

Ordinario de Lilia Gómez / Luis Estrada y clínica El
Trébol. Rad. 011-2006-0079. Apelación sentencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A



B O L E T I N 1

E N E RO 2016

SALA DE GOBIERNO 2016- 2017

Presidente	Dr. Antonio José Valencia Manzano.
Vicepresidente	Dr. Julián Alberto Villegas Perea

SALA CIVIL

Presidente	Dra. Ana Luz Escobar Lozano
Vicepresidente	Dr. Jorge E. Jaramillo Villarreal.

SALA DE FAMILIA

Presidente	Dra. Gloria Montoya Echeverry
Vicepresidente	Dr. Henry Cadena Franco

SALA LABORAL

Presidente	Dra. Luz Amparo Gómez Aristizabal.
Vicepresidente	Dr. Carlos Alberto Oliver Gale

SALA PENAL

Presidente	Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda
Vicepresidente	Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya

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

José Antonio Cruz Suárez	Henry Cadena Franco
Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos	Gloria Montoya Echeverry
Secretario: Juan Carlos González Muriel	

SALA LABORAL

Antonio José Valencia Manzano	Carlos Alberto Carreño Raga
Aura Esther Lamo Gómez	Luis Gabriel Moreno Lovera
Luz Amparo Gómez Aristizabal.	Carlos Alberto Oliver Gale
Ferney Arturo Ortega Fajardo	Germán Varela Collazos
	Ariel Mora Ortíz
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

Secretario: Wilson Adolfo Gutiérrez Marulanda

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

TUTELAS.

AGENCIAS EN DERECHO. Liquidación de costas. Juzgador incurrió en vía de hecho por insuficiente motivación.

"...se observa una motivación insuficiente en las providencias con las cuales se resolvió la objeción a la liquidación y la reposición incoada por el promotor, pues como se advirtió, no se analizaron los conceptos normativos y jurisprudenciales necesarios para determinar la fijación de las agencias en derecho en el pleito reprochado."

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Rad. STC-2016. 000 2015 00803 01

(20 01 2016). M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona

Sala Civil

ACCION REDHIBITORIA. Resolución de contrato de compraventa de vehículo. Vicios o defectos ocultos. Prescripción.

Resumen de hechos

Demandante celebró contrato de compraventa de un automotor con el demandado. A los cuatro meses de uso del vehículo, este presentó fallas en la inyección del motor, que es la que permite el paso de la gasolina y después de varios arreglos siguió fallando.

Solicita cambio de vehículo y demandado ofreció la extensión por un año adicional a la garantía inicial, la que fue rechazada.

Solicita la nulidad del contrato de compraventa del vehículo y se reintegre la suma correspondiente al valor de la camioneta y perjuicios por su no uso. Solicita se declare la rescisión del contrato de compraventa del automotor por los vicios ocultos.

Extracto:

“De cara al marco fáctico y jurídico esbozado, debe decirse que están destinados al fracaso los argumentos de la alzada, toda vez que de acuerdo con la legislación comercial aplicable al asunto objeto de estudio, tanto la acción resolutoria como la de rebaja del precio, fundamentadas en la existencia de vicios o defectos ocultos del bien adquirido, se extinguen por el transcurso del tiempo, en el plazo legal de seis (6) meses contados a partir de la entrega de la cosa objeto de compraventa.

Así, en el sub judice, se tiene que la camioneta Ssangyong Actyon Sport comprada por el señor XXXXXXXX a AUTO S.A., a través de factura No. SCH 06301 del 25 de abril de 2007, le fue entregada 27 de abril de 2007, según orden de entrega visible a folio 6 del cuaderno principal, firmada por el comprador, por lo que el fenómeno prescriptivo se consumó el 27 de octubre de 2007, sin que hubiese sido interrumpido, pues se evidencia que la solicitud de conciliación se impetró el 15 de junio de 2008 (más de un año después de la compra), momento en el cual ya estaba consolidada la prescripción alegada por la pasiva, a lo que se suma que la demanda fue presentada el 18 de julio de 2008.

En este contexto, es notorio que debe prosperar la excepción de prescripción planteada por la defensa, fenómeno jurídico que tiene la capacidad de derrumbar la actio redhibitoria solicitada en el libelo inicial como pretensión subsidiaria, y por ese mismo camino fracasa la pretensión indemnizatoria que como consecuencia de la primera se formuló, por lo que la decisión del A Quo en este sentido, fue acertada, y deberá ser confirmada por esta Corporación.

Para finalizar, observa esta instancia que la apelante califica la sentencia como un posible atropello al consumidor y una violación al debido proceso, sin embargo, debe decirse al respecto que el extremo activo acudió a esta herramienta judicial, sin perjuicio del agotamiento de los trámites que sobre garantía mínima presunta pudo haber intentado frente a la sociedad demandada, trámite que incluso pudo llevar a la interposición de acciones para la reclamación de la efectividad de la garantía, ya fuera ante el juez ordinario o ante la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, empero, lo cierto es que en este asunto, estamos frente a la acción resolutoria por vicios ocultos en la cosa adquirida, dentro del marco de una compraventa mercantil, cuya reglamentación normativa prevé un término de prescripción extintiva del que bien hizo apego la pasiva para salir avante en el proceso.

Corolario de todo lo dicho, debe confirmarse la sentencia de primera instancia y condenarse en costas a la parte apelante, de conformidad con el art. 392 del C. de P. C.”

La Sala confirmó la sentencia apelada que declaró probada la excepción de prescripción de la acción resolutoria.

Rad. 04 2008 00322 01 (25 09 2016) Acta 091. M.P. Dr. Hernando Rodríguez Mesa.

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Carga de la prueba. Abandono de una compresa luego del acto médico. A pesar de ese descuido que podía, en efecto, comprometer la responsabilidad patrimonial no solo del médico, sino de la institución y de la instrumentalista, no se demuestra el daño, situación válida tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual.

Extracto:

“Responsabilidad extracontractual.: En la situación en estudio se deriva, como se anotó del abandono de una compresa luego del acto médico. Así que correspondía al actor demostrar la existencia del hecho dañoso y la culpa del agente, asimismo la relación de causalidad. Significa lo anterior que al actor correspondía probar la existencia del daño, y que los perjuicios hubiesen sido irrogados como consecuencia de las causas expuestas.

CARGA DE LA PRUEBA: Impone el Art. 177 del C. P. C, en concordancia con el 1.757 del C. C, que corresponde a las partes acreditar los supuestos de hecho de las normas en cuyo favor se invocan. Por su parte, el Art. 174 ibíd, precisa que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso.

Hechos probados: En el caso planteado se encuentran demostradas que la demandante fue operada en la Clínica XXXXX, habiendo participado un equipo médico presidido por el cirujano demandado. También que en ese acto se dejó, en forma descuidada un elemento usado en esa operación, que fue descubierto casualmente años después, hecho del que se imputa responsabilidad a éste profesional de la salud.

No obstante lo anterior, es de apreciarse que a pesar de ese descuido que podía, en efecto, comprometer la responsabilidad patrimonial no solo del médico, sino de la institución y de la instrumentalista, no se demuestra el daño, situación válida tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual. La circunstancia de haber encontrado el elemento extraño, no implica necesariamente la producción de un daño. No se ha\\ha demostrado que la presencia de ese elemento hubiese producido algún efecto nocivo en ella, si así ocurrió, no se demostró. El dictamen pericial indica que "cuando quedan cuerpos extraños dentro de la cavidad abdominal, el organismo trata de librarse de ellos lo que provoca fenómenos defensivos, pero en algunas ocasiones se hacen inocuos, y ello hace que se imposibilite su detección inicial. El retiro de la empresa en la que ella laboraba, tampoco puede imputarse a esa cirugía, pues de ello no hay prueba, pudiendo, en contrario, ser una actitud precipitada. Comoquiera que sin daño no puede predicarse responsabilidad y no demostrado este, habrá de recovarse la sentencia."

La Sala revocó la sentencia recurrida y en consecuencia negó las pretensiones de la demanda.

Rad. 011 2006 00079 01 (13 01 2016). Acta 002. M.P. Dr. José David Corredor Espitia.

=====

RESTITUCION DE TENENCIA. Contrato de comodato precario.

Requisitos.

Extracto:

“...aunque en la demanda se aportó un contrato denominado “de comodato precario”, el análisis probatorio (confesión y documentales), permiten colegir que esa tipología contractual –en la cual se fundamenta la demanda – no fue debidamente sustentada, pues como viene de verse, para afirmar en la existencia de un contrato es necesario que la naturaleza del negocio sea gratuita, lo que no resulta predicable en este asunto.

Así, pese a que no desconoce el Tribunal que entre las partes se suscribió un contrato el día 23 de septiembre de 2011, concluye también que el mismo corresponde a una modalidad de condición onerosa, que resulta diferente del comodato en que se fundamentó la solicitud de restitución de tenencia.”

(...)

“De esta forma, ante la prueba de la existencia de retribución pactada entre las partes por el uso del bien, el contrato surgido entre las partes, bien sea de arrendamiento, mutuo o cualquier otro de carácter innominado, no puede calificarse de comodato propiamente dicho, vía por la cual, debe concluirse, como se anticipó en líneas iniciales, que el requisito de haber acreditado el demandante el contrato en que se fundamentan sus peticiones, no concurre en este asunto, donde se itera, se solicitó la terminación de un contrato de comodato y la restitución de la tenencia dada en virtud del mismo, lo cual imponía demostrar la existencia de dicha tipología negocial, sin que ello se hubiera logrado en este caso, según los razonamientos que anteceden.

Como si lo anterior fuera poco, cumple agregar que el juzgador también justificó su decisión, en la observancia de las previsiones establecidas en la cláusula novena del contrato, según la cual, el demandante podía pedir la restitución del bien en cualquier tiempo previa comunicación escrita al comodatario. Sin embargo, esa es conclusión a la que no puede arribarse del expediente, pues de las documentales antes estudiadas -únicos comunicados que obran como prueba- se evidencia su suscripción en fecha anterior a la del supuesto contrato de comodato, por lo que no podrían tenerse como válidas para acreditar el requisito convencional establecido por las partes para la procedencia de la restitución (comunicación previa).

Por supuesto que actividad en tal sentido resulta exigible a la parte actora, por haberlo así acordado con la demandada, dado que tal pacto resulta válido frente a la ley, que no establece ninguna prohibición al respecto en el artículo 2219 del C.C., en el cual se funda la posibilidad para el comodante de pedir la restitución del bien en cualquier tiempo.

Así las cosas, conforme se anticipó impera revocar la sentencia de instancia, para en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda en concordancia con los razonamientos antes expuestos.”

Rad. 008 2014 00356 01 (16 02 2016) Acta 015. M.P: Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

Sala de Familia

IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD. Caducidad.

