

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO – TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA
BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 008 – NOVIEMBRE DE 2013**

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:

ACCIÓN DE REBAJA DEL PRECIO EN CONTRATO DE COMPRAVENTA – Cuando el desconocimiento de los vicios ocultos de la cosa vendida no es atribuible a la negligencia de la compradora. **Página 16.**

ACCIÓN DE REBAJA DEL PRECIO E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS – La suma de dinero que el comprador tendría que asumir en el futuro para la reparación del automotor no constituye lucro cesante. **Página 16.**

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES - La tasa de interés máxima permitida para los créditos comerciales no se aplica a los créditos de vivienda regulados por la Ley 546 de 1999. **Página 41.**

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – No es arbitraria la tasación de la cuota alimentaria que considera la capacidad económica del alimentante y la necesidad de la beneficiaria. **Página 35.**

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – Se considera saneada la nulidad por falta de competencia que no es propuesta como excepción previa. **Página 39.**

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES - Si la parte interesada demuestra haber costado los gastos y viáticos directa y oportunamente al perito, el juez no puede tener por desistida la prueba pericial aunque dicho pago no se haya efectuado dentro del término señalado mediante auto. **Página 55.**

ACCIÓN REIVINDICATORIA – La propiedad de los inmuebles se demuestra mediante la presentación de los títulos debidamente registrados. **Página 32.**

ACCIÓN REIVINDICATORIA – Si el demandado acepta la condición de poseedor, el demandante queda relevado en la demostración de tal circunstancia. **Página 32.**

CLAÚSULAS ACELERATORIAS – Sus efectos solo abarcan las cuotas no vencidas al momento de presentación de la demanda. **Página 20.**

CURADOR AD LITEM – Está facultado para proponer la excepción de prescripción. **Página 20.**

DERECHO DE PETICIÓN – La respuesta debe ser clara, concreta y congruente con lo solicitado. **Página 26.**

DERECHO A LA SALUD - La cirugía de abdominoplastia posbariátrica está incluida en el plan obligatorio de salud. **Página 47.**

DERECHO A LA SALUD EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO – La atención en salud corresponde a las EPS y la financiación a la respectiva entidad territorial. **Página 47.**

DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA –Se vulneran cuando la EPS no autoriza, sin costo alguno, la valoración para determinar la capacidad o discapacidad de una persona y afecta, de ese modo, su afiliación en calidad de beneficiario. **Página 37.**

DESACATO – La tardanza en el cumplimiento del fallo no es obstáculo para eximir de la sanción. **Página 53.**

EDAD DE RETIRO FORZOSO – La persona que ha llegado a tal etapa no puede ser apartada del servicio si no tiene otros ingresos que le permitan subsistir y no ha sido incluida en nómina. **Página 51.**

EXCEPCIÓN DE PAGO PARCIAL - Los abonos hechos por el deudor con posterioridad a la presentación de la demanda no pueden tenerse por tal. **Página 2.**

IMPUTACIÓN AL PAGO - No es válido que los abonos hechos por el deudor antes del proceso ejecutivo sean imputados a los gastos y a los honorarios de abogados. **Página 2.**

INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL – En su trámite es dable la imposición de la condena en costas. **Página 57.**

INSOLVENCIA DE PERSONA NATURAL NO COMERCIANTE – No es necesario comunicar o notificar la continuación de la audiencia de negociación de deudas. **Página 13.**

INTERESES BANCARIOS – No pueden reconocerse cuando la obligación del demandado no consiste en pagar una suma de dinero. **Página 16.**

JUEZ DE TUTELA – No puede pronunciarse sobre los temas ya debatidos y resueltos en acción de tutela anterior. **Página 13.**

LUCRO CESANTE POR LA MUERTE DE UN MENOR – La hipotética ayuda económica que en el futuro recibirían sus padres es un perjuicio que carece de certeza. **Página 57.**

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO ENTRE COMUNEROS – El comunero que pretende la declaración de pertenencia debe demostrar el inequívoco ejercicio de la posesión en forma exclusiva y excluyente. **Página 43.**

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO POR PARTE DEL TENEDOR DEL BIEN – Exige demostrar que su posición inicial mudó a la de poseedor. **Página 28.**

RETÉN SOCIAL – No se aplica cuando el retiro del cargo se produce por la designación en carrera de un empleado que aprobó el concurso de méritos. **Página 24.**

SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO – No hay lugar a su imposición cuando no se demuestra la necesidad del uso de las aguas.

SERVIDORES PÚBLICOS EN PROVISIONALIDAD - Constituye justa causa para la desvinculación la provisión del cargo por concurso de méritos. **Página 24.**

SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO Y SERVIDUMBRE DE AGUAS – Diferencias. **Página 8.**

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES – La presencia del Defensor de Familia es indispensable en todas las actuaciones adelantadas en esta clase de procesos. **Página 4.**

SUMA DE POSESIONES – El cónyuge sobreviviente, para sumar la posesión de su extinto consorte, debe probar su calidad de heredero. **Página 28.**

SALA CIVIL-FAMILIA:

EXCEPCIÓN DE PAGO PARCIAL - Los abonos hechos por el deudor con posterioridad a la presentación de la demanda no pueden tenerse por tal/**IMPUTACIÓN AL PAGO** - No es válido que los abonos hechos por el deudor antes del proceso ejecutivo sean imputados a los gastos y a los honorarios de abogados.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 392 y 521; Código Civil, artículos 1653 a 1655.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Planteada la cuestión litigiosa dentro de los extremos que en precedencia se han dejado reseñados, y limitada la competencia del Tribunal a los tópicos que concretamente fueron materia de censura en la apelación, al pronto se descubren los dos problemas jurídicos a resolver en ésta providencia. El primero de ellos atañe a lo siguiente: ¿...los dos abonos efectuados a la obligación con posterioridad a la presentación de la demanda allanan el camino para la prosperidad de la excepción de PAGO PARCIAL que, fundada en ellos formuló la parte ejecutada...?. Y el segundo concierne a si el acreedor puede imputar tales abonos -en forma anticipada al proceso ejecutivo- a rubros tales como gastos y honorarios, vale decir, a LAS COSTAS que puedan causarse por el cobro de la obligación...?.

En cuanto lo primero basta puntualizar que ambos abonos a la obligación [\$59.543.752 y \$25.000.000,00] fueron efectuados con posterioridad a la presentación de la demanda y al auto por medio del cual el juzgado a-quo libró la orden compulsiva de pago, lo cual traduce que cuando la entidad financiera demandante ejerció la acción cambiaria el capital insoluto era el que indicó en su demanda, y que los pagos posteriores que aparecen debidamente acreditados en el proceso, los cuales el acreedor no tenía porqué conocer cuando presentó su libelo introductor, pues no se habían efectuado, y tampoco le imponían deber alguno de reformular la demanda para ajustar sus pretensiones a un hecho sobreviniente [como lo consideró el juez a-quo en la sentencia opugnada] no comportan prosperidad de la excepción de PAGO PARCIAL formulada por el extremo pasivo, pero DEBERÁN ser tenidos en cuenta al liquidar el crédito en los términos del artículo 521 del C. de Procedimiento Civil.

Por éste aspecto, entonces, los numerales primero y segundo de la sentencia apelada serán revocados en ésta instancia superior. En su lugar el Tribunal efectuará los ordenamientos correspondientes.

Referentemente a lo segundo, el Tribunal coincide con el *decisum* del juez de primer grado y con su *ratio decidendi*. Razones al canto:

La imputación del pago a la obligación de una suma de dinero está regulada en los artículos 1653 a 1655 del Código Civil así:

“...Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute a capital. Si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados...” (art. 1653).

“...Si hay diferentes deudas, puede el deudor imputar el pago a la que elija; pero sin el consentimiento del acreedor no podrá preferir la deuda no devengada a la que lo está; y si el deudor no imputa el pago de ninguna en particular, el acreedor podrá hacer la imputación en la carta de pago; y si el deudor lo acepta, no le será lícito reclamar después...” (art. 1654).

“...Si ninguna de las partes ha imputado el pago, se preferirá la deuda que al tiempo del pago estaba devengada a la que no lo estaba; y no habiendo diferencia bajo este respecto, la deuda que el deudor eligiere...” (art. 1655).

La cuestión, pues, es clara: tratándose de obligaciones dinerarias -de cuya especie participa la que es objeto de cobro compulsivo en este proceso- la imputación de

los pagos que a ellas se efectúen **SE ENCUENTRA REGULADA PUNTUALMENTE EN LA LEY.** Y conforme esa regulación, en la cual es detectable a simple vista la preocupación del legislador por un tema tan sensible al interés público como es el de los INTERESES, la ley solo deja al arbitrio de las partes una variable que, en todo caso, puede beneficiar al deudor, quien generalmente es el extremo débil en el contrato de mutuo, particularmente cuando quien funge como acreedor es una entidad financiera, casi siempre perteneciente a verdaderos emporios económicos frente a los cuales el deudor se encuentra en posición de subordinación y desventaja. Esa variable, en los previstos términos de la disposición legal enantes transcrita, estriba en que las partes pueden acordar que los abonos sean primeramente imputados no a intereses, sino a capital.

Lo que sumado a la preceptiva del inciso final del artículo 392 del C. de P. Civil, bajo cuyos precisos términos “...las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas...”, impone concluir que **ES INEFICAZ** lo plasmado por las partes en el pagaré en el sentido de que (i) que los honorarios “...por cobranza judicial y/o extrajudicial...” corresponderán al “...quince por ciento (15%) de las sumas adeudadas por todo concepto, mora, etc...”, y (ii) que “...todo pago que se reciba SE APLICARÁ EN SU ORDEN (..) a impuestos, tasas, COSTAS, seguro, papelería, HONORARIOS, intereses de mora, intereses corrientes y por último, de existir remanente, a capital...” (Cláusula Segunda. Folio 3 cdo. 1).

Es que, para decirlo en breve, el principio de la autonomía de la voluntad -que la parte recurrente ha enarbolado con vehemencia en su designio de hacer ver que el aludido pacto debió ser acatado en la sentencia opugnada- no solo no es absoluto sino que jamás podrá llevarse de calle una prohibición legal como la que se ha dejado reseñada en la presente providencia.

Sentencia de segunda instancia (2008-00102-01) del 10 de septiembre de 2013, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo, Decisión: revoca los numerales primero y segundo de la sentencia apelada.

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES – La presencia del Defensor de Familia es indispensable en todas las actuaciones adelantadas en esta clase de procesos.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 1098 de 2006, artículos 139, 144, 146, 151 y 154; Ley 906 de 2004, artículo 454.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 30645 del 4 de marzo de 2009 y 40187 del 10 de diciembre de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En lo que concierne al hecho generador del vicio procedimental aquí discutido, debe exaltarse lo previsto en el artículo 146 del Código de la Infancia y la adolescencia, en cuanto señala: “... En todas las actuaciones del proceso y en las etapas de indagación, investigación y del juicio, el adolescente deberá estar

acompañado por el Defensor de Familia, quien verificará la garantía de los derechos del adolescente...”.

Del texto fluye diáfano el corolario de que la presencia del Defensor de Familia en todas las actuaciones adelantadas en este tipo de procesos no es opcional ni alternativa, puesto que, como viene de verse, la norma es clara al indicar que éste “deberá” acompañar al adolescente investigado “en todas” las actuaciones del proceso”, acompañamiento que por supuesto implica su presencia en la totalidad de las audiencias adelantadas en las diferentes etapas del iter procesal, entre ellas la de investigación, razón por la cual es obligatoria la asistencia de un representante de la Defensoría de Familia a las audiencias preliminares de legalización de aprehensión, formulación de imputación y solicitud de internamiento preventivo.

Sobre éste preciso tópico, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto: “...En concreto, se observa la participación de un mayor número de intervinientes, pues a los ya reconocidos en la Ley 906 de 2004, se agrega la presencia del defensor de familia, quien deberá estar presente en “todas” las actuaciones que se surtan en las distintas etapas del proceso con el propósito de acompañar al adolescente y verificar que se le estén garantizando sus derechos...”

Ahora bien; con relación a lo expuesto por la Fiscalía al sustentar su recurso, es pertinente precisar que son dos roles muy diferentes los que deben cumplir -en el SRPA- el defensor de familia y el defensor técnico del adolescente, no siendo entonces dable equiparar el uno y el otro. Y menos sostener que la presencia de éste suple la de aquel.

Así, tenemos que el Defensor de Familia, tal y como se expuso en líneas anteriores, debe ejercer la función de verificación de las garantías y derechos del adolescente, de manera tal que su intervención es indispensable y necesaria durante toda la investigación y durante todo el juzgamiento de éste. Es que, retomando las palabras de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el pronunciamiento renglones atrás reseñado, “...el defensor de familia, en relación con el adolescente sometido al sistema de responsabilidad penal, tiene unas funciones especiales y, por lo tanto, debe catalogarse como interviniente bajo las precisas facultades conferidas en el Libro Segundo del Código de la Infancia y la Adolescencia...”

De otro lado, el defensor del adolescente, llámese defensor público o privado, deriva su función del derecho de defensa que le asiste al menor investigado; por tanto su intervención será siempre en pro de ejercer la defensa técnica de éste, ya sea diseñando una estrategia especial para demostrar su inocencia, o solicitando la protección de los demás derechos que le asisten a su defendido durante todo el proceso a través de diferentes instrumentos consagrados en la ley procesal penal, tales como nulidades, impedimentos, recusaciones y demás.

Acorde con lo expuesto, no puede suplirse la inasistencia del defensor de familia a una determinada diligencia con la presencia en la misma de su defensor técnico, toda vez que sus intervenciones tienen finalidades diversas, las cuales deben ser atendidas por cada uno de ellos de manera independiente. A la sazón, según lo destacó recientemente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

la función del DEFENSOR DE FAMILIA en el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes está enmarcada dentro de “...*expresas prerrogativas legales de acompañamiento al menor en las diversas diligencias y actuaciones procesales a fin de hacer valer su especial y superior condición de índole constitucional, pero nunca para sustituir o reemplazar al defensor técnico...*” (sentencia del 10-12-2012, casación No. 40187, magistrada ponente Dra. MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ MUÑOZ).

Así las cosas, descendiendo nuevamente al caso al *subiúdice*, se advierte que al llamado efectuado a la Defensoría de Familia para su participación en las audiencias preliminares que se desarrollaron a partir del 16 de febrero de 2013 dentro de la investigación adelantada en contra del adolescente JAVIER ALEJANDRO BANGUERA REINA no acudió ninguno de los defensores de familia pertenecientes al SRPA en el circuito de Buenaventura y pese a ello aquellas se llevaron a cabo. Ello puede extraerse no solo de los registros magnéticos de las audiencias, sino del acta de las mismas donde se dejó constancia en torno a que “... **NO COMPARECEN: ... DEFENSOR DE FAMILIA I.C.B.F...**”

La anterior situación, conforme lo precedentemente expresado, traduce flagrante vulneración a las garantías procesales del adolescente investigado, vicio que solo puede ser remediado a través de la declaratoria de nulidad de toda la actuación, razón por la cual se impone la confirmación de la providencia que así lo dispuso, no sin antes dejar puntualizado, a modo de precisión final, que los dos pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia traídos a cita durante la discusión al proyecto de sentencia de segundo grado por el distinguido integrante de la Sala, magistrado JAIME HUMBERTO MORENO ACERO, no resultan analogizables a la casuística que el presente proceso exterioriza. El primero de ellos (sentencia del 17-10-2012, casación #39.564), por cuanto de lo que allí se trató es de un menor de edad VICTIMA de un hecho punible (acceso carnal abusivo) cometido por quien en ese momento era su profesor. O sea: no es un proceso del Sistema de Responsabilidad penal para Adolescentes. Y el segundo (sentencia del 10-12-2012, casación #40.187), porque a pesar de haberse proferido en un proceso del SRPA, su *ratio decidendi* solo estuvo orientada a hacer ver que, para efectos de interponer el recurso extraordinario de casación el Defensor de Familia, por sí solo [esto es, sin que el Defensor Técnico del adolescente procesado haya hecho uso de ese recurso] carece de interés para tal fin.

SALVAMENTO DE VOTO DR. JAIME HUMBERTO MORENO ACERO:

NULIDAD POR LA INASISTENCIA DEL DEFENSOR DE FAMILIA EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR – La presencia e intervención de la representante legal del menor impedía tomar tal determinación.

Con toda atención expreso las razones por las que la providencia de la referencia la suscribo con salvamento de voto:

En mi sentir, no hay lugar a la nulidad de la actuación por la inasistencia del defensor de familia a la audiencia preliminar, en la medida que en dicha audiencia el adolescente JAVIER ALEJANDRO BANGUERA REINA fue asistido directamente por su representante legal, esto es, su progenitora señora VALERIA REINA SANCHEZ, con lo cual sus garantías de protección y asistencia fueron colmadas, al punto que

precisamente las alegaciones presentadas por la progenitora fueron determinantes para que el Juez de Control de Garantías desechara la petición del Fiscal de imponerle libertad asistida al implicado, habiendo optando por entregar el menor a su señora madre VALERIA REINA.

En estas condiciones, la actuación comprueba que las funciones que residual o supletoriamente debe cumplir el defensor de familia a favor de los menores y adolescentes, fueron garantizados con la presencia e intervención de su representante legal, y con la conducción de las audiencias por parte del Juez de Control de Garantías y las decisiones consiguientes adoptadas por él que, en su conjunto, materializaron la protección y la garantía de los derechos del adolescente infractor.

Además, la intervención del defensor técnico igualmente confluyó para que el conjunto de garantías de la que es titular el menor tuviera cabal respeto y concreción.

Lo anterior, me lleva a insistir en que la ausencia del defensor de familia en las audiencias preliminares si bien puede constituir una irregularidad y una falta a los deberes de dicho funcionario, sin embargo carece de trascendencia para desquiciar el proceso, pues el adolescente implicado en los hechos estuvo oportunamente representado por su progenitora y la actuación y decisiones del Juez de Control de Garantías estuvieron encaminadas a privilegiar el interés superior del menor y se orientaron a las finalidades de protección del mismo así como a la función tuitiva y pedagógica que orienta el sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

Apoyo mi disenso en los siguientes planteamientos de la Sala de Decisión Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que resalta que la intervención del defensor de familia es residual a la de los representantes del menor, amén de que conforme a los postulados del Sistema Penal Acusatorio, aplicables al sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, no resulta admisible admitir la actuación de dos intervinientes especiales con idéntica pretensión, porque de admitirse tal desbalance se rompería el principio de igualdad y estructura del proceso donde únicamente son partes el ente acusador y la defensa.

Al punto, transcribo lo siguiente: *“Es oportuno precisar que en este tipo de procesos, es indispensable para la validez del trámite que el menor cuente con representación para la defensa de sus derechos, la cual será asumida, ya sea por sus padres o familiares que podrán designar un abogado, o a falta de éstos por el defensor de familia para quien tal deber surgirá obligatorio, únicamente en el caso de que los parientes se encuentren ausentes, lo que no puede equipararse a que en representación de la víctima menor de edad deben actuar dos intervinientes, pues de lo contrario se desconocería la estructura del proceso que desde la Constitución, artículo 250 superior, fija la Ley 906 de 2004, tanto para el sistema de responsabilidad para adultos como para el de adolescentes y para aquellos casos en los que la víctima es un menor de edad.”*

Igualmente, encuentro oportuna la transcripción de los apartes pertinentes de esta otra decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que dice:

“Se entiende entonces que el rol del defensor de familia para estos específicos términos, esto es, la intervención en el proceso penal, es residual, de donde no pueden actuar simultáneamente los representantes del menor, llámense padres o familiares, o el apoderado de víctimas, con el defensor de familia, toda vez que sería admitir la actuación de dos intervinientes especiales con idéntica pretensión, con las mismas facultades que la Ley 906 de 2004 les otorga y ejerciendo el mismo rol que debe ser asumido por uno sólo de ellos, ya sea representantes legales directamente o a través de apoderado o por el defensor de familia, en orden a defender los derechos del menor víctima.”

