
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO – TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA
BOLETÍN DE RELATORÍA- NOVIEMBRE DE 2011

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:

ACCIÓN CAMBIARIA – La presentación de la demanda, cuando el acreedor hace uso de la aceleración del plazo, constituye, por regla general, el punto de partida del término de prescripción para las cuotas pendientes. **Página 45.**

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES – La subsidiariedad que la distingue exige hacer uso de todos los mecanismos ordinarios de defensa judicial. **Página 70.**

AUTORIDADES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS - El restablecimiento de los derechos de los menores de edad y la homologación de su condición de adoptables impone, también, de manera previa, considerar las medidas previas tendientes a garantizar la protección reforzada de la madre cabeza de familia víctima del desplazamiento ocasionado por el conflicto armado. **Página 74.**

BAÑOS EN LAS PARROQUIAS – La inobservancia parcial de una norma técnica no constituye, por sí, vulneración de los derechos colectivos cuando se demuestra que está garantizado el acceso a las personas discapacitadas. **Página 15.**

CRÉDITOS PACTADOS EN PESOS O UPAC – Las obligaciones en ellas contenidas no dejan de ser claras ni expresas por su redenominación a UVR. **Página 45.**

DERECHO DE PETICIÓN – No procede cuando lo pretendido es el inicio de la acción disciplinaria. **Página 93.**

DIVORCIO POR EL GRAVE E INJUSTIFICADO INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES COMO CÓNYUGE Y COMO PADRE - No podrá alegar en su favor el incumplimiento del otro cónyuge quien ocasionó, con su maltrato, el abandono del hogar. **Página 55.**

DIVORCIO SANCIÓN – El cónyuge demandado inocente, si así lo desea, puede demostrar que fue la contraparte quien dio lugar a la separación y solicitar, en consecuencia, a su favor, pensión alimentaria. **Página 65.**

EXCEPCIÓN DE NO SER EL DEMANDADO EL SUSCRIPTOR DEL TÍTULO VALOR – No puede ser acogida cuando existe sentencia penal condenatoria en contra del perito que llegó a tal conclusión. **Página 31.**

INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO DE LA POBLACIÓN DESPLAZADA – La obligación de corroborar las circunstancias causantes del desplazamiento está a cargo de Acción Social y no de la persona afectada. **Página 22.**

LEY 546 DE 1999 – Los beneficios propios del régimen de transición en

ella consagrados fueron creados a favor de las personas naturales, y no de las personas jurídicas. **Página 45.**

MANIOBRAS FRAUDULENTAS - Incurrir en ellas quien obtiene su reconocimiento como heredero por medio de registro civil que no acredita la condición de hijo legítimo o extramatrimonial. **Página 3.**

OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS ENTRE COMUNEROS – Corresponde al condueño designado como administrador de común acuerdo por los demás copropietarios, o en su defecto por el juez. **Página 59.**

OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS ENTRE COMUNEROS – No surge por el solo hecho de la comunidad. **Página 59.**

OBLIGACIONES TÁCITAS O NO ACEPTADAS EXPRESAMENTE POR EL DEUDOR – No pueden ser objeto de ejecución judicial. **Página 80.**

PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR OCUPAR CARGOS DE EXCEPCIÓN EN TELECOM – A ella no tienen derecho las personas que estuvieron vinculadas en calidad de telefonistas nacionales. **Página 99.**

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – A la entidad administradora corresponde su pago cuando no activa los mecanismos previstos para obtener la cancelación de las cuotas en mora. **Página 95.**

PERJUICIOS MORALES – Hermano de crianza. **Página 39.**

PERJUICIOS MORALES EN REVISIÓN – Sólo pueden ser reconocidos aquellos causados y probados durante el trámite del recurso. **Página 3.**

PERSONAS CON INVALIDEZ MENTAL PERMANENTE - La desafiliación del

Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía es lesiva de sus derechos fundamentales. **Página 29.**

PRESCRIPCIÓN ENTRE COMUNEROS - El comunero demandante debe probar su posesión inequívoca frente a los restantes condueños. **Página 85.**

PROCESOS DE EJECUCIÓN – Título ejecutivo complejo. **Página 80.**

RECOBRO AL FOSYGA – Es procedente también cuando el fallo de tutela dispone la atención integral en salud. **Página 90.**

REINTEGRO – No es posible ordenarlo cuando el proceso de liquidación de la empresa ha culminado o cuando no se ha presentado la sustitución patronal. **Página 99.**

REIVINDICACIÓN - Cuando el demandado aporta título anterior, es necesario analizar el título del antecesor o antecesores del demandante. **Página 63.**

RELACIONES SEXUALES EXTRAMATRIMONIALES – No es posible hablar de caducidad cuando ellas perduran en el tiempo. **Página 65.**

RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS TRANSPORTADORAS POR LOS VEHÍCULOS AFILIADOS A ELLAS - En la misma no tiene repercusión alguna si el conductor del vehículo que causa el daño es o no su dependiente o

empleado. **Página 39.**

RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO - Si existen graves dudas en torno a la existencia del contrato de arriendo, es posible proteger, por vía de tutela, al arrendatario que no es escuchado por no acreditar el pago de los cánones adeudados. **Página 70.**

RETÉN SOCIAL PARA LAS MADRES CABEZA DE FAMILIA – No es posible ordenar el reintegro cuando el proceso de liquidación de la empresa ha culminado o cuando no se ha presentado la sustitución patronal. **Página 99.**

SISTEMA UPAC – Mientras estuvo vigente, fue legítimo el cobro de intereses efectuado por las corporaciones de ahorro y vivienda. **Página 45.**

SOLICITUD DE INCLUSIÓN EN EL PROGRAMA DE REPARACIÓN POR VÍA ADMINISTRATIVA – Acción Social debe gestionar la consecución de la certificación exigida en el artículo 49 de la Ley 418 de 1997, y no rechazar la petición por la carencia de dicho documento. **Página 17.**

SUSPENSIÓN DEL PROCESO POR PREJUDICIALIDAD PENAL – Fraude procesal perpetrado mediante dictamen pericial. **Página 31.**

SUSTITUCIÓN PATRONAL – No hay lugar a ella cuando no se demuestra la continuidad de la prestación de servicios por el trabajador. **Página 99.**

TÍTULO INJUSTO – No puede ser fuente de derechos en ningún caso. **Página 63.**

VÍA DE HECHO EN PROCESO EJECUTIVO – El término de prescripción de la acción cambiaria, cuando la ejecución tiene como soporte un contrato de mutuo, es de cinco y no de tres años. **Página 13.**

SALA CIVIL-FAMILIA:

MANIOBRAS FRAUDULENTAS - Incurre en ellas quien obtiene su reconocimiento como heredero por medio de registro civil que no acredita la condición de hijo legítimo o extramatrimonial/**PERJUICIOS MORALES EN REVISIÓN** – Sólo pueden ser reconocidos aquellos causados y probados durante el trámite del recurso.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículo 380, numeral 6°.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 24 de abril de 1980, del 14 de diciembre de 2000, del 13 de agosto de 1991, del 13 de diciembre de 2005, y del 18 de septiembre de 2009, esta última con ponencia de William Namén Vargas.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)En el caso *sub examine*, la demanda de revisión se ha interpuesto señalando como objeto del recurso la sentencia del Juzgado 2° de Familia de Tuluá, Valle, adiada el siete (07) de mayo de dos mil ocho (2008) y dictada dentro del proceso de sucesión intestada del causante MARINO RENGIFO. Dicha sentencia adquirió fuerza de cosa juzgada con su ejecutoria, que tuvo lugar el día veinte (20) de mayo de dos mil ocho (2008) según constancia que obra al folio 55 del Cuaderno principal del proceso, tramitado en el Juzgado 2° de Familia de Tuluá, de suerte que el término de dos (2) años señalado en el inciso primero del artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, para interponer el recurso con apoyo en la causal sexta del artículo 380 ibídem aún se encontraba corriendo para el día veinticuatro (24) de agosto de 2009, cuando se presentó la demanda, motivo por el cual no existe reparo en punto de la oportunidad.

Tampoco admite censura la legitimación de las recurrentes, quienes habiendo acreditado su calidad de cónyuge sobreviviente (NOHEMI LENIS DE RENGIFO, que muestran la existencia del matrimonio y su vigencia para el momento en que falleció el señor MARINO RENGIFO) y de hija (ALBA MARINA RENGIFO LENIS) del señor MARINO RENGIFO, tienen evidente interés en su sucesión, luego de aparecer acreditada la maniobra fraudulenta denunciada, es real el perjuicio patrimonial que el fallo recurrido les genera. Ahora bien, tal y como quedó resumido, los demandados lograron su reconocimiento como herederos del causante RAMIRO RENGIFO dentro del proceso de sucesión iniciado a petición suya, y tramitado hasta el final el asunto, se hicieron a la propiedad, previa partición y adjudicación, del único bien relicto inventariado y avaluado.

Los demandantes, quienes ostentan la calidad de cónyuge sobreviviente e hija legítima del señor RENGIFO, consideran que la sentencia producida en ese proceso estuvo precedida de maniobras fraudulentas que imputan a los aquí demandados, que en síntesis pueden presentarse como haber engañado a la juez con unos documentos que no acreditan la calidad de hijos que invocaron, y haber adelantado el proceso de sucesión a su espalda, debiendo conocer de su existencia como interesados en el asunto.

La anterior descripción del caso plantea como problema jurídico a resolver, el siguiente: ¿si lograr el reconocimiento de heredero en un proceso de sucesión, con base en un registro civil de nacimiento al que no se acompañó la prueba de hijo legítimo o extramatrimonial del pretense padre, engendra la maniobra engañosa que se denuncia?

Examinados los pormenores aducidos como maniobras fraudulentas de las partes en el litigio en que se dictó la sentencia, la Sala considera que, efectivamente los citados hermanos RENGIFO CASTRO engañaron a la Juez

que conoció del proceso de sucesión al acreditar la condición de hijos legítimos del causante MARINO RENGIFO sin serlo, pues no obra prueba dentro del plenario que establezca que entre el causante y la señora ELIA GILMA CASTRO existió un vínculo matrimonial.

Por otro lado, tampoco ostentan la calidad de hijos extramatrimoniales, pues intentaron su reconocimiento ante el Juzgado Segundo de Menores de Tuluá abandonando esta actuación judicial sin obtener sentencia favorable.

Sobre la prueba del estado civil de las personas, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de diciembre de 2005 expresó lo siguiente:

“Como el estado civil de las personas deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos, tal cual se establece en los artículos 2º y 5º del decreto 1260 de 1970, es incuestionable que, por lo mismo, tales hechos, actos y providencias se encuentran no sólo sujetas a un régimen de registro particular, sino también a un medio de prueba específico, o como lo tiene explicado la Corte, “un determinado estado civil únicamente se demuestra, hoy por hoy, mediante la aportación de las pruebas que, de conformidad con la ley, sirvan para establecerlo”.

De ahí que, tratándose de la filiación extramatrimonial, cuando se aduce respecto del padre, para acreditarla no basta que en la copia o en el registro civil de nacimiento se mencione el nombre de quien pasa por tal, sino que aunado a ello es indispensable el reconocimiento voluntario que éste hubiere cumplido respecto de su hijo, en los términos del artículo 1º de la Ley 75 de 1968, o, en su caso, la declaración judicial de paternidad a que se refiere el artículo 6º, ibídem, dado que legalmente no existe ningún mecanismo diferente para fijar el vínculo de que se habla.

Por esto la Corte tiene explicado que la “copia o certificado del registro de nacimiento de una persona no demuestra el estado de hijo natural por la mera mención que de él se haga, porque solamente tiene por objeto principal demostrar el mencionado nacimiento, a menos que, además de ello, tal registro se haya elaborado o contemple igualmente los actos voluntarios o judiciales que declaran el estado civil de hijo natural o extramatrimonial (art. 113 D. 1260 de 1970), caso en el cual éste último también queda acreditado. Pero si en él no aparecen registrados algunos de esos actos declarativos de paternidad, no puede dársele el efecto legal de probar la paternidad natural, porque dicha inscripción carece del carácter constitutivo del

estado civil mencionado". (resalta la Sala)

A ese respecto, es preciso subrayar que aunque la juzgadora de instancia en el aludido proceso de sucesión actuó sin duda con notable ligereza al no indagar en debida forma sobre la exactitud o no de la documentación aportada que acreditaba la calidad de herederos de los aquí demandados, previamente a esa falta de cuidado se erigió, -como causa determinante del señalado error jurídico-, la maniobra engañosa de los hermanos RENGIFO CASTRO quienes acompañaron a la demanda unos registros civiles de nacimiento que evidentemente no demuestran la calidad de hijos legítimos del obitado MARINO RENGIFO, pues como se dijo anteriormente, se logró demostrar aquí con las pruebas arrojadas a la actuación que jamás estuvo casado con la madre de los demandados ni tampoco éste los reconoció como hijos extramatrimoniales.

Es así como, la amañada conducta de ALBA MARINA, HERMINZUL y EYDER RENGIFO CASTRO permitió que la actuación procesal se adelantara a espaldas de los promotores del recurso extraordinario y que se les reconociera como herederos, sin serlo, obteniendo así un fallo injusto y perjudicial de los derechos patrimoniales de los recurrentes, como que, dentro de ese proceso, no se respetó su derecho de defensa y contradicción dándose paso a la aprobación del trabajo de partición y adjudicación de los bienes de la herencia.

Esta actitud de quienes demandaron la liquidación judicial de la herencia dejada por el causante MARINO RENGIFO, se ajusta exactamente en las maniobras fraudulentas a que se refiere la causal de revisión invocada, por haber logrado mostrar circunstancias contrarias a la verdad con el consecuente perjuicio a los recurrentes, al soportar una disminución de la masa sucesoral que tienen derecho a recoger.

La maquinación de los hermanos RENGIFO CASTRO, por tanto, queda comprendida dentro de la inteligencia que la Corte Suprema de Justicia ha dispensado a la causal estudiada, al decir cómo *"para que se configure la causal que tipifica el Art. 380 numeral 6° del Código de Procedimiento Civil, debe acreditarse que los hechos aceptados por el juzgador y que sirven de apoyo a la decisión impugnada no se ajustan a la realidad, y que la discrepancia entre la verdad real y la que el proceso muestra, tiene origen en una maniobra fraudulenta acaecida en el proceso o mediante su utilización, siempre que haya causado perjuicio al recurrente"*. (Sentencia de revisión de 30 de septiembre de 1999, exp. No.7042).

En síntesis, en el presente caso ha quedado establecido: la existencia de las maniobras fraudulentas de los demandados; el perjuicio causado a los recurrentes, cifrado en la aprobación del trabajo de partición y adjudicación

de los bienes de la herencia dejados por el causante MARINO RENGIFO; la significación procesal del fraude por su incidencia en el proceso de sucesión en el que se profirió la sentencia impugnada; la actividad ilícita, que no fue en este caso producto de una facultad legal o del cumplimiento de un deber o con autorización legal; y, el engaño que ha falseado la verdad procesal formal, para inducir a error en cuanto a la certeza de ella.

Así las cosas, se hace innecesario examinar la fundabilidad de las excepciones propuestas de *Plena validez y vigencia de los registros civiles de nacimiento; inexistencia de sentencia judicial que afecte los estados civiles de los demandados; negación de la paternidad y no comparecencia al examen sanguíneo; inmodificación de los registros civiles de nacimiento; anterioridad de los registros civiles de nacimiento; prueba del estado civil, debido proceso e incongruencia*, por encontrarse implícitamente denegadas a partir del estudio que se hizo y que compromete el punto toral del asunto.

Por consiguiente, el recurso de revisión debe declararse fundado a fin de dejar sin efectos la sentencia impugnada.

De otra parte, en relación con el pago de las costas por la parte recurrida a favor de la parte recurrente victoriosa, el ilustre tratadista HUMBERTO MURCIA BALLEEN enseña que “es otro efecto procesal de carácter económico que comporta la sentencia estimativa de la revisión. Y ello es y tiene que ser así desde luego que si el artículo 384 del C.P.C, no lo dice especialmente, sí es procedente la regla general que trae el artículo 392, *ibídem*, el cual ordena la condena en costas a la parte vencida, o a la que pierda “el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto”. En este orden de ideas, se condenará a la parte recurrida a pagarle al extremo activo la suma \$1.071.200, a título de costas.