“Para el caso concreto, no resulta admisible que se tenga como fecha del surgimiento del interés actual del demandante para demandar la impugnación de la paternidad, la del reconocimiento que aparece en el registro civil de nacimiento de la demandante, ya que aquí se demostró en segunda instancia que ese reconocimiento no fue realizado por el demandante, puesto que la firma que aparece en el registro civil no fue impuesta por el promotor de la demanda, según se destacó en el resumen que en esta providencia se hizo del trámite procesal de la segunda instancia, al transcribirse la conclusión del dictamen pericial que de manera oficiosa aquí se ordenó, el que fue realizado por un perito en Grafología y Documentología Forense de la Sección Criminalística de la Subdirección Seccional de Policía Judicial de Cali del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación -Seccional Cali-, a propósito del cual, resulta aquí pertinente aclarar que no cabe ninguna duda que el mismo se hizo sobre la firma del reconocedor impuesta en el registro civil de nacimiento de la demandada, pues así lo indicó el perito en su informe al mencionar a lo largo de ese dictamen, que su estudio se hizo sobre la firma cuestionada del demandante en ese documento, hasta el punto de imprimir en el dictamen una fotografía del documento público objeto del análisis, a lo que no le quita ni le pone el error, a no dudarlo fruto de un lapsus digitorum, al señalar que el objetivo de su trabajo era determinar la uniprocendencia de las firmas de quien identificó como Elíseo Cuéllar Polanco.

Con lo expresado antes, se quiere decir que si el demandante no fue la persona que reconoció a la demandada, no puede señalársele como oponible ese documento, pese a tener la publicidad que le otorga el artículo 107 del Decreto 1260 de 1970 para que se genere la oponibilidad del registro, pues esa norma se refiere a los efectos legales frente a terceros, y en este caso el demandante no es un tercero, sino el supuesto compareciente al acto.

Ahora, teniendo en la cuenta lo anterior, en aplicación de lo que por interés actual para impugnar la paternidad entiende la Corte Constitucional, según lo dicho precedentemente, en este caso el interés actual surgió para el demandante en el 2010, según lo dijo en su interrogatorio, al enterarse por las redes sociales que figuraba como padre de la demandada, más ese interés se actualizó o se renovó al conocer y tener en sus manos la copia del registro civil de nacimiento de la demandada, que como ya lo concluyó la Sala de Decisión, ocurrió el 4 de octubre de 2012, conforme al análisis que aquí se hizo de su interrogatorio de parte, de la demanda, de su subsanación y del registro civil de nacimiento de la demandada, coincidiendo así con la conclusión que sobre ese punto llegó la juez a quo, quien sin exponer ninguna razón, ni valorar ninguna prueba, simple y llanamente afirmó tal cosa en la providencia combatida, desconociendo así el más elemental de los deberes del juez al elaborar sus providencias.

Y ese interés actual del demandante surgió en esa fecha, porque a partir de ese momento y sin necesitar ninguna prueba adicional, el demandante tuvo la certeza, como siempre la tuvo, de que la demandada no era su hija, por dos razones fundamentales: la primera, porque para él era y son verdades de a puño, que la demandada no es su hija biológica, pues cuando inició la relación extramatrimonial con la madre de su contraparte ésta ya existía y era el fruto de una relación anterior que tuvo C ... R ... L ... M ... con un tercero; y la segunda, porque tenía el convencimiento certero de no haber reconocido como hija suya a la demandada por ningún medio, y menos con la firma en el registro civil de nacimiento, firma ésta que no reconoció como suya, por no haberla impuesto nunca.

Así las cosas, teniendo entonces el demandante la certeza, a partir del 4 de octubre de 2012, de no haber sido la persona que reconoció a la demandada, a partir de ese momento le surgió o se le renovó el interés para impugnar la paternidad que documentalmente se le atribuye, lo que hizo de manera efectiva al presentar la demanda que dio inicio a este proceso el 10 de abril de 2013, fecha en la que no habían vencido los 140 días con los que contaba para ejercer el derecho a impugnar esa paternidad, pues sólo transcurrieron entre una y otra fecha 108 días, concluyéndose entonces, que la caducidad alegada por la parte demandada no alcanzó a estructurarse, más si se tiene en la cuenta QUG CI auto de admisión de la demanda le fue notificada al demandante con el estado del 22 de mayo de 2013, mientras que el auto de admisión de la demanda le fue notificada a la parte pasiva el 4 de septiembre de ese mismo -año, habiendo cumplido así la demanda y la notificación del auto de admisión ^* de la misma, con la misión de dejar inoperante el término de caducidad en los términos consagrados en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.

Adicionalmente, considera pertinente la Sala de Decisión dejar en claro que no comparte lo afirmado en la sentencia por la juez a quo, al interpretar, de una manera que puede calificarse benévolamente de ligera, por no decir que irresponsable, lo dicho por la Corte Constitucional en las sentencias T-160 del 21 de marzo de 2013 y la T-071 del 15 de febrero de 2012, que no obstante que se estructure el fenómeno jurídico de la caducidad, si la prueba de ADN establece la verdad de la relación paterno-filial, debe hacerse caso omiso de ese fenómeno extintivo para hacer prevalecer el derecho sustancial sobre cualquier consideración jurídica formal; lo que obviamente no es así, pues las normas legales y de orden público sobre la caducidad existentes y vigentes no pueden ser desconocidas por los jueces, precisamente por ser de obligatorio cumplimiento, esencialmente por ser normas de orden público, por una parte, y por la otra, porque de la lectura atenta de esas providencias, y muy especialmente de los problemas jurídicos que la Corte Constitucional planteó en ellas, se concluye que lo que generó la protección constitucional que en ellas se dio fue una interpretación restrictiva de lo que debe entenderse por interés actual para impugnar la paternidad o la maternidad, y se omitió valorar la prueba de ADN o no se tomaron las previsiones necesarias para su realización.

Como conclusión de todo lo aquí expuesto, al no haberse alcanzado a estructurar la caducidad alegada en el recurso de apelación, la sentencia apelada debe ser confirmada, con la correspondiente condena en costas a cargo de la apelante, precisamente por no haber prosperado el recurso, siendo necesario, además, ordenar que por la Secretaría del juzgado de primera instancia, se expida copia auténtica de todo el expediente con destino a la Fiscalía General de la Nación, Seccional de Cali, para que investiguen la comisión de los delitos de sustitución personal y de falsedad, o los que se hubiesen podido cometer conforme a las normas penales vigentes al 20 de febrero de 1974, al realizarse el reconocimiento paterno de la demandada en su folio de registro civil de nacimiento asentado en la fecha antes mencionada en la Notaría Primera del Círculo de Cali.”

Rad. 001 2013 00204 01 (15 01 2016). M.P. Dr. Henry Cadena Franco.

UNION MARITAL DE HECHO. Sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. Convivencia. Prueba testimonial. Sociedad conyugal anterior.

“La evaluación de los testimonios individualmente ponderados, conjuntamente con la prueba documental acabada de reseñar, llevan a la Sala a declararse persuadida de que S PGHHO y JTD establecieron convivencia marital permanente y singular desde antes del año 2000, pero con toda certeza desde el 12 de octubre de este año, cuando consta que ella alquiló el apartamento de la Urbanización Chiminangos II, hasta el 11 de diciembre de 2011, fecha del deceso del compañero, según su registro civil de defunción, extremo temporal final en el que testimonialmente quedó acreditado que vivían en la casa adquirida en por ambos en Ciudad 2000, apreciación proveniente de prueba cuya fuerza suasoria no sufre mengua a consecuencia de advertir que, como lo alegó el recurrente, en el año 2005 T aún tenía reportada a su cónyuge como beneficiaria de la seguridad social en salud en la E.P.S. COOMEVA, pues si en gracia de discusión se aceptara que esto lo demuestra el certificado de semanas cotizadas carente de firma, adosado por el recurrente, de cuya falta de evaluación se dolió también, en tal hipótesis habría que concluir que la aislada consideración de esa sola circunstancia carecería de aptitud para aniquilar los actos probados, en cuanto contundentemente demostrativos de la efectiva convivencia de él con la demandante, de suerte que dados los requisitos de existencia de la unión marital de hecho definidos en el artículo 1o de la ley 54 de 1990, había lugar a decretarla como lo hizo la juez, puesto que, como antes se vio a espacio, demostrado quedó que J no tuvo convivencia simultánea con su cónyuge y su compañera, como lo alegó el apelante, sin que ninguna influencia negativa ejerza el hecho de que no hubiese terminado por divorcio su vínculo conyugal, pues nada le impedía que manteniéndolo vigente pudiese establecer una unión marital de hecho, en cuanto justamente dicha forma de familia es definida en el precepto arriba citado como la comunidad de vida permanente y singular entre sujetos no casados [entre sí], aspecto en el que se equivocó la falladora al incluir dentro de sus requisitos el de la ausencia de impedimentos para casarse, propio sí de la sociedad patrimonial (art. 2o, literal b, ley 54 de 1990 y 979 de 2005), a causa de lo cual terminó por declararla existente desde la fecha de liquidación de la sociedad conyugal el 22 de noviembre de 2002, en decisión que no obstante debe mantenerse por no haber sido protestada por la actora, a cuyos intereses perjudica exclusivamente.

Como dicha unión fue superior a los dos años, y fue sostenida por la actora con JTD, quien previamente había conformado sociedad conyugal con CTV a consecuencia de su matrimonio con ésta, debidamente acreditado con la copia auténtica del correspondiente folio de registro civil adosado a la réplica de la demanda del heredero, respecto de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes aplica lo previsto en el artículo 2o, literal b) de la Ley 54 de 1990, modificado por la ley 979 de 2005, que la presume para dicha hipótesis con la sola disolución de la sociedad preexistente, por no hacerse necesaria también su liquidación allí también prevista, a tono con lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia de exequibilidad C-700 de 2013, situación jurídica predicable de la sociedad conyugal del causante y CTV, pues así lo demuestra la copia auténtica de la escritura pública 5615, del 22 de noviembre de 2002, pasada en la Notaría Tercera, en la que consta su disolución y liquidación de mutuo acuerdo según lo contemplado en el artículo 1820-5 del C.C., acto cuya eficacia no resulta comprometida, como lo planteó el recurrente, por la omisión de su inscripción en los libros de registro del estado civil de las personas, como formalidad establecida de modo general para dicho acto y los demás señalados en el artículo 5o del Decreto 1260 de 1970, pues a términos de lo normado en el memorado artículo 1820-5 del C.C., dicha exigencia opera específicamente en tal caso como requisito

para que el acto pueda ser "oponible a terceros", lo que vale decir que no aplica para cuando, como aquí sucede, a la inversa, un tercero, en este caso la demandante, la adosó como prueba con la intención de servirse de ella, por lo que cae en el vacío el planteamiento impugnativo que con tal aspecto concierne, de modo que fue correcta la determinación de primera instancia que hizo lugar a la súplica declarativa de la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, aunque no la fijación de su fecha inicial en coincidencia con la del acto escriturario de disolución, pues miradas bien las cosas, es de advertir que si se formalizó el 22 de noviembre de 2002, es de entender como apenas obvio que hasta ese día inclusive, tuvo vida la sociedad disuelta, por lo que lo correcto era haber designado como hito inicial de la sociedad patrimonial entre compañeros la fecha del día siguiente, aspecto que sin embargo no se refleja en modificación alguna de la sentencia porque no fue atacado.