“(…)

La anterior intelección irrumpe con mayor contundencia cuando se trata de la actuación del defensor de familia en representación del adolescente sujeto al sistema de responsabilidad penal, en tanto, se insiste, el rol de la defensa trasciende incluso al de mero interviniente para erigirse en verdadera parte, cuya presencia, según ya se dijo, no es por manera alguna contingente y debe garantizarse durante todo el proceso, por lo que admitir la presencia de otro actor con las mismas potestades y facultades indudablemente resquebraja el equilibrio procesal inherente al sistema penal acusatorio, al cual adscribe, como también ya se señaló, el sistema procesal de enjuiciamiento de adolescentes contemplado en la Ley 1098 de 2006.”

Auto de segunda instancia (AD-2013-00005-01) del 16 de septiembre de 2013, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo, Decisión: confirma el auto apelado.

SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO Y SERVIDUMBRE DE AGUAS – Diferencias/SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO – No hay lugar a su imposición cuando no se demuestra la necesidad del uso de las aguas.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 879, 897 y 919; Código de Procedimiento Civil, artículo 241.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En procura de desbrozar el asunto y para mejor proveer, se impone plasmar dos liminares aclaraciones:

La primera, para recordarle a la parte actora que la pretensión agitada a través de este proceso consiste en la imposición de una servidumbre de acueducto y no en el restablecimiento o cese de perturbación sobre servidumbre ya existente. Este apunte se advierte necesario, puesto que tanto en unos de los hechos de la demanda, como en los alegatos en primera y segunda instancia, la demandante insiste en que la servidumbre por la que aboga ya estaba establecida en las escrituras 4127 de 14 de junio de 1995 y 1186 de 31 de marzo de 2000, pero que fue suspendida abusivamente por un administrador del predio sirviente. Pese a ello, es claro que lo que se busca es la imposición de una servidumbre de acueducto, pues de otra manera, no sería este el proceso que debía haberse rituado, sino el posesorio por perturbación o el reivindicatorio de servidumbre según el caso.

Además, analizados los actos escriturarios en mención, por ningún lado aparece establecida la servidumbre de acueducto a favor del predio de la compañía demandante, siendo precisamente éste el fundamento de la presente controversia. De allí que toda la argumentación que sobre el particular expone la pretensora carece de fundamento probatorio, amén que luce contradictorio deprecar la imposición de una servidumbre y a la sazón afirmar que ya está establecida.

La segunda precisión, toca también con la especie de servidumbre que se pretende imponer, tema que no parece haber sido muy bien comprendido por el *a quo*, quien le dedicó gran parte de su esfuerzo argumentativo al tema de la concesión o autorización para la utilización de aguas de uso público –aspecto que si bien está relacionado con la controversia, no está en discusión- y calificó el gravamen aquí debatido indistintamente como de aguas y/o acueducto. Sobre este tópico es de apuntar que la servidumbre que en este proceso se discute es la de acueducto, que si bien es una especie de servidumbre de aguas, no puede confundirse con ésta, atendiendo a que la primera radica en tener la posibilidad de encausar las aguas por el predio sirviente a través de canales, ductos o similares, en tanto que la segunda, radica en el suministro del líquido. En eventos, las dos coinciden, por cuanto el titular del predio que está obligado a la limitación no solo debe permitir sacar el agua, sino también que se conduzca por su heredad; pero no siempre es así, como ocurre en el presente caso, en el cual lo que se persigue es solo licencia para transportar el agua. La servidumbre de acueducto, *“cosiste entonces en poder conducir por heredades ajenas, aguas de consumo o sobrantes, y las de pantanos y filtraciones naturales. Como se observa, una cosa es la imposición de la servidumbre regulada por estas normas y otra muy distinta el derecho al uso del agua que corre por el conducto, materia regulada por el Código de Recursos Naturales.”*.

Dicho lo anterior, se procede a encarar la concreta controversia que el presente caso presenta, a saber: Si está acreditada la necesidad del predio El Palmar 1 de aguas adicionales a las que ya dispone, puesto que los restantes requisitos para la imposición de la servidumbre de acueducto, amén de estar acreditados, no han resistido contradicción.

Recordemos que el Juez de primer grado desatendió la pretensión, al concluir, con base en la prueba pericial practicada en el curso del proceso, que el predio “El Palmar 1” propiedad de la sociedad demandante, se surte de una mayor cantidad de agua por concesión que la recibida por los demandados, dejando en evidencia la ausencia de un requisito para la imposición de la servidumbre de acueducto, como lo sería no haberse demostrado su necesidad.

Enfocados entonces en la tipología de la disputa, encontramos en el Código Civil la consagración dentro de las servidumbres legales, como especie, la llamada “Acueducto”. El art. 919 del C.C. en su inciso 1º, reza: *“Toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto en favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, o en favor de un pueblo que las haya menester para el servicio doméstico de los habitantes, o en favor de un establecimiento industrial que las necesite para el movimiento de sus máquinas”*.

En su concepción etimológica, acueducto significa conducto de aguas, canal que para efectos de la servidumbre se construye o está construido en predio ajeno. La servidumbre de acueducto de acuerdo en nuestra codificación civil, “*consiste en que puedan conducirse las aguas por la heredad sirviente, a expensas del interesado*”, (art. 919 inciso 2º).

La figura jurídica de la servidumbre es concebida como un gravamen que se impone sobre un inmueble que beneficia a otro de diferente dueño (art. 879 C.C.), constituyendo una limitación a la propiedad o a la facultad de goce, con una función económica o social que procura un recurso o ventaja a los predios carentes de ellos, que sin él impide a sus propietarios el uso o explotación adecuados. Autorizada doctrina enseña:

Toda servidumbre debe crear alguna utilidad para la mejor explotación de un predio. Este principio (*praedio utilitas*) fue enunciado por los juristas romanos y existe en derecho actual, como lo comprueban los arts. 879, 880 y otros del Código Civil.

Todas las ventajas o servicios que pueden extraerse de un predio a favor de otro, constituyen servidumbre, y solo se requiere que se trate de una utilidad digna de protección jurídica. El derecho de extraer aguas, arenas, leña, pastos y cualquiera otro fruto orgánico e inorgánico, el derecho de transitar, de conducir animales por un predio para que pasten y beban agua, el derecho de aprovecharse de la luz natural, de apoyar una construcción sobre las paredes del vecino, las prohibiciones de no edificar o edificar hasta cierta altura, de no hacer ruido, de no establecer determinadas industrias o empresas comerciales, son utilidades o ventajas que integran el contenido de una servidumbre, si tiene por finalidad el mejor goce o disfrute de un predio dominante.

En lo que aquí concierne, claro es que, este tipo de derecho accesorio, está ligado a determinado supuesto de hecho que la ley contempla, pues como lo preceptúa el artículo 897 del Código Civil, que “[l]as servidumbres legales son relativas al uso público o a la utilidad de los particulares”.

Precisamente, para el asunto que nos ocupa, es decir, la imposición de servidumbre de acueducto suplicada, la doctrina ha puntualizado tres condiciones necesarias para el establecimiento de este tipo de gravámenes, que se exponen para claridad del *thema decidendum*, así: “a) Necesidad del uso de las aguas; b) Existencia del derecho de disponer de las aguas que se pretenden conducir, y c) pago de las indemnizaciones que correspondan al dueño del predio sirviente”. Todas deben concurrir a una, puesto que la falla de una hace colapsar la pretensión.

El primer requisito que debe mirarse es el de la necesidad sentida del uso de las aguas, puesto que según el artículo 919 del C.C., la servidumbre de acueducto se impone en favor de una heredad, “*que carezca de aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos...*”, valga decir, que el predio requirente esté carenciado totalmente del precioso líquido, o que, del que disponga le sean insuficiente, es decir, “*no es forzoso que el predio carezca absolutamente de agua*”, sino que “[...] las aguas de que dispone no son suficientes para el cultivo de la heredad”. En síntesis, “*Se requiere que el predio a favor del cual se establece la*

servidumbre carezca totalmente de aguas o que las que tenga sean insuficientes para su explotación. En cuanto al predio de donde han de sacarse las aguas, se requiere que las tenga en abundancia, puesto que esta servidumbre no puede establecerse sobre un predio cuyas aguas apenas sean suficientes para su explotación.”.

Con relación a esta exigencia de la necesidad, debe la Sala centrar su atención en la experticia rendida por Profesional Especializado de la Dirección Ambiental Regional, Centro Sur, de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, pericia que en sus fundamentos no luce firme, precisa y clara, tal como lo exige el artículo 241 del C.P.C. Por el contrario, sus soportes están ayunos de apoyo científico y sus conclusiones, fundamentalmente en cuanto atiende a la necesidad de aguas del predio El Palma No. 1 y de suficiencia del recurso natural de que dispone éste, puntos medulares de la controversia y para los cuales se le convocó a opinar, resultan evasivas, huidizas y huérfanas de compromiso con la justicia, todo ello a ciencia y paciencia de la parte actora, quien tenía la carga de acreditar la susodicha necesidad.

Entre sus descripciones generales aseveró que, *“los predio administrados por la sociedad demandante, se abastece por medio de un pozo de agua subterránea localizado en el predio las Nubes”*, observa como efectos, que *“al incrementar el área que se requiere abastecer la capacidad instalada puede llegar a coparse lo cual hace que el cultivador incremente la extracción del recurso y por lo tanto se eleva el costo asociado a la operación de las bombas por consumo de energía eléctrica”*, y, *“Otro efecto que se observa es la disminución de la vida útil del pozo como consecuencia del aumento de la demanda del recurso”*. Así mismo, consignó que por medio de Resolución DAR CS No. 000105 de 13 de marzo de 2007 al predio El Palmar, administrado por la sociedad demandante se le autorizó captar una cantidad de 6.0 litros por segundo del Zanjón Guabinero. –folios 16 a 20 cdno. de pruebas-.

Y en las conclusiones establece que el predio de la demandante cuenta con un pozo de aguas subterráneas –VB 135- con permiso otorgado por la CVC con un caudal de 80 litros por segundo; más al dictaminar sobre la necesidad de la servidumbre deprecada, la circunscribe al permiso que se debe obtener del predio sirviente para instalar motobomba y tuberías, soslayando el verdadero objeto de la experticia, cual era establecer que el requerimiento de la actora se justifica en la medida en que las aguas de que se sirve son verdaderamente insuficientes. Y en cuanto atañe con el interrogante consistente en que el inmueble de la demandante tiene un excelente sistema de riego por ventanas que no crea ninguna clase de problemas para la explotación a que están destinados estos terrenos, respondió afirmativamente, pero agrega que *“al incrementar el área de cultivo que se requiere regar, la capacidad instalada puede llegar a coparse...”* (subraya la Sala) –folio 18-, lo cual hace que se incremente la extracción del recurso y se eleve el costo asociado a la operación de bombas por consumo de energía. Que, otro efecto que se observa es la disminución de la vida útil del pozo y que la presencia de equipos eléctricos y estructuras metálicas instaladas bajo el subsuelo, hace vulnerable el sistema de riego de un predio, por los daños eléctricos o por corrosión.

En cuanto a que las aguas del Río Sonso, no han sido ni son indispensables para ser utilizadas en los cultivos de propiedad del demandante, puesto que por la no

utilización por un periodo mayor de dos años le fue cancelado el permiso por la CVC, contestó que, *“las aguas son indispensables si existe demanda, para cualquier uso. El problema es el déficit, el cual se configura cuando la demanda no se puede suplir con la oferta existente. Para el caso que nos ocupa y en una situación crítica de estiaje, el río Sonso en el sitio donde se realizó la diligencia, no tiene caudal superficial para suplir la demanda por riego a un predio que sea empleado para cultivar.”* –folio 19-.

También conceptuó que el pozo profundo de que dispone la demandante, *“suple las necesidades del riego de los predios las Nubes, La Palmira y el palmar (sic.)”*, que el área que se riega en la actualidad corresponde a 143,92 hectáreas y que el caudal concedido fue de 80 litros por segundo para un área de 74 hectáreas de la hacienda La Palmita, hoy Las Nubes, en un régimen de 24 horas diarias, seis días a la semana, situación que incrementa la probabilidad de afectación sobre los equipos eléctricos.

Como puede apreciarse, primero, no hay en la experticia comentada un sustento de ciencia que indique con base en estudios técnicos y/o científicos qué caudal de agua se requiere por cada hectárea de tierra, según la tipología de cultivo, la intensidad o extensión del mismo, el nivel freático del suelo, la topografía del terreno, el clima, las fuentes hídricas disponibles, etc., para determinar con certeza cuánta agua, en las condiciones actuales, necesita el inmueble de la demandante para su cultivo y si el líquido de que dispone le es insuficiente.

Segundo, las conclusiones, amén de omitir informar cuál es la verdadera necesidad en materia de agua del predio postulado a dominante, añade la relación de situaciones que “podrían” llegarse a presentarse con base en supuestos hipotéticos, como el posible incremento del área de cultivo que se requiere regar que podría copar capacidad instalada; o circunstancias deficitarias en situaciones extremas de estiaje; así como los daños o corrosión de los equipos de riego por su instalación en el subsuelo, cogitaciones que no sirven para determinar las condiciones y requerimientos actuales.

Si algo puede extraerse de la experticia en tratativa es que el predio de la demandante, cultiva actualmente 143,92 hectáreas en caña de azúcar y que el pozo profundo VB 135 con caudal autorizado de 80 litros por segundo, 24 horas al día durante seis días de la semana, *“Suple las necesidades de riego de los predios las Nubes, La palmita y el palmar.”* –folio 19-; pero además, el fundo colinda con el Río Sonso, de donde igualmente puede surtir, salvo en las condiciones extremas de estiaje. Cosa distinta, que no corresponde a la hipótesis de este caso, es que se incremente el área de cultivo y se requiera aumentar la capacidad instalada, ocurrencias cuya posibilidad hoy es incierta y que de presentarse, habría que analizar en su momento.

Es que no puede pasarse inadvertido que, *“El establecimiento de esta servidumbre se funda en razones ostensibles de conveniencia general; pero como la propiedad individual es objeto del respeto de la Constitución y la Ley, ha de entenderse que el establecimiento de la servidumbre no puede tener cabida si no se justifica su necesidad, de lo que se desprende que no puede exigirse cuando simplemente se quiera conducir el agua para objetos recreativos, o cuando el que necesite llevar agua a su predio pueda hacerlo por otros medios.”*

La autorización que le entregó la C.V.C. a la demandante para tomar aguas del Zanjón Guabinero, sustenta otro de los requisitos para la imposición de la servidumbre de acueducto, pero no demuestra *per se*, la necesidad del predio para el cual se hace la concesión.

En conclusión, la sentencia recurrida debe ser confirmada, atendiendo a que ciertamente la parte demandante no acreditó uno de los presupuestos para la imposición de la servidumbre de acueducto, a saber, la necesidad. Perdidosos la recurrente es imperioso condenarla en costas.

Sentencia de segunda instancia (2007-00060-01) del 25 de septiembre de 2013, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García, Decisión: confirma la sentencia apelada.

INSOLVENCIA DE PERSONA NATURAL NO COMERCIANTE – No es necesario comunicar o notificar la continuación de la audiencia de negociación de deudas/JUEZ DE TUTELA – No puede pronunciarse sobre los temas ya debatidos y resueltos en acción de tutela anterior.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código General del Proceso, artículos 550 a 554.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Situada la Sala en el contexto de la específica queja que la accionante ha planteado en su solicitud de amparo constitucional [a saber, que no fue “*notificada*” de la hora y fecha en la cual se continuó con la audiencia de negociación de deudas, acto en el cual los restantes acreedores y el deudor celebraron el acuerdo de pago que suscita su inconformidad], pertinente resulta precisar que, dada la específica estructura del trámite de negociación de deudas de persona natural no comerciante, la única comunicación que el conciliador o Notario debe librar a los acreedores que el deudor ha relacionado en su solicitud de insolvencia, es la que consagra el artículo 548 de la Ley 1564 de 2012 en los siguientes términos:

“...A más tardar al día siguiente a aquel en que reciba la información actualizada de las acreencias por parte del deudor, el conciliador comunicará a todos los acreedores relacionados por el deudor la aceptación de la solicitud, indicándoles el monto por el que fueron relacionados y la fecha en que se llevará a cabo la audiencia de negociación de deudas. La comunicación se remitirá por escrito a través de las mismas empresas autorizadas por este código para enviar notificaciones personales...”.

Se trata, es claro, de DE UNA COMUNICACIÓN ESCRITA [no de una notificación personal], por medio de la cual el conciliador (i) informa a los acreedores que la solicitud de insolvencia ha sido aceptada o admitida; (ii) les indica “*el monto*” de la obligación, tal como la relacionó el deudor en su solicitud, y (iii) les informa la fecha en la cual se llevará a cabo la audiencia [negociación de deudas].

Ahora bien: siendo que el aludido trámite se adelanta en AUDIENCIA [una sola, por cierto, sólo que como lo imperan los arts. 550-2 y 551 puede ser suspendida “...*las veces que sea necesario...*”], las decisiones que allí se adopten, *v.gr.* suspenderla y señalar nueva hora y fecha para su continuación, quedan notificadas a las partes en estrados, vale decir, allí mismo.

De ahí que habiéndose comunicado regularmente a la aquí accionante la fecha señalada para el inicio de la tantas veces citada audiencia [lo cual ocurrió el 15 de mayo de 2013, y a la cual compareció ella], la decisión allí adoptada en el sentido de suspender su diligenciamiento y señalar nueva hora y fecha para su continuación [21 de mayo de 2013] quedó notificada por estrados a todos los allí intervinientes, incluyendo por supuesto a la ahora tutelante, predicamento que también cabe hacer frente a las subsiguientes suspensiones y señalamientos de hora y fecha para la continuación de la audiencia de negociación de deudas que ocurrieron al interior del multicitado trámite. En tales circunstancias ninguna obligación tenía el notario accionado de comunicarle a ésta por escrito [o “*notificarle*”, cual insistentemente lo reclama] las mentadas determinaciones.

En el vacío, entonces, cae el agravio denunciado por JANETH CARMENZA RAMIREZ VIERA como fundamento de su solicitud de amparo constitucional. A lo cual cabe agregar la siguiente reflexión: en cuanto ésta se abstuvo de asistir a la continuación de la audiencia de negociación, dejó librada la suerte de su crédito [la forma de pago] a lo que los restantes acreedores y el deudor acordaran, desde luego que tales acreedores representaban más del cincuenta por ciento (50%) del monto total del capital de la deuda [artículo 553-2 Ley 1564 de 2012]. Es que, por decirlo de manera sincopada, esa es la quintaesencia de la concursabilidad.

Decantado lo anterior pasa el Tribunal a ocuparse del amparo que, por otro motivo, se dispensó en la sentencia impugnada. En torno a ello debe señalarse que el juzgado *a-quo* tomó punto de partida en una premisa equivocada, toda vez que NO ES CIERTO que el *quantum* de la acreencia de la señora RAMIREZ VIERA, luego de la rebaja que ésta efectuó al inicio de la audiencia de negociación (folio 26 fte. cdo. ppal.) no haya quedado aprobado al interior del trámite concursal [y que, por ese motivo, el monto de dicha acreencia no es de \$13.000.000,00 (con la rebaja) sino de \$16.326.063,67].

En efecto, basta examinar el acta correspondiente para percatarse que ese 15 de mayo de 2013 el único desacuerdo existente entre aquella y el deudor giró alrededor de la forma de pago de dicha suma, y fue precisamente por ello que el apoderado del deudor pidió la suspensión de la audiencia, a lo cual accedió el Notario señalando como fecha y hora para su continuación “...*el próximo martes 21 de mayo del año avante, a partir de las ocho de la mañana, de lo cual quedan enterados y notificados rodos los presentes...*”.

