

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA
BOLETIN 6 DE 2017

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

RELATORIA

Moreno Macias Henry

Relator

BOLETIN 06

2017



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

SALA DE GOBIERNO 2017 -2018

Presidente Dr. Julián Alberto Villegas Perea

Vicepresidente Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

SALA CIVIL

Presidente Dr. Jorge E. Jaramillo Villarreal

Vicepresidente Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes

SALA DE FAMILIA

Presidente Dr. Juan Carlos Ángel Barajas

Vicepresidente Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos

SALA LABORAL

Presidente Dr. Ariel Mora Ortiz

Vicepresidente Dr. Martín Fernando Jaraba Alvarado.

SALA PENAL

Presidente Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya

Vicepresidente Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

Magistrados que integran la Corporación.

SALA CIVIL

Carlos Alberto Romero Sanchez Flavio Eduardo Córdoba Fuertes
Ana Luz Escobar Lozano Jorge E. Jaramillo Villarreal
César Evaristo León Vergara Homero Mora Insuasty
Hernando Rodríguez Mesa José David Corredor Espitia
Julián Alberto Villegas Perea
Secretaria: María Eugenia García Contreras

RESTITUCION DE TIERRAS.

Aura Julia Realpe Oliva Gloria del Socorro Victoria Giraldo
Nelson Ruiz Hernández
Secretaria: Gloria Lucía Zapata Londoño

SALA DE FAMILIA

Franklin Torres Cabrera Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos
Gloria Montoya Echeverry Juan Carlos Ángel Barajas.
Secretario: Katherine Gómez

SALA LABORAL

Antonio José Valencia Manzano Carlos Alberto Carreño Raga
Aura Esther Lamo Gómez Luis Gabriel Moreno Lovera
Jorge Eduardo Ramírez Amaya Carlos Alberto Oliver Gale
Germán Varela Collazos Ariel Mora Ortíz
Carlos Freddy Aracú Benítez Leomara del Carmen Gallo Mendoza
Elcy Jimena Valencia Castrillón Elsy Alcira Segura Díaz
Secretario: Jesús Antonio Balanta

SALA PENAL.

Víctor Manuel Chaparro Borda Orlando de Jesús Pérez Bedoya
Orlando Echeverry Salazar María Consuelo Córdoba Muñoz
Socorro Mora Insuasty Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear
Roberto Felipe Muñoz Ortíz Juan Manuel Tello Sánchez
Carlos Antonio Barreto Pérez

Secretario: María Cristina Paz

Henry Moreno Macías
Relator

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

INDICE TEMATICO

SALA CIVIL

ACCION DE TUTELA. Debido proceso. Acceso a la administración de justicia. Despacho comisorio. Diligencia de secuestro. Se ordena a la Alcaldía de Cali proceda a dar cumplimiento a diligencia comisionada.

Rad.000 2017 00414 00 (02 08 2017) Acta 067

Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez

CONFLICTO DE COMPETENCIA. Cancelación de Registro Civil

Rad. 000 2017 00001 00

Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez

DESISTIMIENTO TÁCITO. Concordato Preventivo. Aunque no se desconoce la existencia de jurisprudencia nacional relativa a la improcedencia de aplicar la figura del desistimiento tácito a procesos sucesorales, considera la Sala Unitaria que no es viable emplear esa postura interpretativa de forma automática a este tipo de asuntos .

Rad. 003 1998 00605 01

Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez

DESISTIMIENTO TÁCITO Dentro del término concedido al apoderado de la parte actora no fue diligente en cumplir las gestiones para las que había sido requerido, denotando un comportamiento pasivo y desatento frente a la actuación que le correspondía.

Rad. 003 2016 00080 01

Dra. Ana Luz Escobar Lozano

DESISTIMIENTO TACITO. Responsabilidad civil contractual. Al no haberse cumplido con la orden en el perentorio término brindado para notificar a esa demandada, no acatando lo dispuesto en la normatividad procesal vigente y vencerse el término otorgado para ello, resulta inexcusable que el apoderado no haya logrado cumplir con la carga dispuesta por el despacho judicial.

Rad. 013 2016 00157 01

Dr. Homero Mora Insuasty

EJECUTIVO . Requisitos.

Rad.013 2014 00093 01

Dr. Homero Mora Insuasty

EJECUTIVO. Contrato de Arrendamiento.

Rad. 010 2016 00075 01

Dr. César Evaristo León Vergara

EJECUTIVO. Regulación de Perjuicios. Liquidación del Crédito.

Rad. 012 2009 00496 01

Dr. César Evaristo León Vergara

EJECUTIVO SINGULAR. Título valor. Copia al carbón de factura de venta.

Rad. 014 2016 00165 01

Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez

EJECUTIVO SINGULAR- Acción Cambiaria – Factura de venta con título valor y su aceptación – Factura de venta

Rad. 001 2014 0110 01 (5 05 2017) acta 051

Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

EJECUTIVO HIPOTECARIO. Solicitud de Nulidad del Proceso
Rad. 009 1993 12117 02
Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez

EJECUTIVO MIXTO. Desistimiento tácito.
Rad.004 2000 00445 02
Dr. Jorge Jaramillo Villarreal.

NULIDAD PROCESAL. Incidente de nulidad. Indebida representación. Al fundamentarse la causal en una de las permitidas en el ordenamiento jurídico, el a quo no debió rechazarla de plano, si no que debió darle el trámite respectivo y luego resolverla de fondo.
Rad. 009 2015 00299 01
Dr. José David Corredor Espitia.

NULIDAD. Causales de nulidad. Interrupción de la prescripción. A quo erró al interpretar la norma concluyendo prácticamente que las cargas oficiosas suplen las cargas y deberes de las partes.
Rad. 012 2010 00347 01
Dr. Hernando Rodríguez Mesa

PERTENENCIA Interrupción de la posesión. Embargo y secuestro no interrumpen la posesión como elemento para adquirir por prescripción. Suma o unión de posesiones.
Rad. 002 2013 00243 01
Dr. Julián Alberto Villegas Perea

PERTENENCIA Prescripción extraordinaria. Nulidad por trámite inadecuado.
Rad. 003 2013 00238 01
Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN. Indemnización de Perjuicios.
Responsabilidad Civil Extracontractual.
Rad. 000 2015 00862 00
Dr Julián Alberto Villegas Perea

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. Caso fortuito como causa del incumplimiento del contrato de transporte.
Rad. 011 2008 00130 01
Dr. Julián Alberto Villegas Perea

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Integraciones empresariales. Falta de legitimación en la causa por activa
011 2012 00340 01
Dr. Julián Alberto Villegas Perea

SIMULACIÓN. Contrato de donación.
Rad. 008 2012 00156 01
Dr. Julián Alberto Villegas Perea

SIMULACION ABSOLUTA
Rad. 010 2015 00092 02 (03 02 2017)
Dr. Julián Alberto Villegas Perea

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

SALA LABORAL

CONTRATO DE TRABAJO. Convenio asociativo de trabajo. Contrato de prestación de servicios profesionales.

Rad. 010 2014 00679 01 (24 05 2017)

Dr. Germán Varela Collazos

FUERO SINDICAL – ACCION DE REINTEGRO.

Rad. 005 2015 00271 01 (14 03 2017)

Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya

PAGO DE HONORARIOS. Interpretación del contrato de mandato – Intención de los contratantes.

Rad. 010 00878 01 (28 04 2017)

Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya

PENSION DE INVALIDEZ. Pérdida de capacidad laboral. Práctica de la prueba. No es excusa la ausencia de recursos del accionante para la práctica de la prueba, pues en primer lugar, bien pudo solicitar ante el juez el amparo de pobreza para financiar la prueba, en los términos del artículo 160 del CPC.

Rad. 008 2009 00511 02 (30 03 2017)

Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya

PENSIÓN DE INVALIDEZ. Persona con enfermedad degenerativa. Cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez **PENSIÓN DE INVALIDEZ.** Persona con enfermedad degenerativa. Cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez.

Rad. 001 2015 00380 01 (17 05 2017) Acta 198.

Dr. Germán Varela Collazos

PENSION DE SOBREVIVIENTE. El hecho que el demandante no hubiere reclamado la pensión de sobrevivencia una vez falleció su progenitor y el cien por ciento (100%) se hubiera radicado en cabeza de su progenitora esto no implica que hubiere perdido su derecho pensional.

Rad. 009 2015 00107 01 (05 04 2017) acta 148.

Dr. Germán Varela Collazos

PENSION DE SOBREVIVIENTE. En calidad de cónyuge. Convivencia simultánea. Controversia entre Cónyuge y compañera. No toda relación de pareja se encasilla en una verdadera convivencia.

Rad. 014 2014 00326 01 (24 05 2017) Acta 218.

Dr. Germán Varela Collazos

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE Conflicto entre compañera y cónyuge.

Rad. 003 2008 01085 01 (16 05 2017)

Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya

PENSION DE VEJEZ. Beneficiario de régimen de transición. En este caso hay que anotar, que si bien el accionante, ha cotizado hasta abril de 2017, la sala no las tendrá en cuenta porque el aquí demandante continuó cotizando porque fue inducido en error por parte de la entidad de seguridad social, al negarle el derecho pensional mediante Resolución GNR 033191 del 12 de marzo de 2013, cuando para dicha calenda ya tenía reunidos los requisitos para acceder al derecho pensional

Rad. 010 2014 00372 01 (16 05 2017)

Dra. Elcy Jimena Valencia Castrillón

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

SALA PENAL

ACCION DE REVISION. Num. 3 del Art. 192 de la Ley 906.

Conducta punible. Tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos y destinación ilícita de bien inmueble.

Rad. 000 2015 00389 00 (25 05 2017) Acta 126.

Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

ACCION DE REVISION. Homicidio en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o Municiones agravado

Rad. 190 2011 02044 (31 05 2017) Acta 140.

Dr. Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear

ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO

Rad. 195 2012 00003 00 (10 02 2017) Acta 065

Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

PRISION DOMICILIARIA. Permiso para trabajar fuera de su domicilio.

Rad.000 2012 00604 01 (26 05 2017) Acta 088

Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez

HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA.

Rad. 190 2007 00888 (24 04 2017) Acta 088

Dr. Víctor Manuel Chaparro borda

NULIDAD. Vulneración al debido proceso. Irregularidad sustancial.

“El hecho de que el Juez haya decidido no acceder a la petición que por tercera vez le hizo la Fiscalía en el sentido de ordenar la conducción de las dos testigos presenciales de los hechos, quienes se mostraron renuentes a comparecer al juicio y haya resuelto continuar con la práctica de pruebas de la Defensa tras lo cual declaró clausurado el debate probatorio y profirió la sentencia absolutoria, constituye irregularidad sustancial.”

Conducta punible: Hurto agravado en grado de tentativa y porte ilegal de armas de fuego

Rad. 193 2013 09298 (22 05 2017) Acta 119.

Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

Prevaricato por Acción, Prevaricato por Omisión, Peculado por Apropiación en favor de terceros y Cohecho Propio. Dosificación punitiva. Perjuicios y subrogados Prevaricato por Acción, Prevaricato por Omisión, Peculado por Apropiación en favor de terceros y Cohecho Propio. Dosificación punitiva. Perjuicios y subrogados

Rad. 000 2013 00445 00 (22 05 2017) Acta 147.

Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

Salvamento de Voto. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

PRUEBA SOBREVINIENTE. Solicitud de prueba sobreviniente. Concierto para delinquir agravado, Hurto calificado agravado, Utilización ilegal de uniformes e insignias, Homicidio agravado, Homicidio agravado tentado y Fabricación, tráfico y porte de armas, Municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o Explosivos.

Rad. 193 2014 03293 (23 05 2017) Acta 133.

Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz

PRUEBA TESTIMONIAL. Descubrimiento tardío de un elemento de material probatorio

Conducta punible: Actos sexuales con menor de 14 años Agravado.

Rad. 193 2016 17703 00 (19 04 2017) Acta 081 A

Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

USO DE DOCUMENTO PUBLICO FALSO, FRAUDE PROCESAL Y PECULADO POR APROPIACION EN LA MODALIDAD DE CONTINUADOS, COAUTORIA.

Adulteración de datos como semanas cotizadas y nombres en historias laborales para concesión de pensiones.

Rad. 002 2010 00193 00 (19 05 2017) Acta 141.

Dr. Juan Manuel Tello Sánchez

SALA CIVIL

CONFLICTO DE COMPETENCIA. Cancelación de Registro Civil.

Extracto:

“Dicho en otras palabras, y en ello radica la importancia de lo expuesto para el caso bajo estudio, ante la puntual causa que origina la solicitud de cancelación de registro civil incoada por la actora, tal pedimento puede elevarse por la vía judicial, en tanto comporta un tipo de alteración o modificación que no puede efectuarse ni por el funcionario de registro ni a través de escritura pública, pues conforme a lo establecido en el artículo 91 del Decreto 1260 de 1970, esas situaciones están reservadas para los casos en que sólo se pretende ajustar la inscripción a la realidad, donde claramente no cabe un evento de cancelación de registro, contexto en el cual se elimina por completo la inscripción, variando así toda la situación jurídica derivada de la misma, a la que hace referencia el estado civil (artículo 1º ibídem), representando en ella.

En ese orden, esto es, teniendo claro que la pretensión de cancelación elevada por la demandante comporta una alteración de su estado civil reservada a los jueces, no cabe duda que le asistió razón al Juzgado 6º Civil del Circuito de esta ciudad, pues ciertamente al tenor del numeral 2º del artículo 22 del C.G.del P., a los Jueces de Familia les corresponde conocer de “la investigación e impugnación de la paternidad y maternidad **y de los demás asuntos referentes al estado civil que lo modifiquen o alteren**”.

Por supuesto, como advirtió el referido juzgado civil, tal competencia no puede confundirse con aquella establecida en cabeza de los jueces civiles municipales, en el numeral 6º del artículo 18 del actual estatuto procesal, a cuyo tenor, estos serán competentes para conocer -a través del proceso de jurisdicción voluntaria (artículo 577 ibídem)- de “la corrección, sustitución o adición de partidas de estado civil o de nombre o anotación del seudónimo en actas o folios del registro de aquel, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios”.

En efecto, se itera, según viene de verse, no se trata en este caso ni de la corrección, ni sustitución o adición de una partida del estado civil, sino de la cancelación de la misma, cuestión que no se encuentra asignada a los jueces civiles, quienes si bien pueden adelantar el proceso de jurisdicción voluntaria invocado –erróneamente- por la demandante, no tienen a cargo los asuntos relacionados con la modificación o alteración del estado civil, a la cual se contrae este caso, en tanto la pretensión (cancelación de registro), sin lugar a dudas implica una afectación del mismo.

Queda entonces claro que fue voluntad del legislador asignarle a la especialidad familia, el conocimiento de los procesos relacionados con la alteración o modificación del estado civil, y que por ende, la competencia para conocer de este asunto radica en el Juzgado 1º de Familia de esta ciudad, que conoció inicialmente del asunto, quien atendiendo el yerro presentado en el tipo de proceso incoado, al estudiar la admisión de la demanda deberá efectuar los controles de rigor con miras a establecer el procedimiento a seguir.”

Rad. 000 2017 00001 00 (21 04 2017) Acta 001.M.P.Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

SALA MIXTA
CONFLICTO DE COMPETENCIA
ORDINARIO LABORAL
EJECUCIÓN DE FACTURAS POR SERVICIOS ORIGINADOS EN LA PRESTACIÓN DE
SERVICIOS DE SALUD
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL
PAGO DE SERVICIOS DE SEGURIDAD SOCIAL

“El 27 de mayo de 2016, ante la justicia laboral, fue presentada demanda “ordinaria laboral”, que correspondió conocer al Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, con la demanda se persigue que se declare que XXXX tiene la obligación de reconocer y pagar el valor de los servicios prestados por la sociedad demandante a los pacientes de XXXX (ambulatorios, urgencias, hospitalización, cirugías, “NO POS”).” (...)

“En virtud del artículo 18 de la Ley 270 de 1996, las Salas Mixtas de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial son competentes para decidir los conflictos de competencia que se susciten entre Juzgados del mismo Distrito Judicial y de distinta especialidad de la jurisdicción ordinaria, en consecuencia, es en Sala Mixta del Tribunal del Distrito Judicial donde se debe determinar a quién corresponde conocer el proceso ya enunciado, debiendo determinar en concreto si la demanda se enmarca o no dentro de los asuntos previstos en el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Antes de tomar la determinación que corresponde, la Sala constata que las pretensiones de la demanda son declarativas y no ejecutivas como erradamente lo apreciaron los Juzgados en conflicto, evidentemente la sociedad demandante pide: “Se declare que XXXX tiene la obligación constitucional y legal de reconocer y cancelar el valor de los servicios prestados por mi mandante SOCIEDAD XXXX a los pacientes de XXXX originados de la atención prestada por SOCIEDAD XXXX, a través de su establecimiento de comercio XXXX, como consecuencia solicita se condene a la demandada a pagar las sumas de dinero contenidas en 7.062 fotocopias de facturas por prestación de servicios de urgencias. “NO POS”, tales como hospitalización, entre otros conceptos (Fl. 1 C. Ppal.).

Visto lo claramente pretendido por la empresa demandante, al Juez no le es dable cambiar la naturaleza de las pretensiones para entender que se trata de la ejecución de unas copias de facturas que junto a otros documentos como contratos y registros se aportan como pruebas y no como títulos de ejecución, más aun cuando lo apropiado es un proceso declarativo cuando no hay suficiencia de forma y fondo en lo que podía ser un título de ejecución, de ahí que el juez no pueda descartar las pretensiones declarativas para acomodarlas a lo que a su entender ve probable porque desconocería la facultad dispositiva del demandante (Art. 8 C.G.P.); en el asunto no hay duda que la sociedad demandante no pide la ejecución de obligaciones expresas, claras, exigibles y liquidables contenidas en títulos valores sino que se declare que existen obligaciones pecuniarias a cargo de la EPS anexando y pidiendo varias pruebas entre ellas unas fotocopias de facturas como respaldo de la obligación.

Así entonces, se trata de una demanda declarativa cuya competencia no se rige por el numeral 5º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social cuyo precepto se refiere a los procesos ejecutivos, se trata de un proceso declarativo de la existencia de unas obligaciones cuya competencia se determina por el numeral 4º del artículo 2º del mismo estatuto, norma que adjudica la competencia de las controversias sobre seguridad social a la justicia laboral, bajo el siguiente texto:

“ARTICULO 2º. COMPETENCIA GENERAL. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:

[...]

4.- Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”.

De la lectura de la norma y su entendimiento contextual es claro que del conocimiento de los jueces laborales excluyó los conflictos “relacionados con contratos”, pero no puede entenderse que cuando se refiere a ellos lo hace en relación a “todos los contratos”, pues absurdo sería considerar excluido inclusive el contrato de trabajo y las relaciones del sistema de seguridad social, en ese orden teleológico se entiende que los contratos excluidos del conocimiento del juez laboral no son otros que los de naturaleza civil o comercial que no han sido ni son propios de la especialidad del juez laboral.

En efecto, las instituciones que pertenecen al sistema de seguridad social integral entre ellas las entidades promotoras y prestadoras de servicios de salud, públicas, mixtas o privadas, tienen contratos propios del sistema pero también negocios civiles o comerciales, últimos entre los cuales se encuentran los contratos de arrendamiento de locales, equipos médicos, paramédicos o de maquinaria, consultorías, suministro de papelería, compra de medicamentos, mutuos, hipotecas, seguros, fiducias, mandatos, etc; sin embargo, los contratos que las empresas prestadoras de salud celebran con las instituciones prestadoras de salud para desarrollar de manera directa la prestación del servicio de seguridad social, no pueden calificarse como civiles o comerciales, pues sus fines y propósitos son materias reguladas por el sistema de seguridad social integral dentro del rol de operatividad y eficiencia del sistema. Las EPS a efectos de garantizar dirigen los servicios de salud que prestan lo hacen a través de las IPS y aceptan modalidades contractuales y pactos de capitación y pago propios del desarrollo del servicio de la seguridad social en salud (Art. 179 L.100/93), los contratos de esta especie son de clara naturaleza prestacional y su cumplimiento o incumplimiento debe ser resuelto por el juez laboral, funcionario que ha sido escogido y preparado para atender la disciplina de la seguridad social (CSJ, ASL 22 ago. 2012, rad. 56923; reiterado APL 3 oct. 13, rad. 00015, APL 5361, 28 ago. 2014; APL 2866, 12 may. 2016, rad. 00034 y; APL 3948, 23 jun. 2016, entre otros).

En el caso, como antes se constató, XXXX demanda la declaración de existencia de obligaciones legales y constitucionales para que se condene a XXXX al pago de servicios de seguridad social que la demandante afirma haber prestado a los pacientes afiliados a esta última, tales como servicios ambulatorios, de urgencias, hospitalarios, cirugías y servicios “NO POS”, de manera que la presente demanda se trata de una contienda enmarcada eminentemente en la prestación de la seguridad social entre entidades que conforman el SSSI, cuyo conocimiento y competencia no puede ser distinta a la justicia ordinaria laboral (Art. 622 C.G.P.)”

Radicación 000 2017 00020 00 (16 08 2017) M.P. Dr. Jorge Jaramillo Villarreal.

DESISTIMIENTO TÁCITO Dentro del término concedido al apoderado de la parte actora no fue diligente en cumplir las gestiones para las que había sido requerido, denotando un comportamiento pasivo y desatento frente a la actuación que le correspondía.

Extracto:

“En el caso estudiado se observa que el demandante por auto notificado el **16 de septiembre de 2016** fue requerido para que publicara el edicto emplazatorio de las personas incierta e indeterminadas y aportara la valla ordenada en el auto admisorio de la demanda en 30 días (fl.170); término que conforme a lo dispuesto en el art. 118 CGP, empezó a correr a partir del día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concedió, es decir desde el 19 de septiembre de 2016 y no desde la ejecutoria de dicho proveído como erradamente lo indica el apelante.

Así las cosas, el término de treinta (30) días corrió desde el **19 de septiembre de 2016**, y descontados los tres días que estuvo cerrado el despacho por Asamblea convocada por Asonal judicial conforme a las constancias secretariales anexas –fl.173-174-175- feneció el

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

03 de noviembre de 2016, habiendo sido proferido el auto que declara la terminación del proceso el **04 de noviembre de 2016**, esto es con posterioridad al cumplimiento del término otorgado.

Lo anterior, deja en evidencia que le asiste razón a la a-quo en su decisión, porque dentro del término concedido al apoderado de la parte actora no fue diligente en cumplir las gestiones para las que había sido requerido, denotando un comportamiento pasivo y desatento frente a la actuación que le correspondía.

En este orden de ideas, es claro que el término de 30 días contemplado en el artículo 317 inciso 1 del CGP transcurrió sin que la parte actora cumpliera con la carga impuesta y que le compete y a la que fue conminada con una orden específica del juez, de manera que cumplidos los supuestos exigidos para la procedencia del desistimiento tácito según lo dispuesto en dicha norma, era viable la aplicación de tal figura para este asunto y la providencia que así lo dispuso habrá de confirmarse, sin que haya lugar a condena en costas a la parte apelante por no aparecer causadas.”

Rad.003 2016 00080 01 (07 05 2017) Dra. Ana Luz Escobar Lozano.

DESISTIMIENTO TÁCITO. Concordato Preventivo. Aunque no se desconoce la existencia de jurisprudencia nacional relativa a la improcedencia de aplicar la figura del desistimiento tácito a procesos sucesorales, considera la Sala Unitaria que no es viable emplear esa postura interpretativa de forma automática a este tipo de asuntos.

Extracto:

“Descendiendo al caso bajo estudio, aparece coruscante que la decisión del a quo debe confirmarse, pues se encuentran reunidos, en este caso, los requisitos establecidos en el numeral 2º del mencionado artículo 317 del C.G. del P., para la terminación del proceso por desistimiento tácito.

En primer lugar, observa la Sala Unitaria que la última actuación acontecida en el proceso (por la cual se avocó conocimiento del asunto), fue notificada a las partes el nueve (9) de septiembre de 2015 (Fl.579 C. 1ª), de donde se advierte que para cuando se emitió el proveído recurrido (12 de septiembre de 2016), efectivamente el proceso se encontraba inactivo en la secretaria del Despacho, siendo claro que tal inactividad se prolongó por el término exigido en la normativa referida (un año).

Surge de lo expuesto que los presupuestos objetivos consagrados para esta forma de terminación del proceso, se presentaron en este asunto, pues concurren el tiempo señalado en la norma con la inexistencia de actuación o solicitud alguna durante el mismo, de tal forma que la terminación del proceso resultaba imperativa.

Puestas así las cosas, las razones que esgrimió el recurrente dirigidas a relieves la existencia de circunstancias que justificaron su inactividad, como aseguró el juez de instancia, no influyen a la hora de evaluar la legalidad de la aplicación de la sanción, pues como ya se dijo, se trata de una causal de naturaleza objetiva, por lo que no hay lugar a calificar la conducta de las partes o del liquidador recurrente.

Dicho en otras palabras, el simple hecho de no haberse adelantado acto procesal alguno, resulta suficiente para colegir la procedencia del desistimiento tácito, por lo que devienen inocuas las afirmaciones y explicaciones que pretende hacer valer el recurrente (relativas a las obligaciones pendientes en cabeza del deudor que le impidieron efectuar la enajenación de activos ante la ausencia de bienes denunciados), para justificar tan prolongado periodo de inactividad.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

Dicho lo anterior, impera señalar que no emergen suficientes para la revocatoria del auto respectivo las alegaciones vertidas por el recurrente en cuanto a que en este tipo de procesos únicamente opera la figura del desistimiento tácito previo requerimiento del deudor, pues además de que ningún razonamiento efectuó el interesado para sostener su tesis, se advierte que la norma procesal aplicable (numeral 2º del artículo 317 del C.G. del P.), expresamente señala que la terminación del proceso por la mera inactividad (esto es, por la causal objetiva), procede frente a cualquier actuación de cualquier naturaleza, de donde aún ante la clase de proceso que nos convoca, la normativa en cita puede ser aplicada.

En este punto, cumple aclarar que no se desconoce la postura adoptada por la jurisprudencia nacional, en cuanto a que “tal sanción [la prevista en el artículo 317 del C.G. del P.], no puede aplicarse de manera automática a todos los juicios civiles y de familia, sino que debe revisarse en forma concreta el asunto y la naturaleza del mismo para determinar su procedencia, pues en atención a las consecuencias que genera su decreto, hacerlo de manera irreflexiva y mecánica generaría en algunas controversias, una abierta y ostensible denegación de justicia. En ese sentido, es que esta Sala ha señalado que en algunos procesos de características particulares, como, verbi gracia, el de alimentos de menores no puede tener cabida la mencionada norma (...).”

También se ha precisado que “aplicar la sanción ante la inobservancia regulada en el precepto citado, no puede ser irreflexiva de las circunstancias especiales previstas en el referido artículo [317 del Código General del Proceso], sino que debe obedecer a una evaluación particularizada de cada situación, es decir, del caso en concreto, para establecer si hay lugar a la imposición de la premisa legal. Lo anterior, porque la actividad judicial debe estar presidida por la virtud de la prudencia, que exige al juez obrar con cautela, moderación y sensateza a la hora de aplicar la ley, más cuando, como en el caso de autos, la aplicación automática de las normas puede conducir a una restricción excesiva de derechos fundamentales, en este caso el derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia (...).”

Sin embargo, como aflora de la misma reseña jurisprudencial, la inaplicación de la figura del desistimiento tácito a determinados asuntos, debe obedecer a un análisis particularizado, el cual en el caso presente no arroja una restricción excesiva de derechos, ni la posible afectación de intereses superiores, de modo tal que no resulta justificado otorgar un tratamiento diferenciado y contrario a la reglamentación general prevista en la ley.

En efecto, el examen del asunto refleja que el proceso de liquidación judicial no involucra – en forma directa- sujetos de especial protección (como los menores de edad, cuyos derechos se han protegido en los antecedentes judiciales citados), al paso que en el litigio no se ve involucrado algún derecho de carácter fundamental, pues la finalidad del asunto y las controversias a dirimir en el curso del mismo, son de naturaleza claramente económica.

Ahora, no pasa desapercibido que la jurisprudencia nacional, tiene por sentado que “los procesos concursales no responden principalmente al interés que aparece a primera vista, esto es el económico, regulado por el derecho privado, sino a la necesidad social de minimizar las implicaciones que supone la crisis de una empresa sobre la economía y la sociedad en general (...), vía por la cual se ha reconocido que estos asuntos involucran un interés público o general de la sociedad, interrelacionado con principios de raigambre constitucional como la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, pues su finalidad es la protección de la economía y la empresa (o el empresario) como fuente generadora de riqueza, justificando así un tratamiento especial para permitirle superar las dificultades que aquella (o este) atraviesa.

En virtud de lo anterior, el artículo 1º de la Ley 1116 de 2016 (aplicable al caso, teniendo en cuenta que la liquidación se tramitó bajo dicha normatividad), establece que el régimen de insolvencia, el cual incluye el procedimiento de liquidación judicial, se encuentra encaminado a “la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor (...) El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor”.

Sumado a lo expuesto, se ha dicho que “los procesos de insolvencia han sido concebidos como mecanismos de estabilización económica, que más allá del saneamiento de las finanzas del deudor con miras al cumplimiento de sus obligaciones ante los acreedores, **pretende propiciar escenarios de reactivación empresarial que redunden en beneficio de toda la sociedad.** Para alcanzar ese cometido los principios de universalidad e igualdad exigen que, entre otras medidas, **se adelanten las gestiones necesarias para asegurar la recomposición de la totalidad del patrimonio del deudor,** como prenda general de sus obligaciones, con el fin de que sea distribuido entre todos los acreedores bajo criterios de equidad, respetando –eso sí- la prelación en el pago dispuesto por la ley”.