Por último, en lo que respecta a los perjuicios morales solicitados por las recurrentes, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de septiembre de 2009, con ponencia del doctor WILLIAM NAMÉN VARGAS dijo lo siguiente:

“El daño moral en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, “que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo” (cas.civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo “de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la

persona tiene que soportar por cierto evento dañoso” (Renato Scognamiglio, voz Danno morale, en Novissimo Digesto italiano, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147; ID., Il danno morale, Milano, 1966; El daño moral- Contribución a la teoría del daño extracontractual, trad. esp. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Antares, Bogotá, 1962, pp.14 ss.), o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo, las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño”.

Asimismo, dicha Corporación al abordar el tema de los mencionados perjuicios a cargo de la parte recurrida, cuando le es adversa la decisión de un recurso extraordinario de revisión, expresó que:

“ella solamente incluye los perjuicios morales que pudieron haberse ocasionado con el recurso extraordinario de revisión, cuando han sido aducidos y probados dentro del trámite de esta última (...) a fin de que con base en ello, en la sentencia, de manera especial, se haga la condena correspondiente y se fije su monto de acuerdo al arbitrium iudicium”, doctrina ésta reiterada en auto 093 de 3 de mayo de 1989, (archivo Corte)”.

En el presente caso, la Sala se pronunciará negativamente sobre la pretensión de perjuicios morales, pues las demandantes no acreditaron padecer ninguna de las alteraciones a las que alude la sentencia en cita.

SALVAMENTO DE VOTO – DRA. BÁRBARA LILIANA TALERO ORTIZ:

MANIOBRA FRAUDULENTA – No puede tenerse por tal la mera presentación de una prueba incompleta o deficiente ni el hecho de adelantar un juicio de sucesión sin antes investigar la existencia de otros posibles herederos o interesados en el trámite.

“Con el debido respeto, y en vista de que no comparto, la decisión adoptada por la Sala mayoritaria estimo necesario salvar mi voto en el presente asunto por los argumentos que pasó a exponer, y que fueron colocados en conocimiento de los demás integrantes, al presentar para discusión y aprobación el respectivo proyecto por escrito, así:

(...)En el caso *sub iudice* la recurrente invocó como causal de revisión la contenida en el numeral 6º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, esto es: “6. *Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que se haya causado perjuicios al*

recurrente”.

Esta causal, tiene dicho la jurisprudencia de nuestro máximo órgano en la jurisdicción ordinaria que su *‘ratio legis’* **“estriba en que el derecho no puede cohonestar, ni estimular comportamientos antijurídicos de los litigantes, que generen un daño a su contraparte o a terceros ajenos a la litis, requiriéndose para la viabilidad de este recurso, que tales circunstancias no hayan podido alegarse en el proceso, ora porque no se conocieron, bien porque los perjudicados no concurrieron a él”**. De allí que se admita, de manera excepcional, que el recurso sea propuesto no solo por quienes intervinieron en calidad de parte dentro del proceso, sino también por terceras personas que, sin haber estado vinculadas a él, se ven perjudicadas por la colusión orquestada por las partes, o por la maniobra fraudulenta que una sola de ellas realizó.

La oportunidad para impugnar la sentencia con base en este motivo (colusión o maniobra fraudulenta de las partes) es de dos años contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, y para la prosperidad de la pretensión deberá acreditarse, cuando menos:

- La colusión de las partes o las maniobras fraudulentas de una sola de ellas, esto es, que aparezca plenamente probada una actividad voluntaria, engañosa e ilícita, determinada por uno o varios comportamientos, positivos o negativos, y no por simples hechos involuntarios o accidentales; que sea de significación procesal por su incidencia en el proceso en que se profirió la sentencia impugnada.
- Que se haya causado un perjuicio al tercero o a la parte recurrente.

En el asunto de trato, la demanda de revisión se ha interpuesto señalando como objeto del recurso la sentencia del Juzgado Segundo de Familia de Tuluá, Valle, adiada el siete (07) de mayo de dos mil ocho (2008) y dictada dentro del proceso de sucesión intestada del causante MARINO RENGIFO. Dicha sentencia adquirió fuerza de cosa juzgada con su ejecutoria, que tuvo lugar el día veinte (20) de mayo de dos mil ocho (2008) según constancia que obra al folio 55 del Cuaderno principal del proceso, tramitado en el Juzgado Segundo de Familia de Tuluá, de suerte que el término de dos (2) años señalado en el inciso primero del artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, para interponer el recurso con apoyo en la causal sexta del artículo 380 ibídem aún se encontraba corriendo para el día veinticuatro (24) de agosto de 2009, cuando se presentó la demanda, motivo por el cual no existe reparo en punto de la oportunidad.

Tampoco admite censura la legitimación de las recurrentes, quienes habiendo acreditado su calidad de cónyuge sobreviviente (NOHEMI LENIS

DE RENGIFO, que muestran la existencia del matrimonio y su vigencia para el momento en que falleció el señor MARINO RENGIFO) y de hija del señor MARINO RENGIFO, tienen evidente interés en su sucesión.

Ahora bien, los demandados fueron reconocidos como herederos del causante MARINO RENGIFO dentro del proceso de sucesión iniciado a petición suya, y tramitado hasta el final el asunto, se hicieron a la propiedad, previa partición y adjudicación, del único bien relicto inventariado y avaluado.

Los demandantes, quienes ostentan la calidad de cónyuge sobreviviente e hija legítima del señor RENGIFO, consideran que la sentencia producida en ese proceso estuvo precedida de maniobras fraudulentas que imputan a los aquí demandados, que en síntesis pueden presentarse como haber engañado a la jueza con unos documentos que no acreditan la calidad de hijos que invocaron, y haber adelantado el proceso de sucesión a su espalda, debiendo conocer de su existencia como interesados en el asunto.

Comparto, como lo sostuvo la Sala mayoritaria que la anterior descripción del caso plantea como problema jurídico a resolver, el siguiente: ¿si lograr el reconocimiento de heredero en un proceso de sucesión, con base en un registro civil de nacimiento al que no se acompañó la prueba de hijo legítimo o extramatrimonial del presunto padre, engendra una maniobra engañosa como se denuncia?

Pero al contrario de la conclusión a que se llegó con la decisión finalmente acogida, considero que la respuesta debió ser negativa y por ende declararse el fracaso de las pretensiones del libelo, pues no se acreditó de manera fehaciente la comisión de las maniobras fraudulentas, por lo que la presunción de buena fe de las actuaciones de los demandados ante las autoridades, y la presunción de acierto y legalidad de la sentencia recurrida, debieron mantenerse intactas, por las siguientes razones:

Arguyó la impugnante que alegaba la causal sexta, en razón de existir maniobras fraudulentas imputables a los interesados que solicitaron la apertura del proceso de sucesión, consistentes en:

- Haber engañado a la Jueza que tramitó la sucesión, o haberla inducido al error, para que les reconociera la calidad de interesados con base en tres documentos que no acreditaban la condición de hijos del causante, ya que fue una falla grave tenerlos como interesados en la sucesión de MARINO RENGIFO, pues aparecen en los registros civiles como hijos legítimos, sin serlo, y no fueron reconocidos como hijos extramatrimoniales, y a sabiendas de ello se usaron los documentos para engañar a la jueza.**

- Haber adelantado la sucesión a espaldas de la legítima esposa y sus herederos, pues, teniendo medios para conocer de su existencia (investigar en las notarias de Palmira o en la ciudad de Tuluá, en el lugar donde vivió el causante hasta su muerte), se limitaron a manifestar que desconocían su existencia, pues les era más conveniente para sus fines fraudulentos.

Pues bien. La falencia advertida sobre la prueba incompleta o deficiente no constituye por sí sola como se enuncia en la sentencia, de la que me aparto, una maniobra fraudulenta porque indudablemente la indebida valoración probatoria por parte del juzgador es una deficiencia de la actuación o del juzgamiento que no puede trasladarse a las partes.

Sobre el punto, valga precisar que la causal bajo estudio orienta la atención hacia el comportamiento de las partes dentro del proceso, no del funcionario judicial, luego si este incurrió en violación de la ley por error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, evidentemente no es el recurso extraordinario de revisión, ni la causal sexta alegada, la vía para escudriñar tal supuesto.

Y es que el sólo hecho de aportar una prueba insuficiente o incompleta, y de ella pretender el reconocimiento de un derecho, no encaja en la definición de maniobra fraudulenta como lo concluye la Sala mayoritaria porque tal actuar no constituye una actividad ilícita, como se propugna en el fallo que antecede, menos aún, cuando la parte, como sucedió en este evento, no intervino en la creación del documento aducido.

De aceptar tal argumentación se caería en la falacia de tener por sentado que cada vez que un litigante reclame un derecho aportando una prueba equivocada, deficiente o incompleta, el juzgador debe advertir la colusión o fraude, cuando en verdad, el sistema judicial está creado para que precisamente sea el funcionario correspondiente quien valore la prueba y haga los reconocimientos que la ley autoriza. La falencia en el juzgamiento como aquí ocurrió, se itera, es un error de la actividad judicial no atribuible a la parte ni se traduce en un intento volitivo de falsear la realidad, presupuesto indispensable para configurar la maniobra fraudulenta, sino tan sólo constituye el ejercicio de la facultad de colocar en conocimiento del juzgador el material probatorio del cual se pretende derivar un derecho.

En consecuencia, considero que en este caso, se incurrió en un error al apreciar la prueba aportada para demostrar el estado civil aducido, y por ende el juicio valorativo, si bien debió concluir en la falta de legitimación de quien reclamaba la pretensión, tal defecto sólo es atribuible al funcionario judicial pues dicha evaluación era de su exclusiva competencia, error que no

puede trasladarse a la parte, y menos, de ella derivar una colusión o fraude. Es más, al advertir en la demanda que los padres tenían una unión marital de hecho se desvirtúa la intención de engaño que se resalta en la sentencia.

Tampoco se comprobó ningún hecho que permitiera afirmar que “la amañada conducta de ALBA MARINA, HERMINZUL y EYDER RENGIFO CASTRO permitió que la actuación procesal se adelantara a espaldas de los promotores del recurso extraordinario...”, el expediente es huérfano de prueba al respecto, pues las declaraciones recepcionadas no aportaron nada sobre el particular.

La verdad es que en los hechos del libelo, los recurrentes se duelen no directamente de que los demandados, al interior del proceso de sucesión, hayan ocultado su existencia, sino que más bien dirigen su atención a la siguiente situación: se cree que los señores ALBA MARINA, HERMINZUL y EYDER tuvieron la posibilidad de conocer la existencia de las señoras MARIA NOHEMY y ALBA MARINA, bien fuera buscando, hasta ubicar, en cada una de las Notarías de Palmira el registro civil de nacimiento de MARINO, o investigando en la dirección de la casa en Tuluá, donde vivió junto con su familia hasta el día de su muerte.

Sobre lo primero, es de advertir que la postura de los demandantes presenta un contrasentido: estiman que los demandados debieron, antes de afirmar bajo la gravedad de juramento que no conocían otros interesados, indagar en las Notarías de Palmira por la existencia del registro civil de nacimiento del causante, pero el mismo apoderado reconoce que dicha búsqueda hubiera sido infructuosa, pues habiendo nacido el señor MARINO RENGIFO en el año 1920, el documento que da cuenta de su nacimiento no se encontraba en Notaría alguna, sino en una parroquia pues que se trata de la partida eclesiástica de certificado de bautismo expedida en la Parroquia de la Santísima Trinidad. Entonces, cabe preguntar, ¿será que tendrían que ir los interesados, de parroquia en parroquia, incluso no solo de la ciudad de Palmira, indagando hasta encontrar la partida de bautismo del causante? Por supuesto que no, luego lo cierto es que el no haber actuado los demandados, como creen las recurrentes debieron actuar, a más de no tener soporte legal se encuentra bastante lejos de estructurar una conducta malsana, que tuviera como objeto voluntariamente querido el ocultar la existencia del proceso de sucesión a quienes acá actúan como recurrentes, u ocultarle a la jueza de conocimiento la existencia de otros interesados en el asunto.

Sobre el segundo aspecto, la existencia de una dirección atribuible al señor MARINO ZAPATA dentro de las actuaciones del proceso de investigación de paternidad, tampoco es suficiente para concluir que los señores ALBA MARINA, HERMINZUL y EYDER conocieran o debieran conocer la existencia

de las recurrentes, pues a decir verdad ni siquiera es hecho suficiente de donde se pueda inferir que ellos conocían de la existencia de esa dirección por la época en que se realizó esa actuación judicial.

Es más, si se atiende la fecha en que nacieron los señores EYDER y ALBA MARINA (Que son los únicos involucrados en esas actuaciones), esto es 1º de abril de 1958 y 20 de junio de 1959, se concluye que para la fecha en que se promovió esa actuación, septiembre de 1971, tan solo tenían 13 y 12 años de edad respectivamente, edad que a juicio de esta magistrada era muy corta para poder inferir que conocían de la existencia de las actuaciones que a su nombre se realizaban, es decir, de las demandas que en su nombre se proponían, y el objeto de las mismas.

Además, la sola omisión de indicar a otra persona que pueda estar interesada en el trámite de la sucesión no es aspecto suficiente para catalogar tal actuación como maniobra fraudulenta, toda vez que ese mismo trámite cuenta con mecanismos de publicidad para convocar a todas aquellas personas que se crean con derecho a intervenir en la liquidación de la masa sucesoral (edicto emplazatorio), ni es suficiente para generar un perjuicio que obligue necesariamente a desvertebrar la fuerza de cosa juzgada de la sentencia aprobatoria de la partición, pues aun existiendo tal decisión, el interesado de mejor derecho que no fue tenido en cuenta en el proceso de sucesión cuenta con la acción de petición de herencia, a través de la cual le basta demostrar su calidad de tal, para desplazar, total o parcialmente, a quien se encuentra indebidamente ocupando la herencia, aniquilando la partición que a la fecha haya sido elaborada y aprobada.

Al resolver un recurso similar al presente, y considerar la función del emplazamiento a personas que se crean con derechos sobre el bien inmueble a usucapir dentro de un proceso de pertenencia, la Corte Suprema de Justicia concluyó lo siguiente:

Por lo anterior, si el proceso de pertenencia se surtió con la citación de todos aquellos que pudieren tener algún derecho o interés sobre la cosa cuya usucapión se persigue, efectuada conforme a lo dispuesto en el artículo 407 del C.P.C., quienes no acudieron al proceso no pueden válidamente alegar en revisión, que no comparecieron a la litis porque no tuvieron ocasión de conocer el emplazamiento, o porque estiman que los medios empleados para la convocatoria (publicación en prensa y radio), son inidóneos”.

La falta de vocación de prosperidad de la demanda así refulge con meridiana claridad, porque sin lugar a dudas los hechos en que se hacen consistir las presuntas “*maniobras fraudulentas*” de la parte ejecutada, no son tales. Se insiste igualmente en la necesidad de la demostración de las maniobras

fraudulentas que sostienen la causal alegada como requisito para su prosperidad, pues no basta la afirmación simple y llana de su existencia para obtener la nulidad de un fallo con presunción de legalidad, señalando que por este aspecto la debilidad de la demanda también es manifiesta.

De esta manera, dejó expresado mi disentimiento frente a la decisión referenciada”.

Sentencia de 2ª instancia (16040) del 18 de octubre de 2011, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: declara fundado el recurso extraordinario de revisión interpuesto.

VÍA DE HECHO EN PROCESO EJECUTIVO – El término de prescripción de la acción cambiaria, cuando la ejecución tiene como soporte un contrato de mutuo, es de cinco y no de tres años.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 2535 y 2536; Código de Comercio, artículo 619 y subsiguientes; Código de Procedimiento Civil, artículo 90.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Entre otras, sentencia T-774 de 2004, Corte Constitucional.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

(...) Encuentra la Sala que el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Palmira, incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico y sustantivo, por las razones que pasan a explicarse.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el documento presentado como base del recaudo no clasifica dentro de aquella especie de los títulos ejecutivos conocida como: “títulos valores”, cuyos principios, características, requisitos, formas de circulación, términos de prescripción, medios de defensa y demás aspectos que le son propios, se gobiernan y regulan por los cánones contenidos en el Libro Tercero, Título III, Artículos 619 y ss. del C. de Co.