Otra cosa es que, al reanudarse la audiencia, en presencia de la señora RAMIREZ VIERA y de la apoderada judicial que constituyó para el efecto, el deudor reiteró su propuesta de cancelar los trece millones en cuestión en cuotas mensuales de \$280.000.00 “...*pagaderos como se dice anteriormente, dentro de los cinco (5) días de cada mes, empezando en el mes de junio de 2013...*”, fórmula de pago que la apoderada de aquella no aceptó. En ese estado de la audiencia, dicha acreedora dijo OBJETAR “*el acuerdo*” de pago (sic) por las razones que allí expuso, ante lo

cual el Notario Primero de Buga decidió no darle trámite a la mentada objeción con fundamento en que la relación de deudas presentada por el señor HERRERA HERNANDEZ ya había alcanzado firmeza [*“...relación definitiva de acreencias...”*, en los términos del numeral 1 del artículo 550 del C.G. del Proceso], y por ende era inmodificable, dado que la oportunidad para cuestionar su *“...naturaleza, cuantía y naturaleza...”* precluyó cuando la acreedora RAMIREZ VIERA, durante la audiencia de negociación de deudas celebrada el 15 de mayo de 2013, se limitó a cuestionar la forma de pago propuesta por el deudor.

Fue entonces cuando a través de una primera acción de tutela la aquí accionante sindicó al Notario Primero de Buga de varias vulneraciones a derechos fundamentales, por causa -precisamente- de no haberle dado trámite a la “OBJECION” antes reseñada. También le enrostró, entre otras supuestas irregularidades, haber desconocido el privilegio que, en su sentir, tiene el crédito del cual ella es titular, debido a que tiene origen en *“una sentencia penal”* que condenó al ahora concursado a indemnizarle por los perjuicios que le causó.

Ahora bien: mediante sentencia de primera instancia proferida el 04-06-2013 por el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTÍAS se negó el amparo constitucional en comento, decisión que, impugnada por la señora RAMIREZ VIERA, fue confirmada integralmente por el JUZGADO SEGUNDO DE MENORES DE BUGA en sentencia del 16-07-2013. Se concluyó, a la sazón, que *“...el señor notario no se equivocó, en razón a que esas “objeciones” difieren o nada tienen que ver con “la existencia”, “naturaleza” y “cuantía” de las obligaciones relacionadas por parte del deudor, luego mal podría haberle dado el trámite de objeción previsto en el artículo 552 del CGP. Habrá de tenerse en cuenta que ese tema quedó concluido en la audiencia de negociación de deudas (artículo 550 CGP) del 15 de mayo de 2013. Así se observa en el acta respectiva, la 002...”* (folio 83 fte. cdo. ib.).

Y en lo referente a la supuesta prelación del crédito de la accionante, concluyóse en el fallo de primera instancia que *“...la sentencia penal proferida con ocasión del trámite del incidente de reparación integral, muy a pesar se todo, en la práctica, no es más que un título de quinta clase o quirografario...”* (folio 81 fte. cdo. ib.), discernimiento que el juez *ad-quem* respaldó puntualizando que *“...si bien es cierto los derechos de las víctimas se vienen rigiendo por postulados de rango constitucional, como lo sostiene la impugnante, ello no implica que la acreedora, la señora YANETH CARMENZA RAMIREZ VIERA, en el presente caso sea del segundo orden o clase, y la jurisprudencia transcrita por la memorialista nada dice el respecto, y por el contrario la acreencia a favor de su representada, cuyo origen es una sentencia penal, es de quinta clase...”* (folio 94 fte.cdo. ib.).

A partir de allí fue que la accionante y su apoderada no volvieron a asistir a las dos continuaciones que se hicieron de la audiencia, hasta que en la última de ella, efectuada el 31 de julio de 2013, el deudor y los acreedores que sí concurrieron [quienes, se itera, representaban más del cincuenta por ciento (50%) del monto total del capital de la deuda] suscribieron el acuerdo de pago que aparece explicitado en el acta de esa fecha [No.005], mismo que, como ya se ha dicho, ha suscitado la inconformidad de la señora YANETH CARMENZA RAMIREZ VIERA, en cuanto su acreencia -por \$13.000.000,00- quedó para ser cancelada por el deudor a través de

cuotas de “...DOSCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MENSUALES, pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes...”.

Dos cosas fluyen claras de lo hasta aquí expuesto. La primera, que no es verdad que en la última de las continuaciones de la audiencia de negociación de deudas, el Notario Primero de Buga “...sin el consentimiento previo de la pluricitada acreedora...” -que no se necesitaba, como ya se ha visto- “...le disminuyó el valor de la obligación dineraria...”.

Y la segunda, que tanto lo referente a la vulneración al debido proceso por causa de haberse negado a tramitar las objeciones de la accionante, y el supuesto desconocimiento del “privilegio” del crédito de la accionante [reparación integral en calidad de víctima de un delito, reconocida en sentencia penal] eran temas previamente decididos en sede de tutela mediante las sentencias de primera y segunda instancia referenciadas en párrafos anteriores, emergiendo así robusto el fenómeno de la cosa juzgada constitucional que impedía al juez de primera instancia, en ésta segunda tutela, retomar esa temática y proferir una decisión contraria a lo que en aquella primera ocasión definieron los jueces constitucionales competentes.

De cara a lo anterior, y puesto que fueron esos dos precisos tópicos los que sustentaron el amparo constitucional concedido en la sentencia impugnada, nada diferente a revocar ésta le corresponde al Tribunal en la presente providencia.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2013-879) del 2 de octubre de 2013, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo, Decisión: revoca la sentencia impugnada.

ACCIÓN DE REBAJA DEL PRECIO EN CONTRATO DE COMPRAVENTA – Cuando el desconocimiento de los vicios ocultos de la cosa vendida no es atribuible a la negligencia de la compradora/INTERESES BANCARIOS – No pueden reconocerse cuando la obligación del demandado no consiste en pagar una suma de dinero/ACCIÓN DE REBAJA DEL PRECIO E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS – La suma de dinero que el comprador tendría que asumir en el futuro para la reparación del automotor no constituye lucro cesante.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 1614 y 1924; Código de Comercio, artículo 822.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 12 de agosto de 1988, 2011-00263-01 del 19 de octubre de 2009, ponencia del magistrado William Namén Vargas, 2000-01141-01 del 24 de junio de 2008 y 6201 del 11 de julio de 2001, ponencia del magistrado Silvio Fernando Trejos Bueno.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Como claramente fluye de la demanda que dio génesis al presente proceso, la actora -aduciendo la existencia de vicios ocultos en el vehículo que adquirió de la sociedad demandada- propugna porque mediante sentencia (i) se ordene la rebaja

del precio que pagó a RENTING COLOMBIA S.A. por el enllantado de marras [“...en la suma de (..) \$21.267.462.96 (..) o lo que salga probado en el proceso a favor de la parte actora y en contra de la parte demandada...”], y (ii) se condene a la referida sociedad a pagarle, a título de indemnización, las sumas de dinero que por concepto de “daño emergente”, “lucro cesante” y “perjuicios morales” relacionó en aquel libelo.

Al analizar de manera articulada las circunstancias factuales y elementos probatorios antes reseñados, prontamente emerge el corolario de que el vehículo tenía desde antes de la entrega del mismo a la compradora los defectos enunciados por ésta en su demanda, y que ellos, para la sociedad vendedora, era imposible ignorarlos, no solo por la actividad especializada en carros a la que se dedica [“...dar en arrendamiento, a personas naturales o jurídicas, vehículos automotores (..) comercialización y/o intermediar en la comercialización de vehículos usados...”], sino porque desde el 29 de febrero de 2008, esto es, cuando el automotor aun no había sido entregado a la compradora, y por ende a ésta no le era posible conocerlos, la inspección efectuada al mismo por MAPFRE los advirtió claramente, concluyendo incluso que, por causa de ellos, el vehículo no era asegurable.

Esos defectos, causados [según la firma SERVIBLINDAJES] por anterior volcamiento o colisión, si bien no hacen totalmente inservible el vehículo para fines de la movilización de la demandante, son graves, y evidentemente reducen su valor comercial, pues afectan su estructura, defecto éste que normalmente no se produce por el solo uso del automotor o por el transcurso del tiempo. Y qué no decir de la ausencia de blindaje en el techo, batería, persiana, guardafango y llantas, falencias que sin duda frustraron el propósito más importante perseguido por BERTHA CATALINA GONZALEZ SANCHEZ al adquirir un carro de las características que, en circunstancias normales, debe tener uno de los de su gama, a saber, transportarse en circunstancias que garantizaran su seguridad personal, la cual se encontraba seriamente amenazada, según fluye de la comunicación librada por el Comandante de la POLICIA METROPOLITANA DE SANTIAGO DE CALI al Superintendente de Vigilancia y Seguridad de la época (folio 58 cdo. 1o.).

Así, los preexistentes defectos en cuestión tienen incuestionablemente la entidad de VICIOS REDHIBITORIOS, mismos que la compradora no tiene porqué asumir o tolerar, pues su expectativa central al suscribir la compraventa con la sociedad demandada [seguridad personal] se vio sustancialmente menguada a consecuencia de ellos, amén que la adquirente no los conocía -ni era su deber conocerlos- conclusión que la Sala apuntala en la actividad de periodista y propietaria de una emisora que aquella desarrollaba por la época de los hechos, para nada relacionada con comercialización habitual de vehículos usados y/o blindados, así en el pasado haya sido propietaria de un carro blindado.

Es que no se puede tildar de negligente a un comprador que -como ocurrió con la señora GONZALEZ SANCHEZ- confió en el formato de inspección realizado el 24 de julio de 2007 por la firma SURENTING S.A. que la sociedad vendedora le remitió durante la negociación -con la intención de darle a conocer el estado técnico del automotor-, en el cual únicamente se hizo mención al mal estado de los vidrios eléctricos, “sumidos y rayones”, recomendándose aseo, desmanchada, brillada y pintura en algunas piezas, así como reparación del “bomper trasero”, arreglos menores que esa empresa estimó en la suma de \$280.000.00.

Se impone entonces concluir que el desconocimiento por parte de la compradora de los aludidos vicios no obedeció a negligencia a ella imputable, y ello la hace acreedora de la tutela que brinda la acción estimatoria. Por tal motivo, en lo que tiene que ver con la rebaja del precio [en cuantía de \$21.267.462.96], se impone la confirmación de la sentencia apelada.

No puede decirse lo mismo respecto de los intereses bancarios de dicha suma [que en la citada providencia se ordenó pagar a favor de la accionante “...a partir del día siguiente al 09 de diciembre del 2009 hasta que se produzca el pago...”], teniendo en cuenta los lineamientos trazados por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 11-07-2001 [expediente 6201, magistrado ponente Dr. SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO], y no perdiendo de vista que la obligación incumplida por la sociedad demandada no consistía en pagar una suma de dinero a la compradora, aquí demandante [lo cual torna improcedente la aplicación de los artículos 1614 del código civil y 822 del Código de Comercio].

Por modo que ante la inconformidad explicitada sobre el particular por la parte demandada en su recurso de alzada, la Sala concluye que la obligación de restituir la suma de dinero antes mencionada [\$21.267.462.96,00] deberá ser satisfecha por RENTING COLOMBIA S.A. con la correspondiente corrección monetaria causada entre el 17 DE MAYO DE 2008 (día siguiente a aquel en que se produjo la entrega el carro con vicios ocultos a la demandante) y el momento de la ejecutoria de la presente sentencia, atendiendo para tal efecto lo que certifique el Banco de la República. Y a partir de dicha ejecutoria, la suma así actualizada generará intereses legales comerciales de mora a la tasa máxima vigente, los cuales se liquidarán, mes a mes, hasta el momento en que efectivamente el pago se materialice.

De lo cual se sigue la modificación del numeral 2º de la parte resolutive del fallo apelado, como así quedará explicitado en la parte dispositiva de la presente providencia.

Referentemente a la condena indemnizatoria fulminada contra la sociedad demandada, la Sala reflexiona de la siguiente manera:

En párrafos anteriores se dejó puntualizado que RENTING COLOMBIA S.A. debía conocer los multicitados vicios redhibitorios, y que la demandada, por su parte, solo los vino a conocer y comprobar pocos días después de que le fuera entregado el automotor, con ocasión de que la compañía MAPRE rehusó asegurarlo debido a la cantidad y complejidad de los defectos que en él encontró. Agréguese, ahora, que según certificado expedido por la Secretaría de Transporte y Tránsito de Envigado, esa sociedad era propietaria del vehículo desde el 24 de octubre del año 2003. En tales condiciones no hay duda de la procedencia de la acción indemnizatoria incoada por la demandante de manera acumulativa.

Puestas así las cosas, el reto interpretativo que el recurso de apelación propone a la Sala estriba en determinar si el Juzgado *a-quo* anduvo asistido de razón al imponer y cuantificar a la sociedad demandada las condenas que a título de lucro cesante y daño emergente se pormenorizan en la sentencia apelada.

Acerca de ello pertinente resulta destacar que RENTING COLOMBIA S.A, en su escrito de apelación, ha planteado que en la sentencia de primer grado se le condenó patrimonialmente dos veces por la misma situación, debido a que no solo se ordenó la rebaja del precio (en cuantía de \$21.267.462,96) y se le condenó a la devolución de dicha suma, sino que adicionalmente se le ordenó pagar a la actora la suma de \$20.284.537.04 “...para que el vehículo quede en las condiciones que (..) quería la demandante...”. Así que, subrayó, “...en primer lugar se ordena el pago de la diferencia entre lo que quería comprar la actora y lo que recibió y, a renglón seguido, se ordena que se cancele también el valor de la reparación”.

En puridad, no hace falta adentrarse en elucubraciones de profundo calado para concluir que la parte recurrente tiene razón en esa específica censura, toda vez que al ordenársele restituir el valor que representa la rebaja del precio [\$21.267.462.96], y paralelamente ser condenada a pagar a la compradora -bajo el *nómen* de lucro cesante- el costo o valor [\$20.284.537.04] de la reparación de los defectos que dieron lugar a ordenar judicialmente la rebaja del precio, traduce una doble indemnización, ya que, expresado en otros términos, esa determinación comporta que debido a los daños o vicios del carro, la vendedora no solo es condenada a rebajar el precio pactado [debiendo restituir el valor rebajado], sino que adicionalmente se le impone la obligación de reparar o arreglar esos mismos defectos.

Por ésta vía, entonces, la compradora [quien con todo derecho seguirá conservando el vehículo] resultaría pagando retrospectivamente el justo valor de un carro que tenía varios daños [al devolverse lo que pagó en exceso, mas su correspondiente corrección monetaria]; pero adicionalmente recibiría, de la sociedad vendedora, lo necesario para que repare esos mismos daños.

A propósito del “*lucro cesante*”, rubro bajo el cual el juzgado *a-quo* proveyó de la forma antes mencionada, importa no perder de vista que el mismo solo puede tener fundamento en “...una situación concreta, tangible, que debe estar presente al momento de surgir la lesión del interés jurídicamente tutelado...”, y por ende solo da lugar a indemnización “...cuando se afinca en una situación real, existente al momento del evento dañino, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente...” (cas. civ. sentencia de 24 de junio de 2008, [S-055-2008], exp. 11001-3103-038-2000-01141-01).

En otras palabras; es menester una situación concreta, real y sólida al instante del detrimento a consecuencia de cuya ruptura se prolonga en el tiempo el efecto nocivo o, a lo menos, una situación cierta en proceso de consolidación en la época del evento dañino, hipótesis en la que, por supuesto, se requiere previamente constatar su existencia para proyectar la privación de las utilidades.

En ese contexto, adviene incontestable que la suma de dinero equivalente a la reparación del automotor que en el futuro tendría que efectuar o asumir la compradora, nada tiene de LUCRO CESANTE. Más bien, como ya se anotó, condenar a la sociedad vendedora a pagar esa suma materializa una doble indemnización por el mismo hecho, esto es, por los vicios redhibitorios tantas veces mencionados en la presente providencia. Así que, haberlo determinado así en la sentencia opugnada,

tipifica grueso yerro que la Sala deberá corregir revocando el numeral 3o de su parte resolutive.

En cuanto a la condena impuesta a la demandada bajo el rubro de “daño emergente” en favor de la demandante [por (i) la suma de \$10.800.000.oo “...correspondiente al valor que pagó por el alquiler de un vehículo blindado...” para su movilización, y (ii) la suma de \$1.800.000.oo “...cantidad que canceló por concepto de parqueadero...” mas “...el interés bancario corriente, a partir del día siguiente de la fecha en que se realizó cada uno de los pagos hasta que se cubran tales valores”], la Sala encuentra que - contrario a lo planteado por la parte demandada en su escrito de apelación- se trata de un daño cierto y probado, como quiera que del patrimonio de BERTHA CATALINA GONZALEZ SANCHEZ egresó la suma de \$10.800.000.oo para el arrendamiento de un automotor que cumpliera con las aptitudes y características que garantizaran su desplazamiento seguro entre el 1 y el 30 de septiembre de 2008 y 1º al 15 de octubre del mismo año. Así se desprende de las certificaciones visibles a folios 64 y 65 del cuaderno principal, documentos que cumplen con el requisito exigido por el artículo 11 de la Ley 446 de 1998. Y si bien el autor de las mismas declaró que no era el propietario del vehículo de placa QFM-118 arrendado a la demandante, ello no tiene la entidad suficiente para concluir que éste carecía de la posesión o tenencia del mencionado vehículo.

Por otra parte, en consideración al monto del arrendamiento cancelado (\$200.000.oo diarios), la Sala considera que no se trata de un valor exorbitante, pues en el mercado el alquiler de un vehículo de las aludidas características no se consigue por menos de \$4.500.000.oo mensuales, en razón de \$150.000.oo diarios, según las investigaciones realizadas por el perito evaluador, las cuales no fueron objetadas por la parte recurrente.

También se encuentra acreditado que la demandante tuvo que cancelar a BLIDACOL LTDA la suma de \$1.800.000.oo por concepto de parqueadero desde el 4 de junio al 30 de agosto del presente año, tiempo durante el cual, por intermedio de la mencionada compañía intentó infructuosamente que la vendedora respondiera por los vicios ocultos. Así se verifica con los documentos visibles a folios 25 a 28 del cuaderno principal.

Se sigue, entonces, que la condena al pago de ambas sumas de dinero impuesta a RENTING COLOMBIA S.A. por concepto de daño emergente, reclama confirmación por parte del Tribunal

Sentencia de segunda instancia (2008-00097-01) del 8 de octubre de 2013, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo, Decisión: confirma los numerales primero, cuarto y quinto de la parte resolutive de la sentencia apelada, modifica los numerales segundo y quinto, y revoca el numeral tercero.

CURADOR AD LITEM – Está facultado para proponer la excepción de prescripción/CLAÚSULAS ACELERATORIAS – Sus efectos solo abarcan las cuotas no vencidas al momento de presentación de la demanda.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Comercio, artículos 709, 781, 789 y 790; Código de Procedimiento Civil, artículo 90.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-299 de 2005; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 2006-00163-01 del 4 de diciembre de 2012, con ponencia del magistrado Felipe Francisco Borda Caicedo.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Primeramente, en orden a desnudar la sinrazón del planteamiento de la recurrente - de conformidad con el cual, al curador *ad litem* le está vedada la posibilidad de proponer la excepción de prescripción- basta traer a cita un precedente de la Corte Constitucional alusivo a las amplias facultades que tiene dicho auxiliar de la justicia al interior del proceso judicial. Se trata de la sentencia T-299 de 2005 por medio de la cual el órgano de cierre constitucional dejó sin efectos una decisión de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en la cual se había señalado que el curador *ad litem* no está facultado para proponer la excepción en comento.

Así se expresó la Corte en el mentado pronunciamiento:

“...De todo lo anterior se concluye que el curador ad litem dentro del proceso que se analiza sí estaba facultado para proponer la excepción de prescripción de la acción cambiaria y que, por lo tanto, el argumento esgrimido en la sentencia del Tribunal es inaceptable. La sentencia del Tribunal se fundamentó en una prohibición inexistente y de esta forma incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo.