No obstante lo anterior, el análisis del caso concreto revela que la terminación por desistimiento tácito no emerge contradictoria con el interés público protegido, pues se advierte que en este asunto se han desdibujado las finalidades que se persiguen con el especial tipo de trámite, como emerge de su evidente dilación (el cual inició hace cerca de veinte años).

En efecto, es posible colegir que el proceso adelantado no ha servido como verdadera herramienta de reactivación empresarial (esa etapa se agotó sin resultados, y sin mayores esfuerzos del deudor), ni como mecanismo de recomposición del patrimonio del deudor, pues como viene de verse el propio liquidador recurrente ha reconocido la imposibilidad de continuar su gestión ante la ausencia de constatación y/o aprehensión física de los bienes del señor xxxxxxxxxxxx (Fl. 512 C. 1 y 581 C. 1ª).

Adicionalmente, tampoco se evidencia que el proceso resulte efectivo para la protección de los acreedores, cuyo interés también está involucrado (“el derecho concursal se funda en el interés general (...) no desconoce el derecho de los acreedores a obtener la satisfacción de su crédito, para lo cual se crea un marco de condiciones generales que debe cumplir la empresa.”). Ciertamente, no llama a dudas que a la fecha los mismos no han visto sufragadas ni siquiera en parte sus acreencias, al paso que ante la inexistencia de bienes denunciados, como ya se dijo, no tienen ni siquiera la expectativa de obtener beneficio alguno en un punto ulterior de este trámite de liquidación patrimonial.

Frente a este ítem, se impone precisar que la terminación del proceso por desistimiento tácito, lejos de afectar los derechos de los acreedores, emerge como una salida válida para superar una situación procesal que no ha hecho otra cosa que paralizar el normal devenir de los créditos en cabeza del deudor, permitiéndoles acceder, si así lo desean, a la satisfacción de las obligaciones en cabeza del señor xxxxxxxxxxxx a través de las vías comunes 8 procesos ejecutivos u ordinarios, según el caso), debiéndose advertir que el tiempo transcurrido hasta la fecha no afecta en nada los términos de prescripción y caducidad que en su contra corren, los que fueron interrumpidos por expresa disposición legal (artículos 102 de Ley 222 de 1995 y 50 de la Ley 1116 de 2006).

Por supuesto que el análisis sobre la viabilidad económica de emprender el cobro de esos créditos corresponderá a cada uno de los acreedores, a quienes no se puede obligar, como hasta ahora, a permanecer en un trámite que no reporta mayores beneficios, con los correspondientes costos transaccionales que ello conlleva (en punto a la atención de un litigio claramente dilatado). Recuérdese que “[estos] instrumentos procesales (...) no pueden convertirse en mecanismos de destrucción, sino en medios para apalancar su resurgimiento, el empleo y **la generación de riqueza para todos los que intervienen en el ciclo económico**”.

Por ese camino, se establece que lejos de cumplirse con los objetivos legales, este trámite se convirtió en una mera carga judicial, que lejos se encuentra de contribuir al crecimiento de la economía o por lo menos minimizar las consecuencias de la crisis económica sufrida por el deudor; por el contrario, la situación inicial del señor xxxxxxxxxxxx empeora día a día

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

(por ejemplo, con el crecimiento de los intereses que adeuda), lo que hace evidente que no es bueno el panorama para su reactivación económica.

En sentido opuesto, parece que el único beneficio obtenido deriva de la paralización casi total de esta tramitación (de la cual el deudor se ha despreocupado), en desmedro de los intereses de los demás intervinientes en la liquidación, conducta que, al menos prima facie, - aparece contraria a la buena fe que rige en materia de insolvencia, pero que en todo caso riñe con la celeridad y eficiencia que deben guiar la administración de justicia.

Por esa vía, cabe añadir que el interés general que persigue este proceso no se afecta con la declaración de terminación por desistimiento tácito, pues dicho interés no persigue que el deudor olvide sus deudas, sino que busca generar un escenario equitativo de cumplimiento de las obligaciones, el cual es absolutamente distante de la realidad que plantea este caso.

Adicionalmente, es claro que el proceso de insolvencia requiere un compromiso serio y el acompañamiento permanente del deudor, quien debe ser el primer interesado en sacar provecho positivo del trámite incoado, sin que en este caso esas características sean predicables del señor xxxxxx, quien ni siquiera pudo ser ubicado por parte del liquidador recurrente, según lo dijo en el informe presentado ante el juez de la causa (Fl.512 C.1).

No varían las anteriores conclusiones, atendiendo lo dispuesto en el pie de página No. 3 de la sentencia C-263 de 2002, en donde se afirmó que por el interés general que revisten estos asuntos no opera el desistimiento ni le son aplicables las normas sobre perención, puesto que además de que tal decisión fue adoptada en fecha bastante anterior a aquella en que ingresó en nuestro ordenamiento la figura del desistimiento tácito, lo cierto es que en ese corto escenario, no se hizo un análisis sobre los razonamientos de tal afirmación, que permita establecer que la misma se antepone a las características especiales del caso najo estudio.

Cumple también advertir que la figura de la perención mencionada se encontraba limitada por voluntad del legislador a cierto tipo de procesos, excluyendo de los mismos en forma expresa los de "liquidación de sociedades", lo que justifica la precisión efectuada en la mencionada providencia, pero no su aplicación al supuesto normativo actual, en cuanto que la norma que consagra el desistimiento tácito partió de una pretensión de aplicación universal (de ahí que el legislador haya puntualizado que es aplicable a todo "proceso o actuación **de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas**" (artículo 317 del C. G. del P.)

Se suma a lo expuesto, que no emergen como obstáculo para la terminación del proceso los efectos que dicha decisión apareja, según los literales f (y g) del numeral 2º del artículo 317 del C.G. del P., esto es, aquellos relativos a la necesidad de esperar para volver a iniciar el trámite; la ineficiencia de la interrupción de la prescripción o la caducidad; y la extinción del derecho pretendido en caso de una segunda terminación por desistimiento tácito.

En efecto, la imposibilidad de iniciar inmediatamente un proceso de liquidación judicial por parte del deudor, emerge como una sanción proporcional a la referida falta de diligencia del deudor (actor), que le ha permitido beneficiarse con la dilación del trámite en detrimento de sus acreedores. Además, cualquiera otro de los sujetos legitimados para solicitar el inicio de un trámite de reorganización y/o liquidación (de conformidad con el artículo 6º de la Ley 1116 de 2006) podrá hacerlo, pues es sabido que en materia sancionatoria la responsabilidad es eminentemente subjetiva.

Se suma a lo anterior que, según viene de exponerse, la medida no aparece restrictiva de los derechos de los referidos acreedores, quienes además cuentan con vías alternativas para la exigibilidad de sus derechos (como ya se dijo, procesos ejecutivos y de ser el caso ordinarios), si es que consideran útil acudir a ellas en procura de la defensa de sus intereses.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

Ahora, aunque la aplicación de la sanción que prevé el literal g) de la norma procesal en cita podría generar dificultades (“extinción del derecho pretendido”), en este caso no parece adecuado equiparar la misma a la imposibilidad de acudir nuevamente al trámite de reorganización o liquidación, pues en este caso no existe ningún derecho en disputa por parte del deudor, de donde se sigue que, en este puntual caso, la sanción correlativa al decreto del desistimiento tácito “por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de las mismas pretensiones” no resulta aplicable, o al menos no debe hacerse bajo el entendido antes descrito.

Del mismo modo, las sanciones relativas a la ineficacia de la interrupción de prescripciones y caducidades debe interpretarse en forma armónica con el objeto del procedimiento, de tal forma que –en términos generales- no puede afectar a los acreedores del deudor en reorganización (o concordato), quienes pueden verse beneficiados de la interrupción de ese término prevista en el artículo 102 de la Ley 222 de 1995 y en los artículos 50 y 72 de la Ley 1116 de 2006).

Al respecto, es preciso agregar que la interrupción de prescripciones y caducidades que opera en la materia (liquidación judicial), no se presenta con ocasión de la presentación de la demanda –como se indica en el literal g) del artículo 317 ibídem-, sino que se produce como “efecto” de la apertura del trámite liquidatorio (artículo 50 de la Ley 1116 de 2006), quedando así evidenciada la diferencia de tratamiento que en el tema se hace frente a los acreedores que no ostentan en este trámite la calidad de demandantes.

Y es que aunque la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “[el desistimiento tácito] no ha de aplicarse a asuntos de naturaleza liquidatoria”, no puede asumirse tal afirmación como suficiente para inaplicarlo a esta clase especial de procesos liquidatorios (concuriales), pues se hizo en el contexto de un proceso de sucesión y con el propósito de señalar que aplicar el desistimiento tácito a esos asuntos implicaría concluir –erróneamente- que “una masa sucesoral jamás podría llegar a ser materia de repartición, dejando a los herederos perennemente desprovistos de su legítima asignación que por virtud de ley les pueda corresponder (...)”.

Por supuesto, la conclusión a la que llegó en aquella ocasión la Corte no aplicaría para el preciso trámite que ahora nos ocupa, en tanto la masa patrimonial a repartir tiene como finalidad atender diferentes obligaciones que, como viene de verse, pueden hacerse exigibles por otras vías. De hecho, aplicar sin miramientos la afirmación antes citada conllevaría concluir que el desistimiento no es aplicable a la etapa liquidatoria del trámite concursal, pero si aquella fase previa de acuerdo entre deudor y acreedores, diferenciación que no cuenta con justificación alguna.”

Rad. 003 1998 00605 01 (15 03 2017) Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

EJECUTIVO. Regulación de Perjuicios. Liquidación del Crédito.

Extracto:

“La inconformidad del apelante corresponde básicamente a que los intereses moratorios ordenados en el mandamiento de pago y en la providencia que dispuso seguir adelante la ejecución se deben liquidar conforme al artículo 884 de la ley mercantil, argumentando que se equivocó el a quo al aplicar los intereses legales del 6% anual, porque no se tuvo en cuenta que los dineros retenidos cumplían una finalidad mercantil, son propiedad de una entidad financiera, y por tanto la medida cautelar impidió el desarrollo de su objeto social y en consecuencia, se dejaron de percibir utilidades de carácter comercial y no civil, como equivocadamente lo entendió el juez de instancia, por lo que solicita el reconocimiento de los réditos comerciales.

Delanteramente ésta Sala de Decisión advierte el fracaso de la alzada, ya que los intereses de mora reconocidos frente a las sumas de dinero que el Banco ejecutante dejó de percibir con ocasión de la medida de embargo y secuestro de una cuenta bancaria, condenas

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

impuestas a través de incidente de regulación de perjuicios, rubro que el juez de primer grado liquidó en virtud de la aplicación de los frutos civiles del 6% anual (artículo 1617 del Código Civil) pero que el censor tasó con base en el artículo 884 del Código de Comercio, resultan conforme a derecho y por tanto los respalda la Sala, por los motivos que explicaremos a continuación:

La medida cautelar se efectuó con fundamento en una orden judicial cuyo propósito descansaba en respaldar una eventual sentencia que acogiera las pretensiones del demandante contra el demandado – propietario del bien mueble – cuenta bancaria- sobre la cual esta recayó, con la única orientación de excluirlo del comercio para cuando sea necesario hacer efectiva la condena.

Los perjuicios derivados del decreto y práctica de medidas cautelares cuando estas se levantan al prosperar los medios exceptivos, se reconocen a través de una providencia judicial, la cual, sin lugar a dudas, origina una obligación dineraria, que frente a la mora del deudor en su pago, genera intereses moratorios legales (artículo 1617 del Código Civil)”

(...)

“De todo lo anterior fluye que no hay yerro alguno en la liquidación de los intereses moratorios civiles realizada por el funcionario de instancia.

Adicionalmente se evidencia que luego que se desembargó la cuenta bancaria sobre la cual recayó la medida cautelar, el ahora ejecutante formuló el respectivo incidente de regulación de perjuicios, para que precisamente se le reconocieran los dineros dejados de percibir con ocasión del embargo y retención de los dineros consignados en dicha cuenta bancaria, y que efectivamente en la orden judicial que aquí se ejecuta se ordenó su cancelación en los siguientes términos:

“Regúlense los perjuicios causados al Banco xxxxxxxxxxxx por el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien deberá cancelar las siguientes sumas de dinero: a) la suma de \$24.357.339 por concepto de indexación del dinero retenido al Banco xxxxxxxxxxxx, b) la suma de \$113.522.104 por concepto de intereses corrientes dejados de percibir por la entidad demandada.” (Fl. 10 C. Tribunal). (Resalta el despacho)

Sin que resulte viable cobrar nuevamente dichos conceptos sobretexto de la presentación de este proceso ejecutivo.

Por lo demás se advierte que los intereses de mora tasados en la liquidación del crédito aquí cuestionada corresponden al retardo del Sr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en el pago de las sumas de dinero reconocidas en la providencia que resolvió el plurimencionado incidente de regulación de perjuicios a favor de xxxxxxxxxxxx Colombia, es decir se trata de los intereses legales moratorios – o de retraso- de carácter civil y no comercial, dejados de percibir (art.1617 C.C.), que operan por la falta de cancelación de las sumas de dinero contenidas en la providencia judicial que declaró además la fecha en que se debía efectuar el pago y no se hizo, y es a partir de este instante que surgió la exigibilidad de dicha obligación dineraria, por tanto los intereses de mora son de naturaleza eminentemente civil.”

Rad. 012 2009 00496 01 (04 05 2017). Dr. César Evaristo León Vergara.

EJECUTIVO SINGULAR- Acción Cambiaria – Factura de venta con título valor y su aceptación – Factura de venta.

“Ninguna discusión existe en el plenario en cuanto a que la factura de venta arrimada en original cumple con los requisitos generales del artículo 621 del Código de Comercio, como también con los señalados en los numerales 1º y 3º del artículo 774 ibídem. Tampoco hay controversia en cuanto a que la factura de venta materia de recaudo no se encuentra firmada por la entidad beneficiaria del servicio y no fue aceptada expresamente.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

Como ya se advirtió, la discusión radica en si se configuro la aceptación tácita de la misma (*aceptación que, como ya se dijo, suple el requisito de la firma de obligado en el documento*), pues mientras que para la parte actora esta se dio a raíz del silencio guardado por la entidad dentro del término previsto en la Ley 1676 de 2013, la demandada alega que la solicitud de documentos que se hizo al actos el día 8 de agosto de 2014 “... *por sí sola tiene la virtualidad de impedir que se configure la aceptación tácita en los términos de la Ley 1231 ya que claramente y de forma inequívoca la entidad había encontrado irregularidades en la misma por lo que precedió a contactar a quien la generó...*”; argumento éste legítimo que acogió el juez a-quo en su decisión-

Pero resulta que a pesar de lo manifestado por el ejecutante y del silencio guardado por la entidad en el término de tres (3) días previsto en la Ley 1676 de 2013 (*que es el que efectivamente debió considerarse en este asunto*), en el documento materia del recaudo no se incluyó la anotación bajo gravedad de juramento que contempla el numeral 3º del artículo 5º del Decreto 3327 de 2009 (arriba transcrito), por medio del cual se reglamentó parcamente la Ley 1231 de 2008, relativa a la ocurrencia de los presupuestos de la aceptación tácita.

Siendo ello así, siendo que se incumplió con este requisito, se evidencia que no pudo operar en el presente asunto la aceptación tácita de la factura, por faltar precisamente en el cuerpo del documento la mención de esa circunstancia, presupuesto que la ley ha considerado como necesario para que la misma se configure, siendo del caso reiterar que, como ya se alcanzó a mencionar, el rigor formal de los títulos valores implica que su validez esté condicionada a la mención en el documento de los elementos generales y esenciales que señala la ley.”

(...)

“Es claro entonces que en estos casos la fuerza del título radica precisamente en el juramento que exige la leys sobre la ocurrencia de la aceptación tácita de la factura, para lo cual ha de tenerse en cuenta que esta modalidad de aceptación sustituye nada más y nada menos que la firma del obligado, motivo suficiente para considerar que solo está llamada a producir efectos cuando está rodeada de todas las normalidades que prevé la ley

Por ellos así y en respuesta al primer problema jurídico planteado, ante la ausencia de ese juramento, la factura materia de recaudo no puede ser tenida en cuenta como título valor a la luz del ordenamiento jurídico mercantil, lo que conlleva sin más el fracaso de la prestación ejecutiva invocada por la parte actora, para lo cual es menester precisar que el sustento de la presente ejecución radicó – a partir de lo manifestado en la demanda- en el cumplimiento del documento de los “...requisitos de título valor” y en la mención expresa que se hizo en el libelo de las normas contenidas en la Ley 1231 de 2008 y la Ley 1676 de 2013.

Por lo demás, y ya en lo que toca con el ultimo problema jurídico formulado por esta instancia, encuentra la Sala que por encontramos en el escenario del proceso ejecutivo, el cual, vale reiterar, no tiene por objeto declarar derechos dudosos o controvertidos, no es posible dirimir en esta oportunidad la controversia que existe entre las partes respecto del monto cobrado por el actor a título de honorarios profesionales. Es decir, si el demandante optó por la ejecución del título valor “factura de venta” que, como tal se vio, no reúne las características de tal, no puede entrar esta instancia siquiera a analizar, por ejemplo, si se dan los elementos del contrato de mandato o si efectivamente lo manifestado por el actor en la comunicación del 3 de diciembre de 2008 constituyó una oferta de honorarios, tácitamente aceptada por la entidad bancaria, como así se planteó en el recurso de apelación.

De este modo, sin desconocer la relación contractual que pueda existir entre las partes en virtud de la labor desempeñada por el abogado XXX, no es del caso considerar en este escenario los argumento a los cuales dedicó la parte apelante gran parte de su sustentación, relacionados precisamente con la existencia del contrato de mandato, la actuación judicial desplegada por el profesional del derecho, el pacto de honorarios y su derecho a recibir la correspondiente remuneración.”

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

(...)

“El incumplimiento del requisito previsto en el numeral 3° del art. 5° del Decreto 33278 de 2009, por medio de la cual se reglamentó la Ley 1231 de 2008, implica la no aceptación tácita de la factura de venta base de la ejecución y, por ello, el documento no puede ser tenido como título valor.

Por tratarse éste de un proceso ejecutivo, no puede entrar esta instancia a dirimir la controversia que existe entre las partes respecto de los honorarios pretendidos por el actor, de ahí que no son atendibles los argumentos esbozados por el apelante sobre el particular.

Así las cosas, se impone confirmar el fallo objeto de apelación, condenando en costa de segunda instancia a la parte apelante a favor de la demandada por la suma de \$ 1'000.000.00.

No obstante, considera necesario la Sala COMPULSAR COPIAS DE LA PRESENTE PROVIDENCIA ANTE LA Superintendencia Financiera con el fin de que imparta la instrucciones que sea de su competencia frente a la conducta de la entidades financieras respecto de la prestación de servicios profesionales en materia de cobro jurídico, atemperándola a las disposiciones que sobre la materia han regulado los Colegios de Abogados y el Consejo Superior de la Judicatura.”

Rad. 001 2014 00110 01 (25 05 2017) Acta 051 M.P.Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuentes

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL. Desistimiento Tácito.

Extracto:

Al no haberse cumplido con la orden en el perentorio término brindado para notificar a esa demandada, no acatando lo dispuesto en la normatividad procesal vigente y vencerse el término otorgado para ello, resulta inexcusable que el apoderado no haya logrado cumplir con la carga dispuesta por el despacho judicial y por lo tanto es procedente confirmar la decisión de instancia.

Ante tal comportamiento, no pueden esperar los actores una consecuencia favorable, menos evitar una sanción expresamente contemplada en la ley adjetiva como la terminación del proceso por desistimiento tácito, cabe resaltar el principio general del derecho según el cual nadie puede beneficiarse de su propia culpa o desidia, precepto materializado en el aforismo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

La orden perentoria proferida por la *a quo*, para que los actores procedan a notificar a la contraparte tenía la fuerza vinculante suficiente para persuadir al apoderado que el incumplimiento de lo ordenado conlleva inexpugnablemente la terminación por desistimiento tácito; poder de supeditación otorgado al juez en virtud de la facultad de administración de justicia; y concretamente la facultad sancionatoria de la figura del desistimiento tácito, conforme la redacción del artículo 317 del C.G.P., no sobra advertir que las normas procesales son de orden público y por lo tanto, bajo ningún presupuesto podrán las autoridades o los particulares disponer sobre ellas, debiendo ceñirse a su contenido, conforme su carácter perentorio; ya que como epílogo de lo expuesto, el juez ordenó el cumplimiento de una disposición normativa quedando el apoderado vinculado a ella, y no tenía la facultad de morigerarla o desatenderla, solo acatarla, lo que no atendió.

En consecuencia, la decisión fustigada encuentra pleno respaldo por parte de esta superioridad ante el evidente incumplimiento de la carga impuesta por el despacho judicial, en el término previsto para la aplicación del desistimiento tácito conforme el numeral 1 del artículo 317 C.G.P., emergiendo diáfano la ratificación de la providencia impugnada; se

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

impondría la condena ante la negación del recurso, pero no lucen causadas (num8 art. 365 C.G.P.)

Rad. 76001 31 03 013 2016 00157 01 2711 (02-05-2017) M.P. Dr. Homero Mora Insuasty.

DESISTIMIENTO TACITO. Responsabilidad civil contractual. Al no haberse cumplido con la orden en el perentorio término brindado para notificar a esa demandada, no acatando lo dispuesto en la normatividad procesal vigente y vencerse el término otorgado para ello, resulta inexcusable que el apoderado no haya logrado cumplir con la carga dispuesta por el despacho judicial.

Extracto:

“Al no haberse cumplido con la orden en el perentorio término brindado para notificar a esa demandada, no acatando lo dispuesto en la normatividad procesal vigente y vencerse el término otorgado para ello, resulta inexcusable que el apoderado no haya logrado cumplir con la carga dispuesta por el despacho judicial y por lo tanto es procedente confirmar la decisión de instancia.

Ante tal comportamiento, no pueden esperar los actores una consecuencia favorable, menos evitar una sanción expresamente contemplada en la ley adjetiva como la terminación del proceso por desistimiento tácito, cabe resaltar el principio general del derecho según el cual nadie puede beneficiarse de su propia culpa o desidia, precepto materializado en el aforismo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

La orden perentoria proferida por la *a quo*, para que los actores procedan a notificar a la contraparte tenía la fuerza vinculante suficiente para persuadir al apoderado que el incumplimiento de lo ordenado conlleva inexpugnablemente la terminación por desistimiento tácito; poder de supeditación otorgado al juez en virtud de la facultad de administración de justicia; y concretamente la facultad sancionatoria de la figura del desistimiento tácito, conforme la redacción del artículo 317 del C.G.P., no sobra advertir que las normas procesales son de orden público y por lo tanto, bajo ningún presupuesto podrán las autoridades o los particulares disponer sobre ellas, debiendo ceñirse a su contenido, conforme su carácter perentorio; ya que como epílogo de lo expuesto, el juez ordenó el cumplimiento de una disposición normativa quedando el apoderado vinculado a ella, y no tenía la facultad de morigerarla o desatenderla, solo acatarla, lo que no atendió.

En consecuencia, la decisión fustigada encuentra pleno respaldo por parte de esta superioridad ante el evidente incumplimiento de la carga impuesta por el despacho judicial, en el término previsto para la aplicación del desistimiento tácito conforme el numeral 1 del artículo 317 C.G.P., emergiendo diáfano la ratificación de la providencia impugnada; se impondría la condena ante la negación del recurso, pero no lucen causadas (num8 art. 365 C.G.P.)”

Rad. 013 2016 00157 01 (02 05 2017) Dr. Homero Mora Insuasty.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

EJECUTIVO. Requisitos.

Extracto:

“De la lectura, si se quiere, desapasionada de la sentencia y en particular de lo transcrito, no puede concluirse que concurren todos los requisitos legales del título ejecutivo, respecto del objeto pretendido (diferencia dineraria) en efecto: en primer lugar, el numeral cuarto no contiene una obligación expresa, entendida dicha expresividad como que el atributo de obligación se encuentre determinado o explicitado en el documento, sin que pueda acudirse a la inferencia o presunción, para derivar la existencia del débito, contrario a lo expuesto, con el recurso interpuesto se aduce por la alzada que el valor señalado como diferencia dineraria, corresponde a una condena de la sentencia, afirmación que resulta errónea. Por la misma razón no puede decirse que sea clara, esto es que aparezca de manera nítida los elementos que la estructuran, a saber: un creditor, un deudor y un vínculo jurídico entre ellos, que impone al segundo una prestación debida al primero.

No puede desatenderse que el primer requisito que prevé el artículo 335 del C.P.C., para exigirse la ejecución de la providencia judicial, es que contenga una condena, pero para el caso concreto, de lo previamente transcrito se concluye sin lugar a dudas, que la única orden de condena a cargo de la demandada, la constituye la referente a las costas, existiendo un coactivo diferente sobre aquellas, empero, lo pretendido con el libelo genitor y referente a la existencia de una diferencia dineraria, como puntualmente lo explica la propia providencia, impide que pueda colegirse, de la demandada, impera relieves la sintaxis de la parte resolutive de la sentencia, puesto que los numerales primero a quinto inician con la fórmula “declarar que”, en tanto el numeral sexto lo hace con la imperativa “ordenar a la entidad”, siendo claro que los primeros numerales, incluido el que contiene la diferencia dineraria, no tiene un carácter de condena o coercitivo sobre la demandada, además la explicación del numeral quinto, del término con el que contaba la entidad para abonar la diferencia dineraria a la obligación, despeja cualquier conato de duda sobre el carácter simplemente enunciativo la existencia de esa diferencia, para a continuación numeral sexto, concluir que existe un saldo y que debe ser reestructurado.

Como epílogo de lo expuesto, es que la sentencia, respecto de la diferencia dineraria plasmada en su numeral 4 de la parte resolutive y base del coactivo, adolece de los requisitos legales para librar orden de apremio y por lo tanto, la Sala arriba a la misma decisión de la primera instancia.”

Rad.013 2014 00093 01 (05 04 2017). Dr. Homero Mora Insuasty.

EJECUTIVO SINGULAR. Título valor. Copia al carbón de factura de venta.

Extracto:

“Ahora bien, atendiendo a que el otro motivo de inconformidad del alzada, recae en que la juez a quo pasó por alto la solicitud de reconocimiento previo de la factura allegada, lo cierto es que tal como lo anotó aquella juzgadora, la norma que así lo permitía fue derogada con la implementación del Código General del Proceso, el cual empezó a regir el 1º de enero de 2016, por lo que para la fecha de presentación de la demanda ya se encontraba vigente, y en ese sentido, el documento aportado no era susceptible de aquella diligencia.

Aunado a lo anterior, es de relieves, que el original de la factura debía ser conservado por el emisor de la misma –para este caso, el ejecutante- pues al tenor del inciso 3º del artículo 1º de Ley 1231 de 2008 ibídem “[e]l emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

prestador de servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.”

En igual sentido, el párrafo 1º del Decreto 3327 de 2009, que reglamenta parcialmente la aludida Ley 1231 de 2008, estableció que “[e]l comprador del bien o beneficiario del servicio no podrá retener el original de la factura, so pena de ser administrativa, civil y penalmente responsable de conformidad con las leyes aplicables”.

De esos apartes normativos, se tiene entonces que la condición de título valor fue restringida únicamente al original del documento y por supuesto, a efectos del ejercicio de la acción cambiaria, la conservación del mismo por el emisor.

De ahí que, además de que resulte contrario a la ley que el emisor entregara el original de la factura al deudor, lo ocurrido tampoco sirve de justificación para sanear la ausencia del título primigenio, cual es el único que serviría de base para adelantar este cobro ejecutivo.

Todo lo anterior, imposibilita entonces derivar a una conclusión diferente, a que la copia de la factura, cuya ejecución se pretende, no constituye el título valor necesario para ello, por lo que tal como fue anunciado, se confirmará la decisión de primera instancia, mediante la cual se negó librar orden de pago”.

Rad.014 2016 99165 01 (06 02 2017) M.P. Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez

EJECUTIVO HIPOTECARIO. Solicitud de Nulidad del Proceso

Extracto:

“Bajo la óptica de las anteriores premisas, se advierte que la decisión objeto de recurso debe ser confirmada, pero por razones diferentes a aquellas referidas por la juez de instancia, pues si bien la misma acertó al advertir que la solicitud de nulidad debe encontrar arreglo en alguna de las causales de invalidación del trámite y que el incumplimiento de este requisito puede dar lugar a rechazar de plano la petición, lo cierto es que esa falencia no resulta predicable en este asunto.

En efecto, como señaló la a quo la solicitud de nulidad se presentó a través de un farragoso escrito, donde se aludieron hechos que no encuadran en causal de nulidad alguna (como la comisión de delitos a lo largo de este trámite) y además se petitionó la suspensión del trámite; sin embargo, también emerge del referido escrito que en el mismo se hizo alusión a la interrupción del proceso ya la muerte de xxx, xxxxxx y xxxxxxxxxxx (citados como herederos de los primigenios deudores xxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxx), al paso que alegaron tener vocación hereditaria frente aquellos (Fl. 811 C. 1ª Copias).

De esta forma, se tiene que si bien los incidentantes no identificaron jurídicamente la causal de nulidad aplicable, esto es, haberse adelantado el proceso después de su interrupción (numeral 3º del artículo 133 del C.G. del P.), es posible colegir que cumplieron con su carga de aducir los fundamentos fácticos en que se encuadra la misma, siendo esta la verdadera exigencia puesta por el legislador, en tanto la asignación jurídica como se sabe es responsabilidad del juez (principio iura novit curia), máxime en este caso cuando se había presentado un escrito anterior (Fl. 775 C. 1ª Copias), en donde se evidenciaban los fallecimientos previos acontecidos en el trámite, y además se precisó el tema a través del recurso de reposición elevado, todo lo cual pasó por alto la juzgadora de instancia.

