se encuentren dentro de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud en razón de tratamiento médico que la NUEVA EPS debe brindar al paciente JOSE DE JESUS SANCHEZ GOMEZ.

Lo anterior con excepción del servicio de transporte pues de conformidad con lo establecido en los artículos 33 y 34 del Acuerdo 008 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud, dicho servicio o traslado de pacientes se encuentra incluido en el POS y POS-S.

Conforme al citado precepto legal y jurisprudencial, es claro para esta corporación que el servicio de transporte se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud tanto del régimen contributivo como en el subsidiado, de tal manera, que aquellas ocasiones en que deba ser trasladado JOSE DE JESUS SANCHEZ GOMEZ, por estar incluido tal servicio dentro del POS., es apenas obvio que le corresponde asumirlo a la NUEVA EPS. sin derecho a recobro alguno, pues, es deber y obligación de la entidad prestadora de salud brindar una adecuada asistencia a su afiliado conforme a las normas que rigen la materia, máxime cuando dentro del plenario quedó acreditado que dicha persona padece de enfermedad de parkinson, artrosis de rodilla severa, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, hipertensión arterial y canal servical estrecho, circunstancias por las cuales debe estar trasladándose periódicamente a la ciudad de Pereira para el manejo de la primera de las patologías en comento, como también para definir situación de columna aún no resuelta en neurocentro y enfermedad articular severa de rodilla por ortopedia que es muy dolorosa con gran incapacidad para la movilidad y por lo cual necesita de acompañante para sus visitas médicas y uso de silla de ruedas de acuerdo al concepto médico emitido por la Junta Regional de Neurocirugía Funcional visto a folio 53 del cuaderno de primera instancia.

Entonces, entendido que a la NUEVA EPS., le corresponde brindar el tratamiento integral al paciente JOSE DE JESUS SANCHEZ GOMEZ, es obvio que proceda el recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social (FOSYGA), en los términos de la Resolución 548 del 12 de febrero de 2010, con el fin de que sea cubierta la erogación que tuvo o tiene que realizar la referida EPS. con ocasión del cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia, así como para aquellos tratamientos, medicamentos y/o procedimientos que no se encuentren incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud y deba prestar la NUEVA EPS., con excepción del servicio de transporte que debe suministrar porque como anteriormente se indicó, dicho servicio se encuentra incluido dentro del POS.

Sin embargo, considera pertinente la Sala aclarar que lo aquí decidido en ningún momento autoriza a la accionante y/o paciente solicitar ilimitadamente tratamiento integral a favor de su agenciado, sino que ello se circunscribe a los medicamentos, exámenes, procedimientos, terapias, valoraciones y demás atención médica que requiera SANCHEZ GOMEZ en procura de su recuperación y que sea ordenada por los galenos en relación con las patologías o enfermedades que actualmente padece, las cuales han sido certificadas en el encuadernamiento.

En este orden de ideas, se adicionará el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia proferida el 26 de abril de 2.013, por el JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE CARTAGO (VALLE) y se confirmará en lo demás, el fallo materia de impugnación.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2013-00093-01) del 17 de junio de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: adiciona la sentencia impugnada.

DERECHO DE PETICIÓN – La prueba de la notificación de la respuesta emitida es necesaria.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-377 de 2000 y T-669 de 2003.

TESIS DE LA DECISIÓN:

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

En este orden de ideas, se tiene que el derecho de petición comprende la facultad de obtener una respuesta y que, por supuesto, ella se emita en condiciones idóneas que permitan su conocimiento por parte del petente, y que guarde correspondencia con lo solicitado, lo cual implica la prohibición de respuestas evasivas o abstractas, sin querer decir con ello que la respuesta deba ser favorable; desde luego, aquel se contrae a que la petición se tramite y resuelva oportunamente

En el evento puesto en consideración, si bien la entidad accionada, tanto en la contestación como en su impugnación, insistió en que a través de oficios de fecha 20 de mayo de 2013 y 22 de mayo de 2013, resolvió de fondo las peticiones de la accionante, lo cierto es que de las meras respuestas aportadas no se establece que hayan sido recibidas efectivamente por la peticionaria.

Por tanto, aunque la petición fue resuelta por la entidad dentro de la órbita propia de su autonomía administrativa -campo vedado al juez de tutela sobre el sentido de su decisión- no comprobó su entrega al solicitante, lo que no permite tener por satisfecho el derecho cuyo amparo se reclama y como ha transcurrido ampliamente el término legal para emitir la correspondiente contestación, tal omisión origina la violación al derecho fundamental de petición que debe ser protegido a través de este mecanismo constitucional.

En consecuencia, se impone la confirmación de la sentencia impugnada por cuanto el agravio al derecho de petición solamente cesa cuando la entidad obligada a responder notifica en legal forma la respuesta otorgada.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2013-0228-01) del 17 de junio de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA FUNCIONAL EN LA SEGUNDA INSTANCIA – El auto que niega la solicitud de nulidad no es apelable.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 140, numeral octavo, 138, 351, numeral quinto, y 144.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión 5362 del 22 de septiembre de 2000, ponencia de José Fernando Ramírez Gómez.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el aludido proceso el señor EVER OLIVIO BOLAÑOS propone incidente de nulidad porque a su juicio se configuró la causal establecida en el numeral 8º del artículo 140 del C.P.C.

El Juez *a quo*, al considerar que el anterior pedimento se presentó de manera extemporánea lo rechazó de plano, decisión que provocó inconformidad en el libelista, y por tal razón interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto devolutivo, tras considerar el juez de primera instancia que dicha providencia es susceptible de alzada porque así lo autoriza el artículo 138 de C.P.C, en concordancia con el numeral 5 del artículo 351 del *corpus juris* en cita. En esta instancia, el recurso fue admitido el 18 de octubre 5 de junio pasado, sin embargo, al entrar a decidirlo se percibe que esa providencia no es pasible de alzada, esto es, carece de segunda instancia, por lo cual, el tramite surtido en esta superioridad está inficionado de nulidad por falta de competencia funcional, como pasa a explicarse.

Hoy, a la luz de la Ley 1395 de 2010 la apelabilidad de decisiones en materia de nulidades procesales quedó reducida, conforme al numeral 5., artículo 351 del C.P.C. –modificado por el artículo 14 de la norma arriba citada- al auto “*que declare la nulidad total o parcial del proceso*”, pues es claro que con la reforma que tuvo el confesado fin de adoptar, “*medidas de descongestión judicial*”, como se encabeza la normativa referida, “*el legislador tuvo el propósito inequívoco de limitar y desestimular las apelaciones. En esa dirección se destacan dos modificaciones al texto del Código: la que reduce el inventario de autos susceptibles de apelación y la que altera el efecto en que debe concederse la apelación de las sentencias.*”.

En este sentido se ha pronunciado autorizada doctrina nacional:

En el numeral 5º precisa como apelable únicamente el auto que “niegue el trámite de un incidente autorizado por la ley o lo resuelva, el que declare la nulidad total o parcial del proceso y el que niegue un amparo de pobreza”, reforma que en lo que toca con las nulidades deja sin efecto el numeral 8º que se refería como apelable el auto que “decida sobre nulidades procesales”, lo que abría el camino del recurso tanto al que declaraba como al que negaba, mientras que

ahora únicamente se puede apelar el auto que “declare la nulidad total o parcial”.

Ahora, aún cuando el artículo 138 del C.P.C. –norma invocada para la concesión y admisión de la alzada-, estatuye como apelable en el efecto devolutivo, el auto que rechace el trámite de un incidente, no puede perderse de vista que de conformidad con lo establecido en el inciso 5º del artículo 142 del mencionado código, no todas las solicitudes de nulidad se tramitan por la vía incidental, aunado que ante la existencia de una norma especial que regula la apelabilidad en materia de nulidades, esta debe prevalecer sobre aquella de carácter general.

Así las cosas, falta uno de los requisitos de viabilidad del recurso de apelación, esto es, procedencia, lo cual traduce que esa tipología de decisión judicial carece de segunda instancia y por tanto cualquiera actuación que le de paso a ésta queda contaminada de nulidad por falta de competencia funcional, por demás insubsanable, según lo dispone el inciso final del artículo 144 del C.P.C. Por su pertinencia se trae a relación lo que ha dicho sobre el particular el órgano vértice de la justicia ordinaria:

1. Como bien se sabe, para la distribución de la competencia entre los distintos funcionarios judiciales, deben tenerse en cuenta ciertos criterios que en el derecho procesal se conocen como factores determinantes de competencia, uno de los cuales es el funcional, referido al repartimiento vertical o por grado de la competencia, en consideración a estadios procesales. Sin duda alguna, la noción distintiva entre jueces *a-quo* y *ad-quem*, nace de la aplicación de este criterio distributivo, porque entre uno de sus roles está, precisamente, el de poner en vigencia el principio constitucional de la doble instancia, según el cual al superior jerárquico funcional le corresponde conocer, entre otros, del recurso de apelación interpuesto contra las providencias dictadas por sus inferiores.

2. Por virtud del recurso de apelación el superior estudia “la cuestión decidida en la providencia de primer grado”, con el objeto de revocarla o reformarla, según los fines pragmáticos que al mismo le da el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil. Ahora bien, ese conocimiento del “superior”, juez de segunda instancia, surge con ocasión de la presencia de las condiciones que el legislador ha establecido para la adquisición de esa competencia (funcional); exigencias que no son otras distintas a las señaladas por los arts. 351 y 352 *ibídem*, como requisitos para la concesión y admisibilidad del recurso de apelación, a los cuales debe aunarse los generales para todo recurso, siendo en su totalidad los siguientes: a) que la providencia sea apelable; b) que el apelante se encuentre procesalmente legitimado para recurrir; c) que la providencia impugnada cause perjuicio al recurrente, por cuanto le fue total o parcialmente desfavorable, y d) que el recurso se interponga en la oportunidad señalada por la ley, consultando las formas por ella misma establecidas.

Si los citados requisitos no se cumplen, por referirse ellos a condiciones formales de procedibilidad que tocan con la admisibilidad del recurso y no con su fundabilidad, entonces, el inferior debe negar su concesión, pues de no proceder así el superior debe inadmitirlo, como expresamente lo indica el inciso 3o. del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, cuando preceptúa: “Si no se cumplen los requisitos para la concesión del recurso, éste será declarado inadmisibile y se devolverá el expediente al inferior...”.

Si no obstante las previsiones legales, el *a-quo* y el *ad-quem*, separándose de ellas, conceden y admiten un recurso de apelación con olvido de los requisitos vistos, no por ello se puede concluir en el abono o prórroga de la competencia funcional, porque siendo normas de orden público las reguladoras del recurso y por ende del factor funcional que opera, son de imperativo cumplimiento, lo cual a la postre implica que la competencia se adquiere pero bajo la pauta de un principio de reserva y estricta legalidad, que sólo tiene realización en tanto se agoten los requisitos mínimos para la admisibilidad del recurso. Por razones semejantes, la parte *in fine* del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, consagra como no saneable la nulidad derivada de la falta de competencia funcional, instituyéndola por consecuencia como una de las causas de nulidad que luego se puede aducir como motivo de casación (artículo 368, ord. 5o., *ibídem*), así la parte impugnante en el recurso extraordinario no la haya denunciado en el curso de la segunda instancia, que no es el caso, pues en éste desde ese instante la parte demandante planteó su inconformidad.

En consecuencia, lo que sigue es declarar la nulidad de la actuación surtida en esta instancia y en su lugar declarar inadmisibile el recurso de apelación interpuesto.

Auto de segunda instancia (2010-00312-00) del 20 de junio de 2013, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García. Decisión: declara la nulidad de la actuación surtida en la segunda instancia.

CADUCIDAD EN LAS ACCIONES DE DIVORCIO – Si se trata de comportamientos prolongados en el tiempo, los términos extintivos de la acción solo pueden computarse a partir del último acto.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículo 156, numerales primero, segundo, tercero, cuarto y séptimo; Código de Procedimiento Civil, artículo 210.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, decisión del 9 de abril de 1980, con ponencia del magistrado Eduardo García Sarmiento; Corte Constitucional, sentencia C-985 de

2010; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 15652 del 24 de noviembre de 2010, con ponencia de la magistrada María Patricia Balanta Medina.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas, el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿si como lo dijo la *a quo*, la demanda de divorcio, fundada en las causales 1ª, 2ª, 3ª y 4ª no han caducado, a pesar de haber tenido conocimiento la demandante desde 1987, por cuanto los hechos presuntamente endilgados han sido de ejecución sucesiva, hasta la actualidad?

En lo que atañe a los hechos constitutivos de las causales de divorcio, el legislador previó un límite en el tiempo para demandarlo, como es el establecido en el artículo 156 del Código Civil, modificado por el artículo 10 de la ley 25 de 1992 que disponía:

El divorcio solo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un (1) año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causales primera y séptima o desde cuando se sucedieron, respecto a las causales segunda, tercera, cuarta y quinta, [en todo caso las causales primera y séptima sólo podrán alegarse dentro de los dos (2) años siguientes a su ocurrencia] - (Aparte subrayado exequible condicionalmente y entre corchetes declarado inexecutable).

Precisamente este artículo fue objeto de demanda ante la Corte Constitucional, la que en sentencia C-985 de 2010 declaró inexecutable el ultimo aparte del mismo, pero además declaró exequible condicionalmente el aparte subrayado, bajo el entendido que *“...los términos de caducidad que la disposición prevé solamente restringe en el tiempo la posibilidad de solicitar las sanciones ligadas a la figura del divorcio basado en causales subjetivas”*.

De acuerdo con lo anterior, es evidente entonces que el plazo de dos años para demandar las causales 1ª y 7ª del artículo 156 del Código Civil, fue retirado del ordenamiento jurídico, pues a juicio de la corte la norma restringía absolutamente la posibilidad de solicitar el divorcio pasados dos años desde cuando tuvo lugar la causal, sin tener en cuenta si el cónyuge tenía o no conocimiento de ella.

Respecto de la declaratoria de exequibilidad condicional, lo que quiso la Corte fue separar dos situaciones: si se demanda el divorcio solamente, o si además del divorcio se piden alimentos. En el primer evento, en que solo se demande el divorcio por las causales subjetivas (1, 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 154 del Código Civil), no habrá termino de caducidad y la acción podrá ser ejercitada en cualquier tiempo; mientras que en el segundo evento, en donde además del divorcio se soliciten alimentos a cargo del cónyuge culpable a título de sanción, la demanda deberá obligatoriamente intentarse dentro del año en que se tuvo conocimiento o sucedió la causal, pues con ello se *“garantiza que las sanciones ligadas al divorcio basado en causales subjetivas se impongan en un término razonable y predecible”*.

Adentrándonos en materia de la apelación tiénese que frente a los hechos constitutivos de la casual primera de divorcio, si se demanda adicionalmente

alimentos, pueden ser alegados dentro del año siguiente a cuando la parte tuvo conocimiento; y respecto a los que estructuran las causales segunda, tercera y cuarta, deben ser alegados dentro del año de suceder los mismos.

Ahora bien, cuando los hechos constitutivos de las causales 1ª, 2ª, 3ª y 4ª del artículo 6º de la ley 25 de 1992, son comportamientos de tracto sucesivo, ha dicho la jurisprudencia que no se encuentran sometidos al régimen común de caducidad, sencillamente porque la conducta ha persistido en el tiempo. Por ejemplo, respecto a la segunda de las causales referidas, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 9 de abril de 1980 precisó:

Ha dicho la Corte que la caducidad no puede correr sino desde cuando cesa el incumplimiento, con relación al ordinal 2º del art. 154 del Código Civil.

Si actualmente la demandada no convive con su marido, como se le imputa, por la separación de hecho de los casados, es claro que por ahora hay base para pensar en que el abandono de sus deberes de esposa que se le endilga, sigue produciendo sus efectos, puesto que para contar el plazo de caducidad se requería que hubiera vuelto a cumplir cabalmente sus deberes y transcurrido el tiempo, pretendiera el marido alegar el incumplimiento que cesó.

Similar ocurre con la caducidad de la causal primera, relativa a las relaciones sexuales extramatrimoniales, sobre la cual la Sala Civil - Familia de este Tribunal ha sostenido:

Quiere decir que como esta infidelidad se ha venido prolongando en el tiempo, los términos extintivos de la acción sólo pueden computarse a partir del último acto, pero como este adulterio se ha estado actualizando, mientras el cónyuge no cese tal comportamiento, el tiempo para la caducidad no puede germinar en tanto con cada nuevo acto se reinicia el conteo de que se trata.

Aplicado el anterior criterio al caso que ocupa la atención de la Sala, es evidente que la excepción previa planteada está condenada al fracaso, pues conforme con la redacción de los hechos que soportan las causales invocadas para la prosperidad de las pretensiones de la demanda de reconvención, se tiene que son conductas que a juicio de la demandante persistían al momento de la presentación de la misma, aunque algunos de los hechos iniciaron hace muchos años.

En efecto: Respecto a la causal primera, esto es, las relaciones sexuales extramatrimoniales del demandado en reconvención, se afirmó en la contrademanda que éstas se han venido presentando desde el mes de enero de 1987 cuando prácticamente el demandado la sacó de su casa hasta la actualidad, en tanto se afirma que aquél convive actualmente con otra mujer de nombre CELIA MARÍA CAMACHO en la Calle 4 No. 2-73 del municipio de Guacarí.

Ahora, respecto a la causal segunda (2ª) que atañe al incumplimiento de los deberes de esposo del demandado, se afirma en la demanda que el apoyo económico hacia la demandante ha sido muy débil, correspondiéndole a los hijos velar en un 90% por el sostenimiento de su madre quien siempre ha sido ama de casa. Omisión de se prolongó hasta abril de 2012, tras la notificación del auto que

admitió la demanda principal a la cónyuge. Luego, conforme con el hecho anterior, si la demanda de reconvencción fue presentada el 27 de junio de 2012, es evidente que los hechos constitutivos de la aludida causal fueron alegados dentro de la oportunidad prevista en el artículo 10 de la ley 25 de 1992.

Por lo que atañe al trato cruel y los ultrajes –causal 3ª-, la demandante los refiere al hecho de haberla presuntamente el demandado privado de su domicilio conyugal, situación que ha persistido durante todo este tiempo. Igual acontece con la embriaguez habitual, pues en el escrito con que se subsanó el libelo de reconvencción se afirmó que ello ha tenido vigencia desde el matrimonio hasta hoy.

De todo cuento viene de verse, es evidente entonces que los incumplimientos y agresiones que se le endilgan al extremo pasivo son conductas que al momento en que se presentó el escrito de demanda de reconvencción, persistían, luego no puede hablarse de caducidad o de prescripción extintiva de las causales de divorcio.

Lo anterior sin perjuicio de que, si los hechos en los que apoya la demandante las pretensiones son ciertos o no, es una situación que debe ser motivo de debate probatorio en el curso del proceso y no de este trámite.

Finalmente y en lo que tiene que ver con la inasistencia de la demandante en reconvencción a la diligencia de interrogatorio de parte, baste decir que no hay lugar a aplicar las consecuencias adversas del artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, en tanto de la redacción del artículo 98 *ejusdem*, se establece la inviabilidad de la práctica de pruebas fuera de la documental, excepto cuando se trata de la falta de competencia, o la falta de integración del litisconsorcio necesario. Así, dicho precepto dispone:

Las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda, en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan. Al escrito deberán acompañarse los documentos y las pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer...

El juez se abstendrá de decretar pruebas de otra clase, salvo cuando se alegue la falta de competencia... o la falta de integración del litisconsorcio necesario y si esta no apareciere en documento, casos en que podrá solicitarse hasta dos testimonios o el dictamen de un perito, el cual no es susceptible de objeción.

Luego, ninguna consideración hará el Tribunal frente a la confesión que solicita el recurrente por la falta de comparecencia de su contraparte, pues como se dejó dicho, la práctica de pruebas en esta clase de actuaciones no resultan viables, salvo contadas excepciones.

Bastan las anteriores consideraciones para concluir entonces que atinó la *a quo* al haber declarado infundada la excepción previa de caducidad de la acción, razón por la que habrá de confirmarse la providencia apelada, sin que haya lugar a condenar en costas por no aparecer justificadas.

Auto de segunda instancia (2012-0148-01) del 22 de julio de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma el auto apelado.

PROCESOS DE PERTENENCIA EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – La competencia para conocer de ellos se determina por la cuantía del bien.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código General del Proceso, artículos 17, 18, 20, 25, 26 y 627, numeral cuarto; Código de Procedimiento Civil, artículos 16, 82 y 407; Ley 153 de 1887, artículo 40.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿corresponde al juez civil del circuito la competencia para conocer de un proceso ordinario, en donde se ventila como pretensión principal la nulidad absoluta de unas ventas sobre un inmueble y subsidiariamente la pertenencia del mismo, cuando la cuantía de aquel no supera los \$20.000.000.oo?

A efectos de dar respuesta al anterior planteamiento importa tener en cuenta que la presente demanda ordinaria, fue sometida a reparto el 20 de octubre de 2012, fecha para la cual las normas sobre competencia, es decir, el numeral 1° de los artículos 17, 18 y 20 del Código General del Proceso ya se encontraban vigentes, pues ello ocurrió así desde el 1° de octubre de 2012, por expresa disposición del artículo 627-4 *ejusdem*.

En materia de pertenencias ocurre que antes, con el Código de Procedimiento Civil, según el artículo 16-4, su conocimiento estaba asignado a los Jueces Civiles del Circuito en primera instancia, sin importar su cuantía, solo la naturaleza del asunto.

Pero sucede que en el Código General del Proceso, en el artículo 20 que reemplazó el 16 del Código de Procedimiento Civil, nada se dijo en punto a los procesos de pertenencia. Situación que luego fue asumida por el artículo 26 del nuevo código, que al referirse sobre la determinación de la cuantía, en su numeral 3° precisó: *“En los procesos de pertenencia ...y los demás que versen sobre el dominio o la posesión de bienes, por el avalúo catastral de estos”*

Debe tenerse en cuenta que las nuevas disposiciones traídas por el Código General del Proceso se refieren a la sustanciación y ritualidad de los juicios, sobre las que la ley 153 de 1887, en su artículo 40 establece: *“las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir”*

En síntesis, del estudio en conjunto de las normas sobre distribución de competencia del Código General del Proceso, se establece que se eliminó la cláusula de competencia exclusiva para las pertenencias, prevista en el artículo 16-4 del Código de Procedimiento Civil. Luego, la competencia para asumir el conocimiento de los procesos de prescripción adquisitiva, estará dada por la cuantía del bien, y corresponderá para inmuebles cuyo avalúo catastral no supere la mínima cuantía a los jueces civiles municipales en única instancia, si el avalúo alcanza la menor cuantía, será de los municipales en primera instancia, y si es de mayor, lo será de los jueces con categoría circuito en primera instancia.

Dicho de otro giro más simple: la competencia para conocer de los procesos de pertenencia hoy se determina por la cuantía, y no por la regla del artículo 16-4, el cual debe entenderse derogado por ser contrario al conjunto de normas posteriores. Hasta aquí quedaría claro lo de la prescripción adquisitiva.

Por lo que atañe a las pretensiones de nulidad absoluta que la parte demandante elevó como principales, baste decir que la competencia se determinará por las reglas generales de los procesos contenciosos, dependiendo si se trata de mínima, menor o mayor cuantía.

En el asunto *sub exámine*, tiénese entonces que el auto que rechazó la demanda por falta de competencia está llamado a ser confirmado, en tanto de los anexos que se acompañaron con la demanda, especialmente del recibo de impuesto predial, se establece que el inmueble materia del proceso para el año 2009 tenía un avalúo de \$7.013.000.00, a lo que se suma que la parte demandante estimó la cuantía de mismo en \$20.000.000.00, que desde la óptica de las nuevas normas sobre la cuantía del Código General del Proceso, son pretensiones de mínima cuantía, y desde luego, competencia del juez civil municipal en única instancia.

Finalmente, por lo que atañe a la acumulación de pretensiones, en donde como principal se solicitó la Nulidad absoluta de unas escrituras de venta y subsidiariamente la declaración de pertenencia del inmueble a favor de la demandante, debe decirse que no hay una indebida acumulación de las mismas, en tanto ambas son propias de ventilarse por la senda del proceso ordinario, el juez es competente para conocer de todas, y tampoco se excluyen entre sí. (artículo 82 Código de Procedimiento Civil)

Ahora bien, al juez de conocimiento corresponderá tener en cuenta las previsiones del artículo 407 *idem*, especialmente el tema del emplazamiento a las personas que se crean con derechos sobre el respectivo bien, para que al final de haberse tramitado el proceso ordinario, y en caso de no accederse a la pretensión principal, estén dados todos los supuestos necesarios para que pueda estudiarse la pretensión subsidiaria de pertenencia. Las anteriores precisiones se hacen desde un punto de vista académico, y para que sean observadas por el juez con categoría de municipal, pues lo cierto es que si el juez del circuito no era el competente para conocer del proceso, tampoco le estaba dado pronunciarse sobre la acumulación de pretensiones.

Auto de segunda instancia (2012-0164-01) del 23 de julio de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma el auto apelado.

PRUEBA TESTIMONIAL – El omitir mencionar el domicilio y lugar de residencia de loa declarantes no conduce, inevitablemente, a la negación de la prueba.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículo 219.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Consejo de Estado, Sección Primera, auto del 10 de marzo de 2011, con ponencia de Marco Antonio Velilla Moreno; Corte Constitucional, sentencia T-429 de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿si la omisión de mencionar el domicilio y residencia de los testigos, al solicitar una declaración de terceros, justifica la negación de los mismos como medios de prueba?

A efectos de dar respuesta al anterior planteamiento debe precisarse que principio y guía de toda actuación es el debido proceso, de allí que en materia probatoria se haya establecido constitucionalmente, en el artículo 29, el derecho fundamental de las partes “...a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...”.

En tratándose de prueba testimonial, verdad es que el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, establece que *"deberá expresarse el nombre, domicilio y residencia de los testigos, y enunciarse sucintamente el objeto de la prueba"*, pero de ahí no se deriva que ante la falta de la dirección del posible declarante debe rechazarse sin más la solicitud.

Clara ha sido la actual jurisprudencia al respecto, la cual ha revaluado criterios formalistas que otrora imperaron, pero que a la luz de los nuevos lineamientos constitucionales, propenden por un derecho procesal más garantista, en el que prime el derecho sustancial ante el formal. De allí que hoy, incluso se haya erigido en causal de procedencia de la tutela por vía de hecho, el exceso ritual manifiesto. Precisamente siguiendo esta postura más garante, el Consejo de Estado ha establecido que:

Del texto de la norma transcrita (Artículo 219 del C.P.C.) se desprende la obligación de indicar en la demanda el nombre, domicilio y residencia de los testigos, y enunciarse sucintamente el objeto de la prueba, razón por la cual el juez debe al momento de evaluar sobre el decreto de la prueba testimonial el cumplimiento de los citados requisitos. Se observa que respecto de la prueba del señor JUAN MANUEL OSPINA, el mismo actor advierte en el recurso de apelación que no conoce la dirección de ubicación del mismo, por ello remite expresamente a la hoja de vida que debe reposar en la Secretaría de Gobierno de Bogotá. En este sentido, recuerda la Sala que la posición reiterada de esta Sección es que la ausencia de la información sobre la dirección para ubicar el testigo no autoriza por si misma a denegar la prueba solicitada, pues es menester dar prevalencia de los derechos reconocidos en la Ley y garantizar la primacía del derecho sustancial que postula el artículo 228 de la Constitución Política. (subrayas fuera de texto)

En el caso bajo examen, la parte demandada en el escrito mediante el cual contestó la demanda solicitó se decretara el testimonio de cuatro personas, quienes declararían sobre los hechos y pretensiones de la demanda y *“pueden ser citados a través del suscrito”*; siendo negado su decreto porque no se indicó el domicilio y residencia de los declarantes.

Pero lo cierto es que la exigencia del lugar de residencia y domicilio de los declarantes, como quedó sentado, no puede considerarse una exigencia ineludible so pena del rechazo de la prueba, pues además que la comparecencia de los testigos es una carga procesal de la parte, los deponentes bien pueden ser citados a través del apoderado judicial solicitante de la prueba, lo cual implica que éste asuma la obligación de asegurar la llegada de aquellos.

Entonces es evidente, que la ausencia de dirección del lugar de residencia del declarante y su domicilio no puede conducir de manera inexorable a que se deba negar la prueba, pues en este caso específico, de la lectura de la petición formulada se obtiene que la omisión de la prueba que se le atribuye, es como lo advirtiera la Corte Suprema de Justicia “superable en un momento dado por el solicitante de la prueba como que es carga procesal suya”(Subrayado fuera de texto). (Auto de 14 de junio de 1989).

Total que se modificará el auto apelado, con el fin de revocar la negativa de los testimonios omitidos, como se anotó, sin lugar a condena en costas.

Auto de segunda instancia (2011-0212-01) del 23 de julio de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca el auto apelado en lo concerniente a las pruebas testimoniales.

SANCIÓN POR DESACATO – No hay lugar a ella cuando el proceso de reestructuración de la entidad departamental impide el cumplimiento de la orden de tutela.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2591 de 1991, artículos 52 y 53; Ley 550 de 1999, artículo 17.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión 2012-01832-00 del 4 de septiembre de 2012, ponencia del magistrado Jesús Vall de Rutén Ruiz; Sala de Casación Penal, decisión del 15 de diciembre de 2011, ponencia del magistrado José Luis Barceló Camacho.

TESIS DE LA DECISIÓN:

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

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

superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.

Según la norma citada, incurre en desacato quien incumpla una orden del Juez de tutela, haciéndose acreedor a las consecuencias jurídicas señaladas en los artículos 52 y 53 del citado decreto. Luego, es claro que la imposición de la sanción sólo puede producirse en contra de quien compelido por una orden de tutela, de forma deliberada no la cumple.

Lo anterior significa que, en el incidente de desacato se debe realizar por el funcionario judicial un juicio subjetivo de responsabilidad para ver más allá del material o físico incumplimiento de la orden tutelar, la voluntad de desobedecimiento por parte del destinatario de la misma, la imposibilidad de la observancia y en fin, todos los elementos que permitan discernir con justeza las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodean el suceso, todo en orden al establecimiento del desacato y sus consecuencias.