Como las pretensiones prosperarán deben examinarse las excepciones de mérito, modalidad defensiva de la que conviene recordar que consiste en la alegación de hechos distintos a los expuestos por el actor en sustento de sus pretensiones, que enfrentados a estos tengan la virtualidad de impedir modifica o extinguir el derecho sustancial debatido, perspectiva desde la cual se observa que lo primeramente alegado por el recurrente fue que la unión marital no fue permanente sino vivenciada en dos oportunidades fraccionadas sin llegar a acumular los dos años requeridos para el surgimiento de la sociedad patrimonial.

De cara a dicho planteamiento no cabe menos de señalar que no quedó probado, puesto que, como ya se vio, la evaluación conjunta de los testimonios y los documentos arrimados contundentemente demuestran que SPGH y JTD, vivieron en comunidad de vida permanente y singular durante mucho más de dos años, a lo que no se opone el hecho de la vigencia del precedente matrimonio, pues a términos de lo contemplado en el artículo 10 de la ley 54 de 1990, dicha forma de constitución de una familia aplica para quienes no están casados entre sí, de modo de surgir como solución para quienes en dicho momento, por tener vigentes alianzas conyugales previas y no podían volver a casarse y tenían que conformar uniones hasta entonces no protegidas, despectivamente conocidas entonces como concubinato.

El planteamiento que bajo el ropaje de "excepción" hizo el demandado fundado en la presunción de la buena fe, en verdad no se ajusta lo dicho a lo que conceptualmente significa dicha modalidad defensiva, por ser incontestable que no contiene la alegación de hecho positivo alguno que fuere de enfrentar a los expuestos por la demandante con el fin de enervarlos, como que en lugar de ello lo que hizo el recurrente fue decir que como no se acomodan a la verdad, con esto queda desvirtuada la presunción de la buena fe de las actuaciones de los particulares ante las autoridades establecida en el artículo 82 de la C.N., por lo que lo único que cabe decir es que contrariamente a sus alegaciones, la prueba apoyó y no desvirtuó lo afirmado por la demandante.

En fuerza de lo discurrido no puede menos de impartirse confirmación a la sentencia apelada, con la consecuencial imposición de condena en costas de la segunda instancia a cargo del litisconsorte recurrente CCTT."

Rad. 07 2012 00129 01 (01 12 2015). Acta 0166. M.P. Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos.

=====
=====
=====

UNION MARITAL DE HECHO. Sociedad patrimonial. Unión marital suscitada antes de la promulgación de la Ley 54 de 1990. Término de prescripción extintiva de la acción declarativa de la sociedad patrimonial entre compañeros.

“...la Corte sostiene en punto de la vigencia de la Ley 54 de 1990, que en el tránsito de legislación, a virtud del fenómeno conocido como de la retrospectividad, ella aplica a las uniones que iniciadas antes de su promulgación continuaron desarrollándose con posterioridad, lo que sustentó a espacio en la sentencia de casación de 22 de noviembre de 2010, en cuyas consideraciones se remitió primeramente a lo dicho en el mismo sentido en su fallo de 28 de octubre de 2005, en el que se evocó lo expuesto en sentido contrario originalmente en las sentencias de casación de 20 de abril de 2001, 20 de marzo de 2003 y 9 de marzo de 2004, según las cuales dicha legislación no podía ***“aplicarse a las uniones maritales que nacieron con anterioridad a su vigencia, motivo por el cual, el término que en ella se establece para presumir la existencia de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, sólo puede computarse desde la fecha de su promulgación”*** por imperio del ***“principio de irretroactividad de la ley, que es la regla general”***. Con dicho preámbulo, la sentencia de 22 de noviembre de 2010, apuntó en contrario. ***“No obstante, una nueva aproximación al tema de debate permitió modificar ese criterio, ‘para concluir que la Ley 54 de 1990 sí aplica a las uniones maritales que, surgidas con anterioridad a su promulgación, continuaron desarrollándose sin solución de continuidad durante su vigencia -no así a las que para ese momento ya habían fenecido-, por manera que para los efectos de la conformación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, debe tenerse en cuenta la totalidad del tiempo que ellos convivieron, incluido, por supuesto, el anterior al 31 de diciembre de 1990, en el obvio entendido que se verifiquen todos los presupuestos requeridos por la normatividad patria’***. Así, lo entendió, entre otras razones, porque ***“desde la óptica de la actual Constitución, es necesario prohijar una interpretación de la Ley 54 de 1990, que le permita a las familias integradas con anterioridad a su expedición, y que se preservaron con posterioridad a ella, recibir de inmediato el reconocimiento que esa normatividad les confiere, específicamente en lo tocante con la conformación de la sociedad patrimonial entre quienes, de antiguo, o ex ante, vienen siendo compañeros permanentes, sin que se pueda negar esa retrospectividad argumentando que la misma carta Política garantiza «los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores» (art. 58), toda vez que, como se explicará en párrafos siguientes, antes de 1990, en puridad, no existía ninguna normatividad que regulara los efectos patrimoniales del otrora llamado concubinato, por lo que no podría afirmarse válidamente la existencia de derechos adquiridos de los compañeros permanentes con anterioridad a la promulgación de la Ley 54. Dicho con brevedad -y anticipadamente-, en casos de anomia no hay derechos adquiridos.***

De allí, entonces, en la hora de ahora, que no pueda perseverarse en una interpretación que difiere en dos años el reconocimiento de los beneficios patrimoniales reconocidos por la Ley 54 de 1990 a las uniones maritales de hecho, pues ello traduce, ni más ni menos, que la «grave injusticia» que, ex professo, el legislador quiso remediar, siguió latente por un bienio adicional, si se quiere con el sobreentendido beneplácito de aquél, lo que no se encuentra en consonancia con el sentido común y la recta razón, amén que tal suerte de entendimiento, in radice, desconoce el acerado principio de solidaridad que informa el ordenamiento jurídico patrio y deja latente el equivocado mensaje, de que la ley en cuestión, mutatis

mutandis, es una ley de punto final de las uniones maritales de hecho que afloraron antes de su vigencia formal.

Flaco favor se le hace a la familia natural, ciertamente, cuando se dice que, no obstante la urgente y laudable necesidad de disciplinar la unión marital de hecho reconocida y advertida expresamente por el legislador, sólo dos años después del despunte material de la ley se corregirá una situación conscientemente tildada, sin ambages, de «grave injusticia». Sería paradójico aplazar sus efectos reales por un bienio, a sabiendas de la presencia de esta «injusticia», calificada de «grave», como se acotó. Sin duda, allí no anida una interpretación racional y, sobre todo, dotada de sólida apoyatura. No en vano, diferir la solución de una injusticia, cuando hay plena y confesada consciencia de su existencia y de sus devastadores consecuencias, es tanto como darle la espalda al genuino norte de la misión legislativa y judicial, esto es, la incesante búsqueda de la justicia, en claro apartamiento de la teleología que anima la hermenéutica contemporánea, muy alejada de la exégesis y de las interpretaciones meramente literales, de suyo pétreas y distantes de la realidad imperante, de suyo muy otra..."

Como en esta especie la unión marital de hecho se estableció el 20 de enero 1986 y prosiguió después, como que la propia demandada dijo que finiquitó el 28 de julio de 2010, es claro que se trata de una unión que suscitada antes de la promulgación de la ley 54 de 1990 perduró en exceso después, de modo que acorde con el precedente en cita está regida por esta legislación, de manera que es de recibo el puntual reclamo del apelante dirigido a obtener su declaración con fecha inicial el 20 de enero de 1986, motivo por el cual deberá modificarse en este aspecto el punto primero resolutivo de la sentencia, que declaró que dicha unión inició el "31 de diciembre de 1990" y finalizó el 28 de julio de 2010, fecha esta última sobre la que se volverá más adelante, en razón de haber sido involucrada como materia de su protesta por el apelante.

En lo concerniente con el segundo de los reparos lanzados contra la sentencia, en este caso por haber declarado probada la excepción de prescripción, se empieza por recordar que, como es sabido, la denominada sociedad patrimonial entre compañeros permanentes es presumida en los literales a) y b), del artículo 2o, de la Ley 54 de 1990, en dos eventos alternativos que con autonomía propia se constituyen en cada caso en los denominados "**antecedentes**" de esa presunción (art. 66 C.C.), que tienen en común la existencia de la unión marital de hecho durante un bienio, sin más, cuando entre los convivientes no media impedimento para casarse (primer caso), y (segundo caso) previa disolución de la preexistente sociedad conyugal, cuando uno o ambos de los convivientes la ha conformado, según lo definió la Corte Suprema de Justicia para darle alcance al aludido literal b) desde la sentencia de casación del 10 de septiembre de 2003, que halló innecesario el requisito adicional de la liquidación allí contemplado, declarado inexecutable luego por la Corte Constitucional en la sentencia C-700 de 16 de octubre de 2013.

La excepción es modalidad defensiva respecto de la que conviene expresar que conceptualmente consiste en oponer el demandado a los hechos fundantes de la pretensión esgrimidos por el actor, otros con aptitud suficiente para modificar, extinguir o aniquilar el derecho sustancial invocado, por lo que es un imperativo lógico que a su examen sólo ha lugar cuando aquélla tiene visos de prosperidad, pues inane resultaría dicho ejercicio si, por ejemplo, en una especie como la presente, la unión es inferior a dos años. Aquí la demostración de la unión marital de hecho es punto pacífico en la contienda, como que, según arriba se vio, las partes no discutieron su existencia, que a virtud de lo ya discurrido tuvo inicio el 20 de enero de 1986 y finiquitó el 28 de julio de 2010, extremo final que así definido en la sentencia, como ya se dijo, no fue protestado por el demandado en el que, acorde con lo afirmado por la demandada tuvo lugar su extinción a causa de una separación

de habitaciones determinante de la terminación de "la comunidad de vida" marital, en cuanto ésta supone compartir techo, lecho y mesa, cual ocurre con los casados.