En ese orden, le asistió razón a la parte recurrente cuando advirtió en su reparo que la causal aducida fue aquella relativa a continuar el proceso pese a haberse interrumpido el mismo; sin embargo, esa necesaria aclaración, como ya se dijo, permite establecer que la decisión resultó acertada en cuanto se rechazó la solicitud de nulidad, conforme pasa a exponerse.”

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

(...)

“Acorde con lo expuesto, se evidencia que en el asunto bajo estudio, debía rechazarse la nulidad de plano por aparecer saneada la eventual nulidad alegada, puesto que la misma no fue alegada oportunamente por el ahora incidentante xxxxxxxxxxxx, quien guardó silencio sobre la supuesta interrupción del proceso generada con ocasión de la muerte de sus hermanos xxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxx, de quien se predica heredero, hechos que según la documental obrante a folios ocurrieron el 25 de mayo de 2011 y el 17 de octubre de 2012 (Fls. 793 y 794 C. 1ª Copias).

Ciertamente, revisado el expediente se establece que, a través de su apoderado judicial, el señor xxxxxxxxxxxx, actuó en el proceso con posterioridad a los referidos fallecimientos, sin aducir la existencia de los mismos, pues ocurrida la muerte del señor xxxxxxxxxxxx, se presentaron escritos de 16 de noviembre de 2011 (Fl. 645 C. 1A Copias) y de 12 de enero de 2012 (Fl. 650 C. 1A Copias), por los cuales se solicitó el impulso procesal, se desistió de una prueba y se presentaron alegatos de conclusión, sin que en ninguno de estos escritos se hiciera alusión a la situación acontecida.

Lo propio sucedió en relación con la muerte de la señora xxxxxxxxxxxxxxxx, dado que una vez ocurrida la misma se presentaron escritos describiendo el traslado de la segunda instancia (Fl. 8 C.3 Copias), y solicitando una certificación (Fl. 11 C. 3 Copias), memoriales que datan del 18 de octubre y del 28 de noviembre de 2012, sin que en ninguno se hubiera puesto de presente el hecho que se aduce como causal de interrupción del proceso.

De esta forma, aparece claro que la alegación de la nulidad generada por haberse presentado una supuesta causal de interrupción del proceso, resulta claramente saneada, pues el interesado optó por continuar con el trámite sin aducir la muerte de sus hermanos, saneando así la misma, razón por la cual se imponía el rechazo de su petición.

Así se desprende no sólo de los referidos preceptos normativos, sino también del inciso último del artículo 169 del C. de P.C., a cuyo tenor “si la parte favorecida con la interrupción actúa en el proceso después de que esta se produzca, sin que alegue la nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 140, esta quedará saneada”.

Debe añadirse que la nulidad deprecada por el señor xxxxxxxxxxxx en relación con la muerte del heredero xxxxxxxxxxxxxxxx, tampoco podía ser tramitada, pues la misma se basa en hechos que fueron discutidos en el proceso en forma previa a la sentencia y los cuales quedaron zanjados con la decisión adoptada en esta instancia, siendo preciso señalar que en este caso también debía rechazarse de plano la petición.

Lo anterior, acorde con lo establecido en el artículo 132 del C.G. del P. según el cual “el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, **salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes (...)**”.

Se suma a las anteriores precisiones que, en lo atinente al incidentante xxxxxxxxxxxxxxxx (quien aduce su calidad de hijo del señor xxxxxxxxxxxx y su vocación hereditaria frente a sus tíos xxxxxx, xxxxx y xxxxxxxxxxx) tampoco podía darse curso al incidente respectivo, pues lo cierto es que no acreditó su condición de heredero de los referidos causantes, y por esa vía tampoco aparece demostrado que debiendo producirse su citación dejó de ser vinculado al proceso (causal 8º de nulidad invocada en el recurso respectivo).

Por lo demás, a esta altura, ante la existencia de un hermano (xxxxxxxxxxxxxx), aparecen en principio excluyentes la intervención del mismo y la del señor xxxxxxxxxxxx, quien prima facie en su condición de sobrino sólo podría representar a sus tíos ante la ausencia de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptantes, **hermanos** y cónyuges, en el cuarto orden hereditario (artículo 1051 del C.C.).

Para abundar en razones desestimatorias, aparece pertinente advertir que la pretendida nulidad tampoco podría abrirse pasó, teniendo en cuenta que fue sustentada en la incursión

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

de una causal de interrupción por muerte de los demandados, sin que en este caso pueda evidenciarse que efectivamente se configuró la misma.

En efecto, al tenor del artículo 168 del C. de P.C., el proceso se interrumpía , entre otros eventos : “1. Por muerte (...) de la parte que no haya estado actuando por conducto de apoderado judicial (...)”, de donde aflora con claridad que en este caso la muerte de los señores xxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxx, no generó la interrupción del trámite, pues estaban representados por el apoderado Oswaldo Urrea Rivas (564-566 C. 1ª copias), quien incluso después de su muerte presentó los memoriales relacionados en el numeral previo.

A ello se añade que si bien tal normativa establecía como causal de interrupción la muerte del deudor, lo cierto es que para cuando se presentó la solicitud de nulidad (mayo de 2016), estaba ya vigente el actual régimen procesal, en el cual no se prevé como causal de interrupción del proceso la muerte del deudor (artículo 159 del C.G del P.)

Por lo demás, en cuanto refiere a las causales 4º y 5º de nulidad (indebida representación y omisión de oportunidades), también aparece necesario convalidar la decisión de la juzgadora a quo pues no se ofrecieron fundamentos de hecho que encuadren en dichas causales, de donde no aparece que pueda adelantarse su trámite.

Así las cosas, como se viene diciendo, se confirmará la decisión recurrida, no sin antes advertir que la suspensión del proceso ante una eventual sentencia de carácter penal, es tema que no se aborda en tanto no fue objeto del recurso interpuesto, ni se adujo concretamente en el escrito de adición posterior, que en todo caso fue presentado en forma extemporánea (Fls. 874-876 C. 1ª Copias). Ello conforme a lo establecido en el inciso 1º del artículo 328 del C.G.del P.”

Rad.008 1993 12117 02 (03 04 2017) M.P. Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez

EJECUTIVO MIXTO. Desistimiento Tácito.

Extracto:

“En el caso la Sala observa que ciertamente el auto que decreta la terminación de un proceso por desistimiento tácito es apelable de conformidad con el lit. E del Art. 317 del C.G.P., sin embargo, para interponer recurso de apelación contra el numeral primero de la providencia que ordena la terminación del proceso, xxxxxxxxxxxxxx carece de interés para recurrir siendo que tal decisión solamente desfavorece a la parte demandante xxxxxxxxxxxxxx en liquidación y no la empresa demandada.

No obstante lo anterior, a la empresa demandada le asiste interés en solicitar que se condene a la entidad financiera demandante al pago de perjuicios causados con ocasión de las medidas cautelares, lo cual se ve procedente teniendo en cuenta que tal condena ha sido prevista en los casos en que se ordene el levantamiento de medidas cautelares por terminación del proceso ejecutivo por la revocatoria del mandamiento ejecutivo o por cualquier otra causa (Nral 4, y el inc 2 del numeral 10 del Art. 597 del C.G.P.) Tal y como ocurrió en el presente asunto, de ahí que la providencia recurrida deberá adicionarse en ese sentido perjuicios que se liquidarán de conformidad al artículo 283 del C.G.P.”

La Sala Unitaria inadmitió el recurso de apelación.

Rad.004 2000 00445 03 (13 06 2017) Dr. Jorge Jaramillo Villareal.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

NULIDAD. Causales de nulidad. Interrupción de la prescripción. A quo erró al interpretar la norma concluyendo prácticamente que las cargas oficiosas suplen las cargas y deberes de las partes.

Extracto:

Determina el art. 95 del CGP, vigente desde el 01 de octubre de 2012 y cuya consecuencia operaba también con el art. 91 del CPC, que no se considera interrumpida la prescripción siempre que la causa de la nulidad sea atribuible al demandante. Consideró la A Quo que la situación no fue únicamente atribuible a la parte sino también al juzgado, por lo que tiene por interrumpida la prescripción.

Al respecto habrá de decirse que en materia civil la culpa se conforma a partir de un acto sujeto a reproche, que produce una censura para el actor por un suceso específico de omisión o de comisión. En el presente caso el acto susceptible de producir ese reproche es el incumplimiento de los deberes que el orden jurídico impone al demandante que acude a la jurisdicción, en particular el de dirigir la demanda contra el actual propietario del inmueble hipotecado conforme al citado art. 554 del CPC (vigente en el momento de interponerla – hoy art. 468 CGP-).

Así las cosas, la A Quo erró al interpretar la norma concluyendo prácticamente que las cargas oficiosas suplen las cargas y deberes de las partes. Si el asunto dependiera únicamente de una carga oficiosa del despacho, la conclusión de la juez sería plausible, por cuanto las partes no están obligadas a soportar consecuencias de actos que sólo le corresponden al juez, sin embargo, cuando la omisión es culpa de una de las partes y prevé consecuencias procesales, la contraparte tiene derecho a la aplicación de esa consecuencia cuando las circunstancias del caso lo permiten, no puede verse perjudicada por una modulación no prevista en la ley. Así pues, si en principio la carga era de la parte actora, como en efecto lo era, debe asumir la consecuencia de su omisión, otra cosa es que el juez por sus capacidades oficiosas pueda corregir los yerros en que incurrir las partes, pero ello no las exime de actuar acuciosamente.

Corolario de lo dicho, en este asunto no se considerará interrumpida la prescripción respecto del demandado xxxxxxxxxxxxxx, por cuanto la nulidad comprende la notificación del mandamiento de pago en su contra.

Rad.012 2010 00347 01 (03 05 2017). Dr. Hernando Rodríguez Mesa.

NULIDAD PROCESAL. Incidente de nulidad. Indebida representación. Al fundamentarse la causal en una de las permitidas en el ordenamiento jurídico, el a quo no debió rechazarla de plano, si no que debió darle el trámite respectivo y luego resolverla de fondo.

Extracto:

“Sea lo primero aclarar, que contrario al vocablo empleado por el A Quo al desestimar el incidente propuesto y colegir en su rechazo, lo que se infiere, es la argumentación a su denegación, pero sin darle el trámite correspondiente al mismo.

Arribando al recurso formulado, y luego de revisarse las actuaciones del plenario, debe decirse que la providencia apelada se revocará al no impartirse a la nulidad propuesta el trámite indicado en el inciso cuarto del Art. 134 del C.G.P.

Lo anterior, al observarse la nulidad propuesta se tiene que esta se basa en la causal cuarta del Art. 133 del C.G.P., que establece “cuando es indebida la representación de alguna de las parte, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder”, debió habérselo dado el trámite correspondiente para ser resuelta, debido a que el articulado 134 ibídem en su inciso tercero permite, en consonancia con su inciso segundo,

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

que la nulidad por indebida representación puede alegarse en el proceso ejecutivo, incluso con posterioridad a la orden de seguir adelante con la ejecución, mientras el mismo no haya terminado por pago total u otra causa legal. En ese direccionamiento, y al fundamentarse la causal en una de las permitidas en el ordenamiento jurídico, el a quo no debió rechazarla de plano, si no que debió darle el trámite respectivo y luego resolverla de fondo.

En conclusión se revocará el auto apelado, para que el a quo previo a resolver el incidente propuesto le dé el trámite correspondiente, garantizándose el debido proceso que le corresponde a las partes.”

Rad. 009 2015 00299 01 (18 05 2017). Dr. José David Corredor Espitia.

PERTENENCIA Interrupción de la posesión. Embargo y secuestro no interrumpen la posesión como elemento para adquirir por prescripción. Suma o unión de posesiones.

“Teniendo en cuenta los dos primeros problemas jurídicos relacionados, procede la Sala a analizar el reparo formulado por el apelante frente a la decisión del juez de primera instancia que tuvo por interrumpida la posesión de los poseedores antecesores a la demandante, con ocasión de la diligencia de secuestro llevada a cabo el día 3 de junio de 2004 dentro del proceso ejecutivo hipotecario adelantado por el Juzgado 6 Civil del Circuito de Cali, señalando de entrada que, tal y como se relacionó en la jurisprudencia en cita, erro el juez al otorgarle a dicha medida cautelar un efecto jurídico no consagrado por la leys ustancial.

En la sentencia objeto de apelación, si bien el a-quo encontró que la medida cautelar de embargo decretada sobre el inmueble objeto de usucapión no impedía el ejercicio de actos de posesión, no considero lo mismo frente a la medida de secuestro del bien llevada a cabo en el mes de junio de 2004, frente a la cual, manifestó, tuvo la virtualidad de interrumpir la posesión del poseedor X.X.X.X.X.X.X.X. (Minuto 1:07:40), otorgándole a esta última una cualidad que ni la jurisprudencia ni las normas relacionadas con la interrupción natural de la prescripción prevé.”

.(...)

“Así entonces, no cabe duda que, ni el embargo, ni el secuestro de un bien, implican la interrupción natural de la prescripción adquisitiva, puesto que medidas judiciales de ese linaje constituyen apenas títulos de mera tenencia en la forma expresamente señalada por el artículo 775 del Código Civil, y en consecuencia, no implican actos materiales de señorío, pues se repite, en el secuestro quien la ejerce, lo hace “no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño” a través de la entrega de la cosa que a título precario hace el juez al secuestre.

En consecuencia, resulta evidente el yerro jurídico en el que incurrió el juez en el presente caso, al considerar que el secuestro de la inmueble materia de la litis, practicado dentro de un proceso ejecutivo en que no eran parte el poseedor X.X.X.X.X.X.X.X. , tuvo como efecto que la posesión ejercida por aquel se hubiera interrumpido naturalmente en la manera especificada en el numeral 2º del artículo 2523 del Código Civil, pues se itera, las medidas de embargo y secuestro no están establecidas en la ley como generadoras de esa forma de interrupción de la prescripción adquisitiva por cuanto ni la una ni la otra, ni las dos en conjunto, caben dentro de las específicas hipótesis desarrolladas por el precitado precepto.

No obstante lo anterior, la equivocación señalada no conduce por si sola ineludiblemente, a la revocatoria del fallo impugnado, pues tal y como se anunció en el tercer problema jurídico objeto de análisis judicial, de la declaratoria de pertenencia requiere para su prosperidad la acreditación de todos y cada uno de los requisitos fijados por la ley para tal efecto, para el caso en concreto conforme el reparo del apelante, la acreditación del vínculo

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

jurídico existente entre todos los poseedores del bien frente a quienes se pretende sumar el tiempo de su posesión, tal y como pasa a exponerse:

Sabido es que quien en su favor la prescripción adquisitiva en cualquiera de sus formas, ha de demostrar que ha poseído la cosa objeto del litigio durante el lapso que prescribe la ley. En cuanto a la referida posesión, se ha dicho que se apoya en dos elementos bien diferentes, uno de los cuales hace relación al simple poder de hecho o apoderamiento material de la cosa, es decir, a su detentación física (Corpus), y el otro, de linaje subjetivo, intelectual o psicológico, que consiste en que el poseedor se comporte como su dueño, que tenga la cosa como suya, como su propietario (animus) y que se traduce en la ejecución de los actos inherentes al derecho de dominio, evitando además que otros invadan ese poder como propietario, dueño y señor que de la cosa tiene.

De lo anterior surgen como regla general los denominados “elementos o supuestos de hecho” de la pretensión, los cuales se pueden enlistar así: i) Que sobre dicho bien ejerza por quien pretende haber adquirido su dominio un hecho de posesión (corpus y animus); ii) que dicha posesión haya durado un tiempo no inferior al dispuesto en la Ley; iii) que esa posesión sea ejercida de manera pública, ininterrumpida y sin reconocer dominio ajeno; y iv) que la cosa sobre la cual se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse por ese medio.

Ahora bien, para cumplir con el tiempo legal de la posesión cuyo objeto este dirigido a conseguir el dominio de un bien por prescripción adquisitiva, cuando aquel ha sido poseído por dos o más personas de manera sucesiva y sin interrupción, el tiempo de posesión del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor, facultad consagrada en el artículo 2521 del Código Civil.

En jurisprudencia constante y reiterada se ha sostenido que la suma de posesiones consiste en permitir que el poseedor complete el tiempo necesario para la consumación de la prescripción adquisitiva, uniendo al suyo el tiempo de sus causantes o antecesores, desde luego también poseedores, si concurren ciertas condiciones: a) Tratarse de situaciones con entidad posesoria suficiente y contiguas entre sí; b) Que las posesiones agregadas sean uniformes o idénticas en cuanto a su objeto, entre si enteramente homogéneas, y c) La presentación de un título justificativo de la adquisición de las sucesivas posesiones, habida consideración que, en mérito de razones éticas obvias, los usurpadores no pueden sacar ventaja ninguna de la posesión que tenía la persona a quien despojaron, así como tampoco de la que ostentaron sus antecesores.

Así pues, para que tenga efecto la agregación de posesiones con cita en las anteriores disposiciones, debe reunirse ciertos requisitos – definidos por la jurisprudencia nacional, a saber: i) existencia de un vínculo jurídico idóneo, es decir, que el mismo sirva de vínculo sustancial entre antecesor y sucesor; ii) que las posesiones agregadas sean continuas y en orden cronológico; iii) que la posesión de los antecesores sea demostrada; y, iv) las posesiones unidas no deben presentar interrupciones en el tiempo de prescripción.

Nuestra Corte Suprema en reiterados pronunciamientos, que configuran doctrina probable y por tanto no se puede desatender, ha sostenido que no basta únicamente con la existencia del título que justifique la tradición de la posesión, pues atendiendo a que la posesión es un hecho en tratándose de la “accessio posseionis”, incumbe al interesado probar no solo los hitos temporales de las distintas relaciones posesorias que pretende unir, sino también que aquellos antecesores ejecutaron uno conjunto de actos significativos de propiedad, esto es que por su inconfundible carácter, de ellos pueda colegir objetivamente que quien los ejercitaba se consideraba dueño y era reputado por los demás como tal.

Y no basta, como en el presente asunto, con demostrar la tradición de la posesión pues claramente la Corte Suprema de Justicia ha insistido que en el derecho colombiano no existe una posesión inscrita, es decir que la posesión no se prueba documentalmente, sino que, se itera, se acredita con actos positivos de apoderamiento material de la cosa a usucapir.”

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

(...)

“Así las cosas para acreditar la posesión, quien demanda debe demostrar a través de contundentes elementos de juicio que quien fue poseedor de la hoy prescribiente, (X.X.X.X.X.X.X.X.X.X Y X.X.X.X.X.X.X.X.X.X), ejercieron durante años suficientes, actos posesorios sobre el bien que se pretende usucapir, pues como se dijo, en nuestro sistema jurídico la única posesión con virtualidad o aptitud para prescribir es la material. De ahí que la prueba recabada debe ser irrefragable sobre el punto, esto es la realización por parte de dichos sujetos de actos positivos de aquellos a que da derecho el dominio.

Frente al primero de los requisitos señalados, la Sala advierte de entrada que, tal y como fue expuesto por el juez de primera instancia, no acusa deficiencia alguna la existencia de un título que justifique la adquisición del 40% de los derechos de posesión que ostenta la parte demandante sobre el inmueble objeto de prescripción, pues obre en el plenario copia de los contratos de cesión suscritos entre el señor X.X.X.X.X. , a quien la demandante califica como poseedor material del bien, y la señora X.X.X.X.X.X.X.X. En calidad de demandante.

Sin embargo, contrario a lo sostenido por el recurrente, no existe prueba alguna dentro del expediente que pruebe la relación jurídica existente entre los señores X.X.X.X.X.X.X.X, primer poseedor y X.X.X.X.X.X.X.X. , segundo de ellos, pues conforme lo relacionado por el A-quo, no existe vínculo verificable en el plenario que dé cuenta la forma en que dichos poseedores comenzaron a ejercer posesión sobre el bien objeto de la litis, ni tampoco que el primero de ellos lo haya hecho de manera efectiva con ánimo de señor y dueño, descartando así el cumplimiento del requisito subjetivo (animus) y que se traduce en la ejecución de actos inherentes al derecho de dominio; de ahí que, el solo argumento expuesto por la demandante en los hechos relacionados en la demanda no puede tenerse como suficiente para acreditar dicha condición , más cuando conforme lo probado en el expediente, en la diligencia de secuestro del bien llevada a cabo el 3 de junio de 2004, se verificó por parte de la autoridad judicial que realizó la diligencia que el señor X.X.X.X.X.X.X.X. , quien atendió la diligencia, manifestó “ser cuidadero de los inmuebles desde hace 8 años”.

Tampoco existe prueba alguna que permita verificar tal como lo manifiesta el apelante, que una vez “fue abandonado” por el señor X.X.X.X.X.X.X.X. , aquella hubiese ejercido posesión sobre la totalidad del inmueble, pues no se determina fecha alguna de su ocurrencia, ni prueba efectiva que sustente tal afirmación.

Así entonces, la simple manifestación del demandante respecto a la calidad y el tiempo de posesión ejercida por los señores X.X.X.X.X.X.X.X. Y X.X.X.X.X.X.X.X.X.X. Frente a la posesión que ejercía sobre el inmueble, por sí sola no es suficiente para tener por cierto el tiempo requerido para acreditarlos como tal, así como tampoco para considerarlos como poseedores efectivos del inmueble, y menos para aceptarlos como antecesores en la posesión del demandante.

Iterando respecto a la satisfacción de los requisitos descritos, encuentra la Sala que no se cumplen, por dos razones, la primera, por cuanto la demandante no logró acreditar que el señor X.X.X.X.X.X. haya ejercido actos de señor y dueño sobre el inmueble, pues tal y como ya se señaló el mismo solo se reputaba como “cuidador” del mismo; hecho de entrada que desnaturaliza la calidad de poseedor de aquel, y segundo, porque tampoco se probó que la posesión ejercida por el señor X.X.X.X.X.X. Se realizara de forma pública e ininterrumpida durante el periodo señalado en la demanda, pues tal y como pudo constatarse, el día 3 de junio de 2004, el inmueble se encontraba desocupado, y no existe certeza de la fecha a partir de la cual, el llamado “segundo poseedor” ocupó el bien.

Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que del contenido de la Escritura Pública No. 158 de enero de 2009 que obra a folio No. 48 del expediente, el señor X.X.X.X.X.X.X.X. , manifiesta ser poseedor del inmueble con ánimo de señor y dueño desde hace “más de 20 años”; aserción que no coincide con la manifestación plasmada en la demanda, según la

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

cual este ingreso al inmueble autorizado por el señor X.X.X.X.X.X. a partir del 24 de agosto del año 2000.

La correcta comprensión de lo hasta aquí dicho, permite colegir a la Sala, que contrario a lo expuesto por el apelante, en el presente asunto no se cumplen los requisitos para sumar la hipotética posesión de los señores X.X.X.X.X.X. Y X.X.X.X.X.X. a la posesión actual de la demandante X.X.X.X.X.X.X.X. , y menos en la proporción solicitada, pues se itera, en el expediente solamente se demuestra que a la accionante le fue cedido el cuarenta por ciento (40%) de los derechos de posesión del inmueble y no la totalidad del mismo, sin que tampoco se demuestre con prueba alguna que las acciones tendientes a evitar la perturbación de la posesión, las haya realizado la demandante en nombre propio en su calidad de poseedora del 100% del inmueble, pues de acuerdo con el contrato de cesión a que ya se hizo referencia, aquel tuvo por objeto la asesoría jurídica del señor X.X.X.X.X.X. Para evitar el desalojo del bien.

En conclusión, verificado que al término para contabilizar el cumplimiento de tiempo para acceder a la usucapión pretendida no puede agregarse o sumarse al de los “poseedores” anteriores al inmueble, y que en dicha decisión, la valoración realizada por el juez de primera instancia resulto adecuada, pues no encontró acreditado en cabeza de la actora que al momento de presentarse la demanda de pertenencia, se hubiese verificado el cumplimiento del lapso fijado por el artículo 2531 del Código Civil para adquirir por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio el bien objeto de la litis (fecha de inicio posesión 4 de septiembre de 2008 – fecha de presentación de la demanda 20 de agosto de 2013), la Sala confirmara la Sentencia apelada.”

Rad. 002 2013 00243 01 (22 03 2017) M.P. Dr. Julián Alberto Villegas Perea

PERTENENCIA Prescripción extraordinaria. Nulidad por trámite inadecuado

“Así las cosas, es evidente la incursión en la causal de nulidad por tramite inadecuado, pues se hizo transitar el proceso por la vía ordinaria, cuando lo era por la abreviada, siendo preciso anotar que, pese a que se imprimió un trámite (ordinario) que otorga términos más amplios, que el abreviado, esa situación no sana la nulidad existente.

Así lo determinó la Corte Constitucional, en Sentencia C-407 de 1997 al declarar inexecutable el numeral 6 del artículo 144 del C. de P.C. , oportunidad en la que se afirmó que no “es válido argumentar que la constitucionalidad de las normas acusadas se basa en que el proceso ordinario garantiza mejor que los demás el derecho de defensa, porque en él se cumple un debate más amplio. Aparentemente acertado, este razonamiento pierde su fuerza si se tiene en cuenta, en primer lugar que si así fuera solamente existiría un procedimiento: el ordinario. Y si, además, se tiene presente que todos los procedimientos especiales respetan el derecho de defensa: si no lo hicieran no podrían existir. Sus diferencias nacen de las que existen entre los diversos asuntos. Tales procedimientos especiales consultan esa diversidad, como ya se ha dicho.”

Finalmente, debe decirse que al margen de que se hubieran cumplido los términos en relación con la publicación de los respectivos edictos, lo cierto es que la situación antedicha conlleva a la incursión en nulidad por indebida notificación (numerales 8 7 9 del artículo 140 del C. de P.C.), en tanto que en las referidas publicaciones dirigidas a las personas indeterminadas, se advirtió de la existencia de un trámite ordinario, cuando el mismo debía ser el abreviado (por tratarse de vivienda de interés social), lo cual no solamente tiene implicaciones en torno a la desinformación sobre los términos procesales y demás alcances del tipo de proceso, sino también frente al tema sustancial en debate y la respectiva defensa, si en cuenta se tiene que son diferentes los términos de prescripción exigidos para obtener una sentencia favorable.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

De conformidad con lo expuesto, se concluye que debe confirmarse la decisión recurrida, no sin antes precisar que, atendiendo las previsiones del artículo 81 del C. de P.C., deben tenerse como demandados, no solo los herederos determinados e indeterminados del señor X.X.X.X.X.XX.X. , a su vez heredero determinado del señor X.X.X.X.X.X, sino también los herederos indeterminados de este último, por ser quien aparece como titular de los respectivos derechos de dominio (numeral 5 del artículo 407 ibídem).

Cumple aclarar que por esta misma razón, no aparece necesaria la citación de los señores X.X.X.X. Y X.X.X.X.X.X. , en tanto no se acredite ni su calidad de titulares del bien ni su condición de herederos de los mencionados causantes.”

Rad. 003 2013 00238 01 (18 01 2017) Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez

PROCESO EJECUTIVO. Contrato de Arrendamiento.

Extracto:

“En el presente evento, es claro que el inconformismo del apelante con el auto que negó el decreto de la prueba por él solicitada, radica en que, a su juicio, la certificación que por parte de la Arquidiócesis de Cali se pueda llegar a expedir con relación a la vigencia del contrato de arrendamiento suscrito por el ejecutante y esa institución Arquidiocesal, resulta ser de vital importancia para determinar si le asiste derecho al demandante para cobrar los cánones de arrendamiento que por esta vía pretende.

Así las cosas y a fin de resolver la apelación que nos ocupa , vale precisar que la finalidad esencial de la prueba consiste en llevarle al juez la certeza o convencimiento de la existencia o inexistencia de los hechos alegados como fundamento de las pretensiones o de las excepciones , en la búsqueda del reconocimiento del derecho de defensa cuyo ejercicio está garantizado en la Constitución Política y en la ley procesal , la cual se rige por el principio de oportunidad y preclusión en cuanto a su solicitud, por lo que tanto las partes, los terceros y el juez deben observarlo.

Dígase que la Ley procesal faculta al Juez para que rechace in limine las pruebas pedidas, entre otras, que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas, es decir, aquellas que no tengan el poder de demostración del hecho que se pretende probar o simplemente se alejen de esa posibilidad.

En este sentido, se ha entendido como prueba impertinente aquellas que tratan de probar un hecho que nada tiene que ver con lo discutido dentro del proceso; y por superfluas , aquellas que sean innecesarias en virtud de haberse practicado ya dentro del proceso suficientes pruebas para darle plena certeza a un derecho determinado.

En este orden de ideas, y abordando el caso objeto de estudio, delantamente encuentra el Despacho que el presente recurso de alzada se encuentra llamado al fracaso, pues basta con observar el proceso del cual se trata para evidenciar que el mismo tiene como fundamento un título ejecutivo, por el cual se conminó a la sociedad demandada en el auto de apremio a pagar a favor del demandante unas sumas de dinero determinadas por concepto de cánones dejados de cancelar; por tanto, valga decir que la prueba negada viene a ser impertinente, al menos con relación a este asunto, pues con ella se trata de demostrar , conforme lo argumentado por el recurrente , la vigencia o no de un contrato de arrendamiento suscrito entre el demandante y un tercero, situación que en nada busca acreditar que las sumas de dinero ordenadas en el mandamiento de pago ya fueron canceladas a su beneficiario, o que de alguna manera se hubiera cumplido con el contrato suscrito entre los aquí litigantes.

De otra parte y a fin de abundar en razones, es oportuno traer a colación que nuestra legislación procesal dispone que es deber de los apoderados y de las partes, entre otros, “Abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que directamente o por

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir.”; así mismo, y conforme lo reglado en el artículo 173 del C.G.P., “El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente.