Pues bien, en el caso bajo estudio, se advierte que si bien mediante el fallo de tutela del 17 de enero de 2012 se ordenó a la Gobernación emitir Resolución ordenando el pago del auxilio de cesantía a favor de la accionante como cónyuge supérstite, lo cierto es que el actual gobernador no ha dado cumplimiento a la sentencia no por rebeldía, sino por que se encuentra imposibilitado legalmente para hacer pagos por fuera del proceso de reestructuración de que es objeto el ente departamental.

En efecto, como se alegó a lo largo del proceso por los abogados de la defensa, la Gobernación del Valle del Cauca fue admitida por el Ministerio de Hacienda, a través de Resolución del 15 de mayo de 2012, a proceso de Reestructuración Empresarial. Dicho trámite fue promovido por la anterior Gobernadora (E) Dra. ADRIANA CRABALÍ.

Conforme con el artículo 17 de la ley 550 de 1999, a partir de la fecha de iniciación de la negociación, el empresario no podrá efectuar “...compensaciones, pagos, arreglos, conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo...”. Al punto que “*Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, será ineficaz de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial, y dará lugar a la imposición al acreedor, al empresario, a ambos y a sus administradores, según el caso, de multas sucesivas hasta de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, hasta tanto se reverse la operación respectiva*”.

Sin duda, esta particularidad, no la puede dejar de advertir el Tribunal, atendiendo la trascendencia de todo orden que comporta una decisión del linaje de la que se asumió en este caso –nada menos que multa y arresto-; pues no puede echarse de menos como bien lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia “...*la finalidad del incidente de desacato no es la imposición de la sanción en sí misma, sino la sanción como una de las formas de búsqueda del cumplimiento de la sentencia.*”.

Pero además establece el Tribunal que si el fallo de tutela es del 17 de enero de 2012, y el inicio del proceso de reestructuración es del 15 de mayo de 2012 estando a la cabeza del departamento la anterior Gobernadora, la situación ya estaba planteada para cuando el aquí sancionado fue elegido popularmente como Gobernador. Luego,

el proceso de Reestructuración ya se venía tramitando y por supuesto el crédito de la accionante, por ser anterior a su inicio, debió estarse a las resultas del proceso y al orden de pagos legalmente establecido al igual que todos los demás créditos laborales, sin que le fuera dado al actual mandatario desconocer el artículo 17 de la ley 550 sobre la prohibición de pago de créditos, so pena de multa, por desconocimiento del principio vinculante de la *par conditio creditorum* o igualdad de todos los acreedores.

En consecuencia, debe tenerse en cuenta la anterior circunstancia como una imposibilidad jurídica del actual gobernador para dar cumplimiento con el fallo de tutela, en tanto sancionar a una persona destinataria de una orden que al momento de la decisión no tiene la posibilidad de observarla, desdibuja la característica de apremio y finalidad del incidente de desacato.

Finalmente debe ponerse de presente que si bien de las declaraciones de la accionante, ella resalta su precaria situación económica, y problemas de salud, no se acreditó dentro del proceso que se le haya dado un trato desigual frente a otros créditos similares, pues lo cierto es que a causa del trámite de reestructuración debe observarse un debido proceso y ello representa un orden previamente establecido en que se pagarán las acreencias, sin que sea justo pasar por encima de los demás acreedores.

Total, se revocará la sanción por desacato al Gobernador, pues como quedó visto, se encuentra legalmente imposibilitado, por expresa disposición legal para hacer pagos o arreglos, so pena de sanción por multa.

Consulta desacato (2011-0214-00) del 29 de julio de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca la decisión sometida a consultada.

PROCESO ORDINARIO – No es la vía adecuada para reclamar la responsabilidad civil por los perjuicios ocasionados al pagar sumas en exceso dentro de proceso ejecutivo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 2341 a 2356.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 6771 del 10 de septiembre de 2001 y 1994-12835-02 del 16 de diciembre de 2005.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Del *petitum* se colige que la parte actora persigue la declaratoria de responsabilidad civil por los daños y perjuicios sufridos con ocasión del cobro de unas sumas que considera fueron cobradas en exceso dentro del proceso ejecutivo que la demandada adelantara en su contra ante el Juzgado Tercero Civil Municipal de Buenaventura.

De donde se sigue que el cuestionamiento a resolver por la Sala de Decisión se contrae a determinar: ¿es posible reclamar a través de un proceso ordinario responsabilidad civil por perjuicios causados debido a un supuesto exceso en el cobro realizado a través de un proceso ejecutivo?

En el presente asunto la responsabilidad invocada tiene su fundamento en que la demanda ejecutiva se formuló por unos valores superiores a los adeudados y que al señor JUSTINO SALAS le correspondió pagar *“los valores irrogados en la sentencia del proceso ejecutivo singular resultando damnificado por un exceso de una deuda que parcialmente no existía”*.

Sobre el punto, encuentra la Sala conforme con las pruebas arrimadas al plenario que en el Juzgado Tercero Civil Municipal de Buenaventura se tramitó un proceso ejecutivo adelantado por la sociedad SUPERCALI S.A., contra GERARDO VALENCIA, EDINSON VALENCIA y JUSTINO SALAS CAICEDO por la suma de \$940.434, junto con los intereses moratorios desde el 31 de diciembre de 2004, en el que los demandados dentro de la oportunidad formularon las excepciones que estimaron pertinentes entre esas, la de pago total de la obligación, las que fueron desestimadas en sentencia de 25 de octubre de 2005, y por tanto, se ordenó seguir adelante la ejecución conforme el mandamiento de pago.

De lo que se deduce que si la jurisdicción ya había resuelto dentro del trámite del proceso ejecutivo cual era el monto de la obligación no es viable volver a traer dicha temática a la jurisdicción por haber operado la cosa juzgada.

Aduce el recurrente que no opera la cosa juzgada porque no se da la triple identidad exigida por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, lo que en principio es cierto, mas la hipótesis analizada aquí de cosa juzgada es la correspondiente a la existencia de una decisión ejecutoriada dentro de un proceso ejecutivo, sin que la decisión tomada en esta sea revisable por medio distinto del proceso de revisión, y sin que sea válido solicitar el cobro de los supuestos perjuicios causados con ocasión de un cobro que está amparado en un fallo judicial, amén de que como se indicó en la sentencia censurada no existe fuente de la responsabilidad en la cual pueda enmarcarse los hechos analizados, ya que se encuentran amparados en su desarrollo del principio de legalidad.

Por lo anteriormente expuesto habrá de confirmarse la sentencia apelada y condenarse en costas al apelante.

Sentencia de segunda instancia(2009-0013-01) del 30 de julio de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

NULIDAD POR DARLE A LA DEMANDA UN TRÁMITE DISTINTO – La audiencia de instrucción y juzgamiento del artículo 373 del Código General del Proceso es norma aún no vigente y no puede ser practicada en las actuaciones sometidas al Código de Procedimiento Civil.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículo 140, numeral cuarto; Código General del Proceso, artículo 627; Ley 153 de 1887, artículo 40.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas, el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿se configura nulidad por darse a la demanda un trámite distinto, cuando en un proceso ordinario que se venía tramitando bajo las normas del Código de Procedimiento Civil, y habiéndose evacuado la etapa probatoria, en vez de correrse traslado para alegar de conclusión, se practica audiencia de instrucción y juzgamiento prevista en el artículo 373 del Código General del Proceso?

A efectos de dar respuesta al anterior planteamiento, debe señalarse que la expedición de nuevas normas de carácter procesal, lleva inmersa el cuestionamiento sobre su aplicación a los procesos que ya se encontraban en curso para cuando éstas empezaron a regir. Así, se han expuesto posturas como que la ley anterior gobernará de principio a fin, toda la ritualidad de aquellas demandas cuyo trámite ya hubiese comenzado o, también, que la nueva norma procesal debe ser aplicada únicamente a aquellos procesos posteriores a su vigencia.

Ciertamente, el legislador patrio no fue ajeno a dicha problemática y desde otrora adoptó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, norma rectora en asuntos de esta especie, la que antes de la modificación introducida por el artículo 624 de la ley 1564 de 2012 establecía: *“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”* –subrayas del Tribunal-.

En el asunto *sub exámine*, la nulidad solicitada por dar a la demanda un trámite distinto, la hizo descansar la demandante en el hecho que habiéndose practicado las pruebas, no era del caso dar aplicación al artículo 373 del Código General del Proceso, sino ordenar correr traslado para alegar de conclusión por escrito, tal cual lo establece el Código de Procedimiento Civil para los procesos ordinarios.

Pues bien, para revocar el auto materia de impugnación baste decir que el artículo 373 del Código General del Proceso, que establece la audiencia de instrucción y juzgamiento dentro del proceso verbal, solo tendrá vigencia a partir del 1° de enero de 2014 *“en forma gradual y según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura”* (Num. 6° Artículo 627), pues no se encuentra enlistado dentro de las disposiciones que empezaron a regir desde la promulgación de la ley, ni tampoco dentro de las que cobraron vigencia desde el 1° de octubre de 2012.

Al efecto establece el artículo 627 del Código General del Proceso:

CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO: Artículo 627. Vigencia.

La vigencia de las disposiciones establecidas en esta ley se regirá por las siguientes reglas:

1. Corregido por el art. 18, Decreto Nacional 1736 de 2012. Los artículos 24, 30 numeral 8 y párrafo, 31 numeral 2, 33 numeral 2, 206, 467, 610 a 627 entrarán a regir a partir de la promulgación de esta ley.

2. La prórroga del plazo de duración del proceso prevista en el artículo 121 de este código, será aplicable, por decisión de juez o magistrado, a los procesos en curso, al momento de promulgarse esta ley.

(...)

4. Los artículos 17 numeral 1, 18 numeral 1, 20 numeral 1, 25, 30 numeral 8 y párrafo, 31 numeral 6 y párrafo, 32 numeral 5 y párrafo, 94, 95, 317, 351, 398, 487 párrafo, 531 a 576 y 590 entrarán a regir a partir del primero (1º) de octubre de dos mil doce (2012).

(...)

6. Los demás artículos de la presente ley entrarán en vigencia a partir del primero (1º) de enero de dos mil catorce (2014) en forma gradual (...) según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura y en un plazo máximo de 3 años,... (Negrillas fuera de texto)

Siendo ello así, si el proceso es nulo cuando se tramita por una cuerda procesal distinta a la que le es propia (Artículo 140-4) y habiéndose demostrado que el presente asunto se terminó tramitando bajo las reglas de un procedimiento que aún no está vigente, sin duda para el Tribunal, habrá lugar a decretar la nulidad desde el auto que fijó fecha para la celebración de la audiencia que se ataca.

Además debe advertirse, que la causal de nulidad que aquí se está alegando tiene el carácter de insaneable (inciso final Artículo 144 idem), de modo que el único remedio que se aviene es la repetición de la actuación, desde cuando se fijó fecha para celebrar la audiencia que no procedía. En consecuencia, se nulificará el trámite desde el auto de fecha 03 de septiembre de 2012, para que en su lugar el *a quo* termine de surtir el proceso, bajo las directrices del Código de Procedimiento Civil.

Auto de segunda instancia(2010-0104-04) del 6 de agosto de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca el auto apelado y decreta la nulidad.

CONDENA EN COSTAS EN ACCIONES POPULARES – Ante la ocurrencia del hecho superado.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 472 de 1998, artículo 38; Código de Procedimiento Civil, artículo 392.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De cara a las decisiones de la sentencia recurrida y la protesta que a través de la alzada exterioriza la COOPERATIVA COOMEVA FINANCIERA, cumple iniciar memorando que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, las normas del Código de Procedimiento Civil resultan ser de aplicación en lo que tiene que ver con las costas en el presente asunto.

Por su parte el artículo 392 del C.P.C. dispone que deberá soportar las costas del proceso la parte vencida en el o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto. Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o un amparo de pobreza.

Ahora bien, tal y como delantadamente quedó consignado, COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA como argumento total de su disenso, aduce que en razón a que la sentencia que finiquitó la primera instancia negó las pretensiones de la demanda al producirse un hecho superado, no fue vencida en el juicio, y que en tales condiciones no se debió ser condenar en costas y agencias en derecho.

Atendiendo las pruebas recaudadas en el discurrir de la actuación, en particular de las resultas de la inspección judicial practicada en el *sublite*, es incuestionable que hoy por hoy donde funciona COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA, ubicada en la Calle 8 N° 2 B- 21 de la ciudad de Buenaventura, fueron implementadas las rampas de acceso a dicha entidad, es decir, se produjo el restablecimiento del derecho colectivo vulnerado, empero, también quedó suficientemente claro, que se dio aplicación a dicha tarea con posterioridad al ejercicio de la acción constitucional, y en razón a la intervención de quien promovió la misma.

Aunado a ello, esa misma prueba revela la vulneración de los derechos colectivos aún habiéndose hecho las adecuaciones locativas solicitadas, pues se determinó que después de la construcción de las rampas, las mismas presentan anomalías, tanto así que en el numeral séptimo del fallo blanco de ataque se ordenó su demarcación y mantenimiento, luego entonces, es necesario dejar sentado que muy distinto resulta ser que ante el desaparecimiento de los hechos que dieron origen a la demanda, se haya tornado innecesario un ordenamiento en los términos inicialmente pretendidos, lo que de ninguna manera significa que COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA no haya resultado vencida y que no tenga que soportar la condena en costas y agencias en derecho, pues aquella en ningún momento salió absuelta de esta acción constitucional.

Así las cosas, para la Sala no son de recibo los argumentos de la entidad impugnante, y en tales condiciones no se accederá a la infirmación solicitada.

Sentencia de segunda instancia (AP-2010-00017-01) del 8 de agosto de 2013, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García. Decisión: confirma la sentencia apelada.

NULIDAD EN PROCESO DE SUCESIÓN – No puede ser blanco de objeción la partida no incluida en el inventario.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 600 y 601.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El artículo 600 del Código de Procedimiento Civil señala las exigencias formales que se deben tener en cuenta para adelantar una diligencia de inventario y avalúo

en un proceso de sucesión, siendo una de ellas la de que *“El inventario será elaborado por los interesados bajo la gravedad de juramento y presentado por escrito para su aprobación en la fecha señalada, con la indicación de los valores que de común acuerdo asignen a los bienes”*.

En el presente caso, la única persona que cumplió con esta exigencia fue la apoderada judicial de la heredera MARIA DEL MAR ARCILA LUCIMI, presentando un escrito de tres (3) folios y donde registra, como activos, tres (3) bienes inmuebles y expresa que no existe pasivo alguno, para un total de activos de \$110.000.000,00. O sea que esto es lo que realmente se considera como inventario, ya que la apoderada de los restantes herederos no cumplió con tal exigencia (la de presentar el escrito de inventario).

Estando conformado el inventario en la forma indicada anteriormente, de ello es que debió entender tanto el Juzgado A Quo como las apoderadas de los interesados que se corría traslado en el auto de mayo 15 de 2012.

La duda se creó a raíz de que el Juez A Quo, en un error involuntario, omitió precisar, al concluir la diligencia, como quedaba conformado el inventario para que las partes y el mismo supieran de qué se correría traslado.

Extrañamente y en claro desconocimiento de las normas adjetivas civiles que regulan la materia relativa a los inventarios en el proceso de sucesión, la apoderada de la heredera MARIA DEL MAR ARCILA LUCIMI, quien fue la única que cumplió con la exigencia de la norma adjetiva plasmada en el artículo 600 del C. P. C., entendió, en forma equivocada, que lo dicho por la apoderada de los otros herederos, quien no presentó escrito de inventario alguno incumpliendo con tal carga procesal, hacia parte del inventario y una cosa es que se registre en el acta de la diligencia de inventario y otra muy distinta que ello sea inventario, y por ello propuso una objeción con el fin de que se excluyera lo indicado en el escrito de mayo 3 de 2012, o sea lo concerniente a una certificación de Coomeva, objeción a la cual nunca se le debió dar curso, pues estaba dirigida a la exclusión de una partida que en momento alguno fue incluido en el único escrito de inventario presentado en la diligencia de mayo 10 de 2012, que entre otras cosas fue allegado por ella misma. En otras palabras, no se puede objetar lo que no existe.

El A Quo al haberle dado curso a dicha objeción incurrió en una crasa violación a la normatividad legal que sobre el tema consagra el Código de los Ritos Civiles, generando de esa forma una actuación ilegal a todo lo efectuado con respecto a la presunta objeción, o sea a todo lo realizado a partir del auto de mayo 29 de 2012, inclusive, y relacionado con tal objeción.

De acuerdo con lo antes expuesto, este Despacho, al observar que no es procedente el recurso de apelación contra la decisión tomada por el Juez Tercero de Familia de Palmira (V) plasmada en el auto interlocutorio de fecha 3 de octubre del 2012, donde se resuelve la objeción presentada contra la diligencia de inventario realizada en el proceso de sucesión intestada del causante MARIO LEON ARCILA LOZADA, debido a que se objetó una partida que nunca fue incluida en el inventario y el Juez, contrariando lo dispuesto en los artículos 600 y 601 del C. P. C., adelantó todo el trámite del incidente sobre algo que nunca fue inventariado, situación por la cual se declarará la ilegalidad de todo el trámite surtido en este

proceso, y relativo a la objeción presentada contra el inventario, ilegalidad que va a partir del auto de mayo 29 del 2012, inclusive, donde se corrió traslado de la objeción presentada por la apoderada judicial de la heredera MARIA DEL MAR ARCILA LUCUMI, ya que esa objeción va dirigida a la exclusión de una partida que no ha sido inventariada y por ello el Juez A quo debió abstenerse de tramitar tal objeción y proceder a aprobar el inventario presentado por la misma apoderada de la heredera ARCILA LUCIMI.

Auto de segunda instancia (2012-00093-01) de 2013, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: declara la ilegalidad de todo lo actuado.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN ACCIDENTES DE TRÁNSITO – La decisión penal que precluye la investigación y fue aportada en copia simple no constituye cosa juzgada y no impide que la justicia civil decida al respecto/SENTENCIA CIVIL – Debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda/LUCRO CESANTE – A falta de prueba sobre los ingresos de la víctima, debe presumirse que esta devengaba el salario mínimo legal mensual vigente/DENUNCIA DEL PLEITO – Para su procedencia debe existir contrato o vínculo entre denunciante y denunciado.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 2341 a 2357; Resolución 1555 de 2010 (Superfinanciera), Código de Procedimiento Civil, artículo 54.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 2012-01083 del 7 de junio de 2012, sentencia 076 del 30 de julio de 2008 y sentencia 236 del 19 de diciembre de 2006.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Del *petitum* se colige que la parte actora persigue la declaratoria de responsabilidad civil por los daños y perjuicios sufridos con ocasión del fallecimiento de la señora YOLANDA LÓPEZ DE GARCÍA en un accidente de tránsito el día 16 de agosto de 2005, cuando se movilizaba como parrillera en la moto de placas MXQ-54A, conducida por el señor GERARDO ANTONIO BEDOYA, colisionando en la intersección de la calle 36 con carrera 43 de la ciudad de Palmira con el vehículo microbús de servicio público de placas VCP-747 conducido a su vez por el señor BREYNER FELIPE ECHAVARRÍA.

(...) En el caso *sub júdice* no se encuentra en discusión el hecho dañoso, pero sí el nexo causal, ya que la demandada MONTEBELLO S.A. y la llamada en garantía COLSEGUROS y consideran que se configuró la cosa juzgada penal, en tanto al conductor del microbús le fue precluida por parte de la Fiscalía la investigación que se le adelantaba. Luego la discusión se centra en establecer ¿si la decisión penal aportada en copia simple donde se ordenó la preclusión de la investigación por falta de prueba sobre la culpabilidad del conductor de la buseta impide el pronunciamiento de responsabilidad civil en cabeza de los demandados?, y después

de ello determinar ¿si las condenas emitidas extralimitaron las peticiones de la demanda?

Para responder es necesario precisar que las decisiones proferidas dentro de la jurisdicción penal por regla general no constituyen cosa juzgada frente a la civil, salvo en tres casos: cuando la conducta causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha precisado que:

Precisado por la jurisprudencia los eventos de excepción para la configuración de la cosa juzgada, procede revisar el material probatorio adosado al informativo para revisar la viabilidad del primer argumento de censura, y en ese sentido fácil es concluir que en el *sub lite* no se hizo ningún esfuerzo demostrativo para acreditar la cosa juzgada, ya que las copias aportadas por el extremo demandado eran simples, es decir no cumplen las formalidades del inciso 1º del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, sin que lo reglado en el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010 modifique tal aseveración.

Y si se aceptase en gracia de discusión que dichas fotocopias pudieran ser objeto de valoración tampoco determinan la existencia de la cosa juzgada penal con incidencia en materia civil, ya que la providencia mediante la cual se decretó la preclusión por la Fiscalía General de la Nación no permite deducir que el demandado no haya cometido el hecho.

Además, valoradas las pruebas arrojadas al expediente se advierte que lo que operó fue una concurrencia de culpas de parte del señor RAMÍREZ y por parte del conductor de la motocicleta GERARDO ANTONIO BEDOYA GUAMPE como fue reconocido implícitamente por la *a quo* en el numeral 7 de la parte resolutive de la sentencia, pues si bien éste último omitió el PARE, también es cierto que si el señor RAMÍREZ hubiese manejado de forma prudente y diligente se hubiera podido evitar el accidente, ya que no se puede pasar por alto que la motocicleta fue arrastrada por una distancia de 47.50 Mts, lo que evidencia que el conductor del vehículo de servicio público no tuvo pericia para evitar el daño.

Pero las anteriores circunstancias no eximen de responsabilidad al conductor sino que en términos del artículo 2357 del Código Civil conlleva forzosamente la reducción de la indemnización en un 40%. Motivo por el cual se impone la modificación de la sentencia de primera instancia en este sentido.

Ahora bien, respecto del cargo atinente a que el fallo es extrapetita, recuérdese que esto ocurre cuando el sentenciador sustituye una de las pretensiones del demandante por otra o cuando además de otorgar las primeras concede algo adicional.

En el presente caso en la pretensión tercera se solicitó que se condenara a los demandados a pagar por concepto de lucro cesante la suma de \$67.200.000, suma que debía pagarse de manera indexada. Sin embargo, en la sentencia recurrida la *a quo* condenó, por concepto de lucro cesante consolidado a un monto de \$36'454.409 y por lucro cesante futuro \$59'159.296.

Sobre dichos rubros la Sala debe hacer las siguientes apreciaciones: La primera, relativa a que la sumatoria de ambos conceptos excede, en \$28.413.705 el monto de \$67.200.000.00 que la parte demandante en su libelo trazó como límite al lucro cesante, luego, sin duda el fallo fue *extra petita*, de modo que la alzada propuesta por la parte demandada tiene razón en esta parte, en tanto ello significa desconocer el principio de congruencia.

La segunda apreciación, tiene que ver con que en la parte motiva no aparece la liquidación del lucro cesante futuro, ni ninguna otra operación aritmética que explique cómo se obtuvo los \$59'159.296, por lo que en cumplimiento del fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, esta Sala, con los elementos de juicio obrantes en el proceso, se adentrará a la tarea de tasar el monto de este perjuicio, a partir de la sentencia de primera instancia hasta la época de vida probable de la causante, de quien se recuerda contaba con 63 años a la fecha del fatal accidente.

La tercera apreciación, tiene que ver con la mensualidad de la que se partió para el cálculo de los perjuicios, en tanto de las pruebas recaudadas difícil es establecer con exactitud a cuánto ascendían los ingresos de la causante.

Aplicados los anterior preceptos al caso *sub exámine*, tiénese entonces que como ingresos de la causante, habrá de tenerse al menos el salario mínimo, en consideración a que pese a que en la demanda se alegó que su renta mensual para 2003 cuando falleció, era un promedio de \$800.000 mensual, solo el testimonio de MARÍA AMPARO SÁNCHEZ PEREA corrobora esa situación, pero el mismo por sí solo no tiene el peso suficiente para tener por cierta dicha circunstancia. Sin embargo, como lo precisó la corte en la sentencia que viene de citarse:

La anterior situación releva al Tribunal de la tarea de decretar pruebas de oficio con miras a establecer ese rubro, pues el argumento de autoridad traído a colación resulta pertinente para fijar la mensualidad con la que se tasará el lucro cesante futuro.

Pero además advierte el Tribunal que, el monto del salario con el que se liquidará el lucro cesante a futuro no será la suma de \$379.516 como erradamente se utilizó en la sentencia de la *a quo* para el perjuicio consolidado, tras indexar el salario mínimo de 2005 (\$381.500) y deducir el 25% que utilizaba para su sostenimiento, sino que se tomará el valor que para ese rubro fijó la ley a 2012 (\$566.700), pues téngase en cuenta que “*el salario mínimo mensual a tener en cuenta es el vigente, que por lo mismo trae “implícita la pérdida del poder adquisitivo del peso”*”

Entonces para fijar el lucro cesante futuro, de acuerdo a lo hasta aquí discurrido, tenemos que:

Campo	Valor
LUCRO CESANTE FUTURO. CALCULADO CON FORMULA DE VALOR ANTICIPADO	
$VA = C * \frac{(((1+i) \text{ ELEV } n) - 1)}{(i(1+i) \text{ ELEV } n)}$	55,310,665.00

Donde: N = (Expectativa de vida)	18.05
i =	6
Cuota (C) = (cuota anual)	5,100,300.00
Nro de meses por año =	12
cuota mensual = SMLV 2012 (-25%)	425,025.00

La anterior conclusión por cuanto para 2012, época de la sentencia de primera instancia (siete 7 años después del accidente), la causante estaría alcanzando una edad de 70 años, de modo que el lucro cesante futuro debe liquidarse con su expectativa de vida a partir de 2012 hasta cuando por las tablas de mortalidad se hubiese producido su muerte natural, es decir, a los 88 años de edad.

Importa igualmente aclarar que el *quantum* de los perjuicios futuros también depende de la expectativa de vida del beneficiario con la condena -el esposo-, sin embargo a causa de ello no habrá lugar a modificar la suma que se obtuvo, toda vez que similar a la causante, la vida probable de su cónyuge sobreviviente, según las tablas de la Superfinanciera, también era de alrededor de 18 años a partir de la sentencia; ello si se tiene en cuenta que para 2012 cuando se falló, contaba con 66 años, como se advierte de la edad que figura en su registro civil de matrimonio.

En consecuencia, el lucro cesante futuro se concederá al demandante OSCAR GARCÍA MURILLO en la suma de \$33.186.399.00 que corresponde al 60% del monto inicialmente liquidado (\$55,310,665.00), teniendo en cuenta lo que antes se dijo de la reducción en un 40% por cuenta de la concurrencia de culpas, y además porque su sumatoria con el lucro cesante consolidado no exceden el tope fijado en la demanda.

Total que el monto que comprenderá la condena que aquí se impondrá, a título de lucro cesante futuro será de \$33.186.399.00, que sumado al porcentaje a que se redujo el lucro cesante consolidado (\$21.872.645 = 60% de \$36.454.409), no exceden el límite fijado en el libelo al plantearse las pretensiones. (\$55.059.044)

Por lo que respecta a que el llamamiento en garantía fue por dos pólizas, del cuaderno del llamamiento se advierte que se aportaron las pólizas No. 12415219 y la denominada póliza de RCE en exceso, por lo que en el eventual caso de que con la primera en los límites establecidas en ella no se alcanzara a cubrir la indemnización, deberá sufragarse con la segunda.

Por último, y solo en un sentido académico se le aclara a la *a quo* en cuanto a la figura de la denuncia del pleito que si bien el artículo 54 del Estatuto Adjetivo no especifica los eventos precisos en que procede la misma, la jurisprudencia y la doctrina han direccionado la figura al típico caso en que el comprador de un bien cuya propiedad se está viendo perturbada, cita a su vendedor para que éste salga al saneamiento. Por tanto se desnaturaliza tal instituto procesal cuando sin mediar contrato o vínculo alguno ella se admite. Este es el reproche que encuentra la Sala respecto de la decisión inmodificable en el referido punto, dado que no se presentó inconformidad alguna por parte de los recurrentes, al haberse declarado civilmente

responsables a los denunciados (conductor y propietario de la motocicleta) y adicionalmente haberlos condenado a reembolsarle a la empresa de transportes y al dueño de la buseta “...hasta la mitad de los valores que éstos últimos le paguen a los acá demandantes en cumplimiento de esta sentencia...”, como si entre denunciante y denunciados existiere, como lo explica Devis Echandía (citado por Parra Quijano) una “...relación de garantía para el resarcimiento del perjuicio o el reintegro del pago que debe hacer (el denunciado al denunciante) como consecuencia del juicio o del saneamiento por evicción tal como lo entienden Alsina, Carnelutti, Redenti y Rosemberg.”. Es que como lo ha dicho la Corte “...la denuncia del pleito cabe únicamente hacerla a la persona de quien el litigante ha adquirido a título oneroso, el derecho real que se discute en la litis, para obligarlo al saneamiento en caso de evicción...”. Así las cosas la exótica denuncia del pleito efectuada en este proceso ni siquiera debió ser admitida; sin embargo como ello no fue objeto de apelación a la Sala le está vedado entrar a corregir esta indebida interpretación.

Colorario de lo anteriormente expuesto, se revocará parcialmente el fallo censurado para en su lugar disminuir las condenas sobre las que recayó la sentencia en un 40%. Como consecuencia de ello la parte demandada las deberá asumir en un 60%.

Sentencia de segunda instancia (2008-00126-02) del 20 de agosto de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca parcialmente la sentencia apelada.

DESISTIMIENTO TÁCITO – No es viable su declaración cuando el acto del que depende la continuidad del proceso es responsabilidad del perito designado y no de la parte interesada.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código General del Proceso, artículos 317 y 627, numeral cuarto; Código de Procedimiento Civil, artículo 9, numerales segundo y tercero.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Así las cosas el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿procede terminar por desistimiento tácito un proceso reivindicatorio, cuando la parte demandante no atiende el requerimiento efectuado por el despacho para que manifieste si tiene interés en la práctica de una prueba de inspección judicial que había sido suspendida por motivos técnicos?