Así entonces, al quedar regulada dicha unión por la ley 54 de 1990, según ya se dijo, es de ver que por haberse mantenido durante un lapso total muy superior a los dos años, entre sujetos respecto de quienes no obra demostración de impedimentos matrimoniales ni siquiera insinuados en la contienda, no puede menos de concluirse que están dados los antecedentes necesarios para presumir la existencia de la implorada sociedad patrimonial entre compañeros permanentes contemplados en el literal a), del artículo 20, de la ley 54 de 1990, la que debe ser declarada del 20 de enero de 1986 al 28 de julio de 2010, lo que le abre espacio al estudio de la defensa exceptiva, que en este caso pretende evitar esa declaratoria sustentada en la invocación de la prescripción de dicha acción.

El aludido fenómeno está contemplado en el artículo 8o ibídem, de cuyas previsiones se sigue prístinamente que el hecho constitutivo del hito inicial demarcador del despunte del término de prescripción, está atado en todo caso a hechos fatalmente extintivos, cual sucede con **"la separación física y definitiva de los compañeros"** enlistada junto con la muerte y el matrimonio con terceros de uno o ambos compañeros, situaciones todas en las que se destaca como evidente que la unión marital de hecho termina de manera definitiva, y con ella la sociedad patrimonial a la que le sirve de causa.

En tal orden de ideas, si bien es cierto que la unión marital termina cuando cesa la convivencia compartida en techo, lecho y mesa, como cuando la pareja decide seguir compartiendo la vivienda aunque en cuartos separados, también lo es que ese sólo hecho es insuficiente para constituirse en el hito demarcador del inicio del término de prescripción, por ser necesario ir más allá a los fines de establecer si esa nueva forma de vida entraña separación con rasgos de definitividad, de modo de estructurar el hecho de mayor entidad legalmente previsto, como es **"la separación física y definitiva"** de los compañeros, tema a cuyo propósito es ilustrativo traer a cuento lo sostenido por el Profesor Pedro Laffont Pianetta, quien a ese respecto expresa que **"Cuando el art. 8o de la Ley 54 de 1990 llama a la separación de hecho 'separación física y definitiva de los compañeros', está consagrando su naturaleza y composición estrictamente objetiva"**, que para que haya ruptura de la comunidad de vida **"basta que se produzca una separación, esto es, la no concurrencia o participación en la vida en común, ya que destruye la vida marital objeto esencial de la unión marital. Y ello acontece con la destrucción (y no simple modificación) de las manifestaciones de aquella vida marital, que no es otra cosa que lo que la ley llama 'separación física'.** Y agrega el autor: **"Definitividad. Con esta característica la mencionada ruptura afecta el vínculo marital para ponerle fin; y ella se manifiesta en la ausencia de provisionalidad y recuperabilidad, que sí se encuentran en la suspensión de la vida marital"**. (Cfr. Derecho de Familia, Unión Marital de Hecho, Librería del Profesional, 2a Edic, página 263)

De esta manera, al establecer el legislador que la separación debe ser **física y definitiva**, a no dudar, consultó la naturaleza de las cosas y la manera como ocurren en la realidad, de modo de no desentenderse de que en las relaciones maritales, sean conyugales o de hecho, la cotidianidad le da espacio a desencuentros de mayor o menor entidad, que aunque pueden romper la necesaria armonía, no siempre conducen, de una vez, fatalmente, al aniquilamiento del proyecto de vida familiar, porque situaciones hay en las que, a pesar de la disfuncionalidad, los convivientes ligados por el motor de una relación amorosa, que por su naturaleza está sometida a todo tipo de vaivenes, no le cierran el espacio a la posibilidad de su supervivencia, las más de las veces inspirados en vista de elevados como respetables intereses, tales como, el de la estabilidad emocional y afectiva de ellos y de los hijos menores comunes, entre otros.

Lo dicho se orienta al propósito de señalar que la realidad impone asumir que una maltrecha convivencia puede incluso ser terminada, pero sin que indispensablemente esto aparezca una situación definitiva, al punto de que una separación puede ser meramente pasajera, de modo de volver las cosas a su cauce, lo que indica que por la dinámica distintiva de este tipo de relaciones no es descartable un espacio de recuperabilidad del que no se desentendió el legislador al exigir para los fines de iniciar el conteo del término de prescripción, no una simple "separación", vale decir, un mero alejamiento de los compañeros, sino uno de rasgos muy contundentes, en cuanto que debe ser "físico y definitivo" para que opere como su detonante. Para la demandada esa separación ocurrió el 28 de julio de 2010, fecha en la que según ella lo manifestó, dejó de compartir su cama con el demandado, habiéndose establecido los dos de ahí en adelante en cuartos separados del mismo apartamento que ocupaban con su hijo, lo que terminó en noviembre de 2012 cuando este y su madre lo desocuparon, y se fueron a vivir a otro lugar.

La demostración de ese nudo hecho la ve el Tribunal, principalmente, en el testimonio de VIAVB, atendible en este aspecto pues por tratarse del hijo común de la pareja de autos se asume que tuvo una muy privilegiada posición como observador de hechos propios del desenvolvimiento de la vida del núcleo familiar al que pertenece, entre ellos el bien importante de la relación marital de sus padres, a cuyo propósito, para lo que por ahora importa, fue claro en decir que en una primera oportunidad ellos se separaron de habitación el 28 de julio de 2010 y luego todo terminó en noviembre de 2012, cuando el declarante y su madre desocuparon el apartamento donde dejaron al actor y se fueron a vivir a otro, situación de vida que por ser de evidente notoriedad se entiende que por su oficio de doméstica fácilmente percibió en el apartamento ocupado por la pareja la testigo CIAV, quien en su declaración dijo de ese hecho que ya ocurría cuando empezó a trabajar allí el 8 de diciembre de 2011 **"ellos ya vivían (sic.) en cuartos separados"**, sin que hubiese ninguna relación entre ellos: **"él vivía en el mismo apartamento, en un cuarto, como un huésped, no se saludaban, no había comunicación ni nada, ni siquiera con el hijo"**, estado de cosas que concluyó cuando la demandada abandonó el apartamento por las agresiones verbales del demandante a ella y a su hijo, a quien dijo la testigo que el padre trataba mal.

La fijación de VB del 28 de julio de 2010 como fecha de ocurrencia del establecimiento de la pareja en cuartos diferentes resulta infirmada por lo inequívocamente manifestado con alcance de confesión por su apoderada (art. 197 C.P.C.) en la demanda del 31 de enero de 2011, a la postre rechazada el 17 de febrero siguiente por el Juzgado de Familia de Descongestión Piloto de Oralidad, allegada en copia auténtica en esta instancia, en la que en forma por cierto procesalmente antitécnica, se mezcló la pretensión primera con su supuesto fáctico, al agregar a la implorada declaración de existencia de la **"sociedad patrimonial de hecho"** formada por su poderdante MBA y VRVH, que **"desde el mes de enero de 1986, en forma libre y espontánea iniciaron vida en común como marido y mujer sin ser casados entre sí, (sic.) conviviendo durante este lapso bajo un mismo techo, mesa y lecho de forma continua hasta la fecha"**, lo que reafirmó en la relación fáctica, en la que dijo de la unión marital iniciada en **"enero de 1986"**, que **"subsistió de manera continua por un lapso superior a dos (2) años, es decir; a la fecha han convivido por mas (sic.) De veinticuatro (24) años (...)"**.

Probado como está que antes de noviembre de 2012 la pareja se ubicó durante un tiempo en cuartos diferentes, de lo ya deducido a partir de lo consignado en la demanda del 31 de enero de 2011, es razonable inferir que esa acomodación no pudo suceder antes del 10 de febrero de 2011, fecha que con dicho apoyo se toma para definir temporalmente la terminación de la comunidad de lecho, la que de paso sea dicho fue una de las varias inconsistentemente señaladas por la demandada a tal efecto.

A dicha conclusión le presta apoyo la evaluación de la restante prueba documental, particularmente la copia auténtica del acta de conciliación celebrada el 2 de marzo de 2011 en la Fiscalía 57, anexada a la demanda [única procedente de dicho ente que puede ser tenida en cuenta, por carecer de autenticidad las expedidas en atención al decreto oficioso del Tribunal], pues da cuenta de desavenencias de la pareja traducidas en actos de violencia intrafamiliar de que fue víctima el actor por parte de la demandada, ocurridos el 12 de febrero de ese año, ubicación temporal del hecho que razonablemente induce a pensar que a la sazón había motivos para decidir la instalación de la pareja en cuartos distintos, siendo también altamente indiciario que fue en ese mismo mes y año cuando la demandada le donó a su hijo el apartamento de la Urbanización Cordillera I, como surge demostrado con la copia auténtica de la escritura que la solemnizó, la número 1064, corrida el 30 de marzo de 2011, en la Notaría Octava de este Círculo..

En este orden de ideas cabe proclamar la cabal demostración del hecho de la acomodación de los compañeros en habitaciones diferentes desde el 1o de febrero de 2011, del que se destaca que, con todo y lo anormal que es, en este caso no comportó para la pareja un rompimiento que se tradujese en una **"separación física y definitiva"**, que sólo tomó cuerpo el 8 de noviembre de 2012, cuando las partes concuerdan en que ocurrió la desocupación del inmueble por parte de la demandada, hecho del que atendiblemente da fe, por provenir de la administradora del Conjunto Residencial Cordillera I, el documento declarativo del folio 10 del cuaderno de excepciones previas, cuyo valor demostrativo es el definido en el artículo 277-2 del C.P.C. por no haberse solicitado su ratificación cuando se le incorporó como prueba de oficio en el punto 5 del auto del 20 de marzo de 2015. Ruptura de cuyo tinte definitivo es indiciario el hecho demostrado con la copia auténtica de la constancia de no acuerdo expedida por el CENTRO DE CONCILIACION FUNDAFAS, al que acudió VH el 7 de febrero del año siguiente, en solicitud de conciliación en torno de la declaración de la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros, afianzada según allí se lee en la afirmación de que la convivencia **"bajo el mismo techo, de manera continua e ininterrumpida"** terminó el 8 de noviembre de 2012, fecha en la que la demandada **"cambio (sic.) de residencia junto con su hijo, dándose de esta manera la separación física y definitiva"**.

Lo así demostrado es que transcurrió un importante lapso en el que en lo referido a la irregular situación de vida de la pareja durante él, la misma prueba testimonial y documental ya analizada no se ofrece como contundentemente indiciaria de que fuese excluyente de cierta expectativa de recuperabilidad de la maltrecha relación, pues sin desconocer lo dicho por los testigos VB y AV, según los cuales, en palabras de la doméstica VH era un huésped, a ello se opone razonablemente la consideración de la conducta de la demandada, que inexplicablemente no subsanó los defectos formales de su demanda del 31 de enero de 2011, rechazada por ese motivo mediante auto no impugnado siquiera del 17 de febrero siguiente del Juzgado Primero de Familia de Descongestión, y sin que se hubiese interesado posteriormente por presentar otra, como sería de esperar en quien tiene tomada una decisión definitiva.