Así se sostiene porque el título ejecutivo adosado como base de recaudo compulsivo, se encuentra instrumentado en un contrato de mutuo contenido dentro de la escritura pública de hipoteca, por lo que de entrada se aprecia el equívoco del juez accionado al darle el alcance probatorio de título valor, situación que se apareja una segunda vía de hecho por defecto sustantivo, al encaminar la excepción propuesta -prescripción de la acción cambiaria-

aplicando erróneamente un término de prescripción de tres (3) años, propio de algunos títulos valores como la letra de cambio y el pagaré, contrario sensu, a la preceptiva del Art. 2536 del C.C., modificado por el Art. 8º de la ley 791 de 2002, aplicable al caso, y que establece un término de prescripción de la acción ejecutiva de cinco (5) años, tiempo que se cuenta, a voces del Art. 2535 ibídem, desde que la obligación se haya hecho exigible.

Puestas así las cosas, deviene inexorable que las obligaciones contenidas en el contrato de mutuo, suscrito por el deudor de la entidad accionante, pasarían a extinguirse por prescripción, sólo a partir del día veintitrés (23) de marzo de dos mil cuatro (2004) y en un término de cinco años.

Ahora bien, como quiera que el demandado fue notificado del mandamiento de pago sin que feneciera el término de cinco años de prescripción contados a partir de que se hizo exigible la obligación –en mora desde el 23 de marzo de 2004-, cumple precisar que de conformidad con el artículo 90 del CPC que establece que *“Pasado este término –el de un año-, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado”*, es a partir de la fecha en que se efectuó la notificación al extremo pasivo, que se interrumpe la prescripción, por lo tanto, tratándose de una obligación de tracto sucesivo corresponde al juez analizar esta figura de cara a cada una de las cuotas frente al acto de enteramiento del mandamiento de pago al demandado.

En este orden de ideas, se tiene que si el deudor incurrió en mora el día 23 de marzo de 2004, la demanda fue presentada el 20 de abril de 2006 y su notificación se surtió el 09 de julio de 2009, en esta última calenda ocurrió la interrupción de la prescripción, razón por la cual frente a esta fecha debió contabilizar el término de prescripción de cada una de las cuotas en mora de la obligación, y como se analizó por el lapso de 5 años a que se contrae la prescripción de la acción ejecutiva.

Empero, frente al contexto fáctico y normativo puesto en evidencia la Sala encuentra que el juez accionado vulneró los derechos fundamentales del accionante al dar alcance de título valor a un documento que al rompe de advierte adolecía de tal calidad y al valerse de una norma que no era aplicable al caso particular, dando por prescrita la obligación ejecutada.

Dicha forma de ver del juez accionado, en definitiva luce bastante apartada de la senda de la legalidad, así como de un razonamiento plausible, en torno a un asunto que se tiene por suficientemente averiguado, en cuanto a la forma y los alcances del término de prescripción, pues una situación es la que se contempla para los títulos valores y en especial para el ejercicio de la acción cambiaria (artículo 789 del Código de Comercio) y otra la que regula el artículo 2535 del Código Civil en punto de la acción ejecutiva.

Sentencia de tutela de 1ª instancia (2011-00342-00) del 21 de octubre de 2011, con ponencia de la Dra. Aura Julia Realpe Oliva. Decisión: concede la protección solicitada.

BAÑOS EN LAS PARROQUIAS – La inobservancia parcial de una norma técnica no constituye, por sí, vulneración de los derechos colectivos cuando se demuestra que está garantizado el acceso a las personas discapacitadas.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 88; Ley 472 de 1998, artículo 4º; Decreto 1538 de 2005, artículo 9; Resolución 14861 de 1995, artículo 50.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Los hechos fundamentales en que se apoyaron las peticiones del actor, se centraron en la inexistencia de baños en las instalaciones de la PARROQUIA SAN PABLO APÓSTOL del municipio de Cartago, circunstancia que superada quedó al haberse acreditado su existencia y disposición al servicio de los feligreses que allí se congregan, además de haberse establecido en la sentencia de primer grado que se trata de cuestiones que atañen a la esfera individual de la persona, que no al colectivo, circunstancia que llevó a negar la pretensiones de la demanda al no proteger esta acción derechos individuales sino colectivos.

Ahora bien, pretende el apelante se revoque la sentencia de primer grado y en su lugar se ordene a la iglesia accionada realizar las adecuaciones correspondientes en sus baños. Alega, en compendio, que los baños con que cuenta las instalaciones de la parroquia SAN PABLO APÓSTOL del municipio de Cartago, no cumplen con las normas técnicas establecidas por la Resolución No. 14861 de 1985, expedida por el Ministerio de Salud de la época para la protección de las personas y en especial los minusválidos.

Así las cosas, el planteamiento de la alzada centra la discusión en torno al siguiente problema jurídico ¿la inobservancia de una norma técnica en la construcción de un baño, a pesar de haberse acreditado plenamente la accesibilidad de las personas minusválidas, constituye automáticamente vulneración de derechos colectivos?

A efectos de dar respuesta al anterior planteamiento, se hace necesario precisar de entrada que esta Sala comparte el criterio de que la

vulneración de una norma técnica no constituye, *per se*, trasgresión a un derecho o interés colectivo. Es por ello que la acción popular no se abre camino por la real o presunta violación de la ley o de reglamentos pues en esos casos, aún siendo ciertos, no constituyen, automáticamente, trasgresión de derechos o intereses colectivos.

Es por ello que para la prosperidad de las pretensiones se requiere la demostración concreta del perjuicio que se viene padeciendo o, al menos que de toda la prueba decretada y practicada se pueda establecer, razonablemente, la certeza de daño que se puede llegar a sufrir con la acción u omisión denunciada, según fuere el caso.

Para el presente caso, se resalta, si bien de las fotografías anexas al dictamen pericial se establece no se cumplen al pie de la letra los tecnicismos surgidos del Decreto en cita; verbigracia que la puerta de entrada a los servicios sanitarios no abre hacia afuera, el acabado del piso no es en material antideslizante, ni tampoco cuenta con alarma; no es menos cierto, y así se constató en la continuación de la audiencia de pacto de cumplimiento practicada en las instalaciones de la parroquia accionada, *“Que dentro del interior del templo hay señales que indican el sitio donde se encuentran ubicados los baños. 3- Se observó, que existe, una rampa en cemento que da acceso a los baños, ubicados en un cuarto, con su correspondiente puerta metálica, donde aparece en su interior, dos baterías sanitarias separadas por una división, acondicionada una de ellas con tubos en hierro empotrados en el piso, diseñados para sostener a persona con limitación física, contando a un lado con un espejo y su correspondiente lavamanos. 3- (sic) que el cuarto cuenta con puerta de acceso que tiene 1.12 de ancho por 1.70 de largo, paredes forradas en azulejo, techos en teja de barro, cielo raso cubierto en peñemono, pisos en mosaico. 4- Que la persona minusválida que coadyuva ésta acción constitucional se desplazó desde el templo hasta el sitio donde están ubicados los baños, sin ningún obstáculo, tuvo buena movilidad en el interior de este cuarto. Así se termina esta diligencia”.*

Además, cuando dichos baños han sido requeridos, se le ha facilitado a los feligreses sin problema alguno, así lo expresan Olga Inés Arias Rendón y Eddy Rosa Bonilla Osorio, testigos que rindieron declaración en el plenario, y que de manera directa han observado dicha situación.

De igual manera, el artículo 9º del Decreto 1538 de 2005[], reglamentario de la Ley 361 de 1997, contempla la exigencia de disponer de al menos de un servicio sanitario en todos los establecimientos abiertos al público, hecho que como aquí quedó acreditado se cumple a cabalidad.

En las anteriores circunstancias, y siendo claro que la parcial

inobservancia de una norma técnica no constituye automáticamente, trasgresión de derechos o intereses colectivos; y estando establecido que no hay ninguna dificultad para acceder al interior de la PARROQUIA SAN PABLO APOSTOL del municipio de Cartago y menos a sus servicios sanitarios, que es la protección que reclama la ley, de modo alguno se puede predicar como trasgredidos los derechos de las personas con discapacidad física, razón por la cual se debe confirmar el fallo censurado sin que haya lugar a condenar en costas al recurrente, en aplicación de lo establecido en el Art. 38 de la Ley 472 de 1998.

Sentencia de 2ª instancia (AP-2009-0126-01) del 31 de octubre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

SOLICITUD DE INCLUSIÓN EN EL PROGRAMA DE REPARACIÓN POR VÍA ADMINISTRATIVA – Acción Social debe gestionar la consecución de la certificación exigida en el artículo 49 de la Ley 418 de 1997, y no rechazar la petición por la carencia de dicho documento.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 418 de 1997, artículos artículos, 15, 16 y 49; Decreto 1290 de 2008, artículos 21, 23, 24, 27 y 32.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-417 de 2006, T-444 de 2008, T-719 y T-722 de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...) Conciérne a la Sala a examinar, si se vulnera el derecho fundamental de petición cuando una persona víctima del desplazamiento forzado, solicita la inclusión en el programa de reparación por vía administrativa y ésta se rechaza por ACCION SOCIAL sin gestionar lo necesario ante la autoridad competente para lograr la certificación de que trata ley 418 de 1.997.

Para resolver tal cuestionamiento es necesario iniciar por mencionar los requisitos para acceder a la ayuda humanitaria por daños provenientes del conflicto bélico.

La Ley 418 de 1997 “*por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*”, prorrogada por la Ley 548 de 1999, la que a su vez también fue prorrogada por la Ley 782 de 2002, ésta última corregida por el decreto

1000 de 2003, en sus artículos 15 y 16 consagra:

...Artículo 15. Para los efectos de esta ley, se entiende por víctimas de la violencia política, aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno. Son víctimas los desplazados en los términos de la Ley 387 de 1997.

....

...artículo 16. En desarrollo del principio de solidaridad social, y dado el daño especial sufrido por las víctimas, estas recibirán asistencia humanitaria, entendida por tal la ayuda indispensable para sufragar los requerimientos esenciales, a fin de satisfacer los derechos que hayan sido menoscabados por los actos enunciados en el artículo 15. Esta ayuda humanitaria será prestada por las entidades públicas así: Por la Red de Solidaridad Social, en desarrollo de su objeto legal y de acuerdo con las directrices que para el efecto señale su Consejo Directivo, y por las demás entidades públicas señaladas en la presente ley, dentro del marco de sus competencias, siempre que la solicitud se eleve dentro del año siguiente a la ocurrencia del hecho.

Parágrafo 1°. En caso fuerza mayor o caso fortuito que impidan a la víctima presentar oportunamente la solicitud, el término a que se refiere la presente disposición debe contarse a partir del momento en que cesen los hechos motivo de tal impedimento.

Parágrafo 2°. El Gobierno Nacional apropiará los recursos necesarios en el Presupuesto General de la Nación –Red de Solidaridad Social–, con el objeto de prestar asistencia humanitaria, conforme a los fines previstos en la presente ley.

Parágrafo 3°. La ayuda humanitaria será entregada por la Red de Solidaridad Social en forma directa, asegurando la gratuidad en el trámite, para que los beneficiarios la reciban en su totalidad.

Parágrafo 4°. Los beneficios de contenido económico que se otorguen a los desplazados se registrarán por la Ley 387 de 1997.

Posteriormente, mediante decreto 1290 expedido el 22 de abril de 2.008 el Gobierno Nacional creó «*el Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la ley*» el cual está a cargo de ACCIÓN SOCIAL y tiene por objeto conceder un conjunto de medidas de reparaciones individuales a favor de las personas que hubieren sufrido daño directo como consecuencia de la violación en sus derechos fundamentales por acción de grupos armados al

margen de la ley, protegiendo los derechos a la vida, integridad física, salud física y mental, libertad individual y libertad sexual (art. 2º), adoptando como medidas de reparación la indemnización solidaria, restitución, rehabilitación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición de las conductas delictivas (art. 4º).

De igual manera, el decreto en comento establece que el procedimiento para obtener la reparación administrativa individual se inicia con la solicitud del interesado (art. 21), luego se procede por parte de ACCION SOCIAL a la identificación de la verificación de la información suministrada por las víctimas o beneficiarios y su acreditación, sometiendo la decisión y las medidas que se recomienden en cada caso a la aprobación al Comité de Reparaciones Administrativas, el que la estudia de acuerdo a los criterios fijados en el canon 24 ídem, junto con el informe sobre las fuentes que fueron tenidas en cuenta para la verificación de la solicitud (art. 23). Posteriormente y cuando ACCION SOCIAL lo considere necesario, puede entrevistar personalmente al solicitante de la reparación en su residencia o en la sede de dicha entidad.

Una vez efectuado lo anterior, la entidad accionada debe respaldar el informe respectivo en algunos de los medios de convicción estipulados en el artículo 27 del decreto en comento.

El Decreto considera como destinatarios o beneficiarios del programa a quienes hubieren sufrido daño directo como consecuencia de la violación de tales derechos, por acción de los grupos armados organizados al margen de ley. Cuando a la víctima se le hubiere causado la muerte o estuviere desaparecida, tendrán esa condición el cónyuge o compañero o compañera permanente, o el familiar en primer grado de consanguinidad o primero civil de la víctima directa, o aquellos que dependían económicamente de la misma.

Señala la citada normatividad en su canon 32 que el límite para presentar la solicitud de reparación por vía administrativa, es a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha de la expedición del citado decreto, dando así oportunidad de reclamación a quienes no lo hicieron tempestivamente dentro del término consagrado en la ley 418 de 1.997, y en caso de fuerza mayor o caso fortuito que impidan a la víctima o al beneficiario presentar oportunamente la solicitud, el término a que se refiere dicha disposición deberá contarse a partir del momento en que cesen los hechos que dieron lugar a la fuerza mayor o al caso fortuito. Adicionalmente, el artículo 27 íbidem consagra que el término para resolver tales pedimentos es de 18 meses contados a partir de la fecha de radicación en ACCION SOCIAL.

Ahora bien, en el caso puesto a consideración, aunque la copia de la misiva

adiada octubre 28 de 2.010 y allegada por la accionante a través de la cual petitionó la reparación por vía administrativa ante ACCION SOCIAL no tiene sello o constancia sobre su entrega o recibido por la entidad accionada, lo cierto es que, ACCION SOCIAL en el escrito de contestación a la presente acción, aceptó tácitamente que recibió tal comunicación, pues no de otra manera se entiende que dicha entidad haya rechazado tal solicitud por no contar con prueba que permitiera determinar que el deceso de la víctima ocurrió dentro de los presupuestos consagrados en la ley 418 de 1.997, circunstancia que comunicó a la accionante mediante oficio SAV-9204 de febrero 10 de 2.011 y esta la recibió, pues fue ella quien la anexó al escrito introductorio, quedando así demostrado el ejercicio del derecho de petición por parte del reclamante.

No obstante, como el fundamento para el rechazo de la petición de reparación administrativa incoada por la parte actora, fue la falta de la certificación que debió expedir la correspondiente autoridad para determinar si el deceso de la víctima ocurrió dentro del marco de la ley 418 de 1.997, considera la Sala que tal argumento no es de recibo ni constituye la satisfacción del derecho de petición porque la entidad accionada tiene en el Registro Único de Población Desplazada -RUPD- la información suficiente para confirmar el hecho, además de contar con las herramientas técnicas para la identificación de la población afectada, por tanto, al ser su obligación constitucional lograr la estabilización de ésta población, no puede excusar su omisión en la falta de constancia o certificación de quien por sus precarias circunstancias no tiene la posibilidad de acceder de manera directa a tal documento, y mucho menos la formación para someterla al rigorismo de trámites que solo consiguen dilatar el cumplimiento de los deberes estatales. En consecuencia quien tiene la condición de desplazado, goza del derecho a recibir la mayor ayuda posible de los organismos del Estado cuando sea necesario, pues ella hace parte del catálogo de derechos básicos de la población desplazada, además de constituir una manifestación de garantía de los derechos fundamentales, ya que su fin constitucional es brindar aquellos requerimientos mínimos necesarios para mitigar las necesidades más indispensables de esta población.

Así las cosas, y como el trámite de la solicitud de la accionante está supeditada a la expedición de la certificación que debe emanar de la respectiva autoridad competente, en criterio de la Sala tal requisito debe ser gestionado por ACCIÓN SOCIAL, al ser la entidad encargada de coordinar con las entidades que hacen parte del Sistema Nacional de Protección Integral, en punto a solucionar completamente la problemática del peticionario, pues quien más que ella para realizar el permanente acompañamiento e identificar la situación de vulnerabilidad, y coadyuvar al posible beneficiario en ese largo trasegar ante las instituciones encargadas de expedir la certificación en comento con el fin de lograr la efectiva

tramitación de la solicitud que por reparación administrativa éste elevó en octubre 28 de 2.010.