A efectos de dar respuesta al anterior planteamiento, debe precisarse en primer lugar que la norma sobre desistimiento tácito en que se fundó el juez de primera instancia, fue el artículo 317 del Código general del Proceso, norma la cual se encuentra vigente desde el pasado 1° de octubre de 2012, por expresa disposición del numeral 4° del artículo 627 de la misma codificación. El referido artículo 317, en su primera parte establece:

ARTÍCULO 317. DESISTIMIENTO TÁCITO. El desistimiento tácito se aplicará en los siguientes eventos:

1. Cuando para continuar el trámite de la demanda, del llamamiento en garantía, de un incidente o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos, el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta (30) días siguientes mediante providencia que se notificará por estado.

Vencido dicho término sin que quien haya promovido el trámite respectivo cumpla la carga o realice el acto de parte ordenado, el juez tendrá por desistida tácitamente la respectiva actuación y así lo declarará en providencia en la que además impondrá condena en costas.

El juez no podrá ordenar el requerimiento previsto en este numeral, para que la parte demandante inicie las diligencias de notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, cuando estén pendientes actuaciones encaminadas a consumir las medidas cautelares previas.

De tal contenido normativo resulta claro que el desistimiento tácito es una figura de naturaleza sancionatoria, por cuanto al aplicarla el Juez castiga la inejecución o negligencia del demandante o de aquel que incoa un trámite procesal olvidando el consecuente impulso, cuya finalidad es efectivizar los principios de eficacia, economía y celeridad procesal en la administración de justicia.

Para tal efecto la norma exige una requisitoria sin la cual no es posible proceder a la terminación anormal del proceso, siendo esencial: a) que se trate de una carga exclusiva de la parte que agitó el trámite, b) el requerimiento con auto para que la cumpla indicando claramente la actuación pendiente, y b) el otorgamiento de un plazo de 30 días hábiles para el efecto.

Por consiguiente, sólo cuando el proceso o la actuación respectiva se trunquen o paraliquen por la omisión de la parte interesada en gestionar un acto que le corresponde, podrá el juez, de oficio o a petición de parte, requerir su cumplimiento dentro de los treinta días siguientes, vencidos los cuales *“sin que quien haya promovido el trámite respectivo cumpla la carga o realice el acto de parte ordenado”*, deberá disponer la terminación del juicio o de la actuación correspondiente.

Aplicadas entonces las anteriores premisas al asunto *sub exámine*, bien pronto advierte esta superioridad que no era del caso terminar el proceso por desistimiento como aquí se hizo, en tanto el acto del que pendía la continuidad del proceso no era del resorte de la parte demandante.

En efecto, las normas del procedimiento civil que regulan el trabajo de los auxiliares de la justicia, son claras al establecer que el cargo es de obligatoria aceptación, salvo justa causa. Y que en caso que no se posesionaren, no concurrieren a la diligencia o no cumplieren su encargo dentro del término señalado, se procederá inmediatamente a su relevo. Así se desprende de los incisos 2° y 3° del numeral 2° del artículo 9 del Código de Procedimiento Civil, que reza lo siguiente:

El cargo de auxiliar de la justicia es de obligatoria aceptación dentro de los cinco (5) días siguientes al envío del telegrama correspondiente o a la notificación realizada por cualquier otro medio, so pena de que sea excluido de la lista, salvo justificación aceptada. Los peritos deberán posesionarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la aceptación.

Si la persona designada estuviere impedida para desempeñar la función, se excusare de prestar el servicio, no tomare posesión cuando fuere el caso hacerlo, no concurriere a la diligencia o no cumpliere su encargo dentro del término señalado, se procederá inmediatamente a su relevo.

En el asunto materia de estudio, el día en que se dio inicio a la diligencia, la misma se declaró suspendida hasta que el perito obtuviera un mecanismo convencional de medición de la altitud, ello ocurrió el 6 de julio de 2011. Trascurrido más de un año sin novedad, el juzgado requirió al perito para que en un plazo de 5 días informara si ya tenía los medios para establecer la altitud, plazo que venció en silencio. Finalmente se requirió a la parte actora para que manifestara si tenía interés en la práctica de la prueba, so pena de desistimiento tácito.

En consecuencia, lo que advierte el Tribunal es que el acto del que pendía la continuidad del proceso no era del resorte exclusivo de la parte actora, pues el juzgado a-quo dejó de lado que para continuar el trámite, el artículo 9° del estatuto adjetivo daba luces suficientes, debiendo procederse al relevo del perito por incumplimiento del encargo pese a haber sido requerido por el despacho.

En este orden de ideas, si no estaban dados los supuestos para que proceda la terminación por desistimiento tácito, erró el juzgado al adoptar esa drástica medida en desmedro de los intereses de la parte demandante, en quien por demás, por supuesto que asiste interés en la práctica de la prueba de inspección judicial, como que a través de ella se individualizará el inmueble, lo que constituye uno de los presupuestos de la acción reivindicatoria. Entonces habrá lugar a revocar el auto materia de ataque, para que en su lugar se proceda a remover al auxiliar designado, nombrando otro con quien se practicará la prueba de marras.

Auto de segunda instancia (1999-0019-01) del 27 de agosto de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca el auto apelado.

MEDIDAS CAUTELARES DE SECUESTRO Y RETENCIÓN EN PROCESO DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL – Es posible levantarlas cuando el vehículo objeto de las mismas permite al deudor desarrollar su principal actividad económica.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 1116 de 2006, artículos 1 y 20.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia C-620 de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿si es procedente, dentro de un trámite de reorganización, autorizar el levantamiento de la medida de secuestro y retención, sobre un vehículo automotor de carga de propiedad del deudor, con el que él desarrollaba su actividad económica?

En el asunto *sub exámine*, pretende el abogado recurrente que por esta vía se decrete el levantamiento de la medida cautelar de secuestro que se ordenó, sobre un vehículo –camión- de propiedad de la deudora, el cual afirma, le servía de sustento para desarrollar su principal actividad económica como transportadora terrestre de carga. El argumento principal del recurrente descansa en que, cómo se pretende que la deudora salga adelante, si su herramienta de trabajo se encuentra inmovilizada en un parqueadero en la ciudad de Cali.

Pues bien, para revocar el auto materia de ataque y acoger las súplicas del recurso, debe empezar por precisarse que si el objeto del proceso de reorganización es la preservación de la empresa como promotora del desarrollo y fuente de empleo, y que a través de este instrumento el deudor cuente con una herramienta que le permita negociar sus pasivos y de esa forma salir nuevamente adelante; en criterio de esta superioridad, ello no se estaría logrando en el presente asunto, si la principal herramienta de trabajo, como es el camión de propiedad de la deudora se encuentra inmovilizado sin producir renta alguna.

En efecto, ello se establece del contenido de la diligencia de secuestro que se realizó tras la inmovilización del automotor en la ciudad de Cali, el pasado 18 de mayo de 2009; en ella al serle entregado el vehículo al secuestre NEIL SÁNCHEZ DUQUE, este afirmó que el mismo *“permanecerá en estas bodegas hasta nueva orden”*. Circunstancia que se refuerza con las afirmaciones del recurrente, quien reprocha que el vehículo se encuentre deteriorándose en un parqueadero, y contrario a lo que se esperaba, generando a diario gastos por este concepto.

Pero además, conforme al artículo 20 de la ley 1116, las medidas cautelares decretadas en procesos ejecutivos anteriores al proceso de insolvencia *“...quedarán a disposición del juez del concurso, según sea el caso, quien determinará si la medida sigue vigente o si debe levantarse, según convenga a los objetivos del proceso, atendiendo la recomendación del promotor y teniendo en cuenta su urgencia, conveniencia y necesidad operacional, debidamente motivada”*. Norma ésta de la que se desprende, como lo ha precisado la doctrina, una discrecionalidad del juez para el decreto de medidas cautelares. Sin embargo, si bien se requiere atender la recomendación del promotor, lo cierto es que esa persona aún no ha sido designada, y como viene de verse, no se justifica que un bien productivo se encuentre inmovilizado, además que es el medio para la deudora desarrollar su principal actividad económica.

También refuerza la revocatoria del auto apelado, la circunstancia que pese a que en él se ordenó al secuestre desde finales de septiembre de 2012 rendir informe de su gestión, y habérsele comunicado dicha decisión, hasta la fecha en que se envió el expediente para desatar la apelación, no aparecen las cuentas solicitadas, situación que hace presumir que el vehículo se encuentra improductivo, pudiendo estar haciendo todo lo contrario.

En consecuencia, se dispondrá la revocatoria del auto materia de ataque, para en su lugar acceder a la solicitud de levantamiento de la medida de secuestro sobre el camión de placas YAQ-821 de propiedad de la deudora. Lo anterior, sin perjuicio de que si el juez del concurso posteriormente lo considera necesario, o por sugerencia del promotor que luego se designe, se pueda ordenar nuevamente el secuestro del automotor.

Se aclara además que el levantamiento ordenado solo es sobre la medida de secuestro, quedando vigente el embargo registrado en el certificado de tradición correspondiente.

Auto de segunda instancia (2011-019-01) del 27 de agosto de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca el auto apelado.

RESPONSABILIDAD MÉDICA POR ERROR EN EL DIAGNÓSTICO – Es indispensable demostrar la culpa del galeno.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 174 de 2002.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Luego compete a la Sala de Decisión determinar ¿si la E.P.S. es civilmente responsable por no haberse diagnosticado desde la primera ocasión al menor DIEGO ALEXANDER HENAO que sufría de apendicitis, la que finalmente conllevó a una peritonitis?

De las pruebas obrantes al expediente se advierte que el menor DIEGO ALEXANDER HENAO fue llevado de urgencias el día 9 de noviembre de 2007 a las 9:30 a.m., quien presentaba dolor de estomago y vomito y lo describe como dolor abdominal quemante localizado, razón por la que la médica tratante DIANA MARÍA LÓPEZ PAREJA le suministró una ampolla de 500 c.c., de sol salina y se le dio salida por no presentar dolor. Es nuevamente llevado el 17 de noviembre siguiente a urgencias cuando es intervenido quirúrgicamente momento en el que presentaba laparotomía con peritonitis generalizada por apendicitis perforada.

Igualmente, se incorporó al expediente el texto de Principios de Cirugía de Schwartz (2006) en que se lee “*Más de 90% de pacientes con enfermedad ulcerosa péptica refiere dolor abdominal. El dolor por lo general no se irradia, es de tipo quemante y se localiza en el epigastrio*” y agrega que en un paciente joven no se requiere “*realizar pruebas confirmatorias*”.

En su declaración AMPARO HERNÁNDEZ QUIROZ narró que el 17 de noviembre de 2007, fue llamada para que firmara la autorización porque su sobrino requería ser operado debido a que el médico no tenía claro que era, una vez realizada la operación se advirtió que era apendicitis y que se había dañado parte del intestino. Igualmente refirió lo que sufrió el menor durante el proceso de recuperación.

Por su parte, LINA MARCELA LOPEZ ESPINOSA atestiguó sobre la evolución del menor y manifestó que no entendía porque no le mandaron exámenes de diagnóstico.

Conceptuó el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES que no se encuentran *“elementos de juicio que permitan establecer que este evento se trata de un caso de negligencia médica”* y aclaró que *“si el dolor inicial era de una apendicitis, el dolor abdominal se debió reiniciar en las horas posteriores”*.

Luego, analizado en conjunto el acervo probatorio no se advierte que la doctora DIANA MARIA LÓPEZ haya incurrido en desaciertos en su inicial diagnóstico respecto del menor DIEGO ALEXANDER HENAO, porque las decisiones tomadas por ésta se encuentran soportadas en el *lex artis* para el tratamiento de enfermedades gástricas como se deduce del texto allegado al expediente.

Además, no existen elementos de juicio que permitan deducir que el dolor padecido por el menor el día 9 de noviembre tuviera relación con la apendicitis del 17 siguiente, y si por el contrario del concepto técnico emitido por el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES se evidencia que no existe relación entre lo uno y lo otro.

Por lo que en las anteriores condiciones fácil es concluir que no se acreditó que en el diagnóstico realizado el 9 de noviembre de 2007 por la profesional de la medicina se hubiere incurrido en un error de manera culposa o negligente, ya que recuérdese que *“el simple error de diagnóstico o de tratamiento no es bastante para engendrar un daño resarcible, porque en un ramo del saber en el que predomina la materia opinable resulta dificultoso fijar límites exactos entre lo correcto y lo que no lo es”*.

De acuerdo con lo discurrido procede la confirmación de la sentencia recurrida con la consecuente condena en costas a cargo de la parte demandante.

Sentencia de segunda instancia (2008-00113-01) del 27 de agosto de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

PRUEBA SUPERFLUA – No es necesario obtener la copia de la póliza de seguro que ya obra en el proceso.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 29; Código de Procedimiento Civil, artículo 178.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico: ¿Debe decretarse una prueba documental consistente en oficiar a una de las partes del proceso para que remitan copia de una póliza, de la que ya obra en el proceso un ejemplar junto con sus anexos?

En el asunto *sub exámine* la aseguradora demandada al contestar el llamamiento en garantía, solicitó oficiar al representante legal de la sociedad que la llamó –S.O.S.–, para que remitiera copia íntegra y auténtica de la póliza de Seguro de Responsabilidad Civil para Clínicas y Hospitales y/o Centros Médicos, que constituye el vínculo contractual entre la EPS accionada y SEGUROS COLPATRIA S.A.. Dicha prueba fue negada, es cierto, a raíz de una mal interpretación que hizo el *a quo* de su solicitud, creyendo que la solicitud de oficiar iba dirigida, pero a la misma aseguradora, por lo que creyó que no se justificaba oficiar a la misma parte para que aportara su prueba.

Pero lo cierto es que al margen de la discusión que representa la negación del medio probatorio que solicitó el recurrente, la prueba del contrato de seguro y sus cláusulas, ya se encuentra más que plenamente establecido en este proceso, de modo que a juicio de esta superioridad nos encontramos frente a una solicitud de prueba manifiestamente superflua.

En efecto, con la solicitud del llamamiento, S.O.S. acompañó copia de la póliza de Seguro de Responsabilidad Civil para Clínicas y Hospitales y/o Centros Médicos No. 8001025995, junto con 5 hojas anexas, expedida el 24 de febrero de 2009, con una vigencia desde el 12 de febrero de 2009 hasta el 12 de febrero de 2010; figurando como tomador y asegurado COMFANDI y como beneficiarios los terceros afectados. Los anexos condensan el objeto de la cobertura, el riesgo amparado, los límites territoriales y de indemnización, el valor de la prima, entre otras definiciones relativas al contrato.

Posteriormente, la misma aseguradora al contestar el llamamiento, tras aceptar la existencia del contrato de seguro y formular sus medios de defensa, también aportó la misma póliza, con seis hojas anexas, a las que agregó una póliza modificatoria posterior del 31 de marzo de 2009 en donde se cambió el nombre del tomador y asegurado COMFANDI, por el de SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.; la póliza de renovación del contrato inicial y sus anexos, con vigencia desde el 30 de septiembre de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2012; y el clausulado con las condiciones generales del ramo para la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional médica de clínicas y centros médicos.

Así las cosas, la decisión de negar el decreto de la prueba solicitada por la recurrente luce acertada, obedeciendo a que dentro de la foliatura ya obra el contenido de la póliza de marras y sus anexos, los que desde luego pueden brindar suficiente ilustración para decidir, sin necesidad de redundar en la consecución de algo que ya obra dentro del proceso, razones que llevarán a la confirmación del auto apelado.

Auto de segunda instancia (2012-0010-01) del 29 de agosto de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma el auto apelado.

DERECHO A LA SALUD – Es el médico tratante, y no el juez de tutela, quien decide sobre la idoneidad de los tratamientos, procedimientos y medicamentos.

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-016 de 2007, T-816 de 2008, T-717 de 2009 y T-931 de 2010.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Luego, el problema jurídico a resolver consiste en determinar ¿si como lo concluyó el juzgador de primera instancia se vulneró los derechos fundamentales invocados por la accionante al no habersele hecho entrega del resultado de la patología consecuencia del procedimiento quirúrgico denominado septoplastia?

Sobre el particular, cabe señalar que de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional la salud es un derecho fundamental. Por tanto, es obligación del Estado y de los particulares comprometidos con la prestación de éste servicio público, desarrollar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho.

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

Si bien es cierto, en el asunto bajo estudio tal como lo señaló el juez de primera instancia es relevante el precedente jurisprudencial reseñado frente al diagnóstico médico como componente del derecho fundamental a la salud, el cual está compuesto por tres preceptos, a saber “(i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles.”, también emerge claramente de la misma línea jurisprudencial, la imposibilidad de los jueces para decidir sobre la idoneidad de los tratamientos y medicamentos a realizar en los pacientes.

Es así como en el asunto objeto de análisis, el juez de primera instancia se valió del material probatorio aportado por la accionante, específicamente la “*hoja de descripción quirúrgica*” en la cual se reseña “*ESPECIMEN ENVIADO A PATOLOGIA*”, y los dichos de la petente referente al hecho de no haber recibido el resultado del respectivo análisis, lo que originó la presentación de la acción constitucional, para considerar vulnerados los derechos fundamentales invocados por la tutelante.

Sin embargo, ante esta instancia la fundación ESENSA, aclaró que en la intervención quirúrgica, no se hizo envío de espécimen a patología, situación aclarada por el galeno encargado de la cirugía, Otorrinolaringólogo Dr. David Benzur Alaluf quien luego de una sucinta descripción del procedimiento practicado, explicó las razones por las cuales en este tipo de intervenciones no se hace necesario el envío de muestras a estudio.

En síntesis, es al profesional de la salud tratante al que le corresponde definir los procedimientos, tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente, y no al juez de tutela, pues esta facultad se encuentra en cabeza de dichos expertos quienes tienen el conocimiento médico-científico, el cual no puede ser sustituido por el criterio jurídico, sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes.

De lo antes expuesto, colige la Sala de Decisión la inexistencia de la vulneración acusada porque si bien es cierto existió incertidumbre ante una situación consignada en la historia clínica denominada envío de “*espécimen a patología*”, sin resultados de diagnóstico a la fecha de interposición de la acción constitucional, también lo que ella quedó disipada con la nota aclaratoria por parte del profesional de la salud que llevo a cabo la cirugía; concepto médico en el cual establece “...que en ningún caso de extracción de cartílago septal, o de huesillos de Septem se envían a patología, ya que el procedimiento de septoplastia no busca identificar algún tipo de enfermedad, sino realizar una remodelación funcional, en el caso de la Turbinoplastia particularmente en la cirugía de la señora Luz Dory Mazo de Bermúdez, NO se realizó extracción de cornetes tal como lo evidencia la HOJA DE DESCRIPCION QUIRURGICA adjunta; por lo tanto al NO haber extracción de tejidos, tampoco es pertinente un estudio patológico”; manifestación revestida de veracidad, pues es el mismo galeno responsable de la intervención es quien da cuenta de los protocolos llevados a cabo en el procedimiento denominado septoplastia, llevado a cabo a la paciente.

Así las cosas, al no efectuarse extracción alguna, imposible resulta la entrega del resultado del mismo. Ahora bien, al presentarse un error en la proforma, lo que originó el trámite constitucional y la incertidumbre por el resultado del mismo en la accionante, se ordenará a la NUEVA EPS, en conjunto con la IPS FUNDACION ESENSA, programar a LUZ DORY MAZO DE BERMUDEZ en el término no mayor a quince días contados a partir de la notificación de la sentencia cita médica con el otorrinolaringólogo Dr. David Bensur Alaluf, a fin que explique claramente el procedimiento que llevó a cabo y las razones por las cuales no se efectuó extracción de espécimen para patología.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2013-00130-01) del 29 de agosto de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca la sentencia impugnada.

SUBSIDIO PARA EL ADULTO MAYOR – Si el beneficiario no presenta su cédula de ciudadanía es posible entregarlo recurriendo a las otras formas de identificación autorizadas por la ley/DERECHO DE PETICIÓN Y DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA – Se vulneran cuando no se expide, de manera oportuna, el duplicado de la cédula de ciudadanía.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto Ley 960 de 1970, artículo 24; Decreto 2148 de 1983, artículo 11; Ley 39 de 1961, artículo 1.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-066 de 2004, T-1078 de 2001, T-315 de 2011 y T-136 de 2002.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Luego y de acuerdo a lo señalado en los hechos de la acción, el análisis a realizar se enfoca en determinar ¿Si se vulneran los derechos fundamentales de una persona de la tercera edad cuando no se le entrega por la entidad pagadora el subsidio para el adulto mayor, aduciendo la falta de presentación de la cédula de ciudadanía y no se recurre a otras formas de identificación autorizadas por la ley? y ¿si la REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL ha incurrido en alguna acción u omisión que transgreda los derechos fundamentales del accionante al no expedir oportunamente el duplicado de la cédula de ciudadanía?

De acuerdo con el referido criterio jurisprudencial, válido es sostener que la cédula de ciudadanía es un documento de especial relevancia para acreditar el reconocimiento y ejercicio de la personalidad jurídica de los ciudadanos, en consecuencia, la omisión injustificada en la expedición de dicho documento impide el desarrollo de todos los derechos y obligaciones que de allí se derivan, sin embargo, aunque la cédula de ciudadanía como regla general es y sigue siendo el documento idóneo, único e irremplazable para identificar a cualquier ciudadano, sólo en forma excepcional la ley permite utilizar o aceptar otro documento. *“En efecto, el artículo 1º de la ley 39 de 1961 establece que los colombianos mayores de edad, sólo podrán identificarse con la cédula de ciudadanía laminada, en todos los actos civiles, políticos, administrativos y judiciales. “Por su parte, el artículo 24 del Decreto 960 de 1970 y artículo 11 del Decreto 2148 de 1983 indican que la identificación de los comparecientes se hará con los documentos legales pertinentes y que sólo en casos de urgencia, calificada por el notario, a falta de documento especial de identificación, podrá el notario identificarlos con otros documentos auténticos o mediante la fe del conocimiento personal de los comparecientes, que pueda dar este funcionario....”.*

Igualmente, la Corte Constitucional insistentemente ha señalado que la acción de tutela procede como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad específicamente las personas de la tercera edad. En efecto, en palabras del alto Tribunal, los adultos mayores gozan de un estatus constitucional especial que no puede simplemente tener un efecto retórico.

Por tanto, si bien la accionante al momento de instaurar la acción no contaba con el original de su cédula de ciudadanía, ello no era razón suficiente para que la SOCIEDAD EFECTIVO LTDA, dueña de la marca EFECTY, le negara la entrega del giró proveniente del CONSORCIO COLOMBIA MAYOR 2013, pues no debe perderse de vista que DEYANIRA MEZA DE ROJAS además de tener una protección reforzada dada su condición de sujeto de especial protección, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la propia ley ha señalado que existen otros medios para identificar plenamente a las personas, como es el uso de otros documentos que puedan llevar al convencimiento de que se trata de DEYANIRA MEZA DE ROJAS y no de otra persona, pues así lo establece el canon 24 de la ley 960 de 1974.

En este orden de ideas, es evidente, que el hecho de negarse por parte de la SOCIEDAD EFECTIVO LTDA, dueña de la marca EFECTY, la entrega del giro contentivo del subsidio del programa COLOMBIA MAYOR a la accionante a pesar de contar ella con la contraseña y/o comprobante y certificación expedida por la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL de estar su cédula de ciudadanía en trámite, dicho actuar es violatorio de preceptos constitucionales, pues la citada entidad encargada del pago tiene los mecanismos o medios para identificar plenamente a DEYANIRA MEZA DE ROJAS; razón por la cual se accederá al amparo constitucional reclamado.

Ahora bien, frente al segundo cuestionamiento se evidencia que desde el mes de febrero de 2.013 se realizaron las diligencias tendientes a obtener el duplicado de la cédula de ciudadanía por la accionante, transcurriendo más de seis meses a la fecha de presentación de la demanda sin obtener por parte de la REGISTRADURIA NACIONAL EL ESTADO CIVIL, la entrega del documento de identificación.

Igualmente, de conformidad con el artículo 1° de la Ley 39 de 1961 (modificado por la Ley 27 de 1977), los mayores de 18 años, *“sólo podrán identificarse con la cédula de ciudadanía laminada, en todos los actos civiles, políticos, administrativos y judiciales”*; ello significa que este documento no sólo tiene como función la identificación de los ciudadanos, sino que también es requisito indispensable para que estos puedan ejercer sus derechos civiles y políticos, y en general, puedan participar en las diferentes actividades democráticas a que refiere el artículo 40 de la Constitución Política.

Así las cosas, la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, con su omisión de expedir a la solicitante documento laminado de su cédula de ciudadanía de manera oportuna, ha trasgredido tanto el derecho de petición, como la posibilidad de ejercicio de las garantías ciudadanas previstas en el artículo 40 de la Constitución, pues dicha autoridad administrativa no ha cumplido con su deber legal, expidiendo el correspondiente documento de identificación laminado y legalmente autorizado por la ley vigente en forma correcta, requiriéndose en todo caso para satisfacer el núcleo esencial de los derechos vulnerados.

Y si bien la entidad accionada en la contestación de la tutela manifestó que remitió comunicación a la accionante informándole que se realizará de manera prioritaria la agilización del proceso de expedición del documento, lo cierto es que a la fecha no se le ha entregado. De suerte que la simple manifestación de la administración en el sentido de que esta en trámite el documento de identidad, no satisface el derecho de petición, pues en realidad, se trata de una respuesta *simplemente formal o evasiva* que persigue distraer el cumplimiento de su deber constitucional y, por ende, en abierta contradicción con el principio de eficacia que inspira la función administrativa, de conformidad con el artículo 209 Superior.

Es mas, dichas manifestaciones tampoco satisfacen los requerimientos establecidos en el artículo 6° del Código Contencioso Administrativo porque en ella no se señala: (i) los motivos de la demora, (ii) ni la fecha en que se resolverá o se dará respuesta.

En consecuencia, se impone conceder a DEYANIRA MEZA DE ROJAS el amparo constitucional invocado, disponiendo en primer lugar que la SOCIEDAD SOCIEDAD

EFFECTIVO LTDA, dueña de la marca EFECTY, previo el aporte de otros documentos que identifiquen plenamente a la accionante, hacer entrega del giro por concepto de subsidio del programa COLOMBIA MAYOR a su favor; igualmente se requerirá al CONSORCIO COLOMBIA MAYOR 2.013 para que en el evento de haberse retornado la ayuda, la regrese y pueda ser cobrada por la peticionaria; y por último se ordenará a la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, realizar las gestiones necesarias para que en un término no superior a 20 días, le entregue a la solicitante de tutela su correspondiente cédula de ciudadanía.

Sentencia de tutela de primera instancia (2013-0243-00) del 29 de agosto de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: concede la protección solicitada.

CONFLICTO DE COMPETENCIA – No puede existir entre el inferior funcional y su respectivo superior.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 27, 28 y 148.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El *thema decidendum*, en este evento consiste en determinar ¿es procedente tramitar el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira (V) y el Juzgado Promiscuo Civil Municipal de Florida (V), siendo que ambos pertenecen al mismo circuito judicial y el uno (el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Florida (V), es inferior funcional del otro?

La Sala defenderá la tesis que en este caso NO es procedente tramitar el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira (V) y el Juzgado Promiscuo Civil Municipal de Florida (V), ya que ello no es viable entre un superior funcional y su inferior funcional, y por ello la Sala se abstendrá de darle curso a dicho conflicto de competencia.

Sea lo primero precisar que el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Florida (Valle), hace parte del circuito judicial de Palmira (V) y por lo tanto los jueces del circuito de Palmira son superiores funcionales de los jueces municipales adscritos a ese circuito, entre ellos los promiscuos municipales de Florida (Valle).

Según lo dispuesto en el artículo 28 del CPC, en concordancia con el artículo 148 ibídem, no puede presentarse conflicto de competencia entre un inferior funcional y su superior, pues así se desprende del análisis del mencionado artículo 28 del CPC, siendo ello lógico por el principio de autoridad, el cual dispone que el inferior estará obligado a obedecer lo dispuesto por su superior.

Así las cosas, se tiene entonces que no es jurídicamente viable un conflicto de competencia entre el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira (Valle) con su inferior funcional, como lo es el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Florida (Valle), debido a que este último, en aplicación del principio de autoridad, está llamado a obedecer lo que su superior funcional en ese circuito, que en este caso es el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira (Valle), le disponga con respecto

al conocimiento del asunto de la referencia.

Teniendo en cuenta lo antes señalado, esta Sala decide abstenerse de tramitar el conflicto de competencia planteado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira (V) con el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Florida (Valle), por no ser procedente tal conflicto.

En consecuencia, se devuelve el expediente al Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira (V), para que disponga lo pertinente.

Auto (conflicto de competencia 2013-00104-01) de 2013, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: se abstiene de tramitar el conflicto de competencia.

MEJORAS EN PROCESO DE SUCESIÓN – No hay lugar a su reconocimiento cuando ellas no fueron incluidas en el inventario/MEJORAS – La discusión sobre ellas debe ser resuelta mediante proceso ordinario y no en el interior del juicio de sucesión.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 392, 600, 601. 608, 610 y 611; Código Civil, artículo 739.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El Juzgado Primero de Familia de Palmira (V), por medio de auto interlocutorio No. 1097 de julio 28 de 2011, declaró abierto el proceso de sucesión intestada de los difuntos GERMAN CAICEDO y MARIA EMI DOMINGUEZ DE CAICEDO, reconociendo como interesado, en su calidad de hijo, al señor FREDDY CAICEDO DOMINGUEZ.

El día 19 de septiembre del 2011 se llevó a cabo la diligencia de inventario y avalúo en el citado proceso, diligencia a la que sólo acudió el apoderado del señor FREDDY CAICEDO DOMINGUEZ, quien presentó el escrito donde relacionó los bienes dejados por los causantes, precisando que no se registraban pasivos y señalando, en una nota, que aportaba unos documentos (declaraciones extra-juicio) donde se habla de unas mejoras efectuadas por el señor FREDDY CAICEDO DOMINGUEZ y que, según él, superaban los \$25.000.000,oo.