Claro está que lo anterior no significa que dicha excepción deba necesariamente prosperar. Corresponde al juez civil analizar las circunstancias del caso y con base en ellas decidir si prospera o no. El curador ad litem tiene la facultad para presentarla, no la garantía de que la excepción prosperará...”.

A la luz del anterior derrotero jurisprudencial, la Sala atenderá la excepción de fondo formulada por el *curador ad litem*, por lo que se aplica a la tarea de determinar si en el asunto que los presentes autos exteriorizan operó o no la prescripción de la acción cambiaria en la forma declarada por el juzgado *a-quo*.

En orden a puntualizar cómo opera la prescripción respecto de los títulos valores, el Código de Comercio en su artículo 781 diferencia la acción cambiaria directa de la de regreso, al establecer que *“...[L]a acción cambiaria es directa cuando se ejercita contra el aceptante de una orden o el otorgante de una promesa cambiaria o sus avalistas y de regreso cuando se ejercita contra cualquier otro obligado...”*. Y acorde con los artículos 789 y 790 del Código de Comercio la acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento, y la de regreso del último tenedor en un año contado desde la fecha del protesto o, en su caso, desde el vencimiento, o cuando concluyan los plazos de presentación.

Sobre la injerencia de la cláusula aceleratoria en el cómputo del término de prescripción, esta Sala ha puntualizado en numerosas ocasiones que

“...cuando en un título valor de la especie que en el presente proceso se ha exhibido como base de recaudo [pagaré] las partes han pactado la cláusula aceleratoria, por voluntad del acreedor -pues ella constituye una prerrogativa para éste- la obligación dineraria que originariamente se acordó por cuotas o instalamentos se convierte en pura y simple, esto es, se hace exigible in integrum, produciéndose así, en punto de la prescripción de la acción cambiaria aludida en líneas anteriores, el interesante fenómeno que seguidamente se describe: respecto de las cuotas o instalamentos vencidos hasta el momento en que el acreedor hace uso de la cláusula aceleratoria, el punto de partida para la exigibilidad de su pago, y por ende, el de la contabilización del término de prescripción, corre independiente para cada una de tales cuotas. En cambio, para el resto de las cuotas -saldo de la obligación- la situación es diferente, pues por virtud de la cláusula aceleratoria ellas se convierten en “puras y simples”, quedando entonces en situación de pago inmediato, “...instante desde el cual -no antes ni después- despunta el término de prescripción del compromiso en su integridad, por supuesto sin repercusión sobre la partes del crédito que, conforme a la modalidad de pago por instalamentos se hayan cancelado, estén vencidas e, incluso prescritas, toda cuenta de la independencia que las disciplina, según lo pactado. Así entonces, se reitera, que los términos para comenzar a contar la figura extintiva de la prescripción son diferentes en cada una de las cuotas, al igual que con relación al capital que por virtud de la aceleración del plazo se hace, a partir de entonces -no antes- exigible...”.

O sea: para el resto de la obligación, vale decir, para las cuotas pendientes al momento en que el acreedor hace uso de la aceleración del plazo, el punto de partida para el conteo del término prescriptivo lo constituye, por regla general, la presentación de la demanda. A la sazón, la facultad que para el acreedor representa la cláusula aceleratoria solo puede producir efectos respecto del deudor a partir del momento en que aquél le indica a éste que la ha ejercitado, extinguiéndose a partir de ese momento el plazo inicialmente pactado. Y ello generalmente se exterioriza con la presentación de la demanda, a menos que se demuestre que la manifestación de voluntad de hacer operante la cláusula aceleratoria se hizo con antelación, circunstancia en virtud de la cual se tendrá extinguido el plazo desde ese instante”.

De lo anterior se sigue que la cláusula aceleratoria puede ser utilizada por el acreedor cuando exista la posibilidad de anticipar el plazo debido al incumplimiento en el pago de cuotas anteriores, esto es, en la medida en que existan cuotas NO VENCIDAS al momento de la presentación de la demanda, pues solo frente a ellas es que la cláusula está llamada a surtir el efecto que le corresponde, a saber, anticipar su exigibilidad. Dicho de otro modo, la cláusula aceleratoria solo está llamada a producir sus efectos frente a cuotas cuyo plazo aun NO ha vencido, pues si ya ésto ha ocurrido, NINGUN PLAZO HAY PARA ANTICIPAR respecto de ellas.

Lo precedentemente expuesto desnuda el craso error en el que incurrió la demanda que dio génesis al presente proceso al aglutinar en una sola suma -bajo el rubro de “*capital*”, por la cual se pidió librar mandamiento de pago- la totalidad de las cuotas mensuales de la obligación que al momento de su presentación [03-04-2009] se encontraban vencidas e impagadas [20 de las 24 cuotas pactadas], desbarro del que se impregnó el juzgado *a-quo* al acceder a librar mandamiento de pago en esa irregular forma, pues lo procedente, como enantes quedó puntualizado, era haber solicitado y librado mandamiento de pago: (i) por cada una de las sumas de dinero correspondientes a los 20 instalamentos vencidos e impagados; (ii) por los intereses moratorios que, individualmente, habían empezado a correr respecto de cada una de tales cuotas desde las distintas fechas en que se hicieron exigibles; (iii) por la única cuota [pagadera a 10-04-2009] que aun no se encontraba en estado de exigibilidad cuando se presentó la demanda [03-04-2009]; y (iv) por los intereses moratorios de ésta cuota.

Ahora bien: dejando de lado lo anterior, y teniendo en cuenta que la acción cambiaria ejercitada en el presente caso es la directa, la prescripción trienal consagrada en el artículo 789 del Código de Comercio, para las veinte (20) cuotas mensuales de la obligación que a la presentación de la demanda (03-04-2009) se encontraban vencidas, se configuraría en las siguientes fechas:

- A.) La que se debió pagar el 10-08-2007, el 10-08-2010.
- B.) La que se debió pagar el 10-09-2007, el 10-09-2010.
- C.) La que se debió pagar el 10-10-2007, el 10-10-2010.
- D.) La que se debió pagar el 10-11-2007, el 10-11-2010.
- E.) La que se debió pagar el 10-12-2007, el 10-12-2010.
- F.) La que se debió pagar el 10-01-2008, el 10-01-2011.
- G.) La que se debió pagar el 10-02-2008, el 10-02-2011.
- H.) La que se debió pagar el 10-03-2008, el 10-03-2011.
- I.) La que se debió pagar el 10-04-2008, el 10-04-2011.
- J.) La que se debió pagar el 10-05-2008, el 10-05-2011.
- K.) La que se debió pagar el 10-06-2008, el 10-06-2011.
- L.) La que se debió pagar el 10-07-2008, el 10-07-2011.
- M.) La que se debió pagar el 10-08-2008, el 10-08-2011.
- N.) La que se debió pagar el 10-09-2008, el 10-09-2011.
- Ñ.) La que se debió pagar el 10-10-2008, el 10-10-2011.
- O.) La que se debió pagar el 10-11-2008, el 10-11-2011.
- P.) La que se debió pagar el 10-12-2008, el 10-12-2011.
- Q.) La que se debió pagar el 10-01-2009, el 10-01-2012.
- R.) La que se debió pagar el 10-02-2009, el 10-02-2012.
- S.) La que se debió pagar el 10-03-2009, el 10-03-2012.

Y respecto de la única cuota que a la presentación de la demanda aun no se encontraba vencida [pues se debía pagar el 10-04-2009], el 03-04-2012, es decir, la fecha de la presentación de la demanda [cuando en virtud a la cláusula aceleratoria se anticipó su plazo].

Como la demanda, ya se ha dicho, fue presentada el 03-04-2009, es del caso entrar a determinar si la parte actora cumplió con la carga que le imponía el artículo 90 del C. de P. Civil para que ese hecho [presentación de la demanda] tuviese la virtualidad de INTERRUMPIR LA PRESCRIPCIÓN que de manera individual va

estaba corriendo respecto de las 20 cuotas vencidas, y que frente a la única cuota no vencida empezó a correr a partir de la presentación de la demanda (03-04-2009), toda vez que según lo dispone la citada disposición legal, la sola presentación de la demanda por parte del acreedor -cuando el término de prescripción aun no se ha consolidado- interrumpe dicho término siempre y cuando el mandamiento de pago “...se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante...” de dicha providencia, por estado o personalmente. Por tanto, “...pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado...”.

Cual lo revela el expediente, la notificación del mandamiento de pago al demandado acaeció el 18-08-2011 por conducto del curador que le fue designado luego de surtido emplazamiento solicitado por la parte actora (folio 16 fte. cdo. 1o).

Considerando, pues, la fecha de la notificación del mandamiento de pago al demandado, emerge claro que la presentación de la demanda por parte del BANCO BBVA COLOMBIA no interrumpió la prescripción de la acción cambiaria debido a que el término contemplado en el artículo 90 del C. de P. Civil transcurrió sin que el auto de mandamiento de pago le fuese notificado al demandado, lo cual significa - en términos prácticos- que a pesar de la presentación del mentado libelo, el fenómeno extintivo de marras siguió corriendo hasta cuando efectivamente se notificó dicha providencia al curador *ad-litem* del señor NILSON VALVERDE CAICEDO, cosa que, ya se ha dicho, ocurrió el 18-08-2011, esto es, cuando habían transcurrido los tres años de que habla el artículo 789 del C. de Comercio frente a las trece primeras cuotas cuyo plazo estaba vencido al momento de instaurarse la demanda. Significa lo anterior que -respecto de éstas- evidentemente operó la prescripción extintiva de la acción cambiaria. No sucede lo mismo, hasta sobra decirlo, con los siete (7) restantes instalamentos que se encontraban en estado de plazo vencido a la fecha de la presentación de la demanda, ni con el único que aun no lo estaba en ese momento, pues a la fecha en que se materializó la notificación del demandado aun no se había configurado respecto de éstos el fenómeno extintivo tantas veces mencionado.

Como quiera que ha quedado establecido que la prescripción de la acción cambiaria si tuvo operancia en la forma como lo dispuso el *a-quo*, y ese tópico constituye el eje central de la censura sobre la cual gravita el recurso de apelación *subexámine*, se impone la confirmación del fallo apelado.

Sentencia de segunda instancia (2009-00042-01) del 16 de octubre de 2013, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo, Decisión: confirma la sentencia apelada.

SERVIDORES PÚBLICOS EN PROVISIONALIDAD - Constituye justa causa para la desvinculación la provisión del cargo por concurso de méritos/RETÉN SOCIAL – No se aplica cuando el retiro del cargo se produce por la designación en carrera de un empleado que aprobó el concurso de méritos.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 790 de 2002.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias C279 de 2007, C-795 de 2009, T-963 de 2010 y T-802 de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas, el problema jurídico que plantea la impugnación estriba en determinar ¿si se vulneran derechos fundamentales de una servidora pública que ocupa un puesto de carrera en provisionalidad, y estando pronta a cumplir 55 años de edad, es desvinculada por cuenta del nombramiento en carrera de otra quien sí superó satisfactoriamente las etapas de convocatoria 01 de 2005 que adelantó la CNSC?

A efectos de dar respuesta al anterior planteamiento debe precisarse delantadamente que no hay ninguna duda sobre la vinculación laboral de la accionante en provisionalidad, desde el 20 de mayo de 2009 en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 05 de la Institución Educativa San José, ubicada en el municipio de la Unión (V), nombramiento prorrogado a partir del 11 de diciembre de 2009, con la salvedad que los mismos se darían hasta el momento en que se expidieran las correspondientes listas de elegibles producto del concurso de méritos.

La accionante en el escrito de tutela crítica que el acto administrativo de terminación del nombramiento carece de motivación y por ello considera vulnerado entre otros el derecho al debido proceso. Sin embargo, para la Sala la acusación carece de sustento por cuanto el proceder del ente territorial se verificó en cumplimiento de un deber legal y constitucional como es la aplicación de la lista de elegibles de las personas que participaron y aprobaron un concurso de méritos; es de resaltar que el cargo que ocupaba la accionante, Auxiliar administrativo Código 407 Grado 05, fue ofertado como vacante por la Gobernación del Valle, al punto que sobre él recayó la Oferta Pública de Empleos –OPEC- que realizó la Comisión Nacional del Servicio Civil, y que generó la aspiración y posterior nombramiento en carrera de quien superó satisfactoriamente el concurso.

De donde se sigue que si bien el nombramiento en provisionalidad concede una estabilidad laboral intermedia, por esta misma razón, constituye una justa causa para la desvinculación, la provisión del cargo por concurso de méritos

Por tanto, establecido por parte de esta Sala de Decisión que el decreto mediante el cual se desvincula a la accionante esta debidamente motivado, resulta necesario analizar si como lo predica la accionante el solo hecho de estar pronta a cumplir 55 años de edad, la hace objeto de una protección laboral reforzada debido a lo que ella denomina su condición de “*prepensionable*”.

Así las cosas, referente a la condición de prepensionado, actualmente no existe normatividad legal diferente a la establecida en la ley 790 de 2002, pues la Corte Constitucional declaró fundadas las objeciones proyecto de Ley N° 54 de 2010 Senado, 170 de 2010 Cámara, “*por la cual se implementa el retén social, que garantiza la estabilidad laboral a grupos vulnerables y se dictan otras disposiciones.*”.

Luego, para la aplicación de la Ley 790 de 2002, es importante recordar que la Corte Constitucional mediante sentencia T-802 de 2012 Magistrado Ponente JORGE IVAN PALACIO PALACIO, aclaró que el retén social es una protección otorgada a la estabilidad laboral de grupos vulnerables que puedan verse especialmente afectados por procesos de reestructuración o liquidación de entidades estatales, así:

Como se explicó previamente (*supra*, fundamentos 1-7), el retén social es una protección otorgada a la estabilidad laboral de grupos vulnerables que puedan verse especialmente afectados por procesos de reestructuración o liquidación de entidades estatales. En tales escenarios, los intereses que se encuentran en conflicto son, por una parte, la necesidad de reformar la estructura del estado para aumentar la eficacia en la función pública y propiciar un adecuado manejo de los dineros públicos; y, de otra parte, la protección de las personas en condición de especial vulnerabilidad, siempre que la reforma institucional suponga la modificación de las plantas de personal.

En el caso objeto de estudio, la entidad no se encuentra en liquidación, ni su planta está siendo reformada para alcanzar una mayor eficiencia. El conflicto se ubica en un plano diferente: la necesidad de armonizar el mandato según el cual el acceso a los cargos públicos debe darse con base en el mérito, en defensa del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, y de la concepción participativa de la democracia, con el interés de quienes actualmente ocupan esos cargos sin haber ingresado por la vía del concurso....”

Bajo este prisma, no es viable aplicar la ley en comento al caso en estudio debido a que el retiro se produce por la designación en carrera de un empleado que aprobó concurso de méritos para dicho cargo y no por la reestructuración o liquidación de la entidad.

A lo que se une, que si bien la accionante refirió estar próxima a cumplir 55 años de edad, no demostró el cumplimiento de los demás requisitos exigidos para acceder a la pensión de vejez.

Además, desde el preciso momento en que la accionante tuvo conocimiento de la terminación de su nombramiento, contó con la oportunidad de controvertir esa decisión, mediante los recursos de ley, sin embargo ello tampoco se avizora en el presente asunto, circunstancias éstas que justifican la confirmación del fallo apelado.

Y en todo caso, cuenta con otros mecanismos de defensa judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, escenario idóneo y ante el cual deben debatirse sus pretensiones, al no haber probado que se encuentra impedida para hacerlo, siendo ello suficiente para negar el amparo deprecado.

En consecuencia, se confirmará el fallo de primera instancia por cuanto la accionante tiene a su disposición otros mecanismos de defensa judicial para proteger eficazmente los derechos que estima violados, con mayor razón cuando allí, desde el inicio, puede solicitar la suspensión provisional del acto que la afecta.

Sentencia de tutela de segunda instancia (T-139-13) del 30 de octubre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: confirma la sentencia impugnada.

DERECHO DE PETICIÓN – La respuesta debe ser clara, concreta y congruente con lo solicitado.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

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

TESIS DE LA DECISIÓN:

En lo que atañe al derecho sobre el que se invoca protección, hace parte de aquellos considerados como fundamentales por nuestra Constitución Política, luego y de acuerdo a lo señalado en los hechos de la acción, el análisis a realizar se enfoca en determinar en primer lugar ¿si las accionadas han vulnerado los derechos fundamentales deprecados por la accionante, quien pretende se le expida el certificado de factores salariales de los últimos diez años de servicio, discriminado año por año el valor que le fuera homologado? y ¿si hay lugar a la protección del derecho de petición cuando existe una orden de tutela que amparó ese mismo derecho por una solicitud elevada por la accionante en el mismo sentido con fecha anterior?

Para responder, iniciaremos por señalar que a consideración de la Sala, en el presente caso, según se aprecia de las piezas procesales, no se vislumbra la vulneración del derecho al mínimo vital reclamado por la accionante, puesto que, su subsistencia en condiciones dignas se encuentra protegido, pues no puede olvidarse que actualmente devenga una asignación mensual por pensión de vejez.

En cuanto al derecho de petición, ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional en relación con este derecho fundamental 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.

Así las cosas, encuentra esta Sala de Decisión que efectivamente la accionante elevó una petición escrita a cada una de las accionadas, con el fin de lograr la expedición del certificado de factores salariales de los últimos diez años discriminado año por año el valor que le fuera homologado, sin que hasta la fecha haya obtenido una respuesta concreta a su pedimento dado que tanto la institución educativa como la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO, se

excusan en la competencia del otro para abstenerse de dar una respuesta adecuada al pedimento de la actora, lo que sin lugar a dudas trasgrede el núcleo esencial de este derecho fundamental.

Lo anterior, por cuanto esta garantía constitucional exige un pronunciamiento de fondo que en forma clara, precisa y congruente defina el requerimiento de la petente, lo que evidentemente en este caso, a la fecha no ha sucedido, dando lugar a su protección por este medio residual.

Frente a la evidencia expuesta, no es de recibo la postura del juzgador de primer grado en la medida en que si bien es cierto existe un fallo judicial en el cual se amparo el derecho fundamental de petición de la accionante, ello sucedió respecto a la solicitud radicada el 05 de diciembre de 2.12 ante la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, actuación de la cual, se generaron nuevas peticiones, las de fechas 18 de junio de 2.013, julio 8 de 2.013 y agosto 6 de 2.013, siendo ellas precisamente, y no aquella, las que son ahora objeto de amparo.

En consecuencia, no probado que quienes tienen el deber de satisfacer el derecho fundamental de petición, lo hayan hecho, tal omisión origina la violación de este derecho fundamental, el que debe ser protegido a través de este mecanismo, ordenando a cada una de las accionadas, en el marco de su competencia, dar una contestación clara, congruente y precisa a lo solicitado por la accionantes, razón por la cual, se impone la revocatoria de la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2013 por el JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE CARTAGO (VALLE).

Sentencia de tutela de segunda instancia (T-143-13) del 31 de octubre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: revoca la sentencia impugnada.

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO POR PARTE DEL TENEDOR DEL BIEN – Exige demostrar que su posición inicial mudó a la de poseedor/SUMA DE POSESIONES – El cónyuge sobreviviente, para sumar la posesión de su extinto consorte, debe probar su calidad de heredero.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 669, 673, 762, 765, 777, 2518 y 2532.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 24 de junio de 1997, con ponencia de Pedro Lafont Pianetta y 2003-00200-021 del 13 de abril de 2009, con ponencia de la Dra. Ruth Marina Díaz Rueda; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 15500 del 27 de abril de 2010, con ponencia de la magistrada Bárbara Liliana Talero Ortiz.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Luego, el problema jurídico que plantea la alzada corresponde en determinar si la demandante demostró ser la poseedora como señora y dueña del inmueble reclamado en usucapión por un término superior a veinte años, en forma quieta, pacífica, continua e ininterrumpida.