Luego, ACCIÓN SOCIAL al no dar respuesta de fondo a la solicitud de reparación individual por vía administrativa incoada por la accionante en octubre 28 de 2.010 por falta de la certificación expedida por autoridad competente a efectos de determinar si el deceso de la víctima, en este caso, compañero permanente de la parte actora, ocurrió dentro del marco de la ley 418 de 1.997, vulneró los derechos fundamentales de ELIANA MARCELA GOMEZ AGUDELO, razón por la cual, se ordenará a dicha entidad que adelante los trámites necesarios para la consecución de la pluricitada constancia y una vez la obtenga, de respuesta de fondo a la pluricitada solicitud de reparación administrativa a más tardar en el término preceptuado en el artículo 27 del decreto 1290 de 2.008 (18 meses), el que en el sub examine vence el 28 de abril del año 2.012.

Cumple subrayar, además que esta Corporación no puede desconocer que los términos otorgados por la ley permiten a la administración responder de manera ordenada las múltiples peticiones que en el mismo sentido han formulado el grueso grupo de víctimas y dado que las respuestas se deben emitir por la accionada, en orden cronológico de radicación por cuanto su inaplicación conllevaría a dar un trato desigual frente a quienes con anterioridad han incoado igualmente su inclusión, creando desorden y desigualdad frente a los peticionarios, alterando los turnos de presentación y respuesta, de modo alguno el amparo pueda alterar tal presupuesto sin una expresa justificación.

Finalmente, cabe anotar que el Juez Constitucional, no puede usurpar la competencia de la autoridad administrativa para resolver sobre la cuantía y demás componentes de la ayuda humanitaria como lo pretende la accionante, pues tal cosa desfigura los fines de la acción de Tutela que no son otros distintos a los de amparan los derechos fundamentales ante una eventual amenaza o vulneración, sin que bajo tal argumento pueda la jurisdicción abrogarse la facultad de resolver de fondo todos los pedimentos que los ciudadanos incoen ante la administración, quienes en cumplimiento de las normas preexistentes deben sujetarse a los procedimientos y requisitos preestablecidos en la ley.

Corolario de lo discurrido, se modificará el numeral segundo de la parte resolutive del fallo de primera instancia proferido en el presente asunto el día 23 de septiembre de 2.011 por el Juzgado Primero de Familia de Tuluá (Valle).

Sentencia de tutela de 2ª instancia (2011-00473-01) del 31 de octubre de 2011,

con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: modifica el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia apelada.

*

INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO DE LA POBLACIÓN DESPLAZADA – La obligación de corroborar las circunstancias causantes del desplazamiento está a cargo de Acción Social y no de la persona afectada.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2569 de 2000, artículo 11.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-882 de 2005, T-1094 de 2005, T-821 de 2007 y T-447 de 2010.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Se plantea ante esta sala de Decisión, la necesidad del amparo constitucional para una persona que manifiesta ser víctima del desplazamiento, situación que se ha agravado porque la accionada, le ha negado tanto su inscripción en el RUPD, como los auxilios correspondientes, bajo el argumento de existir contradicción en las diferentes declaraciones que ha rendido.

Para resolver, es necesario resaltar que la Corte Constitucional ha considerado que si una persona se encuentra en las circunstancias de hecho que dan lugar al desplazamiento, tiene derecho a ser inscrita en el registro único de población desplazada. En este sentido ha reiterado que el registro debe tener lugar siempre que la persona se encuentre en las condiciones materiales mencionadas por la normatividad dado que se trata de un acto declarativo y no constitutivo...

Entonces, como lo ha señalado reiteradamente el alto Tribunal, el proceso de inscripción de una persona en el RUPD no se encuentra gobernado exclusivamente por las leyes y los decretos reglamentarios respectivos, pues además deben ser tenidos en cuenta los criterios constitucionales ya sistematizados por la jurisprudencia sobre la materia.

Los principios constitucionales orientadores de la interpretación y aplicación de las normas legales y reglamentarias sobre la inscripción de una persona en el RUPD pueden ser resumidos de acuerdo a lo expuesto por la citada corporación de la siguiente manera:

La Corte ha señalado que las normas sobre desplazamiento y, en particular, las que orientan a los funcionarios encargados de diligenciar el RUPD, deben interpretarse y aplicarse a la luz de los siguientes principios.

(1) Las disposiciones legales deben interpretarse y aplicarse a la luz de las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad sobre el tema de desplazamiento forzado, en particular, el artículo 17 del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949 y los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, consagrados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el Tema de los Desplazamientos Internos de Personas; (2) el principio de favorabilidad; (3) el principio de buena fe y el derecho a la confianza legítima; y (4) el principio de prevalencia del derecho sustancial propio del Estado Social de Derecho.

Por su parte, el artículo 11 del Decreto 2569 de 2000 *“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 387 de 1997 y se dictan otras disposiciones”* contempla los motivos por los cuales le es dado a ACCION SOCIAL negar la inscripción en el RUPD. Establece la citada normatividad:

Artículo 11. De la no inscripción. La entidad en la que se haya delegado la inscripción, no efectuará la inscripción en el registro de quien solicita la condición de desplazado en los siguientes casos:

1. Cuando la declaración resulte contraria a la verdad.
2. Cuando existan razones objetivas y fundadas para concluir que de la misma no se deduce la existencia de las circunstancias de hecho previstas en el artículo 1° de la Ley 387 de 1997.
3. Cuando el interesado efectúe la declaración y solicite la inscripción en el Registro después de un (1) año de acaecidas las circunstancias descritas en el artículo 1° de la Ley 387 de 1997.

En tales eventos, se expedirá un acto en el que se señalen las razones que asisten a dicha entidad para tal determinación, el cual deberá ser notificado al afectado. Contra dicho acto proceden los recursos de Ley y la decisión que los resuelva agota vía gubernativa.

En el caso puesto en consideración de la Sala, se tiene del estudio de la documentación que hace parte del encuadramiento, en especial, de la resolución No. 760013772 expedida el 11 de febrero de 2.010 por ACCION SOCIAL, que REINALDO RESTREPO DOMINICHE rindió varias declaraciones tendientes a lograr su inclusión en el RUPD., como fue la efectuada ante la Personería de Cartago (Valle) en mayo 3 de 2.005 donde indicó que el apartamento se dio el 22 de marzo de dicho año desde Quibdo (Choco), luego en versión rendida el 25 de enero de 2.008 ante la Personería de Palmira adujo que el desplazamiento se produjo el 14 de enero de la referida anualidad en Novita (Choco); posteriormente en abril 14 de 2.008 dio a conocer que el referido desplazamiento se ocasionó el día 29 de febrero de 2.008 en el municipio de Novita (Chocó) y finalmente en marzo 18 de 2.009 señaló haber vivido por espacio de 16 años en Cartago (Valle) de donde tuvo que desplazarse por intimidación de grupos armados al margen de la ley.

Conforme a lo anterior, es evidente que REINALDO RESTREPO DOMINICHE ha rendido en cuatro (4) ocasiones versión tendiente a lograr su inclusión en el RUPD., las cuales, si bien es cierto, difieren una de otra, ello ha sido precisamente en su afán de buscar protección por parte del Estado Colombiano a través de la entidad accionada, sin que tal circunstancia pueda traducirse en una abierta contradicción como tajantemente lo consideró ACCIÓN SOCIAL, ya que dicha entidad cuenta con las herramientas técnicas para la plena identificación de la población afectada, y por tanto, siendo su obligación constitucional la de lograr la estabilización de ésta población, no puede excusarse en la supuesta contrariedad cometida por el accionante para negar el pedimento con mayor razón cuando no demostró documental o sumariamente que en el municipio de Novita (Chocó) no hubieran existido desplazamientos.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo consignado en el escrito introductorio de la acción, el testimonio rendido por el accionante ante el *a-quo* y la presunción de buena fe, se concluye que el desplazamiento denunciado por el accionante y su núcleo familiar se dio en el municipio de Novita (Choco), diferente es, que de allí se hubiera trasladado a los municipios de San José del Palmar (Chocó), Puerto Rico (Risaralda), Cartago, Palmira y Cali (Valle), y en cada una de las últimas tres (3) ciudades nombradas hubiera rendido declaración tendiente a lograr su inclusión en el RUPD., sin que hiciera claridad ante las respectivas autoridades que el pluricitado desplazamiento se había ocasionado en el municipio del cual es oriundo y donde se le expidió su cédula de ciudadanía obrante a folio 7 del cuadernillo de primera instancia, actuar que para la Sala es entendible, pues como él mismo lo dio a conocer, se trata de una persona analfabeta.

Luego, aplicados los principios jurisprudenciales anteriormente referenciados, no es admisible el argumento aducido por ACCION SOCIAL

en la resolución No. 760013772 de febrero 11 de 2.010 para no inscribir al accionante en el RUPD, ni brindarle las ayudas solicitadas, ya que ni ese momento, ni ahora allegó el respaldo probatorio necesario para controvertir las afirmaciones del accionante, en este caso, que no se hubiera desplazado desde el municipio de Novita (Chocó).

Además, es de subrayar que ACCION SOCIAL apoyada en la causal 1ª del artículo 11 del decreto 2569 de 2.000, esto es, que la versión rendida resulta contraria a la verdad, negó también la inscripción porque al consultar la base de datos del Censo Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil pudo constatar que el accionante y su esposa figuran como inscritos para ejercer su derecho al voto en Puerto Rico (Risaralda) y San José del Palmar (Choco) respectivamente. Sobre el particular, se considera procedente recordar lo dicho por la H. Corte Constitucional en la sentencia T-447 proferida el 15 de junio de 2.010 dentro del expediente T2516061 (acumulados con los expedientes T2535647, T2548105, T2561056 y T2541999), corporación que con ponencia del doctor HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO señaló:

Ahora bien, hasta la fecha no han sido examinados por esta Corporación casos similares en los que Acción Social niegue la inscripción en el RUPD a causa de las consultas a las bases de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil que arrojen como resultado la inscripción de la cédula en un sitio diferente al municipio expulsor y siendo el momento para ello, cuestión que será estudiada a continuación.

El Decreto 1010 de 2000 le asigna esta función a la Registraduría Nacional del Estado Civil y en su artículo 4 reseña lo siguiente:

“Misión de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Es misión de la Registraduría Nacional del Estado Civil, garantizar la organización y transparencia del proceso electoral, la oportunidad y confiabilidad de los escrutinios y resultados electorales, contribuir al fortalecimiento de la democracia mediante su neutralidad y objetividad, promover la participación social en la cual se requiera la expresión de la voluntad popular mediante sistemas de tipo electoral en cualquiera de sus modalidades, así como promover y garantizar en cada evento legal en que deba registrarse la situación civil de las personas, que se registren tales eventos, se disponga de su información a quien deba legalmente solicitarla, se certifique mediante los instrumentos idóneos establecidos por las disposiciones legales y se garantice su confiabilidad y seguridad plenas.”

Complementando lo anterior el Decreto 1010 de 2000:

“Artículo 5o. Funciones. Son funciones de la Registraduría Nacional del Estado Civil, las siguientes:

12. Llevar el Censo Nacional Electoral.

(...)

18. Responder las solicitudes de personas naturales o jurídicas y organismos de seguridad del Estado o de la rama judicial en cuanto a identificación, identificación de necrodactilias y demás requerimientos, de acuerdo a la normatividad vigente, teniendo como soporte la información contenida en las bases de datos de registro civil y el sistema de identificación.

(...)

20. Atender todo lo relativo al manejo de la información, las bases de datos, el Archivo Nacional de Identificación y los documentos necesarios para el proceso técnico de la identificación de los ciudadanos, así como informar y expedir las certificaciones de los trámites a los que hubiere lugar.”

Así las cosas, la función de entregar información acerca del censo electoral le corresponde única y exclusivamente a la Registraduría Nacional del Estado Civil entidad competente para administrar e interpretar el contenido de las bases de datos y para responder las solicitudes sobre el estado actual del censo electoral para los ciudadanos, ya que en el caso de presentarse algún tipo de duda o confusión con la consulta realizada es este organismo el que le corresponde disiparla o interpretar la situación electoral para las personas.

Consultar el número de cédula de una persona con el fin de verificar la ubicación del censo electoral refleja una realidad actual que no indica que anteriormente se hayan presentado situaciones de desplazamiento.

La interpretación de la ubicación de una persona por el censo electoral no puede ser tan restrictiva, teniendo en cuenta que se pueden presentar situaciones de movilidad al interior del territorio nacional, alterando el sitio de sufragio, tales motivos exigen el análisis de cada caso concreto que indiscutiblemente no puede arrojarse a la consulta a una base de datos.

Las consultas en las bases de datos no pueden ser utilizadas para arrojar consecuencias negativas para los desplazados que pretendan la inscripción en el RUPD y el análisis de la información allí contenida

debe ir acompañado de otros factores que evidencien plena certeza de la ubicación, si se pretende alegar falta de conexidad entre el lugar de votación y la residencia.

Conforme a los parámetros expuestos anteriormente la Sala concluye para los casos sometidos a revisión en cuanto a la inscripción en el RUPD: i) las declaraciones sobre los hechos constitutivos de desplazamientos se basan en el principio de la buena fe de quien declara, siendo tarea a cargo de Acción Social desvirtuar, las afirmaciones allí contenidas, conduciendo a una carga de la prueba; y en el caso de existir duda sobre las declaraciones, la entidad debe motivar con suficiente material probatorio la negativa a la inscripción, entendiendo que el registro en el RUPD es el medio adecuado que concentra los destinatarios de la política pública en materia de desplazamiento razón por la cual sus pronunciamientos sobre el reconocimiento del registro deben ser responsables y acertados para cada caso en particular; ii) que en el proceso de valoración de las declaraciones extemporáneas de acuerdo a lo previsto en el artículo 11 Decreto 2569 de 2000, Acción Social debe examinar circunstancias de modo, tiempo, lugar e incluso la condición social del declarante, situaciones que pueden incidir en la declaración tardía; iii) que la aplicación de la encuesta del Sisbén fuera de ser un argumento rebatible, no es hecho suficiente para negar la inscripción en el RUPD; iv) que las consultas a la Registraduría Nacional del Estado Civil, cuyos resultados arrojen que el documento de identidad está inscrito en el censo electoral de un municipio diferente al cual ocurrieron los hechos de desplazamiento, no constituye plena prueba para denegar la inscripción en el registro.

De tal manera, que la fundamentación de ACCION SOCIAL se torna inconsistente de acuerdo al citado precepto jurisprudencial, máxime si se tiene en cuenta que el accionante ha referido ser víctima del desplazamiento y con ocasión de ello se ha visto en la necesidad de ubicarse en varias municipalidades, lo que explica la divergencia de los hechos y la fechas de sus declaraciones. Además el sólo hecho de figurar en un determinado lugar como inscrito para votar, no es razón suficiente para demeritar su condición de desplazado, pues en ningún momento se demostró que no haya permanecido en los municipios de San José del Palmar (Chocó), Puerto Rico (Risaralda), Cartago, Palmira y Cali (Valle), luego a estas alturas la accionada no ha comprobado que existió una falta a la verdad, en cual de las cuatro declaraciones, o si fueron otros los motivos por los cuales se produjo la cuestionada situación.

Luego, dicho acto administrativo carece de las razones -de hecho y de derecho- para negar tal prerrogativa, pues a consideración de la Sala, sus

motivaciones resultan deficientes, ininteligibles e incoherentes, se trata de simples afirmaciones carentes de demostración, al no haberse efectuado un estudio serio y concienzudo para concluir que lo declarado por el accionante no corresponde a la verdad, pero cuya aplicación sin lugar a dudas vulnera los derechos fundamentales del accionante, quien no ha recibido la asistencia necesaria para lograr su restablecimiento social, económico y familiar, omisión que se ha prolongado desde que presentó la primera solicitud, en cuanto continuamente se le ha venido desconociendo el derecho a obtener una respuesta que se ciña a los preceptos legales y constitucionales como enfáticamente se determinó en el precedente expuesto en la sentencia T-173 de 2002.

Finalmente cabe señalar que las personas que se encuentran en situación de desplazamiento gozan de un estatus constitucional especial que no puede simplemente tener un efecto retórico. En este sentido, la Constitución obliga a las autoridades a reconocer que se trata de una población especialmente protegida que se encuentra en una situación dramática por haber soportado cargas excepcionales y cuya protección es urgente para la satisfacción de sus necesidades más apremiantes, en consecuencia, la citada colegiatura ha encontrado que resulta desproporcionado exigir el agotamiento previo de los recursos ordinarios como requisito para la procedencia de la acción, por tanto, no puede pedirle a estas personas el agotamiento de la vía gubernativa o el intento de otras acciones judiciales para la protección de sus derechos, pues su precaria situación determina la existencia de un perjuicio irremediable, dada la gravedad y la urgente necesidad de adoptar las medidas de protección.