Examinado el presente caso, sobre lo que es el objeto del recurso de apelación o sea sobre lo concerniente a la declaración de infundada la objeción propuesta contra el trabajado de partición por no haber tenido en cuenta las mejoras hechas por uno de los herederos, se tiene lo siguiente:

Es claro que, de conformidad con lo indicado en el artículo 739 del Código Civil, el dueño de un terreno sobre el cual se construyen unas mejoras se hace dueño de ellas.

Aplicado lo anterior a lo ocurrido en el proceso de sucesión, podríamos decir que uno de los herederos (el señor FREDDY CAICEDO DOMINGUEZ), según lo argumentado por su apoderado, plantó unas mejoras en un bien de propiedad de uno de los causantes, lo cual hace que el titular del derecho de propiedad sobre el terreno se repute dueño de ellas y por ello en la diligencia de inventario se debe registrar como de propiedad del fenecido, pues opera el fenómeno de la accesión.

Ahora bien, el hecho de que el dueño del terreno se hace dueño de las mejoras plantadas sobre él no hace que se enriquezca sin causa alguna y en perjuicio del que construyó las mejoras, ya que es la misma norma (art. 739 del C. C.) la que señala que el dueño del terreno tiene dos (2) opciones a saber: 1. Si se ha efectuado la mejora sin su conocimiento, puede quedarse con ella pagando la indemnización pertinente; u obligar al que las realizó a que pague el justo precio por el terreno; y 2. Si se construyeron a ciencia y paciencia del dueño del terreno, está obligado, para recuperar el terreno, a pagar el valor de las mejoras.

En el proceso de sucesión de los causantes GERMAN CAICEDO y MARIA EMI DOMINGUEZ DE CAICEDO, no se registró, al momento del inventario, pasivo alguno

Cabe resaltar que en el inventario, como bien lo dijo el A Quo y el artículo 600 del C. P. C., sólo se registran, como activos, los derechos que los causantes tengan sobre bienes u obligaciones a favor de ellos, salvo el caso de que se liquide una sociedad conyugal o patrimonial, donde se permiten registrar derechos sobre bienes en cabeza del cónyuge o compañero permanente sobreviviente. Igualmente, los pasivos a cargo de la masa herencial o de la sociedad conyugal o patrimonial de hecho.

En el presente caso, en la diligencia de inventario se presentó, por parte del apoderado del hoy apelante, un escrito donde él mismo registró, como activo, el derecho de dominio en dos (2) bienes inmuebles, precisando que en uno de ellos (el rural) se tenía el 50% del derecho de dominio. En lo relativo a los pasivos expresó que no se registraba; y al finalizar el escrito dejó una nota (que no una partida a inventariar) indicando que se adjuntaban uno documentos (declaraciones extra-juicio) que cuentan de que su poderdante efectuó unos mejoras, sin precisar en dónde ni cuándo.

El inventario así estructurado, o sea con dos (2) activos y nada de pasivos, fue aprobado y, por ende, se tuvo, en esa forma, en cuenta para realizar la partición por parte del auxiliar de la justicia, quien desarrollo su trabajo ajustado a los lineamientos tanto sustantivos como adjetivos, circunstancia por la cual no fue objeto de reclamo alguno, salvo en lo pretendido por el hoy apelante quien, a pesar de ser un profesional del derecho y se presume conocedor de las normas sustantiva y adjetivas pertinentes, busca que en un proceso de liquidación se haga una declaración propia de una fase declarativa, donde su mandante debe requerir a la persona o personas que deben o pueden ser los obligados al pago de las mejoras que él dice haber edificado, las cuales debe demostrar por los medios de prueba pertinentes y conducentes; en otras palabras, debe ajustarse lo dispuesto en el artículo 739 del Código Sustantivo Civil, para buscar el reconocimiento de las mejoras ya que el estadio procesal oportuno para ello no lo es el proceso de sucesión, que es un proceso de liquidación, sino un proceso declarativo ordinario.

Hechas y clarificadas las situaciones anteriores, es diáfano el hecho de que la objeción realizada al trabajo de partición, por no haber tenido en cuenta las mejoras alegadas por el apoderado judicial de uno de los herederos, carece de soporte legal para pretender que se rehaga la partición, debido a que, en primer término, en el inventario no se incluyó valor alguno como acreencia (pasivo) a cargo de la masa herencial y a favor del señor FREDDY CAICEDO DOMINGUEZ por concepto de

mejoras plantadas en un bien que fue inventariado como perteneciente a la masa herencial; en segundo lugar, el auxiliar de la justicia (partidor), designado por el Juzgado para realizar el trabajo de partición de los bienes dejados por los causantes, efectuó la labor ajustándose a lo señalado en el inventario; y, en tercer lugar, la discusión sobre las mejoras debe ser resuelta mediante el proceso declarativo pertinente ante la jurisdicción ordinaria.

Así las cosas, le asiste la razón al A Quo en lo dispuesto en el numeral primero del fallo apelado.

Con soporte en lo anteriormente expuesto, esta Sala confirmará la decisión tomada en el numeral primero de la sentencia No. 399-2011-00384-00 del 3 de octubre del 2012, dictada, en primera instancia, por el Juzgado Primero de Familia de Palmira (V), en el proceso de sucesión de los causantes GERMAN CAICEDO y MARIA EMI DOMINGUEZ DE CAICEDO.

Adicionalmente, se abstendrá, de conformidad con lo indicado en el numeral 8 del artículo 392 del C. P. C., de condenar en costas en segunda instancia al no existir prueba de haberse causado.

Sentencia de segunda instancia (2011-00384-01) de 2013, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: confirma en lo que fue objeto de apelación.

ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA – En esta clase de procesos no se discuten las recompensas a favor de la sociedad conyugal.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 961, 1321, 1322, 1323, 1714, 1715, 1716, 1802, 1803 y 1804; Código de Procedimiento Civil, artículos 392 y 601.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 28 de julio de 1919, del 23 de junio de 1939, del 3 de junio de 1948, del 13 de junio de 1950 y del 6 de diciembre de 1968.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Examinado el presente caso, sobre lo que es el objeto del recurso de apelación o sea sobre lo concerniente a la negativa al reconocimiento de la compensación por frutos y mejoras requerida por el demandado se tiene lo siguiente:

Es claro que el objeto de la acción de petición de herencia no es otro que el definir si el accionante tiene derecho a una herencia ocupada por el demandado, en calidad de heredero, y, dependiendo de si se dan o no las exigencias de que tratan los artículos 1323 y 961 del Código Civil, lo relativo a las prestaciones mutuas entre los herederos de igual derecho o entre el heredero de mejor derecho demandante y el heredero de menor derecho que ocupa la herencia, pero no está prevista para resolver sobre asuntos relativos a recompensas referentes a una sociedad conyugal.

No está diseñada pues la acción de petición de herencia para determinar si hay lugar o no al reconocimiento de compensaciones, que realmente se llaman recompensas a la sociedad conyugal, por cualquier concepto, pues el estadio preciso para ello es el previsto para el rehacimiento de la partición efectuada en el proceso de sucesión, el cual se inicia con el inventario y donde se debe atemperar lo normado en los artículos 600 y 601 del C. P. C.

En el presente caso se observa que hay un proceso de sucesión intestada, el de la causante MARGARITA BEJARANO MORENO, terminado, en el cual se reconoció como heredero al señor FERNANDO HERNANDEZ, en su calidad de cónyuge sobreviviente, y a quien se le adjudicaron los bienes inventariados.

Dicho proceso se limitó a la liquidación de la masa herencial, ya que no se habló y menos se liquidó sociedad conyugal alguna.

En el asunto que nos ocupa se cuenta con una sentencia, la No. 066-11, proferida por el Juzgado Primero de Familia de Cartago (V) donde se declaró que el señor CARLOS ALBERTO BEJARANO, quien es el demandante, es heredero de la difunta MARGARITA BEJARANO MORENO y por ello se dispuso el rehacimiento de la partición realizada en el proceso sucesoral de dicha causante, negándose a hacer pronunciamiento alguno sobre la compensación citada por el señor FERNANDO HERNANDEZ, quien es el demandado, y que hace referencia a lo que, según el demandado, el demandante debe a la sociedad conyugal.

Lo cierto es que la discusión en un proceso ordinario de petición de herencia no está centrada a lo que el demandado quiere que se le reconozca en la sentencia y que, en este caso, es el objeto de la apelación, o sea el reconocimiento de recompensas para una sociedad conyugal, puesto que, como se indicó anteriormente, lo que es inherente a la acción de petición de herencia es lo relativo a las prestaciones mutuas de que hablan los artículos 1323 y 961 del Código Civil, las cuales pueden ser reconocidas a petición de parte o de oficio por el Juez, pero entendidas éstas como las prestaciones que se deben por parte del heredero que ocupa una herencia a la cual tiene derecho, en igual proporción o mejor, otra persona por tener igual o mejor calidad de heredero y referentes al tiempo en que ha ocupado la herencia.

En otras palabras, en este caso en concreto la acción de petición de herencia sólo permite que se discuta si el demandante tiene o no derecho a reclamar la herencia que está en este momento ocupada por otra persona, que lo hace en calidad de heredero; ya lo relativo a los derechos a reclamar la recompensas a favor de la sociedad conyugal se debe discutir al interior del proceso de liquidación pertinente, como sería la sucesión, y siempre y cuando en él se esté liquidando también la sociedad conyugal, discusión que se debe hacer en la etapa procesal oportuna para ello y con la cual se inicia el rehacimiento de la partición, que no es otra, en este preciso caso, que en el inventario y su traslado, como lo dicen los artículos 600 y 601 del C. P. C.

Con soporte en lo anteriormente expuesto, esta Sala modificará el numeral quinto de la sentencia No. 066-11 de mayo 13 de 2011 por el Juzgado Primero de Familia de Cartago (V), para indicar que se abstiene la Sala de hacer pronunciamiento alguno

sobre las recompensas presuntamente debidas por el demandante, señor CARLOS ALBERTO BEJARANO, a la sociedad conyugal formada por los señores MARGARITA BEJARANO MORENO y FERNANDO HERNANDEZ, por los motivos expuestos en esta providencia.

Adicionalmente, se abstendrá, de conformidad con lo indicado en el numeral 8 del artículo 392 del C. P. C., de condenar en costas en segunda instancia al no existir prueba de haberse causado.

Sentencia de segunda instancia (2008-00094-01) de 2013, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: modifica la sentencia apelada.

AGENCIA OFICIOSA DE TUTELA – La madre no representa al hijo mayor de edad que presta el servicio militar y tiene la capacidad de promover personalmente la acción de tutela.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2591 de 1991, artículo 10.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-044 de 1996, T-294 de 2000 y T-899 de 2001.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La acción de tutela puede ser ejercida por cualquier persona conculcada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien podrá actuar por sí misma o a través de representante; de igual manera podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa (artículo 10º del decreto 2591 de 1.991).

Así las cosas, en primer lugar entrará la Sala a estudiar ¿si existe legitimación por activa de la actora, quien de acuerdo al escrito de tutela y sus anexos actúa como agente oficioso de su hijo FABIAN ANDRES POSSO GARCIA, persona mayor de edad que se identifica con la cédula de ciudadanía No. 1.088.020.760 de La Unión (Valle)?

Dada la informalidad que reviste la acción de Tutela, por regla general la misma debe ser interpuesta por el titular del derecho y solo excepcionalmente se acepta su presentación a través del agente oficioso, cuando se dan las circunstancias del inciso 2º del artículo 10 del decreto 2591 de 1.991, es decir, el que actúe como agente oficioso debe afirmar que procede como tal y demostrar aunque sea sumariamente que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra imposibilitado de ejercer su propia defensa, bien sea por circunstancias físicas, como la enfermedad, o por razones síquicas que pudieran ver afectado su estado mental, o en presencia de un estado de indefensión que le impida acudir a la justicia.

Entonces, al no ser permitido desconocer lo que realmente desea el afectado, se requiere que la persona interesada ratifique la actuación del tercero que lo representa, ya que este podría actuar en contra de su voluntad y afectar su dignidad humana, pues a pesar de la apariencia de bondad del gesto del agente, sus propósitos o intereses pueden no ser los mismos del interesado, quien además estaría siendo considerado por dicho tercero como alguien incapaz de defender sus propios derechos, es así como la citada corporación ha señalado:

Por ello la agencia oficiosa no puede llevar a que se comprometa el nombre de otro para obtener la actuación del juez sin manifestación alguna de quien figura como sujeto pasivo de la vulneración o amenaza de los derechos. De allí que la norma legal exija la ratificación de lo actuado por agente oficioso como requisito de legitimación dentro del proceso.

En ese orden de ideas, para declarar procedente la agencia oficiosa, es necesario constatar que se dan los siguientes requisitos:

1. El actor actúa en nombre de otra persona.
2. De la exposición de los hechos resulte evidente que el agenciado se encuentre imposibilitado para interponer la acción por su propia cuenta.
3. Demostrar la imposibilidad en que se encuentra el titular del derecho para ejercer su propia defensa y.
4. Ratificación de lo actuado por el agente oficioso.

Descendiendo al asunto que ocupa la atención de la Sala, se observa que los requisitos mencionados no fueron satisfechos por la accionante por cuanto no demostró que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encontrara en imposibilidad de promover su propia defensa, pues la sola condición de soldado de su hijo FABIAN ANDRES POSSO GARCIA, no comprueba impedimento alguno para que éste presente por sí mismo o a través de apoderado judicial la respectiva acción.

En efecto, como lo ha destacado la Corte Constitucional el parentesco no constituye *per sé* un fundamento suficiente para justificar la agencia de derechos ajenos y ha señalado:

Así las cosas, no es posible el estudio de fondo del reclamo deprecado debido a la falta de legitimidad de quien la incoa, pues al no cumplirse con las exigencias de la agencia oficiosa, al no demostrarse la imposibilidad del interesado para interponer directamente la acción de tutela, resulta improcedente el amparo constitucional solicitado a favor de un tercero.

En este orden de ideas habrá de negarse la tutela solicitada por la madre de FABIAN ANDRES POSSO GARCIA.

Sentencia de tutela de primera instancia (2013-00254-00) del 3 de septiembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: niega la protección solicitada.

UNIÓN MARITAL DE HECHO - La permanencia que debe distinguirla no se rompe por las separaciones transitorias o los alejamientos temporales entre los compañeros.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 54 de 1990, artículo 1.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisiones 14881 de marzo de 2008, ponencia del magistrado Felipe Francisco Borda Caicedo, 16059 del 22 de junio de 2011, con ponencia del magistrado Felipe Francisco Borda Caicedo, y 15565 del 2 de diciembre de 2010, con ponencia de la magistrada Bárbara Liliana Talero Ortiz.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el *sub exámine*, y en orden a demostrar la unión marital de hecho que existió entre MARGARITA GRAJALES DÍAZ y JOSÉ DIEGO MEDINA VALENCIA, se practicaron las siguientes pruebas, dentro de las que se resaltan:

Interrogatorio de parte rendido por el demandado JOSÉ DIEGO MEDINA VALENCIA: En él, aquel manifestó en síntesis que comenzó a vivir en una pieza con la demandante en el mes de septiembre de 1987; la relación fue muy inestable, vivían 6 meses, hasta un año llegaron a vivir bien pero la demandante a cada rato se iba de la casa. Desde 1990 hasta cuando decidió irse definitivamente de la casa tuvo afiliada a la demandante al Seguro Social, incluso su hijo nació en un hospital. Afirma que su relación no fue pública ni notoria, siempre andaba solo.

También se recibió la declaración de DIEGO FERNANDO MEDINA GRAJALES –el hijo habido dentro de la unión–, mayor de 18 años, quien afirmó que sus padres convivieron alrededor de 20 años, y mas o menos dos veces a causa de problemas de violencia intrafamiliar su madre se fue de la casa para donde una tía en Circacia, pero a pesar de ello se reconciliaban. Su papá siempre los tuvo afiliados al seguro social. Durante la unión ellos compartieron techo, lecho y mesa. Su padre es transportador y cuando llegaba de sus viajes venía agresivo, y le pegaba a su mamá. Él se metía a defenderla y también a él su papá le pegaba.

A instancia del demandado se recibieron también las declaraciones de LUIS ALBERTO ORTIZ, FRANCIGNE MARÍA RENTERÍA YARA, WILIAM MARÍN GONZÁLEZ, REINALDO MÉNDEZ BARONA y FABIOLA RIVERA ÁLVAREZ, quienes manifestaron de forma similar conocer al demandado JOSÉ DIEGO MEDINA con ocasión de su actividad como conductor y prestamista de dinero. Pero lo cierto es que frente a la relación de aquel con la demandante manifiestan todos no saber nada, ni siquiera si eran marido y mujer, de suerte que no puede predicarse que hayan conocido de primera mano las circunstancias en que se desarrollaba la

relación y menos que la misma era esporádica o espontánea como lo afirmó la defensa.

Por el contrario, las declaraciones de LUZ MARINA TUMBO LABIO, AYDEE RAMÍREZ Y NORMA SOFÍA TORRES, fueron coincidentes y responsivas, al declarar que MARGARITA GRAJALES DÍAZ y JOSÉ DIEGO MEDINA VALENCIA, eran reconocidos como marido y mujer, y a pesar que hubo separaciones a causa de peleas de pareja, cuando el demandado no estaba de viaje, siempre vivieron bajo un mismo techo, unión que se prolongó hasta noviembre de 2005 cuando se produjo la separación definitiva en donde él sacó las cosas de la casa y se fue a vivir aparte; declaraciones éstas que al ser coincidentes ofrecen plena credibilidad para la Sala.

Lo anterior se refuerza con las pruebas documentales aportadas al proceso, especialmente con 12 fotografías que retratan la vida en familia de MARGARITA y JOSÉ DIEGO junto con su hijo para esa época menor, de paseo en lugares turísticos de Colombia como Bogotá, el Lago Calima, Cartagena, Cali, La Basílica en Buga, entre otros. Además no puede dejar de lado el Tribunal que la prueba documental y la confesión del demandado, dan cuenta de la afiliación de su compañera como beneficiaria del Sistema de seguridad social en salud, circunstancias todas estas de donde se desprende sin asomo de duda que entre los aquí convocados sí hubo una unión marital de hecho, de la forma en que lo declaró la sentencia de primera instancia.

Finalmente, por lo que atañe al argumento en que se fundó la defensa concerniente a que la relación de pareja fue esporádica y que cuando más duró no fue superior a los dos años que exige el artículo 2 de la Ley 54 de 1990 debido a sus frecuentes separaciones, debe precisar la Sala que además que ello no se acompasa con el relato probatorio que viene de hacerse, los mismos no aparejaron una separación definitiva de los compañeros permanentes, por ende no se frustró el requisito de la permanencia que se exige para la conformación de la unión

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

En este orden de ideas, la censura propuesta por la apoderada judicial del demandado está llamada al fracaso, pues como viene de verse el requisito de la permanencia que exige la ley 54 de 1990 no se vio frustrado en esta relación por las separaciones temporales fruto de los conflictos intrafamiliares que aquí hubo. Recuérdese como atrás quedó establecido: la permanencia que demanda el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 no traduce la exigencia de un modelo de convivencia ajeno a conflictos o a separaciones temporales entre los compañeros permanentes.

Por lo demás, no le asiste duda a esta superioridad que la relación de pareja que hubo entre los convocados se prolongó por mucho más que dos años, dando lugar

no solo al nacimiento de la unión marital, sino también al de la sociedad patrimonial la cual habrá de liquidarse conforme a las normas pertinentes.

Por lo anterior, estima la Sala que la decisión objeto de apelación debe mantenerse, por encontrarse ajustada a derecho.

Sentencia de segunda instancia (2006-0239-01) del 16 de septiembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

SALA LABORAL:

NULIDAD EN INCIDENTE DE DESACATO – Es preciso requerir al superior jerárquico del presunto infractor, cumplir con las normas del procedimiento civil aplicables al caso e imponer la sanción a quien debe acatar la orden.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2591 de 1991, artículos 27 y 52; Código de Procedimiento Civil, artículo 137; Resolución 039 de 2012, artículo 17, numeral quinto.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-763 de 1998.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Bien, el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 establece que la sanción por desacato a la orden que se emita en sentencia de tutela se impone por el mismo juez que la impartió -el de la primera instancia-, mediante trámite incidental y que será consultada ante el superior jerárquico.

Adicionalmente, el artículo 27 del mismo decreto prevé que en caso que la autoridad responsable de cumplir el fallo de tutela no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes, el juez requerirá a su superior a fin de que lo haga cumplir y abra el proceso disciplinario correspondiente; que pasadas otras cuarenta y ocho (48) horas sin que se verifique el cumplimiento, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará las medidas necesarias para alcanzar su cumplimiento, pudiendo sancionar por desacato al responsable y al superior, hasta que cumplan la sentencia.

De lo expuesto se advierte que durante el trámite que nos ocupa no se dio cumplimiento en legal forma a lo dispuesto en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, en razón a que (i) No requirió al superior jerárquico del presunto infractor para que hiciera cumplir el mandato de tutela; (ii) El supuesto incidente por desacato no se tramitó de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable al caso; (iii) Impuso sanción por desacato a persona diferente a la encargada de dar solución a la petición del accionante, en tanto que la señora Doris Patarroyo Patarroyo, funge como Gerente Nacional de Nómina de Colpensiones.

Es más, el juzgado emitió y notificó la orden de tutela a quienes no tienen la facultad de dar respuesta a la solicitud de reliquidación de pensión y por ende, no están obligados a acatar la orden, puesto que la misma se le dio al representante legal de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- de la ciudad de Palmira y el oficio por el cual la comunicó, fue dirigido a CARLOS ALBERTO PARRA SATIZABAL, Vicepresidente Administrativo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en liquidación hoy COLPENSIONES; al Representante Legal de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” tanto de la ciudad de Bogotá como del Municipio de Palmira Valle -folios 38 a 40-.

Lo anterior se corrobora con la sola lectura de la sentencia de tutela No. 023, proferida el día 27 de febrero del avanzado año, cuya copia milita a folios 4 a 9 de las diligencias, de donde se advierte que la orden de tutela no fue dirigida a la doctora DORIS PATARROYO PATARROYO, en su condición de Gerente Nacional de Nómina de COLPENSIONES; a lo que se añade que los requerimientos proferidos para el cumplimiento del fallo fueron dirigidos a la mentada funcionaria.

Es que la funcionaria sancionada no podía incurrir en proceder doloso o culpable tendiente a desconocer la orden de tutela impartida por el *a quo* a favor del señor JOSÉ LUIS LONDOÑO QUINTERO, como quiera que de conformidad con el artículo 17.5 de la Resolución No. 039 de 2012; por medio de la cual el Presidente de Colpensiones delegó funciones y asignó la facultad de suscribir ciertos actos; el GERENTE NACIONAL DE RECONOCIMIENTO DE LA VICEPRESIDENCIA DE BENEFICIOS Y PRESTACIONES DE COLPENSIONES S.A., es la autoridad facultada legalmente para resolver el reclamo elevado por el accionante relativo a la reliquidación de la pensión de vejez, y no la Gerente Nacional de Nómina, como erróneamente lo determinó el juez de instancia, desde el auto inicial.

Ciertamente, el artículo 17.5 de la mentada resolución establece textualmente:

“Artículo 17. Asignar al Gerente Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones, la facultad de suscribir los siguientes actos:

Los de reconocimiento de beneficios y prestaciones económicas y sustituciones.

1. (...)

2. (...)

3. (...)

4. Las certificaciones e informes que le corresponda expedir al área en cumplimiento de sus funciones.

5. Los que resuelvan las peticiones, reclamos y sugerencias de competencia de la dependencia y que no estén asignados a otras áreas.

6. Los que sean necesarios para el adecuado ejercicio de sus funciones y que no correspondan a otras áreas.”

En suma y por las razones antes esbozadas se configura la nulidad de todo lo actuado en el trámite incidental y así se declarará, con miras a que el *a quo* renueve la actuación y la enderece contra la GERENCIA NACIONAL DE RECONOCIMIENTO DE LA VICEPRESIDENCIA DE BENEFICIOS Y PRESTACIONES DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES S.A.; observe lo reglado en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991 y 137 del Código de Procedimiento Civil y finalmente emita decisión de fondo.

Auto 147 del 9 de agosto de 2013, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: declara la nulidad de todo lo actuado.

CONTRATO DE TRABAJO – Existe cuando las labores se cumplen de forma continua y permanente y bajo la estricta subordinación al empleador.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Sustantivo del Trabajo, artículo 24.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En este caso la atención de la Sala se centrará en establecer si de los testimonios arimados al expediente se puede establecer que entre las partes existió una verdadera relación de prestación de servicios regida por un contrato de trabajo, esto es, si la relación se caracterizó por una continuada y permanente subordinación o dependencia.

De entrada se advierte que el demandante acudió a la jurisdicción cobijado por la presunción legal establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, según la cual, quien presta servicios a beneficio de otro, se entiende que lo hace a través de un contrato de trabajo, salvo que el beneficiario demuestre lo contrario, esto es, que en ese vínculo no se presentó la subordinación continuada que permite el ejercicio del poder directivo y disciplinario en cualquier momento; como lo pregona el literal b) del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al definir la subordinación o dependencia, característica del contrato de trabajo así: “...*La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. ...*”

Mario De la Cueva, en Derecho Mexicano del Trabajo, Editorial Porrúa S.A., México, 1967, Tomo I, décima edición, págs. 495 y 496, desbrozó el concepto y las características de la subordinación o dependencia, así:

“... 2. La relación de trabajo no nace sino a partir del momento en que la subordinación del trabajador al empresario deja de ser un simple poder de hecho para transformarse en un poder jurídico. Las explicaciones de Sinzheimer y Barassi son concluyentes al respecto.”

En tanto no se ejerza sino un poder de hecho sobre el trabajador no existirá relación de trabajo, sino una especie de servidumbre o esclavitud y si desaparecidas estas instituciones no existiera sino un simple poder de hecho, no sería posible obligar al trabajador a que obedeciera al empresario. La producción sería imposible, puesto que su éxito o fracaso dependería de la voluntad del trabajador, quien, por no estar jurídicamente obligado, podría negarse a obedecer al patrono. Y a la inversa, no existiendo ni esclavitud ni servidumbre, el patrono sólo puede ejercer un poder sobre los trabajadores en virtud de una relación jurídica.

(...)

Donde exista subordinación como poder jurídico, esto es, como principio de autoridad, habrá relación de trabajo y faltando ese elemento estaremos en presencia de un contrato de derecho civil.

(...)

Pero también por otro camino se alcanza la idea de la relación jurídica de poder: El poder jurídico del empresario es un poder de disposición de la energía de trabajo, lo que quiere decir que la esencia de la relación de trabajo estriba en que el patrono se encuentra, en todo momento, en posibilidad de disponer de la fuerza de trabajo de sus obreros, según convenga a los fines de la empresa.

(...)

Para que la relación de trabajo exista no se requiere la utilización efectiva de la fuerza de trabajo, sino la posibilidad de disposición; puede el patrono ordenar la suspensión del trabajo durante una hora o durante media; los trabajadores deben encontrarse ahí, listos a poner su fuerza de trabajo nuevamente en ejercicio, tan pronto sean requeridos. Pero también faltando esa posibilidad de disposición, no habrá relación de trabajo; recuérdese el ejemplo de las agencias de automóviles o de radio; los agentes no tienen su fuerza de trabajo a disposición del productor y por ello, y cualesquiera sean las relaciones que entre unos y otros existan, no se da la relación de trabajo.

Esta facultad de disposición del empresario, si bien es un poder sobre la fuerza de trabajo, crea, al mismo tiempo, una relación personal entre patrono y trabajador, pues la energía de trabajo es inseparable de la persona humana y para disponer de aquélla, es necesario que el obrero aplique su actividad en la forma indicada por el patrono.

La obediencia de trabajador a las órdenes del patrono es la forma única de disposición de la energía de trabajo y es claro que el deber de obediencia constituye una relación personal, pues liga a la persona misma del trabajador, creando una relación de autoridad y, por tanto, de subordinación de la voluntad del obrero a la del patrono.

Que el deber de obediencia es esencial a la relación de trabajo lo demuestra la circunstancia de que la desobediencia en que incurra el trabajador constituye, de acuerdo con lo dispuesto en la fracción XI del artículo 121 de la Ley, causa justificada del contrato de trabajo. ...” (Las negrillas son de la Sala)

En conclusión, si bien el actor prestó servicios a favor de la demandada y de su hermana, tales labores no se ejecutaron en forma continuada y permanente y bajo la estricta subordinación de la señora Emilda Campo Rodríguez; la causa o el motivo que originó aquel vínculo, no radicaba en pactar una relación jurídica subordinada, sino una prestación de servicios voluntarios que no pasaba de ser una colaboración que prestaba el demandante a cambio de alguna ayuda para medicamentos o el suministro de leche u otros víveres que las hermanas Campo Rodríguez le prodigaban. Nótese que los testigos arrimados por el demandante fueron muy próximos a los de la demandada, en lo referente a la jornada o las horas en que el actor asistía a casa de las Campo Rodríguez, pues no fueron más allá del medio día, cuando dijeron, al unísono, que el horario que cumplía fluctuaba entre las 6 a.m. y las 2 p.m., mientras que los declarantes que trajo la demandada, dieron como referente de horario las 6 a las 10 a.m.

Es más, los testigos que aportó el accionante dieron como razón de la ciencia de sus dichos, los comentarios del propio demandante quien, según ellos, les contó cuánto devengaba y en qué jornada prestaba los oficios varios a que refirieron.

Decae entonces la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y esta circunstancia lleva a que se confirme en todas sus partes la decisión de primera instancia, debiéndose condenar en costas de segunda instancia al demandante y apelante vencido, a tenor de lo prevenido en los numerales 1º y 3º del Código de Procedimiento Civil. A efectos de su liquidación se señala la suma de \$200.000,00, por concepto de agencias en derecho.