Y es que las anteriores disposiciones atienden al principio de economía procesal que demandan las actuaciones judiciales, el cual busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia; no en vano el artículo 43 del C.G.P., enseña que dentro de los poderes de ordenación e instrucción del Juez, podrá “rechazar cualquiera solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta”

Así las cosas, nótese que el documento que ahora extraña el peticionario, hubiese podido ser obtenido y aportado directamente al proceso por el interesado de creerlo de vital importancia para la demostración de sus dichos, sin necesidad que por parte del Despacho se hiciera necesario oficiar ante la Arquidiócesis de Cali para que certificara lo pedido por el extremo demandado.

Con todo, resta manifestar que en el expediente milita suficiente material probatorio para decidir la presente causa y que se relaciona con las excepciones traídas a colación por la parte demandada, sin que se haga necesario el decreto de otros medios probatorios que resultan a todas luces impertinentes y superfluos para tal efecto, y contrarios al principio de economía procesal.

Así las cosas, era procedente negar la prueba consistente en la remisión de oficios solicitada por la parte demandada, como en efecto se hizo, por lo que la providencia recurrida se confirmará.”

Rad. 010 2016 00075 01 (07 02 2017) M.P. Dr. César Evaristo León Vergara.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN. Indemnización de Perjuicios. Responsabilidad Civil Extracontractual.

Extracto:

“En cuanto a la causal sexta de revisión, el artículo 380 del C.P.C. señala que se está ante su presencia cuando ha existido por una de las partes o por ambas colusión o maniobra fraudulenta en el proceso en que se dictó la sentencia y éstas han generado perjuicios al recurrente, sin importar si las mismas han sido o no objeto de investigación penal.

Sobre las maniobras fraudulentas a que se refiere esta causal, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil ha señalado que éstas se constituyen en la utilización de ardis con el propósito de defraudar los intereses de otro y que éstas deben provenir de ambas partes o por una de ellas en menoscabo de la otra.

Pues bien, la revisionista considera que la causal sexta de revisión se estructura debido a la irregularidad ocasionada con la presentación del recurso de reposición con el que ésta pretendía, por una parte, que el Juzgado 11 Civil Municipal revocara su decisión de proceder a dictar sentencia de primera instancia y, por otro lado, que en su lugar dicho Despacho requiriera nuevamente a los Juzgados 2º Civil del Circuito y 7º de Familia de Cali con el fin de que éstos enviaran las pruebas documentales solicitadas por la revisionista con la presentación de su demanda y que habían sido decretadas por el Juez en virtud de dicha petición y posteriormente de oficio.

Aclarado lo anterior y entrando a resolver el segundo problema jurídico, la Sala fácilmente concluyó –debido a la claridad que enviste el numeral 6 del artículo 380 del C.P.C. – que la presunta irregularidad y/o fraude procesal alegado por la impugnante no reúne las

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

características que envuelven el concepto de maniobra fraudulenta de que trata la causal sexta de revisión, puesto que de tales hechos no se vislumbra la presencia de una actividad voluntaria determinada por varios comportamientos positivos o negativos, actividad ilícita, engaño y, lo más importante, que éstos hubieren provenidos o sido gestados por su contraparte el Banco xxxxxxxxxxxx S.A., siendo éste último uno de los requisitos fundamentales para que se configure ésta causal de censura.

En consonancia con las consideraciones expuestas, esta Sala concluye que el recurso de revisión presentado por la señora xxxxxxxxxxxxxx se haya infundado, lo que como consecuencias acarrea las establecidas en el párrafo final del artículo 384 e inciso 1º del artículo 392 del C.P.C.”

La Sala declaró infundado el recurso de revisión.

Rad. 000 2015 00862 00 (08 02 2017) M.S. Dr. Julián Alberto Villegas Perea.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. Caso fortuito como causa del incumplimiento del contrato de transporte.

Extracto:

“Es claro que la falta de previsión del transportador frente al ilícito que determinó el hurto de la mercancía y la posibilidad cierta que éste tenía de haber repelido el ataque de los delincuentes al contar con las medidas razonables de seguridad que permitieran evitar el perjuicio o su agravación, impiden la configuración del presupuesto de irresistibilidad como causal de exoneración.

Análogamente, estos relatos denotan la previsibilidad del ataque, pues se determinó que la única medida de seguridad adoptada por la empresa transportadora era el reporte telefónico con la empresa de transporte, y revista en los dos puestos de control destinados por ésta para el control de los vehículos de carga, más no ofrecían medida de seguridad alguna que le hubiere permitido al conductor del vehículo repeler el ataque, o en su defecto, impedir a los asaltantes perpetrar el hurto con la aparente facilidad en que fue perpetrado; máxime cuando se reitera, la empresa demandada conocía de la perpetración de hurtos anteriores bajo la misma modalidad.

Los eventos mencionados, hacen ver de modo incontestable que el Juez erró en su consideración de tener acreditada de manera cierta la configuración de la causa extraña como eximente de responsabilidad del transportador, así como la irresistibilidad del hecho y su incidencia en la ocurrencia del ilícito; razón que impone a esta Corporación declarar la responsabilidad por pérdida de la mercancía en cabeza de la sociedad demandada, y condena al pago de la consecuente indemnización.

Como quiera que conforme los hechos probados dentro del proceso, se tiene debidamente acreditado que la demandante no cumplió en debida forma con el deber contenido en el artículo 1010 del C. de Comercio, respecto la declaración del valor de la mercancía perdida, procederá la Sala a indexar con base en el índice de precios al consumidor a valor presente, el importe de la indemnización derivada de la responsabilidad del transportador por pérdida de la cosa, con base en lo probado dentro del proceso; aplicando en todo caso la sanción prevista en el inciso 5 del artículo 1031 ibídem, esto es, condenando al transportador a pagar el 80% del valor probado que tuviere la cosa transportada al momento de su entrega al transportador.

Lo anterior, advirtiendo en todo, caso la negativa de la pretensión quinta de la demanda respecto el valor del pago del lucro cesante a favor de la demandada, como quiera que si bien en el presente asunto no se encontró acreditada la causal eximente de responsabilidad del transportador por pérdida de la cosa transportada, al no haber acreditado que adoptó

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación, lo cierto es que dicha circunstancia, no se enmarca dentro de los supuestos de “dolo o culpa grave” previstos por el inciso cuarto del artículo 1031 del Código de Comercio, para su configuración. (Artículo 1516 C. Civil.)”

Rad. 011 2008 00130 01 (06 02 2017) Acta 935. M.P. Dr. Julián Alberto Villegas Perea.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Integraciones empresariales. Falta de legitimación en la causa por activa

“Teniendo en cuenta el reparo formulado por la parte apelante contra la decisión de primera instancia, corresponde a la Sala determinar si en el presente evento, a la sociedad demandante MICROBELL LTDA., le asiste legitimación para demandar el resarcimiento de perjuicios derivados de la inejecución del contrato de transporte multimodal celebrado entre la sociedad COMPUEXPORT DE COLOMBIA LTDA (sociedad frente a la cual afirma encontrarse en integración empresarial) y la demandada VALLEY CARGO S.A.

Atendiendo la naturaleza jurídica de la figura de integración empresarial definida por la Ley 1340 de 2009, frente al material probatorio que obra en el expediente, se tiene que si bien la apoderada judicial de la parte demandante afirma en su escrito de impugnación que entre las sociedades COMPUEXPORT DE COLOMBIA LTDA y MICROBELL LTDA. Existe una integración empresarial que confiere a esta última la posibilidad de reclamar de la demandada la indemnización de perjuicios sufridos con ocasión del aparente incumplimiento del contrato de transporte multimodal objeto de la litis, por ser en su consideración, quien finalmente asumió los costos de la legalización de la mercancía aprehendida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, y sufrió las pérdidas económicas por incumplimiento contractual respecto de terceros destinatarios del producto final, lo cierto es que, de acuerdo con lo probado dentro del expediente se tiene que la integración empresarial a que hace referencia la apelante, no se encuentra debidamente acreditada.

En efecto, la apoderada judicial de la parte apelante no es clara en fijar la fórmula de asociación existente entre las dos empresas demandantes, pues señala de una parte que entre ellas existe “Integración Empresarial”, y a renglón seguido indica la configuración de los elementos propios del “Grupo Empresarial” para acreditar su existencia, de ahí que partiendo de la base de que las dos figuras de asociación señaladas poseen un régimen jurídico disímil que otorga a cada una efectos jurídicos diversos frente al régimen de responsabilidad aplicable, así como de los requisitos legales para su configuración, de una parte, la autorización y/o notificación de la operación ante la Superintendencia de Industria y Comercio (cuando se considere que las empresas en conjunto no cuenta con más del 20% del mercado relevante-Resolución 10930 de 2015), o la inscripción en el registro mercantil o declaración de su existencia por parte de la Superintendencia de Sociedades (cuando haya discrepancias sobre los supuestos que lo originan), respectivamente, resulta claro que en el presente asunto de los dos requisitos se encuentra acreditado.

Si bien, aunque de manera confusa la apelante señala que las empresas que representa “no están obligadas a estar inscritas en registro mercantil, pero (sic) no necesitan control previo, dado que no cumplen con unos ingresos (sic) ingresos operaciones superiores a 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por tanto están exentos (sic) de registro mercantil, así sea que actúen en situación de grupo empresarial y estén bajo la misma unidad de control. Por tal razón de manera objetiva NO HAY TAL REGISTRO MERCANTIL, para demostrar tal integración como grupo empresarial, por el resultado económico del ejercicio comercial, pero tampoco les excluye de moverse bajo esta figura como empresas unidad (sic) para un solo fin, la norma ni la ley lo prohíbe”, e intenta mezclar los supuestos normativos de figuras de asociación empresarial distintas, lo cierto es que la impresión de sus apreciaciones frente al carácter imperativo de las normas comerciales en

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

cita, torna improcedente que esta Corporación reconozca la forma de agrupación societaria invocada pues, tal y como expuso, una es la figura mercantil de integración empresarial, y otra distinta es aquella relacionada con el llamado grupo empresarial, que tal y como fue expuesto, se presenta cuando entre una sociedad matriz y sus subordinadas y/o filiales existe un vínculo de subordinación y una unidad de propósito y dirección, debiendo realizarse el respectivo registro mercantil, entendido este último como un instrumento de publicidad para la vida comercial, cuyo objeto es permitir al público ciertos datos relevantes para el tráfico mercantil.

Así entonces no podría so pretexto de acreditar la existencia de una u otra forma de agrupación societaria, aplicar las normas que regulan las operaciones de integración empresarial a las de agrupación empresarial, pues tal y como se expuso, las dos tienen regímenes y efectos jurídicos diferentes.

En ese sentido, resulta preciso mencionar que tratándose de integraciones empresariales, si bien el inciso segundo del socorrido artículo 99 de la Ley 1340 de 2009 contempla el supuesto de hecho según el cual frente a las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor y que cuenten con menos del 20% del mercado relevante, se entiende autorizada la operación, y que en dicho evento, únicamente deberán notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de la integración, y que la apoderada judicial de la parte demandante afirma que al no cumplirse con ninguno de los dos eventos previstos en los numerales 1 y 2 de dicha norma, la actividad mercantil de las empresas demandantes no es susceptible de autorización por parte de la Autoridad de Control, lo cierto es que tampoco obra dentro del presente asunto prueba alguna de la forma de integración utilizada que compruebe su existencia, ya sea a través la presencia o no de un vínculo contractual que demuestre la configuración de una figura societaria, o en su defecto, de no existir vínculo contractual, mediante la acreditación de un vínculo societario que determine irrefutablemente la unidad de empresa.

Lo anterior resulta necesario como quiera que los efectos derivados de la comprobación de dicha asociación, y su oponibilidad ante terceros incide de manera directa en el resultado de las pretensiones indemnizatorias cuando media un vínculo contractual.

Con todo, observando la actuación de Microbell Ltda., todo parece indicar que la misma pudiera gozar más propiamente de la naturaleza de la figura procesal de la coadyuvancia, sin embargo, como quiera que tampoco así se pidió en la demanda, entonces no podría pensarse en tener a dicha sociedad como tal.

Así entonces, teniendo en cuenta que el origen de la responsabilidad contractual devine del daño proveniente de la inejecución de un contrato celebrado válidamente entre la víctima y el causante del daño, y que solo quien es parte del mismo puede demandar contractualmente su incumplimiento, resulta claro que en el presente asunto la sociedad demandante MICROBELL LTDA., no está legitimada en la causa por pasiva para reclamar la indemnización de perjuicios solicitada, pues tal y como se expuso, no se encuentra debidamente comprobada la alegada integración empresarial que le permita eventualmente hacer extensivos a su favor los efectos del incumplimiento contractual.

Ahora bien, si en gracia de discusión se acepta la existencia de la integración a que hace referencia la apelante, no sería la acción contractual la vía procedente para eventualmente reconocer a favor de la demanda MICROBELL LTDA., el resarcimiento de los perjuicios que demanda, pues es claro que en eventos como en el presente en los cuales se persigue la indemnización de perjuicios derivados de la afectación de una cadena de valor desarrollada entre las empresas demandantes, uno es el eventual perjuicio derivado de la inejecución del contrato a favor de los contratantes, y otro, en caso de ser procedente, la responsabilidad extra contractual que puede generar el mismo daño y un mismo responsable frente a dos o más víctimas.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

Por lo anterior, como quiera que en el presente evento no se encuentra acreditada en debida forma la legitimidad en la causa que le asiste a la sociedad demandante MICROBELL LTDA., respecto a la indemnización de perjuicios deprecados del presunto incumplimiento del contrato de transporte multimodal que se imputa a la demandada VALLEY CARGO S.A. y la demanda es clara frente al tipo de responsabilidad que se imputa a la sociedad demandada, se confirmara la sentencia apelada.”

Rad. 011 2012 00340 01 (26 01 2017) acta 931. M.P. Dr. Julián Alberto Villegas Perea

SIMULACIÓN.CONTRATO DE DONACIÓN

Extracto:

“Así entonces, tal y como lo expuso el a quo, la parte demandada no logró probar en forma alguna, el pago del saldo del precio acordado, y en este sentido en términos del artículo 177 del C.de P. Civil, y en la oportunidad prevista en el artículo 183 ibidem, demostrar que el demandante sí recibió el pago.

Bajo estas condiciones, se tiene que si bien el recurrente afirma que el pago se encuentra debidamente acreditado, es claro que de acuerdo con lo expuesto, dicha aserción no encuentra fundamento probatorio alguno pues los documentos que obran a folios 40 a 65 del cuaderno principal con los cuales se pretende demostrar la existencia de capacidad económica, tal y como fue advertido por el juez de primera instancia, sólo hacen relación a hechos ocurridos en el año 1996 a 1998 y otros al 2012; luego de ellos lo único que se puede concluir es la ocupación u oficio de la supuesta compradora, y no la capacidad económica necesaria para demostrar que aquella desembolsó y pagó el precio del bien, en la forma y término indicados en la escritura pública de venta.

Igual acontece con los documentos que obran en el cuaderno de pruebas de la parte actora, por cuanto si bien es cierto que tanto el Banco Colpatria como el de Bogotá certificaron que la señora xxxxxxxxxxxx tiene vínculo con ellos, desde el 13 de noviembre de 2003 con el primero de los citados (ver folio 36 cdo. 3º), y desde el 10 de julio de 2009 el segundo (folio 68 cdo 3º), lo cierto es que para la fecha de suscripción de la escritura pública de compraventa, 31 de mayo de 2005, la supuesta compradora, no tenía ahorrados los primeros 10 millones de pesos que asegura pagó como parte del precio acordado, y si bien realizó un préstamo por la suma de \$7.118.428.35, lo hizo en el mes de noviembre de 2006, sin que se haya probado que tal suma de dinero ingresó en el patrimonio del actor.

Otro tanto debe decirse del préstamo que por 10 millones asegura obtuvo de su “amigo” xxxxxxxxxxxx, pues el mismo no fue citado como testigo ni existe prueba idónea que dé cuenta de dicha transacción ni tampoco que dicha suma de dinero ingresara al patrimonio del supuesto vendedor; hecho que valga decir, deslegitima el argumento de alzada en la forma expuesta por la parte demandada y confirma la decisión del juez de primera instancia, de tener la falta de acreditación del pago del precio y la incapacidad económica de la demandada, como indicios serios de la simulación del contrato de compraventa celebrado.

Nótese entonces que no es relevante para la decisión que aquí se toma, la permanencia del actor en el inmueble objeto del proceso, ni si el precio del inmueble es o no irrisorio, pues de lo que en verdad se trata, es que la pasiva no logró demostrar en forma alguna, que tenía capacidad económica para el pago del precio acordado, como tampoco demostró ni se preocupó en acreditar, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales lo realizó.

Ahora bien, en cuanto al error que se endilga al Juez de tener por acreditada la existencia de una donación oculta, y consecuente declaración de nulidad de la donación en la proporción de la enajenación que excedía el valor de 50 SMLMV, conforme la regla prevista en el artículo 1458 del Código Civil, la Sala no encuentra válida tal censura, en tanto el resultado de la valoración probatoria desplegada por el juez atiende de manera puntual lo probado dentro del trámite, y lo solicitado en la demanda, pues una vez descartada de la

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

manera como ya se expuso la acreditación del pago del precio, así como la incapacidad económica de la demandada, el juez atendido lo expuesto por el demandante en su escrito de demanda, en donde señaló que “*la voluntad real de las partes fue la de transferir a título gratuito y no oneroso dicho predio*”, y como quiera que verificado dicho supuesto con la afirmación de la demandada según la cual, el demandante le transfirió la propiedad “por todos los cuidados” que ella “le había proporcionado a él y a la niña durante 10 años sin pago alguno”, la decisión del juez de tener por probada la existencia de una donación, no resulta desacertada.

Al respecto, se hace necesario reiterar que tal y como se expuso en la parte inicial de esta providencia en donde se señaló los límites de la impugnación, el argumento expuesto por la parte demandada en su escrito de impugnación va en contravía directa de las pretensiones que la misma parte señaló en la demanda, y que expresamente fueron reconocidas por el juez, dada la comprobación de los hechos materia de demanda. La Sala no pasará por alto, que de la manera como ya fue advertido, la parte demandante, desfavorecida con la decisión del juez que declaró la nulidad de la donación únicamente en el exceso del monto fijado por la norma en cita, no puede pretender a través de la alzada, desconocer el alcance de lo probado, y mucho menos, sustituir, como ahora lo pretende hacer, las pretensiones de la demanda, pues es claro que tal posición implicaría una violación flagrante de los principios procesales del debido proceso, lealtad procesal y defensa. No otra cosa podría concluirse de la posición de la parte actora, la cual, desconoce lo que ella misma expuso en la demanda inicial, y que ratificó a lo largo del proceso.

No sobra agregar finalmente que pese a que el porcentaje por el cual aceptó la donación el juez de primera instancia no fue objeto de reproche específico por parte del apoderado de la parte demandada (17.88%), las operaciones aritméticas que realizó para llegar a ese porcentaje, están sustentadas en el trabajo pericial que sin reproche de parte obró en la instructiva y que es visible a folios 50 a 55 del cuaderno 3º y 129 y 130 del cuaderno primero (aclaración), según el cual, el valor del inmueble para mayo 31 de 2005 era la suma de \$106.648.377.00.

Finalmente, frente al último argumento de la alzada según el cual, la acción del demandante para solicitar la nulidad de donación por inexistencia de insinuación se encuentra prescrita, debe la Sala aclarar que, tratándose de una acción de simulación la cual tiene por objeto dejar sin efecto jurídico la compraventa contenida en la escritura pública No. 2401 del 31 de mayo de 2005 de la Notaría Segunda del Círculo de Cali, es a partir de tal declaración judicial que se configura o nace a la luz la verdadera intención comercial de los contratantes y define el negocio jurídico original, excluyendo en consecuencia la posibilidad de aplicar las reglas de prescripción de éste último, cuando es evidente que el mismo sólo se configura con la declaración judicial que así lo tiene por hecho.

Así entonces, partiendo de la base de que el hito del término se da solamente con la declaración de existencia de la donación, la aplicación de un término de prescripción distinto al de la acción originaria, para el caso en concreto la acción de simulación relativa, resulta improcedente.

Finalmente, atendiendo que dentro del presente trámite se encuentra acreditada la nulidad de la donación en proporción al 82.12% del inmueble, y que como consecuencia de ello, el juez de primera instancia ordenó la inscripción de tal decisión en la Escritura Pública No. 2401 del 31 de mayo de 2005 de la Notaría Segunda del Círculo de Cali y en el folio de matrícula inmobiliaria No. 370-80681 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, como medida correcta materializar las restituciones mutuas derivadas de los efectos de su declaración, y que atendiendo los parámetros fijados por el art. 1746 del Código Civil, la Sala advierte que dentro de la providencia apelada no existe pronunciamiento alguno relacionado con el reconocimiento de frutos o mejoras a que hubiere lugar, lo cierto es que, de acuerdo con lo acreditado en el expediente (persistencia del enajenante en la detentación material del bien), tampoco hay lugar a su reconocimiento oficioso en esta instancia judicial como quiera que no existe prueba alguna que dé cuenta de su causación, amén de que ambas partes han continuado cohabitando el inmueble.”

Comentado [HMM1]:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

Rad.008 2012 00156 01 (28 02 2017) acta 942. M.P. Dr. Julián Alberto Villegas Perea.

SIMULACION ABSOLUTA.

“ ...la Sala encuentra preciso señalar que de los documentos aportados por la demanda como lo fue la certificación expedida por la Financiera Internacional S.A. respecto de la apertura realizada de diferentes Cmts, por la señora A ..., hija de la demandada, y su declaración de renta, los mismos tampoco se tienen como pruebas de las cuales se pueda inferir que se realizó el respectivo pago, así como que constituyan pruebas fehaciente de que el dinero en ellos representado se haya entregado al vendedor, pues es claro que la señora A ... no hace parte de la Litis, y que dichos documentos prueban su **capacidad económica** para el momento de la negociación, pero no de la demandada S

Igual situación se deriva de la declaración de la señora A ..., la cual analizada en conjunto con la desapruebas aportadas por la parta demandada, permite concluir a la Sala que la afirmación relacionada con el conocimiento que dice tener frente al pago que efectuó la compradora (al ser ella beneficiaria y dueña del 50% del CDT por treinta millones de pesos y que asegura fue endosado a favor del vendedor José Vicente Ayala), constituye un indicio contingente leve, respecto la eventual capacidad de pago de la compradora, más no acredita el pago efectivo como elemento esencial del contrato de compraventa.

Bajo las anteriores consideraciones es claro que contrario a lo expuesto por el apelante, tanto la capacidad económica de la demanda como la realización del precio no se encuentra debidamente acreditada; circunstancia que no solamente confirma la falta de esos presupuestos como indicios serios que desvirtúen la simulación alegada, sino que además, toman el innecesaria la consideración del indicio relacionado con el denominado precio “vil” del inmueble el cual, ante la falta de verificación del pago, resulta improcedente.”

(...)

“En el presenta asunto, tal y como se señaló en el correspondiente problema jurídico, la Sala encuentra que no obstante haberse reconocido por parte de la jurisprudencia que la procedencia del reconocimiento de frutos y mejoras percibidas causadas a los inmuebles objeto de restitución, ostenta un carácter oficioso que impone en cabeza del juez el deber de reconocerlas, lo cierto es que tratándose de una decisión de segunda instancia en donde la parte desfavorecida con la decisión que negó su reconocimiento, no apeló dicha decisión, no puede esta Corporación inadvertir dicha circunstancia y proceder a su reconocimiento, pues ello, no solo se daría al carácter oficioso de la aplicación de dichas normas un alcance que ni la ley ni la jurisprudencia han definido, sino que además, dicha actuación iría en contravía del principio dispositivo que gobierna las reglas del proceso civil, el cual impone que sean las partes, exclusivamente, quienes determinen el *thema decidendum*, debiendo el juez, por lo tanto, limitar su pronunciamiento a lo que ha sido pedido por aquellas en los actos de constitución del proceso.”

Rad. 010 2015 00092 02 (03 02 2017) Acta 934. M.P. Dr. Julián Alberto Villegas Perea

S A L A L A B O R A L

CONTRATO DE TRABAJO. Convenio asociativo de trabajo. Contrato de prestación de servicios profesionales.

“Del análisis del acervo probatorio, considera la sala que el documental correspondiente a los desprendibles de pago permite verificar la remuneración respecto del servicio personal que desplegó la actora, sin embargo, las mismas por sí solas no demuestran que tal prestación se haya dado bajo una continuada subordinación respecto de las aquí demandadas, pues caso contrario, lo que se puede inferir es que la prestación del servicio por parte de ésta surgió en virtud de **convenio asociativo de trabajo** sostenida con la demandada COPREVISION COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, y en ejecución del **contrato de prestación de servicios profesionales** de carácter independiente suscrito entre ésta y la empresa CELLSTAR DE COLOMBIA LTDA.

Así entonces, no existe prueba en el plenario que muestre en forma clara, precisa y contundente, que haya existido una verdadera **subordinación y dependencia** de la actora respecto de las demandadas, durante el término de asociación del vínculo asociativo de trabajo, esto es, que haya existido un cumplimiento directo o continuo de órdenes o funciones asignadas, o del cumplimiento de un horario por parte de la demandante para la ejecución de sus labores, dado que las pruebas documentales, únicas aportadas al proceso, no hacen relación alguna a dicho elemento, para configurar la existencia del vínculo laboral que afirma el demandante sostuvo con la empresa CELLSTAR DE COLOMBIA LTDA, por intermedio de COPREVISION COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO.

Ante la ausencia de prueba directa, es necesario anotar que la Corte Constitucional en sentencia C-070 de 1993, precisó que las reglas y principios jurídicos que regulan la actividad probatoria – entre ellos los principios de la carga de la prueba – delimitan la forma válida para incorporar los hechos al proceso y de controvertir su valor para definir su incidencia en la decisión judicial. Así mismo, que el sistema de cargos procesales obedece a la racionalidad de las reglas y principios de la actividad probatoria y a la crítica del juicio normativo por el cual se adjudican efectos jurídicos a los hechos debidamente demostrados en el proceso, por tanto, la prestación de estos se lleva a cabo principalmente a través de medios de prueba a disposición de las partes al ser utilizadas en el tiempo y la forma definidos por el legislador. En el marco de lo constitucionalmente permisible.

He determinado la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, que los principios y reglas jurídicas relacionadas con la iniciativa, carga, evaluación, etc. De la prueba tienen su asiento en la lógica, en la experiencia y en los valores de lo equitativo y lo justo determinados por el legislador en cada momento histórico. En consecuencia, los derechos sub-lite dependen de la acción u omisión del interesado, ya que las cargas procesales imponen a la parte asumir ciertas conductas o abstenciones cuyo incumplimiento puede generar riesgos de una decisión desfavorable y, por ende, el no reconocimiento de sus derechos subjetivos.

Dentro de las obligaciones procesales fijadas por ley a las partes se encuentra la institución de la carga de la prueba. Esta incumbe a quien tiene interés en los efectos jurídicos de las normas que regulan los supuestos de hecho afirmados o negados (C.P.C art. 177). La finalidad última de la actividad probatoria es lograr que el juez se forme una convicción sobre los hechos, por lo que el deber de aportar regular y oportunamente las pruebas al proceso, está en cabeza de la parte interesada en obtener una decisión favorable.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

Así las cosas, al no haber demostrado la parte actora el cumplimiento de los elementos esenciales de la existencia del contrato de trabajo, la providencia consultada habrá de confirmarse, por las razones aquí expuestas.”

Rad. 012 2006 00407 01 (22 02 2017) Dr. Henry Alberto Dueñas Barreto

FUERO SINDICAL – Acción de reintegro.

“Así las cosas, el obstaculizar la comunicación como designación de la accionante como miembro de la comisión de reclamos, el despido sin justa causa, a seis (6) días de su designación, junto con las demás evidencias de conductas antisindicales desplegadas por el Banco, y que se han dejado reseñadas, utilizadas precisamente para afectar la existencia del sindicato, permiten establecer que eran conocedores de la pertenencia y designación de la accionante como miembro de la comisión del sindicato.

Con todo, y aun aceptando a título de hipótesis, la tesis del demandado referente a que no conocía de la situación sindical de la demandante, no deja de ser desproporcionado que luego de que la comunicación llegó a Cali, esto tres (3) horas luego de haber despedido a la accionante, y aun cuando esta realizó múltiples pedimentos para su reincorporación, el banco haya optado por mantener tal postura, prefiriendo afectar el derecho de negociación colectiva, y asociación sindical del sindicato, que se ejerce de manera principal a través de la comisión de reclamos.

Es por lo anterior, que la Sala considera que la desvinculación de la accionante, obedeció a un acto de discriminación por su condición de miembro aforada del **Sindicato de Trabajadores del Banco WWB “SINTRAWWWB”**. Es así que, al haberse demostrado la existencia del fuero, el banco tenía la obligación de solicitar permiso para desvincular a la accionante al Ministerio de Trabajo.

En consecuencia, habrá que revocarse la sentencia de primera instancia para en su lugar ordenar el reintegro deprecado, con el subsiguiente pago, a título de indemnización, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha en que efectivamente se produzca el reintegro, así como los aportes al sistema de seguridad social integral en salud, pensiones y riesgos laborales.”

Rad. 005 2015 00271 01 (14 03 2017) Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya

PAGO DE HONORARIOS. Interpretación del contrato de mandato – Intención de los contratantes.

“Para la Sala la intención de las partes fue pactar un pago de los honorarios mediante la modalidad de *cuota litis*, siendo el 30 % del “resultado económico” el monto mínimo a reconocer a la demandante, esto es en caso que el ejecutado opte por pagar la obligación que motivó el ejecutivo para evitar la adjudicación, la cual se corrobora en el parágrafo siguiente de la cláusula.

Las partes también pactaron la cuota litis diferente en caso que el inmueble embargado y secuestrado fuese adjudicado o entregado en dación de pago a favor del demandado, y no se hayan pagado los honorarios, una vez ocurra dicha adjudicación; en ese caso el porcentaje fijado fue del 40% sobre el valor de la adjudicación.