En consecuencia, se revocará el fallo de primera instancia y en su lugar se ordenará a la AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL -ACCIÓN SOCIAL- inscriba a REINALDO RESTREPO DOMINICHE junto a su núcleo familiar al RUPD y haga entrega de la ayuda humanitaria de emergencia, así como a las demás ayudas a que tienen derecho.

Sentencia de tutela de 2ª instancia (2011-00524-01) del 31 de octubre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca la sentencia impugnada.

PERSONAS CON INVALIDEZ MENTAL PERMANENTE - La desafiliación del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía es lesiva de sus derechos fundamentales.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 49 y 217; Decreto 1795 de 2000, artículo 24.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-657 de 2008, T-1247 de 2008 y T- 154 de 2010.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el evento que se estudia los requisitos antes expresados se cumplen a cabalidad, pues existe legitimidad en las partes, ya que de un lado la ejerce CONSUELO LOPEZ DE CEPEDA como agente oficioso de su hijo discapacitado RONALD MAURICIO CEPEDA LOPEZ, quien reclama protección de sus derechos fundamentales; y por otra EL MINISTERIO DE DEFENSA, EL EJERCITO NACIONAL AREA DE PRESTACIONES SOCIALES, y la DIRECCIÓN NACIONAL DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL., entidades a la que se acusa de no prestar los servicios de salud requeridos por el accionante.

Luego, el problema jurídico a resolver se centra en ¿determinar si la desafiliación del accionante como beneficiario con invalidez mental permanente del SUBSISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES Y DE LA POLICIA lesiona sus derechos fundamentales?

La Constitución del 1991 estableció en su artículo 49, la obligación por parte del Estado de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación en cuanto a la salud se refiere. Por ello, las entidades que prestan este servicio se encuentran obligadas a brindar, orientar y facilitar a sus afiliados de forma pronta y eficiente los servicios que ofrecen.

Al efecto debe precisarse que los derechos a la salud y a la vida, cuya protección se reclama hacen parte de la gama de los derechos fundamentales...

Así las cosas, debe la Sala determinar, si existe la obligación, genérica, por parte de las entidades accionadas de satisfacer el requerimiento de la accionante como llamadas a su garantía y protección.

Mediante el Decreto 1795 de 2000, fue creado el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (SSMP), en desarrollo del artículo 217 de la Constitución Política. Se trata de un sistema diferente y autónomo del establecido en la Ley 100 de 1993, para el suministro de prestaciones

médico asistenciales, justificado en las específicas condiciones laborales que tienen los miembros de la Fuerza Pública.

El decreto 1795 de 2000, mediante el cual se regula el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ha sido objeto de examen por parte de la Corte Constitucional, aclarándose por dicha corporación, que:

En tal sentido, cabe señalar que el artículo 24 del mencionado decreto enuncia a los beneficiarios del mencionado sistema, entre los cuales figuran “Los hijos mayores de 18 años con invalidez absoluta y permanente, que dependan económicamente del afiliado y cuyo diagnóstico se haya establecido dentro del límite de edad de cobertura”. A su vez, el parágrafo 1º del artículo 24 del citado decreto, disposición que fue declarada inexecutable en sentencia C-479 de 2003, definía la invalidez absoluta y permanente como aquel “*estado proveniente de lesiones o afecciones patológicas no susceptibles de recuperación que incapaciten de forma total y permanente la capacidad laboral a la persona para ejercer un trabajo. Para determinar la invalidez se creará en cada Subsistema un Comité de Valoración, de conformidad con lo que disponga el CSSMP*”.

Así las cosas, en la actualidad, en los términos de la sentencia T-157 de 2006, proferida por esta misma Sala de Revisión, en lo que concierne al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, si bien existe una disposición expresa según la cual únicamente son beneficiarios del mismo los hijos mayores de 18 años que padezcan una invalidez absoluta y permanente, también lo es que desapareció del ordenamiento jurídico la norma que definía con precisión el alcance del mencionado concepto, motivo por el cual, al momento de examinar si una persona es o no beneficiaria del referido subsistema deberán tenerse en cuenta: (i) las disposiciones constitucionales concernientes a los sujetos de especial protección; (ii) las diversas disposiciones internacionales que regulan el tema de la discapacidad mental; (iii) las particularidades del caso concreto, y (iv) las pruebas técnicas que se le hubiesen practicado al accionante.

En el *sub lite* se reclama protección para una persona que sufre de una enfermedad mental severa, la cual fue valorada y calificada directamente por el área de Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, luego no existe razón para que esa entidad haya producido la desafiliación al subsistema de salud, y le niegue el servicio en calidad de beneficiario, dado que en su poder se encuentra la prueba suficiente de la

incapacidad.

RONALD MAURICIO reúne los requisitos exigidos en el artículo 24 del citado decreto, en donde se indica que son beneficiarios del servicio *“c) Los hijos mayores de 18 años con invalidez absoluta y permanente, que dependan económicamente del afiliado y cuyo diagnóstico se haya establecido dentro del límite de edad de cobertura”*.

Es así como la invalidez absoluta y permanente como ya se reseñó, fue determinada con una calificación del **“58.05%”** y con fecha de estructuración el **“año 2001”** cuando solo contaba con 17 años de edad, puesto que nació el 05 de julio de 1984, es decir antes de cumplir la mayoría de edad. Además, depende económicamente de la pensión de sobreviviente que devenga su madre como esta lo declaró ante esta oficina judicial.

Luego, se configuran los requisitos exigidos por el decreto 1795 de 2000, mediante el cual se regula el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, para que **RONALD MAURICIO CEPEDA LOPEZ** sea beneficiario del servicio de salud con mayor razón cuando la autoridad accionada no justificó ni dio a conocer las razones de la desafiliación, lo que impone el amparo de dicha garantía.

Finalmente, frente a los trámites pensionales es de resaltar que la madre en su declaración manifestó que no ha iniciado ninguna gestión ante el Ejército o ante la Jurisdicción Ordinaria para dicho reconocimiento a favor de su hijo, por lo tanto, no es posible edificar la vulneración de un derecho por falta de reconocimiento de una prestación social que no se ha solicitado.

Sentencia de tutela de 1ª instancia (2011-00351-00) del 02 de noviembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: tutela el derecho fundamental a la salud.

**

SUSPENSIÓN DEL PROCESO POR PREJUDICIALIDAD PENAL – Fraude procesal perpetrado mediante dictamen pericial/EXCEPCIÓN DE NO SER EL DEMANDADO EL SUScriptor DEL TÍTULO VALOR – No puede ser acogida cuando existe sentencia penal condenatoria en contra del perito que llegó a tal conclusión.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Comercio, artículo 784, numeral 1º; Código de Procedimiento Civil, artículos, 170. 171, 172, 241 y 306.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 4422 del 15 de abril de 1997, con ponencia de Carlos Esteban Jaramillo Schloss, 1999-01651-01 del 15 de diciembre de 2009, con ponencia de Ruth Marina Díaz Rueda, y 2010-00033-01 del 24 de febrero de 2010, con ponencia de Edgardo Villamil Portilla.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La Sala, por auto del 03-02-2011, dispuso “...LA SUSPENSION del presente proceso hasta que se conozca -y alcance firmeza- el fallo condenatorio anunciado por el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA contra el señor CLOVER JAIRO ALVAREZ ALVAREZ (radicación 76-109-6000-163-2007-00425-00)...”.

Lo anterior, en consideración a que encontrándose en trámite la alzada en ésta colegiatura

“...el juzgado *a-quo* remitió (..) las copias que recibió de la FISCALIA 40 SECCIONAL DE BUENAVENTURA tomadas del proceso penal que por el presunto punible de FRAUDE PROCESAL (materializado en el presente proceso de ejecución) se adelanta en ese despacho contra ROBERTO ZUÑIGA [aquí codemandado] y contra CLOVER JAIRO ALVAREZ ALVAREZ; éste último, cumple precisarlo, intervino en éste proceso como perito grafólogo, y su dictamen [el cual concluyó que la firma que aparece en el título valor objeto de recaudo ejecutivo no es la del citado codemandado] fue acogido integralmente en la sentencia apelada para declarar terminada la ejecución respecto de dicho señor (ROBERTO ZUÑIGA).

(..) En su comunicación (oficio F-040-2007-00425), la Fiscal 40 Seccional de Buenaventura informa, entre otros tópicos, que en el decurso de su investigación se ha establecido que el sindicado CLOVER JAIRO ALVAREZ ALVAREZ no ha tenido vínculo laboral alguno con el Instituto Nacional de Medicina Legal, como se presentó ante el Juzgado *a-quo* al rendir su experticia (ver, folios 12 a 15 cdo. #3).

(..) El pasado 25 de enero de 2011 la parte actora allegó al Tribunal el ACTA DE LA AUDIENCIA DE JUICIO ORAL celebrada el 19 de enero de 2001 en el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA, acto en el cual se anunció, por parte del Juez, que “...*el sentido del fallo es de carácter condenatorio, ya que los elementos materiales probatorio (sic), la evidencia física,*

las pruebas testimoniales nos permiten establecer mas allá de toda duda que efectivamente el imputado CLOVER JAIRO ALVAREZ ALVAREZ sí es responsable a título de autor material de la conducta punible de Fraude Procesal la cal (sic) le fue formulada por la Fiscalía. Se fija como fecha y hora para dar lectura a la sentencia el día 23 de febrero de 2011, a partir de las 2.00 de la tarde...” (folio 17 fte. cdo. 4o.).

(..) Teniendo en cuenta lo anterior, y dado que al presente proceso le corresponde el turno de ley para ser decidido en segunda instancia, la Sala estima no solo pertinente, sino incluso imperativo, suspender el pronunciamiento que atañe a ésta Colegiatura en las condiciones consagradas por los artículos 170 y 171 del C. de P. Civil (prejudicialidad penal), hasta tanto se conozca -y alcance firmeza- el fallo condenatorio anunciado por el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA contra quien, como perito grafólogo, rindió el dictamen que, acogido de manera integral por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de la misma ciudad, constituyó el basamento toral de la sentencia apelada.

Lo anterior, con fundamento en que (i) la teleología de la suspensión de un proceso civil por “*prejudicialidad penal*” consiste en evitar que entre la sentencia a proferir en lo civil y la sentencia que pueda dictarse en el proceso penal, se presenten “*...contradicciones que afectarían no solo los derechos de las partes sino la unidad misma que debe existir en la administración de justicia, eventualidades éstas que debe prever (el juez civil) postergando su decisión...*” (Corte Constitucional, sentencia T-451 del 27 de abril de 2000); (ii) designio de ese talante, sin duda, se asegura o garantiza cuando el Juez Civil de primer o segundo grado, ante la influencia que en lo civil pueda tener una sentencia penal por proferirse, decide SUSPENDER el proceso civil, pues hasta perogrullesco resulta afirmarlo, mientras el fallo civil no se pronuncie o alcance firmeza (esto último, por encontrarse pendiente de definición por parte del *ad-quem* la consulta o la apelación del mismo) la contradicción judicial de la que atrás se habló, y la perplejidad que de ello resultaría para la comunidad, se puede y debe evitar con la suspensión del proceso civil, bien sea en primera o en segunda instancia. En efecto, desde el numeral 1º de su artículo 170 el C. de P. Civil alude a “la decisión civil” (refiriéndose, por supuesto, a la sentencia del Juez Civil) como el momento procesal hasta el cual el Juez Civil (coincidente con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 171 ib.) está habilitado para valorar la “influencia” que el fallo a proferirse

por el Juez Penal pueda tener en la sentencia que a aquel (Juez Civil) corresponde dictar en el proceso bajo su conocimiento, y decidir lo referente a la suspensión de éste. No distingue la ley, entonces, si la decisión (sentencia) civil es la que corresponde proferir en primera o segunda instancia. En otras palabras: cuando el inciso 2 del artículo 171 del C.P.C. alude al “estado de dictar sentencia” como el momento procesal en el cual corresponde definir el punto, de ninguna lo restringe o limita a la sentencia de primera instancia; (iii) en el presente caso, considerando que el delito de *FRAUDE PROCESAL* por el cual el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA anunció sentencia condenatoria penal tiene que ver de manera frontal con el dictamen pericial que la persona condenada penalmente rindió en el proceso civil [y, adicionalmente, que esa “*experticia*” constituyó el fundamento medular de la decisión adoptada en la sentencia apelada], al pronto se descubre la catedralicia relación o influencia que la sentencia penal tiene en la decisión de segunda instancia que habrá de adoptarse por parte de éste Tribunal; (iv) es verdad que un sector de la doctrina sostiene que tratándose de falsedad en documentos no procede la suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal, en cuanto “...dentro del proceso civil están consagrados mecanismos para alegar y demostrar la falsedad mediante la formulación oportuna de la tacha de falsedad. (..) El anterior criterio o argumento resulta ratificado si se tiene en cuenta que en el numeral 2º del artículo 380 del C. de P. Civil se consagra como causal de revisión “*haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida*”. La consagración de ésta causal de revisión da pleno fundamento para no aplazar el pronunciamiento de la sentencia por virtud de la suspensión por la prejudicialidad penal, por cuanto si dentro del proceso penal se declaran falsos los documentos que fueron decisivos para dictar la sentencia en el proceso civil, el recurso de revisión aparece para atacar la sentencia proferida en el proceso civil dentro del cual el documento declarado falso fue fundamental para dirimir la correspondiente litis...” (Tribunal de Bogotá, auto del 27-06-1995).

En el presente caso, empero, ésta Sala encuentra que el proceso penal no versa sobre la falsedad de un documento sino respecto de un fraude urdido a través de un dictamen pericial elaborado con el designio de inducir al error a un Juez, y por esa vía obtener de éste una sentencia contraria a derecho. Por otro lado, en el proceso penal que se sigue contra el tantas veces citado perito no se está controvirtiendo el contenido mismo de la prueba

pericial por él presentada en el juicio ejecutivo (vale decir, su fundamentación, su rigor científico, sus conclusiones, etc.), sino que de lo que allí se trata es de la presunta ilicitud en que incurrió su autor en la producción de la misma, y su utilización en el presente proceso de ejecución con el torcido propósito de engañar la administración de justicia para los fines ya anotados. Ahora bien: siendo la economía procesal uno de los más caros principios que orientan el proceso civil, no se ve asonante con ese postulado que, siendo que la causal cuarta de revisión la configura el hecho de “...*haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba...*”, el Juez Civil [en caso *sublite*, el de segunda instancia, que es ésta Sala], conociendo que el Juez Penal ya anunció formalmente el sentido condenatorio de la sentencia contra el perito que rindió un dictamen decisivo o determinante en la sentencia apelada [y por ende en la de segundo grado que habrá de dictarse, bien para desestimarla o para acogerlo], decida apreciar o valorar ese dictamen con el argumento de que cuando la sentencia penal condenatoria alcance ejecutoria, la parte afectada con la experticia espuria está de todos modos habilitada para acudir a otro proceso, en orden a instaurar recurso extraordinario de revisión contra la sentencia en la que aquel dictamen fue decisivo...”. (folios --- cdo. 5o).

El 06-09-2011 fue incorporada al proceso copia auténtica de la sentencia proferida el 17-08-2011 por el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA, mediante la cual se declaró penalmente responsable al señor CLOVER JAIRO ALVAREZ ALVAREZ “...*por el delito de fraude procesal...*” materializado en el dictamen pericial [grafológico] rendido por dicho señor en el presente proceso, toda vez que con esa prueba espuria -cual lo destacó la sentencia penal condenatoria antes mencionada- “...*se logró obtener una decisión errada que ponía fin a un proceso a través de sentencia...*” (folio 36 fte. cdo. ib.). El fallo penal en cita, según constancia obrante a folio 46 vto. cdo. ib, se encuentra debidamente ejecutoriado.