Sentencia 023 del 15 de agosto de 2013, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia apelada.

COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO –La subordinación y los demás elementos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo prevalecen sobre la fachada de los contratos cooperativos/SOLIDARIDAD EN LAS OBLIGACIONES LABORALES – Entre la cooperativa de trabajo asociado y el beneficiario de la obra.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Nacional, artículo 53; Código Sustantivo del Trabajo, artículos 22, 23, 24, 25, 32, 33, 34, 35 y 65; Ley 79 de 1988, artículos 59 y 70.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisiones del 8 de abril de 1970, del 14 de mayo de 1987, del 27 de octubre de 1999 (12187) con ponencia de José Roberto Herrera Vergara y del 6 de diciembre de 2006 (25713), con ponencia de Gustavo José Gnecco Mendoza; Corte Constitucional, sentencia C-211 de 2000.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Se duele en primer lugar la apelante, que del análisis hecho por el juez en aplicar la presunción del artículo 24 del CST concluyendo, al demostrarse la prestación personal del servicio por parte del trabajador a la demandada Proactiva de Servicios SA ESP, se presumió la existencia del contrato de trabajo que unió a las partes imponiendo las condenas pertinentes, cuando en realidad –arguye– no existió una relación laboral entre su poderdante y el actor; razón por la cual abordaremos la naturaleza del convenio asociativo de trabajo y su aplicación al caso presente.

Entre una Cooperativa de Trabajo Asociado y sus asociados pueden surgir diversas relaciones de índole contractual cada una de las cuales coloca a las partes en diferente posición jurídica, en cuyo caso es pertinente analizar las condiciones jurídicas del contrato celebrado así como las condiciones fácticas en que se desenvuelve dicho contrato, ya que puede llegarse a la necesidad de aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre la forma jurídica que las partes hayan dado a la relación contractual.

Ahora bien, existen casos excepcionales que modifican la posición jurídica de las partes dentro del contrato, haciendo por ejemplo que aparezcan elementos de subordinación en la relación. Así, se tiene el caso en el cual las cooperativas de trabajo asociado contratan con personal ocasional o permanente o que el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa sino para un tercero respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios, y la relación con este último surge por mandato de aquella.

La concurrencia del elemento de subordinación con los demás previstos en el artículo 23 del C.S.T. puede dar lugar a la configuración de una relación laboral bajo la fachada de un contrato cooperativo, que da lugar a la aplicación del principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales, asunto éste que en principio es competencia del juez laboral vislumbrar.

Sentado lo anterior, el paso a seguir es adentrarse en el análisis de las pruebas aportadas al plenario para elucidar si de ellas emana la existencia de un convenio cooperativo, como lo adujo la parte impugnante PROACTIVA DE SERVICIOS SA. ESP, o si por el contrario, emana la existencia de un contrato de trabajo regido por el Código Sustantivo del Trabajo, como lo dedujo el a quo.

Teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial emanado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, y de la Corte Constitucional, en aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades, en el momento en que CTA AMIGA Cooperativa de Trabajo Asociado envió al actor, a prestar sus servicios personales a la empresa Proactiva de Servicios SA ESP, actuó de igual forma como lo haría un empleador al impartirle órdenes a sus trabajadores, colocando en estado de subordinación al demandante, pues fue la Cooperativa quien dispuso a qué entidad prestara el servicio personal, además era ella quien lo remuneraba y aunque los servicios personales fueron prestados a la empresa mencionada, fue en ejecución de los contratos de prestación de servicios que previamente habían pactado la cooperativa codemandada con Proactiva de Servicios SA.ESP.

De otra parte, la Cooperativa demandada le fijó un término intemporal de vinculación al demandante para ostentar la calidad de asociado, fijación que lo fue en el “Convenio de Trabajo Cooperativo”, en su cláusula séptima, que al respecto dice: *“La duración del Convenio de Asociación es el tiempo que dure vinculado el asociado a la Cooperativa, sin perjuicio de la pérdida de la calidad de asociado de que trata el capítulo V de los estatutos”*. Circunstancias que se echan de menos (normas estatutarias) y que no fueron debidamente probadas conforme a las normas que contemplan la carga de la prueba.

De lo anterior se infiere, no sólo que el actor prestó sus servicios personales bajo un contrato de trabajo para la empresa Proactiva de Servicios SA ESP., sino también que existió una contratación aparente con CTA. AMIGA - Cooperativa de Trabajo Asociado, demandada, contratación donde la citada Cooperativa obró como intermediaria conforme a los términos del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, como se desprende del mismo convenio de trabajo asociado suscrito entre demandante y cooperativa demandada (fs. 24) y del contrato de prestación de servicios que aparece a folios 68 a 70 y lo declarado por los dos testigos antes reseñados, al aducir que el reclamante prestó sus servicios para la empresa Proactiva de Servicios SA ESP significando que la Cooperativa de Trabajo Asociado codemandada, fue una fachada de la persona jurídica antes mencionada para eludir las acreencias laborales del reclamante.

Si hay lugar a responsabilidad solidaria entre Proactiva de Servicios y CTA Amiga: Se duele el apelante de que el a quo decretó la existencia del contrato entre el actor y su representada cuando nunca se demostró que el actor tuviera vínculo laboral con ella, pues simplemente la relación siempre se dio actuando como intermediaria la Cooperativa CTA Amiga con quien la unía un vínculo comercial; sobre el particular este juez colegiado dirá que, conforme al artículo 34 del CST sí es solidariamente responsable con CTA Amiga por ser beneficiaria de la obra, dimanando del objeto del contrato de julio 1 de 2002 (folios 68 a 70 y 146 a 150) que la actividad o negocio realizado por la Sociedad Proactiva de Servicios SA ESP es afín con la obra o el servicio contratado, pues el personal contratado es para realizar labores propias del sector de servicios para el manejo de los servicios de barrido, limpieza, recolección, transporte y disposiciones de basuras conforme a necesidad operativa de la contratista Proactiva de Servicios SA.ESP.

De otra parte y en cuanto concierne a los contratos de trabajo por interpuesta persona, simulados o de meros intermediarios, conforme lo establecen los artículo 32 al 35 del CST de trabajo cuando establece los representantes del patrono y solidaridad, el artículo 35 prescribe las ocasiones en que se consideran simples intermediarios, estableciendo primero como las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono, y en el evento en que aun apareciendo como empresarios independientes las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono, para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo, expresando por último que si el intermediario no declara esa calidad y manifiesta ser empleador responderá solidariamente con el verdadero empleador.

Lo referido en líneas precedentes, nos permite aclararle al recurrente cuál es la obligación probatoria del trabajador y la del empleador; sin que recaiga en el primero demostrar todos los elementos que configuran un contrato de trabajo, sólo la prestación personal del servicio, que en efecto es presunción legal desvirtuable por la contraparte, que para el caso del intermediario cuando son llamados a juicio junto con el beneficiario del contrato de trabajo, corresponde a los dos desvirtuar la presunción, correspondiéndole al beneficiario demostrar que las labores no correspondían a actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo para liberarse de la responsabilidad frente al trabajador. Y en el caso presente el beneficiario no desvirtuó la presunción de que el trabajador presto sus servicios bajo un verdadero contrato de trabajo, al encontrarse los elementos propios de la naturaleza del mismo, en la relación laboral que tuvo el trabajador con la empresa Proactiva de Servicios SA ESP.

Sentencia 056 del 20 de agosto de 2013, con ponencia del Dr. Marceliano Chávez Ávila. Decisión: confirma la sentencia apelada.

CONVENCIÓN COLECTIVA – La constancia de su depósito es requisito indispensable para establecer su validez y reclamar los beneficios en ella estipulados.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

FUENTES FORMALES: Código Sustantivo del Trabajo, artículo 469; Decreto 2127 de 1945, artículos 47, 48, 49 y 51.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión 15120 del 16 de mayo de 2001.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De entrada esta sala considera que la decisión debe ser confirmada, razón por la cual el problema jurídico a dilucidar por esta Sala gira en torno a determinar si resulta procedente ordenar el reintegro del actor al cargo que ocupaba o a uno de igual o superior categoría, pese a que la convención colectiva aportada para el efecto carece de la nota de depósito.

En este sentido se tiene que no es objeto de discusión la calidad de trabajador oficial del actor, ni el hecho de que el despido no atendió a una justa causa, hechos que encontró demostrados la falladora de primer grado.

Ahora el accionante fue retirado del servicio por parte de su empleador debido a la adopción de una nueva planta de personal, como consecuencia del proceso de reestructuración que atravesó el ente territorial llamado a juicio.

Así, se tiene que si bien la causa que ameritó su despido es legal, no es justa al no encontrarse calificada así en los artículo 47 a 49 del Decreto 2127 de 1945, y así fue declarado por la jueza de la instancia.

Ahora, a la luz del artículo 51 ibídem la consecuencia legal para el empleador que termina unilateralmente la relación laboral con un trabajador oficial es el pago de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo del contrato de trabajo, a título de indemnización.

Empero en el presente asunto las pretensiones del actor están encaminadas a obtener su reintegro al cargo que ocupaba o a uno de igual o superior categoría, efecto que no se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido se observa que el accionante trajo al juicio copia de la convención colectiva de trabajo vigente para el periodo comprendido entre los años 2005 a 2010 suscrita entre el ente municipal convocado y el sindicato de trabajadores oficiales y empleados públicos del mismo, la cual en su artículo 5° contempla la estabilidad laboral del personal al servicio de la entidad, ordenando su reintegro cuando un trabajador oficial haya sido despedido sin mediar justa causa.

No obstante, como bien lo concluyó la jueza de conocimiento dicha convención colectiva no podrá ser tenida en cuenta habida cuenta de que no se aportó en debida forma, pues no trae la constancia de depósito que exige el artículo 469 del C.S.T. y S.S. requisito indispensable tanto para su validez, como para reclamar los beneficios que de ella se derivan.

Es que la parte actora ha debido probar la existencia de la convención colectiva de trabajo en los términos establecidos en la evocada norma, toda vez que, contrario a lo colegido por el recurrente, se trata de una prueba solemne.

Bajo esta órbita se tiene que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido consistente en afirmar que cuando las pretensiones de una demanda están soportadas en una convención colectiva de trabajo se hace indispensable establecer, no sólo la existencia del acuerdo colectivo, sino también el cumplimiento de las solemnidades exigidas para su validez según el artículo 469 del Código Sustantivo de Trabajo.

Por lo tanto, al no existir probanza sobre el depósito de la convención colectiva obrante a folios 70 a 103, en los términos establecidos por el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo fuerza confirmar la sentencia apelada.

Es que al actor le incumbía la carga de la prueba, y el no cumplir con esta labor probatoria o el realizarla de manera deficiente, conlleva necesariamente a una decisión desfavorable a sus pretensiones.

Y en el presente asunto resulta meridiano que la convención colectiva ostenta la calidad de prueba solemne, esto es debe ser allegada al proceso con el lleno de los requisitos especiales que la norma impone para su validez, por lo que al no cumplir con esta exigencia no puede ser apreciada.

Sentencia 059 del 20 de agosto de 2013, con ponencia del Dr. Marceliano Chávez Ávila. Decisión: confirma la sentencia apelada

CONTRATO DE TRABAJO – El trabajador debe prestar sus servicios de manera personal y no recurrir a terceros ajenos a la relación contractual/TRABAJADORES

OFICIALES EN LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – El cargo de contadora no está destinado al mantenimiento de la planta física hospitalaria ni a la prestación de servicios generales.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2127 de 1945, artículo 20; Ley 100 de 1993, artículo 194; Ley 10 de 1990, artículo 26.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisiones 23388 del 2 de septiembre de 2004 y 40932 del 1 de marzo de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Primeramente resulta importante destacar que el demandado Hospital Local de Candelaria, es una Empresa Social del Estado, razón por la cual en virtud del numeral 5° del artículo 194 de la Ley 100 de 1993, quienes presten servicios a su favor, tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales en aplicación de lo dispuesto en la Ley 10 de 1990, cuyo artículo 26 otorga la calidad de trabajadores oficiales sólo a aquellas personas que desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

Ahora, para resolver el primer problema jurídico planteado, se debe precisar que el artículo 20 del decreto 2127 de 1945, trae una presunción legal similar a la consagrada en el artículo 24 del C.S.T. y S.S., 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.

En este sentido le corresponde al trabajador que demanda por lo menos demostrar el elemento de la prestación personal del servicio, para así poder derivar la presunción del contrato de trabajo de que trata el artículo 20 estudiado.

Así las cosas se advierte que no existe discusión en el presente asunto sobre que la actora prestó sus servicios para la empresa social enjuiciada, pues siendo ello afirmado en los hechos de la demanda fue aceptado por su contradictora, además así lo corroboran los testimonios recibidos.

No obstante, no quedó demostrado que dichos servicios hubiesen sido prestado de manera exclusivamente personal, elemento indispensable para que se configure un

contrato de trabajo, pues la misma petente afirma que se veía en la necesidad de contratar personal ajeno al hospital para que le ayudara a desempeñar parte de las funciones que le fueron encomendadas, hecho que fue ratificado con la declaración rendida por la señora Viviana Oliveros Gómez.

Bajo esta órbita, se tiene que si bien la demandante prestó sus servicios para el ente encartado, ello no lo hizo siempre de manera personal, pues como se acotó en la línea precedente realizaba parte de sus labores a través de terceros ajenos a la relación contractual.

Así las cosas, no queda plenamente establecido el elemento de la prestación personal del servicio, necesario para derivar la presunción de contrato de trabajo de que trata la norma consultada, y que además resulta fundamental para que exista dicha clase de contratación.

De otro lado, al ser la presunta empleadora una empresa social del estado, para que la relación laboral de la pretensora estuviere regida por un contrato de trabajo, ésta debió prestar sus servicios en cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

Por lo que las funciones de contadora por ella desempeñadas no encajan dentro de las que el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 asigna a los trabajadores oficiales, razón por la cual, así hubieren quedado demostrados los elementos necesarios para que se configure un contrato de trabajo, sus pedimentos no podrían ser estudiados por esta Colegiatura, ya que los mismos corresponderían a la jurisdicción contencioso administrativa.

En consecuencia la demandante incumplió con su deber probatorio de demostrar, inicialmente que prestó sus servicios de manera exclusivamente personal a favor de su contraparte, y por otro lado que sus funciones estaban relacionadas con el mantenimiento de la planta física hospitalaria o con servicios generales.

Siguiendo la anterior línea de pensamiento y en consonancia con los planteamientos expuestos por la jurisprudencia laboral estudiada, se concluye que como quiera que la actora no lograra demostrar la prestación del servicio de manera exclusivamente personal a favor del hospital público demandado, ni haber acreditado la calidad de trabajadora oficial necesaria para estudiar sus pedimentos por esta vía ordinaria, la sentencia recurrida habrá de ser confirmada.

Sentencia 060 del 20 de agosto de 2013, con ponencia del Dr. Marceliano Chávez Ávila. Decisión: confirma la sentencia apelada.

PROCESO EJECUTIVO PARA EL PAGO DE APORTES PENSIONALES - La ley le otorga el mérito ejecutivo a la liquidación hecha por la administradora de pensiones y no a las cuentas de cobro/PROCESO EJECUTIVO PARA EL PAGO DE APORTES PENSIONALES - La información a la Superintendencia Financiera sobre los empleadores morosos debe hacerse durante el proceso, y no antes.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 656 de 194, artículo 14; Ley 100 de 1993, artículo 24; Decreto 2633 de 1994, artículos 2, 5 y 7, literal B); Código Procesal del Trabajo, artículo 100.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Pretende la gestora del derecho de la entidad demandante que se revoque el auto por el cual el juzgado de conocimiento se abstuvo de librar mandamiento de pago, pues estima que los documentos que aportó como base de recaudo ejecutivo, reúnen los presupuestos legales establecidos para la configuración de un título ejecutivo, presupuestos que difieren de los exigidos para otras ejecuciones, por hallarse reglada por la ley 100 de 1993 y su Decreto Reglamentario 2633 de 1994.

Bien, el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, otorga especiales facultades a las administradoras de fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, entre las que se encuentra la de recaudar las cotizaciones pensionales que no se satisfagan oportunamente por los empleadores a favor de sus trabajadores afiliados.

El artículo 24 de la Ley 100 de 1993 ha consagrado que las administradoras de pensiones pueden, por la vía ejecutiva, cobrar las cotizaciones adeudadas por los obligados junto con los intereses moratorios generados por el retardo, como una alternativa para corregir el funcionamiento del Sistema de seguridad Social Integral. Dicha norma dispone:

“ARTÍCULO 24. ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.”

Por su parte, los cánones 2º y 5º del Decreto 2633 de 1994 establecen un procedimiento especial que debe agotarse antes de interponer la respectiva acción de cobro, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2.- DEL PROCEDIMIENTO PARA CONSTITUIR EN MORA AL EMPLEADOR. Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con el artículo 24 de la ley 100 de 1993.”

“ARTÍCULO 5.- DEL COBRO POR VÍA ORDINARIA. En desarrollo del artículo 24 de la ley 100 de 1993, las demás entidades del régimen solidario de régimen de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad

adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, informando a la Superintendencia Bancaria con la periodicidad que esta disponga, con carácter general, sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimación de sus cuantías e intereses moratorios, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordantes.

Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.” (Resaltas de la Sala)

De conformidad con la normatividad traída a colación y con fundamento en la documental aportada como título ejecutivo y sus anexos, se verifica que mediante comunicación del 26 de abril de 2012 –rotulada como CONSTITUCIÓN EN MORA-, la ejecutante requirió a la pasiva en los términos establecidos en artículo 2º arriba citado (folio 39), es decir que antes de iniciar la acción ejecutiva notificó a la deudora sobre el estado de cuenta de los aportes pensionales de sus trabajadores y la requirió con el objeto que cancelara lo adeudado dentro del término de quince (15) días, al cabo de los cuales, procedió a efectuar la respectiva liquidación (fecha al 25 de mayo de 2012 –folios 11 y ss), para posteriormente iniciar la acción de cobro judicial.

De otra parte, a folio 18, milita copia de la guía de envío por el servicio postal RAPIDÍSIMO, dirigido a la dirección de notificaciones de la entidad que se pretende ejecutar, con la constancia de recibo por parte de la señora Leidy Restrepo, del 27 de abril de 2012.

A esta altura de las disquisiciones resulta pertinente aclarar que aunque por regla general los documentos que pretendan invocarse como título ejecutivo deben provenir directamente del deudor o de su causante o que emanen de una *decisión judicial*, como lo dispone el artículo 100 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; dicha regla encuentra una excepción cuando se trata del cobro de las cotizaciones pensionales, por cuanto el legislador ha dispuesto expresamente que en este caso en particular, la liquidación de la deuda que realiza la administradora de pensiones presta mérito ejecutivo para todos los efectos legales; disposición no fue tenida en cuenta por la jueza instructora, quien al realizar el examen minucioso de la norma reguladora consideró que se debían agotar requisitos que no contempla la disposición aplicable, tales como i) *la constitución de la cuenta de cobro*, ii) *informar a la Superintendencia Financiera de Colombia sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes*, iii) *el requerimiento al empleador moroso* y iv) *la posterior liquidación en el tiempo estipulado para tal fin*.

Es que la cuenta de cobro no es un presupuesto para que se constituya el título ejecutivo especial, pues en términos del artículo 5º del Decreto 2633 de 1994, esta

equivale al requerimiento en el cual la administradora le da a conocer al deudor la existencia y el monto de obligación adeudada; por lo que no es acertado afirmar que en estas acciones se configura un título ejecutivo complejo, en tanto que basta el requerimiento por parte del empleador obligado; luego del cual, transcurrido el término de quince (15) días, sin que se verifique el pago, de forma autónoma la administradora realiza la liquidación y procede a demandar; condición que se encuentra plenamente satisfecha, si se considera que el requerimiento fue recibido el día 27 de abril de 2012 y la liquidación data del 25 de mayo del mismo año –folios 11 a 23 y 40-.

En lo que a las formalidades del requerimiento se refiere, la norma no consagra un ritual o establece que debe remitirse adjunto a la liquidación de la deuda, en tanto y en cuanto se entiende agotado con el simple envío de dicho requerimiento a la dirección de notificaciones judiciales registrada en la administradora de pensiones, circunstancia que se cumplió a cabalidad, como se constata de la documental obrante en los folios 39 y 40.

De otro lado, no le asiste razón a la funcionaria instructora, al referir que no existe certeza sobre la notificación a la Superintendencia Financiera, como requisito para adelantar el proceso ejecutivo, en tanto que esta entidad debe estar enterada del estado de cuentas de cada patronal, “con la periodicidad que esta disponga, con carácter general, sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes”, según las voces del artículo 2 del Decreto 2336 de 1994.

Por su parte, el literal b) del artículo 7 del mencionado decreto, faculta a la Superintendencia Financiera para “...Exigir a dichas entidades informar con la periodicidad que esta disponga, con carácter general, sobre el estado de cada uno de los procesos en la jurisdicción ordinaria indicando por lo menos los siguientes aspectos: Nombre del empleador moroso; valor de la deuda a la fecha, incluida la sanción moratoria; etapa del proceso; fecha de prescripción del crédito y posibilidades de pago;...”, de donde se puede deducir que no se establece de manera cierta que dicha notificación deba realizarse antes de incoarse la respectiva acción, máxime si en el aludido literal se prescribe que debe indicarse la “etapa del proceso” significa con ello, que la información se debe rendirse con posterioridad al inicio del proceso, situación que no debe sumarse a los requisitos del título ejecutivo o de la obligación que se cobra.

De esta forma y sin mayores esfuerzos argumentativos, considera el Tribunal que se equivocó el juzgado cuando por requisitos innecesarios, consideró que no existía título ejecutivo u obligación expresa, clara y exigible que ameritara el mandamiento de pago deprecado por la administradora de pensiones ejecutante y que por ende se deberá revocar el auto impugnado para que el juzgado proceda a librar auto de mandamiento de pago, conforme a los lineamientos aquí plasmados.

Auto 156 del 23 de agosto de 2013, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aquilar. Decisión: revoca el auto apelado.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR ACTOS INMORALES DEL TRABAJADOR – Trato carnal en el lugar de trabajo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Sustantivo del Trabajo, artículos 58, numeral cuarto y 62, numeral quinto.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión del 12 de noviembre de 1986, expediente 625; Corte Constitucional, sentencia C-299 de 1998.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La sentencia consultada habrá de ser confirmada por las siguientes razones:

Sobre el caso particular pretende el actor el reintegro a su puesto de trabajo y se le cancelen las diversas acreencias laborales e indemnizaciones solicitadas en el petitum.

Primero deberá determinarse si quedó demostrado que el despido lo fue por justa causa: Para resolver este problema jurídico tenemos a folio 3 la carta de despido mediante la cual la empleadora retiró del empleo al trabajador, traída por el actor con el libelo genitor, la cual se sustenta en que su *“decisión obedece a su comportamiento en el interior de mi empresa, el cual fue indecoroso, carente de discreción y en repetidas ocasiones”*; lo cual se enmarca claramente en lo establecido en el artículo 62 literal A numeral 5°; normatividad que establece como justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.

A folio 40 aparece un oficio dirigido al inspector de trabajo de Tuluá donde le manifiesta la demandada: *“Las razones (aunque son discrecionales) por la cual solicité el 30 de abril de 2009 retiro del asociado GAVIS MARÍN de de(sic) mi establecimiento comercial son conocidas por su cooperativa. Cuando el señor GALVIS MARÍN, fue despedido por su conducta indecorosa dentro del establecimiento el 7 de mayo de 2009 (...)”* .

Al dar contestación a la demanda la encartada, manifestó que la causa por la cual despidió al trabajador es porque fue sorprendido *“fornicando”* dentro del baño de la bodega con otra compañera de trabajo, y permaneció en ese lugar por espacio de 30 minutos.

Sobre esta carta de despido, es innegable que la misma debe reunir ciertas formalidades legales para que la misma pueda surtir los efectos que pretende, a saber, el párrafo del mentado artículo 62 del CST establece: *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa terminación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.”*.

Y esto es así, puesto que es en ese instante cuando el empleador tiene que manifestarle al trabajador los motivos concretos y específicos por los cuales termina unilateralmente y con justa causa el contrato, ya que como la norma lo indica, posteriormente no puede invocar otros, así lo ha reiterado nuestra jurisprudencia, pues si se admitiera que la carta solo enumerara las causales

genéricas o una disposición del código para terminar por justa causa el contrato de trabajo, tendría la parte que despide, abierta amplitud para encajar dentro de esas causales cualquier comportamiento, lo que equivaldría a justificar el despido con posterioridad al momento en que lo realiza, sin siquiera esbozar, como lo exige la norma el motivo o causal de la terminación del contrato.

Descendiendo al caso concreto, la carta de despido que aparece a folio 3, y mediante la cual se dio por terminado el contrato con justa causa, enuncia el motivo por el cual fue despedido, y de su lectura puede inferir un tipo de reserva de orden moral dada las circunstancias de modo en que se desarrollaron los hechos, los cuales son de la órbita íntima del actor y de una tercera (compañera de trabajo), y que solo pudo ser interpretada hasta el momento en que la pasiva dio contestación a la demanda.

Aunado a lo anterior, la deponente Yamileth Rodríguez Gordillo (folio 103), manifestó: *“NESTOR FABIAN ha laborado con FRANCIA ELENA, pues a el (sic) se le hizo un despido, mas (sic) o menos en abril o mayo del 2009, el llevaba mas (sic) o menos de 8 a 10 años laborando en la empresa VARIEDADES CINCO ESTRELLAS (...) el señor FABIAN GALVIS fue despedido por mal comportamiento ya que estaba fornicando con una compañera en la empresa, por esa razón se despidió”*

De otra parte, la testigo OMAIRA NIETO MESA, manifestó que la causa del despido del demandante fue *“porque los encontraron en la bodega a los dos fornicando allá, a NESTOR y a CLAUDIA”* (folio 140).

Entre tanto, la señora Beatriz Adriana Rodríguez Cañaveral, fue coincidente en manifestar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como acontecieron los hechos que se le endilgaron al actor y por los cuales fue despedido por parte de su empleadora, cuando narra como *“un día”* ya siendo las 6 o 6:30 de la tarde comenzó a buscar a NESTOR y CLAUDIA, y de sus pesquisas pudo deducir razonablemente que se encontraban encerrados en el baño de la bodega del tercer piso; que debido a la misma causa también fue despedida la señora CLAUDIA, quien posteriormente a los 20 días le envió una carta con una chocolatina donde le decía que la perdonara por lo que había pasado, que ella se sentía como muy apenada por el comportamiento que había tenido, pero que mirara que ella siempre había sido una buena trabajadora y que era el único error que había cometido, dejándose llevar por esa relación, que les pedía perdón a ella y a FRANCIA ELENA y que le dieran otra oportunidad” (folios 143 y 144).

Así las cosas, los indicios que tuvo la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo al demandante, fueron graves, convergentes y en contra del trabajador; al punto que pudo establecer sin desmedro de su derecho fundamental a la intimidad, que los comentarios que se suscitaban en torno a la relación que sostenía al interior de su sitio de trabajo con la señora CLAUDIA, era cierto; y que en diversas oportunidades se desaparecían de sus lugares de trabajo y se sustraían de sus obligaciones, al punto de poder deducir que en la última oportunidad se encontraban encerrados en el baño de la bodega del tercer piso; situación que como ya se dijo, lo consignó la empleadora en su carta de despido pero no minuciosamente dada la forma en que se desarrollaron los hechos materia del mismo, y teniendo en cuenta que de por medio está la intimidad del trabajador.

En estas condiciones, sin lugar a dubitación alguna, el despido lo fue por justa causa, lo cual releva a la Sala de estudiar las demás pretensiones que dependen directamente de la declaratoria del despido injusto no demostrado.

Sentencia 061 del 30 de agosto de 2013, con ponencia del Dr. Marceliano Chávez Ávila. Decisión: confirma la sentencia apelada.

AUTO ILEGAL – No es viable secuestrar un inmueble si no han sido citados los terceros que tienen sobre él garantía prendaria o hipotecaria.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículo 539; Código Procesal del Trabajo, artículo 145.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión 36407 del 21 de abril de 2009, ponencia de la magistrada Isaura Vargas Díaz.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Descendiendo prontamente al sub iudice, encuentra la Sala que la decisión de la a quo de dejar sin efecto el auto interlocutorio No. 171 de febrero 25 de 2013 y suspender la orden de secuestro sobre los bienes inmuebles identificados con las matrículas inmobiliarias Nos. 375-13318 y 375-9384 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cartago, Valle, hasta tanto se surta el trámite previsto en el artículo 539 del C.P.C., reclama completa confirmación.

Es que en efecto el auto por medio del cual se decretó el secuestro de los citados inmuebles, fue proferido con un abierto desconocimiento de la ley.

Pues, el artículo 539 del C.P.C., aplicable al presente asunto por la remisión normativa contenida en el artículo 145 del C.P.T. y S.S., en efecto prescribe que, si en el certificado de tradición correspondiente aparece que sobre el bien embargado pesa una garantía hipotecaria o prendaria, el juez debe disponer la citación del respectivo acreedor a fin de que haga exigible su crédito, así aún no lo fuere.

Así las cosas se advierte que en los certificados de tradición de los bienes objeto de las medidas que ahora nos ocupan aparece registrada una garantía real a favor del Banco Ganadero, misma que no ha sido cancelada, por lo tanto se encuentra vigente.

Ahora, los argumentos esgrimidos por el recurrente sobre que (i) en el presente asunto no es aplicable la regla contenida en el artículo 539 del C.P.C. por cuanto estima evidente que el acreedor Banco Ganadero ya hizo efectivo su crédito, toda vez que las anotaciones son anteriores al presente juicio de ejecución, por lo que considera excesivo y absurdo aplicar dicha medida ya que su finalidad garantista no opera en este caso; (ii) el Juzgado Laboral ya ha puesto en conocimiento la existencia del presente ejecutivo al ejecutivo civil hipotecario impulsado por el Banco Ganadero; (iii) el trámite de la liquidación de crédito no es incompatible con

la citación del tercero acreedor; y (iv) la reversión de la orden de secuestro es inconstitucional y vulnera el debido proceso del ejecutante laboral, ya que a su juicio desconoce los principios procesales de celeridad y economía, torpedeando su derecho a obtener una pronta y cumplida justicia, no son de recibo, como pasamos a explicar.