Según se desprende del certificado de libertad y tradición aportado (fl 38), el valor de la adjudicación ascendió a \$ 12.564.000, el 40% de dicho monto asciende a \$ 5.025.600 tal como se fijó en primera instancia.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

Si bien, mandante y mandatario, precisaron que “para cualquier efecto el valor del avalúo del inmueble es \$ 31.800.000”; la sala considera que ello no significa como entiende el apelante que es el valor de partida para aplicar el porcentaje de los honorarios. En efecto dicho valor hace referencia al valor comercial del inmueble, y claramente las partes precisaron su intención al valor comercial del inmueble, y claramente las partes precisaron su intención referente a que la remuneración para la profesional del derecho se aplicaba sobre el valor de la adjudicación, mas no sobre el monto comercial; por ende, según lo lineado en el artículo 1618 del Código Civil, debe prevalecer la intención de los contratantes.

Es por lo anterior que se confirmará la condena de primera instancia; las costas en esta instancia serán a cargo del recurrente; tásense oportunamente; inclúyase como agencias en derecho la suma de \$ 150.000.”

Rad. 010 2010 00878 01 (28 04 2017) Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya

PENSION DE INVALIDEZ. Pérdida de capacidad laboral. Práctica de la prueba. No es excusa la ausencia de recursos del accionante para la práctica de la prueba, pues en primer lugar, bien pudo solicitar ante el juez el amparo de pobreza para financiar la prueba, en los términos del artículo 160 del CPC.

“Fue formulado por la apoderada de la parte demandante, solicitando que se revoque la decisión de primera instancia, y se acceda a las pretensiones formuladas. Sostuvo que el accionante no estaba en calificación de pérdida de capacidad laboral. No obstante, y aun cuando el a quo, permitió que el accionante escogiera la junta que le calificaría, tanto este como su apoderado mostraron decidía para la práctica de la prueba.

Es claro entonces que el accionante dejó el proceso huérfano de pruebas que le permitieran controvertir el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de invalidez, estando a su cargo tal carga conforme a lo establecido en el artículo 177 del CPC.

Sobre los argumentos esbozados por la apelante referentes a la falta de notificación de la decisión de practicar la prueba, carece de asidero; la Sala denota que en auto del 29 de octubre de 2013, se ofició a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca para que informara que entidades análogas a ella existían en el país para poder calificar la PCL del accionante (fl 263); ante ello, la demandada refiere que las otras juntas existentes en el país son las de Arauca, Choco, Guajira, Putumayo, Guaviare, Vaupés Caquetá, Casanare, Guainía, Vichada, Amazonas y San Andrés y Providencia / (fl 266); luego y aunque no era deber el a quo preguntarle al accionante donde quería practicarse la nueva calificación, la hizo mediante autos del 15 de enero de 2014 y del 13 de febrero de 2014 (fl 267); empero no existió respuesta de aquel. Es decir, fluye evidencia que existió diligencia en la notificación de la decisión para la práctica de la prueba, sin embargo, la accionante de mostró indiferente frente a ello.

Tampoco es exclusiva la ausencia de recursos del accionante para la práctica de la prueba, pues en primer lugar, bien pudo solicitar ante el juez el amparo de pobreza para financiar la prueba, en los términos del artículo 160 del CPC, sin embargo, nunca procedió así.

Finalmente, y tal como se indicó en precedencia el hecho que la Junta nacional de calificación de invalidez, revise en segunda instancia los dictámenes rendidos por las regionales, no hace rigurosa la práctica de la prueba de PCL pro estas últimas. Y en ello es así porque al interior del proceso, el dictamen de cualquiera de dichas juntas se aprecia como prueba pericial aunado a que las decisiones que adoptan en el trámite de calificación de invalidez, no hacen tránsito a cosa juzgada.

En este contexto, al no considerarse al accionante como inválido, dado al porcentaje de 43.42% de Pérdida de Capacidad Laboral, ninguna prestación le merece del sistema general de pensiones.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

Por lo antes expuesto, se confirmará la decisión absolutoria de primera instancia. Las costas en esta instancia estarán a cargo de la recurrente; tásense por secretaria, inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$ 150.000.

Rad. 008 2009 00511 01 (30 03 2017) Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya

PENSIÓN DE INVALIDEZ. Persona con enfermedad degenerativa. Cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez.

“Extrapolando al presente lo dicho por la Corte Constitucional se observa a folios 9 a 12 el dictamen proferido por Colpensiones el 2 de abril de 2014 en el que se indica que el motivo de la calificación de la demandante fue por “CEGUERA DE UN OJO, VISION SUBNORMAL, DEL OTRO” producida por un “ADENOMA HIPOFISIARIA. Igualmente, obra en el cuaderno de segunda instancia la historia laboral a folios 29 a 35 en la que se señala que la actora ha cotizada un total de 1.177 semanas en toda su vida laboral desde el 17 de noviembre de 1976 hasta el 31 de octubre de 2016, de la cual se desprende que a pesar de su enfermedad ha continuado trabajando.

Del dictamen se concluye que producto del “ADENOMA HIPOFISIARIA” (tumor de la hipófisis recidivante adenoma cromóforo con patrón papilar) que padece desde el año 1984; que en el año 1986 tuvo pérdida total de la visión del ojo derecho según historia oftalmológica del 11 de abril de 1995; que le fueron realizadas dos cirugías más en el año 1993 y 1994 por pérdida progresiva de la visión del ojo izquierdo.

De lo anterior se desprende las complicaciones que ha sufrido la demandante desde que aparecieron los síntomas de la enfermedad, la cual ha empeorado progresivamente su capacidad visual a tal punto de ser calificada con una pérdida de capacidad laboral del 61.3% estructurada el 16 de julio de 1984, según dictamen proferido por Colpensiones el 2 de abril de 2014.

Los hechos narrados se encasillan en lo señalado en las sentencias de la Corte Constitucional que expresan que para resolver una solicitud de pensión de invalidez de una persona con enfermedad degenerativa se debe tener en cuenta que: (i) la fecha de estructuración corresponde a la fecha en que el peticionario pierde materialmente la capacidad de trabajo de manera permanente y definitiva en aplicación del principio de la primacía de la realidad y, (ii) que se deben tener en cuenta todas las semanas cotizadas hasta ese momento.

Así las cosas, la Sala tal y como lo ha hecho la Corte Constitucional, considera que la pérdida de la capacidad laboral de XXXXXXXXXX se dio de manera permanente y definitiva el 2 de abril de 2014, fecha en la que efectuó la calificación por parte de Colpensiones, por lo tanto, la norma aplicable es el artículo 1° de la ley 860 de 2003 que exige un total de 50 semanas cotizadas dentro de los tres últimos años anteriores a dicha fecha.

De la historia laboral se desprende que la demandante cotizó en los últimos tres años un total de 154,42 semanas, superando ampliamente el requisito consagrado en la citada Ley 860 de 2003.

A manera de conclusión tenemos que, la demandante si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual se reconocerá a partir del 11 de abril de 2014 cuando se presentó la solicitud de pensión ante Colpensiones, según se desprende de la resolución GNR 388196 del 5 de noviembre de 2014, la Sala realiza el reconocimiento de la prestación a partir de la mencionada fecha, tal y como lo efectuó la Corte Constitucional en proceso similar en la sentencia T-057 de 2017, esto para dar linaje a esta providencia.”

Rad. 001 201500380 01 (17 05 2017) acta °98. Dr. Germán Varela Collazos

PENSION DE SOBREVIVIENTE. El hecho que el demandante no hubiere reclamado la pensión de sobrevivencia una vez falleció su progenitor y el cien por ciento (100%) se hubiera radicado en cabeza de su progenitora esto no implica que hubiere perdido su derecho pensional

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia han reiterado que la pensional es un derecho que permite a una o varias personas entrar a gozar de los beneficios de una prestación económica antes percibida por otra, lo cual no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino a la legitimación para reemplazar a la persona que venía gozando de este derecho; y la pensión de sobrevivientes es la que propende porque la muerte del afiliado no trastoque las condiciones de quienes dependían de él.

Ahora, el hecho que el demandante no hubiere reclamado la pensión de sobrevivencia una vez falleció su progenitor y el cien por ciento (100%) se hubiera radicado en cabeza de su progenitora esto no implica que hubiere perdido su derecho pensional. Lo que posiblemente se puede entender es que el demandante no reclamo la pensión de sobrevivencia por cuanto siguió bajo la dependencia económica de su madre.

A manera de conclusión, la dependencia económica de XXX con relación a su padre XXX se encuentra acreditada y, por lo tanto. Procede el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a partir del 78 de septiembre de 2006. No obstante, como quiera que la sustitución pensional fue reconocida en el 100% a favor de su madre XXX, quien falleció el 15 de junio de 2013 el disfrute de la prestación lo será a partir de esta fecha.

El monto corresponde la misma cuantía que percibía XXX en calidad de pensionado y que posteriormente fue sustituida a XXX, equivalente al salario mínimo legal mensual vigente según certificación expedida por a demandad visible a folio 82 del expediente.

No hay mesadas prescritas porque el demandante presentó la reclamación de la pensión de sobrevivencia el 13 de junio de 2014 según se desprende del documento obrante a folio 22 y la demanda se presentó en la oficina de reparto el 13 de febrero de 2015, es decir, antes del término de los tres años señalados en el artículo 1515 dl C.P.P y de la S.S.

Con relación a la pretensión de intereses moratorios se absuelve a la demanda. La razón es que solo por vía judicial se determinó la obligación de la ESPA S.A. de reconocer la pensión de sobrevivientes dada la discusión que se planteó, de ahí que, no se le puede atribuir mora a la entidad en el reconocimiento de la prestación puede atribuir mora e la entidad en el reconocimiento de la prestación de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la ley 100 de 1993. En lugar de los intereses moratorios se reconoce indexación la cual deberá pagarse mes a mes sobre las mesada adeudadas y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la obligación. Lo anterior, con el fin de corregir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda causada en el tiempo por causas inflacionarias.

Las razones anteriores son más que suficientes para revocar la sentencia consultada y, en su lugar, condenar a la EPSA a reconocer y pagar al demandante la pensión de sobrevivientes en la forma antes indicada. Las costas de primera instancia so a cargo de la EPSA y a favor de XXX. Sin constas en esta instancia por haberse conocido en el grado de consulta.”

Rad. 009 2015 00107 01 (05 04 2017) acta 148. M.P. Dr. Germán Varela Collazos

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE Conflicto entre compañera y cónyuge.

“En resumen, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en una interpretación del artículo 13 de la ley 797 de 2003 extendió la protección y/o cobertura de la pensión de sobrevivientes a la cónyuge separada de hecho, pero con sociedad conyugal vigente; primero con la concurrencia necesaria de una compañera permanente que le habilite, luego en forma autónoma. En ambos casos debe acreditar i) una convivencia mínima de cinco (5) años en cualquier tiempo, ii) que se sigue considerando como miembro familiar del causante, y iii) que la muerte del cónyuge genera una concurrencia económica, moral, o afectiva.

Retomando el asunto bajo estudio, hay que decir que el análisis de los supuestos fácticos a la luz de la normatividad antes transcrita permite establecer que, en el presente caso, el cónyuge y presunta compañera del causante aducen ostentar el carácter de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes.

Una vez valorados todos los medios de convicción arrojados al plenario, la sala considera que tanto el cónyuge como la compañera permanente tienen derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

En efecto, la demandante mantuvo un vínculo matrimonial vigente hasta el deceso de XXXXXXXX (fl 12, 13) y que producto de él se procrearon tres hijos (fls 18 a 23)

Analizando con detenimiento el relato de XXXXXXXX encuentra la sala que este refiere de manera enfática que entre el causante XXXXXXXX, además de su cónyuge, mantuvo relaciones extramatrimoniales con las litisconsortes necesarias XXXXXXXX y XXXXXXXX, lo cual según la idiosincrasia es normal, pero que a pesar de ello no dejó de considerar a la demandante como su esposa, que a pesar que vivían en casas separadas, mantenían un vínculo. El conocimiento de los hechos emana de la cercanía con una hija de la pareja, la cual frecuentó por más de 20 años, y por ser vecino del barrio Mariano Ramos.

Si bien, el dependiente XXXXX, refiere que la demandante otrora había demandado al causante por alimentos, y que aquella no estuvo pendiente del causante antes de fallecer, su dicho pone en evidencia una cierta relación de cercanía con la litisconsorte necesaria. , la cual fue confirmada por XXXXXXXX, quien ratifica que en alguna época de depon ente y la litisconsorte compartieron residencia, con el causante. Además, de su relato quedó claro que tampoco la compañera permanente estuvo al tanto del estado de salud del causante antes de fallecer, situación que si reprochó a la cónyuge; esto solo pone en evidencia una profunda animadversión contra la demandante, que le restó objetividad a su relato.

Según lo anterior se revocará la sentencia a efectos de radicar la prestación de sobrevivientes del causante, de manera compartida entre la cónyuge demandante XXXXXXXX y la litisconsorte necesaria, XXXXXXXX, en porcentaje del 50% para cada una.”

Rad.003 2008 010865 01 (16 05 2017) Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya

PENSION DE SOBREVIVIENTE. En calidad de cónyuge – Convivencia simultánea. No toda relación de pareja se encasilla en una verdadera convivencia.

“... COLPENSIONES mediante resolución GNR 150815 de junio 25 de 2013 dejó en suspenso el reconocimiento del 50% de la pensión de sobrevivientes debido a la controversia presentada entre M...yC...reconoció el otro 50% a C.I...en calidad de hija del causante.

Con relación a la acreditación de la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencias del 24 de enero de 2012, radicados 41637 y 40055 del 29 de noviembre de 2011 estimó que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contiene varios supuestos, y diferenció la existencia de una

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

convivencia simultánea, caso en el cual la prestación debía dividirse con la compañera permanente, así como el evento en que la citada convivencia simultánea no existiera, pero sí una unión conyugal precedida de una separación de hecho que reconocía un derecho a la cónyuge, siempre que su convivencia matrimonial hubiese durado por los menos 5 años en cualquier tiempo.

La pregunta que surge es qué debemos entender por el término de convivencia. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación 31921 del 22 de julio de 2008 dijo que *“(...) pues lo que interesa para que la convivencia exista es que en realidad se mantengan, el afecto, el auxilio mutuo, el apoyo económico, y el acompañamiento espiritual, características de la vida en pareja (...)”* posición que fue reiterada en sentencia del 29 de noviembre de 2011 con radicación 40055 al expresar que la convivencia se caracteriza por *“(...) los lazos de afecto y el ánimo de brindarse sostén y asistencia recíprocos(...)”*.

De allí que, por un lado, no toda relación de pareja se encasilla en una verdadera convivencia, pues en este tipo de relaciones hay una amplia gama de situaciones que atraviesan por lo que se conoce popularmente como “amigos con derechos”, las “relaciones furtivas” hasta una verdadera “convivencia efectiva de pareja” que es la que reconoce la ley para efectos de pensión de sobrevivencia, tal como se ha señalado en las sentencias T-128 de 2016, T-525 de 2016, entre otras.”

(...)

“Con fundamento en lo expuesto se concluye que la beneficiaria del 50% de la pensión de sobreviviente es la señora XXX en calidad de cónyuge del causante, la cual se acrecentará en el 100% una vez XXX no cumpla con los requisitos para continuar devengando la prestación conforme lo señaló COLPENSIONES en la resolución GNR 150815 de 2013. El valor de la mesada será el equivalente a la que devengaba XXX por pensión de vejez, en el porcentaje que corresponda.

No hay prescripción de mesadas porque COLPENSIONES resolvió la solicitud de la pensión mediante resolución GNR 150815 de junio de 2013 dejando en suspenso el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y la demanda fue presentada en la oficina de reparto el 28 de mayo de 2014 tal y como se observa a folio 14, sin que hubiese operado el término de los tres años señalado en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S.”

Rad. 014 2014 00326 01 (24 05 2017) Acta 218. Dr. Germán Varela Collazos.

PENSIONE DE VEJEZ. Beneficiario de régimen de transición. En este caso hay que anotar, que si bien el accionante, ha cotizado hasta abril de 2017, la sala no las tendrá en cuenta porque el aquí demandante continuó cotizando porque fue inducido en error por parte de la entidad de seguridad social, al negarle el derecho pensional mediante Resolución GNR 033191 del 12 de marzo de 2013, cuando para dicha calenda ya tenía reunidos los requisitos para acceder al derecho pensional

Para la sala, aunque los argumentos de la recurrente no resultan ser los más acertados, teniendo en cuenta la historia laboral allegada a esta instancia judicial, actualizada el 12 de mayo de 2017 (fs. 23 a 27 / C2), es posible colegir que el aquí demandante es beneficiario del régimen de transición por las siguientes razones: Primero, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el actor contaba con 41 años de edad, toda vez que nació el 18 de junio de 1952, así lo permite inferir el documento de identidad (f. 3), por lo cual se acredita un primer presupuesto para ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, para la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 001 de 2005, el demandante conservó el régimen de transición, toda vez que al realizar la sumatoria de semanas de conformidad con la historia laboral ya referida, incluyendo como periodos completos de 30 días los meses de mayo de 1998, octubre de 2001, septiembre y diciembre de 2001, marzo, agosto, noviembre y diciembre de 2004, febrero y mayo a noviembre de 2005, y marzo de

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

2006, se concluye que el demandante al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, contaba con 766 semanas, hecho que adquiere relevante importancia, pues encuadra la situación jurídica en la excepción prevista en el párrafo 4° del pluricitado acto legislativo 001 de 2005, es decir, que al señor **XXXXXXXXXX** se le extendió el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014.

De anotarse que A quo, erróneamente tuvo en cuenta los periodos de junio a agosto de 1970 de conformidad con el documento visible a 7 del expediente, cuando lo cierto es que dicho documento de forma clara señala que el periodo cotizado es de 4 semanas, es decir, solo corresponde al mes de junio de 1970.

Igualmente, es de resaltar que la Sala tiene en cuenta la historia laboral actualizada a mayo de 2017, aportada en esta instancia judicial, como quiera que el presente asunto trata del derecho fundamental a la seguridad social, y atendiendo el hecho de que el actor había solo solicitado a **COLPENSIONES** la corrección de su historia laboral desde el 12 de agosto de 2016

(fs. 15 a 18 / C2) pero sólo hasta ahora la entidad corrigió la misma.

Colorario de lo hasta aquí expuesto, el demandante es beneficiario del régimen de transición, en consecuencia la norma que rige el derecho pensional es el establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Preceptiva legal que establece, en lo que interesa al caso, que tendrán derecho a la pensión de vejez, los hombres que cumplan 60 años de edad, u acrediten un mínimo de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas cotizadas en toda la vida, las cuales acredita con eficiencia el aquí demandante, pues cuando alcanzó la edad pensional, contaba con 1124 semanas cotizadas, es decir, que cuando solicito el reconocimiento de la prestación el 31 de enero de 2013, ya tenía reunido los requisitos para acceder al derecho a la pensión de vejez.

Ahora bien, la prestación se debe liquidar conforme el artículo 21 de la ley 100 de 1993 en razón a que el demandante para la entrada en vigencia de dicha norma le faltaba más de 10 años para causar el derecho pensional, por lo cual el IBL se debe extraer con el promedio de las cotizaciones efectuadas durante los últimos 10 años, al IBL obtenido se le debe aplicar una tasa de reemplazo del 81% de conformidad con el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, lo que arroja una mesada pensional por valor de **\$594.359.00** para el año 2013.

Hay que anotar, que si bien el señor **XXXXXXXXXX**, ha cotizado hasta abril de 2017, la sala no las tendrá en cuenta porque el aquí demandante continuó cotizando porque fue inducido en error por parte de la entidad de seguridad social, al negarle el derecho pensional mediante Resolución GNR 033191 del 12 de marzo de 2013, cuando para dicha calenda ya tenía reunidos los requisitos para acceder al derecho pensional. La anterior posición tiene sustento en la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia del 1° de septiembre de 2009, radicado 34514.

El disfrute de la prestación será a partir del 1° de febrero de 2013, como quiera que el 31 de enero de 2013 el aquí demandante elevó la reclamación administrativa. El número de mesadas serán 13 en los términos de A.L. 01 de 2005, en razón que la prestación se causó con posterioridad al año 2011.

Hay que anotar, que ninguna mesada pensional se encuentra afectada por la prescripción, en razón que entre la fecha de la negativa pensional mediante Resolución GNR 033191 del 12 de marzo de 2013 y la fecha de presentación de la demanda, 6 de junio de 2014 (f.30), no transcurrieron los 3 años indicados en el artículo 151 del C.PT. y S.S.

Rad. 010 2014 00372 01 (16 05 2017) Dra. Elcy Jimena Valencia Castrillón.

S A L A P E N A L

Prevaricato por Acción, Prevaricato por Omisión, Peculado por Apropiación en favor de terceros y Cohecho Propio. Dosificación punitiva. Perjuicios y subrogados.

Extracto:

“Se sabe que por el fallecimiento en 1988, hace 28 años, del terrateniente xxxxxxxxxxxx, su viuda xxxxxxxxxxxx y sus hijos xxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxx adelantan proceso de sucesión mixta en el Juzgado 1º de Familia de Cali bajo radicación 1998-00008-04, el cual todavía se encuentra en trámite porque no han podido solucionar sus diferencias.

También se dice que el señor xxxxxxxxxxxx dejó muchas deudas y cuantiosos impuestos por pagar, tanto que su hijo xxxxxxxxxxxx adquirió, con un préstamo del BBVA, cuatro haciendas en El Patía, Cauca las que debió poner a nombre de su ahijado xxxxxxxxxxxx, con el fin de evitar que le fueran embargadas.

Tal parece que los predios ubicados en los municipios de Pradera y Palmira (aproximadamente 1.300 hectáreas), que hacen parte de dicha sucesión, también tenían varios gravámenes hipotecarios, obligaciones laborales y cuantiosos impuestos por pagar a la DIAN y al CATASTRO de Pradera y Palmira, por lo que era inminente su embargo, secuestro y remate por parte de esas entidades públicas.

La familia xxxxxxxxxxxx, desde el año 1996, había encomendado la administración de esas fincas productoras de caña de azúcar a la empresa xxxxxxxxxxxx, con sede en Palmira, de propiedad de xxxxxxxxxxxx, mediante un Contrato de Administración celebrado el 5 de abril de 1996, por lo que se pagaría, como honorarios, el 17% de lo que produjera la venta de caña de azúcar al Ingenio del Cauca, INCAUCA.

En los años 2002 a 2004 fue gerente de xxxxxxxxxxxx el doctor xxxxxxxxxxxx, esposo de xxxxxxxxxxxx, hija de xxxxxxxxxxxx, en tanto que xxxxxxxxxxxx figuraba como subgerente, lo que concuerda con el contenido de la copia del Certificado de la Cámara de Comercio del Cauca visible a folios 132 a 136 del Cuaderno Original No. 1 aportado por el señor representante de la parte civil.

Se deduce que, ante la amenaza de los procesos coactivos de la DIAN y de los municipios de Pradera y Palmira, además de otros acreedores con garantía real, la Junta de Socios de xxxxxxxxxxxx, subgerenciada por xxxxxxxxxxxx, le cedió, a título de venta por el precio del 10% de lo que lograra recaudar, al doctor xxxxxxxxxxxx el derecho a cobrar ese 17% de los \$20.221.836.464.00 (...) que produjo la venta de caña entre el 5 de abril de 1996 y el 31 de agosto de 2003 al Ingenio del Cauca, INCAUCA, porcentaje equivalente a \$3.437.712.198.00, con el fin de que entablara un proceso ejecutivo por esa cuantía y solicitara el embargo y secuestro de las cañas, cepas y macollos de esas extensiones de terreno para evitar que fueran objeto de otras medidas cautelares y poder seguir administrando el cultivo y producción de esos cañaverales.

Hay que precisar que el embargo y secuestro se hizo como si las cepas y macollos de caña sembrados en esas heredades fueran bienes muebles, por lo que no se registraron en las correspondientes matrículas inmobiliarias de la Oficina de Instrumentos Públicos de Palmira. Es que si hubiera intentado registrar el embargo como bienes inmuebles por

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

adhesión que eran, el Registrador no lo hubiera podido hacer porque esos predios pesaban gravámenes hipotecarios, garantías reales, embargos laborales, medidas cautelares judiciales y procesos coactivos anteriores, lo que hubiera dado al traste con el proceso ejecutivo, tornando inocuo el embargo e imposible el secuestro.

Por eso el abogado demandante , en la solicitud de medidas cautelares previas, dijo que debían aplicarse los numerales 7º y 8º del artículo 682 del Código de Procedimiento Civil, advirtiendo que el crédito que se estaba cobrando tenía la prelación dispuesta en el artículo 1277 del Código de Comercio (El mandatario tendrá derecho a cobrarse sus créditos, derivados del mandato que ha ejecutado , con las sumas que tenga en su poder por cuenta del mandante y, en todo caso, con la preferencia concedida en las leyes a los salarios, sueldos y demás prestaciones provenientes de relaciones laborales.) en concordancia con el artículo 36 de la Ley 50 de 1990 que dice que ese tipo de crédito tiene privilegio excluyente sobre todos los demás (...).

Todo indica que ese objetivo de bloquear a los otros acreedores se cumplió, pues el proceso ejecutivo singular de mayor cuantía se radicó, el 2 de julio de 2004, en el Juzgado 13 Civil del Circuito de Cali con el número 2014-00221-02, a cargo de la señora Juez xxxxxxxxxxxx, quien ordenó el embargo y secuestro, como si fueran bienes muebles, de las cepas y macollos presentes y futuros de esos predios de la familia xxxxxxxxxxxx, que era la demandada, nombrando como secuestre al doctor xxxxxxxxxxxx, quien , a su vez, permitió que la administración de esos bienes la siguiera ejerciendo la empresa xxxxxxxxxxxx de propiedad de xxxxxxxxxxxx, quien tenía la doble condición de demandante , a través de su yerno xxxxxxxxxxxx, y de demandado, en su calidad de integrante de la familia xxxxxxxxxxxx y heredero del causante xxxxxxxxxxxx (...). Es decir que xxxxxxxxxxxx se autodemandó y utilmente nunca permitió ser notificado de ese proceso ejecutivo para que no se trabara la litis y no se siguiera adelante, porque lo que le interesaba era que todo continuara como estaba, para seguir administrando los bienes a su antojo, con un secuestre de bolsillo, y , para asegurar ese statu quo, le suministraba una pingüe propina periódica a la señora Juez, quien se prestaba para mantener esa situación anómala sin impulsar el proceso y sin remover al secuestre, a quien le autorizó abrir una cuenta bancaria a su nombre en calidad de secuestre, por lo que no depositaba el dinero de la venta de caña secuestrada en la cuenta de títulos judiciales del despacho para cubrir el crédito, sino que lo desviaba hacia xxxxxxxxxxxx, donde era utilizado para otros menesteres y rendía los informes de gestión tardíamente y sin ningún control por parte de la Operadora Judicial.

La anterior es la única explicación de esa artimaña jurídica, porque si don xxxxxxxxxxxx, por medio de su empresa xxxxxxxxxxxx, administraba todos los bienes de la sucesión de su padre, no se entiende por qué era necesario ejecutar judicialmente a su propia familia y a él mismo por unos honorarios del 17% que nunca facturó y que bien pudo cobrarse por la derecha ciñéndose al Contrato de Administración que él detentaba. Por eso se habla de un fraude procesal endilgado al demandante xxxxxxxxxxxx y de un abuso de confianza del secuestre xxxxxxxxxxxx, conductas que no son materia de este proceso penal.

Lo cierto es que el señor xxxxxxxxxxxx, por medio de su xxxxxxxxxxxx, siguió cultivando, manteniendo y administrando la producción y venta de caña de azúcar de esos predios, actividad que venía realizando desde 1996 y que se prolongó hasta que murió el 24 de octubre de 2009 (...), cuando pasó a ser gerente de xxxxxxxxxxxx su hija xxxxxxxxxxxx. Después , el 27 de julio de 2010, el abogado de las sobrevivientes de la familia xxxxxxxxxxxx, doctor xxxxxxxxxxxx , vino a denunciar las irregularidades que advirtió, como sujeto procesal, en el proceso ejecutivo singular de mayor cuantía promovido por el doctor xxxxxxxxxxxx en contra de la familia xxxxxxxxxxxx que se llevaba en el Juzgado Civil del Circuito de Cali a cargo de la doctora xxxxxxxxxxxx, como ya se reseñó en los HECHOS de esta providencia.

PREVARICATO POR ACCIÓN

Consiste en que la señora Juez Civil de Circuito, en el **Auto Interlocutorio 675 de julio 27 de 2004**, con apariencia de legalidad, decretó el embargo y secuestro de las cepas actuales

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

y futuras de caña de azúcar, junto con sus correspondientes macollos, como si se trataran de bienes muebles, ubicados en los predios El Tablón y El Barranco del municipio de Pradera y El Rincón, Cantarohondo, Papayalito, La Linda y El Papayal del municipio de Palmira, siendo que se trataba de bienes inmuebles por adherencia, por lo que debió ordenar el registro de la medida cautelar en las respectivas matrículas inmobiliarias en la misma decisión nombró como secuestro al doctor xxxxxxxxxxxxxxx.

Dicha providencia se trajo a los folios 193 y 194 del Cuaderno de Anexos Original N°2:"

(...)

"La señora Juez aplicó acomodativamente el artículo 659 del Código Civil, desconociendo que el artículo 657 prevé que "Las plantas son inmuebles, mientras se adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones que puedan transportarse de un lugar a otro." La Corte Suprema de Justicia tiene sentado de atañe que "Los pastos y sementeras permanentes como el café, el plátano, la caña, que se siembran para ser beneficiados indefinidamente, han de reputarse igualmente bienes inmuebles de acuerdo con el artículo 657 del Código Civil." (C.S.J. Sent. 9 de octubre 1941. G.J., t.II, pág.437)

El artículo 2° del Decreto 1250 de 1970, en su capítulo II, establece que están sujetos a registro: "1. Todo acto, contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces,..."