Viene como conclusión de lo dicho que en este proceso debe reputarse como debidamente probado que el 1o de febrero de 2011 terminó la unión marital de hecho de las partes, como consecuencia de haber cesado la comunidad de vida permanente y singular por la desaparición de elementos característicos como son la comunidad de techo, lecho y mesa, a causa de la ubicación de los compañeros en cuartos diferentes de la misma vivienda, pero sin que esta forma de terminación de la unión marital de hecho implicase la "separación física y definitiva" prevista en el artículo 8o de la ley 54 de 1990 para definir el punto de arranque del conteo del término de prescripción extintiva de la acción declarativa de la

sociedad patrimonial entre compañeros, hecho del que se comprobó que aconteció el 8 de noviembre de 2012.

Así las cosas, ocurrida en esta fecha la separación física y definitiva, como la demanda promotora de este proceso fue presentada el 29 de abril de 2013, admitida el 6 de mayo siguiente, e integrado el contradictorio válidamente antes de transcurrir el término previsto en el artículo 90 del C.P.C., como que sin previa notificación personal la demanda fue contestada el 22 de julio de 2013, la fecha de su presentación opera a los fines de interrumpir la prescripción que a la sazón venía corriendo, de modo que como no sobrepasó el término de un año, es del caso declarar no probada la excepción de prescripción de la acción declarativa de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, con la consecuencial revocatoria del punto segundo resolutive de la providencia apelada, para en su lugar disponer que se haga esa declaración conforme a lo pedido, en coincidencia con las mismas fechas de la declarada unión marital de hecho, respecto de cuyo extremo final a resultados de lo ya discurrido deberá fijarse el día 1 ° de febrero de 2011.”

Rad. 002 2013 00232 01 (26 06 2015). Acta 00096. M.P. Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos.

Sala Laboral

Contrato de trabajo. Empleada del servicio doméstico. Testimonios. “De manera pues, que aun cuando esta Sala de decisión comparte parcialmente la conclusión de la juez en cuanto a que efectivamente por la connotación de servicio doméstico prestado por la demandante al señor XXXXX se trató de una relación de índole laboral, no es posible condena alguna por no encontrarse establecidas las fechas en que aquellos se prestaron, dada el carácter esporádico de los mismos, determinado por los largos períodos que el demandado permanecía en el exterior...”

Extracto:

“Providencia esta que si bien no fue reprochada por el apoderado judicial de la parte demandada, resulta a todas luces contrarias a lo que en verdad cabe deducir de tales piezas procesales. En primer lugar, porque si se revisa detenidamente la contestación, surge de bulto que la parte demandada negó la existencia de un vínculo laboral de manera categórica, motivo por el cual no se entiende cómo procedió el a-quo a declarar la presunción de veracidad sobre su existencia y, además, los extremos temporales, pues adicionalmente, en el mismo acto procesal se deja claro que los servicios que se prestaron lo fueron con carácter transitorio y temporal, durante las estancias del demandado en el país, cuestión que también fue reconocida por la propia demandante en el acto promotor de su acción. Lo único que se logra extraer de dicha contestación es que los demandados aceptaron la existencia de una relación de trabajo esporádica para el aseo de la residencia del señor XXXXX. Tampoco dentro de la diligencia obligatoria de conciliación llevada a cabo se divisa la imposición de sanción alguna al demandado por no comparecer a la audiencia, situación que si bien no se explica, parece haberse fundado en su no comparecencia a la primera audiencia después del primer aplazamiento que de ella se hizo por solicitud del apoderado judicial del demandante, en razón de no encontrarse en el país para esa data. Cumple advertir, que en la solicitud de aplazamiento que realizó el citado apoderado judicial informó y demostró con la prueba pertinente, que el regreso al país del demandado ocurriría en mayo de ese mismo año, toda vez que así aparece reseñado en el tiquete aéreo que presentó como prueba para justificar el aplazamiento. En tal virtud, aceptado como fue por el a-quo, ello le imponía a considerar la fecha de regreso consignada en dicha prueba, por lo que la fijación de esa audiencia para una fecha anterior, no podía generar los efectos sancionatorios derivados de su inasistencia.”

(...)

“De manera pues, que aun cuando esta Sala de decisión comparte parcialmente la conclusión de la juez en cuanto a que efectivamente por la connotación de servicio doméstico prestado por la demandante al señor XXXXX se trató de una relación de índole laboral, no es posible condena alguna por no encontrarse establecidas las fechas en que aquellos se prestaron, dada el carácter esporádico de los mismos, determinado por los largos períodos que el demandado permanecía en el exterior, cuestión que no solo fue manifestado por éste tanto en su demanda como en su interrogatorio, sino también por la misma demandante en los hechos de la demanda y los testigos que comparecieron al proceso, quienes manifestaron que el señor XXXXX cada tres o cuatro meses se ausentaba del país por lapsos considerablemente largos, espacios de tiempo en los que no obra prueba alguna que acredite que no se hubiere interrumpió la prestación del servicio personal de la demandante como empleada doméstica, pues se reitera, la prestación del servicio en el bar MARTIN'S en la que se solidificaba aquella continuidad quedó desvirtuada por la juez de primera instancia con fundamento en los testimonios últimamente referenciados, sin que contra dicha declaración parte del fallo hubiere interpuesto recurso la demandante.

Las anteriores son razones suficientes para proferir una sentencia absolutoria, lo que hace inane el recurso de alzada formulado por la parte demandante, el que en gracia de discusión valga manifestar que también carecería de prosperidad pues lo que esgrime el profesional del derecho en su alzada es que la juez a-quo en virtud de sus FACULTADES EXTRA Y ULTRA PETITA debió condenar al reconocimiento de una pensión sanción y no ordenar el pago de los aportes a pensión en favor de la demandante pues se trata de argumentos que no guardan congruencia con lo pretendido inicialmente en la demanda, cuestión que ningún reproche merecería en esta sede por cuanto aquella es, justamente, una facultad discrecional y por lo demás el fallo fue congruente con las pretensiones y excepciones planteadas desde el inicio del proceso.”

La Sala Revocó parcialmente la sentencia apelada y en su lugar absolvió al demandado de todas las condenas impuestas.

Rad. 06 2011 00288 01 (29 02 2016). Dr. Ariel Mora Ortiz.

PENSION DE VEJEZ. Acumulación de tiempo público con el cotizado al ISS (Hoy Colpensiones).-

“La Sala considera i) que se pueden acumular las semanas cotizadas al ISS y al sector público, en los términos que se desprenden de la Resolución No. 9262 del 16 de agosto de 2011, al señalar expresamente que el demandante acredita "1.028 semanas cotizadas al ISS y al sector público"; ij) que el demandante está cobijado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; iii) que el demandante cumple los requisitos del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, por cuanto cumplió 60 años de edad el 29 de octubre de 2001; y antes del 31 de julio de 2010 tenía cotizadas 1.051,14 semanas a la citada entidad de seguridad social. Así las cosas, el demandante tiene derecho a la pensión de vejez, de conformidad con los siguientes argumentos:

(i) El artículo 12 del Decreto 758 de 1990 en ninguno de sus apartes exige que las cotizaciones se deban efectuar de manera exclusiva al Instituto de Seguros Sociales. Pensar lo contrario es interpretar la norma de manera distinta a lo que realmente está establecido en ella. Por ello, es posible computar las semanas que laboró el demandante en el sector público antes de

entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 con las que cotizó como trabajador del sector privado en cualquier tiempo; máxime cuando en este caso la entidad de seguridad social admite que las semanas públicas le fueron cotizadas a ésta entidad.

Negar el reconocimiento de la pensión de vejez a quien se encuentra amparado por el régimen pensional previsto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por no haber cotizado únicamente al ISS, desconoce el principio de favorabilidad laboral y vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social.

La hermenéutica enseña que en el caso de duda frente a lo dispuesto en una norma laboral se debe seguir el principio de la interpretación más favorable y no el menos restringido. Así lo indica el artículo 53 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

La Corte Constitucional ha reconocido que es posible la acumulación del tiempo laborado con entidades del Estado y el tiempo cotizado al ISS para observar el cumplimiento del requisito de semanas señalado por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. Así lo dijo esa Corporación en las sentencias T-090/09, T-398/09, T-538/10, T-760/10, T-093/11, T-334/11, T-714/11, T-360/12, T-285 de 2013 y T-493 de 2013, entre otras.

Las pruebas que obran en el expediente evidencian que el demandante tiene un tiempo público que corresponde a 196.71 semanas; un tiempo cotizado al ISS que corresponde a 923 semanas, para un total de 1.119,71 semanas menos 68,57 semanas, arroja un total de semanas equivalente a 1.051,14 semanas, hasta el 31 de agosto de 2008.

Así las cosas, el demandante cumple con los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez porque llegó a la edad de 60 años el 29 de octubre de 2001 y cotizó 1.051,14 semanas, incluyendo el tiempo laborado con el Estado y con el sector privado al 31 de agosto de 2008, es decir cumplió con los requisitos de edad y tiempo de semanas antes del 31 de julio de 2010, encasillándose el caso a lo preceptuado por el Acto Legislativo No. 01 de 2005, de ahí que, el monto de su pensión equivale al 78%, en los términos indicados en la sentencia de instancia.

Con relación a las semanas cotizadas al ISS la Sala precisa que, si bien, la entidad demandada admite en la Resolución del año 2011 que el demandante tiene cotizadas 1.028 semanas; mientras que, el juzgador de instancia señala que son 1.051,14, luego de hacer el conteo de semanas por este Tribunal, le asiste razón al juez de instancia en su sumatoria, de allí que, se itera el total de 1051,14 semanas cotizadas por el demandante hasta el 31 de agosto de 2008.

Ahora, con relación al Ingreso Base de Liquidación es el señalado en el inciso 3o del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por cuanto al demandante le faltaban menos de 10 años para pensionarse, lo que se ajusta a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL1734-2015, radicación No. 53416 del 18 de febrero de 2015, que a su vez, rememoró la sentencia SL5371-2014, del 30 de abril de 2014, radicación 45842; y la SL16415-2014 del 12 de noviembre de 2014.

Con relación a la prescripción le asiste razón al a quo que al señalar que prescribieron las mesadas pensionales anteriores al 18 de diciembre de 2009; por cuanto la demanda se presentó el 18 de diciembre de 2012.