Al respecto del primer aspecto planteado en la alzada considera el recurrente que la finalidad perseguida por la evocada norma ya fue alcanzada, ya que a su juicio el Banco Ganadero, acreedor hipotecario del ejecutado ya satisfizo su derecho.

Empero, inicialmente se advierte que no existe prueba o certeza de que ello sea cierto, esto es, que el acreedor hipotecario haya satisfecho el derecho que garantiza el gravamen, además, como se dejó sentando en antecedencia el mismo sigue vigente y registrado sin cancelar en los correspondientes certificados de tradición, lo que hace forzosa la aplicación del procedimiento bajo estudio, es decir, la citación del acreedor hipotecario a fin de que haga valer su crédito, siendo ésta la oportunidad para discutir si la misma ya se canceló.

En lo que tiene que ver con el segundo punto de inconformidad se le precisa al recurrente que la comunicación que se hiciera del presente asunto al Juzgado de Primero Civil del Circuito de Cartago, vista a folio 29, no es suficiente para cumplir con la requisitoria contemplada en el estudiado artículo 539 del C.P.C.

Habida cuenta que lo que allí se impone es la citación del tercero con garantías reales sobre el bien embargado, no la notificación al juzgado donde puede tramitarse un eventual proceso ejecutivo con acción real, toda vez que es posible que éste ni siquiera se haya iniciado, además lo que en esa oportunidad se comunicó fue un embargo de remanentes, mismo que tiene un alcance diferente al que ahora se pretende.

Frente al tercer motivo de discordia sobre que el trámite de liquidación del crédito no es incompatible con la citación del tercero acreedor, se tiene que lo relativo a la liquidación del crédito no fue objeto del auto que ahora ocupa la atención de la Sala, por lo que no puede ser objeto de estudio por esta instancia en atención a los principios de consonancia y congruencia.

Finalmente, al respecto de la presunta vulneración del derecho al debido proceso y de los principios procesales del ejecutante laboral por la reversión de la orden de secuestro, se resalta que el hecho de cumplir con una norma procesal, que de suyo es de obligatorio cumplimiento por ser de orden público, no conlleva la vulneración de las garantías procesales de la parte activa, razón por la que no se puede considerar ello un ritualismo exagerado como mal lo estima el recurrente, por el contrario no hacerlo sí vulneraría los derechos del tercero acreedor, pues un eventual remate del inmueble afectado por el gravamen hipotecario que garantiza el crédito a su favor, podría hacerle nugatorio su derecho.

En este sentido se advierte que bien hizo la a quo en declarar ilegal el auto No. 171 proferido el 25 de febrero de 2013, mediante el cual se decretó el secuestro de los bienes inmuebles apresados en el presente asunto, pues según el precedente vertical, las providencias proferidas con desconocimiento de la ley no atan al juez, veamos:

“ (...)

Bastante se ha dicho que el juez no puede de oficio ni a petición de parte revocar, modificar o alterar un auto ejecutoriado, pero también, que el error cometido en una providencia no lo obliga a persistir en él e incurrir en otros, menos, cuando su causa, como en este caso ocurrió, fue precisamente otro error. Por lo dicho, debe atenderse el aforismo jurisprudencial que indica que ‘los autos ilegales no atan al juez ni a las partes’ y, en consecuencia, apartarse la Corte de los efectos de la mentada decisión.

(...)”

Y dicha orden indiscutiblemente se constituye en una actuación proferida en contravía de nuestro ordenamiento jurídico y por lo tanto claramente ilegal.

**Auto 117 del 30 de agosto de 2013, con ponencia del Dr. Marceliano Chávez Ávila.
Decisión: confirma el auto apelado.**

SALA PENAL:

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POR ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA – La Fiscalía no puede solicitarla cuando es notoria la ausencia de elementos materiales de prueba sobre los hechos relevantes/ ABUSO DE CONDICIONES DE INFERIORIDAD –También puede existir aprovechamiento de la inexperiencia o desconocimiento de la víctima, y no solo de su trastorno mental.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 332, numeral cuarto; Código Penal, artículo 257.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 31763 del 1 de julio de 2009, ponencia de Augusto José Ibáñez Guzmán y 36294 del 25 de enero de 2012, ponencia de José Leonidas Bustos Martínez.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el caso concreto, la Fiscalía orientó la indagación en aras de establecer si lo dicho por la indiciada era cierto, en cuanto a que su hija CLAUDIA MARITZA también indiciada y ella misma siempre tuvieron un trato estrecho y cercano con las dos supuestas ofendidas, porque le colaboraron en su crianza, estuvo bajo su cuidado cuando era niña para que ella pudiera laborar para proveerle todo lo necesario; razón por la cual ella las compensó no sólo con afecto sino que ya siendo una profesional siempre estuvo al tanto de sus necesidades, asistiéndolas de alimentos y de todo lo necesario para su bienestar. Que por esa razón ellas decidieron donarle a CLAUDIA el bien inmueble donde viven, además por el temor de que llegaran los otros sobrinos precisamente los hoy denunciados a adueñarse del mismo como lo hicieron con el que estaba a nombre de otra pariente. En ese sendero, la indiciada Martha Alba Montealegre Angel decidió colaborarles con la compra del otro inmueble producto de una sucesión, de cuya venta debían pagar

varios impuestos atrasados del mismo, correspondiéndoles a las hermanas Castro López, la suma de veinte millones de pesos que ella le entregó a su hija quien se hallaba autorizada para administrarlos.

Como fue una de las víctimas, la señora María Lucía Castro López quien funge como vendedora del inmueble comprado por la indiciada a quien no sólo su hermana Trinidad le otorgó poder sino también el resto de herederos, entre ellos los señores Diego León Castro Gil y Maritza Castro Gil quienes son los denunciados, se infiere entonces que aquélla se encontraba en buen estado de salud mental y por tanto no sufría de trastorno alguno del cual se aprovechara la compradora, siendo un total contrasentido la acusación realizada ahora por tales poderdantes. Así también se unen a la comprobación de la sanidad mental de la vendedora, las exposiciones juradas realizadas por el médico Héctor Fabio Arango y del abogado, doctor Jairo Augusto Libreros Cáceres.

No obstante, tal como en un principio lo destacó la señora Juez de instancia, importaba igualmente establecer el pago efectivo de los veinte (20'000.000) millones de pesos a las dos hermanas tías de la otra indiciada, y el paradero de esta suma, por cuanto una de las hipótesis es que siendo legal la compraventa, ese dinero se quedó en las arcas de madre e hija Martha Alba Montealegre y Claudia Maritza Castro Montealegre, indiciadas en este asunto como aquellas que en unidad de designio manipularon la voluntad de las dos féminas, dado su menoscabo mental propio de la edad pero también de la inexperiencia en este tipo de transacciones.

Describe el artículo 251 del Código Penal:

“Art. 251.- Abuso de condiciones de inferioridad. El que con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito y abusando de la necesidad, de la pasión o del trastorno mental de una persona, o de su inexperiencia, la induzca a realizar un acto capaz de producir efectos jurídicos que lo perjudique incurrirá en prisión de”

Yerra la funcionaria del primer nivel cuando desestima la importancia por el paso del tiempo de la averiguación por parte del ente acusador de si efectivamente esa suma se les pagó a dicho par de féminas o de qué forma les fue administrado y bajo qué autorización y cómo se llegó a la misma. El hecho de que sólo cuatro años después se denunciara un supuesto abuso de una condición que no siempre debe ser compatible con un trastorno mental, basta la manipulación de la voluntad en provecho propio o ajeno debido al nivel de desconocimiento o inexperiencia, por personas que son las que por estar cerca o bajo el cuidado de las víctimas, pueden conseguir dicho propósito dado el nivel de confianza que se han ganado en su trato con las mismas, resulta suficiente para la configuración del tipo penal y si el interés del tercero que tiene conocimiento del abuso para presentar una denuncia surge sólo mucho tiempo después, tal condición no le elimina el carácter de ilícito o delictual a la conducta así descrita.

Tampoco la convierte en una deuda estrictamente civil porque ciertamente se desconoce si ese pago se realizó o no y que destino se le dio a una suma de dinero, por quien y si tenía una autorización válida o para esto se prevaleció esa persona de la inexperiencia o de un trastorno mental padecido por las titulares del bien jurídico afectado. Allí si estamos frente a una mera conjetura cuando sin ninguna corroboración del dicho de la indiciada se procede a eliminar una hipótesis

investigativa pues la conducta ilícita pudo surgir no al momento de que la señora María Lucía Castro López firmara la escritura de venta sino después cuando pudo existir un apoderamiento ilícito de la suma que les correspondía por esa transacción.

La señora Martha Alba Montealegre Angel mencionó que tenía documentos que demostraban el pago a su hija Claudia Maritza y la administración que se le otorgó a la misma en forma válida, pero nunca los presentó ante el ente acusador. De este modo, tal como lo pregona el Censor falta ahondar en este comportamiento, donde es importante la elaboración de un programa metodológico sin perder de vista que se les endilga a madre e hija una “coautoría” o “participación” en esta apropiación; de ahí que no deba sesgarse la indagación para darle fin anticipadamente respecto de una, sin haber agotado todas las hipótesis respecto de la otra.

Al respecto es de anotar que las exposiciones rendidas por los deponentes Héctor Fabio Arango (médico) y Jairo Augusto Libreros Cáceres, tampoco dan cuenta de la inexistencia de los estados por los cuales se ha podido adecuar la conducta de la indiciada en calidad de coautora o determinadora de este ilícito con su descendiente. El primero, quien curiosamente recuerda hasta el resultado de una prueba de Perfil Lipídico de las ofendidas pese a los años transcurridos y a las pocas veces en que tuvo contactos con ellas, no da cuenta de sus otros males como la hipertensión arterial y la diabetes las cuales pueden influir en su menoscabo neurológico, el cual debió quedar registrado en los exámenes de sangre que dice haberles ordenado. Por ello, la Fiscalía debió averiguar por la historia clínica de las pacientes para esa época en el hospital Divino Niño, a efecto de procurar una pericia que dilucidara si para la época de 2006 ya padecían y era advertible esa deficiencia cognoscitiva y volitiva que hoy a todos luces revelan en las entrevistas realizadas y el informe rendido por la perito sicóloga.

En relación con la narración del doctor Libreros Cáceres, nótese que no enseña con precisión la época en que dice encontró a una de ellas en la iglesia Santo Domingo y le preguntó en qué consistía una donación; además es enfático en advenir que no participó de ninguna forma en ese acto jurídico, es decir ni siquiera como asesor porque fue un comentario rápido propio de un encuentro en un sitio público sin que le explicara aquella la razón concreta de su pregunta; cual era el bien que pensaba donar y a quien exactamente. Parte de la información que posee se la ha dado la propia indiciada quien le dijo tenía pruebas de la sanidad mental de la señora para esa época, misma que contrario a su elucubración tampoco entregó a la Fiscalía. Si la exposición de este deponente fue recepcionada en el mes de enero de 2012 y hacía 6 u 8 meses de ese encuentro en el que apenas una de las hermanas le indagaba sobre qué era una donación, está claro que habían pasado 6 años desde que la había hecho y denotaba entonces su confusión sobre dicho recuerdo y su falta de lucidez distinta a la que aparentaba.

Por lo tanto, la señora Juez puso a decir a este elemento material probatorio lo que no aparece consignado cuando en sustento de la atipicidad de la conducta se sirve del mismo pero asegurando que el profesional señaló: “...no recuerdo cuál de ellas, *un tiempo atrás*, me preguntaron sobre lo que es una donación...” Si se revisa literalmente -la frase destacada (*un tiempo atrás*)- no aparece en la exposición; el doctor Libreros hace dicho comentario unido a su encuentro seis y ocho meses atrás de esa fecha de enero de 2012, y cuando más adelante le preguntan

nuevamente sobre el sitio en que le hicieron esa pregunta vuelve a responder respecto a no poder precisar el tiempo, no el lugar. En relación con la lucidez mental que advirtió de la señorita LUCIA , lo cierto es que contrario a ello, ya en el año 2010 existía por una psicóloga adscrita a la misma Fiscalía un diagnóstico contrario a tal condición.

Por lo tanto, ninguna de las dos exposiciones resultaban idóneas para sustentar la atipicidad de la conducta, en cuanto a que comprueben la ausencia de uno de las circunstancias personales de las víctimas previstas por el legislador en el delito de Abuso de condiciones de inferioridad. Valía entonces la pena auscultar con la búsqueda de las historias clínicas de las señoras para esa época (2005) abiertas por el médico ARANGO PIEDRAHITA, con los resultados de los exámenes que deben aparecer en las misma y el informe de un psiquiatra que pueda proyectar si para ese momento ya carecían de sus plenas facultades cognoscitivas y volitivas, o se hallaban alteradas.

Si bien la donación es un acto diferente que no fue abarcado por la Preclusión de la Instrucción, resulta importante dentro del contexto porque se hizo solo con un año de anterioridad a la otra negociación en la que intervino directamente la indiciada.

Finalmente debe la Sala acotar la revisión por cuenta de la Fiscalía para la solicitud que corresponda del fenómeno de la prescripción pero en el caso de la conducta sometida a la petición de Preclusión no se revisa -de oficio- por cuanto no se ha determinado la posible ejecución de una conducta posterior al negocio de la compraventa relacionada con la apropiación del dinero que debió pagárseles por cuenta de la indiciada a las señoras Castro López y su adecuación típica que perfectamente de haber existido puede tener una adecuación diferente dentro de los delitos descritos en el título de los que protegen el bien jurídico del Patrimonio Económico. En tal sentido, cuando ni siquiera se ha desplegado por cuenta del ente acusador una averiguación al respecto ni se ha corroborado del todo la tesis defensiva, podía la funcionaria judicial de la primera instancia desestimar el proseguimiento de la indagación bajo el argumento de ser el derecho penal de última ratio.

En las mismas circunstancias, cuando le asiste al recurrente la razón en que la indagación se llevó a cabo desde la óptica de verificar meramente el dicho de la indiciada sin escuchar a los demás afectados y se denota la ausencia de otros elementos materiales de prueba sobre hechos relevantes, es improcedente la causal que invoca la duda para terminar con la acción penal, cuando la misma no es insalvable y queda camino por recorrer para el ente acusador en materia investigativa.

Auto de segunda instancia (AC-216-13) del 24 de junio de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca el auto apelado.

PRUEBA REPETITIVA EN EL SISTEMA ACUSATORIO - Informes policivos de igual contenido a las declaraciones de quienes los suscribieron.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Problema Jurídico.- Le corresponde a la colegiatura resolver sobre si procede o no, la admisión de los informes suscritos por los patrulleros JULIO CESAR HENAO MARIN y JORGE ELIECER ESPINOZA ZULUAGA contentivos de las gestiones desplegadas para encontrar a los testigos y víctimas de las conductas acusadas, mismas a las que se refirieron en sus declaraciones, a través del interrogatorio cruzado al que fueron sometidos en el juicio oral, bajo la gravedad de juramento.

La Sala por la limitación funcional para resolver exclusivamente el problema jurídico que plantea el recurso, se referirá puntualmente a la admisión de la denominada “prueba documental” solicitada por la Fiscalía, que le fuera denegada por el señor Juez de conocimiento.

Es definitivamente un yerro considerar que un medio de conocimiento puede tener dos denominaciones a nivel de la prueba judicial, para el caso: testimonio y documento, cuando ambos tienen el mismo contenido: hacen referencia a las actividades desplegadas por la policía en cumplimiento de una misión de trabajo para hallar a las víctimas y testigos de las conductas ilícitas materia del proceso, cuyos resultados fueron negativos.

Los informes de los mismos patrulleros, cuya lectura se hizo en sus declaraciones y/o de los cuales se dio cuenta con sus propias palabras para informar al señor juez que los testigos de cargo, habían abandonado el municipio por temor a nuevos ataques contra su humanidad y por amenazas de muerte para el tercero de ellos, cumplen una doble función: (i) refrescar la memoria o (ii) impugnar credibilidad a los testigos que los suscriben y en el caso concreto ni lo uno ni lo otro fue necesario durante el desarrollo de las declaraciones de los agentes Henao Marín y Espinoza Zuluaga, máxime tratándose de diligencias básicas sobre la imposibilidad de dar con el paradero de quienes fueron citados por cuenta de la Fiscalía como deponentes al juicio oral y no comparecieron. Para nada, se refieren a aspectos de responsabilidad penal del acusado.

En ese orden, razón le asistía al representante del Ministerio Público cuando en su turno como no recurrente, expresó que consideraba irrelevante e inútil la denegación de la prueba. Pero tal aserto lo considera la Sala no para admitirlos como en su conclusión, sino como lo estimó el A-quo en la primera oportunidad, para denegar su ingreso como prueba documental.

En verdad, tales elementos materiales probatorios, no hacen ni más, ni menos probable la teoría expuesta por la Fiscalía, ni siquiera para demostrar el presupuesto de la admisión excepcional de tal categoría probatoria, en ese desorden evidenciado para el caso, en este juicio oral. Tal desgobierno, se presenta desde la introducción de las exposiciones juradas, las cuales constituirían la prueba de referencia y no la del señor JOHN JAIRO CUBILLOS como mal parece entenderlo la delegada de la Fiscalía, pues aquél solo funge como testigo de acreditación de la misma. De tal forma, el desarrollo correcto para llegar a ese medio de conocimiento de valor probatorio mermado, se ha realizado de adelante hacia atrás, pues primero se introdujeron las exposiciones juradas y después se demostró el requisito legal para su admisión.

Ciertamente, de regreso al punto medular de la controversia, para lo que se pretende probar con los aludidos informes, basta con la declaración de los testigos,

a quienes el señor Defensor tuvo la oportunidad de contrainterrogar y por tanto de ejercer el derecho de contradicción en pro de su teoría para la defensa de su prohijado. Abonarles los escritos donde dicen exactamente lo mismo que en su versión oral, es ir contra la eficacia propia de la oralidad y mostrar los vicios del antiguo sistema escrito, pues se trata de elementos materiales probatorios que guardan identidad con lo expresado por quienes lo suscribieron, emanan de las mismas personas que comparecieron como declarantes en el juicio oral; por ende se integran a sus dichos, en su naturaleza de prueba testimonial. Siendo iguales sus contenidos -testimonio e informes- he ahí la inutilidad de los segundos por ser repetitivos.

Distinto ocurre cuando los mismos sirven para impugnar la credibilidad de sus autores, que comparecen como testigos al estrado, donde luego de ser leídos para que se constate la contradicción en la que incurre el deponente, debe aportarse el documento (el informe, la entrevista o exposición jurada) como prueba, a efecto de desestimar su credibilidad. Pero en este asunto, ni siquiera el defensor se ocupó en la respectiva audiencia de exigir el previo traslado de los informes de campo, antes de ponérselos de presente a los testigos para el reconocimiento de sus firmas; aspecto también olvidado por la señora Fiscal y el director de la audiencia. Pero se insiste, de todos modos, ello no reporta trascendencia alguna cuando ningún aporte adicional se desprende del contenido.

En consecuencia, sin más consideraciones, el Tribunal confirmará la providencia objeto del recurso.

Auto de segunda instancia (AD-002-13) del 23 de julio de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.

IMPEDIMENTO - Haber dictado sentencia condenatoria por allanamiento a los cargos en contra de uno de los acusados no constituye, por sí, motivo para declararse impedido.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 56, numeral sexto.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 27470 del 13 de junio de 2007 y 32228 del 23 de julio de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De entrada para la Sala los argumentos expuestos por la señora Juez, coadyuvados por la Fiscalía y el Ministerio Público, resultan insuficientes para esgrimir la causal 6º del artículo 56 del C.P.P., de impedimento, como móvil para separarse del proceso.

Las causales de impedimento, tienen como fundamento mantener incólume la imparcialidad del funcionario en estricto sentido, evitando la contaminación de la psiquis respecto de la responsabilidad de quienes ostentan la calidad de sujetos pasivos.

En ese sentido, la probidad del funcionario se predica de cada una de las actuaciones que rige la sistemática del Procedimiento Penal Acusatorio, como uno de los pilares que rige el Debido proceso. Por ello cuando se predica la contaminación de la psiquis del A-quo como causal de impedimento para continuar con el conocimiento de un trámite ordinario ante la terminación anormal de la actuación, aquella debe recaer en estricto sentido sobre la valoración que de la responsabilidad de cada uno de los implicados se logre desprender de acuerdo con las pruebas que pretenda el ente investigador hacer valer en el Juicio las cuales deberán llevar al convencimiento del funcionario sobre la existencia de la culpabilidad.

Esta Colegiatura ha sido insistente en afirmar que no basta que el funcionario judicial dicte sentencia de carácter condenatorio frente a la llamadas “terminaciones anticipadas del proceso”, para verse incurso en la causal 6° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004 ante la continuación del Juicio Oral, pues si bien al Juez de primer nivel previo a proferir el fallo respectivo debe analizar las pruebas aportadas, también es cierto que la deducción de responsabilidad es sólo de quien se allana o suscribe un preacuerdo.- no de quienes aún se Presume la inocencia.

En el caso *sub-exámine* la A-quo adujo que su participación en el proceso se concreta al momento de proferir la sentencia condenatoria en contra del señor Vente Acosta pues las pruebas “*presentadas la Fiscalía son las mismas que hará valer en el juicio*”, además de existir la captura en flagrancia respecto de los señores CÉSAR IVÁN TORRES CASTRO y MARLON FERNEY BANGUERA coacusados y sostener idéntica imputación de cargos frente al sentenciado JHON VENTE ACOSTA.

Ciertamente, la mera identidad de hechos y procesados no puede llevar *per se* a la declaratoria de impedimento con base en un conocimiento previo del proceso. Menos cuando la funcionaria de manera equivocada asimila la captura en flagrancia de los procesados con una posible declaratoria de culpabilidad, y aún colocando de presente que los EMP los cuales sirvieron de sustento para condenar al señor VENTE ACOSTA y los testimonios que se aducirán en el juicio por parte de la Fiscalía le servirán para proferir un fallo en sentido condenatorio, haciendo inferencias que en nada configuran la causal invocada por la A-quo.

Así, si la condena por los delitos de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en concurso heterogéneo con Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones devino de la aceptación de responsabilidad en la comisión de la conducta punible del señor JHON VENTE ACOSTA, y del análisis mínimo de los elementos de prueba que configuran la responsabilidad, lo cual en nada compromete la ecuanimidad de la funcionaria de primer nivel para conocer del Juicio oral en contra de los demás coacusados.

Bajo esas consideraciones esta Sala considera que su imparcialidad, no está afectada pues tal y como la misma defensa lo indicó nada se adujo sobre la responsabilidad de los señores CÉSAR IVÁN TORRES CASTRO y MARLON FERNEY BANGUERA.

Como consecuencia de lo anterior, se ordenará que en forma inmediata se remita la actuación al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buenaventura para que se continúe con el trámite de rigor.

Auto de segunda instancia (AC-290-13) del 24 de julio de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: declara infundado el impedimento.

RECURSO DE APELACIÓN – El recurrente debe sustentarlo y el juez verificar que se cumpla con dicho requisito.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

CITAS DE JURISPRUDENCIA: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 13065 del 25 de septiembre de 1997, ponencia de Mario Mantilla Nogués, 28125 del 5 de diciembre de 2007, ponencia de Augusto José Ibáñez Guzmán y 38137 del 19 de septiembre de 2012, ponencia de Fernando Alberto Castro Caballero.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Es deber del recurrente tal como lo consagra el estatuto procesal, la sustentación del recurso, pre requisito para la concesión de la alzada por el juzgador que adopta la decisión contraria a los intereses de alguna de las Partes. Una vez se ha entrabado dialécticamente la oposición a la argumentación del funcionario del primer nivel, la misma se entenderá sustentada para proceder a conceder el recurso en el efecto de ley.

De lo anterior, se infiere la obligación para el sujeto procesal disidente del criterio judicial contenido en la providencia de turno, de atacar el mismo, de rebatirlo, de desvirtuarlo, de mostrar una tesis contraria con el propósito de convencer al superior funcional del yerro cometido por el A-quo en las apreciaciones fácticas y/o jurídicas que soportan el auto interlocutorio o la sentencia del primer nivel. Sólo así, el Ad-quem podrá tomar partida por una u otra postura y concluirá en la razón o desacierto de la de primera instancia.

En forma diferente, bastaría entonces con la solicitud del sujeto procesal de que se revise la decisión adoptada para que la segunda instancia proceda sin limitación alguna a resolver sobre la pretensión del apelante. Por el contrario, es requisito ineludible en nuestro sistema procesal, que la Parte disidente presente los contra argumentos por los cuales considera equivocada determinada decisión judicial.

El abogado defensor para nada denotó fáctica, probatoria y jurídicamente el presunto desacierto del auto de la primera instancia en relación con la denegación de la nulidad. Mientras la señora Juez, le explicó que no era este el momento procesal para revisar la legalidad de la cadena de custodia respecto de unos elementos materiales de prueba, que la sede para enervar su crítica era durante la práctica de la prueba en la audiencia del juicio oral y que aún respecto de ese tema, la legalidad o ilegalidad de la misma no afectaba en ese modo al medio probatorio sino únicamente su valor de persuasión, conforme lo tenía decantado la Corte Suprema de Justicia, así también le indicó por qué conforme a los postulados de la Corte Constitucional no se trataba de prueba ilícita, el togado al momento de

sustentar el recurso se limitó a manifestar su insistencia para tener una segunda opinión, esta vez, de la colegiatura, pero sin atacar los argumentos de la A-quo. Procura así una nueva opinión sobre la materia pero no asume la responsabilidad que le asiste de enseñar en donde reside el yerro de la funcionaria judicial de primera instancia en las disertaciones en las cuales fincó su negativa.

Por lo tanto, la Sala igualmente le llama la atención a la señora Juez para que en adelante revise el requisito de la “debida sustentación del recurso” indispensable para su concesión, pues no es posible asumir revisiones oficiosas, aportando la misma postura u otra contraria a la forma de resolver el asunto sin que medie una controversia dialéctica por la Parte que accede a la segunda instancia.

En tales condiciones, cuando es inexistente la misma en este asunto, pues el Censor no señaló la razón del yerro en las consideraciones de la señora Juez, dicha funcionaria debió declarar desierto el recurso y por el mismo sendero esta colegiatura debe abstenerse de resolverlo.

En la medida que se acepta que la Fiscalía descubrió las historias clínicas donde hicieron los respectivos reportes los médicos Rodrigo Hoyos, Gonzalo Martínez y Ernesto Dueñas, mismos que le fueron descubiertos a la Defensa, no puede esta última Parte, darse por sorprendida con la solicitud y decreto de sus testimonios en la audiencia preparatoria. Si bien no los mencionó directamente en el anexo del escrito de acusación, si lo hizo con el citado documento, mismo que fue ofrecido y conocido por la Defensa, de ahí que en la solicitud de pruebas de la Fiscalía eran viables las declaraciones de quienes habían participado a lo largo del procedimiento médico conforme a este documento. La defensa entonces no fue sorprendida con esos elementos materiales probatorios denominados historias clínicas y en la medida que allí aparecían los registros realizados por estos médicos, los cuales tuvo oportunidad de revisar, se puede inferir que la Fiscalía le otorgó con razonable antelación dicho conocimiento sobre los galenos que estuvieron a cargo de su elaboración y obró con absoluta buena fe, frente al descubrimiento correspondiente desde el acto complejo de la acusación.

No es cierto que de todas las declaraciones que se soliciten por las Partes, deba exigirse la previa entrevista. En algunos casos, como éste cuando dichos nombres figuraban en las historias clínicas como médicos tratantes o por lo menos con alguna relación con el lesionado, y conforme a la razón aducida por la Fiscalía para escucharlos en testimonio, se podía advertir `por la Defensa -ab initio- la necesidad de traerlos al juicio oral conforme a su teoría del caso, basada como dice en dichos documentos y lo que su contenido enseña, no resulta indispensable para asegurar el ejercicio o la preparación del contradictorio una previa exposición ante el investigador (entrevista) o el asistente de la Fiscalía, (exposición jurada).

La señora Juez no puede decretar la admisión de documentos hasta la fecha de la audiencia preparatoria, inexistentes. Si finalmente la Defensa logra conseguirlos, deberá hacer uso de la solicitud de prueba sobreviniente, dispuesta en el último inciso del artículo 344 bajo el antecedente de tratarse de una situación de fuerza mayor no haberla descubierto en la audiencia preparatoria por las razones que anticipadamente aduce.

La señora Juez no ha negado la comparecencia del co-acusado, doctor Mario Germán Lozano Cifuentes, denotó fue que en su momento se evaluará en caso de que exista oposición en virtud de su defensa material o técnica porque tal reconocimiento se oponga a su estrategia defensiva, considere que lo perjudique, caso en el cual no podría obligársele. Todo depende del desarrollo en el momento de la práctica de la prueba en el juicio oral; por ahora será en principio él quien autentique la respectiva certificación de servicios del médico representado por la señora defensora.

Tales declaraciones no fueron solicitadas por la ahora recurrente quien aduce el interés para interponer la alzada por cuanto en un momento dado la teoría del caso del doctor Mario Germán Lozano Cifuentes podría servirle a ella, en una comunidad probatoria. No obstante cada uno nombró un mandatario judicial diferente encargado de preparar su propia defensa y solicitar las pruebas con las cuales soportará su propia teoría. En su caso, no consideró pertinente y por tanto no solicitó los testimonios rechazados a la defensa del otro acusado mencionado como son los de Tulio Alberto Cruz, John Jairo Berrío y Edgar Ortiz, de ahí el por qué no puede ahora en sede de sustentación del recurso procurar su práctica cuando quien los pidió no interpuso recurso, y mucho menos ya en el momento de la sustentación intentar subsanar la falta de alegación de su pertinencia frente a la necesidad de un interrogatorio directo, que entre otras cosas tampoco lo logra cuando se queda en frases vagas como las de “establecer situaciones de la Defensa” o “que el interrogatorio versará sobre lo que no exprese con el de la Fiscalía”. La A-quo fue clara en determinar que tendrán la oportunidad de ampliar el tema respectivo en el Contrainterrogatorio, de tal forma que no se colige en realidad la pertinencia como pruebas de defensa. Eso sí, en lo único que se modificará la decisión de la señora Juez, será en permitirle el interrogatorio directo a la Defensa, en caso de que la Fiscalía a última hora, renuncie a estos testimonios.