El artículo 681, numeral 1°, del Código de Procedimiento Civil establece que para efectuar los embargos se procederá así: "El de bienes sujetos a registro se comunicará al respectivo registrador, por oficio que contendrá los datos necesarios para el registro; si aquéllos pertenecieren al ejecutado, lo registrará y expedirá a costa del solicitante un certificado sobre su situación jurídica en un periodo de veinte años, si fuere posible. Una vez inscrito, el oficio de embargo se remitirá por el registrador directamente al juez junto con dicho certificado."

El artículo 515 del Código de Procedimiento Civil dispone que "El secuestro de bienes sujetos a registro, tanto el previo como el decretado en el proceso, sólo se practicará una vez se haya inscrito el embargo y siempre que en la certificación del registrador aparezca el demandado como su propietario..." Son normas explícitas que no admiten interpretación diferente, ya que, cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

En consecuencia, sin lugar a dudas, las cepas y macollos de caña son bienes inmuebles por adhesión, por lo que la señora Juez debió ordenar el registro de su embargo, en la Oficina de Instrumentos Públicos de Palmira, en las respectivas matrículas inmobiliarias de los predios donde se hallaban plantados, tanto es así que el demandante hizo referencia a los números de matrícula inmobiliaria de cada uno de los predios donde se hallaban esos cultivos, cuyos certificados de tradición los allegó tardíamente, después de realizado el secuestro.

No es lo mismo vender la cosecha de la caña de azúcar, que allí sí es un bien mueble, porque se separa de la tierra al ser cortada, que embargar cepas y macollos que permanecen adheridos al predio con las raíces y que producen periódicas cosechas de caña durante varios años, por lo que se reputan bienes inmuebles por adherencia, debiendo ser registrado su embargo en la Oficina de Instrumentos Públicos y luego proceder a su secuestro.

El artículo 682, numeral 7°, del Código de Procedimiento Civil prevé: "El secuestro de cosechas pendientes y futuras se practicará en el inmueble, dejándolas a disposición del secuestro, quien adoptará las medidas conducentes para su administración, recolección y venta en las condiciones ordinarias del mercado." Esta norma no era la aplicable por la señora Juez 13 Civil del Circuito, porque lo que pidió inicialmente el demandante no fue el embargo y secuestro de cosechas sino de "... cepas actuales y futuras de caña de azúcar,

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

junto con sus correspondientes macoyos (sic), que se encuentran en los siguientes predios ubicados en los municipios de Pradera y Palmira..." (...).

El numeral 8º de la misma norma establece: *"Si lo secuestrado es una empresa industrial o minera u otra distinta de las contempladas en los numerales anteriores, el secuestre asumirá la dirección y manejo del establecimiento, procurando seguir el sistema de administración vigente. El gerente o administrador continuará en el cargo bajo la dependencia del secuestre, y no podrá ejecutar acto alguno sin su autorización, ni disponer de bienes o dineros; a falta de aquél, el propietario podrá ejercer las funciones que se indican en la parte final del inciso primero del numeral 6."* Esta norma tampoco era la aplicable por la señora Juez 13 Civil del Circuito de Cali porque el demandante, por ninguna parte, pidió el embargo y secuestro de una empresa industrial o minera, ni siquiera agropecuaria, por la sencilla razón de que no existía entre los bienes denunciados, los cuales consistían en cultivos de caña de azúcar en grandes extensiones de tierra de los demandados.

Lo anterior constituye un prevaricato por acción porque la señora Juez ordenó el secuestro de las cepas actuales y futuras de la caña de azúcar, junto con sus correspondientes macollos que se encuentren en los predios pertenecientes a la familia xxxxxxxxxxxx como si fueran bienes muebles, pasando por alto que la ley claramente dice que son inmuebles por adherencia y que, por lo tanto, su embargo debía ser inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

También incurrió en el mismo delito la Funcionaria Judicial en el **Auto de octubre 14 de 2004** al autorizar, motu proprio, sin que lo haya pedido el señor Secuestre xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx (...), para que abriera una cuenta en el Banco BBVA a su nombre y con el cargo desempeñado, con el fin de que allí se depositaran los dineros provenientes de la venta de caña de azúcar producida en los predios de la familia xxxxxxxx, lo que debió haber sido en la cuenta de depósitos judiciales del Despacho, como lo dispone el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el D.E. 2282 de 1989, artículo 1º, numeral 3º, que trata de la custodia de bienes y dineros por parte de los auxiliares de la justicia, conducta que se materializó cuando profirió el **Auto de octubre 26 de 2004, numeral 4º**, en donde da a conocer al representante legal de INCAUCA y a todas aquellas empresas con las que tenía negocios xxxxxx (administradora de todos los bienes de los demandados) que los dineros provenientes de la venta de caña de azúcar (secuestrados) debían consignarse, a partir del 16 de septiembre de 2004, en la cuenta No. 813-0100010733 del Banco BBVA, sucursal Cali, a nombre del Secuestre xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx (...).

(...)

"Aquí no se embargaron empresas industriales, comerciales o agropecuarias, ni el demandante lo solicitó. Las medidas cautelares recayeron sobre plantaciones de caña de azúcar, por lo que la señora Juez no podía dar aplicación al inciso 2º del Artículo 10 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia debió ordenar, insoslayablemente, que los dineros producto de la venta de caña de azúcar que se producía en los predios de la familia xxxxxxxxxxxx fueran consignados en la cuenta depósitos judiciales del Juzgado para que se fuera cubriendo el crédito objeto del proceso ejecutivo, tal como lo ordena el inciso primero del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil: *"Los auxiliares de la justicia que como depositarios, secuestres o administradores de bienes perciban sus productos en dinero, o reciban en dinero el resultado de la enajenación de los bienes o de sus frutos, harán la consignación inmediatamente en la cuenta de depósitos judiciales a la orden del juez de conocimiento."*

Obsérvese que la señora ni siquiera tenía claro hasta qué monto se debía limitar el dinero que se recaudaría con las medidas cautelares, ya que en la providencia del 27 de julio de 2014, cuando ordenó el embargo y secuestro, dijo que sería de \$ 10.500.000.000.oo, luego, en el Auto del 26 de octubre de 2004, refirió que eran \$10.000.000.000.oo, sin dar ninguna explicación al respecto.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

El secuestre, prevalido de esa facultad, hizo mal uso de los dineros producto de la venta de caña de azúcar, entregando la administración de los bienes secuestrados y del dinero al representante legal de xxxxxxxxxxxx, señor xxxxxxxxxxxx, al punto que la mayor parte del presupuesto lo invirtió en pagar las obligaciones financieras y, en general, todos los gastos de esa empresa, cuando su función era la de amortizar la obligación que dio lugar a la demanda con título ejecutivo complejo.

En consecuencia, esta decisión también fue abiertamente ilegal y contraria al ordenamiento jurídico.

De contera, se condenará a la doctora xxxxxxxxxxxxxx como autora de dos prevaricatos por acción, hecho punible que se encuentra tipificado en el artículo 413 del Código Penal con una pena mínima de 3 años de prisión para la fecha de los hechos.

PREVARICATO POR OMISIÓN

La entonces Juez Civil del Circuito de Cali omitió ejercer controles a la actividad del secuestre en la presentación oportuna de los informes de gestión, debiendo revelarlo y compulsar copias para que se investigara su actuación irregular. Tampoco emitió pronunciamiento alguno para autorizar al secuestre que pagara los impuestos, deudas fiscales, deudas privadas, contratos de abogados y otro tipo de gastos, como lo dispone el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 42 del Decreto 2265 de 1968 ordena que *“Los auxiliares y colaboradores de la justicia que como depositarios o administradores de bienes perciban los productos de estos en dinero, o que reciban en dinero el resultado de la enajenación de los bienes a ellos confiados o de sus frutos, lo depositarán inmediatamente en los establecimientos bancarios señalados en el Decreto 1798 de 1963, a la orden del Juzgado de conocimiento. La correspondiente autoridad judicial podrá autorizar con conocimiento de causa, cuando fuere el caso, el pago de impuestos y expensas con los dineros así depositados y, cuando se trate de empresas industriales, comerciales o agropecuarias, que el administrador, bajo su responsabilidad personal, lleve los dineros a cuenta corriente bancaria con la denominación del cargo que desempeña y el Banco respectivo enviará al Despacho judicial copia de los extractos mensuales. En todo caso, el depositario o administrador, dará al Juzgado informe mensual de su gestión, sin perjuicio del deber de rendición de cuentas que la Ley le impone.”*

El artículo 688, numeral 3º, del Código de Procedimiento Civil determina que el secuestre será revelado y deberá entregar los bienes cuando *“...deja de rendir cuentas de su administración o de presentar los informes mensuales, en cuyo caso se le revelará de plano.”*

Es innegable que el señor Secuestre presentaba los informes mensuales por fuera de tiempo: el 15 de diciembre entregó el correspondiente al periodo comprendido entre el 16 de septiembre y el 31 de octubre de 2004 (folio 152); el 9 de febrero de 2005, el de noviembre de 2004 (folio 154); el 11 de febrero de 2005, el de diciembre de 2004 (folio 159); el 18 de abril de 2005, el de febrero de 2005 (folio 166); el 21 de junio, los de marzo y abril de 2005 (folio 175); el 23 de julio de 2005, el de mayo de 2005 (folio 180); el 5 de agosto de 2005, el de junio de 2005 (folio 184); y así sucesivamente; el 11 de enero de 2006, los de septiembre y octubre de 2005 (folios 199 y 205); el 18 de enero de 2006, el de noviembre de 2005 (folio 210) y, el 7 de febrero de 2006, el de diciembre de 2005 (folio 215 del Cuaderno Original N° 1), de lo cual, obviamente, estaba enterada la señora Juez situación anómala que el señor Secuestre, años después, mediante memorial de octubre 29 de 2010, trató de explicar los motivos de la demora a la Funcionaria (folios 109 a 111 del Cuaderno Original N° 1), lo que no interesa a este sumario.

Esa tardanza reiterativa en suministrar los informes por parte del señor Secuestre que se prolongó en el tiempo, era suficiente para que la señora Juez lo revelara de su cargo, sin embargo se mantuvo impávida, reflejando una laxitud inusitada en perjuicio del normal desarrollo del asunto que tenía a su cargo.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

Además, la señora Juez no estuvo atenta a que los dineros producto de la venta de la caña de azúcar, durante los años 2004 y 2005, se depositaran en la cuenta de depósitos del juzgado, tanto que en ese periodo no se hizo ninguna consignación destinada al pago del proceso ejecutivo.

A pesar de percatarse de que el señor Secuestre xxxxxxxxxxxx acogió como apoyo logístico a la empresa xxxxxxxxxxxx del señor xxxxxxxxxxxx para que siguiera administrando los bienes secuestrados, no tomó ninguna medida al respecto. Asumió una actitud pasiva de dejar pasar y dejar hacer (*laissezfaire, laissezpasser*), siendo demasiado tolerante y despreocupada por el curso del proceso y de la actitud de los intervinientes, desentendiéndose del objeto principal del asunto que era el recaudo del dinero para cubrir el crédito, no obstante el transcurso de los años. No ejerció sus poderes judiciales para enderezar su curso, sino que lo dejó a su propia suerte, con la manida disculpa de que se trata de una justicia rogada que no se puede adelantar de oficio, lo que desencadenó todos estos procesos penales y disciplinarios, siendo destituida del cargo.

El numeral 5º del artículo 9º del Código de Procedimiento Civil, modificado por el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989, quedó así: “Los secuestres podrán designar bajo su responsabilidad y con autorización judicial, los dependientes que sean indispensables para el buen desempeño del cargo y señalar sus funciones. El juez resolverá al respecto y fijará la asignación del dependiente, en providencia que no admite apelación.

El artículo 14 de la Ley 1285 de 2009 adicionó el artículo 60ª de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), cuyo parágrafo reza: “El juez tendrá poderes procesales para el impulso oficioso de los procesos, cualquiera que sea, y lo adelantará hasta la sentencia si es del caso.” El numeral 20 del artículo 153 de la Ley Estatutaria establece que es deber del funcionario judicial “Evitar la lentitud procesal, sancionando las maniobras dilatorias así como todos aquellos actos contrarios a los deberes de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe. Estos mandatos legales no fueron acatados por la Operadora Judicial, quien dejó al garete el proceso ejecutivo de mayor cuantía con medidas cautelares previas a ella encomendado.

Si bien es cierto que la Funcionaria le asignó la remuneración mensual al Secuestre y lo autorizó para que abriera una cuenta a su nombre en su calidad de tal, no lo autorizó para que delegara sus funciones en xxxxxxxx so pretexto de apoyo logístico. Era algo tan evidente que ella no lo podía pasar por alto.

Entonces, se condenará igualmente por el delito de prevaricato por omisión previsto en el artículo 414 de la Ley 599 de 2000, que contemplaba una pena mínima de 2 años de prisión.

PECULADO POR APROPIACIÓN EN FAVOR DE TERCEROS

Existe el delito de Peculado por Apropiación cuando: i) El bien jurídico tutelado por el legislador es la administración pública; ii) El agente es calificado al determinarse que siempre lo será aquel que ostente la calidad de servidor público.;iii) Se consuma por la apropiación ilegal de bienes del Estado que se le han dejado en administración, tenencia o custodia al servidor público; iv) La administración, tenencia o custodia puede ser material o jurídica y estar unida al servidor público por razón o con ocasión de sus funciones. Por tanto, la relación entre el funcionario (sujeto activo) y los bienes oficiales no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté atada al ejercicio de un deber funcional;; v) El servidor público recepta en forma lícita y legal un determinado bien a fin de entregarlo o destinarlo; sin embargo, resuelve apropiarse de él; vi) Deberá militar una conexión entre la disponibilidad de los bienes públicos con el concepto de autor, en el entendido que cuando la ejecución de actos antijurídicos contra la administración pública requieran un despliegue múltiple de comportamientos destinados a la apropiación de dineros públicos, no es requisito esencial, exclusivo o determinante que el agente, servidor público o funcionario vinculado con la administración, realice todas las acciones que supone la consumación del reato. (Sentencia del 14 de noviembre de 2007, radicado 23958, M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz).

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

Según los informes contables elaborados por el CTI (folios 770-822 y 870-882 del Cuaderno Original N° 3), se concluyó que en los años 2004 y 2005, el total de ingresos por la producción de caña fue de **\$4.155.497.832.47** consignados en la cuenta del Secuestre, que se hicieron gastos directos de producción por **\$2.738.446.735.00**, sin que se haya hecho ningún pago destinado al proceso ejecutivo del Juzgado 13 Civil del Circuito de Cali. En consecuencia, se desviaron dineros en cuantía de **\$1.417.051.097.47** en favor de terceros.

Según el INFORME INVESTIGADOR CONTABLE 43000-6-76180137 del 13 de mayo de 2011 rendido por el perito JORGE E. ORTIZ del Grupo de Policía Judicial de Delitos Económicos del CTI, el cual se allegó como prueba trasladada, se pudo establecer que los ingenios **INCAUCA y MAYAGÜEZ**, por concepto de compra de materia prima (caña de azúcar en mata), consignaron a la cuenta bancaria No. 0013-0813-00-01000107333 del Banco BBVA a nombre del señor secuestre xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx **\$781.009-356.20 entre octubre y diciembre de 2004 y \$3.375.488.476.00 durante el año 2005, para un total de \$4.155.497.832.20**; valores que fueron encontrados en la contabilidad de la empresa xxxxxxxxxxxx como ingresos, cuando no lo eran, lo cual tiene explicación en el hecho de que el señor secuestre xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, como apoyo logísticos, le entregó la administración de los frutos de la caña secuestrada a xxxxxxxxxxxx, empresa que, desde el año 1996, venía administrando los bienes que fueron objeto de embargo y secuestro el 27 de julio de 2004 (folios 745 a 751 del Cuaderno Original N° 3) por orden del Juzgado 13 Civil del Circuito de Cali, o sea, las cepas actuales y futuras de caña de azúcar junto con sus correspondientes macollos de los predios El tablón y El Barranco del municipio de Pradera y El Rincón, Cantarohondo, Papayalito, La linda y El Papayal del municipio de Palmira de la familia xxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxx LTDA. Es decir que xxxxxxxxxxxx, dirigida por xxxxxxxxxxxx, sin que mediara contrato de apoyo logístico con el Secuestre ni autorización de la señora Juez 13 Civil del Circuito de Cali, siguió administrando, sin interrupción, esos terrenos productores de caña de azúcar conforma lo venía haciendo según el contrato de administración del 5 de abril de 1996.

En consecuencia, la empresa xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxx, ejecutó **gastos directos de producción** y cultivo de la caña de azúcar por la suma de **\$2.738.446.735.00**, valor que se encontró registrado en la contabilidad de la xxxxxxxxxxxx como ingresos propios, cuando no lo eran.

La diferencia de **\$1.417.051.097.00** son pagos efectuados por xxxxxxxxxxxx correspondientes a los gastos administrativos, pago de impuestos y a terceros propios de ésta empresa que no se pueden atribuir a los gastos directos de producción de la caña de azúcar, por lo que no fueron justificados.

Además, no se evidenció que de los dineros producto de la caña secuestrada se hayan realizado pagos, durante los años 2004 y 2005, en la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado 13 Civil del Circuito de Cali para cubrir la deuda que dio lugar al embargo y secuestro de esos cultivos. Tampoco se encontró autorización de la señora Juez 13 Civil de Circuito de Cali para que xxxxxxxxxxxx realizara pago de impuestos y otras erogaciones no relacionadas.

Con anuencia de la señora Juez, en connivencia con el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, representante de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, el secuestro permitió que el dinero recaudado fuera invertido en el pago de empleados, nómina, compra de equipos y demás obligaciones financieras de esa empresa, tal como lo sostuvo su tesorera MARÍA LIGIA PARRA DE GONZÁLEZ el 28 de agosto de 2012 (folio 1237 Cuaderno Original N° 5), desviando el dinero, pues no tuvo ningún control de la señora Juez, al extremo de que este señor presentaba los informes extemporáneamente, por lo que debió relevarlo del cargo, pero nunca lo hizo.

El artículo 153, numeral 11, de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), entre los deberes de los funcionarios judiciales, previó el de "Responder por la conservación de los documentos, útiles, equipos, muebles y bienes confiados a su guarda o administración y rendir oportunamente cuenta de su utilización, y por la decorosa presentación del Despacho."

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

Se halla responsable a la acusada del delito de Peculado por apropiación en favor de terceros previsto en el artículo 397 del Código Penal con una pena mínima de 6 años de prisión para ese entonces.

COHECHO

Se tuvo conocimiento de la comisión de este delito a través de las entrevistas y declaraciones que rindiera el señor XXXXXX, protegido del difunto xxxxxxxxxxxxxx, quien dijo que en los años 2004 y 2005, al menos en dos ocasiones, junto con el secuestre xxxxxxxxxxxxxx, le llevaron aproximadamente \$7.500.000.00 en un sobre de manila a la doctora xxxxxxxxxxxxxx, a su despacho ubicado en el Palacio de Justicia de la carrera 10; que su jefe xxxxxxxxxxxxxx le entregaba ese dinero a él y le ordenaba que se lo llevara al doctor xxxxxxxxxxxxxx, que lo acompañara al Juzgado 13 Civil del Circuito de Cali y que observara que efectivamente se lo entregara a la señora Juez, ya que xxxxxxxxxxxxxx era muy desconfiado; que don xxxxxxxxxxxxxx le explicó que ese dinero era para que la señora Juez sostuviera en el cargo al Secuestre y permitiera que xxxxxxxxxxxxxx siguiera administrando los bienes secuestrados.

De entrada debemos decir que la declaración del señor xxxx recibida en la etapa investigativa y la rendida en audiencia pública merecen plena credibilidad como quiera que, de un lado, se ajustan a los criterios de apreciación de la prueba testimonial, pues lucieron espontáneas, naturales, categóricas, reiterativas y consistentes; su capacidad objetiva y subjetiva fueron óptimas y no se advirtió intención de causarle daño injustificadamente a la aquí implicada.

Al contrario de lo alegado por la Defensa, no se observa que el señor xxxx mienta en su testimonio, pues el hecho de que no precise las fechas y la cantidad de veces que llevó el alijo al Juzgado 13 Civil del Circuito, no le resta credibilidad. Mírese que tampoco recuerda cuándo fue que murió su mentor xxxxxxxxxxxxxx, lo cual le debió impactar, sin embargo dijo que eso sucedió en el año 2010, siendo que fue el 24 de octubre de 2009.

Tampoco puede decirse que haya inventado eso para vengarse del doctor xxxxxxxxxxxxxx y de su ex mujer xxxxxxxxxxxxxx, quienes no tienen nada que ver con ese delito en particular. ¿Por qué habría de decir eso de una persona que apenas conocía de vista y contra quien no tenía motivo para acusarla falsamente? La respuesta es porque esos hechos realmente sucedieron.

Tal parece que el señor XXXXXX venía siendo amedrentado para que no dijera nada, advirtiéndole que él también había participado del delito de cohecho, sin embargo no omitió su deber de colaborar con la justicia, tanto es así que en su declaración extrajuicio ante notario (...) dijo que venía siendo amenazado, que asumía su responsabilidad y que se acogía al principio de oportunidad. Esto fue malinterpretado por el señor Defensor de la encausada, quien le da otro sentido en sus alegatos de conclusión. En audiencia pública celebrada el 13 de mayo de 2014, el señor xxxxxx señaló a la doctora xxxxxxxxxxxxxx como la señora Juez Civil del Circuito que en su despacho recibía, de manos del secuestre xxxxxxxxxxxxxx, el sobre de manila que contenía el dinero que le remitía el señor xxxxxxxxxxxxxx, y que eso sucedía la segunda quincena de cada mes.

Ahora, su versión cobra mayor veracidad si la apreciamos dentro del contexto de los demás acontecimientos, los cuales se narraron antes. Es más, en la audiencia pública, el señor GXXXXX se ratificó de la declaración que rindió ante la señora Fiscal 4ª Delegada el 29 de noviembre de 2012, donde dijo que estaba siendo amenazado por el doctor xxxxxxxxxxxxxx y la señora xxxxxxxxxxxxxx, o sea que sí fue cierto que él puso en conocimiento de la Fiscalía esas amenazas a través de una declaración extrajuicio y personalmente, al contrario de lo que alega el señor Defensor, de que nunca lo hizo. (Ver declaraciones del testigo en la reseña de los hechos de esta sentencia).

Para esta Sala, la declaración del señor Gxxxxxx ofrece serios motivos de credibilidad, por lo que se condenará a la doctora Mxxx como responsable de la comisión del delito de

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

COHECHO PROPIO tipificado en Título XV, Capítulo III, Libro 2º, artículo 405 de la Ley 599 de 2000 que tenía una pena mínima de 5 años de prisión.

XI. DOSIFICACIÓN PUNITIVA, PERJUICIOS Y SUBROGADOS

Teniendo en cuenta que la doctora xxxxxxxxxxxx no tiene antecedentes penales ni se han demostrado circunstancias de mayor punibilidad, partiremos de la pena mínima del delito más grave que es el de PECULADO POR APROPIACIÓN EN FAVOR DE TERCEROS, es decir, de 6 años de prisión, la que incrementaremos en 3 años por el concurso heterogéneo con los ilícitos de PREVARICATO POR ACCIÓN, PREVARICATO POR OMISIÓN Y COHECHO PROPIO, a razón de un año por cada una de estas conductas (artículos 397, 413, 414 y 405 del Código Penal vigentes para los años 2004 y 2005), para una pena definitiva de NUEVE (9) AÑOS DE PRISIÓN. La multa será equivalente a los dineros desviados, que se tasó en \$ 1.417.051.097.47, y en la misma cantidad se condenará a pagar los perjuicios patrimoniales causados a las víctimas del injusto.

No se concederá la suspensión de la ejecución de la pena prevista en el artículo 63 del Código Penal porque no se cumple el factor objetivo, ya que la pena impuesta supera los 4 años de prisión; ni la prisión domiciliaria conforme al artículo 68 de la Ley 599 de 2000 porque la pena mínima prevista en la ley del delito más grave sobrepasa los 5 años de prisión, y si se aplicara por favorabilidad el artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2004, tampoco sería procedente porque se trata de delitos contra la Administración Pública que se encuentran excluidos expresamente por el artículo 68ª de la misma obra.

Como la doctora xxxxxxxxxxxx se encuentra gozando de detención domiciliaria concedida en la Resolución de noviembre 30 de 2012, cuando la Fiscalía 4ª Delegada ante el Tribunal Superior de Cali le definió su situación jurídica (...), la cual fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia el 31 de enero de 2013 (...), sin que haya tenido modificación en la Resolución de Acusación de junio 27 de 2013 (...), se ordenará al INPEC que, una vez quede ejecutoriada esta Sentencia Condenatoria, la traslade al Centro de Reclusión respectivo.

Rad .000 2013 00445 00 ((22 05 2017) Acta No. 147 M.P. Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.

SALVAMENTO DE VOTO: Prevaricato por Acción; prevaricato por omisión; peculado por apropiación a favor de terceros y cohecho.

“FALTA DE PRUEBA PARA CONDENAR. Si bien la sentencia es rica en la descripción del acontecer procesal, resulta escasa en la valoración jurídico probatoria. La condena de la procesada está fincada, no en la valoración de la prueba conforme al sistema de persuasión racional, sino exclusivamente en la presunción de veracidad tanto de los hechos afirmados por el denunciante y la parte civil, como de la calificación jurídica de la conducta de la procesada que éstos hicieron al unísono con la Fiscalía; por lo mismo, no se puede sostener que se cumplen las condiciones sustanciales que para condenar impone el art. 232 de la L. 600/00, referidos a la existencia de la prueba que suministre conocimiento cierto sobre la materialidad de todos y cada uno de los punibles materia de acusación y de la responsabilidad de la procesada; luego, tampoco no se puede afirmar que la Fiscalía haya cumplido con la carga de desvirtuar la presunción de inocencia que constitucionalmente (art. 29 de la C.P.) ampara a la que aquí acusada y, por consiguiente, se terminó invirtiendo la carga de la prueba en contra de ésta.

El acervo probatorio allegado a la actuación no permite afirmar que términos absolutos la materialidad de la pluralidad de los delitos contra la administración pública por los que se acusó a la Dra. Las pruebas que relaciona la Sala Mayoritaria bajo el acápite **“V. PRUEBAS PRACTICADAS EN LA ETAPA DEL JUICIO”** ni las doce pruebas que relaciona bajo el acápite **“VIII. PUEBAS DE LA ETAPA INSTRUCTIVA”** permiten obtener conocimiento cierto de la configuración del tipo objetivo y subjetivo de todos y cada uno de los delitos objeto del juicio.”

(...)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

“En mi criterio, la tesis de la Fiscalía acogida por la Sala Mayoritaria según la cual la aludida decisión proferida por la Dra.... es abiertamente contraria a la ley, resulta jurídicamente insostenible básicamente porque la prueba no la respalda y porque está apoyada en el criterio según el cual, conforme a lo dispuesto en el art. 657 del C.C. las cepas y macollos de caña de azúcar son bienes inmuebles por adhesión y que, por lo mismo, la única manera de embargarlo y secuestrarlo era identificando plenamente el inmueble en el que estaban sembrados e inscribir el embargo de éste en la <Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; argumento que no es suficiente para concluir la tipicidad de la acción...”

(...)

“Las cepas y macollos constituyen objeto normal y corriente de la actividad económica y comercial y en la dinámica de los negocios de las empresas dedicadas a la producción de caña de azúcar según aparece en la constancia del Ingenio Incauca.

Siendo esto así, resulta admisible el entendimiento que tuvo la Juez en el sentido de que se trata de bienes muebles por anticipación con cuyo valor se pretendía lograr el pago de la obligación reclamada ejecutivamente y que, por ende, la decisión de embargo y secuestro de las cepas y macollos no puede calificarse como manifiestamente contraria a la ley.”

“La autorización de apertura de la cuenta corriente bancaria a nombre del secuestre.

Según la Sala Mayoritaria, otra conducta de *prevaricato por acción* cometida por la Dra.... consistió en que, con base en los incisos 2º y 3º del art. 10º del C.P.C., autorizó al secuestre Gustavo... abrir una cuenta corriente personal en el banco BBVA y manejar desde allí los dineros provenientes de los bienes embargados, cuando los mismos debieron haber sido consignados en la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado 13 Civil del Circuito de Cali de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1º de la mencionada disposición atendiendo a que **“lo embargado no era una empresa industrial, comercial o agropecuaria”**.

De acuerdo con la evidencia que obra en el proceso y en mayores elucubraciones jurídicas, tal comportamiento de la aquí procesada, en mi criterio, deviene **atípico** pues:

1.-La aplicación que hizo de los incisos 2º y 3º del art. 10º del Código de Procedimiento Civil, en vez del 1º, obedeció al hecho que los demandados no solamente eran personas naturales **-como lo concluyó la Sala Mayoritaria-** sino que también empresas dedicadas a actividades comerciales y agropecuarias **-Arellano de Garcés y Cía. S.C.A.; Ricardo Garcés y CIA s. en C. y Central Azucarera Palmira Ltda. En liquidación-**.”

(...)

“La autorización de la apertura de la cuenta corriente bancaria está dentro de las posibilidades interpretativas de los incisos 2º y 3º del art. 10º del C.P.C. cuya teleología apunta a que, tratándose de empresas industriales, comerciales o agropecuarias, la medida cautelar no afecte su actividad económica y normal desenvolvimiento para el cumplimiento de su objeto **-adquisición de insumos, materias primas, pago a acreedores, pago de salarios, etc.-**

Tratándose de empresas cuyo desenvolvimiento comercial por la producción y venta de la caña de azúcar implicaba el manejo mensual de sumas millonarias, no puede calificarse como contraria a la ley la decisión de la Juez pues ésta, aunque puede ser discutible, tiene apoyo en el principio de razonabilidad que impone aplicar la norma que tiene relación con la complejidad de la actividad industrial y comercial de las empresas demandadas ejecutivamente.”