En el *sub exámine*, y en orden a probar que la demandante cumplió con las exigencias que demanda la declaratoria de prescripción adquisitiva, se practicaron las siguientes pruebas, de las que precisamente el recurrente acusa su incorrecta y parcializada apreciación.

Pues bien, valoradas en conjunto las probanzas recaudadas y resumidas, bajo las reglas de la sana crítica, colige la Sala que contrario a lo expuesto por el abogado recurrente, las pruebas testimoniales no fueron objeto de una incorrecta y menos parcializada interpretación, en tanto, lo cierto es que analizadas en su contexto, si bien acreditan la tenencia material de la demandante sobre el inmueble, de ellas no se extraen los presupuestos necesarios para que proceda una declaración de pertenencia.

En efecto, la primera circunstancia que lleva a la Sala a dicha conclusión corresponde a la falta de precisión de los testimonios respecto de la fecha desde la cual, la relación de la demandante con el inmueble pasó de ser una mera tenencia a una posesión con ánimo de señora y dueña que le permitiera ganarse con el paso del tiempo la propiedad sobre el inmueble.

En el *sub iudice*, es punto pacífico del litigio que la demandante PASIMINIO CASTRO se radicó desde 1965 junto con su esposo FAUSTINO HERNÁNDEZ (QEPD) en el inmueble, con la autorización de su empleador y anterior propietario PEDRO PABLO GIRON OREJUELA, precisamente abuelo del demandado y quien falleció en el año de 1967. Al menos hasta esa época, no le cabe duda al Tribunal que la relación de la demandante era la de una mera tenedora del inmueble, dada la forma de su ingreso a él.

Por lo tanto, si lo pretendido era alegar que con posterioridad esa condición de mera tenedora se transformó y pasó a ser ya una posesión, a la demandante, como quedó visto inicialmente, le asistía la carga de la prueba de demostrar la interversión del título, para a partir de allí detonar el conteo del término prescriptivo a su favor.

Precisamente, ese requisito NO se establece ni de la prueba documental y menos de la testimonial que aportó la parte demandante como sustento a sus pretensiones. Si bien todas las declaraciones dieron cuenta que la demandante siempre ha residido en el inmueble junto con su familia, ocupándose de su mantenimiento y mejoras, éstas se quedaron cortas en torno al factor tiempo desde el cual la demandante mutó su condición de mera tenedora a poseedora, pues si se miran bien ninguna de ellas fue precisa en manifestar una fecha cierta desde la cual acaeciera esa precisa circunstancia.

Ello sin duda impide establecer un requisito esencial como lo es el interregno que exige la ley para que pueda decretarse la prescripción, el que por cierto aquí no quedó probado.

Otro tanto merecen las afirmaciones de la parte demandante, como por ejemplo las correspondientes a que hasta el año de 1986 pagaron los impuestos del inmueble, habida cuenta que revisada toda la foliatura de expediente se advierte que dichas afirmaciones solo quedaron el campo especulativo, por cuanto como refuerzo a ellas no se allegó ningún medio de prueba que las corroborara. Tampoco de las declaraciones vertidas se establece dicha circunstancia, pues lo cierto es que los pocos testigos que fueron indagados al respecto, todos manifestaron desconocer si la demandante pagaba impuestos por el inmueble.

En cuanto al argumento concerniente a que se debe tener en cuenta la edad y el grado de escolaridad de la demandante y no mirar con *“suma estrictez”* la declaración que hizo en el interrogatorio sobre el dueño del inmueble; si bien la Sala comparte dicha postura, por supuesto acorde con la jurisprudencia que trajo a colación el recurrente de la Corte Suprema de Justicia, en donde se precisó que *“En últimas, que el poseedor identifique y mencione a quien figura como titular del derecho de dominio de un predio, es una circunstancia que no necesariamente conduce a reconocer dominio ajeno”*. Lo cierto es que al margen de esa discusión, de las pruebas que se practicaron a instancia de la parte demandante, en especial de las declaraciones, no se advierte ese esencial requisito de la interversión del título, que permitiría, a partir de allí contabilizar el término de prescripción necesario para apropiarse del inmueble; circunstancia que frustra el buen suceso del argumento.

Por lo que atañe a la valoración, a juicio del recurrente sesgada, que se hizo del interrogatorio de parte del demandado OSCAR GERARDO PEREZ GARCIA y del testimonio de su hermana ZULMA OLIVIA MIRANDA, de donde se establecería que aquél nunca ejerció actos materiales de dominio, lo mismo que su aceptación en el ejercicio de la coposesión de la demandante y su esposo, baste decir para que ese argumento no encuentre eco en esta decisión, que de nada sirve que la Sala se enfrascarse en esa discusión, pues lo cierto es que como viene de verse, de las pruebas que aportó la demandante, no se acreditaron los presupuestos necesarios para la declaratoria de pertenencia a su favor, especialmente lo de la interversión del título, ni el veinteno de tiempo que exige la ley.

Tampoco de la prueba documental, correspondiente a la Inspección Judicial celebrada dentro del otrora proceso de pertenencia adelantado ante el Juzgado 4° Civil del Circuito de Palmira, que recoge las declaraciones *in situ* de MARÍA DEL CARMEN RIVERA DE AGUDELO, BERTHA MARÍA ROBLES DE RIVERA, ELVIA URIBE DE BERNAL y NUBIA DE JESÚS AGUDELO RIVERA, se establecen los requisitos aquí echados de menos, de modo que la conclusión es la misma. No se probó el fenómeno de la interversión del título, ni tampoco el requisito del tiempo exigido por la ley

Finalmente y por lo que respecta a las otras pruebas documentales, de las que el censor también se duele en su valoración, particularmente el contrato de prestación de servicios profesionales de abogado que suscribió con la demandante y la promesa de compraventa de derechos posesorios, baste decir para no tenerlos en cuenta, que el hecho de contratar los servicios de un abogado para que adelante un proceso judicial de pertenencia, no significa *per se* que quien lo otorgue ya se presume poseedor del bien, ello debe estar aparejado de otras pruebas que demuestren ese ánimo de señor y dueño. En lo tocante con la promesa de venta de

los derechos de posesión, también debe precisarse que tampoco prueba por sí sola ese derecho en la demandante; recuérdese que el Código Civil en su artículo 1871 autoriza la venta de cosa ajena, de suerte que dichos documentos no prueban lo que el apoderado judicial pretende demostrar.

Por último, debe aclararse que si en gracia de discusión se admitiese, como lo precisó en su sentencia el Juzgado 4° Civil del Circuito que la demandante sí es poseedora actual del inmueble, pero que su posesión solo viene desde la muerte de su esposo ocurrida el 7 de octubre de 1992, tampoco podría prosperar la demanda porque los 20 años que exige la ley se cumplirían en octubre de 2012, y lo cierto es la presente demanda fue presentada el 12 de enero de 2011, cuando aún no se había verificado el veinteno que exige la ley. Por dicha razón las pretensiones tampoco estarían llamadas a prosperar.

Ahora, tampoco puede hablarse de suma de posesiones con la que venía ejerciendo su esposo, pues tampoco hay prueba que sirva de puente entre la de aquel como antecesor con la de la accionante, sin que además pueda decirse que por su sola calidad de cónyuge sobreviviente le hayan sido transmitidos los derechos posesorios. A propósito del tema esta Sala ha precisado:

Entonces, de la lectura de los anteriores apartes contenidos en la escritura pública antes menciona se puede concluir que el desde el 3 de mayo de 1995, la demandante AMPARO CHAVARRIAGA DE CAMELO comenzó a ejercer como coposedora del predio a usucapir, ello en razón a que quien adquirió la posesión fue su extinto cónyuge SAÚL CAMELO RAMÍREZ, fallecido el 5 de septiembre de 2000 según se informó en la demanda, luego, partiendo del supuesto que después del anterior suceso nadie le disputó la posesión, sólo desde tal fecha se convirtió en poseedora absoluta, entonces, debe entenderse que desde tal data, al momento en que se impetró la presente demanda, el 26 de enero de 2007, aquella sólo había ejercido la posesión en forma total y excluyente durante 6 años, cinco meses y 20 días.

Lo anterior, por cuanto tampoco se allegó prueba sobre la condición de heredera de la señora AMPARO CHAVARRIAGA DE CAMELO respecto del coposedor fallecido, es decir, aquella tendría derechos a título de gananciales sobre los bienes que conformaron el haber social de la sociedad conyugal con aquél, y para ello ha debido efectuarse el respectivo trámite sucesoral y liquidación pertinente, de lo cual no hay noticia en estas diligencias. En otras palabras, hay inexistencia del puente o vínculo entre antecesor y sucesor, específicamente respecto de la cuota parte de la cual fue coposedor el cónyuge de la señora CHAVARRIAGA DE CAMELO, y por ende también se encuentra roto el vínculo frente a los anteriores poseedores.

Recuérdese que si bien se puede suceder a título universal o singular, sin que sea necesaria formalidad alguna por cuanto la posesión es un hecho, de todas maneras es necesario la existencia de un vínculo que una las posesiones, y cuando es a título universal sólo se entiende transferida a los herederos quienes suceden en los derechos al *de cuius*, sin que por la calidad cónyuge sobreviviente se tenga tal condición. (Negritas fuera de texto)

Así las cosas, y aceptando en gracia de discusión que no fue acertado el análisis efectuado a la prueba testimonial efectuada por el a quo, y que por el contrario sí lo es la del censor, lo cierto es que, no existe ningún puente o vínculo que sirva para agregar el tiempo de los anteriores poseedores al de la señora AMPARO CHAVARRIAGA, incluso el de su difunto cónyuge en la proporción que en vida le correspondió a título de gananciales, y en tal orden, lo único probado es que la demandante ha ejercido la posesión exclusiva y excluyente como antes se precisó, desde el momento en que falleció su cónyuge, es decir desde hace un poco más de seis años, tiempo insuficiente para adquirir por prescripción extraordinaria.

En consecuencia, las pretensiones de la demandante están llamadas a ser despachadas desfavorablemente, al no prosperar la censura.

En este orden de ideas, muy a pesar de la vehemencia con que el recurrente planteó los argumentos en que apuntaló su apelación, no alcanzó a desvirtuar las razones que le sirvieron de báculo al juzgador de la primera instancia para negar las pretensiones de la demanda, de suerte que se impone la confirmación de la sentencia censurada.

Sentencia de segunda instancia (2011-00002-11) del 31 de octubre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: confirma la sentencia apelada.

ACCIÓN REIVINDICATORIA – La propiedad de los inmuebles se demuestra mediante la presentación de los títulos debidamente registrados/ACCIÓN REIVINDICATORIA – Si el demandado acepta la condición de poseedor, el demandante queda relevado en la demostración de tal circunstancia.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 946 a 950.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión del 16 de junio de 1982, con ponencia de Humberto Murcia Ballén.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En este orden de ideas, y con el fin de desatar los argumentos de impugnación procede analizar ¿si quienes incoaron la pretensión de dominio demostraron ser las propietarias del fundo cuya restitución reclaman?, y en caso afirmativo dilucidar ¿si se encuentran cumplidos los presupuestos axiológicos para el triunfo de la pretensión de dominio?

Sobre el punto, considera esta Sala que contrario a lo estableció por el Juez de primera instancia, las demandantes sí demostraron ser las titulares del predio rural que pretenden les sea restituido, este es, el distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria No. 373-81699 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Buga (folio que se segregó de la matrícula 373-2235), el cual adquirieron a través

de la escritura pública No. 3437 del 20 de junio de 2002 por compra a la firma REMOLQUES COLOMBIANOS LTDA., En Liquidación, ubicado en el Departamento del Valle, Municipio Calima El Darién, Vereda Primavera, con un área de 3 Hectáreas 7.932.93 M2., según lo demuestra la copia de la escritura pública –en la que figuran sus linderos-, y del folio de matrícula inmobiliaria.

Igualmente, se incorporó copia de la escritura pública 1.300 del primero de octubre de 1.979 por medio de la cual la sociedad REMOLQUES COLOMBIANOS LTDA., adquirió el mencionado inmueble por compra que le hiciera a los señores HUMBERTO LARA ACOSTA y ALVARO CRISTANCHO, identificado en dicho instrumento con el nombre de “BELEN”, cuyo registro también denota la complementación del folio de matrícula 373-81699.

Luego, siendo coincidentes los títulos de adquisición y su registro en la oficina de instrumentos públicos (título y modo) con el reclamado en la demanda no existe duda sobre la legitimación por activa de las demandantes para obtener su reivindicación.

Ahora bien, en lo que atañe al segundo requisito, es decir, que la cosa a reivindicar esté singularizada, establece el artículo 946 del Código Civil que la acción de dominio es la que tiene “*el dueño de una cosa singular*”, lo cual significa que si la cosa es universal no es factible impetrar esta acción, pues se estaría frente a una petición de herencia. En este caso, está perfectamente singularizado el bien pretendido en reivindicación, este es, el inmueble rural distinguido con la matrícula inmobiliaria 373-81699 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Buga.

Respecto a la identidad entre lo poseído y lo pretendido: tercer requisito, estando probada la propiedad del inmueble en cabeza de las demandantes en reivindicación, mediante los títulos debidamente registrados –escritura pública 3437 del 20 de junio de 2002, Notaría 7ª de Cali-, a través de la inspección judicial llevada a cabo por la *a quo* el día 24 de noviembre de 2010, se pudo establecer que se trata del mismo inmueble.

En efecto, en dicha diligencia, en la cual participaron tanto la demandante OFELIA MEJÍA DE MORCILLO como el demandado JOSÉ MICOLTA CABRERA, se dejó establecido que se trataba de un predio de 3 hectáreas 7.932.93 M2., y se determinaron sus linderos, sin que el demandado o su apoderado hubieran hecho manifestación o dejando constancia alguna respecto de no ser el predio pretendido en reivindicación por las demandantes.

Por lo demás, como prueba oficiosa, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi remitió fotocopia de la ficha predial del predio con matrícula 373-81699 (objeto de reivindicación) en el que con claridad se indica que se trata de uno diferente al del demandado (folio 373-90982), lo cual incluso fue aceptado por su apoderado en la réplica al recurso de apelación, cuando afirmó: “*Predios sobre los cuales no hay que hacer un mayor esfuerzo mental para determinar que se tratan de predios totalmente distintos, como efectivamente lo estableció el sentenciador de primera instancia, una vez evaluada específicamente la prueba documental aportada por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC-*”.

Así, aunque el perito afirmó en su experticia que *“el lote es de la finca la custodia (sic)”*, y la parte demandante no la objetó al respecto, lo cierto es que a tal conclusión llegó sin tener en cuenta que existen títulos (escrituras públicas) debidamente registradas en folios de matrícula inmobiliaria (de mayor extensión y particular del fundo en cuestión), los cuales son los únicos demostrativos de propiedad, que dan cuenta que el lote rural trabado en esta litis, si bien es contiguo al predio denominado La Custodia de propiedad del demandado, es diferente, luego, a no dudarlo, la *a quo* erró en la conclusión a la que llegó, esta es, que no existía identidad entre el predio identificado en la demanda como objeto de restitución y el poseído por el demandado, y que por ello no había legitimación por activa.

Además, demostrativo de lo anterior es que el demandado, a través de su apoderado, al contestar la demanda aceptó los hechos 1º 2º, 3º, 4º y 5º relativos a los títulos de propiedad de la demandante, sin que hubiera alegado que el predio a restituir no correspondía al poseído por él, por el contrario alegó poseerlo en forma personal desde mayo de 2008.

Y, finalmente, en lo que respecta al cuarto requisito, esto es, que el demandado tenga la calidad de poseedor, a no dudarlo, también está cumplido, pues su apoderado al contestar la demanda lo aceptó, al punto que incluso propuso la excepción previa de pleito pendiente alegando la existencia de una demanda ordinaria de pertenencia que se probó nunca existió, siendo en consecuencia condenado en costas tal como líneas atrás se especificó.

Pero al margen de lo anterior, al contestar el hecho décimo de la demanda -el cual por demás fue tenido como confesado al no haber asistido a absolver el interrogatorio de parte-, afirmó: *“Es cierto y así lo afirma el demandante y su apoderado, mi mandante es el poseedor del inmueble que se pretende reivindicar, posesión que se ejerce con ánimo de señor y dueño, puesto que cuando se le hizo la entrega del inmueble que compraba, se le entregó debidamente cercado y con cercos que presentan una misma características en todo el predio y que fueron colocados por el anterior propietario.”*.

Aunado a lo anterior, la doctora LUZ NELLY MORENO PEÑA, quien fungió como conciliadora entre las partes (previo a la presentación de la acción reivindicatoria), luego de relatar pormenores de lo acontecido en la fracasada conciliación sostuvo en la declaración rendido en estas diligencias: *“...el señor José Micolta era reiterativo que él por posesión ya era dueño y como en el año 2008 le faltaban 2 años según la ley para completar la posesión el señor Micolta dijo, que en la posesión la tenía con la posesión de otras personas que habían vivido antes, que fueron las que supuestamente le habían vendido a el señor José Micolta...”*.

Entonces, de acuerdo a lo anterior, el demandado aceptó ser poseedor del inmueble que se pretende reivindicar por las demandantes, aceptación que resulta ser suficiente para dispensar de la carga de la prueba al demandante. 5.5. Así las cosas, cumplidos como están los requisitos axiológicos para poder adelantarse la acción reivindicatoria, es necesario ocuparse ahora de la excepción de fondo que formuló el extremo pasivo, la cual se concretó a la prescripción adquisitiva de dominio, sin embargo, la misma no está llamada a prosperar, pues si bien se alegó una posesión de más de 20 años, esto es, agregando a la que dijo tener el demandado desde

mayo de 2008 cuando adquirió el predio por “*compra*” mediante documento privado -que adjuntó- a FLOWER MARTÍNEZ CABRERA, a la de anteriores poseedores: señores HUMBERTO YESID PRADA y HAWAR ARMITAGE CADAVID, lo cierto es que no probó su dicho.

En efecto, la parte demandada solamente se limitó a presentar el citado documento privado de fecha julio 1º de 2008 por el cual supuestamente adquirió la posesión del bien objeto de restitución, y los testigos que trajo a declarar dan cuenta de sus actos de señorío pero sobre la Finca “*La Custodia*”, que no es objeto de reivindicación. En efecto, por ejemplo el señor RUBÉN ANTONIO RINCÓN Ramírez manifestó: “*la finca La Custodia fue de un hermano mío que colinda con la finca que se llama La Inesita que es de doña Ofelia o del esposo...*”, y el señor CARLOS ARTURO SIERRA VÉLEZ, precisó: “*doña Ofelia e Inés son propietarios de la finca La Inesita y José Micolta es propietario o tenedor de La Custodia y La Trinidad*”.

Aunado a lo anterior, se insiste, no existe prueba de los actos de señor y dueño de quienes afirmó el demandado fueron los anteriores poseedores, ni documento idóneo alguno que pruebe la necesaria conexión entre cada una de las posesiones para poder ser agregadas a la posesión del demandado.

De acuerdo a todo lo anterior, es claro que la excepción formulada por el demandado no puede ser se recibo, por lo que de contera la pretensión de las demandantes de reivindicar el predio que adquirieron en virtud de compra que le hicieron a la sociedad REMOLQUES COLOMBIANOS LTDA., En Liquidación, ha de prosperar, y al tenor del artículo 961 del Código Civil, el señor JOSÉ MICOLTA CABRERA deberá restituirlo para lo cual se le concederá un plazo de 10 días contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

En colofón, se revocará la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas, para en su lugar acceder a las pretensiones de la parte actora, en los términos antes indicados.