Así las cosas, tomando pivote en el artículo 172 del C. de P. Civil la Sala, por auto del 08-09-2011, ordenó la reanudación del proceso, y adicionalmente dispuso -oficiosamente- “...tener como prueba trasladada el informe técnico (“estudio grafológico”) rendido por el AREA DE POLICIA CIENTIFICA Y CRIMINALISTICA de la DIRECCION DE INVESTIGACION CRIMINAL en el decurso del proceso penal que dio lugar a la suspensión [por prejudicialidad] del presente proceso ejecutivo, y cuya copia auténtica obra en éste en virtud a remisión efectuada por la FISCALIA 40 SECCIONAL DE BUENAVENTURA mediante oficio F-40 del 14 de febrero de 2009 (folios 69 a

89, cuaderno 5o)...”, toda vez que consideró importante ese elemento probatorio para decidir la suerte, en segunda instancia, de la excepción de “...NO HABER SIDO EL DEMANDADO [Roberto Zúñiga] QUIEN SUSCRIBIO EL TITULO...” que en la sentencia apelada se declaró “*probada*”, único tópico que cual se dejó asentado en la parte introductoria de éste fallo, constituye el único agravio de la parte recurrente, lo que de paso limita la competencia de la Sala a ese específico punto.

Desde luego, con el designio de garantizar el derecho de contradicción de las partes respecto del aludido informe técnico [toda vez que en el proceso penal antes mencionado no intervinieron éstas], se dio traslado del mismo para los fines indicados en el numeral 1 del artículo 238 del C. de P. Civil (en concordancia con el inciso final del artículo 243 *ejusdem*), pues en éstos casos -como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria- “...es menester para poder valorarla, darle a quienes fueron ajenos a su decreto, producción y recaudo la oportunidad de debatirla ampliamente y de manera pública...” (Sala de Casación Civil, sentencia del 15-12-2009, expediente 1999-01651-01).

(...)El pormenorizado recuento que en páginas anteriores se ha dejado plasmado al rompe revela que el pilar único de la decisión que por vía de alzada compete a la Sala examinar, a saber, el dictamen grafológico rendido en el decurso de la primera instancia según el cual “...*la firma que se le atribuye al señor Zúñiga, no corresponde al puño y letra de este, sino que corresponde a una firma falsificada o espuria...*”, fue el resultado de una conducta ilícita orientada a obtener una decisión contraria a derecho, punible proceder desplegado por el señor CLOVER JAIRO ALVAREZ ALVAREZ, quien, incluso, jamás formó parte del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL, como se presentó al juzgado a-quo al rendir su dictamen (folios 12 a 15 cdo. 3o).

En palabras del juez que declaró la responsabilidad penal de dicho señor por el delito de FRAUDE PROCESAL, la intención de CLOVER JAIRO ALVAREZ ALVAREZ al presentar el dictamen grafológico en cuestión fue “...*ser mendaz para inducir al error al operador judicial y así obtener una sentencia bajo ese influjo...*”, de lo cual se sigue “...*acorde con los planteamientos del delegado de la Fiscalía y el Ministerio Público (..) el convencimiento de la responsabilidad penal del señor CLOVER JAIRO ALVAREZ ALVAREZ, mas allá de toda duda (..) para proferir sentencia de carácter condenatorio en su contra, como quiera que puso real y efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia que se protege, por haber generado con su conducta un engaño con la ocultación de la verdad por medio del dictamen grafológico rendido, con el que se logró obtener una decisión errada que ponía fin a un proceso...*” (folios 34 y 36 fte. cdo. 4o).

La jurisdicción del Estado, es claro, a través de un juez de la especialidad penal ya habló. Y de qué manera. Sus efectos, entonces, son *erga omnes*, pues al declarar aquél juez -en sentencia ya ejecutoriada- que la susodicha prueba fue el instrumento a través del cual el perito incurrió en la ilicitud de provocar una sentencia contraria a derecho, ninguna otra autoridad judicial puede sustraerse al poder vinculante de esa sentencia penal condenatoria, toda vez que como de vieja data es conocido

“...[L]a autoridad de la cosa juzgada en lo penal dentro del proceso civil descansa en el principio de orden público que lleva al juez a actuar en función de la tutela que dispensa el derecho penal, y que en principio no puede abandonarse a la actuación de los particulares. Por este motivo, las situaciones de la vida humana que son materia del proceso penal tienen por objeto el delito, como ofensa pública cuyo castigo interesa a toda la comunidad, distintamente a lo que sucede con el juicio civil donde el juez actúa en guarda de un simple interés particular; y es por ello, también, por lo que el fallo penal hace tránsito a cosa juzgada erga omnes, no sólo en cuanto al hecho en que la acción penal se funda, su calificación y la participación y responsabilidad del sindicado, sino también respecto de todas aquellas acciones que, como la del resarcimiento del daño, tengan su fundamento en hechos enjuiciados por el juez penal...” (G.J, T.LXX, pág. 234), lo que lleva a sostener, siguiendo de cerca las enseñanzas de los hermanos Mazeaud (Tratado Teórico y Práctico...Tomo II, Vol. 2o, Num. 1745), que los órganos integrantes de esta especialidad jurisdiccional, cuando resuelven sobre el fondo de la acción pública originada en la infracción de la ley penal, con vista en un marcado interés social fallan entre una parte y la comunidad entera para que la decisión así adoptada dentro del marco de su competencia, se imponga a todos; “...nadie puede ser llevado -dicen los afamados expositores en referencia- a discutir las disposiciones penales de la sentencia, incluso en sus consecuencias sobre los intereses civiles. Por eso, la autoridad de la cosa juzgada en lo criminal es absoluta sobre lo civil, se impone sean cuales sean las partes, sean cuales sean el objeto y la causa de la demanda civil...” (C. S. de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15-04-1997, expediente 4422, magistrado ponente Dr. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO S.).

En tales condiciones, casi sobra decirlo, de cualquier poder suasorio ha quedado desprovisto ese único soporte de la decisión confutada. A lo cual cabe agregar -a manera de precisión adicional- que de todos modos en ese

dictamen era relumbrante la carencia de fundamentación científica que le imprimiera credibilidad, y a pesar de que advertido el juez *a-quo* de esa precariedad ordenó su complementación [auto del 28-02-2007], el perito, con total desparpajo, limitóse a manifestar, en un escrito de cuatro renglones, *“...que me ractifico (sic) en todos y cada uno de sus partes del dictamen emitido por el suscrito en el proceso referenciado y que fuera ordenado por su despacho...”* (folio 139 fte. cdo. ib.), lo cual debió conducir a desestimar tan deleznable elemento probatorio, pues así éste no hubiese sido objetado por las partes [o que lo hubiese sido extemporáneamente], al juez no le era dable sustraerse del deber de analizarlo al tamiz de los requisitos que enlista el artículo 241 del C. de P. Civil *“...[d]esde luego que el silencio de las partes en relación con la prueba no constituía una dispensa frente a la necesidad de hacer el mencionado análisis, el cual, valga reiterarlo, representa un mandato legal que debe verse reflejado en la motivación de la sentencia ...”* (Sala de Casación Civil, sentencia del 24-02-2010, expediente No. 11001-22-03-000-2010-00033-01, magistrado ponente Dr. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA).

En cambio, obra en el expediente -como prueba debidamente trasladada a éste proceso- el informe técnico (“estudio grafológico”) rendido por el AREA DE POLICIA CIENTIFICA Y CRIMINALISTICA de la DIRECCION DE INVESTIGACION CRIMINAL en el proceso penal líneas atrás mencionado (folios 69 a 89, cuaderno 5o), en el cual, con derroche de claridad, y luego de una precisa descripción del procedimiento científico utilizado para determinar si una de las firmas obrantes en el título ejecutivo proviene del codemandado ROBERTO ZUÑIGA, concluyóse -acompañado de una secuencia explicativa de fotos ampliadas y precisiones puntuales sobre los diversos trazos de las firmas cotejadas- que tanto la aludida firma como los números de la cedula de ciudadanía que aparecen al pie de ésta corresponden escrituralmente *“...con las muestras manuscriturales indubitadas...”* y *“...con los guarismos (..) indubitados (..) aportados como patrón de referencia...”* (folio 88 fte. cdo. 5o).

Súmese a ello (i) la manifestación efectuada por el otro demandado [LUIS ANGEL CUERO] en su escrito de excepciones, en el sentido de que suscribió como aceptante la letra de cambio *“con otra persona”* (folio 15 fte. cdo. 1o); (ii) la declaración del primer beneficiario de la orden de pago contenida en dicho título valor [LIBARDO ANTONIO LARA] acerca de que éste lo firmaron *“...como deudor el señor Luís Cuero y como codeudor el señor Roberto Zúñiga...”*, y (iii) la manifestación que en el presente proceso hizo el propio ROBERTO ZUÑIGA al exhibírsele la multicitada letra [en el sentido de que *“...no me parece que es mi firma, hay una que se asemeja a la mía pero no es...”*], y aflorará certeza acerca de que la presunción de autenticidad con que ingresó al proceso el tantas veces citado título valor NO HA SIDO DESVIRTUADA, de lo cual se sigue el colapso de la excepción que con ese

designio, y bajo el *nómen* de “**NO HABER SIDO EL DEMANDADO QUIEN SUSCRIBIO EL TITULO**”, propuso el señor ROBERTO ZUÑIGA.

Definida como ha quedado en segunda instancia la suerte de la única excepción propuesta por el señor ROBERTO ZUÑIGA que fue objeto de análisis y definición en la sentencia apelada, procede el Tribunal, en cumplimiento de lo previsto por el inciso segundo del artículo 306 del C. de P. Civil, a pronunciarse sobre las restantes excepciones que éste formuló oportunamente [bajo el rótulo de “**DINERO NO ENTREGADO**” y “**ENTREGA DEL TITULO SIN INTENCION DE HACERLO NEGOCIABLE**”], las cuales no fueron objeto de análisis en el aludido fallo.

Aplicada a esa tarea, la Sala encuentra -en el preciso umbral del análisis a tales medios exceptivos- que ninguno de ellos tiene vocación de prosperidad, toda vez que apuntalados como se encuentran en circunstancias supuestamente acaecidas entre los iniciales suscriptores del título valor [LIBARDO ANTONIO LARA, por un lado, y ROBERTO ZUÑIGA y LUIS ANGEL CUERO MOSQUERA por el otro], relacionadas con el negocio que constituyó su origen causal, y siendo que el aquí ejecutante [JULIO CESAR CAMPO MARTINEZ] NO FUE PARTE en dicho negocio, amén que ni siquiera se le ha enrostrado mala fe a éste en su condición de tenedor de dicho instrumento, sería fútil cualquier análisis en torno a si hubo o no entrega de suma de dinero alguna entre las partes, o si el instrumento de marras fue creado por éstas “*sin la intención de hacerlo negociable*”, pues como es bien sabido, defensas de éste talante conciernen a la autonomía de los instrumentos negociables, principio éste en cuya virtud, no sobra memorarlo, el tenedor de un título valor -cuya buena fe se presume por el solo hecho de haberlo adquirido conforme a su ley de circulación [como aquí ocurrió con el demandante]- ejerce un derecho propio que no puede limitarse o decidirse por relaciones que hayan existido anteriormente; vale decir se torna independiente el derecho que surge del título para cada tenedor.

A la sazón, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en tales casos “*...el derecho es autónomo (..) porque el poseedor de buena fe ejercita un derecho propio, que no puede limitarse o decidirse por relaciones que hayan mediado entre el tenedor y los poseedores precedentes*”, de suerte que “*a quien haya adquirido el documento conforme a la ley de su circulación, no se le pueden proponer las excepciones oponibles al tenedor anterior o la falta de titularidad de éste (art. 627)*” (Sentencia de 23 de octubre de 1979). *Más recientemente puntualizó que, en virtud del aludido principio, “cada adquirente del título consolida sobre él un derecho independiente, propio, no derivado de los que le anteceden y distinto de ellos...”* (Sentencia de 14 de junio de 2000)....” (Sentencia del 02-08-2055, expediente 73001-22-03-000-2005-00175-01, magistrado ponente

Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO).

A modo conclusivo, pues, la Sala declarará no probadas las excepciones en comento.

Sentencia de 2ª instancia (15011) del 08 de noviembre de 2011, con ponencia de la Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca los numerales 2º y 5º de la parte resolutive de la sentencia apelada y declara no probadas las restantes excepciones.

RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS TRANSPORTADORAS POR LOS VEHÍCULOS AFILIADOS A ELLAS - En la misma no tiene repercusión alguna si el conductor del vehículo que causa el daño es o no su dependiente o empleado/PERJUICIOS MORALES – Hermano de crianza.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículo 2536.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 124 de 2005, 7627 del 20 de junio de 2005, con ponencia de César Julio Valencia Copete, 4978 del 05 de mayo de 1999, con ponencia de Jorge Antonio Castillo Rugeles, 1998-00650-01 del 30 de junio de 2005; del 26 de agosto de 1997, con ponencia de Carlos Esteban Jaramillo Schloss; 2005-00406-01 del 18 de septiembre de 2009, con ponencia de William Namén Vargas, 2005-00611-01 del 26 de agosto de 2010, con ponencia de Ruth Marina Díaz Rueda y 7304 del 12 de agosto de 2003, con ponencia de Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Es evidente que el único motivo de agravio aducido por la empresa recurrente frente a la sentencia de primer grado que le fue adversa, consiste en que a pesar de estar afiliado a ella el microbús que causó la muerte de la familiar de los demandantes, no está llamada a responder civilmente por los perjuicios que de ese hecho se derivan, toda vez que -ahí la nuez de su planteamiento- el conductor de dicho vehículo no era empleado o subordinado suyo al momento del siniestro.

En ese orden de ideas cumple destacar, de la mano de reiterados como esclarecedores pronunciamientos del órgano límite de la jurisdicción

ordinaria en torno a la responsabilidad de las empresas transportistas por los perjuicios que los vehículos a ellas afiliados causan a terceros en el ejercicio de la actividad peligrosa que entraña la movilización de vehículos automotores, que

“...las sociedades transportadoras, en cuanto afiliadoras para la prestación regular del servicio a su cargo, independientemente de que no tengan la propiedad del vehículo respectivo, ostentan el calificativo de guardianas de las cosas con las cuales ejecutan las actividades propias de su objeto social, no sólo porque obtienen aprovechamiento económico como consecuencia del servicio que prestan con los automotores así vinculados sino debido a que, por la misma autorización que le confiere el Estado para operar la actividad, pública por demás, son quienes de ordinario ejercen sobre el automotor un poder efectivo de dirección y control, dada la calidad que de tenedoras legítimas adquieren a raíz de la afiliación convenida con el propietario o poseedor del bien, al punto que, por ese mismo poder que desarrollan, son las que determinan las líneas o rutas que debe servir cada uno de sus vehículos, así como las sanciones a imponer ante el incumplimiento o la prestación irregular del servicio, al tiempo que asumen la tarea de verificar que la actividad se ejecute previa la reunión integral de los distintos documentos que para el efecto exige el ordenamiento jurídico y las condiciones mecánicas y técnicas mediante las cuales el parque automotor a su cargo debe disponerse al mercado.

En el sentido que se acaba de exponer la Corporación dejó sentado, teniendo como punto de referencia las normas incorporadas en el decreto 1393 de 1970, “vigente para la época de ocurrencia de los hechos, que las empresas de transporte son, por definición, una unidad de explotación económica permanente, con los equipos, instalaciones, y órganos de administración adecuados para efectuar el acarreo de personas o bienes de un lugar a otro (art.9º), que las mismas deben poseer un sistema adecuado de mantenimiento de los vehículos, bien que lo hagan por cuenta propia o faciliten a los demás los medios para hacerlo (art.21); que deben forzosamente contratar los conductores y les asignan los honorarios (arts.2º, 47 y 51); que son las que elaboran tanto el reglamento de funcionamiento como el interno de trabajo (arts.9º y 24); las que, cuando no son propietarias de todos los vehículos, los vincula ´por cualquier forma contractual legalmente establecida´(art.9º), y en fin, la de que una vez obtenida la licencia de funcionamiento, que la acredita encontrarse en posibilidad ´de prestar el servicio

público de transporte terrestre automotor´ (art.23), obtiene la tarjeta de operación de los vehículos”(G. J., t. CXCVI, pag.155).

Esas particulares características, que brotan como consecuencia de la ejecución del negocio a través del cual las sociedades transportistas asumen la función de operar y explotar los vehículos que de otras personas vinculan, “legítima suficientemente a la empresa afiliadora para responder por los perjuicios que se causan a terceros en el ejercicio de la actividad peligrosa que entraña la movilización de vehículos automotores para la satisfacción del aludido servicio, pues si ella es la que crea el riesgo ´... es acertado, ha dicho esta Corporación, que se le repute culpable de todo detrimento ocasionado por su obrar...´...”(sentencia número 021 de 1º de febrero de 1992, no publicada aún oficialmente)...” (C.S. de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia SC.124 de 2005).