Auto de segunda instancia (AC-275-13) del 30 de julio de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Lilibiana Bertín Gallego. Decisión: se abstiene, por una parte, de conocer el recurso de apelación presentado, y modifica, por la otra, el auto apelado.

SENTENCIA CONDENATORIA – Las pruebas de referencia no pueden ser su fundamento único/ PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO – A la Fiscalía incumbe demostrar que el procesado carece del respectivo permiso.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 382 y 402; Código Penal, artículos 168 y 365.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 15884 del 4 de septiembre de 2002, 15834 del 26 de enero de 2005, 36578 del 7 de noviembre de 2012 y 38773 del 27 de febrero de 2013.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Como lo evidenciamos de la lectura del canon punitivo, el delito consiste en la privación al derecho a la libertad, entendido en este caso el derecho a la libertad de

locomoción a través en este caso de la *retención* de la persona que es objeto del vejamen. Retención que no es otra cosa que el ánimo de sujetar esa voluntad, al imperioso forzamiento a permanecer en un lugar determinado, mediante mecanismos que rebasan la voluntad del sujeto pasivo de la conducta y que permiten al sujeto activo, someter su capacidad, al antojo propio.

Si es así, debemos analizar si de los elementos arrimados a la actuación por parte del titular de la acción penal, se puede deducir razonadamente, que tal usurpación de la locomoción o de la voluntad de movilidad corpórea, fueron conculcados con el despliegue presuntamente denunciado o si de los hechos se puede ventilar con razonabilidad mas allá de la duda, si aquél querer del presunto sujeto activo, se encaminaba por el sendero típico del delito.

Ahora bien, nótese como el único presunto testigo directo que tiene la Fiscalía, en la etapa de debate público, es el investigador del CTI Hernán Martínez Niocolta, quien conoció el asunto por cuenta de la denuncia que instauró José Alberto Flórez Rodríguez, quien atendiendo el operativo desplegado en la Finca “San Francisco”, da con la captura de los tres ciudadanos y la incautación de las tres armas de fuego encontradas, y quien escuchó la versión que la presunta víctima deprecia a lo largo del operativo, pero sin que él como bien lo dice, corroborara situación alguna sobre la restricción ilegal a la libertad. Eso se puede corroborar cuando en deprecó ante el auditorio judicial que *no sabe cuál era el manejo psicológico por parte de los captores, que los presuntos captores estaban tranquilos, uno se acercó cuando llegaron, con un comportamiento normal, visualmente no se podría aludir un secuestro pero tampoco por ello se podría dar fe de lo contrario*; es decir su versión de oídas, por cuanto además manifestó que; quien observó que alguien dejó algo en el piso detrás de la casa, ni taqn siquiera observó las armas, es un tercero con binoculares, que le da cuenta a otro tercero, que le informó a él (al investigador del CTI) sobre el alijo de armas encontrado, pero sin que dentro del debate procesal se adujeran pruebas que permitieran corroborar tal información.

Ahora, partiendo del dicho del propietario del predio, quien también acude como sujeto testifical de la Fiscalía, da cuenta que los tres jóvenes capturados nunca fueron a secuestrar a la victima sino que acudieron para el servicio de vigilancia del ganado, contratados por intermedio de su hijo y en razón de que de manera continuada, el mayordomo presuntamente le estaba sustrayendo el ganado de su finca, situación que pudo establecer en la feria de ganado de Palmira, en donde encontró parte de los animales (19 cabezas de ganado) que días antes le habían sido sustraídos ilícitamente, lo que denunció ante las autoridades, centrándose su dicho en la presunta responsabilidad del mayordomo en tal hurto, desdibujando por tanto cual era el querer del debate o el hilo conductor que quisiera sostener la delegada de la Fiscal al presentarlo ante el estrado como testigo, y realizando más bien juicios de valor sobre hechos que son objeto de una investigación totalmente distinta a la que en ese momento debía ocupar la atención de las partes.

Estos testigos son los que supuestamente sustentan los cargos y son aquellos con los con que cuenta la Fiscalía, el investigador del CTI, por su parte escucha la versión de boca del supuesto ofendido, lo cual no se introdujo al juicio en condición de *entrevista* o de *exposición jurada de los hechos* que supuestamente diera fe de haberlos escuchado, debiendo ser atendida ésta, como prueba de referencia; sino que el testigo se presenta como de cargo, como testigo directo del

plagio, cuando en realidad no ostenta ese rol dentro del debate probatorio. Por lo tanto desde el propio operativo no se puede determinar que exista un estado de retención u ocultamiento de la presunta víctima.

Algo similar acontece con el otro testigo dueño del predio, quien pese a ser presentado por la Fiscalía, se concentra en atacar el supuesto mal comportamiento personal del presunto ofendido, desdibujando en si la dialéctica de partes como base para tomar la decisión. Aquél testigo nada nuevo aporta para corroborar lo concerniente al presunto plagio o privación de la libertad del señor Flórez Rodríguez, porque lo entiende esta colegiatura, como un simple entrevistado.

Y en cuanto al testigo presencial y principal con que debía sustentarse la teoría planteada por el ente investigador, echando de menos su no comparecencia para el esclarecimiento de los hechos, es el denunciante, pero faltó a la etapa idónea para deprecar lo que le había sucedido y sea cual fuere su motivo para no comparecer, ahondó con ello la imposibilidad de sostener el planteamiento acusatorio.

Siendo así y como ya es de conocimiento, nuestro sistema penal es un sistema de libertad probatoria, pero esa libertad debe estar ajustada a las reglas de la confrontación y contradicción, dentro del marco de la lealtad procesal y el debido proceso. Si bien es cierto que las pruebas de referencia pueden tener un rasgo orientador para el dispensador judicial, los fallos no pueden fundarse únicamente en este tipo de caudales probatorios. Los requisitos para que la prueba pueda tener validez y capacidad de fundamento para fallar, debe al menos contener como requisitos, I) que haya sido practicada dentro de la Vista pública del Juicio oral, II) que garantizarse el derecho a la confrontación y III) que el interrogado o testigo debe referirse a hechos que haya conocido, observado o percibido de forma directa.

Sabemos que él o los testigos presentados en la teoría del caso expuesta por la señora Fiscal, eran básicamente tres, dos de ellos se presentaron ante la vista pública y uno el principal deponente y presunta víctima, no compareció al juicio por causas desconocidas; pero analizados los dichos de los dos aludidos, encontramos que ninguno de ellos pueden acudir en tal condición para sustento del laudo de primer nivel.

Ahora bien, para que la declaración de un testigo tenga poder suasorio, debe contener de acuerdo con el artículo 402 de la ley 906 de 2004, el ingrediente directo de los hechos, es decir el testigo solo podrá deponer sobre hechos que directa y personalmente haya tenido la capacidad u oportunidad de observar o percibir.

En esas condiciones el fallo debe sustentarse en la incapacidad de superar la duda razonable, por cuanto la sentencia no puede estar basada únicamente en instrumentos probatorios de referencia, obedeciendo así el postulado planteado por el legislador en el inciso segundo del artículo 382 del CPP, ello en grado de *tarifa legal negativa* tal como la Corte también lo ha decantado.

Visto así, en el caso de marras debe aplicarse el principio general de *la duda a favor del procesado* o de los procesados, tema que igualmente ha sido zanjado por la jurisprudencia nacional y para cuyo efecto se traen a guisa de argumentación, en los siguientes apartes. Se reitera entonces, antes de la respectiva citación

jurisprudencial, que el único testigo de cargo presentado por la Fiscalía no reúne el requisito para obtener la certeza acerca de la existencia del hecho y de la responsabilidad penal de los procesados porque lo que percibió de manera directa no alcanza para dar por sentada la descripción del tipo penal enrostrado por el ente instructor en contra de los acusados.

En ese tenor, podemos concluir que la titular de la acción penal, no pudo sostener en sede de juicio, dentro de los lineamientos legales y en gracia de su deber de persecución penal, la acusación que en principio ostentaba, y por tanto se avista claramente que menos asisten a la recurrente, sustentos legales y probatorios suficientes para revertir la absolucón por los delitos endilgados.

Ahora en cuanto al otro tipo penal enrostrado, haremos las siguientes disquisiciones:

Similar situación ocurre con la autoría o participación en este delito sobre el que fueran absueltos los enrostrados penales, debemos decir de entrada que la Fiscalía se quedó corta, en las exigencias probatorias para poder sostener en Juicio, el acaecimiento denunciado en la acusación, veamos:

La normativa vigente trae dentro del texto del canon punitivo lo siguiente:

“ARTÍCULO 365. FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES. Artículo modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011. El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años”

Siendo así debemos hacer especial énfasis en el supuesto de derecho que dice que *“el que sin permiso de autoridad competente”*. Vemos aquí que el tipo penal exige un requisito positivo de tipificación, para poder endilgar a un ciudadano la conducta punible narrada; vemos que quien porte un arma sin el permiso de la autoridad competente, específicamente sin el salvoconducto expedido por la autoridad administrativa estatal, estaría incurso posiblemente en la conducta descrita.

Así pues y en vista de que para condenar se requiere la demostración más allá de toda duda de la responsabilidad penal, y para llegar a ese punto, se deben acreditar de manera real dentro de la etapa de juicio oral la materialidad del delito; visto así la responsabilidad se cierne en cabeza del ente acusador, quien en ese caso ostenta la carga de la prueba y la obligación de aportar elementos demostrativos que son requisito *sine qua non* para solicitar condena.

Tal acreditación no se deduce de la mera tenencia, posesión o porte, ya que la misma no obedece a reglas empíricas y debe ser confrontada en hechos considerados en la etapa de debate público del Juicio Oral, ello dentro de la objetividad que permita deducir que existe realmente una prueba, que tenga poder suasorio suficiente para acreditar la ausencia del permiso para poder portar el arma o las armas en este caso, es decir un elemento probatorio dentro del marco de la libertad para probar, del cual se pueda inferir que los tres ciudadanos no tenían

salvoconducto o permiso para portar armas, lo cual verificado en el cuaderno del proceso y los audios pertinentes, brilla por su ausencia.

Así las cosas, el ataque elevado por la censora carece de fundamento, ya que solo con el hecho de manifestar que es descabellado pensar *que no hay vigilantes sin armas*, no es suficiente para dar marcha atrás a la absolución, y al contrario se encuentra que abundan razones para confirmar que la decisión fue tomada en derecho.

Si partiéramos de la premisa expuesta por la agente Fiscal, debemos verificar cual es el estado de las armas incautadas. De acuerdo con el informe de investigador de campo en formato FPJ- 13 del 08/11 de 2013, se evidencia que en el lugar fueron encontradas tres armas de fuego a saber: I) Revolver marca colt, 38 especial con número de serial borrado”, II) Pistola marca Glock 9mm con numero serial HHS400 y III) Pistola marca Tanfoglio 9mm con serial número AB53803.

Así podemos verificar que dos de las armas tienen número serial y posiblemente sobre ellas se pueda expedir la certificación de existencia o no de salvoconducto, la primera de ellas estudiada en el reporte del técnico, no cuenta con esa suerte, ya que el serial fue borrado sin que para el efecto procesal querido no pueda expedirse el documento que se apremia probatoriamente. Sin embargo partiendo de estas observaciones, tampoco se demostró dentro del proceso, cuál era el grado de relación de cada arma con cada portador, es decir en ningún momento se pudo determinar a quién pertenecían las armas y el grado de relación de aquéllas con los presuntos autores. Siendo así se echa de menos ese aspecto probatorio para poder superar la duda razonable.

Si bien se hicieron estipulaciones probatorias en la sede preparatoria, nunca se acordó con relación a este aspecto de capacidad o incapacidad legal para portar las armas, por tanto la falencia probatoria seguiría incólume, dejando entrever que el remedio procesal para la misma, es la absolución de los procesados.

Como bien sabemos, el monopolio de las armas se yergue sobre el Estado, es por tanto aquél el único titular de dicho poder armamentístico, el único que puede detentarlas y otorgar permisos para su porte o tenencia. Siendo así, las armas incautadas en el caso de marras, no podrían regresar a manos de ningún particular, motivo por el cual fue decretado el comiso definitivo en la providencia.

Sentencia de segunda instancia (AC-077-13) del 30 de julio de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.

HOMICIDIO – La fuga de una persona, contra la cual obra orden de captura, y no atiende el llamado de cesar en su escape, no legitima a la autoridad policial para atentar contra su integridad personal o su vida/COMPLICIDAD – Exige acuerdo anterior o concomitante al delito.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 381; Código Penal, artículos 9, 30, y 32, numerales tercero, sexto, décimo y undécimo.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Consejo de Estado, Sección Tercera, decisión 284-08 del 17 de marzo de 2011 y ponencia de Luis Rafael Vergara Quintero.

TESIS DE LA DECISIÓN:

No existe discusión alguna por las Partes acerca de que los hechos ocurrieron el 27 de mayo de 2011 a eso del mediodía en la zona conocida como el Pital del corregimiento de Huasanó del municipio de Trujillo, lugar hasta donde llegaron dos vehículos; uno clase camioneta de marca Chevrolet, Dimax de color blanco conducida por William Fernando Rivera Ríos quien se desplazaba con su compañera permanente, Angélica María Marmolejo y en la parte de atrás iban María Fernanda Hoyos Sierra y la víctima, José Humberto Ramírez Durango. En el segundo rodante, un taxi de color amarillo al servicio de los investigadores del DAS, conducido por el agente Hemel Rogelio Cruz Palacio, acompañado por otros dos agentes, Brian René Alzate Urbano como copiloto y atrás, John William Cárdenas Ardila.

Está comprobado que el agente John William Cárdenas Ardila disparó el arma de dotación –un fusil- pues además de las evidencias las 8 vainillas recolectadas en la escena del crimen las cuales al ser confrontadas con todas las armas incautadas a los gendarmes, arrojó positivo únicamente para la de este acusado, también finalmente lo dice en declaración el otro procesado y testigo presencial Hemel Rogelio Cruz Valencia. De tal forma, no es que la Defensa lo acepte por fuerza hipotética, pues además de los hallazgos físicos, el dictamen pericial balístico rendido por el señor Edward René Gracia Velásquez, así lo dijo y lo precisó en el conainterrogatorio el acusado Hemel Rogelio Cruz Palacio.

La calificación entonces de la censora respecto a que la afirmación del señor Juez de la primera instancia de recaer la autoría de la mortal lesión en el señor Cárdenas Ardila como consecuencia de su acción de disparar, está basada en meras “suposiciones” es completamente errática. Todos los hechos indicadores antes demostrados, hacen inferir con un alto margen de certeza que el arma de fuego con la cual se causó la misma es precisamente la de este acusado por esa relación de tiempo y espacio con su comportamiento propio de disparar un fusil y la consecuencia letal hacia la vida de este ciudadano que iba en el rodante donde ingresaron varios de esos proyectiles disparados hacia ese blanco por el inculpatado.

Por tanto, la colegiatura encuentra demostrada la autoría material como presupuesto del tipo objetivo radicada en el comportamiento del agente del DAS JOHN WILLIAM CARDENAS ARDILA, como la persona quien con su comportamiento consistente en el accionamiento de un arma de fuego, tipo fusil, lesionó mortalmente a JOSE HUMBERTO RAMIREZ DURANGO de acuerdo con el acto ejecutado, el 27 de mayo de 2011.

Superado dentro de la Tipicidad, el tipo objetivo, debemos pasar al tipo subjetivo donde se analizan dentro de la teoría del delito acogida por el estatuto penal antes mencionado, las modalidades de la conducta: dolo, culpa y preterintención (artículo 9 del Código Penal). De tal forma, que al desestimarse probatoriamente alguna de ellas, la conducta será Atípica en nuestra concepción del delito distinta a la que se

traía en la Ley 100 de 1.980 cuando el Dolo desde el conocimiento y la voluntad como respecto de la conciencia de la antijuridicidad se verificaba en la categoría de la Culpabilidad. Hoy, bajo una concepción normativa dentro de esta última categoría de la teoría del delito, sólo quedó la segunda reconocida como un “dolo malus” en el elemento de la conciencia de la antijuridicidad que ahí se estudia, cuyo aspecto negativo es el “error de prohibición, causal de inculpabilidad descrita en el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal.

Es así como el denominado “dolo bueno” es el que se estudia en sede de Tipicidad, en el Tipo subjetivo, bajo los componentes de: conocimiento y voluntad. Se define en el artículo 22 así: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.”

En este punto recae una de las críticas de la abogada defensora del sentenciado cuando asegura que no se pudo demostrar el dolo. Se opone a la intencionalidad atribuida a su representado porque se desconoce que el acusado se hallaba en una persecución, la cual no permite un “blanco fijo”. En términos jurídicos la censora estaría haciendo referencia al “delito aberrante” al error accidental que distinto al “error de tipo” descrito en el numeral 10º del artículo 32 no excluye el dolo y por tanto la conducta seguirá siendo típica.

Descendiendo de nuevo al asunto, si John William Cárdenas al disparar se equivocó “de blanco” porque trataba de impedir que fuera Héctor Fabio García alias “Chorizo” supuesto miembro de la organización criminal Los Rastrojos el que ganara la huida y resultó matando a un tercero que iba en esa camioneta, este error es intrascendente como ya se vio para efecto de descartar el Dolo y por consiguiente la Tipicidad.

O que disparó, pero dirigió el arma hacia la parte baja de la camioneta pretendiendo únicamente inmovilizarla, pero los proyectiles ingresaron a la cabina del automotor con el funesto resultado, ello igualmente estaría dentro de los errores accidentales que mantienen la adecuación de su conducta en el tipo penal de Homicidio, acto que hizo con conocimiento y voluntad pues sabía que disparaba hacia un automotor donde viajaban varias personas, podía representarse la muerte de un pasajero como posible, y sin embargo procedió a ejecutarlo, con –repetición en el golpe- de tal manera que si alguna incidencia tiene será para un traslado del dolo directo al dolo eventual pues era completamente obvio anticipar mentalmente ese resultado y no obstante lo dejó, dispuesto al azar.

Con todo lo anterior, el Dolo del tipo subjetivo está probado. La defensa no demostró el error de tipo consagrado en el numeral 10º del artículo 32 del Código Penal como eximente legal de esta modalidad de conducta y de una vez –por anticipación- (pasando en el estudio por encima de la antijuridicidad) tampoco lo hizo en relación con el error de prohibición del numeral 11 de la misma disposición para negar jurídicamente la Culpabilidad de su conducta. Mucho menos, con asidero en el campo probatorio cuando el acusado mantuvo su silencio.

Ahora, en el campo de la Antijuridicidad la defensora recurrente alude al ataque del que fueron víctimas los señores del DAS, aspecto toral de su teoría del caso pero

que no logró concretarse en el aspecto probatorio. Ello sería el sustento de una de las causales por las cuales no termina de definirse como es la de la “legítima defensa” (numeral 6° del artículo 32 C.P) o haber obrado “en estricto cumplimiento de un deber legal” (3°. Artículo 32). Es de señalar de una vez que las condiciones fácticas pregonadas para constituir la justificante, darían lugar a fundar la primera, la de la defensa justa de un bien jurídico propio y de terceros como era su vida y la de sus compañeros, bajo el tenor de ser inicialmente atacados cuando uno de ellos se bajó luego de alcanzar la camioneta que se hallaba detenida al lado de la vía, cuyas placas coincidían con las que su compañero WILSON SIERRA RUA les había dado producto de una pésima labor de verificación previa.

La misma Defensa en su alegato de conclusión por uno de los togados que ahora funge como –no recurrente- dejó claro que la fuga de la persona contra quien pesa una orden de captura a la orden de ¡alto! por la autoridad policial a cargo de cumplirla, no legitima a la última para atentar contra su integridad o su vida por este hecho, siendo pertinente traer a colación su propia cita jurisprudencial:

“Los miembros de la Policía no pueden utilizar las armas de fuego contra fugitivos que huyen de la acción de la autoridad valiéndose por sí mismos o utilizando vehículos, ni siquiera bajo la errada concepción de inmovilizar el medio de locomoción disparando a sus partes (motor, llantas, etc.), lo cual, por sí mismo, configura el tipo penal de disparo de arma de fuego contra vehículo. Entiéndase por fugitivo cualquier persona que huye del requerimiento de la autoridad, con o sin señalamiento de haber participado en una conducta contravencional o penal. Los policías pueden disparar contra vehículos en movimiento, cuando son utilizados como armas con la intención de causar injustamente daños a bienes jurídicos equivalentes o cuando desde éstos se dispara para proteger la huida.

...

Como se sabe, el estricto cumplimiento de un deber legal es una permisión con la que se declara ajustada al derecho la realización de ciertas conductas típicas llevadas a cabo por un agente en cumplimiento de lo dispuesto por el mismo ordenamiento jurídico.”

Así igualmente lo recabó el señor Juez del primer nivel cuando recordó que si bien era una práctica permitida en antaño, se encuentra prohibida desde los preceptos y la filosofía de un Estado Social de Derecho como el nuestro.

Por lo tanto, no existe duda al respecto, ni se discute que en el asunto sometido a estudio, la única forma de legitimar el uso del arma de dotación por parte del agente del DAS, JOHN WILLIAM CARDENAS ARDILA sería una agresión actual o inminente por parte de alguno (s) de los ciudadanos que se desplazaban en el rodante donde iba el hoy occiso.

Los planteamientos entonces de la defensora recurrente, acerca de que muy seguramente llevaban armas y pretendieron evitar una flagrancia, que allí iba el perseguido por la Justicia, que la policía es corrupta, este último tópico desaprobado también cuando no mostraron investigación alguna contra la policía de Huasanó y los agentes de Riofrio que estuvieron en el operativo, no prosperan para sustentar una duda y mantener incólume la presunción de inocencia.

A contrario sensu, la prueba de la Fiscalía es suficiente para concluir en la responsabilidad penal de JOHN WILLIAM CARDENAS ARDILA por el homicidio de JOSE HUMBERTO RAMIREZ DURANGO, cargo realizado en forma simple por el ente acusador en la respectiva acusación. En relación con el delito contra la Seguridad Pública, -Disparo de arma de fuego contra vehículo- la Sala omite cualquier referencia porque no fue objeto de apelación por ninguno de los disidentes.

A pesar de la petición del bloque defensivo de que se declare desierto el recurso por indebida sustentación, la Sala conocerá del mismo pues la motivación del funcionario judicial si bien fue suficiente, se caracterizó por su puntualidad, misma que es refutada por el apoderado de la víctima cuando asegura que el acompañamiento de los otros dos, en una misión que no discute tenían, de procurar hacer efectiva una orden de captura, pero realizada sin ninguna precaución que terminó con la vida de un inocente, los hace responsables a títulos de cómplices. También, por el comportamiento subsiguiente a la ejecución del acto, consistente en no dar aviso de los hechos, siquiera por medio del radio.

Sea lo primero establecer que la complicidad es un dispositivo amplificador del tipo, que para el caso siendo eminentemente doloso, requiere de la misma modalidad de la conducta, sin que se pueda predicar la Culpa para este tipo de partícipes.

Recordemos la descripción legal de esta figura, en el Código Penal:

“Artículo 30.- Son partícipes el determinador y el cómplice.

(...)

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.”

Cuando no hay lugar a controversia por parte del apoderado de la víctima, como tampoco la hubo de parte de la Fiscalía, de estar probado que los agentes del DAS iban en una misión de capturar a HECTOR FABIO GARCIA alias “Chorizo” y fue en ese propósito que JOHN WILLIAM CARDENAS ARDILA disparó contra el vehículo en el que pensaban iba su objetivo, en forma irregular claro está, al punto que debe responder por el Homicidio cometido, no ocurre igual con los otros dos compañeros HEMEL ROGELIO CRUZ PALACIOS y BRIAN RENE ALZATE URBANO pues no hubo acuerdo previo de voluntades para ejecutar tal acción, pues ni siquiera sabían que la fuga iba a ocurrir por parte de quienes iban en ese automotor.

La conducta consistente en disparar arma de fuego ejecutada únicamente por uno de ellos, no fue concertada ni existió de manera –concomitante a su realización, contribución alguna pues HEMEL ROGELIO dado lo inesperado de la situación presentada no se bajó de la camioneta y BRIAN RENE, no disparó su arma de dotación. Tal decisión la adoptó, únicamente el autor material.

Considerar que por las fallas en su labor operativa, ante la presencia de las irregularidades en la tarea de verificación del objetivo y de la forma de abordar en si la misión, tenían la orden como dice el apoderado de la víctima de dar de baja al sujeto perseguido, es también llegar al campo de la conjetura. Pasar por cuenta de

la negligencia y de la incuria a un dolo de complicidad, constituye un yerro pues al cómplice también debe demostrársele el conocimiento del hecho y la voluntad del aporte al mismo.

En el asunto sub-júdice la prueba de la defensa logró establecer sin contradicción por parte del ente acusador que los agentes del DAS intentaban cumplir con una orden de captura y en el instante mismo de realizarla bajo el entendido de que en ese automotor viajaba el destinatario y emprendía la fuga, sólo uno de ellos ante esta reacción, decidió accionar su arma de dotación. Por ende, no hubo contribución desde el punto de vista objetivo porque su acción era lícita hasta antes de los disparos realizados por cuenta solo de CARDENAS ARDILA, y mucho menos puede existir el dolo, en un aporte inexistente.

Del comportamiento posterior tampoco se deriva la misma, pues para ello se requiere un acuerdo anterior o concomitante. De pensar en el segundo espacio, es decir, en un pacto coetáneo a la ejecución de la conducta, ello se descarta porque al continuar su marcha la camioneta, los señores CRUZ PALACIOS y ALZATE URBANO así como el propio CARDENAS ARDILA desconocían la muerte de RAMIREZ DURANGO, tuvieron noticia precisamente al instante de su captura.

Finalmente, el reclamo de la apoderada de la víctima en relación con la falta de congruencia en este sentido, del juez sentenciador con el juez que anunció el sentido del fallo, quien había pregonado la responsabilidad penal de los dos acusados como cómplices, si bien le asiste razón, considera la Sala que anular desde el mismo para que el nuevo Juez guarde congruencia con ese acto procesal, no se justifica porque finalmente la sentencia fue a favor de los citados procesados, y el apoderado de las víctimas tuvo acceso a la segunda instancia para insistir así fuera lacónicamente en su responsabilidad penal. Por lo tanto, la irregularidad no comporta trascendencia alguna.

Así, la sentencia recurrida será confirmada en su integridad.

Sentencia de segunda instancia (AC-162-12) del 2 de agosto de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.

SENTENCIA CONDENATORIA – Es a la defensa, y no a la Fiscalía, a quien corresponde derruir la certeza para imponerla.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Penal, artículos 287 y 381.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, decisiones del 3 de febrero de 2010, ponencia de María del Rosario González y del 26 de octubre de 2011, ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Como está dispuesto el rito penal el ente acusador encargado de la pretensión sancionatoria del Estado, para imputar una conducta punible debe partir de una *“inferencia razonable”*, apostada en elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que señale la autoría o participación responsable de una persona —Art. 287 del CPP—. Pero para acusarlo formalmente de esa conducta esos mismos medios de conocimiento deben llevarlo a un convencimiento con *“probabilidad de verdad”* —Art. 336 *ídem*—. Entre tanto, el juicio de responsabilidad penal para emitir un fallo de condena requiere *“el conocimiento más allá de toda duda”* —Art. 381 *ibídem*—.

En el primer momento es claro que la ley hace referencia a la construcción deductiva y circunstancial de situaciones que conducen a pensar de forma lógica que una persona cometió un punible, lo que en el sistema anterior se denominaban indicios graves. Esa *inferencia* resulta explicable normativamente por el momento procesal en donde el juez no ha sido testigo de la aducción al proceso de esos medios de prueba, lo cual no descarta que una vez agotado el rito dicha inferencia o inferencias se convierta en el pábulo del conocimiento necesario para condenar.

En tanto el segundo momento indica un punto medio del conocimiento en donde se está convencido, pero no completamente, de que el hecho ha existido y el imputado ha sido su autor o participe, precisamente porque ello será objeto de prueba en el estadio siguiente: el juicio oral.

Pero el conocimiento para condenar *“más allá de toda duda”* apunta al grado de certeza valorativa previa exposición ante el juez de los medios de conocimiento para que se conviertan en pruebas válidas. Ello por supuesto no implica que el respeto al debido proceso al momento del examen o evaluación probatoria por el Juez, obliguen a un grado de aproximación absoluto de lo sucedido, sino a aquel que desde el punto de vista dialéctico lleve a una conclusión lógica y preponderante frente a otras posibles. Para ello el sistema judicial penal no tiene tarifa probatoria sino por el contrario acude a postulados de la sana crítica comprobados a través de esos medios de conocimiento, estado de convencimiento denominado *certeza racional*.

No puede por tanto cualquier contradicción resultar suficiente para edificar una duda sin examinarse con seriedad las demás hipótesis que explican la divergencia o su respaldo factico-probatorio, así como su trascendencia frente a desdibujar esas premisas.

En ese orden, en la dinámica del sistema acusatorio es al Estado que le corresponde probar los elementos del delito y la conexión del acusado con esa infracción. Como nuestra legislación consagra la regla *“más allá de toda duda”*, así como el principio de presunción de inocencia, significa que agotada la carga probatoria del ente acusador en ese sentido, dicho principio se derruye y por tanto la parte acusada debe a través de la defensa refutar la evidencia de forma activa en su contra para generar la duda pues la misma no es tarea de quien acusa si logra determinar el hecho criminoso e involucra en él al sujeto de persecución.