Sentencia de segunda instancia (2009-00044-01) del 8 de noviembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: revoca la sentencia apelada.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – No es arbitraria la tasación de la cuota alimentaria que considera la capacidad económica del alimentante y la necesidad de la beneficiaria.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículo 453, numeral tercero.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-162 de 1998, T-522 de 2001, T-114 de 2002 y T-1057 de 2002.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el evento sub exámine el accionante EDGAR SÁNCHEZ VALLEJO, pretende que por ésta vía se deje sin efectos la sentencia de única instancia, con la que el JUZGADO 2° DE FAMILIA DE TULUA lo condenó a aumentar la cuota alimentaria a favor de su exesposa MARÍA ESNEDE DELGADO VALENCIA, en un porcentaje equivalente al 20% de su mesada pensional. En su criterio la decisión es abusiva y desproporcionada en consideración al incremento tan elevado que decretó en perjuicio de sus intereses económicos.

Sobre el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia para la acción de tutela debe precisarse que se encuentran cumplidos a satisfacción, pues de un lado la decisión atacada es apenas del pasado 12 de agosto de 2013 –inmediatez-; y del otro, contra la misma no cabe recurso alguno por tratarse de un proceso que conforme al artículo 435,3 del Código de Procedimiento Civil, debe tramitarse en única instancia.

Así, de los elementos de juicio obrantes en el expediente de tutela, se advierte que el JUZGADO 2° DE FAMILIA DE TULUÁ, tras analizar de un lado la capacidad económica del accionante y las ayudas voluntarias que aquél había asumido con su hija mayor de 30 años y su madre -otra exesposa- con quienes no demostró un vínculo obligatorio, frente a la situación de la demandante MARÍA ESNEDE, quien sufrió un accidente que frustró en gran parte su capacidad productiva al punto que no pudo volver a laborar, concluyó que por el principio de solidaridad aquel estaba en la obligación de proporcionarle alimentos. Al respecto se dijo en la sentencia que: *“...hay que aclarar que el juzgado no advierte obligaciones alimentarias amparadas por la ley que sean iguales o estén en igualdad de condiciones con la que se peticiona en aumento; en primer lugar. Está la compañera permanente del demandado, persona que ostenta la calidad de empleada en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, por lo que, no hay lugar a que se tenga en cuenta para una posible regulación, igualmente, no hay constancia del vínculo el cual se avala con la mera manifestación del demandado y la misma declarante que así lo confirmó en su declaración, en torno a las hijas de su compañera y dos hijos menores de éstas, no corresponde al demandado obligación legal de proporcionar los alimentos ya que los titulares de dicha obligación son los padres de esos menores, sin embargo, nada impide que lo siga haciendo por el deber de solidaridad que siente con su núcleo familiar, pero ello no implica que deban ser tenidos en cuenta para la fijación de una cuota alimentaria por vía judicial; igual acontece con la señora MARÍA ORLANDA BADOYA GRAJALES, a quien le proporciona \$880.000 mensuales, y que es la madre de sus dos hijas mayores, y donde no se aportó la existencia del vínculo y mucho menos de la obligación de manera legal, por lo que tampoco puede ser tomada en cuenta, lo mismo ocurre con su hija MARIBEL SANCHEZ quien ya sobrepasó holgadamente la edad para percibir cuota alimentaria (30 años) y si bien su padre puede colaborarle para los gastos personales y universitarios, tampoco impide ese proceder para la determinación de la cuota pretendida por la parte demandante. Igualmente si se observa la sumatoria de estas obligaciones llegan a un monto de \$2.380.000 mensuales, muy por debajo del 50% de la capacidad económica del alimentante”. De donde se evidencia que sí se hizo una valoración de las pruebas, de la situación económica del demandado, y de las ayudas voluntarias que aquél deliberadamente ha decidido asumir sin que haya un obligación legal de por medio.*

Por el contrario, frente a la situación de la demandante de alimentos MARÍA ESNEDA DELGADO VALENCIA se dijo: *“...padece un diagnóstico de trauma craneoencefálico severo vs Confusión Cerebral Severa, y que con base en esos hallazgos clínicos no puede realizar actividad donde se requiera equilibrio físico, debido a las secuelas allí relacionadas y que afectan los miembros superiores e inferiores de carácter permanente, aunado a la perturbación que afecta el órgano de la prensión y locomoción de carácter permanente y disartría, es decir, perturbación del órgano del lenguaje también de manera permanente, lo que hace inferir que no puede valerse por sí misma; vive en una casa que pertenece a una hermana que constantemente le reclama le devuelva el inmueble o le pague arrendo, y tiene gastos propios de alimentación, vestuario entre otros, y no cuenta con servicio médico solo con el sisbén...(…) ...encuentra el juzgado que el demandado está en la obligación de suministrar a su excónyuge alimentos, pues ésta se encuentra actualmente en condiciones físicas desmejoradas, padeciendo un diagnóstico que no le permite desarrollar alguna actividad laboral, incluso en el la audiencia de interrogatorio fue un hecho notorio su falta de expresión y las dificultades físicas que presenta; y como dicha señora no cuenta con ningún medio de ingreso, se hace imperioso para garantizar sus derechos mínimos y una calidad de vida adecuada, aumentar la cuota alimentaria que voluntariamente se pactara entre las partes hace aproximadamente 17 años, la cual este juzgado estimará en el equivalente al 20% de la pensión que recibe el demandado...”*

Bajo este contexto, esta sala de Decisión no advierte en la decisión cuestionada vía de hecho, en la medida que para su adopción LA JUEZ SEGUNDA DE FAMILIA DE TULUÁ, realizó una valoración probatoria aceptable, con apoyo en la normatividad aplicable al asunto, actividad que no puede ser descalificada por el Juez Constitucional, máxime cuando la misma estuvo orientada a hacer efectivos los derechos de una persona que por su discapacidad no puede ver económicamente por sí misma.

Por tanto, la fijación como cuota alimentaria en un equivalente al 20% de la mesada pensional, no luce caprichosa ni arbitraria porque se reitera para su tasación, el juez accionado tuvo en cuenta tanto la capacidad económica del alimentante como la necesidad de la beneficiaria, cifra que se ajusta a los dos requerimientos y no luce desproporcionada.

En consecuencia, la valoración probatoria que sirvió de fundamento a la decisión cuestionada, no vulnera los derechos fundamentales del peticionario del amparo, en la medida en que no es una interpretación producto de la subjetividad de la jueza, ni como consecuencia de la omisión del estudio de pruebas o de su valoración arbitraria, sino que, por el contrario, se deriva de una libre interpretación, propia de la labor judicial, que no debe ser invadida por el juez de tutela, pues la decisión fustigada en este caso no excede los límites de la razonabilidad.

Sentencia de tutela de primera instancia (T-148-13) del 12 de noviembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: niega la protección solicitada.

DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA –Se vulneran cuando la EPS no autoriza, sin costo alguno, la valoración para determinar la capacidad o

discapacidad de una persona y afecta, de ese modo, su afiliación en calidad de beneficiario.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 806 de 1998, artículos 34 y 36.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-016 de 2007, T-760 de 1998, T-799 de 2008, T-566 de 2010, T-931 de 2010 y T-045 de 2013.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...) El problema jurídico a resolver consiste en determinar ¿si como lo concluyó la juzgadora de primera instancia se vulneraron los derechos a la salud y vida digna del accionante, al no autorizarse por la EPS., y sin ningún costo, la valoración para acreditar la capacidad o discapacidad y por ende la continuación de la afiliación en condición de beneficiario?

El decreto 806 de 1998, por medio del cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud en el artículo 34 establece la cobertura familiar, y el artículo 36 reglamenta lo relacionado con los hijos que tengan una discapacidad permanente y dependan del afiliado, de la siguiente forma:

Artículo 34. Cobertura familiar. El grupo familiar del afiliado cotizante o subsidiado, estará constituido por:

- a) El cónyuge;
- b) A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente, siempre y cuando la unión sea superior a dos años;
- c) Los hijos menores de dieciocho (18) años que dependen económicamente del afiliado;
- d) Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado;
- e) Los hijos entre los dieciocho (18) y los veinticinco (25) años, cuando sean estudiantes de tiempo completo, tal como lo establece el Decreto 1889 de 1994 y dependan económicamente del afiliado;
- f) Los hijos del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales c) y d) del presente artículo;
- g) A falta de cónyuge o de compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de éste.

Parágrafo. Se entiende que existe dependencia económica cuando una persona recibe de otra los medios necesarios para su congrua subsistencia.

Artículo 36. Hijos con incapacidad permanente. Tienen derecho a ser considerados miembros del grupo familiar aquellos hijos que tengan incapacidad permanente producida por alteraciones orgánicas o funcionales incurables que impidan su capacidad de trabajo, de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia. Dicha incapacidad deberá acreditarse mediante

certificación expedida por un médico autorizado por la respectiva EPS. (Negrita fuera de texto)

En el evento que ahora ocupa la atención de la Sala, el paciente fue diagnosticado con esquizofrenia indiferenciada, a partir del 24 de diciembre de 2012, como lo denota la epicresis aportada, es decir con posterioridad a la desafiliación que hiciera la NUEVA EPS S.A., en razón a que JOHAN SEBASTIAN, cumplió 25 años de edad el 07 de julio de 2012, y como lo aseveró la agente oficiosa fue desvinculado inmediatamente del sistema de seguridad social en salud.

De los documentos aportados se extracta que los gastos generados por la consulta como su internamiento en el Hospital Psiquiátrico Universitario del Valle, fueron cubiertos por su progenitora, quien ha manifestado que carece de los recursos económicos que le permitan atender el tratamiento requerido por su hijo, por ello solicitó la reactivación de la afiliación a la accionada, limitándose ésta a indicar que para tal efecto debe aportar las certificaciones de discapacidad, teniéndose como válidas las emitidas por las JUNTAS REGIONALES DE CALIFICACION DE INVALIDEZ O POR LA IPS CEDIVA (prestador adscrito a NUEVA EPS), y anotando que el costo de las valoraciones sólo lo asume la EPS, cuando el usuario de encuentra afiliado.

De lo anterior se concluye, como bien lo determinó la jueza de primera instancia, que es la NUEVA EPS S.A., quien está en el deber legal de autorizar la valoración tendiente a acreditar la capacidad o discapacidad del accionante, sin ningún costo, y en el evento de determinarse la incapacidad permanente inmediatamente realizar todas las gestiones tendientes a reavivar la afiliación del beneficiario y garantizar la prestación de los servicios médicos requeridos.

Igualmente, resulta necesario recordar que el Máximo Tribunal Constitucional, ha establecido la Prohibición de desafiliación cuando se interrumpen tratamientos o se desamparan personas de especial protección constitucional. No obstante como ya se reseñó el diagnóstico de la esquizofrenia indiferencia del agenciado al igual que su tratamiento se realizó con posterioridad a la desafiliación en la entidad accionada, por lo cual hasta tanto no se certifique si existe una incapacidad y por ende la afiliación como beneficiario, no es dable dar orden tendiente al tratamiento de la patología.

Así las cosas, se confirmará la sentencia adiada 23 de septiembre de 2013, proferida por el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE TULUA (VALLE).

Sentencia de tutela de segunda instancia (T-149-13) del 12 de noviembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: niega la protección solicitada.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – Se considera saneada la nulidad por falta de competencia que no es propuesta como excepción previa.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 143, inciso cuarto y artículo 144, numeral quinto.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-086 de 2007.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de nuestra Constitución Política es el procedimiento pertinente para invocar la protección de los derechos fundamentales, cuando quiera que ellos resulten violados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, cuya conducta afecte grave o directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (art. 42 Decreto 2591 de 1.991).

A esta acción constitucional, se le asignó un carácter residual, en virtud del cual ésta no procede si la persona afectada en sus derechos fundamentales, por acción u omisión, tiene a su alcance otros medios de defensa judiciales para obtener la correspondiente protección, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La referida institución comporta como características, la subsidiariedad e inmediatez. La primera, en cuanto sólo resulta procedente cuando el afectado, no dispone de otro medio de defensa, a menos que se trate de evitar un perjuicio irremediable y, la segunda, porque es un remedio que aplica soluciones prontas, en guarda de la efectividad del derecho violentado o amenazado.

En consecuencia, el principio de subsidiariedad reclama que la parte que acude a la acción de tutela, no cuente con otro recurso o mecanismo ordinario de defensa judicial que resulte efectivo e idóneo, y además que habiéndolo tenido a su alcance, haya hecho uso de él o ellos oportunamente, pues se constituye en un requerimiento de diligencia exigible a los ciudadanos frente a sus asuntos procesales, so pena que la tutela resulte improcedente, salvo que por razones extraordinarias no imputables a quien alega la vulneración, se haya visto privada de la posibilidad de dichos mecanismos, circunstancia que deberá ser debidamente acreditada en cada caso concreto.

Siguiendo esta misma línea argumentativa, considera esta Sala de Decisión que en el asunto *sub-exámine*, según se aprecia de las piezas procesales que componen el proceso ejecutivo singular que se adelanta contra el aquí accionante OSCAR JOSÉ MESA CAICEDO bajo el radicado 2007-0160, NO se encuentra satisfecho el requisito de la subsidiariedad, por cuanto no se hizo uso de todos los mecanismos de defensa judicial -ordinarios- con los cuales el presunto afectado contaba.

En efecto, si lo que pretende el accionante es alegar la falta de competencia del JUZGADO 1° CIVIL DEL CIRCUITO DE PALMIRA, por considerar que el proceso debió haber sido tramitado en la ciudad de Cali, ello tuvo que ser controvertido oportunamente a través de la excepción previa enlistada en el numeral 2° del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, so pena que la causal de invalidación se considere saneada conforme al artículo 5° del artículo 144 idem, según el cual:

ART. 144.— Saneamiento de la nulidad. La nulidad se considerará saneada, en los siguientes casos: (...)

5. Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el juez seguirá conociendo del proceso.

En todo caso, el rechazo de la nulidad alegada se constituye en una decisión acertada, pues la misma se funda en hechos que pudieron alegarse en excepciones previas (Artículo 143 inciso 4°), circunstancias todas éstas que de contera frustran el buen suceso de la acción de tutela que promovió OSCAR JOSÉ MESA CAICEDO, por falta del elemental requisito de la subsidiariedad.

Sentencia de tutela de primera instancia (T-153-13) del 12 de noviembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: niega la tutela impetrada.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES - La tasa de interés máxima permitida para los créditos comerciales no se aplica a los créditos de vivienda regulados por la Ley 546 de 1999.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 546 de 1999; Resolución Externa 008 de 2006, Banco de la República.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-955 de 2000, T-162 de 1998, C-590 de 2005, T-937 de 2001, T-552 de 2001 y T-1180 de 2001.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)El problema jurídico que plantea la acción constitucional consiste en determinar si ¿la decisión de aprobar la liquidación del crédito, producto de la aplicación de la tasa de interés máxima permitida para créditos comerciales, a un crédito que como se dijo en la sentencia debía aplicarse la ley 546 de 1999, configura una vulneración del derecho fundamental al debido proceso por configuración de una vía de hecho?

A fin de solventar al anterior planteamiento debe dejar en claro el Tribunal, que uno de los puntos de derecho sobre el cual recayó la discusión procesal que generó el proceso ejecutivo materia de ataque, tuvo que ver con la naturaleza de la obligación. La parte demandante argumentaba que se trató de un crédito de libre inversión; sin embargo ello quedó descartado en la sentencia que profirió este Tribunal en donde se dejó claro que:

Acerca de la aplicación de la ley 546 de 1999 al presente crédito.

De acuerdo a lo que hasta ahora se ha dicho, es evidente que el citado compendio normativo es aplicable, en su integridad, al crédito que se recauda en este proceso. Ciertamente, se trata de un préstamo otorgado bajo la modalidad de vivienda, y si bien no coincide en su fecha de perfeccionamiento con la compra por parte de la deudora del bien hipotecado, o con las construcciones denunciadas sobre el mismo, ese fue el destino que se le dio desde un principio, y el mismo no se desvirtuó por la parte que alegó en contrario (demandante, quien no obstante aplicarle al crédito dicha ley, como se observa desde la propia demanda, se ha ocupado a su vez y en forma inexplicable a sostener que se trata de un crédito de libre inversión)...

(...)

Y es más: desde el propio hecho 15 de la demanda, la acreedora admitió que se trataba de un crédito para vivienda, al convertir el valor de la obligación original de pesos a UVR, de conformidad con la ley 546 de 1999, norma que, no sobra recordarlo, es aplicable exclusivamente para los créditos otorgados para financiación de vivienda individual. Entonces cualquier disputa que sobre el punto se introduzca, máxime cuando proviene de la propia demandante, es por completo inaceptable.

En conclusión, si bien es cierto que ni en el pagaré ni en la escritura pública que contiene el gravamen hipotecario se dejó constancia de que se trataba de un crédito para financiación de vivienda, lo cual no desmerita para nada dichos instrumentos, lo cierto es que de los documentos obrantes en el proceso ...y de la propia postura procesal asumida por la parte demandante, la Sala se convence que se trató de un crédito en la mencionada modalidad y no de ningún otro.

En consecuencia, si al presente crédito son aplicables las disposiciones de la ley 546, ello también por supuesto comprende su espíritu y lo que al examinar su exequibilidad señaló la Corte Constitucional sobre las tasas de interés:

En el asunto *sub exámine*, a pesar de haber quedado totalmente claro que el crédito debió atenerse a lo establecido por la ley 546 de 1999, ello ha sido desconocido por el Juzgado accionado a lo largo del proceso, después que se profirió el fallo de segunda instancia, en tanto las liquidaciones aprobadas del crédito, hasta la última avalada con auto del 19 de junio de 2013, han tomado la obligación como si se tratara de un crédito comercial, al cual le han aplicado la tasa máxima de usura, situación que raya con lo que la jurisprudencia considera un defecto sustantivo.

En efecto, desde el 18 de mayo de 2011 y ahora últimamente en la liquidación adicional avalada con auto del 19 de junio de 2013, el juzgado ha venido incurriendo en el mentado yerro, los cuales han arrojado unos elevados intereses de mora, ascendiendo la última vez éstos a la suma de \$87.668.077, los cuales no se acompañan con el espíritu de la ley 546 de vivienda ni con la sentencia C-955 de 2000 que estudió su constitucionalidad.

Sin duda en el asunto *sub exámine* el Defecto sustantivo se encuentra configurado, pues pese a que se trata de un crédito de vivienda, el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA ha aplicado insistentemente la tasa máxima de

usura establecida en el artículo 884 del Estatuto Mercantil, que como se dejó claro no aplica para créditos de esta clase.

Se debe aclarar que no se ataca el monto de la obligación, pues como quedó establecido previa práctica de experticias, el capital al 01 de enero de 2000 ascendía a la suma de \$27.957.001. Sin embargo, lo que configura la vía de hecho estriba en la tasa de interés con la que se ha venido liquidando desde otrora la obligación, aun cuando no se trata de un crédito comercial sino de un crédito de vivienda al que son por disposición de la ley 546 aplicables las tasas máximas para este tipo de créditos fijadas por las Resoluciones externas del Banco de la República, entre ellas la 08 de 2006, por citar alguna.

En este orden de ideas, como quiera que el precedente resulta lo suficientemente claro, sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se amparará el derecho fundamental al debido proceso invocado por la parte actora, dejando sin efecto los autos de fecha 18 de mayo de 2011 y 19 de junio de 2013 (Auto No. 295) aprobatorios de las liquidaciones del crédito; y en su lugar se ordenará al JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA que para aprobar a futuro la liquidación, deberá estarse a lo aquí resuelto en cuanto a los límites máximos de las tasas de interés de créditos en moneda legal. En la próxima liquidación deberán tenerse en cuenta, uno a uno y desde las fechas de entrega a la parte demandante, los abonos provenientes de la parte deudora.

Por ser accesorio, la presente sentencia de tutela comprende todas las actuaciones que dependan de la liquidación del crédito, incluyendo la adjudicación que se hizo del inmueble a favor de la demandante por cuenta de su crédito con auto del 26 de enero de 2012, toda vez que para que ello proceda debe estar establecido el monto del crédito, lo que aquí quedó sin efecto (Num. 3° Artículo 557 Código de Procedimiento Civil).

Sentencia de tutela de primera instancia (T-154-13) del 12 de noviembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: concede la protección solicitada.