En ese contexto, esto es, bajo la égida de la culpa presunta que gravita sobre la empresa de la transporte aquí recurrente [debido a la actividad peligrosa de la cual se lucra], ninguna relevancia tiene que exista o no subordinación laboral entre esa persona moral y el conductor del microbús que causó la muerte a OMIR MOSQUERA PALACIOS, toda vez que el solo hecho de ostentar la condición de afiliadora “...permite sostener, como en otra oportunidad lo expuso la Corte, que la susodicha subordinación no se exige “para las acciones impetradas con base en el artículo 2356 ibídem, como aquí acontece, ya que en este caso no interesan las relaciones entre el conductor y el guardián o propietario, puesto que, repítese, la presunción de culpa emerge es de la obligación de mantener o conservar las cosas, del control de mando, dirección y aún del goce sobre ellas, en forma tal que nadie reciba daño alguno, con abstracción de su conductor” (G. J. t. CXCVI, página 154)...” (Sentencia del 20 de junio de 2005, expediente #7627, magistrado ponente Dr. CESAR JULIO VALENCIA COPETE).

Dicho de otro modo: si el evento dañoso proviene del ejercicio de una actividad peligrosa como la que sin duda es la del transporte de personas, ninguna incidencia tiene que el conductor del vehículo que causa el daño sea dependiente o empleado del guardián de dicha actividad. Es que, como bien es sabido, en tal caso la responsabilidad del guardián [empresa que presta el servicio de transporte] de ese tipo de actividad es directa, pues como repetidamente lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, “...el artículo 2356 del Código Civil, al tiempo que regula lo atinente a la responsabilidad que surge del desarrollo de las actividades peligrosas, reglamenta, al lado del supuesto previsto en el artículo 2347 ibídem, la llamada responsabilidad directa, predicable, como se sabe, no solamente del autor material del hecho dañoso sino también de las personas, naturales o jurídicas, que ostentaren

la condición de guardianas de la cosa inanimada con la cual se produjo el daño, desde luego que como la responsabilidad atribuible al autor material del suceso y la que se deriva de la ejecución de una labor considerada de riesgo no se excluyen “la presunción de culpabilidad en contra de quien ejercita una actividad peligrosa afecta no sólo al dependiente o empleado que obra en el acto peligroso, sino también al empleador, dueño de la empresa o de las cosas causantes del daño”(G. J., t. LXI, pag.569)...” (sentencia del 20-06-2005, expediente #7627, magistrado ponente Dr. CESAR JULIO VALENCIA COPETE).

Por ende, conforme al régimen de responsabilidad aplicable en éstos casos [artículo 2536 del Código Civil], inútil resulta para el guardián de la actividad peligrosa [en éste caso, la empresa de transporte demandada] invocar hechos tales como que no escogió o designó al conductor del vehículo que causó el daño, o que con éste no tiene relación laboral alguna. Incluso le será fútil aducir -en caso de que el conductor fuese dependiente o empleado suyo- que observó toda la prudencia debida al contratarlo, como quiera que de la responsabilidad dimanante del ejercicio de actividades peligrosas solo es posible obtener exoneración

“...en cuanto [se] acredite que el daño sólo pudo tener por fuente cualquier suceso extraño, como la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o la de un tercero. Esto es, que todas las actividades de esa especie, llamadas peligrosas, aparejan “la existencia de una obligación legal de resultado consistente en vigilar esa actividad e impedir que ella, por su propio dinamismo o debido a circunstancias anormales que la rodearon en un momento dado, escape al control de quien de la aludida actividad se sirve o reporta beneficio; luego si en la realización de un daño se demuestra que tuvo influencia causal caracterizada, un hecho de la índole de los que viene haciéndose mérito en estas consideraciones, ello, en términos de ley, es suficiente para tener por probada, por vía de una presunción contenida en aquella disposición, la infracción de la obligación de guarda recién aludida. La causalidad basta para tener por establecida la culpa en aquellos casos en que, atendidas la naturaleza propia de la actividad y las circunstancias precisas en que el hecho dañoso se realizó, la razón natural permite imputar este último a la incuria o imprudencia de la persona de quien se demanda la reparación, e inútil será por lo tanto, que este último, guardián de la actividad y demandado en el proceso, intente establecer que observó la diligencia debida; su defensa, entonces, no puede plantearse con éxito en el terreno de la culpabilidad sino en el de la causalidad, rindiendo la prueba de la causa extraña del perjuicio, originada en el caso fortuito o en la

fuerza mayor, en el hecho de la víctima o en el hecho de un tercero". (G.J. CCXXXIV. Pág. 260)...” (sentencia del 05-05-1999. Expediente 4978, magistrado ponente Dr. JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES).

Ningún suceso extraño, como fuerza mayor o caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, fue alegado por la empresa demandada. Mucho menos milita en el proceso prueba alguna en el proceso alrededor de ello. La presunción de culpabilidad de la que en líneas atrás se habló, en consecuencia, **permanece intangible**. De lo cual se sigue, ergo, el acierto del juzgado *a-quo* al deducir responsabilidad civil a dicha persona jurídica por los daños extrapatrimoniales [únicos invocados en la demanda] que a los actores irrogó la muerte de OMIR MOSQUERA PALACIOS, incluyendo al “*hermano de crianza*” de ésta [JOSE ANTONIO KLINGER], desde luego que siendo lo lógico que quienes están unidos por los lazos de la sangre o por vínculo matrimonial con la víctima son quienes generalmente experimentan sufrimiento espiritual, pesar, congoja, aflicción, sufrimiento u otros signos expresivos que secularmente han sido concretados en la expresión DAÑO MORAL, no menos averiguado es que otras personas con quienes la persona fallecida o lesionada sostenía recíprocamente entronques afectivos sólidos **también suelen padecer, así sea en menor medida, afectación extrapatrimonial**. Tal el caso, sin pretender ser exhaustivos, de los hijos de crianza, hermanos de crianza, novios o amantes, lo cual dimana de la urdimbre de las relaciones que suelen entretenerse a través de esos vínculos.

No en vano, la Corte ha dicho que “...[C]uando la víctima directa de un acto lesivo fallece por causa del mismo, todas aquellas personas, **herederas o no**, que se ven agraviadas por su deceso, están habilitadas para reclamar la reparación de los daños que por esa causa recibieron...” (Sala de Casación Civil, sentencia del 30-06-2005, expediente 68001-3103-005-1998-00650-01).

Por supuesto: **el parentesco cercano**, una vez acreditado, hace presumir o inferir la existencia del daño moral, pues como lo ha dicho la Corte, “...**al demostrar el cercano parentesco entre el actor y esta última [la víctima], se acredita sin duda la existencia de una relación que en guarda del postulado de razonabilidad en las inferencias jurisdiccionales, permite construir la presunción del daño moral o afectivo, que por lo mismo puede ser desvirtuada por la parte interesada, invirtiéndose de ese modo la carga de la prueba para pasar a pesar sobre quien le corresponde, en concepto de responsable, este tipo de perjuicios....**” (Sentencia del 26 de agosto de 1997. Magistrado ponente Carlos ESTEBAN JARAMILLO S.).

Y aunque similar inferencia o presunción humana no parece tener el mismo arraigo cuando se trata de relaciones como las mencionadas en precedencia, lo cierto es que **si se demuestran éstas, y parejamente se**

revelan características tales como su connotación, antigüedad, cercanía o intimidad, en ningún desbarro incurre el operador judicial que, apuntalado en todo ello, infiera la existencia de un padecimiento moral susceptible de compensación económica. Con cuánta mayor razón si, adicionalmente, elementos probatorios hay en el proceso que apuntalan aquella afectación extrapatrimonial.

Que es justamente lo que en el presente caso se observa en relación con el codemandante JOSE ANTONIO KLINGER, cuya relación de hermandad con la víctima OMIR MOSQUERA PALACIO [“hermanos de crianza”] y la perturbación anímica que el deceso de ésta le causó aparecen sólidamente acreditados en el dossier con los testimonios de FEDERICO RAMOS ARDILA, ARTURO ASPRILLA PALACIO, y con las declaraciones de parte rendidas por MARIA ELENA MOSQUERA PALACIOS y ROSA NELLY MOSQUERA PALACIOS, quienes por cierto en sus exposiciones se refieren a aquel como su *“hermano mayor”*.

Una reflexión final: el *quantum* fijado en la sentencia opugnada a favor de los demandantes como indemnización por los antedichos perjuicios morales [\$8.452.269,00 para cada una de las tres consanguíneas de la citada causante, y \$4.454.212,00 para el *“hermano de crianza”* de ésta] adviene no solo asonante al *arbitrium iudicis* que gobierna la materia, toda vez que se revela ponderado, razonado y coherente con la individualización y magnitud del impacto moral padecido por aquellos, sino que respeta los límites trazados en ésta materia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, a modo de criterio orientador para los operadores judiciales de la jurisdicción ordinaria (ver, entre otras, sentencia del 18-09-2009, expediente 2001-3103-2005-00406-01, magistrado ponente Dr. WILLIAM NAMEN VARGAS, y sentencia del 26-08-2010, expediente 47001-3103-003-2005-00611-01, magistrada pponente Dra. RUTH MARINA DIAZ RUEDA).

Amén que, como bien lo dijo el *a-quo* en la referida providencia [tópico que -ya se resaltó en páginas anteriores- ninguna glosa o inconformidad le mereció a la única apelante], la conciliación [*“preacuerdo en proceso de conciliación”*] como lo rotularon sus suscriptores JORGE MINOTTA OROBIO, conductor del microbús, y MARIA ISABEL MOSQUERA PALACIOS, una de las aquí demandantes] a la cual aludieron los demandados en sus escritos de réplica, no se materializó, pues la compañía aseguradora que supuestamente pagaría unas sumas de dinero no las ha desembolsado, y tampoco ha reconocido deberlas. Y si bien el conductor-propietario del microbús pagó la suma de \$2.000.000 a una de las aquí demandantes [MARIA ISABEL MOSQUERA PALACIOS] por causa de aquel *“preacuerdo”* (ver, folio 7 cdo. 5), ha de memorarse (i) que esa cantidad fue tenida en cuenta por el *a-quo* a la hora de justipreciar el monto de los perjuicios morales, y (ii) que “...mientras a la víctima no se le haya reparado

íntegramente el daño que le ha sido irrogado, puede reclamar de cada obligado solidario la indemnización plena; obvio que lo que cada uno efectivamente paga por razón de la condena que se les imponga puede y debe ser deducido de una condena mayor que eventualmente pudiera llegar a darse” (cas. civ. de 10 de septiembre de 1998; exp: 5023). **Al fin y al cabo, “...la solidaridad pasiva tiene como rasgo característico el que todos y cada uno de los obligados responden por el total de la deuda, es decir, que a los ojos del acreedor cada deudor responde como si fuere el único que se encuentra en la parte pasiva del vínculo obligacional... Trátase, entonces, de la quintaesencia misma de la solidaridad, al punto de que donde se diga obligación solidaria se dice al propio tiempo que para el acreedor todos los obligados son iguales, y a cualquiera puede perseguir por la obligación entera”** (cas. civ. de 11 de enero de 2000; exp: 5208)...” (sentencia del 12-08-2003, expediente 7304, magistrado ponente Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO).

Sentencia de 2ª instancia (15926) del 08 de noviembre de 2011, con ponencia de la Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

ACCIÓN CAMBIARIA – La presentación de la demanda, cuando el acreedor hace uso de la aceleración del plazo, constituye, por regla general, el punto de partida del término de prescripción para las cuotas pendientes/CRÉDITOS PACTADOS EN PESOS O UPAC – Las obligaciones en ellas contenidas no dejan de ser claras ni expresas por su redenominación a UVR/SISTEMA UPAC – Mientras estuvo vigente, fue legítimo el cobro de intereses efectuado por la corporaciones de ahorro y vivienda/LEY 546 DE 1999 – Los beneficios propios del régimen de transición en ella consagrados fueron creados a favor de las personas naturales, y no de las personas jurídicas.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

: Código de Procedimiento Civil, artículos 306 y 488; Código de Comercio, artículos 621, 709, 789, 790 y 884; Ley 546 de 1999, artículos 39 a 43; Ley 45 de 1990, artículo 72.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias SU. 182 de 1998, SU. 813 de 2007, T-903 de 2001 y T-212 de 2004; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisiones 2002-0161-01 del 14 de julio de 2009, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García y 14194 del 05 de agosto de 2010, con ponencia

del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En procura de determinar cómo opera la prescripción respecto de los títulos valores, el Código de Comercio -en su artículo 781- diferencia la acción cambiaria directa de la de regreso en los siguientes términos: “...*La acción cambiaria es directa cuando se ejercita contra el aceptante de una orden o el otorgante de una promesa cambiaria o sus avalistas, y de regreso cuando se ejercita contra cualquier otro obligado...*”. Y en los artículos 789 y 790 del citado estatuto, se deja asentado que la acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento, en tanto que la de regreso del último tenedor en un año contado desde la fecha del protesto o, en su caso, desde el vencimiento o cuando concluyan los plazos de presentación.

Ahora bien: cuando en un título valor de la especie que en el presente proceso se ha exhibido como base de recaudo (pagaré) las partes pactan la denominada cláusula aceleratoria, por voluntad del acreedor [pues la misma constituye una prerrogativa para éste] la obligación dineraria que originariamente se acordó por cuotas o instalamentos se convierte en pura y simple, esto es, se hace exigible *in integrum*, produciéndose así, en punto de la prescripción de la acción cambiaria aludida en líneas anteriores, el interesante fenómeno que seguidamente se describe: respecto de las cuotas vencidas hasta el momento en que el acreedor hace uso de la cláusula aceleratoria, el punto de partida para la exigibilidad de su pago, y por ende, el de la contabilización del término de prescripción, corre independientemente para cada una de tales cuotas.

En cambio, para el resto de las cuotas [ó saldo de la obligación] la situación es diferente, pues por virtud de la cláusula aceleratoria ellas se convierten en “*puras y simples*”, quedando entonces en situación de pago inmediato, “...*instante desde el cual -no antes ni después- despunta el término de prescripción del compromiso en su integridad, por supuesto sin repercusión sobre la partes del crédito que, conforme a la modalidad de pago por instalamentos se hayan cancelado, estén vencidas e, incluso prescritas, toda cuenta de la independencia que las disciplina, según lo pactado. Así entonces, se reitera, que los términos para comenzar a contar la figura extintiva de la prescripción son diferentes en cada una de las cuotas, al igual que con relación al capital que por virtud de la aceleración del plazo se hace, a partir de entonces -no antes- exigible...*”.

O sea: para el resto de la obligación, vale decir, para las cuotas pendientes al momento en que el acreedor hace uso de la aceleración del plazo, el punto de partida para el conteo del término prescriptivo lo constituye, por regla general, la presentación de la demanda. A la sazón, la facultad que para el acreedor representa la cláusula aceleratoria solo puede producir efectos

respecto del deudor a partir del momento en que aquél le indica a éste que la ha ejercitado, extinguiéndose a partir de ese momento el plazo inicialmente pactado. Y ello generalmente se exterioriza con la presentación de la demanda, a menos que se demuestre que la manifestación de voluntad de hacer operante la cláusula aceleratoria se hizo con antelación, circunstancia en virtud de la cual se tendrá extinguido el plazo desde ese instante.

Trasladadas las premisas anteriores al caso que ocupa la atención del Tribunal, al pronto emerge el desbarro del juzgado *a-quo* al darle despacho favorable a la excepción de prescripción de la acción cambiaria respecto de la totalidad de la obligación insoluta instrumentada en el pagaré tantas veces mencionado, bajo el planteamiento de que no obstante haber hecho uso la entidad acreedora de la cláusula aceleratoria el día 12-09-2003 (cuando presentó la demanda), el percutor o punto de partida del término de prescripción de la acción cambiaria derivada del pagaré que constituye el título base de recaudo ejecutivo -TANTO PARA LAS CUOTAS HASTA ESE MOMENTO VENCIDAS, COMO PARAS LAS QUE AUN NO LO ESTABAN- es el 06-08-1998, vale decir, la fecha en que la sociedad deudora dejó de pagar la primera de tales cuotas.