(...)

“Prevaricato por omisión.

“En mi criterio, el proceder de la Juez tampoco se subsume en la hipótesis de violación de **prevaricato por omisión** en atención a que:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

1.- El tipo objetivo de esta conducta (art.414 del C.P.) contempla: **a.-** un sujeto activo cualificado “**servidor público**”; **b.-** pluralidad de verbos rectores alternativos como “**omitir, retardar, rehusar o que reniegue**” y, **c.-** un elemento normativo referido a un “**acto propio de las funciones**”. Esto traduce que el comportamiento del servidor público se concreta en una infracción a un deber o función relativa al cargo que desempeña.

Por ende, para la configuración del delito de prevaricato por omisión basta, incluso, que la omisión devenga como simple capricho del servidor público.”

(...)

El hecho de que la Juez “**no haya controlado de manera oficiosa el cumplimiento de la gestión del secuestre**”:

1.- Constituye un proceder de naturaleza omisiva que, de un lado, es discutible si se tiene en cuenta que el proceso ejecutivo es de carácter dispositivo y, de otro, sea como fuere, no hace parte de la estructura de hipótesis de violación por la que se le acusó;

2.- El proceder omisivo de control de la actividad del secuestre es de naturaleza distinta a la conducta regida por el verbo “apropiarse” que gobierna el tipo objetivo de peculado y,

3.- ese proceder omisivo a partir del cual se estructura el peculado, tiene que ver con la falta de diligencia, la cual no puede constituirse en causa jurídica de la apropiación pues ello desconoce, de un lado, el principio de legalidad estricta y, de otro, que tal punible es eminentemente doloso.”

(...)

Del cohecho.

“**1.-** Es evidente que una vez surgió el conflicto de intereses económicos entre la familia Garcés Arellano, impulsado por motivos de enemistad con Urdinola Uribe y su esposa Alexandra... tomó partido por quienes decidieron atribuirle a la Juez el delito de prevaricato, obviamente para fortalecer la tesis de que aquéllos se hicieron al propósito de defraudar económicamente a la familia Garcés Arellano.

2.- Se jactó de haber sido la persona de máxima confianza de Jorge... al punto que, incluso, aseguró que éste había puesto varias propiedades a su nombre para evitar que terceros las embargaran y, de otro, admitió tener grave enemistad con Alexandra... y Antonio ... a quienes culpa de haberlo desalojado de un apartamento de propiedad de Jorge... del que ya se consideraba heredero, y de quienes afirma son personas peligrosas; enemistad que se corrobora con el testimonio de (...) Quien afirmó en la audiencia pública que tras la muerte de Jorge... la relación entre Alexandra... y el testigo se fracturó pues éste no quiso seguir las órdenes que en calidad de nuevo gerente de **Invercauca** le impartió.

E.- No existe relación de causalidad entre la supuesta entrega de dinero y la finalidad que con ello supuestamente busca Jorge... porque, como ya lo expresé: **1.-** a la Juez ninguna de las partes le solicitó el cambio del secuestre; **2.-** la Juez carecía de razones jurídicas para cambiar al auxiliar de la justicia pues los demandados en ningún momento manifestaron inconformidad con su gestión; **3.-** el proceso ejecutivo está gobernado por el principio dispositivo y, **4.-** La Juez, de un lado, no tenía la función de administrar los bienes embargados y, de otro, no determinaba la forma como el secuestre debía cumplir con sus funciones legales y mucho menos estaba enterada de que Jorge..., como gerente de Invercauca hubiera manejado al secuestre para “ poder **manipular los dineros provenientes de los frutos de las cañas**”.

Rad. 000 2014 00445 00 (16 06 2017) Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO

“ Su narración adquiere relevancia y soporte en los mismos dichos del implicado, quien trato de minimizar la lesión que con una botella le provoco xxxx a la señora xxxx sosteniendo que...”*eso no fue mucho, un rotico por aquí pero le botaba poquita sangre,...ella ya sabía a lo que el venía porque se quedaron conversando ahí los dos ...ella como que ya sabía, porque ella ya lo conocía a él, como era el, o sea que él era, él es buena gente con los que tiene que ser buena gente y con los que le toca ser malo él es malo, si pilla?...él le pedía la plata y se quedaron conversando ahí y llegaron a un de acuerdo...*” también pretendió desviar el tema a un supuesto cobro de \$20.000, dejo entrever que la razón por la que realmente XXXXXX agredió a la señora XXXXXXXXXXXXXXX fue por cuestiones sentimentales , o por lo menos eso es lo que se extrae de sus respuestas: “... ella ingresa primero, XXXXXX XXXXX con XXXXXX a la casa, ella (XXXXXX) ya venía saliendo antes , o sea que nosotros vamos entrando y ella viene saliendo con un chino que le dicen XXXX, ella viene saliendo ya de allá p’aca, viene saliendo con el cogida de la mano, por eso es que XXXX le mete el botellazo a XXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXX y le pide los 20.000; ella reacciona normal y pues le dice pues que ella le va a pagar, llegan a un acuerdo y se entran pa la pieza normal, XXXXXXXXXXX Y XXXXXXXXXXXXXXX...”

En este punto, debemos traer a colación lo manifestado por el investigador de la Sijin , xxxx XXXXX XXXX XXXXX, quien adelanto labores investigativas y en la vista pública refirió que:

“...la víctima fue asaltada por dos sujetos en horas de la madrugada,...donde uno de ellos la llama y la agrede con una botella en la cabeza y posteriormente ella, pues, sale corriendo pero metros más adelante la alcanza y amenazándola que la vana seguir golpeando, pues, según lo manifestado por ella, es donde la intimidan y la acceden despojándola de sus prendas y la acceden carnalmente tanto el señor XXXXXXX como el otro, entonces ella, posteriormente, ya cuando termina la agresión, ya ella logra irse para su casa agredida...”

Lo anterior con el fin de iterar la correspondencia existente entre lo manifestado por la víctima desde los albores de la investigación y su exposición en la audiencia de juicio oral, donde, además, realizo un señalamiento directo en contra del señor XXXXX XXXX XXXXX, a quien conocía e identificó como uno de sus agresores; mírese que siempre fue constante insistente en que....”Orlando fue el que me agredió con la botella, el fue el primero que abuso de mi y después siguió José German...”

En cuanto al argumento esbozado por el libelista, atinente a que la versión de su defendido si tiene un soporte de carácter científico, consideramos impreciso puntualizar que aunque la genetista Sandra Julieta Ávila Sandoval, frente al material genético encontrado en la víctima, concluyo que: “...José Germán se excluye como el origen de los espermatozoides recuperados del frotis de introito vaginal y frotis de fondo de saco vaginal, tomados Yamileth, se encontraron 11 exclusiones en los sistemas genéticos analizados...hay sistemas genéticos en donde no coinciden, parece que no corresponde, no provienen de la misma persona, no tiene el mismo origen, no lo es menos que, ante las preguntas complementarias que le formulo la Delegada del Ministerio Público, fue precisa al indicar que no podía confirmar o descartar si el aquí implicado sostuvo relaciones sexuales con la víctima el día de los hechos.

En consecuencia, resulta incuestionable que aunque el material genético encontrado en la víctima no relaciona directamente al señor José Germán ... con el punible que nos convoca, tampoco descarta su participación, al punto que nos lleva a otorgarle mayor credibilidad a lo narrado por la señora Yamileth ..., quien, en un acto de total sinceridad, admitió haber tenido un encuentro de tipo sexual con otra persona diferente de los mencionados, el mismo día que fue abusada: “ si señor...como a las 10:00 de la noche... fue un novio que tuve” des conociéndose si el señor José German ... uso preservativo al momento que la accedió.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

Por lo tanto, se tiene que la conducta endilgada al procesado quedo acreditada, tal como lo indica el señor juez de primera instancia, a través de la prueba testimonial y pericial allegada al proceso, la que no solo fue confiable sino también determinante a la hora de proferir la sentencia condenatoria.

De esta manera, se encuentran reunidos los requisitos señalados en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable, por lo que impera impartir confirmación a la sentencia condenatoria proferida en primera instancia en contra del acusado.

Con suficiencia quedó demostrada la conducta punible y, como se ha venido sosteniendo, la versión entregada por la víctima resulto ser un medio de irrefutable aptitud probatoria, razón por la cual en argumento del defensor, según el cual no existe prueba que acredite el hecho y la responsabilidad de su poderdante, resulta carente de sustento.

Se cuestiona la Sala sobre qué podría existir en La mente o psiquis de la víctima para realizar una imputación tan grave, si realmente José German... no hubiera estado involucrado? Cual sería ese interés para endilgarle responsabilidad en unos hechos que, conforme a lo obrante en el proceso, no solo violentaron la libertad sexual de la señora Yamileth..., sino que pusieron en peligro su vida, generando un clima de inseguridad y vergüenza; tanto es así que la víctima debió soportar las burlas de sus agresores; su intención no podía ser otra que la de lograr el esclarecimiento de lo sucedido y obtener pronta y cumplida justicia, sin que esté por demás indicar que resultaría un despropósito responsabilizar a un inocente para dejar en libertad al verdadero culpable.

En suma, los argumentos esbozados por la Defensa, en aras de sembrar incertidumbre en cuanto a la participación de José German... en los acontecimientos que hoy nos convocan, en nada erosionan el señalamiento claro, coherente y firme que realizó la víctima en su contra, sin que haya razón para dudar de la veracidad de su declaración.”

Rad. 195 2012 00003 00 (10 02 2017) acta 065. Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

PRUEBA TESTIMONIAL. Descubrimiento tardío de un elemento de material probatorio

Conducta punible: Actos sexuales con menor de 14 años Agravado.

Extracto:

“El art. 356 de la L. 906 /04 establece los pasos obligados que de manera secuencial y progresiva deben cumplir las partes en la audiencia preparatoria para efectos de lograr del Juez la decisión en materia probatoria, en los que el segundo corresponde al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física por parte de la defensa y el tercero corresponde a la enunciación de la totalidad de las pruebas que cada una de las partes hará valer en el juicio. Por consiguiente, el defensor no puede aseverar que no está obligado a hacer el descubrimiento del aludido testimonio porque la misma norma lo obliga a hacer la enunciación y él cumplió con hacerlo en la fase correspondiente pues ello no corresponde a la teleología de la norma que no es otra distinta a que al momento de la enunciación la contraparte conozca de qué elemento de prueba se trata.

No obstante, si una de las partes revela la existencia de un elemento material probatorio solo hasta la fase de la enunciación de las pruebas, ello no conduce inexorablemente a la aplicación del rechazo del mismo como consecuencia jurídica pues éste indefectiblemente está subordinado al daño que efectivamente pueda sufrir la contraparte manifestado en su sorprendimiento y consiguiente desequilibrio pues lo contrario significaría hacer prevalecer la forma sobre el derecho material (art. 228 de la C.P.), lo cual resulta poco razonable teniendo en cuenta que la contraparte puede enterarse de la naturaleza y contenido del

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

elemento material probatorio también en esa fase anterior a la de postulación de las pruebas en concreto.

Lo que se configura aquí, entonces, es el “*descubrimiento tardío*” de un elemento material probatorio, lo cual no implica que se quiebre el equilibrio que debe existir entre las partes pues si la finalidad de la diligencia de descubrimiento es que ellas conozcan el material de convicción de su adversario para así evitar sorprendimientos, ningún menoscabo a las garantías de igualdad de armas y lealtad procesal se causa al adversario en la medida que éste finalmente tiene acceso efectivo a los elementos de convicción de la contraparte previo a la fase de solicitud y decreto probatorios.

La Sala encuentra que, conforme al principio de trascendencia, ningún sorprendimiento le causó la defensa –aquí recurrente- a la Fiscalía cuando en la enunciación probatoria reveló como testigo de descargo a la señora Sofi Cristina Castillo Patiño pues lo cierto es que tal revelación se hizo con anterioridad a la solicitud probatoria y, por lo mismo, ninguna situación de desventaja real se le causó al ente acusador, prueba de lo cual es que éste no se opuso a la práctica de dicho testimonio.

Siendo ello así, esta Colegiatura revocará la decisión materia del recurso en lo que fue motivo de disenso”

Rad.193 2016 17703 00 (19 04 2017) Acta 081 A.M.P.Dr. Víctor Manuel Chaparro.

HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA.

Extracto:

“Como fundamento de la decisión absolutoria, el a quo argumentó que no se demostró la relación entre la implicada y el ataque a la víctima porque la Fiscalía no aportó prueba que “lograra certificar” que la aquí procesada efectivamente hizo la llamada telefónica al celular de aquélla el día de los hechos; no demostró cuál fue el móvil del atentado ni la relación que hubiese podido existir entre la acusada y los victimarios del joven” y no acreditó que; para la época de los hechos, la aquí implicada residiera en la vereda El Chocho pues según lo investigado por la Fiscalía aquélla “vivía era en el hotel los profesionales” –no se especifica de qué ciudad-.

A juicio de esta Corporación, estos argumentos del Juez para descartar la credibilidad del testimonio de cargo y, por ende, negar el compromiso penal de la aquí encartada en los hechos de sangre, resultan jurídicamente inadmisibles porque:

a.- Por virtud del principio de libertad probatoria (Art. 373 de la L.906/04), la existencia de la llamada telefónica que le hizo la aquí implicada a la víctima quedó suficientemente probada con el testimonio de esta última quien sostuvo repetidamente en el juicio que el 27 de diciembre de 2007 su padre le había dejado el celular; que él se encontraba en la casa de su mamá cuando a eso de las doce o una de la tarde recibió en dicho teléfono la llamada de la aquí procesada pidiéndole que fuera a su casa ubicada en la vereda El Chocho a las tres de la tarde de ese mismo día para entregarle una ropa que su padre tenía allá; atestación que fue corroborada con el testimonio del señor Gilberto Camacho –padre de la víctima y ex compañero sentimental de la procesada- quien afirmó en el juicio que, en efecto, había dejado ropa en la casa de la implicada y que su hijo el día de los hechos, después de que salió de la cirugía, le dijo que aquélla le había pedido que subiera a su casa para entregarle la ropa y que ella en compañía de tres hombres lo atacaron con cuchillo.

Por consiguiente, resulta jurídicamente equivocado el argumento del Juez, según el cual, el único medio de prueba para demostrar la existencia de la llamada telefónica es la certificación expedida por la empresa de telefonía celular, pues ello desconoce que en nuestro sistema procedimental penal no hay tarifa legal probatoria y que, por consiguiente,

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

el hecho se puede demostrar a través de cualquier medio de convicción siempre que sea idóneo para tal propósito y su obtención no viole garantías fundamentales.

b. Tampoco acierta el Juez cuando basa la decisión de absolución en el hecho de que la Fiscalía no probó cuál fue el móvil del ataque a la víctima, ni la relación que existía entre los tres atacantes y la aquí implicada pues una cosa es el móvil o la razón que lleva al sujeto a cometer el delito en cuanto aspecto que se halla en la esfera intangible del ser humano, -y que, por lo mismo, resulta de difícil demostración- y otra, muy distinta y de acreditación obligatoria e independiente, el dolo como categoría dogmática del delito y presupuesto necesario para predicar la tipicidad de la conducta (art. 22 del C.P.), a cuya demostración se llega a través de hechos externos que evidencian objetivamente que el agente tuvo conocimiento de la ilicitud de su comportamiento y, pese a ello, orientó su voluntad a la ejecución del mismo.

Aunque en el sub iudice no se determinó cuál fue el motivo que impulsó a la aquí implicada a atentar contra la vida de Frank ..., lo cierto es que éste fue claro, enfático y reiterativo en el juicio.”

Rad.190 2007 00888 (24 04 2017) Acta 088M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

USO DE DOCUMENTO PUBLICO FALSO, FRAUDE PROCESAL Y PECULADO POR APROPIACION EN LA MODALIDAD DE CONTINUADOS, COAUTORIA.

Adulteración de datos como semanas cotizadas y nombres en historias laborales para concesión de pensiones.

“Resulta indiscutible el hecho de que las conductas que se le endilgaron a la procesada XXXX fueron cometidas cuando se desempeñaba como empleada del I.S.S vinculada desde 1994, estableciéndose que era la encargada de revisar la documentación aportada por los afiliados a fin de establecer si tenían o no derecho al reconocimiento de la prestación económica pretendida, es decir que ocupaba el cargo de sustanciadora y ejercía control de calidad.

Sin embargo, el hecho de que las conductas enrostradas a la señora XXXX se hayan producido cuando ésta desempeñaba su rol en la entidad, no quiere decir per sé que ello acarrea un actuar ilícito, pues la revisión de la historia laboral de los afiliados conlleva a la examinación exhaustiva de los datos que de ahí se consignaban, con el firme propósito de detectar irregularidades, situación para la que la procesada se encontraba capacitada, no solo por sus más de diez años de experiencias en el ISS sino porque además era quien capacitaba a los nuevos funcionarios que se vinculaban a la institución.

La propia procesada en jurada reconoció en que consistían sus funciones en el seguro social, señalando incluso que desempeñó el cargo de auditora de expedientes analizando si se reunía el requisito de semanas cotizadas y si se cumplían con las normas para el reconocimiento pensional, y posteriormente ocupó el cargo de pre sustanciadora en el que le tocaba revisar la documentación del afiliado con la solicitud pensional, la historia laboral, fechas de pago, porcentajes de cotización, causación de la pensión, retroactivo en caso de muerte del afiliado, adicionalmente la procesada explico los pasos a seguir en la revisión de expedientes, quiere decir lo anterior que la señora XXXX conocía cuales eran sus funciones, pues incluso refirió que además de las que estaban consignadas en el contrato, desempeñaba otras designadas por el jefe como era el control de calidad y apoyo en el centro de cómputo.

Así, el hecho de que la historia laboral del afiliado ya se encontrara impresa en el expediente, proveniente del departamento de historia laboral, no desvirtúa el comportamiento delictivo de la señora XXXX, pues justamente el control de calidad se realizaba porque dicho documento podía contener inconsistencias, siendo su tarea revisarlo

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

y de detectar irregularidades remitirlo a investigación administrativa, situación que era conocida por la procesada de tiempo atrás y por ende tenía toda la capacidad y el conocimiento para haber avizorado las situaciones irregulares presentadas en los expedientes de XXXX y XXXX, lo cual va más allá de una simple equivocación por una letra en el apellido del primer mencionado, sino en el hecho de que además de que ellos ameritaba una verificación, existían otras inconsistencias en lo que a los empleadores se refiere, por cuanto la historia laboral contenía tachas, lo cual era inaceptable, sumado a que en la solicitud pensional el afiliado refería haber cotizado para un solo empleador y en la historia laboral aparecían consignados otros, por ende la excusa de que el error era solamente a una letra del apellido, no tiene voz de prosperidad, por cuando ello más las demás inconsistencias eran suficientes para que una persona con la experiencia de la procesada, devolviera el expediente a investigación, no pudiéndose afirmar que ello obedeció a un simple error u omisión, sino al claro propósito de defraudar el patrimonio estatal concediendo pensiones irregularmente, máxime cuando XXXX no tenía ni una semana de cotización, pero le fue reconocida la pensión con base en 1.352 semanas.

Los funcionarios del ISS, quienes ejercían control de calidad, resaltaron que si bien en el control, de calidad no se exigía la revisión total del expediente, si se debía revisar que los nombres del solicitante coincidieran con lo consignado en su documento de identidad y en la historia laboral, por ende la señora XXXX si tenía dentro de sus funciones verificar las inconsistencias que se evidenciaban en la solicitud del señor XXXX respecto su apellido y a los empleadores pues uno y otro diferían de lo consignado en la historia laboral.

Ello además porque no solo fue el caso del señor XXXX por el que se enjuicio la señora XXXX, pues en la situación presentada con la señora XXXXX tampoco se trató de una simple omisión en no aplicar una circular emitida por la ISS en la que se explica cuando hay lugar a una investigación, por saltos salariales, sino que las inconsistencias presentadas en los evidentes saltos salariales de la afiliada conllevo al aumento del ingreso base de cotización y con ello el valor de liquidación de la pensión y del retroactivo, pues ameritaba investigar como la señora XXXX paso de cotizar con un salario de \$ 699.038.00 a \$ 8.300.000, evidenciándose que para ello se usó una historia laboral falsa, ello sumado a que fue la propia señora XXXX quien en juicio refirió que del ISS le propusieron que su pensión saliera por un valor mayor al que realmente tenía derecho a cambio de ceder el retroactivo que le sería liquidado, a lo cual procedió, ello además que en el expediente apareció haciendo control de calidad el señor XXXX, resultando de la experticia grafológica que la firma obrante a su nombre era falsa.

Así pues, no puede la procesada exculparse manifestando que el caso no ameritaba investigación porque el salto salarial se presentó como trabajadora independiente y que en el objeto contractual que la vinculaba al ISS no se relacionaban las investigaciones administrativas en el evento de presentarse saltos salariales o que no se le explico la circular emitida por el ISS, como lo refirió en su injurada, pues ella como auditora de expedientes, como capacitadora de nuevos funcionarios y como control de calidad, sabía muy bien que implicaba el ejercicio de sus funciones, esto es la devolución del expediente ante inconsistencias de ese tipo y el acatamiento de las circulares que se emitieran en la entidad, teniendo toda la capacidad de entender cuando se presentaban saltos salariales e inconsistencias que ameritaban las investigaciones administrativas, sin embargo encamino su voluntad a que las mismas pasaran a fin de obtener el propósito ilícito del peculado por apropiación.

Por otro lado, respecto a lo encontrado a la procesada en la diligencia de allanamiento y registro, como es el programa "liquida" con el que se liquidaban pensiones y se hacían proyecciones, el a quo fue claro en señalar que a dicho hecho ni si quiera le daría valor indiciario por cuanto el simple hallazgo no acarrea responsabilidad penal.

Así las cosas, no le asiste razón a la Delegada del Ministerio Público ni al apoderado judicial de la sentenciada cuando refieren que la prueba de condena de la sentencia fue su amplia experiencia, pues evidenciando las situaciones presentadas en los casos mencionados se advierte que la actuación de la señora XXXX es dolosa, no obedeció a una mera omisión

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

del cumplimiento de sus funciones, encaminando su voluntad a la realización del resultado antijurídico, lográndose cuando con intensión dejó pasar las inconsistencias presentadas en los expedientes de los señores XXXXX y XXXXX la apropiación de \$ 161.762.555.00 y \$ 81.665.503.00, siendo necesario hacer mención al factor experiencia pues la que tenía la procesada era más que suficiente para detectar las irregularidades, como a bien hizo la funcionaria del ISS, quien las advirtió con la simple lectura de los expedientes, mas era predicable igual comportamiento para la señora XXX quien además de auditora, era capacitadora, como lo refirió la señora Mery ...en su declaración.”

(...)

“Más bien se puede decir que se esperaba de la procesada que actuara conforme a los principios de buena fe y confianza legítima, bajo el entendido que los “procedimientos que adelanten las autoridades públicas deben efectuarse dentro de un parámetro de seriedad que impida que se defraude la confianza de los particulares frente a la administración pública. En este sentido, la corte constitucional ha desarrollado el principio de confianza legítima como una expresión del principio de buena fe, en virtud del cual las autoridades públicas están obligadas a respetar las expectativas jurídicas y legítimas creadas a los particulares con sus actuaciones” pero omitió hacerlo, pues desbordo desde su condición de servidora pública la confianza a ella otorgada.

Así pues, no puede exigirse que para que prosperen los cargos por los delitos de uso de documento falso y fraude procesal se necesite que haya sido ella quien elaboro la historia laboral falsa e introdujo en los expedientes, por cuanto conociendo la falsedad del documento como parte del plan criminal encaminó su actuar a que los expedientes pasaran el control de calidad que le correspondía realizar advirtiendo las inconsistencias y devolviendo carpetas a investigación, sin embargo no realizó los controles anteriores e hizo que los expedientes continuaran para la expedición de la resolución del reconocimiento pensional, pues sabía que avalados por los sustanciadores no quedaba otro camino que la firma del jefe de la oficina de atención al pensionado.”

(...)

“No puede indicarse entonces que existe una ausencia de dolo en el comportamiento de la procesada o que simplemente se debió a omisiones en el cumplimiento de sus funciones, pues existen suficientes elementos probatorios que demuestran todo un plan criminal a efectos de defraudar el patrimonio estatal a través del reconocimiento irregular de pensiones ilegales, así pues el reproche no consiste en conversaciones telefónicas o en los correos electrónicos que sostenía con los antes mencionados, sino en cómo a través de sus funciones como “control de calidad” actuó de manera dolosa para que finalmente el jefe de atención al pensionado firmara el reconocimiento pensional a personas que ella conocía de antemano no tenían derecho por no cumplir los requisitos de ley, no siendo entonces precedente si quiera hablar de un error de prohibición por cuanto bajo los mismos presupuestos ya explicados ni si quiera se puede hablar de “error” al conocer la procesada muy bien cuáles eran sus funciones y la situación real de las personas a las que se le reconoció ilegalmente las pensiones, por cuanto se valió de una historia laboral falsa a efectos de que se emitiera finalmente el acto administrativo de reconocimiento pensional y se le pagara al interesado no solo las mesadas sino además el correspondiente retroactivo.”

(...)

“Al señor Rodríguez ...mediante Resolución No. 018093 del 27 de octubre de 2005 se le otorgó la pensión de vejez sumándosele irregularmente 1142 semanas de las que realmente tenía cotizadas 120, pese a que conocía desde el principio, como lo reconoce en injurada al indicar que su reclamo iba dirigido a obtener la indemnización sustitutiva, que no reunía el requisito de semanas cotizadas a pensiones para obtener el reconocimiento, sin embargo con consentimiento y voluntad accedió a que dos abogados – que presuntamente trabajan para el ISS – le reconocieran la pensión de vejez a cambio de lo cual cedió el dinero reconocido por concepto de retroactivo.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

No se puede indicar entonces que el procesado actuó amparado en un error de tipo como lo pretende su abogada por cuanto demostrado quedó el actuar doloso del señor Rodríguez ... y el conocimiento que tenía respecto a que no era derecho del reconocimiento pensional, teniendo la previsión de que con su actuar criminal vulneraba el ordenamiento jurídico, tanto así que accedió a ceder los más de 44 millones que le fueron reconocidos por retroactivo, a los dos abogados que en vez de la indemnización sustitutiva – por no tener derecho a la pensión, como él lo sabía – le ayudaron a obtener el reconocimiento pensional de manera fraudulenta, no habiendo lugar a declarar la atipicidad subjetiva del comportamiento del procesado y en consecuencia la absolución de los cargos, pues resulta indudable que el procesado no actuó desconociendo la ilegalidad de su conducta o que haya estado desprovisto de dolo como para referir que el dominio del hecho lo tenían exclusivamente los abogados.”

(...)

“Así pues, si bien la adulteración de los datos – semanas cotizadas y hasta nombres - de las personas que resultaron ilegalmente beneficiarias con las pensiones surgió con ocasión a la historia laboral adulterada en cada uno de los casos, lo cierto es que concretado está que el señor Llanos ... conocía de antemano dicha situación, pues incluso fue quien liquidó las pensiones de varios miembros de su familia, como se expuso con anterioridad, incluida su tía materna de quien conocía su recorrido laboral pues trabajó más de diez años en su vivienda, tratándose de exculpar manifestando que no reconoció el nombre de su tía en el expediente, cuando fue esta quien informó que el señor Llanos ... le ofreció una pensión de vejez, vinculando para ello a su hermano abogado, especialista en derecho laboral y seguridad social Juan de Dios, quien finalmente se quedó con el dinero del retroactivo.

No se puede decir entonces que se trataron de simples inconsistencias sin ningún compromiso penal por no ser el encargado de elaborar las historias laborales, pues precisamente era su rol en el instituto estudiar las mismas y rechazar las que presentaban irregularidades a fin de que fueran sometidas a investigación, lo cual conocía el procesado por su amplia experiencia y conocimientos, siendo incluso quien capacitaba a nuevos empleados, por lo que no se trata entonces de una simple desatención en sus deberes o falta de medios técnicos de verificación en la historia laboral, ya que en su actuar se ve claramente reflejado el dolo cuando con conocimiento y voluntad ejerce un control sobre historias laborales falsas en aras de beneficiar incluso a miembros de su familia y o otras personas que elevaron solicitudes pensionales por medio de su hermano Juan de Dios, quien cobraba a cambio el retroactivo reconocido.

Como si fuera poco, al procesado le fue encontrado un juego de microfichas, a través de las cuales se podía crear historias laborales, ... pasando por alto que en su calidad de liquidador no tenía por qué poseer dichos elementos, ...”

(...)

“Por lo anterior, contrario a lo reclamado por el apoderado judicial, el hecho de que la historia laboral ya apareciera en el expediente de los beneficiarios, no descarta per se la configuración del tipo penal de peculado por apropiación, toda vez que ello lo que denota es que ese fue el medio que sirvió para el reconocimiento irregular e ilegal de pensiones.

Y si bien como lo indica el togado en el curso normal del trámite pensional pueden presentarse ese tipo de situaciones, eso es bajo el entendido que las pensiones se conceden y pagan bajo el cumplimiento de las condiciones legalmente exigidas, punto que dista del caso particular, en el que la consecuencia directa fue la ausencia de las observancias mínimas desatendidas por el funcionario competente de verificar en todos los casos – no aislados- con el firme propósito de obtener utilidades, conclusiones que no se desvanecen con ocasión a los falsos juicios de identidad que pregona el recurrente”

Rad. 002 2010 00193 00 (19 05 2017) Acta 141. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

PRUEBA SOBREVINIENTE. Solicitud de prueba sobreviniente. Concierto para delinquir agravado, Hurto calificado agravado, Utilización ilegal de uniformes e insignias, Homicidio agravado, Homicidio agravado tentado y Fabricación , tráfico y porte de armas , Municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o Explosivos.