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO ENTRE COMUNEROS – El comunero que pretende la declaración de pertenencia debe demostrar el inequívoco ejercicio de la posesión en forma exclusiva y excluyente.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 673, 762, 764, 2518, 2528 y 2532.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 29 de enero de 1966, del 2 de mayo de 1990, del 4 de abril de 1994, ponencia de Nicolás Bechara Simancas, del 16 de abril de 1998, con ponencia de Nicolas Bechara Simancas y del 29 de octubre de 2001, expediente 5800.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Luego, dentro de este marco teórico debe dilucidarse ¿si en este caso, es factible que la demandante adquiera por prescripción extraordinaria de dominio, el 50% del inmueble objeto de la litis, por cuanto, en sentir del apoderado de la actora, está demostrado que su prohijada cumple con todos los requisitos exigidos en la ley para adquirir por tal modo, y entonces, la *a quo* se equivocó al considerar que no era posible prescribir el intangible de un derecho proindiviso?

Para responder iniciaremos por precisar que el artículo 407,3 del Código de Procedimiento Civil, al referirse a la prescripción entre comuneros, establece:

Art. 407 - Declaración de pertenencia. En las demandas sobre declaración de pertenencia se aplicarán las siguientes reglas:

(...) 3. La declaración de pertenencia también podrá pedirla el comunero que con exclusión de los otros condueños y por el término de la prescripción extraordinaria, hubiere poseído materialmente el bien común o parte de él, siempre que su explotación económica no se hubiere producido por acuerdo con los demás comuneros o por disposición de autoridad judicial o del administrador de la comunidad. (negrillas fuera de texto)

En consecuencia, corresponderá al copropietario prescribiente que ha invocado la usucapión, probar básicamente que sobre el bien pretendido, ha ejecutado actos positivos que revelen posesión a título individual, de forma exclusiva y excluyente frente a los otros copropietarios, desde luego por el tiempo que la ley prevé para cada caso.

En el caso en particular no existen dudas acerca del carácter comercial del bien pretendido en usucapión, circunstancia constatada mediante el certificado de tradición allegado, por lo que sin mayores cavilaciones, que a la postre resultarían innecesarias, se comprueba que el inmueble solicitado por la demandante en prescripción, es de aquellos que pueden enajenarse libremente, pues no se encuentra enmarcado dentro de alguna de las excepciones previstas por el legislador para ser adquirido por prescripción.

Sin embargo, en cuanto al primero de los elementos arriba enlistados, es decir, que la posesión material sea ejercida por el demandante, cabe precisar que al confrontar la definición dada por el legislador en el artículo 762 del Código Civil, sobre la posesión como *“la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”*, con las pruebas adosadas, concluye la Sala de Decisión que el ánimo de señorío de la demandante, es decir los actos de dominio ejercidos sobre el inmueble, no fluye de manera diáfana en el caso de marras.

En efecto, son varias las pruebas y hechos que, contrario a lo sostenido por el apoderado de la actora, demuestran que la señora AMPARO ALTAMIRANO RODRÍGUEZ, no ha ejercido actos de dominio por el término requerido por la ley, veamos porque:

Revisado el folio de matrícula inmobiliaria 384-10699 correspondiente al inmueble a usucapir, se establece que fue adquirido por la señora AMPARO ALTAMIRANO RODRÍGUEZ el 30 de enero de 1990, y a que a raíz del fallecimiento de su cónyuge

DANIEL o PLÁCIDO DANIEL VÉLEZ BORJA, por vía de sucesión la titularidad pasó en común y proindiviso a la demandante en calidad en cónyuge supérstite en un 50%, y el restante 50% a sus hijastros DANIEL, HÉCTOR HERNÁN, CARMEN TULIA, LUZ STELLA y BERTHA INÉS VÉLEZ BONILLA, según sentencia proferida por el Juzgado 3º Civil Municipal de Palmira, de data 7 de junio de 1994.

De lo anterior se desprende, que la señora AMPARO ALTAMIRANO RODRÍGUEZ, actualmente es propietaria de una cuota parte del inmueble que depreca se declare adquirió por prescripción extraordinaria de dominio; cuota parte que le fue adjudicada con posterioridad a la fecha en que alega adquirió la posesión, en el trámite de liquidación sucesoral de su cónyuge, situación que no la imposibilita para acceder a ella, conforme con lo aclarado desde pretérita data por la Corte Suprema de Justicia, cuando señaló:

Tratándose de la prescripción entre comuneros, autorizada por el artículo 1 de la ley 51 de 1.943, la simple circunstancia de que el usucapiente hubiera adquirido posteriormente al día en que entró en posesión algunos derechos proindiviso en el predio de cuya declaración de prescripción se trata, no lo imposibilitaría para alegar prescripción adquisitiva de dominio sobre el inmueble total, previo el lleno de los elementos configurativos de la posesión durante el tiempo requerido por la ley, desde luego que la intención de esas adquisiciones podría tender, no a destruir su propio animus domini excluyente, anterior a los actos de tales adquisiciones, sino a consolidar y a reafirmar aquel ánimo.

Luego, para el triunfo de su pretensión, y por tratarse de una prescripción de un comunero frente a los demás condóminos, requería la demandante, demostrar el inequívoco ejercicio de la posesión en forma exclusiva y excluyente, mediante actos de explotación económica por el término de prescripción extraordinaria, esto es, por el término de 20 años. De tal manera que, como lo dejó en claro el alto tribunal “...Desde este punto de vista la exclusividad que a toda posesión caracteriza sube de punto, si se quiere; así, *debe comportar, sin ningún género de duda, signos evidentes de tal trascendencia que no quede resquicio alguno por donde pueda colarse la ambigüedad o la equivocidad*”.

Sin embargo, de las pruebas obrante en el plenario, se establece que la señora ALTAMIRANO RODRÍGUEZ, ha venido reconociendo la titularidad del 50% del inmueble de marras en cabeza de otras personas, en efecto, en la sentencia dictada el 24 de julio de 2006, emanada del Juzgado 2º Penal del Circuito de Palmira, se plasmó:

Así mismo actuó dolosamente, pues de su injurada se deriva que tenía pleno conocimiento que el comportamiento era malintencionado, al dejar entretener el inconformismo con que sus hijastros fueran co-propietarios del inmueble que ella comprara en vida del padre de éstos, máxime cuando dijo que las otras propiedades fueron adjudicadas todas a ellos y por eso buscó una solución a su problema; obsérvese que *tenía tal conocimiento que refirió que el pleito aún no había terminado y ello, los herederos, continuaban siendo dueños de la propiedad*, y hasta trató de justificar su actuar ilícito, mencionando todos los problemas familiares surgidos, según ella causados precisamente por los hijos del difunto.” (Subrayado fuera de texto).

Entonces, es claro que la señora AMPARO ALTAMIRANO, en la declaración que rindió el 21 de marzo de 2001 dentro de la acción penal que se le siguió, según se establece de la lectura del mencionado fallo, reconoció a sus hijastros *como copropietarios del inmueble, y que éstos continuaban siendo dueños del 50% del mismo*, y desde esa data, a cuando se presentó la demanda de pertenencia, 11 de febrero de 2010, no había transcurrido el término de 20 años exigido por la Ley para adquirir por la vía extraordinaria, pues únicamente transcurrieron escasos 9 años.

Pero es más, nótese que el citado proceso penal surgió en razón de la suscripción de la escritura pública 925 del 28 de agosto de 1996, por la cual la señora ALTAMIRANO RODRÍGUEZ, presuntamente adquiría por compra al señor HOFFMAN LÓPEZ RODRÍGUEZ, el 50% del inmueble de marras, que según éste había adquirido por compra a los herederos aquí demandados.

Escritura que a la postre no fue registrada, y si bien finalmente la acción penal terminó por prescripción de la acción, de todas maneras se pudo establecer que los herederos del señor DANIEL o PLÁCIDO DANIEL VÉLEZ BORJA, nunca transfirieron los derechos de cuota en la sucesión de su progenitor, tal como se precisó el mencionado fallo:

Así las cosas, con apoyo en lo sostenido por la Corte, considera el despacho que lo consignado por la señora AMPARO ALTAMIRANO en la Minuta de compraventa fechada “agosto de 1996” (obrante a folios 8 y 10 del c. o.), y que suscribiera con el señor HOFFMAN LÓPEZ RODRÍGUEZ, constituye una verdadera Falsedad en Documento Privado, pues está demostrado que el 50% del inmueble que pretendía comprar no era de propiedad del vendedor HOFFMAN LÓPEZ, y que de dicho documento se siguió la expedición de la Escritura No. 925 del 28 de agosto de 1996, por parte de la Notaría 4ª de Palmira, (folios 4 y 5 del c. o.), resultando engañado este funcionario...

Pero lo más importante y de cara a lo que interesa a esta acción posesoria, es que la señora ALTAMIRANO RODRÍGUEZ reconoció al momento de la suscripción de la citada escritura, un tercero como propietario del 50% del inmueble objeto de usucapión, luego, no es aceptable que ahora, a efecto de lograr sacar adelante las pretensiones de la presente demanda, se diga que actuó como señora y dueña de la totalidad del inmueble desde cuando estando en vida su cónyuge, adquirió el inmueble, pues de haber sido así, no habría concurrido a la suscripción de la mencionada escritura.

Aunado a lo anterior, al revisar el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor de la señora ALTAMIRANO RODRÍGUEZ, contra la sentencia penal mencionada, que por cierto es el mismo profesional del derecho que en este proceso actúa como apoderado, sostuvo:

Sigue el señor Juez manifestando, que las pruebas recaudadas conllevan a demostrar que Amparo Altamirano, engaña al Notario Cuarto de Palmira, en la Escritura 925 que con el respeto que merece, no entiendo el porqué como y cuando, porque el mismo Juez, no lo explica, lo cierto es, que mi

Defendida firma una Escritura comprando Derechos que le vendía legal aparentemente, el Señor López, conocido por la misma por ello a mi Juicio no existe ningún engaño... (subrayado fuera de texto)

De tal manera que, el abogado de la actora también reconoce que su prohijada concurrió, según él de buena fe, *-pues no sabía que quien le vendía realmente no era el propietario de los derechos transferidos-* a la Notaría 4ª de Palmira, para tratar de adquirir el 50% del inmueble que ahora alega ha poseído en su totalidad sin reconocer dominio ajeno, lo cual conlleva a que caiga en una contradicción, pues las cosas no pueden ser y no ser al mismo tiempo, en tanto, si se creía señora y dueña del inmueble desde el momento de su adquisición, entonces no tenía por qué tratar de comprar derechos de cuota sobre el mismo.

En conclusión, independientemente de la discusión jurídica de si es factible o no adquirir derechos de cuota por vía de prescripción adquisitiva de dominio entre comuneros, cuando son intangibles los derechos proindiviso por ser necesario para la prosperidad de la acción posesoria la singularización del bien, lo cierto es que, en el evento de que se aceptara la tesis de que sí es posible, de todas maneras en el sub lite no se cumplen la totalidad de los requisitos que doctrinaria y jurisprudencialmente se han establecido para la prescripción entre comuneros, los cuales se sintetizan en:

- a) Que el comunero haya poseído el bien cuya usucapión pretende descociendo a los demás copropietarios, es decir, mediante el probado comportamiento como señor y dueño, y
- b) Que la posesión se haya ejercido durante el tiempo exigido por la Ley, en este caso, en un término no inferior a 20 años, pues indudablemente, pues no podría alegar una posesión ordinaria, en tanto sólo respecto de la cuota parte de la cual es dueño podría hacerlo.

Pues, tal como quedó probado anteriormente, la actora no se ha comportado durante el tiempo exigido por la Ley, como señora y dueña, en tanto ha reconocido a terceros como dueños del 50% del bien raíz que pretende se declare adquirió por prescripción extraordinaria de dominio, esto es, al momento de intentar comprar ante la Notaría 4ª de Palmira tal porcentaje, y más recientemente cuando ante autoridad judicial reconoció que sus hijastros eran co-propietarios del mismo.

Así las cosas, al no existir prueba sobre el *animus domini* necesario para el triunfo de la pretensión reclamada y durante el tiempo exigido por la Ley, tal y como se exige para que se pueda declarar la adquisición por vía de prescripción adquisitiva de dominio, se habrá de confirmar el fallo de primera instancia, pero por las razones indicadas en esta providencia, y sin costas en esta instancia, por no estar causadas.

Sentencia de segunda instancia (2010-00091-01) del 12 de noviembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: confirma la sentencia apelada.

DERECHO A LA SALUD - La cirugía de abdominoplastia posbariátrica está incluida en el plan obligatorio de salud/ DERECHO A LA SALUD EN EL RÉGIMEN

SUBSIDIADO – La atención en salud corresponde a las EPS y la financiación a la respectiva entidad territorial.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 806 de 1998, artículo 31; Ley 10 de 1990, artículo 2; Ley 1122 de 2007, artículo 20; Ley 1438 de 2011; Ley 715 de 2001, artículo 43; Resolución 548 de 2010.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-179 de 2008, t-414 de 2008, T-004 de 2012 y T- 780 de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas, son dos los problemas jurídicos que deben resolverse en esta ocasión ¿si el procedimiento prescrito por el médico tratante a la accionante es un servicio no POS?, y ¿si a la accionada le corresponde la prestación de las atenciones en salud requeridas por la accionante?

Respecto al primer interrogante cabe acotar que en sentencia T-414 de abril 30 de 2008, con ponencia de la doctora Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional clarificó que lo descrito en el artículo 62 de la Resolución N° 5261 de 1994, que hace referencia a las derivaciones en estómago, bajo código 07630, anastomosis de estómago, incluyendo gastroyeyunostomía y código 07631, anastomosis del estómago en Y de Roux, pueden ser entendidas técnicamente como el procedimiento genéricamente descrito como “*By pass gástrico para cirugía bariátrica*” el cual está incluido en el POS.

Aplicando el anterior criterio jurisprudencial al caso puesto en consideración de la Sala, y efectuada la revisión de los anexos aportados en el cuaderno de primera instancia, se concluye que efectivamente la paciente (hoy accionante) sufría de sobre peso, con diagnostico de obesidad mórbida, razón por la cual fue intervenida quirúrgicamente en octubre de 2010, y de acuerdo a las prescripciones obrantes a folios 5 a 9 del cuadernillo de primera instancia, según descripción del médico tratante, actualmente padece secuela de bye pass gástrico, al tener peso inicial de 98 kg y actual de 64 kg, con dermatocalasia abdominal severa, requiriendo abdominoplastia post bariatrica, así como el consumo de ferroproteína x 40 gr para el control de anemia.

En la Historia Clínica referida se hace hincapié en que la paciente presenta *dermatocalasia abdominal severa como secuela de la cirugía bariatrica* realizada, por ende es claro que los padecimientos que presenta, tienen origen en el tratamiento que recibió para contrarrestar la grave enfermedad que padecía y, en consecuencia, se encuentran ligados a la patología de base que la afectó.

Por tanto, aunque la accionante pudo bajar de peso gracias a la cirugía que se le practicó, dicho procedimiento generó un exceso de piel y flacidez que la afectan físicamente, presentando quemaduras o llagas en los pliegues que resultan muy dolorosas particularmente cuando se produce sudoración, además de hongos e infecciones que generan mal olor.

Para ésta corporación las afectaciones físicas, morales y psicológicas que ha debido soportar la accionante, evidencian el hecho de que el procedimiento por ella solicitado no tiene un carácter meramente estético sino que, por el contrario, buscan contribuir al tratamiento y rehabilitación de la obesidad que sufrió y como las secuelas de dicha enfermedad siguen afectando su posibilidad de existir en condiciones dignas, no existe razones para considerar que su demanda sólo tiene como fundamento el deseo personal de buscar embellecimiento.

En este orden de ideas, es claro que en situaciones como la que es objeto de estudio, el tratamiento de la obesidad no puede limitarse a la práctica de la cirugía bariátrica o sleeve gástrico, ya que ello no garantiza el restablecimiento de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la dignidad humana de los pacientes, pues en estos casos, a pesar de que la mencionada cirugía disminuye el riesgo de mortalidad y evita que la patología base se torne aun más gravosa, las consecuencias generadas en el cuerpo del paciente hacen que se mantenga la afectación de su estado de salud físico y mental debido a los posibles y permanentes dolores, las molestias en la realización de actividades cotidianas como caminar e infecciones en los pliegues de la piel, además de lo que ello conlleva en relación con su salud mental y afectiva.

Ahora, como la H. Corte Constitucional en la Sentencia 004 de 2012, consideró que los procedimientos ocasionados con posterioridad a la realización de una cirugía bariátrica o sleeve gástrico se encuentran incluidos dentro de la cobertura que brinda el plan obligatorio de salud, ya que ninguno de estos tratamientos tiene como objetivo exclusivo el embellecimiento, no hay lugar a que la entidad repita contra el ente territorial en este caso SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE, por los costos en los que incurra con ocasión de la intervención quirúrgica a la cual debe someterse la accionante.

En cuanto al suministro del medicamento denominado FERROPROTEINA X 40 Mg, una vez revisado el Acuerdo 29 de 2011, este fármaco no se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud, razón por la cual, cuando se trate de exclusiones del POS-S., su financiamiento corresponde a la entidad territorial quien ha recibido del Sistema General de Participaciones lo correspondiente para atender a la población pobre en lo no cubierto con los subsidios de la demanda conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 715 de 2001. De igual manera, corresponde a la entidad territorial, en nuestro caso a la SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL VALLE DEL CAUCA, las prestaciones en salud de segundo y tercer nivel de complejidad no cubiertas por el POS-S conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, el artículo 6 de la Ley 10 de 1990 y el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 en concordancia con la ley 1438 de 2.011. De allí que, en principio, corresponde a la entidad territorial los servicios no incluidos en el POS-S.

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

financiación y gestión para la prestación de los servicios no contemplados en el POS-S.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la accionante entre otros busca protección al derecho a la salud y por lo general, desconoce las normas que regulan el régimen subsidiado y el funcionamiento del sistema, por lo que no puede ser afectada por las trabas burocráticas y las negativas de asumir competencia, que de manera alternativa y muchas veces irreflexiva, realizan tanto las EPS-S como los entes territoriales, frente a las prestaciones médicas requeridas

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

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

En el presente caso, resulta claro que debido a la anemia que padece MARTHA CECILIA PANIAGUA MESA, el medicamento no POS-S., le corresponde brindarlo a la EPS-S. EMSSANAR ESS., como llamada en primer lugar a atender las contingencias de salud del antes mencionado pese a que la responsabilidad en el financiamiento corresponde a la entidad territorial, en su totalidad.

Entendido que la EPS., accionada debe brindar a la paciente las prescripciones médicas por el galeno tratante y teniendo en cuenta que no se puede hacer más gravosa la situación de dicha entidad, es obvio que con el fin de evitar el desequilibrio financiero, se autorice que los gastos en los que incurra la EPS-S., con ocasión del cumplimiento a la orden impartida por la *a-quo* y en ésta determinación, sean cubiertos por el correspondiente ente territorial, en este caso, la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, siempre y cuando dichos servicios se encuentren excluidos del POS.S, pues si bien esta Sala en sus últimos pronunciamientos había señalado que la facultad de recobro procedía por ministerio de la ley, lo cierto es, que tal mandato si es viable otorgarlo en los fallos de tutela de conformidad con la sentencia T-780 proferida el 9 de octubre de 2012 dentro del expediente T-3551424 donde con ponencia del doctor LUIS ERNESTO VARGAS SILVA la H. Corte Constitucional señaló:

“...Por lo tanto, puede concluirse, que corresponde al Estado garantizar con recursos propios la prestación del servicio de salud, cuando la persona que requiere del mismo, no tiene la capacidad económica para sufragar su costo;

además se ha reiterado que la EPS es la llamada a prestar el servicio de salud, teniendo la facultad de ejercer el derecho de recobro ante las entidades territoriales correspondientes tratándose de servicios no POS, dentro del régimen subsidiado de salud...”