En cuanto a los intereses moratorios, estos proceden de conformidad con lo expuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y por tratarse de una pensión reglamentada en el Acuerdo 049 de 1990 integrada al régimen de prima media con prestación definida. La Sala de Casación

Laboral ha dicho que cuando se concede la pensión de vejez, invalidez o sobrevivientes con fundamento en los reglamentos del Seguro Social, como en este caso, en aplicación del régimen de transición, en caso de mora de la entidad obligada, procede el pago de los intereses moratorios. A modo de ejemplo se puede consultar la sentencia del 4 de febrero de 2009, proferida dentro del expediente 35599 en la que se reiteró la del 25 de noviembre de 2008 con radicación 33164.

Se declara la prescripción de los intereses moratorios causados antes del 18 de diciembre de 2009; de allí que, éstos se liquidarán sobre las mesadas pensionales que se causen en adelante por efectos de la prescripción.”

Rad. 10 2012 p115 01 (20 01 2015). Acta 4.- M.P: Dr. Germán Varela Collazos.

PENSION DE VEJEZ. Coexistencia de contratos de trabajo. Contabilización de cotizaciones simultáneas. No le asiste la razón a la actora porque las cotizaciones simultáneas cuando se presenta la coexistencia de contratos de trabajo se tienen en cuenta para aumentar el ingreso base de cotización y por ende el monto de la pensión pero, con relación al tiempo o contabilización de semanas, no es posible considerarlas cuando se trata del mismo riesgo.

Extracto:

“Igual sucede en los años 1996 y 1997, la actora relacionó las semanas simultáneas que laboró para los empleadores COLEGIO... y BRILLADORA...”

En los años subsiguientes la actora realizó la misma contabilización de cotizaciones simultáneas, de ahí los resultados obtenidos en la relación que presenta y que, en su sentir son suficientes para reconocer la pensión de vejez.

No le asiste la razón a la actora porque las cotizaciones simultáneas cuando se presenta la coexistencia de contratos de trabajo se tienen en cuenta para aumentar el ingreso base de cotización y por ende el monto de la pensión pero, con relación al tiempo o contabilización de semanas, no es posible considerarlas cuando se trata del mismo riesgo. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 13 de marzo de 2013, radicación 39874.

La Sala observa que para el año 1998 la demandante laboró sin interrupción y sólo se contabilizaron en la historia laboral 49,14 semanas, de ahí que, se tienen en cuenta las 51,43 semanas del año. Asimismo se tienen en cuenta las semanas cotizadas para los años 1999, 2000, 2003, 2004 y 2005, pues no se observa interrupción laboral de la demandante para estos años.

De lo anterior se tiene que la demandante cotizó 1.021,99 semanas en toda la vida laboral, de las cuales, 665.99 corresponden a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y por lo tanto, no es posible mirar el derecho pensional a la luz del Acuerdo 049 de 1990, pues no conservó el régimen de transición. Se allega en esta diligencia la relación de semanas cotizadas por la actora para que haga parte integral de la sentencia.

La demandante tampoco cumple los requisitos señalados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003 ya que, al 19 de noviembre de 2013

cuando cumplió los 55 años de edad requería 1.250 semanas cotizadas, y por lo tanto, no tiene derecho a la pensión de vejez.

Las razones que se exponen son más que suficientes para confirmar la sentencia consultada. Sin costas en esta instancia por haberse conocido de la decisión en el grado de consulta.”

Rad. 009 2014 00865 01 (10 02 2016). Acta 90. M.P. Dr. Germán Varela Collazos

SALA PENAL.

FALSEDAD MARCARIA. RECEPACION. ESTAFA. Compraventa de automotor hurtado en Ecuador.

Extracto:

“Aquí es indudable que se configura por lo menos uno de los verbos rectores del delito de RECEPCIÓN -adquirir- pues XXXXXX obtuvo mediante contrato de compraventa el vehículo de placas CFC-484 hurtado en el país vecino de Ecuador. Ahora, pese a que días después fue devuelto a quien aparecía como su original propietario –ZZZZZZZ -, el encartado adquirió el bien mueble de origen inmediato en un ilícito.

Si bien el enjuiciado alegó el desconocimiento del delito relacionado con la camioneta de placas CFC-484, lo cierto es que era persona que se había dedicado a la comercialización de este tipo de bienes y conocía con seguridad qué documentos solicitar y a qué entidades acudir a fin de verificar el origen del automotor, a tal punto que en diligencia de indagatoria reconoció que había problema con los "papeles" del carro.

Aquí el dolo es ostensible pues XXXXXX tenía conocimiento de la conducta punible y quiso su realización, adquirió el bien y además teniendo en su poder el rodante cuyas características eran Camioneta Ford Explorer XLT, 4X4, modelo 1997, color gris, ubicó uno de similares características -cia-449-, para hacer el cambio de identificación; es que ciertamente las pruebas documentales enseñan que desde el primer momento en que XXXXXX , compró el salvamento de la camioneta de placas CIA-449, quiso cambiar su color a gris plata,...

(...)

“En este orden, es indudable que XXXXXX compró el salvamento de la camioneta de placas CIA-449 y quiso cambiar su tono de azul danés a gris -como el del vehículo hurtado CFC-484-, es decir, desde el primer momento se advierte su propósito de realizar conducta ilícita ya que habiendo tenido en su poder la camioneta Ford Explorer hurtada buscó otra de similares características para hacerla figurar como legal.

Aunado a lo anterior, las manifestaciones exculpatorias del enjuiciado no alcanzan a desvirtuar la ocurrencia del punible ya que pese a que se comenta que la relación de XXXXXX con el vehículo hurtado tiene su fuente en un préstamo de dinero con garantía por tan solo 20 días lo cierto es que ello lo que enseña es que ese lapso fue utilizado para "legalizar" el vehículo, demostrándose en consecuencia, la concatenación de actos contrarios a la ley, con lo cual, se advierte no solo el dolo sino la efectiva puesta en peligro del bien jurídico tutelado de la eficaz y recta impartición de justicia; por tanto, se encuentra demostrada también la responsabilidad penal.

Del delito de Estafa

El artículo 246 del Código Penal preceptúa.

"Artículo 246. Estafa. El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años (...)"

El delito de estafa hace parte de los tipos penales en los que para la tipificación de la conducta es necesario, además, que la acción que conduce a la misma se haya presentado en la forma específica como lo indica la norma, tanto en sus contenidos modales como causales, y que la producción de cada uno de los elementos estructurales de esta secuencia conductual haya sido debidamente probada en el proceso.

En el caso de la estafa, la norma exige que el resultado (obtención de un provecho económico), esté antecedido de varios actos, a saber: (i) que el sujeto agente emplee artificios o engaños sobre la víctima, (ii) que la víctima incurra en error por virtud de la actividad histriónica del sujeto agente, (iii) que debido a esta falsa representación de la realidad (error) del sujeto agente obtenga un provecho económico ilícito para sí o para un tercero, y (iv) que este desplazamiento patrimonial cause un perjuicio ajeno correlativo.

Como puede verse, el precepto, además de exigir la presencia de ciertas modalidades conductuales previas a la obtención del resultado (provecho ilícito), demanda que las mismas se presenten en específico orden cronológico (primero el artificio, luego el error y después el desplazamiento patrimonial), y que en que ellas exista un encadenamiento causal inequívoco, es decir que el uno conduzca necesariamente al otro.

En el caso objeto de estudio, se deriva el engaño tipificante del delito de estafa, de la actitud mentirosa asumida por el procesado XXXXXX ante la víctima EEEEEEE, por la oferta de un rodante que acompañó de maniobra engañosa de hacerle creer que sus guarismos de identificación se encontraban en orden cuando el salvamento de la camioneta CIA-449 fue comprado para reemplazar del vehículo hurtado de placas CFC-484, con lo que indujo en error a EEEEEEE y debido a esa falsa representación, obtuvo un provecho económico ilícito para sí, y, correlativamente, un perjuicio patrimonial ajeno.

En el proceso se contó con la versión de la víctima que sobre los hechos expuso que conoció a XXXXX, quien le vendió camioneta en el año 2003, recordó que deseaba comprar un carro y por esa razón se dirigió a M ..., lugar en el que un vendedor de nombre CCCCCC, le informó

que tenía un cliente que iba a vender una camioneta FORD EXPLORER cuyo valor oscilaba entre 30 y 35 millones.

Teniendo en cuenta esta información, además rendida por un empleado de establecimiento de comercio reconocido y dedicado a la venta de vehículos automotores, EEEEEEE se reunió con XXXXXX quien enfatizó que la camioneta estaba en regla y con excelentes condiciones. Así las cosas, firmó el contrato y giró los cheques: uno a nombre de M .y otros dos a nombre XXXXXX. Al cabo de unos meses, cuando el vehículo fue sometido a una revisión fue incautado consecuencia de hallar problemas con sus guarismos de identificación.

Vistos en conjunto los medios de prueba, la Sala coincide con lo afirmado por el sentenciador de primer grado porque lo que revela el registro procesal es que EEEEEEE acudió a XXXXXX por información de empleado de M... A causa de ello tuvieron contacto, se firmó un contrato de compraventa -cuyas características correspondían en realidad a las de otro vehículo de origen en un delito-, y el encartado obtuvo provecho económico ilícito.

Frente a esta realidad puede invocarse entonces, la configuración del engaño como elemento estructural del delito de estafa; así mismo, surge que en el caso del inculcado éste se aprovechó de tal circunstancia con la finalidad de incrementar su patrimonio; por tanto, se encuentra demostrado el delito de ESTAFA.

Pese a que la defensa menciona en su discurso que no tiene lógica alguna un iter criminis de más de 5 años para finalmente estafar a una tercera persona, la Sala considera que precisamente ilícitos como los investigados, implican toda una serie de actividades dirigidas a dar apariencia de legalidad a un vehículo que no la tiene, de ahí que la restauración del rodante de placas CIA-449 hubiese tomado más de 8 meses, que el encartado hubiere usufructuado el mismo por aproximadamente 3 años y tiempo después lo traspasara a un tercero -con pleno conocimiento de su origen tortuoso e ilícito- pues esta modalidad de delitos requiere de un espacio prudencial para hacer creer al público en general que el automotor es auténtico y legal.

En conclusión, las precisiones que vienen de hacerse, dejan en claro que los elementos estructurales de los tipos penales de FALSEDAD MARCARIA, RECEPCIÓN y ESTAFA, concurren en el caso en estudio y que el tallador de instancia acertó al declarar probada la tipicidad, objetiva y subjetiva, de las mencionadas conductas. Por tanto, resulta ser un imperativo jurídico procesal confirmar la sentencia censurada.”

La Sala confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Quince Penal del Circuito que condenó al procesado como autor responsable de los delitos de Receptación, Falsedad Marcaria y Estafa.

Rad. 015 2011 00289 01 (24 02 2016). Acta 033. M.P. Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya.

=====

PRISION DOMICILIARIA .Requisitos.