En esa medida, se reconoce por la doctrina que en estos casos se presenta la *“defensas afirmativas”* caso en el cual si para el Estado es obligatorio demostrar el delito y sus elementos esenciales, así como la participación

responsable del procesado, a su contraparte le corresponde demostrar las afirmaciones exculpativas que no estén relacionadas directamente con el tipo penal correspondiente.

La Sala decide resolver el recurso de apelación conforme lo concedió la señora Jueza Tercera Penal del Circuito Especializado de Buga pese a la oposición de los – no recurrentes- porque independientemente de la fuerza argumentativa para convencer de su tesis, la Defensa se opuso a sus disertaciones las cuales se basaron principalmente en el dicho de los testigos de cargo, confiriéndoles plena credibilidad con grado de suficiencia para configurar el requisito demandado por la ley (artículo 381 de la Ley 906 de 2004), a efecto de soportar la responsabilidad penal de los acusados.

En esa línea, la oposición de la Defensa se cierne respecto de la verosimilitud del dicho de los testigos policiales que dieron cuenta de una captura en estado de flagrancia, y el descarte de los testigos de la Defensa con quienes pretendió probar que la conducta atribuida a los vinculados fue inexistente, no ocurrió y por lo tanto no se puede llegar ni siquiera al análisis de la Tipicidad porque simplemente los señores YEIMER VALENCIA MOSQUERA y EFREN CASTILLO MOSQUERA fueron “cargados” con ese material bélico por la policía por su afán de dar positivos; por tanto dicha acción jamás existió de parte de aquéllos.

Al revisar el recaudo probatorio practicado en la audiencia del juicio oral, encontramos que sobre la existencia de la conducta, misma cuyo contenido fáctico permite la adecuación en los tipos penales por los cuales fueron condenados los acusados, la Fiscalía aportó dos (2) testigos de cargos: (i) JOSE ALEJANDRO TOVAR VEGA y (ii) JHONNY ARVEY TENORIO BEDOYA. Ambos fueron testigos presenciales y declararon sobre la incautación realizada a cada uno de los procesados, respectivamente.

De ese modo, el agente TOVAR VEGA dice haber observado cuando CASTILLO MOSQUERA arrojaba el proveedor para fusil, mientras su compañero le notaba el abultamiento en su pantalón y voluntariamente éste entregaba las vainillas calibre 38. Por su parte el agente TENORIO BEDOYA incrimina a VALENCIA MOSQUERA porque al requisarlo le encontró el arma de fuego tipo revólver y las otras vainillas. Por consiguiente, al tratarse de un arma que carecía del número de serial tal como la describió el perito en balística, el portador no tenía salvoconducto, así como tampoco el acusado que llevaba consigo la munición de uso restringido, la tipicidad de las acciones atribuidas, se encuentra demostrada.

Pero como el cuestionamiento gira es en torno a la credibilidad de los deponentes de cargo, revisaremos cada una de las recriminaciones realizadas por la Defensa, con el propósito de establecer si logra denotar la duda probatoria con la entidad que persigue para reemplazar la condena por una absolución.

Que los agentes del orden mintieron sobre el antecedente fáctico que los llevó a ese barrio, no está probado, Por el contrario, dicho estadio que quisieron desvirtuar los deponentes de defensa, es precisamente uno de ellos quien contradice a los otros dos en tal sentido, el señor YIMINSON CUERO RENGIFO que señala, ese día “se formó una balacera y salieron a novelear” fue entonces cuando llegó la policía para efectuar una requisa. El censor parte entonces de una premisa falsa al afirmar

que el lugar se hallaba en absoluta tranquilidad, pues así se denotó por parte de los vecinos del sector de Calle Larga.

Las omisiones investigativas que predica por parte de la policía judicial, resultan intrascendentes ante las deficiencias conocidas de la prueba de guantelete hoy reemplazada por la de absorción atómica, la cual empero haber representado una evolución en esta técnica sigue arrojando falsos positivos y falsos negativos. Además debe recordar el togado de la defensa que nuestro sistema probatorio se rige por la sana crítica o la persuasión razonable, la tarifa probatoria fue eliminada con contadas excepciones a nivel negativo como sucede con la prueba de referencia.

Debe acotarse además que frente a la obligación que le asiste a la Defensa en materia probatoria de acuerdo con el concepto de “carga dinámica” que no es otra que su deber de acopiar elementos materiales probatorios, solicitar y velar por la práctica de la prueba que sustente su teoría del caso, bien ha podido llevarlas a cabo para refutar eso sí, la prueba de cargo, con asidero en medios de conocimiento y no en meras afirmaciones calumniosas hacia los policiales.

La crítica que enerva contra estos dos deponentes de cargo, no tiene fundamento en la realidad de sus atestaciones pues José Alejandro Tobar Vega, si bien era el conductor del rodante de la policía, una motocicleta, si observó a EFREN CASTILLO MOSQUERA cuando se deshizo del proveedor para el proyectil y aunque no la llevó a cabo si presencié la requisa que le hizo su compañero y por tanto le consta la incautación de la munición calibre 38.

Corolario de lo anterior, es la insuficiencia de la prueba de la defensa para sostener a este nivel por lo menos una duda acerca de la existencia del hecho y menos de su tipicidad. Si los agentes de la policía y los acusados no se conocían con anterioridad tampoco el recurrente puede atacar con razonabilidad que de los ciudadanos hallados en ese punto del sector conocido como Calle Larga, hayan sido elegidos para atribuirles la comisión de una conducta en forma subrepticia o falsa.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia condenatoria objeto del recurso.

Sentencia de segunda instancia (AC-143-13) del 20 de agosto de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.

RETRACTACIÓN DE LOS MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES – Debe ser analizada a la luz de la sana crítica y la confrontación con los otros medios de prueba.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 12855 del 25 de mayo de 2009, 33010 del 4 de mayo de 2011, ponencia de María del Rosario González Muñoz, y 37044 del 7 de diciembre de 2011, con ponencia de María del Rosario González Muñoz.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Conforme los avances jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en tratándose de delitos sexuales, el testimonio de las víctimas menores de edad resulta creíble porque enseñan los expertos en la materia que en estos casos gozan de especial credibilidad y confianza. De igual forma, sus manifestaciones ante perito consignadas en los informes periciales hacen parte de dicha prueba y admiten valoración frente a la credibilidad del relato del menor. 5.2.- Respecto de sí la retractación del testimonio de una menor víctima produce necesariamente la duda que impida estructurar una sentencia condenatoria, en el caso concreto-

Frente al caso, se duele el censor ante la omisión del fallador de primer nivel en no tener en cuenta la retractación de las versiones ofrecidas por las menores sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del encartado, aún cuando a su criterio se logró demostrar que existieron móviles que motivaron a las menores a “inventar una historia” en contra de su prohijado ante las preferencias que la madre le prodigaba a éste, con lo cual se configura la duda a su favor.

En efecto, la Corte ha sido enfática en señalar que cuando se presenta situaciones como la que ocupa hoy el estudio de la Sala –*retractación de la versión inicial*-, debe ser analizada en conjunto con las demás pruebas que se hubiesen allegado en la actuación –*dictámenes periciales y demás testimonios*-, bajo las reglas de la sana crítica y de la experiencia, con lo cual el funcionario podrá dilucidar si las atestaciones rendidas en principio obedecieron a una falacia contentiva de motivos fundados –*retaliaciones, enemistades etc.*- para su maquinación, o si por el contrario, la *retractación surgió por factores endógenos y/o exógenos* fundados, los cuales en la mayoría de los casos frente a conductas cometidas sobre menores de edad dirigidos contra su libertad sexual son muy comunes.

De ahí la importancia de confrontar con otros medios de prueba como la pericia que permite una integralidad en el análisis concluir sobre la realidad o no sobre la existencia de un hecho y la deducción de la responsabilidad.

De otra parte, se han estructurado unas subreglas en materia de delitos sexuales que bien pueden ser analizadas por el juzgador al momento de elevar sus juicios de valor y hacer la reconstrucción del acontecer investigado. Ello porque la prueba en la mayoría de estos delitos proviene de fuente indirecta o se reconstruyen con base en los distintos matices e información arrojada por la víctima, que valorada en conjunto con el acervo probatorio permite arribar a la certeza racional sobre la existencia del delito y la responsabilidad del procesado. Además, porque la creación de dichos parámetros de valoración cuando de relatos de menores se trata, resulta de gran utilidad a la judicatura en cuanto brinda herramientas mucho menos falibles sobre el mérito que deba otorgarse a un testigo de esta naturaleza.

Ahora bien, el punto medular para la Sala es la retractación de la versión de la menor víctima N.A.V., otorgada en sede de Juicio Oral.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en los pronunciamientos expuestos en anterioridad reafirma que a los menores debe creérsele sus atestaciones y de forma especial cuando han sido víctimas de delitos sexuales. Pero ello no obsta para que en cada caso se analicen circunstancias exógenas que pudieran haber incidido en

la espontaneidad de sus dichos, al punto de perder la genuinidad del lenguaje propio de la edad y remplazarlo por palabras elaboradas como lecciones aprendidas que hacen ver claramente sugestionada su versión de los hechos.

Varios puntos concretos se pueden observar en los testimonios de ambas menores los cuales son medulares:

1.- Ambas coinciden en afirmar que los hechos ocurrían en la mañana cuando su madre se dirigía al colegio con D.A.V. es decir entre las 05:45 a.m., y las 06:00 de la mañana cuando salían de la casa y la menor N.A.V., se quedaba sola en la casa.

2.- También son consistentes sus relatos en especial cuando N.A.V., de manera clara rememora lo dicho en la primera declaración, esto es que Germain ingresaba a su habitación, que la desnudaba y él se desnudaba, la tocaba, le chupaba los senos y la vagina y una vez le intentó introducir el pene. Además coincide con su hermana D.A.V., cuando afirman que cerraban la puerta para que el acusado no ingresara más a la habitación.

3.- D.A.V. ratifica lo dicho en la versión rendida ante la perito Alba Luz Murcia cuando afirma que *“le creyó a su hermana porque Germain le intentó dar un beso en la boca y ésta lo trato mal”*.

Todo lo anterior analizado en su conjunto con las pruebas periciales practicadas a las menores teniendo en cuenta la Base Pericial aportada en sede de Juicio Oral, resultan más que suficientes para corroborar la existencia del hecho pues las peritos psicólogas fueron enfáticas en reiterar como se pudo escuchar en sus declaraciones que lo narrado por las menores no fue objeto de su imaginación.

Y si bien algunos aspectos como hechos y lo referente a las fechas no son recordados con exactitud, la seriedad del análisis y del relato de un menor no se ampara en la absoluta congruencia de su dicho sobre aspectos que pueden ser accidentales y variables a su relato, pues resulta lógico que transforme, maquille o soslaye apartes de sus recuerdos como mecanismo inconsciente para paliar los efectos negativos que produce el hecho, disociando de su percepción los sentimientos de vergüenza, aislamiento o desasosiego que le producen el hecho, tal y como aquí ocurrió.

No puede olvidar la judicatura que la noticia de las menores según los dichos de la madre y de las niñas fue publicado en un diario de amplia circulación de Palmira “El Q’hubo”, y que ello fue el detonante para que las menores frente a los hechos optaran por retirarse de la Institución Educativa San Vicente ante la presión de las compañeras y padres de familia como lo dejó ver la misma docente de la Institución Zulma Liliana quien ratificó que tuvo que realizar una reunión con los padres de sus alumnos para paliar dicha situación, pues las menores estaban siendo señaladas que tener “SIDA”. Aunado a los señalamientos constantes sobre si era cierto o no lo ocurrido.

Es lógico para la Sala que los sentimientos de bochorno moral, de vergüenza e inseguridad asociadas al abuso que aparecen en la víctima de atentados contra su libertad sexual, especialmente si se trata de aquellas que aún no se encuentran en capacidad de comprender conductas sexuales pues debe rememorar para la

fecha de ocurrencia de los hechos la menor N.A.V contaba con 12 años conforme se dejó sentado con al estipulación probatoria en la cual se evidencia la minoría de edad de la niña. Aspectos como estos fácilmente llevan a niños y adolescentes a negar lo acontecido con su cuerpo, ser reticentes a contarlo o decirlo con dubitación, con pena, hablando casi con murmullos, características que *per se* no desaparecen la fortaleza o credibilidad de su narrativa, pues le son connaturales, al punto que deben esperarse en su desarrollo.

Recordemos que en algunos apartes de las atestaciones ofrecidas por N.A.V. frente a la doctora Alba Luz Murcia y ya en Juicio Oral la menor al referirse a algunos aspectos como por ejemplo cuando se le indagó sobre como había ocurrido el episodio en que Germain intentó penetrarla, esta se niega a contarlo y se queda callada, así mismo en algunos apartes bajó la voz en especie de murmullo, con lo cual demuestra la vergüenza y el temor a ser rechazada no sólo por sus pares sino también por el momento que atravesaba su núcleo familiar tal y como fue consignado por la doctora GLORIA MERCEDES FRANCO OSPINA perito psicóloga adscrita al ICBF quien adelantó el tratamiento psicológico de ambas menores.

¿Cómo pretender que un menor quien no encuentra el apoyo en su entorno familiar y que además los actos sobre los cuales fue objeto, fueron conocidos por sus amigos (as), y toda una sociedad, no se retracte de lo sucedido?. Es evidente la estigmatización que recayó sobre N.A.V. cuando fue señalada inclusive de tener “SIDA”, por parte de sus compañeras de colegio, tanto así que le solicitó a la madre que la retirara de esa institución educativa. Igual suerte tuvo su hermana D.A.V.

Con los testimonios de las víctimas de delitos sexuales también puede suceder que la revelación del abuso no resulte de forma inopinada o de repente, sino que es consecuencia de un proceso en donde empieza por negarlo, luego lo relata, después se retracta y finalmente reafirma el abuso padecido. Este efecto de retractación se encuentra definido por alguna parte de la Psicología Forense como parte del denominado *“síndrome de acomodación del abuso sexual infantil”*. En este síndrome, es habitual que el niño se vea presionado por sus sentimientos de culpa o por el sufrimiento de sus familiares como puede observarse en este caso y corolario de ello, sienta que tiene en su poder la carga de proteger o dañar a su familia. Ello sucede muy a menudo en los trámites penales por este tipo de ilicitudes. Tal y como fue expuesto por la Psicóloga Perito Franco Ospina quien en su informe dejó claro que a N.A.V le preocupa ser rechazada no sólo por sus congéneres, sino también por su familia y más aún cuando cree que por ese hecho su entorno familiar se está desmoronando.

Pero la defensa pese a pretender demostrar que el motivo de las acusaciones hacia Germain fueron las animadversiones existentes entre éste y las menores, por el cariño y “preferencias” como por ejemplo el hecho de darle *“la carne más grande a él”*, o que *“ya no compartían con la mamá como antes”*, versiones ofrecidas ya en sede de Juzgamiento. Tal teoría no quedó demostrada pese a la retractación de la versión de la menor víctima N.A.V., pues se itera la señora Zuleima siempre indicó que creyó que el motivo por el cual sus hijas después de un tiempo cambiaron de actitud fue el hecho que se enteraran que Germain era portador del VIH. Es decir que en ningún momento consideró que sus actos de gracia hacia el acusado fueran el motor principal que incentivarán a las menores a crear un hecho como el que hoy nos ocupa, tal y como lo pretende hacer ver la defensa.

Además tanto la madre, como ambas menores, siempre reiteraron que la relación con Germain fue buena.

Bajo ese entendido, es innegable que la menor de entrada presentía que sus dichos no iban a tener eco en su madre por tal motivo lo cayó y sólo decidió contárselo a su única confidente su hermana D.A.V., y ante tal confesión D.A.V., le preguntó *¿en serio, no lo puedo creer?*. Sin embargo su hermana le dio total credibilidad a tales dichos pues Germaín en alguna ocasión la intentó besar y ésta lo increpó insultándolo. Es más el fin que tenía N.A.V. en contarle a su hermana lo acontecido era para que a aquella no le ocurriera lo mismo, y frente a ese hecho optaron por que cada vez que D.A.V., se fuera para el colegio esta cerraría la puerta para que Germaín no ingresara a la habitación.

Entonces se pregunta la Sala ¿Cómo N.A.V., iba a tener la capacidad de inferir, planear o maquinarse que D.A.V., le contaría lo sucedido a la profesora Zulma Liliana? Porqué de pronto no a una amiga?, o porqué no a su abuela, o hermano o tíos con quienes también compartía? . O por el contrario, porqué no callarlo?. Y si su intención era que Germain no volviera a la casa y se alejara de su madre, porqué pese a saber que su abuela no le gustaba que el acusado se quedara en la casa, no fue en busca de su apoyo para así lograr que su madre terminara su relación cuando sabía que su abuela no estaba de acuerdo con que aquel pernotara en el inmueble?. O cómo ocurre en el común, porqué no contárselo directamente a su madre?.

En efecto la menor N.A.V, no tuvo la intención de dañar la relación de su madre, pues inclusive le dejó claro a la hermana que no le fuera a contar a la mamá. Y todo se dio a conocer fue por un tercero, la profesora Zulma Liliana quien notó el gran cambio que D.A.V., ya que la menor era muy extrovertida, pero la observó muy callada y distante. Contrario a su hermana N.A.V., quien es muy tímida, así la describió su madre.

Referente al testimonio de la perito ALBA LUZ MURCIA psicóloga adscrita al CTI, al ser conainterrogada, la defensa la indagó sobre si a la fecha tenía conocimiento sobre una posible retractación de las menores a lo cual contestó que no y que de conformidad con su estudio las menores no inventaron nada, recabó la perito inclusive que si los menores cambian de versión generalmente es por influencia de terceros y que para ello existe un protocolo para descartar esas presiones externas y que en este caso los dichos de las menores siempre fueron coherentes y concordantes con las versiones antes ofrecidas, razón por la cual no tuvo la necesidad de aplicar un protocolo diferente.

Además y conforme con la Base de Opinión Pericial solicitada indicó en forma clara y precisa que los dichos de ambas menores sobre todo de N.A.V., era concordantes con lo expuesto en las versiones anteriores ofrecidas por la niñas y que denotaban síndrome de estrés post-traumático, versión que fue reafirmada por la perito sicóloga adscrita al ICBF doctora GLORIA MERCEDES FRANCO quien fue la encargada de adelantar el tratamiento psicológico de las menores D.A.V. y N.A.V., en su base de opinión pericial concluyó que D.A.V., pese a no haber sido sometida a los abusos a los cuales lo fue su hermana su afectación se dio debido a los padecimientos de N.A.V.

De D.A.V., en cámara Gessel afirmó que su hermana le decía que a veces era verdad y otras veces que era mentira, pero que en todo caso ella le creyó porque Germain una vez la intentó besar.

En el caso de N.A.V., si bien en principio aseguró que todo fue producto de una mentira porque le tenía *“rabia”* a Germain por la preferencia de su madre hacia él, durante su declaración en la cámara de Gessel siempre fue clara en recordar que sabía por qué se encontraba en presencia del psicólogo rindiendo una vez más su versión de los hechos, y de manera contundente indicó cuales fueron esos hechos a los que catalogó como de *“mentirosos”*, esto es, que una vez le *“chupó los senos y la vagina”*, y otra vez *“le metió el pene entre las piernas le dolió y le dio una patada y que salió corriendo”*. Entonces, ¿porque recordar algo tan claro si todo fue producto de una mentira?

Dentro de los criterios establecidos para mejor analizar el relato de un menor abusado están la estructura lógica, cantidad de detalles relevantes, descripción de interacciones, complicaciones inesperadas, detalles superfluos, admisión o falta de memoria, asociaciones externas relacionadas, relatos del estado mental subjetivo, perdón al autor del delito, incomprensión de detalles resaltados con precisión, atribuciones del estado mental del autor del delito, elaboración inestructurada, engranaje contextual, reproducciones de conversaciones, detalles característicos, auto desaprobación, correcciones espontáneas y duda del propio testimonio.

Según la entrevista que fue descubierta oportunamente por la Fiscalía e hizo parte del testimonio experto de la Dra. ALBA LUZ MURCIA, a la menor N.A.V. le notó indicadores de abuso sexual como cambios de tono de voz y bajar la mirada al narrar los hechos, aspectos congruentes con lo relatado y propios de un menor abusado. Luego, no podía la judicatura so pretexto de hallar una prueba irrefutable del abuso ante la claridad de la evidencia documental ratificada por la testigo perito y por el mismo relato en el juicio de la menor víctima ante la rememoración de lo que consideró como *“mentira”*, llegar al extremo de arrinconarla en un interrogatorio para que contara con lujo de detalles la hora, el estado del tiempo, el año, el mes o meses, la sensación física del acto, entre otros factores más propios de una revictimización.

Así mismo, evidenció la víctima con su relato la oportunidad del señor GERMAIN SAAVEDRA GOMEZ para cometer el delito, ya que aprovechaba cuando la madre de la menor se dirigía muy en horas de la mañana a transportar a su hermana D.A.V., al colegio, no siendo extraño a la experiencia como regla de la sana crítica en este tipo de procesos, que los agresores sexuales se valgan de su posición dentro de un momento específico, en este caso ser el novio de la madre de la menor víctima a quien se le permitía pernoctar en la casa dos o tres veces a la semana, para llevar a cabo sus conductas disonantes con el ordenamiento legal.

Como se observa de lo precedente, los datos suministrados por la menor no pudieron ser inventados, sugeridos o aprendidos con tanta claridad y naturalidad. Su relato no fue mecánico, cortado o con espacios de duda durante su desarrollo. No vio la Sala que la menor preparara cada respuesta o que se quedara pensando asiduamente en lo ocurrido.

Así, tampoco puede creerse la coartada defensiva cuya verosimilitud no existe para la Sala desde ningún punto de vista, a pesar de los ponderados esfuerzos por convencer a esta instancia, que todo se originó como un “plan” para separar a su madre del señor GERMAIN SAAVEDRA.

En esta exégesis, si se atienden los parámetros de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que *“no exista incredibilidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor – agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último”* *“Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho”* y *“La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones”* aspectos todos dilucidados en precedencia, puede concluirse hasta este punto suficientes asertos para confirmar el fallo apelado.

Corolario de lo anterior, la Sala encuentra certeza sobre la existencia de los presupuestos legales para proferir un fallo de condena tal como lo realizara el a quo, por lo cual impartirá confirmación a la misma.

Sentencia de segunda instancia (AC-131-13) del 29 de agosto de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Lilibiana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.

NULIDAD POR VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA – No permitir la práctica del testimonio del acusado.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 27 y 140.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 21923 del 25 de mayo de 2006, ponencia de Álvaro Orlando Pérez Pinzón y 27281 del 13 de junio de 2007, ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el asunto objeto de estudio, observa la Sala que la testigo presentada en el juicio por la Fiscalía, la investigadora LUZ MARINA CASTRO nada aportó en cuanto a que le constara de forma directa algunas de las circunstancias fácticas relevantes para establecer que el señor JOSE JULIAN RAMIREZ CEBALLOS fue sorprendido cuando llevaba consigo, dentro de un bolso o morral, seis (6) cartuchos de calibre 12 milímetros aptos para disparar una escopeta de la misma especie. Su conocimiento fue de oídas a través de los agentes captores o del reporte de inicio o noticia criminal, a partir del cual llevó a cabo ciertas actividades, ajenas a la percepción de la conducta, tendientes exclusivamente a la identificación del procesado, a establecer su arraigo, si tenía antecedentes penales e hizo parte de la cadena de custodia de la evidencia física, la cual remitió donde el perito balístico. Su versión entonces por sí sola, no soporta la existencia de la conducta y la responsabilidad penal del acusado.

Es así como a pesar de tratarse de un procedimiento que debe privilegiar la contradicción como que cada una de las partes al momento del juicio oral, tiene su propio programa metodológico de acuerdo con la teoría del caso que haya elaborado, en este caso, el de la defensa pendía exclusivamente de la declaración del enjuiciado y como no compareció, el alegato de cargo por cuenta de la Fiscalía así como la sentencia condenatoria se basó exclusivamente en las estipulaciones probatorias, como si se hubiera pactado la responsabilidad penal, porque así se diga que las mismas dieron lugar a establecer únicamente la tipicidad objetiva de la conducta con su respectivo autor, lo cierto del caso es que de acuerdo con la intervención de la togada que regenta la defensa técnica, quedó sin posibilidad de demostrar una causal excluyente del compromiso penal como sería en el campo del dolo (tipo subjetivo) el error de tipo, o de ausencia de culpabilidad por un error de prohibición, incluso una causal de atenuación como la extrema ignorancia del acusado, todos ellos a título de ejemplo.

Si bien alegó porque le correspondía hacerlo y optó por la tesis de la ausencia de la antijuridicidad material, su insistencia ante el juez de conocimiento manifestándole que era indispensable para su teoría del caso la declaración de su prohijado, denota que no era esa teoría, la elegida para su labor de defensa o por lo menos para sustentarla requería el testimonio del señor RAMIREZ CEBALLOS. Por lo tanto, no basta que la judicatura simplemente derrote la misma (la antijuridicidad material), para concebir que ninguna garantía se le trasgredió al acusado al condenarlo con fundamento en el acuerdo realizado entre la Fiscalía y la Defensa al dar por demostrados los estadios fácticos propios de la descripción del tipo objetivo del artículo 365 del Código Penal. Tal postura estaría acorde solo con una justicia formal pero no material, pues implicaría una renuncia a su derecho constitucional de defensa cuando nunca lo consideró, además sin ningún beneficio a cambio.

El Aquo, negó la suspensión de la audiencia para que la Defensa ya en el punto de la práctica de sus pruebas, tratara de localizar al señor JOSE JULIAN RAMIREZ CEBALLOS, porque este no había cumplido con el mandato del artículo 140 de la Ley 906 de 2004 de informar todo cambio de domicilio, sin constatar siquiera si ese deber se le explicó por parte del señor Juez de control de garantías pues en la carpeta no obra el respectivo registro, únicamente lo supuso por ser igualmente un deber de tal funcionario judicial al momento en que quedara en libertad porque la Fiscalía no demandó en su contra medida de aseguramiento alguna.

En ese sendero, sería prácticamente una aceptación del cargo por parte del procesado y está visto que se negó a allanarse en la respectiva audiencia donde le fue formulada la imputación fáctica y jurídica. Por lo tanto, sería una renuncia a su derecho constitucional de defensa, a tener un juicio no sólo público, sino con intermediación, y contradicción probatoria, tal como lo eligió al no aceptar tempranamente ser responsable del delito atribuido por el ente acusador.

Toda decisión judicial, más en tratándose del derecho del sujeto pasivo de la acción penal, del destinatario de la persecución del Estado, debe apoyarse en la ponderación, en criterios de proporcionalidad, sin olvidar los principios que rigen el proceso penal, entre ellos el del artículo 27 de la Ley 906 de 2004 que reza:

“Art.27. Moduladores de la actividad procesal. En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.”

El señor Juez de conocimiento, tenía por un lado el hecho cierto de no haber asistido el acusado a la audiencia de juicio oral cuando era su obligación estar pendiente del decurso del proceso y del requerimiento que se le hiciera para comparecer al mismo, pero de otro, la aseveración de la señora defensora de no haber sido posible informarle de la fecha de esa diligencia porque se había trasladado de la vereda San Agustín donde antes residía. En forma implacable el juzgador parte de la violación al deber establecido en el artículo 140 sin cerciorarse si efectivamente le fue impuesto y explicado al procesado como ya se dijo, pero además tampoco tiene en cuenta las condiciones personales del acusado quien luego de ser aprehendido y de legalizarse su captura, se le dejó en libertad, de tal forma que regresó a su oficio de trabajador en el campo, concretamente en fincas que cuida y administra por lo tanto son también su lugar de residencia; es analfabeto, de formación campesina. No sería extraño a la regla de la experiencia que hubiera minimizado los efectos del proceso al no solicitarse en su contra de parte de la Fiscalía una medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario y ante la premura de ganar el sustento diario para mantener a su familia, se hubiera trasladado de vereda para el tiempo del señalamiento de la fecha de la audiencia pública sin percatarse por lo menos de avisarle a su defensora. Entre la ocurrencia de estos hechos (7 de enero de 2012) y la audiencia de juicio oral para poder ser escuchado (1º de febrero de 2013) transcurrió más de un (1) año, por lo que las especiales condiciones personales de este acusado, han podido incidir en forma trascendente para la situación que dio lugar a la negativa de procurar su testimonio, indispensable para su defensa.

Lo anterior enseña, que los jueces de la república no pueden acudir a posturas verticales e inflexibles, sin estudiar cada caso en particular pues las situaciones en el campo del Derecho no pueden ser resueltas como enseñaría la física bajo ciertos fenómenos de causa-efecto. El Derecho es una ciencia social que en la época actual debe corresponder a una política de Estado donde debe privilegiarse la justicia material y las garantías de los sujetos intervinientes en el proceso penal, pero en especial la de quien lo justifica, como es el acusado.

La antijuridicidad material, hoy por hoy en delitos como el de materia de estudio donde por la situación del país de proliferación de bandas delincuenciales, además de guerrilla dio lugar a un tratamiento punitivo riguroso, implica como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia una valoración personalizada, de revisión de las distintas condiciones de ejecución y de las del infractor mismo. Recordemos:

En consecuencia, la Sala advierte que una condena bajo los antecedentes procesales vistos, viola el debido proceso y el derecho de defensa, causales establecidas en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, motivo por el cual procede la nulidad. El momento procesal que afecta será a partir de la audiencia preparatoria desde la presentación de las estipulaciones, a efecto que el derecho de defensa no quede supeditado a la consecución del procesado y en caso de

no lograrse conseguir, por lo menos se realice un juicio con la dinámica probatoria que permita un verdadero ejercicio de defensa técnica.

Auto de segunda instancia (AC-165-13) del 3 de septiembre de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: decreta la nulidad de la actuación.

Dr. Marceliano Chávez Ávila
Presidente Tribunal

Dr. Jaime Humberto Moreno Acero
Vicepresidente Tribunal

Edwin Fabián García Murillo
Relator Tribunal

ADVERTENCIA DE RELATORÍA:

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

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