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

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

En acatamiento de la norma citada, es totalmente procedente en el *sub examine* ordenar expresamente el recobro ante la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, en este puntual caso por el medicamento denominado FERROPROTEINA X 40 Mg y aditamentos que no se encuentren dentro de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado en razón al procedimiento quirúrgico y tratamiento médico que la EPS-S. EMSSANAR debe brindar a la paciente MARTHA CECILIA PANIAGUA MESA, aclarando que no procede dicho recobro por el procedimiento médico denominado ABDOMINOPLASTIA POST BARIATRICA a practicársele a la paciente.

En este orden de ideas, se adicionará el numeral primero de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2013 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira (Valle).

Sentencia de tutela de segunda instancia (T-156-13) del 18 de noviembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: modifica la sentencia impugnada.

EDAD DE RETIRO FORZOSO – La persona que ha llegado a tal etapa no puede ser apartada del servicio si no tiene otros ingresos que le permitan subsistir y no ha sido incluida en nómina.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias C-563 de 1997, C-1037 de 2003, T-012 de 2009, T-865 de 2009 y T-496 de 2010.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)El problema jurídico se centra en establecer ¿si la GOBERNACION DEL VALLE DEL CAUCA vulneró los derechos fundamentales de la accionante, al haberla retirado del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso sin constatar que no tiene otros ingresos para su subsistencia, al encontrarse en trámite un recurso contra la resolución que le reconoció su derecho pensional y no habersele incluido en nómina?

Para responder, resulta necesario verificar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad *inmediatez – subsidiariedad* que demanda el estudio y la viabilidad de la acción de tutela. Frente al primero, basta con decir que al momento de interposición de la acción constitucional sólo había transcurrido un mes desde el proferimiento del acto administrativo de desvinculación; y en cuanto a la subsidiariedad, es reiterada la jurisprudencia en advertir que para controvertir actos administrativos que disponen el retiro de servidores públicos, por el cumplimiento de la edad de retiro de forzoso, habida consideración de que gozan de presunción de legalidad, deben ser demandados mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Empero, en el presente asunto median condiciones especiales, que tornan procedente la acción de tutela e ineficaz el medio judicial referido, tal y como lo concluyó la juez de primera instancia, por cuanto i) el salario constituía la única fuente de ingresos de la accionante, de manera que su desvinculación implicó la pérdida absoluta de sus recursos; ii) se encuentra demostrado que es una persona de una edad avanzada, sin mas recursos que los que le brindaba su salario, iii) la pensión de jubilación aunque fue reconocida, fue recurrida y no se ha efectuado la inclusión en nómina.

Ahora bien, demuestra el informativo que la accionante derivaba su sustento del salario que percibía como Profesional Universitario, adscrita a la Secretaria de Hacienda de la entidad accionada, de manera que a partir de su retiro quedó totalmente desprovista de recursos económicos. Además, se trata de una persona de 66 años de edad que no cuenta con recursos económicos para solventar sus necesidades dado que su sostenimiento sólo lo puede financiar con el pago de su salario o con la pensión de jubilación correspondiente. A lo que se une, que una vez, se le notificó personalmente la resolución mediante la cual se reconoció su derecho pensional, presentó impugnación desde el pasado 12 de agosto de 2013, sin que COLPENSIONES haya emitido un pronunciamiento, o haya materializado su inclusión en nómina de pensionados.

Y si bien la desvinculación de un servidor por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso constituye una medida legal, ella no es absoluta, y por tanto, no puede adoptarse de manera automática como en efecto lo realizó la entidad acusada, dado que en todo caso conforme lo ha determinado la Corte Constitucional debe garantizarse la “*remuneración vital*” mediante el cumplimiento del requisito adicional de la notificación de inclusión en nómina de pensionados.

En el *sub lite*, denotan los documentos obrantes a folios 4 y siguientes del cuaderno de tutela que si bien es cierto existe un reconocimiento pensional por parte de COLPENSIONES, adiado 13 de junio de 2013, decisión notificada personalmente el 26 de julio de 2013 la cual fue recurrida, y sirvió de soporte a la

motivación concentrada en el Decreto 0731 de julio 25 de 2013, por parte de la GOBERNACION DEL VALLE DEL CAUCA, mediante el cual se retira a partir del 1º de Agosto de 2013, del servicio activo a la accionante, también lo es, que no se verificó la notificación de la inclusión en nómina respectiva, infiriendo que la misma se realizaría a partir del mes de agosto de 2.013, sin confirmar que efectivamente la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES cumpliría con esa carga.

Por tanto, el disfrute de la pensión de jubilación que tornaría la medida de retiro razonable y proporcional por cuanto representa otra fuente de sostenimiento para la accionante, no se ha verificado por situaciones que no son imputables a ella.

En ese sentido, debió existir una valoración subjetiva por parte de la entidad accionada sobre las especiales condiciones de la accionante, pues si bien cumplía con la edad de retiro forzoso, no se verificó su efectiva inclusión en nómina de pensionados, dejándola en un estado de vulnerabilidad, pues no cuenta con los recursos que le permitan garantizar su mínimo vital.

Por último, Cabe recordar a la accionada que en el tramite de primera instancia se ordenó la vinculación de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por lo cual no es de recibo la solicitud impetrada en el escrito de impugnación.

Sean entonces las anteriores razones suficientes para confirmar en su integridad la decisión de primera instancia proferida el día 27 de septiembre de 2.013 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago (Valle).

Sentencia de tutela de segunda instancia (T-157-13) del 18 de noviembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: confirma la sentencia impugnada.

DESACATO – La tardanza en el cumplimiento del fallo no es obstáculo para eximir de la sanción.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2591 de 1991, artículos 52 y 53.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, decisiones de tutela 2007-01747-00 (Sala de Casación Civil) del 13 de noviembre de 2007, con ponencia de Jaime Alberto Arrubla Paucar y de la Sala de Casación Penal del 15 de diciembre de 2011, con ponencia de 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.

Es importante igualmente reseñar que en tratándose del incidente de desacato, se debe comprobar la negligencia para el cumplimiento por parte de la persona que resulta sancionada, tal como lo ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia, cuya Sala de Casación Civil ha puntualizado:

...por razón de la dimensión subjetiva que comprende la figura del desacato, ha de tenerse en cuenta que acorde con los artículos 27, 29-2 y 52 del Decreto 2591 de 1991, es indudable que la falta de cumplimiento de las órdenes impartidas en el fallo de tutela no siempre conducen en forma inexorable a la sanción de quien estaba llamado a obedecerlas, pues, se reitera, en este campo la responsabilidad no es objetiva sino subjetiva. Sobre el particular es bastante significativa la posición de la Corte Constitucional reiterada en fallo T-1113 de 2005, según la cual ‘al momento de evaluar si existió o no el desacato, el juez debe tener en cuenta circunstancias excepcionales de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad absoluta jurídica o fáctica para cumplir, las cuales deben estar siempre avaladas por la buena fe de la persona obligada. En este sentido, conviene recordar que la Corte ya ha señalado que no se puede imponer una sanción por desacato: (i) cuando la orden impartida por el juez de tutela no ha sido precisa – porque no se determinó quién debe cumplirla o su contenido es difuso-; (ii) cuando el obligado de buena fe quiere cumplir la orden pero no se le ha dado oportunidad de hacerlo... (Se subraya).

Precisando la misma corporación recientemente:

En efecto, en punto del cumplimiento de las órdenes impartidas en los fallos de tutela se diferencian dos situaciones así: la primera, el incumplimiento, que puede ser producto de diversos factores de índole logística, administrativa, presupuestal, fuerza mayor, etc; la segunda, el desacato, que evidencia una actitud consciente del funcionario a quien le fue dada la orden encaminada a proteger los derechos fundamentales del actor, en el sentido de sustraerse arbitraria y caprichosamente a proceder de conformidad con lo dispuesto, *“como si se tratase de asumir una posición de rebeldía frente a la decisión de la autoridad judicial”*

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.

Descendiendo al caso objeto de estudio, debe señalarse que si bien NELSON RAFAEL VARGAS MUÑOZ y CARLOS ALBERTO QUINTANA TRUJILLO, en sus calidades de Secretaria de Educación y Subsecretario de administración de recursos de dicha secretaria, una vez notificados de la iniciación del incidente de desacato, no se pronunciaron oportunamente en punto del mismo, también lo es, que habiéndose ya proferido la decisión que se revisa por vía de consulta, allegaron a las diligencias copia de la respuesta al derecho de petición SADE 639072 del 04/06/2013, de la cual el interesado ya tiene conocimiento tal como se constató vía telefónica.

Bajo estos supuestos es claro, que habiéndose cumplido el fallo de tutela con el proferimiento de la respuesta al derecho de petición impetrado por el accionante, advierte el Tribunal que no existe mérito alguno para imponer sanciones al Secretario de Educación y Subsecretario de administración de recursos de dicha secretaria, pues recalcase, no obstante la demora en cumplirse el fallo, lo cierto es que a la fecha han cesado los hechos que originaron la vulneración al derecho amparado, razón por la cual habrá de revocarse en su integridad la providencia consultada, para en su defecto denegar el incidente de desacato formulado por el ciudadano WILLIAM VELASQUEZ OSORIO.

Auto 157 del 19 de noviembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: revoca el auto consultado.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES - Si la parte interesada demuestra haber costeadado los gastos y viáticos directa y oportunamente al perito, el juez no puede tener por desistida la prueba pericial aunque dicho pago no se haya efectuado dentro del término señalado mediante auto.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 236, numeral quinto, 361, numeral segundo y 388, inciso tercero.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-162 de 1998, T-937 de 2001, T-1057 de 2002 y T-950 de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el evento *sub examine* la actora OLGA TORRES DE NARVAÉZ, pretende que por ésta vía se reverse la actuación que se desprendió del auto de fecha 24 de mayo de 2013 proferido por el JUZGADO 1° CIVIL MUNICIPAL DE PALMIRA, con el que se tuvo por desistida la prueba pericial de reliquidación de los créditos materia de

demanda ejecutiva. Argumenta la accionante que sí pagó oportunamente la suma de \$200.000 correspondientes a los gastos de viáticos del perito, aunque no a través de consignación como le ordenó el juzgado, sino mediante pago directo que le realizó al perito mismo, como consta en el recibo que aportó con el escrito de reposición contra el auto atacado.

En consecuencia, el problema jurídico que plantea la acción constitucional consiste en determinar si ¿tener por desistida una prueba pericial por no consignarse a ordenes del juzgado los gastos y viáticos del perito dentro del término fijado en auto, a pesar de haberse probado el pago en tiempo por el interesado y directamente al auxiliar, configura una vulneración de su derecho fundamental al debido proceso?

1.1. A fin de dar respuesta a dicho interrogante, importa precisar que conforme al numeral 5° del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil:

(...)

5. En la diligencia de posesión podrán los peritos solicitar que se amplíe el término para rendir el dictamen, y que se les suministre lo necesario para viáticos y gastos de la pericia. Las anteriores solicitudes serán resueltas allí mismo; contra la providencia que las decida no habrá recurso alguno. (Subrayas fuera de texto)

1.2. A su turno, el inciso 3° del artículo 388 del estatuto adjetivo establece:

Ejecutoriada la providencia que fije los honorarios, dentro de los tres días siguientes la parte que los adeuda deberá pagarlos al beneficiario, o consignarlos a la orden del juzgado o tribunal para que los entregue a aquél, sin que sea necesario auto que lo ordene.

En consecuencia la posibilidad que establecen las normas procesales para el pago de los honorarios no se restringe únicamente a consignación en cuenta bancaria a ordenes del juzgado, en tanto es claro que también es válido el pago efectuado directamente al auxiliar de la justicia beneficiario.

En el asunto *sub exámine* es claro para esta Sala, que con la decisión del JUEZ 1° CIVIL MUNICIPAL DE PALMIRA se configuró una vía de hecho por exceso ritual manifiesto, toda vez que al no tenerse en cuenta el pago de los honorarios, tras considerar de un lado, que no se reportó oportunamente, y del otro, que no se hizo mediante consignación como lo ordenó el despacho, se está sacrificando el derecho sustancial de la parte ejecutada, so pretexto de la aplicación de un rigorismo procesal, como el de la perentoriedad de los términos.

En el caso de marras, es claro que si bien la parte no cumplió con estrictez la orden que impartió el juzgado de consignar dentro de los tres días siguientes los gastos por viáticos del perito, no hay duda que sí cumplió con la carga de pagarlos directamente al beneficiario, como lo autorizan las normas reseñadas, y de ello incluso se aportó prueba antes de la ejecutoria del auto que tuvo como desistida la prueba; luego, no pueden anteponerse las formalidades para sacrificar el derecho sustancial de defensa de la parte ejecutada.

Pero además debe advertir el Tribunal que también se configuró un Defecto Fáctico, en tanto el Juzgado en el auto que resolvió la reposición, omitió pronunciarse frente al mérito probatorio del recibo de pago de fecha 22 de mayo de 2013 con el que la parte interesada en la prueba, demostraba el pago oportuno de los gastos para viáticos del perito. Recuérdese que “los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos...”, (artículo 252 inciso 4° ejusdem).

En consecuencia, si operaba a favor del recibo aportado una presunción de autenticidad, el juez accionado estaba en el deber de pronunciarse frente a su mérito probatorio y los motivos que lo llevaban a apartarse de su contenido; sin embargo el juez omitió referirse al mismo al desatar la reposición, incurriendo en un defecto fáctico por falta de apreciación probatoria del mismo.

Con fundamento en estas breves consideraciones se amparará el derecho fundamental al debido proceso invocado por la actora, dejando sin efecto el auto No. 1332 del 24 de mayo de 2013 con el que se tuvo por desistida la prueba pericial solicitada, junto con toda la actuación posterior que de él se haya derivado. En consecuencia, como a pesar de todo el perito alcanzó a rendir su experticia, el juzgado accionado deberá impartirle el trámite que legalmente corresponda a la misma, todo ello a fin de garantizar el debido proceso de las partes.

Sentencia de tutela de primera instancia (T-158-13) del 21 de noviembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: concede la

SALA PENAL:

INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL – En su trámite es dable la imposición de la condena en costas/LUCRO CESANTE POR LA MUERTE DE UN MENOR – La hipotética ayuda económica que en el futuro recibirían sus padres es un perjuicio que carece de certeza.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 25 y 102; Código Penal, artículo 95; Código de Procedimiento Civil, artículo 393, numeral tercero; Acuerdo 1887 de 2003, Consejo Superior de la Judicatura.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 34145 del 13 de abril de 2012, con ponencia del Dr. Sigifredo Espinosa Pérez; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión del 7 de septiembre de 2001, con ponencia del magistrado Silvio Fernando Trejos Bueno; Corte Constitucional, sentencias C-539 de 1999 y C-089 de 2002; Consejo de Estado, Sección Tercera, decisión 12555 del 10 de agosto de 2001, con ponencia del consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Precisamente, en el presente asunto conforme a la decisión recurrida para efectos de determinar una sentencia de condena indemnizatoria se reconoció como víctimas a los ciudadanos Jhon Fredy Ramírez Cano, Yuri Viviana Gallego Quintero, Melva Rosa Gallego Ríos, Jairo de Jesús Gallego, Jairo de Jesús Cano Correa y Rosa María Valencia de Gallego, a quienes se les reconoció perjuicios materiales y morales derivados de la conducta punible; decisión que no fue compartida por el apoderado judicial de la defensa respecto del no reconocimiento de la condena en costas, y por parte de la defensa técnica del acusado y tercero civilmente responsable, entorno de la liquidación del lucro cesante efectuado por el A-quo, por cuando según sus apreciaciones no hay certeza que los menores obitados fueran ayudar a sus familias económicamente entre la edad comprendida de los 18 a los 25 años edad.

A pesar que la Ley 906 de 2004, no establece el procedimiento que se debe seguir para liquidar las agencias en derecho causadas en el trámite del incidente de reparación integral, en virtud del principio de integración de normas, establecido en el artículo 25 de la citada ley, se deben aplicar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

El numeral 3º del artículo 393 del citado estatuto, establece que: “Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establece solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá además en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.”

Como quiera que las costas en un proceso penal, proceden cuando se tramita incidente de reparación integral, se debe aplicar lo consagrado en el numeral 1.11 del artículo sexto del Acuerdo 1887 de 2003, según el cual el monto de las agencias en derecho será de hasta cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes, cuando en desarrollo de un proceso ordinario se surte un incidente o trámite especial.

Si bien es cierto el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartago omitió la condena en costas y su correspondiente liquidación en el fallo objeto de censura y no existiendo impedimento legal para que esta Corporación proceda a su reconocimiento conforme a lo antes señalado, se establece que la gestión del abogado Julio Cesar Valencia Carvajal, fue diligente durante todo el trámite del incidente de reparación integral, asistiendo a cada una de las audiencias previamente programadas, aportando pruebas para establecer los perjuicios materiales y morales reclamados a favor de sus poderdantes, estando incluso dispuesto a conciliar sus pretensiones indemnizatorias, acuerdo que a pesar de haberse logrado fueron incumplidos por los obligados a responder, situación que conllevó a la reapertura del incidente y como consecuencia al fallo que ocupara la atención de la Sala.

Con base en ese referido recuento procesal de intervención del apoderado de las víctimas, dentro del trámite de reparación integral, la Sala considera que el valor de las agencias en derecho debe ser el máximo establecido en el numeral 1.11 del

artículo sexto del Acuerdo 1887 de 2003, esto es, 5 salarios mínimos mensuales legales vigentes por cada una de las víctimas.

A pesar que se trató de un incidente de reparación integral, no se puede dejar de lado que fueron seis las personas afectadas, por lo que el monto de las agencias en derecho se fijará para cada una de ellas; además, la Corte Constitucional al referirse a las agencias en derecho señaló que: “no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aún cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho. No obstante, como lo señalan los intervinientes y lo ha explicado la propia Corte, esos valores son decretados a favor de la parte y no de su representante judicial, sin que deban coincidir con los honorarios pactados entra ésta y aquel”.(subrayado fuera de texto).

Así las cosas, la Sala adicionará el fallo de fecha 29 de agosto de 2013, disponiendo que el valor de las agencias en derecho es de cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada una de las víctimas, quedando en total en \$17.001.000.oo.

Respecto de la inconformidad expuesta por el apoderado de la defensa y tercero civilmente responsable en torno del lucro cesante tasado, debe recordarse que la obligación indemnizatoria, nace jurídicamente frente a la existencia y demostración del perjuicio como elemento esencial constitutivo de responsabilidad civil, demostración que debe brindar certeza, sobre su causación y cuantificación, expresando al respecto nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia: “*Más, como ya lo tiene averiguado la doctrina del derecho, para que un perjuicio sea objeto de reparación económica tiene que ser directo y cierto: lo primero, porque sólo corresponde indemnizar el daño que se presente como consecuencia de la culpa; y lo segundo, porque si no aparece como real y efectivamente causado, sino apenas como una posibilidad de producirse, no entra en el concepto jurídico de daño indemnizable*”.

Ese referente jurisprudencial, permite establecer que la motivación expuesta por el A-quo para acceder al reconocimiento de lucro cesante derivado del deceso de los menores MARCO CANO ESCOBAR Y CRISTIAN CAMILO RAMIREZ GALLEGO, no es viable en este caso, dada improductividad que estos presentaban al momento de su fallecimiento, pues, dicho reconocimiento solo es procedente según lo establece el artículo 1614 del Código Civil cuando la “...ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”.

Con base en lo señalados lineamiento jurisprudenciales y como quiera que en la actuación no obra prueba de los perjuicios materiales ocasionados a las víctimas con ocasión del deceso de sus menores hijos, se revocará parcialmente el numeral primero de la parte resolutive del fallo objeto de censura, dejando sin efectos la condena impuesta por este concepto.

Sentencia de segunda instancia (AC-415-13) del 6 de noviembre de 2013, con ponencia del Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: confirma parcialmente la sentencia apelada.

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.