“A la luz de lo normado por el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, la procedencia del sustituto de la prisión domiciliaria estaba supeditada a la concurrencia tanto de exigencias objetivas como subjetivas, señaladas en dicha preceptiva; no obstante, en virtud de la expedición de la Ley 1709, del 20 de enero de 2014, fueron reformados algunos artículos de la referida Ley 599 de 2000, entre ellos el 38 en cita y si bien conserva en parte el requerimiento de análisis de aspecto objetivo, impone cuidadosa visión sistemática de los requisitos, ya que su análisis aislado puede llevar a solución errada, desde la perspectiva legal.

Ciertamente, en el nuevo estatuto, el criterio de valoración primario es el objetivo, lo cual implica que en principio serán los parámetros de esta naturaleza -objetivos- los que debe tener en cuenta el funcionario de turno a efectos de decidir si corresponde conceder la prisión domiciliaria o no.

No obstante, antes de tomar la decisión definitiva, se impone estudio del contenido del artículo 32 de la mencionada Ley 1709 de 2014, pues si el comportamiento **-en su descripción típica-** corresponde a uno de los específicamente enlistados, no tendrá cabida el subrogado.

Así las cosas, en la medida que en el presente asunto el sentenciado demuestra su arraigo familiar y social, pareciera que debe ser favorecido con los lineamientos del estatuto referido, para otorgarle, sin más, el subrogado reclamado; sin embargo, debe advertirse que la citada Ley 1709, modificó el artículo 68A de la Ley 599 de 2000, referente a la exclusión de los beneficios y subrogados penales, quedando cobijada la sentenciada en su situación jurídica, así:

"No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión (...)

Tampoco quienes hayan sido condenados por... **receptación**".

De tal suerte, si bien la Ley 1709 de 2014, por una parte amplió la posibilidad de otorgar el subrogado reclamado, en la medida que plasmó exigencia punitiva mayor que el estatuto de 2000 -ocho años, en lugar de cinco - y, por otro lado, como regla general, implemento la no valoración conocida como "subjetiva"³, es claro que si uno de los delitos por los cuales fue condenado el acusado se halla dentro de las prohibiciones para el otorgamiento del mismo, **es improcedente su concesión**, como acontece con **XXXXXX quien fue hallado responsable del delito de Receptación, Falsedad Marcaría y Estafa**.

En consecuencia, se deberá analizar la figura de la prisión domiciliaria bajo los parámetros de la Ley 599 de 2000, la cual fue introducida en la legislación nacional a través del artículo 38 (modificado por el artículo 31 de la Ley 1142 de 2007) vigente al momento de ocurrencia de los hechos, es decir, cuando concurren los siguientes condicionamientos o requisitos:

- 1) Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.

² Que modificó el 38 de la ley 599 en cita.

³ Se aclara en este punto que al haber analizado la jueza a-quo, el tema de los subrogados penales bajo la óptica de la Ley 1709 de 2014, no debió valorar el elemento "subjetivo", establecido en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 sin la modificación de la Ley 1709.

- 2) Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado le permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y no evadirá el cumplimiento de la pena.

- 3) Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones que relaciona la disposición.

En relación al primer requisito exigido por el artículo en mención, la Sala observa que se cumple en el caso de XXXXXX, pues los delitos por los cuales fuera investigado y condenado, todos aparejan pena mínima prevista en la ley de 5 años de prisión, sin embargo, en razón al **requisito subjetivo** contemplado en la ley penal el cual estima que para acceder a la prisión domiciliaria, se debe realizar un juicio valorativo que debe realizar el juzgador en relación a las circunstancias sociales, familiares, laborales y culturales del procesado con el fin de velar si es posible que éste pueda purgar la pena en el sitio de residencia sin producir alteración en el desarrollo normal de la sociedad, es claro que en el caso objeto de examen no se cumple, atendiendo a que el proceder del condenado corresponde al desarrollo de una empresa criminal especializada, además, se trata de un flagelo que afecta actualmente a la sociedad Colombiana y pone en riesgo los bienes jurídicos de la ciudadanía en general que realiza negocios jurídicos basados en el principio de confianza y buena fe.

Recuérdese también, que en términos del artículo 4o de la Ley 599 de 2000, la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. En el caso de autos, se precisa efectuar reflexiones atinentes a las nociones de prevención especial y de prevención general: La primera, toda vez que se exige la constatación de un requisito subjetivo que implica valorar si el procesado volverá a delinquir y si coloca en riesgo a la comunidad, y, la segunda, porque el juez tiene que detenerse en el efecto que produciría sobre el conglomerado social la concesión de esa medida sustitutiva en el caso específico. De ahí que la Corporación considera necesario que el procesado cumpla la pena de prisión en centro de reclusión.”

Rad. 015 2011 00289 01 (24 02 2016) Acta 033.M.P. Dr. Orlando De Jesús Pérez Bedoya.

TUTELAS

EDUCACION. Reintegro del valor de la matrícula universitaria por presentar grave estado de salud lo que impide iniciar con el programa académico.

“La inconformidad de la Universidad del Valle frente a la decisión de primera instancia, radica esencialmente en que la accionante no demostró la imposibilidad física para continuar con sus estudios de maestría, y que por esa causa no es viable el reembolso del dinero de la matrícula o abonarlo para que curse otro periodo académico en la institución.

Desde la perspectiva formal, la presente acción constitucional resulta procedente pues si bien la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa (trámite judicial correspondiente), para la sala no es justificable someterla a un engorroso trámite que puede durar años, cuando lo que se busca en este caso es establecer si es viable que continúe con sus estudios de maestría, en un semestre posterior, pues ha manifestado su "férreo interés" en ello (fl 36) o en su defecto el reintegro del dinero pagado a la universidad por concepto de matrícula.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el artículo 69 de la Carta Política garantiza la autonomía universitaria al establecer que las instituciones educativas superiores pueden "darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos", no obstante, dicha potestad encuentra su límite cuando entra en conflicto con la garantía de los derechos fundamentales, ya que "las disposiciones y actuaciones de las universidades deben ajustarse a la Constitución Política y a las leyes"; V.gr. el de educación, en tal caso se debe procurar y dar prevalencia a estos últimos. (Sentencia T-603 de 2013)

Entrando en el fondo del asunto, dentro del plenario está debidamente acreditado y sobre ello no hay discusión, que la accionante pagó la suma de \$4.798.640.00 a la Universidad del Valle el 27 de Julio de 2014, para ingresar al programa de Maestría en Epidemiología, semestre agosto a diciembre de ese año. Se evidencia además que el 15 de agosto de dicha anualidad, la accionante consultó por urgencias a la IPS Salud Sura Chipichape y allí le fue diagnosticada infección de vías urinarias crónica, la cual se repitió para el 21 de agosto, el 25 de septiembre y el 6 de noviembre, todas fechas de 2014.

Por otra parte, fluye del expediente que desde el 25 de septiembre de 2014, la accionante tenía conocimiento de su estado de embarazo, y que el 24 de mayo de 2015, le fue practicada cesárea, otorgándosele licencia de maternidad por parte de la EPS SURA a partir del 18 de mayo de 2015.

Tal como lo pone de manifiesto la entidad accionada, en la contestación de la acción, solo están demostradas dos incapacidades por interregnos cortos, esto es desde el 15 al 17 de agosto de 2014, y del 6 al 12 de noviembre de 2014; no obstante lo anterior, el ente universitario pasó por alto que todas ellas provienen del mismo padecimiento, esto es una infección de vías urinarias, o cistitis crónica. Esto presupone que entre el 25 de agosto y el 12 de noviembre de 2014, la accionante no tuvo mejoría en su estado de salud, lo que le impidió iniciar sus actividades académicas y a solicitar el 5 y el 22 de septiembre de 2014 la

cancelación o aplazamiento del semestre o en su defecto el reintegro del valor pagado por matrícula. Además, es evidente que para la fecha de sus peticiones contaba aproximadamente con cuatro meses de embarazo, es decir estas provenían de una persona con especial protección Constitucional.

En ese escenario, para la sala es evidente que la accionante si logró demostrar la existencia de una patología (cistitis crónica) que le impedía adelantar sus estudios de maestría, la cual concurrió con su embarazo, haciéndose aún más riesgoso su estado de salud, lo que no fue desvirtuado dentro del trámite, máxime que no existió valoración de su condición por el Servicio Médico Universitario aduciéndose las cortas incapacidades, circunstancias que bajo los lineamientos del literal a) del artículo 2 de la Resolución No 2653 del 21 de noviembre de 2006 emanada de la Rectoría de la Universidad del Valle, hace viable el reintegro del dinero pagado por matrícula en un porcentaje del 70%.

Así las cosas, acertada resulta la protección constitucional, advirtiendo que el derecho fundamental vulnerado a la actora es el de educación en atención a la condición de salud, punto que será modificado.”

Rad. 010 2015 00707 01 (15 01 2016) Sent. 001. M.P. Dra. Luz Amparo Gómez Aristizabal.

VIVIENDA DIGNA A MENOR DE EDAD. Acción de tutela contra actos administrativos solo resulta procedente en ausencia de medios judiciales de defensa o cuando los existentes carezcan de la idoneidad o efectividad para conjurar las situaciones derivadas de su aplicación o para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.
No hay violación al debido proceso a quien abandona o es negligente en el trámite administrativo.

“Invocando la protección de los derechos fundamentales de los menores, mínimo vital, familia, vivienda digna y trabajo, pretende el accionante se suspenda la diligencia de remate del inmueble con matrícula Nro. 370-213879 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santiago de Cali y con ello el acoso y zozobra de que ha sido objeto por parte de la DIAN.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela contra actos administrativos estaría en principio vedada, en la medida en que tales actos tienen asignado un juez natural para su control, a quienes compete establecer, mediante el juicio contencioso objetivo o subjetivo, su vocación de legalidad o constitucionalidad y eventualmente las reparaciones que a título de restablecimiento correspondan tratándose de actos de carácter particular. Inclusive, la posibilidad de suspenderlos es, sin duda, una medida efectiva para la garantía de los derechos que puedan eventualmente resultar vulnerados con éstos.

Como lo ha reiterado la Corte Constitucional, *'en el caso específico de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular, se ha predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Ello, por cuanto el interesado puede ejercer las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, como medida preventiva solicitar dentro de ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión. Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos asuntos en los cuales se demuestre que pese a existir otros mecanismos ordinarios*

para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos carecen de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable... “destacado intencional. (Corte Constitucional. Sentencia T-094 de 2013.)