Extracto:

“Sería del caso emitir un pronunciamiento de fondo en sede del recurso vertical postulado por la defensa atendiendo lo dispuesto en el artículo 33 numeral 1º C.P.P., de no ser porque la Sala no tiene competencia habida cuenta que el auto que admite u ordena la práctica de pruebas no es susceptible de ser apelado al tenor de lo dispuesto en el artículo 177 numeral 4 de la ley 906 de 2004.

Es decir, salvo en los casos en que se decide sobre la exclusión probatoria referida a la ilicitud del medio de convicción, sin importar la determinación que adopte el juez, contra el auto que accede a la petición probatoria solo procede el recurso de reposición, que por regla general se dicta en fase de la preparatoria, lo que no obsta para que en el juicio se atienda solicitud similar bajo la figura de la prueba excepcional.

Disposición en cita que al ser suficientemente clara en su tenor literal, no permite espacios para darle una interpretación o alcance distinto al que la norma establece, dígame, en relación con la procedencia del recurso de alzada contra la decisión que resuelve favorablemente las solicitudes probatorias.

Así lo tiene establecido por la H. Corte Suprema de Justicia en el radicado de Casación penal 47.469 de julio 27 de 2016, al precisar que si bien frente al tópic no ha sido pacífica la postura de la jurisprudencia, pues inicialmente consideró que debía negarse el recurso de apelación al auto que admitía pruebas, sin embargo posteriormente se inclinó por resolver el tema de forma contraria, se permite ahora reformular la tesis vigente.

Esto, atendiendo a i) la libertad de configuración legislativa, dada la facultad que le asiste al legislador para decidir si un recurso tiene cabida o no respecto de cierta decisión dentro de cada estatuto procesal, siempre que no trasgreda normas de orden constitucional, especialmente las que consagran derechos fundamentales de las partes procesales; y ii) el principio de la doble instancia, consagrado como norma rectora en la ley 906 de 2004 , artículo 20 , que determina la procedencia del recurso de apelación contra las sentencias y los autos “que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este Código”

(...)

“En el caso concreto, si bien el ordenamiento jurídico procesal penal prevé la figura de un descubrimiento sobreviniente, es decir, por fuera de las fases ordinarias <el cual resulta factible cuando la parte o interviniente solicita la introducción al juicio de un elemento de convicción que teniendo un valor probatorio muy significativo, su conocimiento surge en el juicio, o que existiendo con anterioridad por una razón lógica y atendible no la conocía>, y que sobre ese tópic está invitado el juez a pronunciarse para determinar si es excepcionalmente admisible o si debe rechazarse, antecedido de un examen ponderado sobre el perjuicio que su práctica pudiese causar al derecho de defensa y a la integridad del juicio, tal como lo prescribe el canon 344 inciso último C.P.P.; ello no es óbice para hacer una interpretación distinta del artículo 177 – 4 ídem, que claramente limita la procedencia del recurso de alzada a la decisión que resuelve de manera desfavorable el pedido probatorio, tema del que se ocupó in extenso la jurisprudencia antes citada en sus apartes más relevantes.

Solo procedía en este evento el recurso de reposición por tratarse de un auto que admite el pedido probatorio de la fiscalía, sin importar que la discusión se haya presentado en la

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

etapa del juicio, pues el sentido de la decisión no contraviene lo estipulado en la norma antedicha, en cuanto que se está accediendo a la práctica probatoria por vía excepcional; distinto sería que la contraparte hubiese planteado un argumento relacionado con la ilicitud del testimonio o de la evidencia para demandar su exclusión, caso en el que habría tenido la carga de discutir, no sobre las condiciones legales de formación de la prueba, sino la vulneración de derechos fundamentales.

Es decir; el hecho que la solicitud que fue resuelta de manera positiva por la a - quo, se haya presentado dentro del marco de la excepcionalidad, dado el momento procesal y la justificación que por ende se presentó y encontró plausible la juez, no lo convierte en un supuesto atípico respecto de la regla establecida en el precepto 177 – 4C.P.P. según la cual el recurso de alzada procede contra el auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral.

Enseña el recuento procesal asentado en acápite anterior, que el sujeto apelante se duele que el descubrimiento probatorio no se hizo conforme a los preceptos legales y al precedente jurisprudencial, además que la parte interesada no cumplió con la carga adicional que en la sustentación del pedido impone el artículo 344 inciso último C.P.P., lo que a juicio de la instancia de conocimiento no aconteció así; de allí la razón de su decisión de decretar su práctica que dando la prueba sometida al ejercicio del contradictorio y la confrontación, como garantía del debido proceso y el derecho de defensa de la contraparte que, en momento alguno, orientó su disenso a cuestionar o demandar la exclusión de los elementos de convicción ahora descubiertos por la fiscalía.

Son estas las razones por las cuales la Sala se abstiene de conocer de la decisión confutada.”

Rad.193 2014 03293 (23 05 2017) Acta 133. M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz

ACCION DE REVISION. Num. 3 del Art. 192 de la Ley 906.

Conducta punible. Tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos y destinación ilícita de bien inmueble.

Extracto:

“Declarar fundada la causal de revisión invocada y, por consiguiente, dejar sin valor el fallo condenatorio única y exclusivamente en relación con la persona del aquí accionante.

La Sala no puede acceder a la pretensión del señor Agente del Ministerio Público –quien pide dejar sin efecto la totalidad de la sentencia y retrotraer la actuación procesal a la fase de la audiencia preparatoria- por la razón básica de que, de un lado, no existe causal que invalide el proceso ni tampoco la sentencia dado que ambos se produjeron con sujeción a la ley; lo único es que existe un yerro consistente en que al sujeto condenado se le atribuyó el nombre y en número de documento de identificación del aquí demandante a quien deliberadamente suplantó, razón por la que, en justicia y en derecho, lo que se requiere es hacer precisión en el sentido de que la sentencia condenatoria materia de la presente acción no está referida al aquí accionante.

De otra parte, la petición del Ministerio Público llevaría necesariamente a la impunidad de los delitos materia de condena teniendo en cuenta que la resolución acusatoria cobró ejecutoria el 16 de noviembre de 2004, lo cual jurídicamente injusto y políticamente inadmisibles.

Congruente con lo anterior, la Sala, conforme al pronunciamiento que ha hecho la jurisprudencia constitucional en casos similares, deberá disponer la devolución del expediente del proceso penal al Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Cali a efecto de que:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

a.- Haga la anotación correspondiente de manera que se aclare que la persona capturada en flagrancia, procesada y condenada no es realmente el aquí demandante;

b.- Ordene a las diferentes bases de datos eliminar cualquier información del aquí demandante relacionada con el proceso penal radicado con el número 76-001-31-07-002-2004-001156;

c.- Cancele la orden de captura que por virtud de la sentencia condenatoria se haya proferido en contra del aquí accionante y,

d.- Determine, a través de la prueba técnica que debe ordenar, la identidad de la persona a la que debe ordenar, la identidad de la persona a la que corresponde la impresión dactilar que aparece en el documento denominado "ACTA DE REGISTRO VOLUNTARIO" visible a folio 2 vuelto del expediente del proceso penal y, una vez materializado tal propósito, haga la precisión de que la sentencia está dirigida contra esa persona y ordene su captura para la ejecución de la pena así como la compulsación de copias por el delito de suplantación personal."

Rad.000 2015 00389 00 (25 05 2017) Acta 126. M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

ACCION DE REVISION. Homicidio en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado.

Extracto:

"Aunque la defensora, ha manifestado que la duda debe resolverse a favor del reo, lo cierto es que con la prueba allegada y presentada como novedosa, no se logró generar duda, sobre la responsabilidad del hoy condenado.

Ello si se tiene en cuenta que de la revisión de las versiones de los dos testigos traídos por la parte accionante, cotejados con las pruebas practicadas en juicio oral y, específicamente con la declaración del testigo presencial llevado por la Fiscalía a Juicio, se mantiene el conocimiento más allá de duda razonable relativa a la partición del señor xxxxxxxxxxxx en los hechos de sangre.

Resalta esta instancia el trabajo realizado por la defensora, quien pretendiendo la prosperidad de esta acción, indicó que no había modo que el actor estuviere en Yumbo el día en que ocurrió el homicidio investigado, sin embargo, no aportó prueba contundente al respecto y, se itera, tampoco generó duda frente a lo ya demostrado en el trámite ordinario.

La prueba allegada, no desvirtúa la presencia del hoy condenado, en el lugar en que se perpetró el atentado en contra de quienes en vida respondían a xxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxx, como tampoco los dichos de quien pudo visualizar y dio cuenta de las actuaciones del hoy condenado.

De este modo, para la Sala no le asiste a la "certificación" allegada como prueba nueva, la potencialidad suficiente para demostrar la inocencia del acusado, que permita aceptar el reclamo de la defensa, por el contrario demuestra falta de credibilidad en su todo.

Incluso, y aunque ya se hizo alusión a las actuaciones y posibilidad que se tuvo de actuar dentro del proceso penal, lo cierto es que el testimonio del señor Plinio, bien pudo haber sido solicitado por la defensa en su momento, como también por el procesado, siendo evidente su falta de interés dentro de un asunto, que le involucraba directamente, verificándose que en esta instancia no es posible reabrir el debate probatorio, ya agotado ante el Juez de Conocimiento, se itera, sin que con los elementos allegados al presente trámite, se haya reactivado la presunción de inocencia que le asistió en su momento al señor xxxxxxxxxxxx, ello bajo el entendido que el hecho que éste hubiese realizado labores sociales en una institución educativa en un Municipio diferente a Yumbo, sin que se constate que realmente se encontraba en Llorente el día de los hechos –no existe registro ni

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

elementos que muestren ello, por el contrario el testimonio traído fue escueto y hasta contradictorio -, coligiéndose la inviabilidad de concluir que no participó en los hechos ya investigados y juzgados, de este modo, se establece el incumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos para considerar próspera la causal de revisión invocada.

En consecuencia, para la Sala no se logró establecer que la prueba allegada como nueva, tenga el poder suasorio para desestimar la presunción de acierto y los efectos de cosa juzgada que ostenta la sentencia condenatoria, en consecuencia la acción de revisión debe declararse infundada.”

Rad.190 2011 02044 (31 05 2017) acta 140. M.P. Dr. Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear.

NULIDAD. Vulneración al debido proceso. Irregularidad sustancial.

“El hecho de que el Juez haya decidido no acceder a la petición que por tercera vez le hizo la Fiscalía en el sentido de ordenar la conducción de las dos testigos presenciales de los hechos, quienes se mostraron renuentes a comparecer al juicio y haya resuelto continuar con la práctica de pruebas de la Defensa tras lo cual declaró clausurado el debate probatorio y profirió la sentencia absolutoria, constituye irregularidad sustancial.”

Conducta punible: Hurto agravado en grado de tentativa y porte ilegal de armas de fuego.

Extracto:

“ El hecho de que el Juez haya decidido no acceder a la petición que por tercera vez le hizo la Fiscalía en el sentido de ordenar la conducción de las dos testigos presenciales de los hechos, quienes se mostraron renuentes a comparecer al juicio y haya resuelto continuar con la práctica de pruebas de la Defensa tras lo cual declaró clausurado el debate probatorio y profirió la sentencia absolutoria, constituye irregularidad sustancial que, **primero**, vulnera la garantía fundamental del debido proceso porque para adoptar tal determinación el señor Juez, de una parte, no consideró la tensión entre: **a.-** el derecho a la prueba; la prevalencia del derecho sustancial y los derechos de las víctimas y, **b.-** el principio de celeridad del proceso y, de otra, no tuvo en cuenta la jurisprudencia constitucional sobre el particular y, **segundo**, desconoce, de contera, la estructura del proceso penal, la cual hace parte del debido proceso de ley.”

(...)

“ ... el Juez no estaba facultado por el legislador para dar por concluida la fase probatoria en el juicio mientras la Fiscalía no hubiera presentado a las testigos de cargo; por lo mismo, la ley no le permitía avanzar a la fase de los alegatos de conclusión; no estaba en condiciones jurídicas de declarar cerrado el debate; tampoco podía proferir sentencia, precisamente porque el hecho de premitir, respecto de la Fiscalía, la oportunidad para la práctica de la prueba de cargo hace ineficaz los actos procesales posteriores.”

La Sala declaró la nulidad de lo actuado partir de la sesión de audiencia del juicio oral en la que el Juez negó a la Fiscalía la petición de conducción de las testigos de cargo.

Rad.193 2013 08298 (22 05 2017) Acta 119. M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

PRISION DOMICILIARIA. Permiso para trabajar fuera de su domicilio.

“En esa medida es un requisito indispensable para que el Juez de Ejecución de penas entre a valorar la concesión de un permiso para trabajar fuera del domicilio del condenado, que la Subdirección de Desarrollo de Habilidades Productivas del INPEC haya coordinado la

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

celebración del contrato del interno con la entidad a la cual va a prestar sus servicios, esto con el fin de constatar las condiciones y actividades en las cuales el privado de la libertad prestada sus servicios y así mismo para que dicha Institución pueda ejercer el control respectivo.

Es por lo anterior que el mencionado concepto que emitió el Director encargado de a Cárcel de Villahermosa de ninguna manera puede tomarse como un aval de dicha Institución para que el señor XXX labore fuera de su domicilio, pues en el mismo no se hizo una evaluación de las condiciones contractuales ni la prestación del servicio del interno con la empresa particular. Es por ello que el Director encargado de dicha Institución, en el numeral 10º hace la salvedad que ese concepto que el emite no tiene la avenencia de a la Junta de Evaluación de Trabajo, Estudio y Enseñanza de la Cárcel que representa, pues no se realizó ninguna valoración o concepto sobre la actividad que desarrolla el señor XXX, ni mucho menos se coordinó la parte contractual o se emitió una certificación de la Aseguradora de Riesgos Profesionales.

Así las cosas, contrario al planteamiento del recurrente, hasta la fecha no se ha aportado el documento suscrito por la junta de Evaluación de Trabajo y Estudio del INPEC quien es la encargada de coordinar y avalar el contrato que suscriba el señor XXX con la empresa particular.

Pero de no ser suficiente con lo anterior se evidencia que la Defensa del señor XXX aportó tanto al Complejo Carcelario de Villahermosa como al Juzgado de Ejecución de Penas una constancia laboral de la empresa Transportes Cóndor de Colombia, en la cual sólo se describe que el interno en término de treinta (30) días comenzaría a laborar con dicha entidad, como también se señala su salario aproximado y la dirección y NIT de la empresa.

Documento en el cual no se especifica en tipo de contrato que tiene el interno, el lugar exacto de trabajo, si el mismo lo hará en la ciudad de Cali en el área urbana o rural de trabajo o si se desplazara fuera de la ciudad, que tipo de labor desempeñara, su horario de trabajo, las cláusula de terminación, en fin todas las condiciones generales que se exige en un contrato de trabajo conforme al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que imposibilitaría el debido y oportuno control legal del mismo por parte de la Subdirección de Desarrollo de Habilidades Productivas del INPEC, así como la inspección y vigilancia de las autoridades a cargo de la custodia del prisionero.

Así las cosas, aun cuando el derecho al trabajo de los reclusos merece reconocimiento y especial protección, no por ello podría desconocerse los procedimientos legales, como lo es tener el concepto de dependencia de la autoridad penitenciaria sobre la conveniencia de otorgar permiso para trabajar, después de efectuar una evaluación del contrato de trabajo y coordinación de las labores de la empresa contratante para fijar las condiciones de seguridad y la verificación que deba hacerse con miras a la certificación para obtener redención, como lo señala el artículo 57 de la Ley 1709 de 2004.

Por todo lo anterior, la Sala encuentra que no resulta procedente el permiso para trabajar deprecado a favor del interno XXX y que debe continuar con la ejecución de la prisión domiciliaria que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad le concedió, por lo que se procederá a confirmar el auto interlocutorio No. 694 de mayo 13 de 2016. “

La Sala confirmó el Auto Interlocutorio mediante el cual el Juzgado Quinto de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, negó el permiso para trabajar al condenado.

Radicado N° 000 302000604 01(26-05-2017)

M.P. CARLOS ANTONIO BARRETO PEREZ (26-5-2017)

TUTELAS

DEBIDO PROCESO ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Despacho comisorio. Diligencia de secuestro. Se ordena a la Alcaldía de Cali proceda a dar cumplimiento a diligencia comisionada.

“1.- Alegando la vulneración de los citados derechos, por conducto de apoderada judicial, solicitó la entidad accionante que se ordene al juzgado de ejecución accionado “adelantar la diligencia de secuestro ordenada por el mismo [dentro del proceso ejecutivo que adelanta contra el señor XXXX], mediante Despacho Comisorio No. 148 de 12 de diciembre de 2016 y se garantice el debido adelantamiento de la misma.”

Relató que dentro de dicho trámite, se solicitó la práctica de la diligencia de secuestro de los bienes cautelados, identificados con matrícula inmobiliaria No. 370-307590 y No. 370-307562, petición en virtud de la cual se expidió el despacho comisorio No. 148, dirigido a la Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad ciudadana de la Alcaldía de Cali.

que el comisorio le correspondió a la Inspección de Policía de Manzanares, quien lo devolvió alegando que no contaba con competencia para atenderlo, en razón a la restricción prevista en el artículo 206 de la Ley 1801 de 2016. Anotó que ante tal situación, el juzgado accionado, alegó su imposibilidad para adelantar por sí mismo la diligencia, y comisionó su adelantamiento a la Alcaldía de Cali.

Señaló que la Secretaría de Gobierno de la referida entidad no está recibiendo los despachos comisorios, por lo que, a su juicio, la posición del operador judicial (quien se abstiene de fijar fecha para la diligencia), toma ilusoria su pretensión ejecutiva con la consecuente causación de perjuicios, puesto que el secuestro es condición “*sine qua non*” para el avalúo y posterior remate de los bienes.

2.- Enterada de la acción, la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico del Consejo Superior de la Judicatura, señaló que adelantó la creación de varios cargos permanentes para atender la demanda de justicia y alegó su falta de legitimación por pasiva en lo atinente a la diligencia comisionada.

Así mismo, se refirió a la Circular PCSJC17-10, donde se advirtió que se encuentra vigente la posibilidad legal de comisionar a los alcaldes su realización, y aludió a la subsidiariedad característica de la acción de tutela, precisando que la parte actora puede solicitar la incoación de una “vigilancia judicial” en contra de la autoridad judicial.”(...)

3.- Pues bien, no pasa desapercibido para la Sala que, a esta altura, el secuestro ordenado no se ha materializado; sin embargo, emerge del recuento anterior que la mora en la ejecución de dicha orden, no resulta atribuible al juzgador acusado, pues el mismo, según el recuento que viene de hacerse, se ha preocupado por definir la suerte de la diligencia y ha adoptado las decisiones que, dentro de su autonomía, consideró pertinentes, atendiendo las demás obligaciones a su cargo, las cuales quedaron evidenciadas en la última providencia proferida.

De esta forma, se advierte que en relación con el juzgado accionado no concurren los presupuestos constitucionales para acceder a la tutela, dado que a la fecha no es posible colegir que la demora en la realización de la diligencia de secuestro deriva de su conducta negligente o arbitraria, pues, se iteró, emitió pronunciamiento, comisionando la diligencia a la autoridad que consideró competente, sin que pueda colegirse capricho alguno en tal decisión. Por el contrario, refulge evidente que, el juez ha intentado agotar los medios a su alcance para evitar el detrimento de los intereses de la ejecutante.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

Adicionalmente, es preciso destacar que la falta de materialización del secuestro por parte del juzgador, aparece justificada en motivos razonables, como son los aducidos en el último proveído proferido, en donde se dejó claro el volumen de asuntos a cargo, el reducido personal asignado al despacho, y la existencia de diligencias de remate ya programadas.

Para abundar en razones, cumple recordar que “la mora judicial se justifica, [entro otros], cuando: se constata **la existencia de problemas estructurales**, de exceso de carga laboral u otras circunstancias que pueden ser catalogadas como imprevisibles e ineludibles, situación que emerge plenamente aplicable al caso, no sólo en atención a las referidas justificantes, sino también en virtud del advertido impacto generado por la entrada en vigencia del Código Nacional de Policía (también alegado por el juzgador), norma que restringió las facultades de los inspectores de policía y que ha dado pie, en palabras del juez, al estancamiento de las diligencias.

4.- Con esto último en mente, advierte la Sala que aunque la dilación en la práctica de la diligencia de secuestro no es atribuible al juez, evidentemente genera un detrimento a la parte actora que resulta predicable de la Alcaldía de Cali, comisionada para su realización desde el pasado 26 de abril de 2017 (Fl. 37 C.2), calenda a partir de la cual ha transcurrido tres meses, sin que exista en este caso justificación que amerite la demora.

Pues bien, además de que la entidad territorial no desconoció las alegaciones de la actora en cuanto a que “no recibe despachos comisorios para su diligenciamiento” (razón por la que no obra constancia de su recepción), emerge claro que la comisión efectuada por el juzgador halla cabal amparo en el artículo 38 del C. G. del P., en el cual se consigna claramente su facultad para comisionar la diligencia a los alcaldes.

Ahora bien, aunque ciertamente la vigencia del nuevo Código Nacional de Policía (artículo 206, parágrafo 1º), genera un impacto frente a la manera como se venían diligenciando las comisiones, y resulta obvio que el Alcalde no puede dedicarse a atender todas las diligencias comisionadas en la ciudad, esas situaciones no pueden catalogarse como “*imprevisibles o ineludibles*” y por esa vía no pueden tenerse como justificantes válidas de la dilación en la realización de la diligencia prohijada por la Alcaldía de Cali.

En primer lugar, resulta imperativo señalar que la norma en mención, fue publicada el 29 de julio de 2016, y en su artículo 243, se estableció que entraría a regir seis (6) meses después, de donde aflora que la entidad territorial contó con todo ese término para determinar las pautas y directrices que adoptaría para enfrentar las nuevas restricciones establecidas para los inspectores de policía.

Se suma a ello que desde el mes en que entró en vigencia la mentada ley (enero de 2017), han transcurrido otros seis meses, siendo así claro que la accionada ha contado con todo un año para poner en marcha “las acciones y trámites jurídico-administrativos que permitan la conformación de un nuevo grupo de trabajo que preste el [apoyo a la Rama Judicial en el cumplimiento de comisiones]”, y en las cuales se excusa, alegando que se encuentra en una causa de fuerza mayor para atender la orden impartida por el juez, pues no cuenta con el personal para brindar el auxilio a la justicia.

Huelga entonces señalar que la Alcaldía de Cali ha contado con un término prudencial para efectuar los cambios y trámites que consideraba pertinentes, sin que exista noticia de avance alguno sobre el tema, lo que impide tener por justificada su conducta. Por tanto, se impone ordenar a la referida autoridad, el adelantamiento preferente de la diligencia comisionada, en tanto resulta claro que ha contribuido a su no cumplimiento.

5.- Lo anterior, no sin antes precisar que si bien es cierto el adelantamiento del proceso y su impulso, son obligaciones en cabeza del juez de la causa, y que la facultad de comisionar la práctica de diligencias es excepcional, ello no habilita a la entidad territorial, para desconocer su obligación de acatar la orden judicial (legalmente justificada) y su responsabilidad en el adelantamiento de las diligencias que le sean comisionadas, pues

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

como lo reconoce la propia entidad, como autoridad de policía, tiene el deber de “colaborar con las autoridades judiciales para la **debida** prestación del servicios de justicia.”

No varían tales apreciaciones, con ocasión de la jurisprudencia citada por la alcaldía enjuiciada, en la cual se ratifican sus afirmaciones en torno a las competencias que radican en cabeza de los jueces, pues se trata de casos que no guardan plena identidad con el presente. En efecto, aun cuando allí se discutía también la mora en la realización de diligencias comisionadas, no abordó la Corte una problemática como la actual, relacionada con la existencia de una norma, con fundamento en la cual, la Alcaldía de Cali, se niega a realizar todas las diligencias comisionadas y se rehúsa (hecho no desvirtuado) a recibir las comisiones.

A ello se añade que en los casos referidos, el comisionado no se negó a practicar la diligencia (sino que fijó fechas muy lejanas para su evacuación), y en todo caso atendiendo las pautas aplicables, la Corte encontró justificada su postura, lo que no sucede en este asunto, por las razones antedichas.

Por supuesto, esto plantea un panorama por completo diferente, puesto que en el caso actual, la entidad territorial ha asumido una postura extrema, desconociendo mediante vías de hecho las órdenes judiciales y sometiendo al juez accionado (y sus homólogos) a la imposibilidad de ejercer su facultad legal de comisionar las diligencias. Dicho en otros términos, y en ello radica la mayor diferencia con los casos decididos por la jurisprudencia constitucional, el ente territorial no sólo priva o desconoce a los jueces su potestad, sino que pretende obligarles a atender la totalidad de diligencias a su cargo, con el consecuente detrimento de sus funciones y el pleno desconocimiento de las razones que justifican (y hacen constitucional) la figura de la comisión.

Sobre el punto, en vigencia de la norma anterior e idéntica al artículo 38 del C. G. del P., la Corte Constitucional señaló que “no es objeto de controversia, la necesidad y utilidad de la comisión en el ámbito judicial. En realidad, **diversas circunstancias vinculadas con la economía procesal, la eficacia de la justicia y la propia organización judicial de las circunscripciones territoriales**, obligan a contemplar la figura de la comisión, con las restricciones y cautelas que por lo demás el Código de Procedimiento Civil introduce en su articulado.”

Igualmente, advirtió la Corte que “la ley ha instituido un mecanismo concreto de colaboración entre las ramas del poder público. No es extraño a la dinámica del Estado que para la realización de ciertas tareas, se contemplen adecuados sistemas de cooperación. A voces del artículo 113 de la C.P.: “Los órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. De otro lado, el artículo 201 de la C.P., aunque referido al Gobierno, incorpora otro principio que se extiende a toda la administración pública: “Prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias”. (Ibídem).

Esto último, también aparece desconocido por la Alcaldía de Cali, quien se itera, reconociendo los deberes a su cargo, se ha abstenido de brindar la colaboración que requieren los despachos judiciales, desconociendo plenamente que la necesidad de la comisión no proviene del capricho de los jueces sino de las altas y variadas cargas en cabeza de los mismos, y de la necesidad de impartir una rápida y eficiente administración de justicia a los usuarios de la misma, en esta circunscripción territorial.

6.- Como se anticipó, todas estas circunstancias evidencian la falta de justificación en cabeza de la Alcaldía de Cali, y además reflejan el incumplimiento de su deber de colaboración armónica a la justicia, con el consecuente impacto en los derechos de todos los usuarios de la justicia, y la congestión judicial producto del estancamiento de los trámites.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017

De allí emerge clara la posibilidad de que el estado de cosas generado produzca multiplicidad de acciones de tutela por los mismos hechos, razón por la cual, se considera que no sólo debe impartirse la orden de realización de la diligencia que dio lugar a este trámite, para la protección del debido proceso y acceso a la administración de justicia de la accionante, sino que también debe ordenarse en esta providencia la adopción de las medidas adecuadas para evitar que los alcances de la conducta bajo estudio resulten mayores. Por ello, se ordenará a la Alcaldía de Cali crear o culminar el proceso de creación del “nuevo grupo de trabajo que preste [soporte a la justicia en lo atinente al cumplimiento de comisiones judiciales”, en un término no mayor a tres meses contados desde la notificación de esta providencia.

7.- Igualmente, siguiendo en lo pertinente las pautas fijadas en la sentencia T- 1171 de 2003, se ordenará nuevamente al Consejo Superior de la Judicatura, adoptar “un plan concreto [con] directrices de acción [y] metas”, y adelantar las gestiones y decisiones necesarias, con miras a atender los efectos del represamiento de las diligencias judiciales pendientes en razón de la entrada en vigencia del Código Nacional de Policía, frente a la realización de diligencias judiciales, también resulta reprochable frente a dicha Corporación, pues ya se dijo, que la norma sólo entró en vigor seis meses después de su promulgación, sin que durante ese término o a la fecha se haya adelantado gestión alguna por parte del Consejo Superior de la Judicatura, como permite establecerlo su silencio frente al informe requerido en el auto admisorio de este trámite.

Por supuesto, conforme se advirtió al decretar la nulidad del trámite inicial de esta acción, el adelantamiento de cualquier gestión que contribuyera a atender la situación sobre la que se resuelve, también atañe al referido ente, pues no sólo tiene a cargo la administración de la Rama Judicial, sino que también le asiste la obligación de adoptar decisiones que permitan su adecuado funcionamiento, y de actuar con tal finalidad en coordinación con las demás ramas del poder público (como la ejecutiva, en este caso representada por la Alcaldía de Cali).

Esta última obligación, según ha reconocido la Corte Constitucional, “requiere de una actividad concreta del Estado que refleje una política judicial al respecto”, de donde emerge factible conminar al Consejo Superior de la Judicatura para que ejerza tales actividades concretas, con miras a atender la realidad actual de los despachos -en lo que respecta a las diligencias comisionadas pendientes- sin que sea necesario para ello, esperar a que el represamiento desborde completamente la capacidad de los operadores judiciales. Finalmente, impera señalar que las soluciones propuestas por el Consejo Superior, en cuanto a la iniciación de vigilancias administrativas o procesos disciplinarios en contra de los jueces, en realidad no emergen como idóneas para atender la problemática planteada, y se ofrecen más como medidas punitivas que, por el contrario, conllevan más congestión al interior de cada despacho judicial, sin que en modo alguno tiendan a contribuir a la realización de las *múltiples* diligencias comisionadas pendientes de cumplimiento.”
Rad. 000 2017 00414 00 (02 08 2017) Acta 067. M.P. Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 6 DE 2017