Luego, la acción de tutela contra actos o actuaciones administrativas, solo resulta procedente en ausencia de medios judiciales de defensa, o cuando los existentes carezcan de la idoneidad o efectividad para conjurar las situaciones derivadas de su aplicación o para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

En el caso a estudio, queda plenamente acreditado, así se explicó por el tallador de primera instancia y se relacionó en el acápite de pruebas, que dentro del proceso de cobro coactivo y sancionatorio por la omisión de presentar declaración de renta en el año 2007, al accionante se le han notificado todas las actuaciones cumplidas por los medios autorizados por el Estatuto Tributario, avalados tanto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado; sin embargo, asumió una actitud pasiva y negligente frente a los llamados de la entidad accionada, lo que le impide valerse de la acción de tutela para remediar la situación a la que actualmente se encuentra avocado, toda vez que como se ha sostenido jurisprudencialmente, el debido proceso administrativo exige de la Administración el acatamiento pleno de la Constitución y la ley en el ejercicio de sus funciones (artículos 60, 29 y 209 de la Carta), so pena de desconocer los principios que regulan tal actividad (igualdad, imparcialidad, publicidad, contradicción y moralidad); y como contrapartida, el ordenamiento jurídico impone a los administrados, la carga de observar y utilizar todos los medios procesales que la ley les ofrece para proteger y hacer efectivos sus derechos, ya que su conducta omisiva, negligente o descuidada les acarrea consecuencias jurídicas desfavorables, así como la improcedencia de la acción de tutela para efectos de cuestionarlas. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que:

"las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso". (Sentencia C-1512 de 2000. M.P. Alvaro Tafur Galvis)

Y, en relación con la procedencia de la acción de tutela, la alta Corporación ha determinado que:

'Quien no ha hecho uso oportuno y adecuado de los medios procesales que le ley le ofrece para obtener el reconocimiento de sus derechos o prerrogativas se abandona voluntariamente a las consecuencias de los fallos que le son adversos. De su conducta omisiva no es responsable el Estado no puede admitirse que la firmeza de los proveídos sobre los cuales el interesado no ejerció recurso constituya transgresión u ofensa a unos derechos que, pudiendo, no hizo valer en ocasión propia. Es inútil, por tanto, apelar a la tutela, cual si se tratara de una instancia nueva y extraordinaria, con el propósito de resarcir los daños causados por el propio descuido procesal. (Sentencia T-520 de 1992. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.)

Así las cosas, no es posible por este medio dejar sin efecto la actuación administrativa que conllevó la materialización de medida cautelar dentro del proceso ejecutivo impulsado en contra del accionante, la cual recayó sobre el único inmueble de su propiedad, que a la vez le sirve de techo para su grupo familiar dentro del que se encuentra una hija menor en

condición de discapacidad, máxime cuando a esta altura se encuentran vencidos los términos para el ejercicio de los medios de defensa, recursos y acciones previstos a su favor en el ordenamiento jurídico, incluida la caducidad del medio de control pertinente ante la jurisdiccional contencioso administrativa.

Ahora bien, no puede la Sala pasar por alto que el inciso 3o del artículo 13 de la Constitución Política introduce la cláusula general de protección, a cargo del Estado, de las personas en situación de debilidad manifiesta, originada por su condición económica, física o mental. Bajo ese derrotero, la jurisprudencia ha brindado especial salvaguarda constitucional a determinados grupos, dentro de estos y bajo la denominación de protección de interés superior los menores en situación de discapacidad.

Se invoca por el accionante la protección de los derechos fundamentales de su menor hija en condición de discapacidad, con quebrantos de salud congénitos, al igual que la vivienda digna, esta última incluida dentro del catálogo de los "*derechos económicos, sociales y culturales*", a la que se ha reconocido el carácter de fundamental cuando está indisolublemente ligada a la dignidad que es el derecho más fundamental y por ello la columna vertebral de cualquier ordenamiento jurídico que se inscriba dentro del marco del llamado Estado Social o Constitucional de Derecho. Así lo ha reiterado la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, como por ejemplo, en la sentencia T-314 de abril 30 de 2012, donde enfatizó:

"En el desarrollo jurisprudencial de la tesis del carácter fundamental autónomo del derecho a la vivienda digna, la Corte ha descartado el argumento de que su contenido principalmente prestacional y de desarrollo progresivo Impide su reconocimiento como fundamental. Como bien lo ha precisado esta Corporación en numerosos fallos, todos los derechos fundamentales tienen una faceta prestacional y progresiva -incluso los tradicionales derechos civiles y políticos- sin que ello tenga incidencia sobre su naturaleza constitucional. Lo determinante es su relación directa con el principio de dignidad humana." No obstante la fundamentalidad del derecho a vivienda digna, no es posible entender su protección constitucional desde su concepción abstracta. Es menester que el reducto de lo que bien podríamos denominar su realidad ontológica, sea avasallado o penetrado por cualquier actuación injustificada de cualquier autoridad pública o inclusive personas particulares, mirada ésta desde la perspectiva constitucional que no exclusivamente legal. Dicho de otro modo, el derecho a la vivienda digna solo adquiere dimensión constitucional cuando en el contexto de las circunstancias concretas resulte amenazado por la omisión de algún deber estatal que sea necesario para su disfrute o por la acción que lo ponga en peligro.

El juez de primera instancia tuteló el derecho fundamental a la vivienda digna a la menor XXXXX, representada por sus progenitores y como consecuencia, ordenó la suspensión transitoria de los efectos del acto administrativo mediante el cual se ordenó el remate del inmueble con matrícula inmobiliaria 370-213879, propiedad del accionante, **hasta que se adelante el trámite judicial ordinario para controvertir los actos administrativos proferidos por la entidad accionada**, versando los argumentos de la impugnación de la entidad accionada sobre la imposibilidad para el cumplimiento de esta condición, al haberse operado el término de caducidad del medio de control correspondiente, por lo que se impone la modificación de la decisión, para en su lugar, en aras de la protección del derecho fundamental aludido, ordenar a la entidad que dentro de los **cinco (5) días siguientes** a la notificación de esta providencia, presente una fórmula de acuerdo de pago con el accionante a un plazo de cinco años, teniendo en cuenta su capacidad económica, conforme lo regulado en el artículo 814 del Estatuto Tributario. En el evento en que el accionante no se acoja al

acuerdo, el proceso debe seguir su curso. De acogerse, durante el plazo se mantendrán vigentes las medidas cautelares como garantía de cumplimiento de la obligación.”

La Sala modificó la sentencia impugnada, manteniendo la protección constitucional al derecho fundamental a la vivienda digna a la menor representada por sus padres y en consecuencia, se ordena a la DIAN que presente una fórmula de acuerdo de pago con el accionante a un plazo de cinco años, teniendo en cuenta su capacidad económica, conforme a lo regulado en el artículo 814 del Estatuto Tributario. En el evento en que el accionante no se acoja al acuerdo, el proceso debe seguir su curso.

Rad. 006 2015 00703 01 (23 02 2016). M.P: Dra. Luz Amparo Gómez Aristizabal.

SALVAMENTO DE VOTO. “Todas las anteriores consideraciones me conducen al convencimiento que la DIAN incurrió en vía de hecho administrativo y, en consecuencia, era menester amparar la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y vivienda digna, dejando sin efecto por lo menos el acto que estableció el tributo y, eventualmente el que impuso la sanción en la medida en que la violación al deber de declarar no debe aparejar ninguna sanción si al final de cuentas el contribuyente no está obligado a pagar ningún tributo”

Extracto:

“De ningún modo puede admitirse que la aplicación de las normas y principios citados solo puedan ser de aplicación cuando los ciudadanos intervienen en tales actuaciones y que por ello mismo la DIAN esté excusada de hacerlo frente a la inactividad del contribuyente. Naturalmente, este no es un criterio general que en todos los casos y bajo cualesquiera circunstancias comporte siempre una vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos, pues siempre será necesario ponderar las circunstancias concretas del accionante. Pero, sin duda, en el caso concreto si lo es, en la medida en que su falta de aplicación y la evidente omisión de la DIAN al desdeñar una prueba fundamental como el certificado de ingresos y retenciones, para efecto de establecer la base gravable, así como su total desinterés en hacer uso de la facultad oficiosa para el recaudo de las pruebas que condujesen a establecer con certeza la existencia del tributo, terminó ocasionando una lesión injusta al accionante y su grupo familiar que lo tiene ad-portas de perder el único bien patrimonial que dice tener, con el agravante de que éste es, justamente, el que sirve de cobijo a su grupo familiar. Y aun si fuere posible excusarla de tales falencias, lo cierto es que pudo hacerlo posteriormente de oficio, cuando tuvo conocimiento del origen de la renta y por consiguiente de la inexistencia del tributo, así como de las circunstancias particulares del accionante y su grupo familiar.

Todas las anteriores consideraciones me conducen al convencimiento que la DIAN incurrió en vía de hecho administrativo y, en consecuencia, era menester amparar la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y vivienda digna, dejando sin efecto por lo menos el acto que estableció el tributo y, eventualmente el que impuso la sanción en la medida en que la violación al deber de declarar no debe aparejar ninguna sanción si al final de cuentas el contribuyente no está obligado a pagar ningún tributo. En el peor de los casos, dejando vigente éste último, la protección debía concederse otorgando al accionante la posibilidad de cancelar ese valor dentro de un plazo razonable de hasta 5 años de conformidad con lo establecido en el artículo 814 del E.T., sin que entre tanto se causasen intereses de ninguna índole y con la posibilidad de condonación total o parcial de la sanción, de acuerdo con sus capacidades económicas. En este último evento, el proceso ejecutivo debía permanecer suspendido hasta tanto se cumpliera la obligación en la forma y término como lo

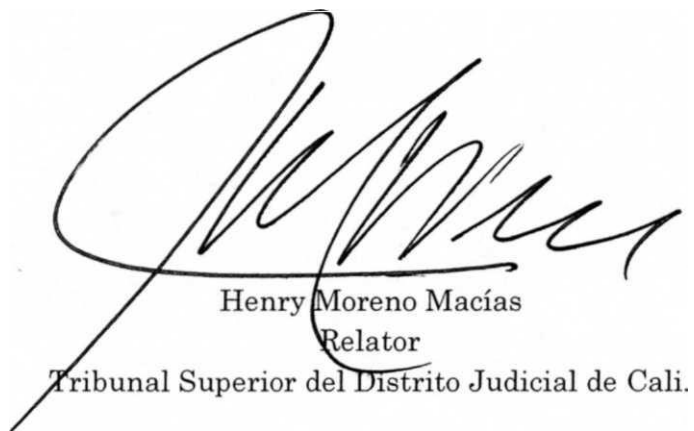
establecieren la DIAN y el accionante. De esta manera se había sugerido en la ponencia que al final no fue aprobada por la Sala.”

Rad. 006 2015 00703 01 (23 02 2016). M.D. Dr. Ariel Mora Ortiz.



Palacio Nacional. Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Ubicado en la Plaza de Caycedo. Calle 12 No. 4-33


Henry Moreno Macías
Relator
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

BOLETIN 10
DICIEMBRE 2015