Es que, itérase, al presentar su demanda el acreedor hace uso de la cláusula aceleratoria, y empieza a correr en su contra -en favor de los demandados- el término de prescripción de la acción cambiaria para las cuotas que en ese momento aun se encontraban sometidas a plazo, pues éstas, como enantes se dijo, pasan a estado de pago inmediato. Y respecto de las cuotas anteriores, el término prescriptivo ya había empezado su decurso en forma individual, a partir del momento mismo en que -cada una de ellas- se fue tornando exigible con ocasión de vencimiento del plazo sucesivamente fijado en el pagaré.

En el presente caso, entonces, como punto de partida para el conteo del término de la prescripción respecto del capital insoluto se debe tomar la fecha de la presentación de la demanda [12 de septiembre de 2003], de lo cual emerge que la prescripción de la acción cambiaria se consolidaría, completaría o tipificaría -para el saldo insoluto de la obligación- el 12 de septiembre de 2006.

Ahora bien: respecto de las cuotas que se encontraban insolutas hasta el momento de la presentación de la demanda, su término de prescripción, como atrás se dijo, corre de manera individual para cada una de ellas a partir del momento en que se fueron haciendo exigibles, lo cual impone concluir que si la más antigua de ellas es la correspondiente al 6 de agosto de 1998, su término de prescripción se consolidó el 6 de agosto de 2001, y así sucesivamente para las siguientes cuotas o instalamentos. De lo cual se sigue que a la fecha de la presentación de la demanda [12 septiembre de

2003], se encontraba prescrita la acción cambiaria derivada de las cuotas o instalamentos que se hicieron exigibles entre el 06-08-1998 y el 06-09-2000, no así para las siguientes, desde luego que con la presentación de la demanda se interrumpió el término prescriptivo respecto de ellas, ya que el mandamiento de pago se notificó regularmente al representante legal de la sociedad demandada el día 29-03-2004, esto es, dentro del año siguiente a la notificación del mismo a la parte ejecutante.

Fluye así incontestable que la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada solo está llamada a prosperar respecto de las específicas cuotas en mención.

Dando cumplimiento al artículo 306 del C. de P. Civil, se aplica la Sala a la tarea de proveer sobre (i) las demás excepciones que el juzgado *a-quo* no examinó en la sentencia apelada [“FALTA DE CLARIDAD Y EXPRESIVIDAD DE LA OBLIGACION QUE SE PRETENDE COBRAR”, “INDEBIDA CONVERSIÓN DE UPAC A UVR” y “PAGO”], y (ii) la petición de “*regulación o pérdida de intereses*” (artículo 492 ej.).

Para tal efecto se analizarán y decidirán conjuntamente las que tienen fundamentos factuales comunes.

Estas cuestionan la “*claridad*” y “*expresividad*” de la obligación objeto de recaudo ejecutivo. Concretamente plantean (i) que del pagaré exhibido por la parte actora no es posible “*extractar*” las unidades de UVR demandadas, pues el mismo fue suscrito inicialmente (06-05-1993) en UPACs y adicionalmente le fueron efectuados pagos que ascendieron a \$37.738.855.00; (ii) que en tales condiciones no hay en el proceso “*...los documentos necesarios...*” para acreditar el saldo de la obligación, ya que no basta alegar ello “*...sin demostrarlo, por lo que la demanda no debió ser aceptada...*”; (iii) que luego de haber sido declarada inconstitucional la UPAC, no es posible hablar de “*saldo*” de la obligación para el 31 de diciembre de 1999. De allí que la conversión a UVR “*...es ilegal, viola el debido proceso, y de paso no ofrece claridad en las obligaciones que se exigen...*”; y (iv) que, en conclusión: la obligación objeto de cobro compulsivo no es clara ni expresa.

Para desestimar las excepciones anteriores basta memorar que la Ley 546 de 1999 determinó expresamente la conversión a UVR de todas las obligaciones que estuvieran expresadas en UPACs, lo cual traduce que éstas no dejaron de ser tal, ni se extinguieron; simplemente, se convirtieron o redenominaron “*por ministerio de la ley*” en UVRs. En efecto, el artículo 39 de la citada ley dispuso que los pagarés mediante los cuales se instrumenten las deudas así como las garantías de las mismas -cuando estuvieren expresadas en UPAC o en pesos- se entenderán por su equivalencia en UVR, por ministerio de dicha

ley.

A la sazón, la Corte Constitucional, en una interpretación armónica de la disposición antes citada y de los artículos 488 del C.P.C. y 621 y 709 del Código de Comercio ha concluido que la redenominación de los créditos pactados en pesos o UPAC a UVR no hace perder la condición de obligación clara y expresa de los créditos de vivienda de largo plazo.

Dentro del siguiente universo, en efecto, discurrió el órgano de cierre constitucional en la sentencia T-212 de 2004.

“...Ahora bien, el crédito fue originalmente pactado con base en la UPAC y luego convertido a la UVR. La Corte Constitucional estima que ello no implica que el pagaré en el cual se había registrado la respectiva obligación, hubiere perdido su condición de título valor claro y expreso. De un lado, como ya se indicó, el artículo 39 de la Ley 546 de 1999 declarado exequible por la Sentencia C-955 de 2000, prescribió, para efectos del presente proceso, (i) que las instituciones financieras tendrían la obligación de ajustar los documentos de las obligaciones crediticias adquiridas antes de la entrada en vigencia de la Ley 546 de 1999 para la adquisición de vivienda; (ii) que los pagarés expresados en UPAC o en pesos, “por ministerio de la ley”, se entenderían por su equivalencia en UVR, previa reliquidación en los términos previstos en dicha ley, esto es, una vez acreditada, a favor del deudor, la suma pagada por concepto del mayor valor pagado por los intereses calculados con base en la UPAC y no en la UVR; y (iii) que ello no suponía una novación del crédito, es decir que, salvo las modificaciones inherentes al cambio de sistema, los créditos adquiridos en UPAC y ajustados a UVR conservarían su identidad”.

En el caso que actualmente ocupa la atención de la Sala, la accionante alega que las autoridades judiciales demandadas incurren en vulneración del debido proceso por proferir mandamiento de pago y ordenar que se siga con la ejecución con base en pagarés que no prestan mérito ejecutivo por (i) haber sido expresados en UVR, unidad que no fue pactada y que desconoce la literalidad de los títulos valores, y (ii) no contener una obligación clara como quiera que la reliquidación en UVR somete el crédito a factores de difícil liquidación y se somete a las fluctuaciones inciertas de dicha unidad de valor.

Los argumentos planteados por la accionante para alegar que las autoridades judiciales demandadas vulneraron su derecho al debido proceso no son de recibo por esta Corporación, en atención al fallo referido en el que se establece que la redenominación de los créditos y la adecuación de los títulos valores a la nueva unidad de valor no

desvirtúa el carácter ejecutivo de los mismos, ni afecta la claridad de las obligaciones crediticias en ellos contenidas.

Aduce la sociedad demandada, para sustentar éstos mecanismos defensivos, que el “*estudio pericial*” por ella presentado como anexo al escrito de excepciones demuestra que el banco acreedor efectuó cobros “*en exceso*” y liquidó intereses “*sobre los anteriores pagos en exceso*”. En tales condiciones, agregó, esos pagos excesivos, sumados al monto de las sanciones que por ley corresponden a ese proceder [artículo 72 de la Ley 45 de 1990 y artículo 884 del C. de Co.] deben considerarse como “*...valores a favor de los aquí demandados, los cuales se proponen como abono total o parcial para la cancelación total o abono a la obligación que se cobra por la presente acción...*”.

En torno al “*estudio pericial*” sobre el cual se edifican las excepciones en comento, cumple memorar lo que en la parte proemial de la presente providencia se dejó reseñado, en el sentido de que el mismo partió de una premisa EQUIVOCADA, a saber, que la obligación se contrajo EN PESOS [\$18.800.000,00], cuando lo palmario es que ésta se pactó en UPAC [exactamente en 4.211.4185 UPACs, que a esa fecha equivalían a la suma de \$19.994.383,16], desvarió mayúsculo que le resta todo poder suasorio a dicho análisis contable, desde luego que a partir de tan desfasado supuesto [que el pagaré se suscribió en pesos] dejó de aplicar las disposiciones legales que -hasta el momento en que la UPAC fue declarada contraria al ordenamiento superior- rigieron esa unidad de pago, incluyendo la capitalización de intereses, pues como lo ha puntualizado ésta Sala en oportunidades anteriores,

“...a pesar que el sistema UPAC fue declarado inconstitucional, no hay duda que las obligaciones contraídas en esa unidad de valor con anterioridad a su inexecutable conservación pleno vigor. En efecto: la sentencia C-383 de 1999 que declaró la inconstitucionalidad del cobro de la UPAC ligado a la DTF (artículo 16 Ley 31 de 1992), reconoció la validez de los cobros efectuados hasta entonces con base en dicha norma. Por su parte, la sentencia C-700 de 1999 (que declaró la inexecutable de todo el modelo UPAC previsto en el Estatuto Orgánico Financiero), dispuso que para evitar graves traumatismos el sistema UPAC seguiría aplicándose hasta el 20 de junio de 2000, o hasta cuando el Congreso de la República expediera una nueva ley (salvo en lo relativo al cobro de la UPAC ligado a la DTF, que se sujeta a lo definido en la sentencia C-383 de 1999), la cual, como se sabe, vino a ser la Ley 546 de 1999. Y finalmente, en la sentencia C-747 del 1999 (que separó del ordenamiento la capitalización de intereses en los créditos de vivienda a largo plazo), la Corte también ordenó que, para evitar graves

traumatismos por causa de su declaración de inexecutable, la capitalización siguiera aplicándose hasta el 20 de junio de 2000, o hasta cuando se expidiera una nueva ley, e igualmente reconoció validez a los cobros efectuados hasta entonces con capitalización de intereses...” (sentencia del 05-08-2010 consecutivo interno 14.914. Magistrado ponente FELIPE FRANCISCO BORDA CAICEDO).

No sobra reiterarlo: mientras el sistema UPAC estuvo vigente, el cobro de intereses efectuado por las Corporaciones de Ahorro y Vivienda fue legítimo; por ende no es dable exigir devolución de sumas que fueron canceladas con sujeción a los parámetros que establecían la ley entonces vigente y el contrato. Mucho menos aplicar sanciones por un proceder que, se insiste, era legal, para imputar todo ello [sanciones económicas y devolución de dineros] a “*abonos*” o “*pagos*” adicionales a la obligación. Es que, en trasunto, el hecho de que se hayan cobrado intereses bajo la fórmula UPAC no comporta, *per se*, exceso alguno, como tampoco puede dar lugar a devoluciones e imposición de sanciones.

De ahí que si a una determinada institución financiera [o a sus cesionarios] se sindicara de haber incurrido en cobro excesivo de intereses, imprescindible resulta a quien alega ello PROBAR (i) que en su caso se desbordaron los parámetros fijados por el ordenamiento ENTONCES VIGENTE para la UPAC, sin que para ello sea procedente aplicar de manera retroactiva las sentencias que declararon la inexecutable de la UPAC, como en tantas oportunidades anteriores lo ha dejado puntualizado éste Tribunal; y/o (ii) que una vez redenominada la obligación en UVR, el cobro de intereses desatendió la puntual regulación de la Ley 546 de 1999.

Y ocurre que, en el presente caso, el “*estudio pericial*” de origen particular arrojado por la sociedad ejecutada como anexo de sus excepciones no solo no prueba lo uno o lo otro, sino que la prueba pericial decretada oficiosamente por el Tribunal -como seguidamente se verá- cuanto demuestra es que el saldo de la obligación por el cual la parte actora solicitó libranza de pago es incluso inferior a lo que realmente correspondía, lo cual traduce, de la mano de las calificadas directrices de la Corte Constitucional en su sentencia T-038 de 2008, que “...la parte demandada no presentó pruebas idóneas, pertinentes y conducentes para demostrar que la reliquidación efectuada por el Banco [...] era errada, desconocedora de la ley y la jurisprudencia constitucional y lesiva de sus derechos. Resulta claro para esta Sala que el juez tenía que fallar conforme al material probatorio obrante en el proceso y que, ante la ausencia de la práctica de las pruebas solicitadas por la parte demandada tenía que atender a las aportadas por el ejecutante. Esta conclusión se compadece con lo que la doctrina ha denominado el principio de la necesidad de la prueba y de la

prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos que se refiere a *“la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, si éste tiene facultades, sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento personal privado que tenga sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio y el derecho de defensa”*. Efectivamente, el demandado tiene la carga de demostrar los hechos que alega, esto es, para el caso concreto, la accionante debía desplegar los mecanismos procesales con que contaba para llevar al juez al convencimiento de que las excepciones que formuló resultaban procedentes...”.

En efecto: precisamente porque al *“estudio pericial”* con el cual la sociedad demandada pretendió acreditar la excepción de pago y la petición de pérdida de intereses ninguna credibilidad podía dársele, ésta Sala, por auto del 15 de junio de 2010 (folios 10 a 12 cdo. 7o), y a vuelta de poner de presente que la obligación dineraria objeto de recaudo ejecutivo en el presente proceso, aunque pactada en UPAC no es susceptible de los beneficios propios del sistema de transición consagrados en la Ley 546 de 1999 [“reliquidación y abono”], toda vez que fue contraída por una persona jurídica, y no por una persona natural, decidió

“...decretar oficiosamente un nuevo dictamen pericial que, teniendo en cuenta lo antes expuesto (no aplicación de los beneficios y/o alivios de la Ley 546 de 1999) se aplique a la tarea de efectuar un “recálculo” de la obligación hipotecaria a que se contrae el presente proceso, desde que la misma se suscribió (06-05-1993) hasta la fecha de presentación de la demanda (12-09-2003), sin aplicar los tantas veces citados beneficios de la Ley marco de vivienda,

Por modo que, en lo que corresponde al lapso que discurrió entre el 06-05-1993 (fecha en que se contrajo la obligación) y el 23-12-1999 (fecha en que entró en vigencia la Ley 546 de 1999) la liquidación deberá efectuarse con sujeción a las normas a la sazón vigentes (UPAC), y teniendo adicionalmente en cuenta las específicas características de la obligación adquirida por la demandada (numero de cuotas, intereses, pago de seguros, amortización de capital, etc.), todo lo cual aparece consignado en el pagaré respectivo. Y para el período posterior, esto es, el comprendido entre la entrada en vigencia de la Ley 546 de 1999 (23-12-1999) y la fecha de presentación de la demanda que dio génesis al presente proceso (12-09-2003), la liquidación se efectuará en UVRs (Decreto 856 de 1999), desde luego, como se

ha venido diciendo, sin reconocer el alivio o abono económico previsto en los artículos 40 y 41 de aquella ley

De todo ello se dirá, finalmente, la cifra (expresada en UVRs) adeudada por la Sociedad demandada al momento de la presentación de la demanda (12 de septiembre de 2003). Todo ello, no huelga acotarlo, explicado y sustentado de manera circunstanciada y clara...”.

Rendido el correspondiente dictamen, y complementado a solicitud de la parte ejecutante en los precisos tópicos por ella planteados (folios 16 a 47 y 55 a 57 cdo. 7o), refulgen en él apreciaciones sustentadas en fundamentos precisos, amén que firmes, y sus conclusiones se muestran claras, precisas y firmes, ciertamente razonables, en cuanto de manera objetiva explican las averiguaciones y confrontaciones económicas empleadas.

Y a tono con éste elemento probatorio de carácter técnico, resulta evidente que el monto de la obligación por el cual la parte actora solicitó librar mandamiento de pago [252.515.4292 UVRs que el día 18-07-2003 equivalían -en pesos- a \$34.602.290.28] es incluso inferior a lo que realmente correspondía en esa calenda [420.997.4764 equivalentes en pesos a \$57.612.325,85], diferencia que por lo demás se explica al parar mientes que mientras el banco acreedor aplicó a la obligación -SIN QUE LA SOCIEDAD DEUDORA TUVIERA DERECHO A ELLO- el beneficio económico [abono] consagrado en los artículos 40 y 41 del Decreto 2591 de 1991 [lo cual implicó una rebaja de \$8.383.121.99 aplicada el 01-01-2000 la obligación], el perito designado por el Tribunal, siguiendo las precisas instrucciones de la Sala sobre ese particular, no aplicó dicho beneficio.

Si a lo anterior se suma que la parte ejecutante presentó además del título valor tantas veces mencionado una reliquidación del crédito que independientemente de la improcedencia del abono económico allí reconocido a la sociedad ejecutada, cumple con las prescripciones de la Circular 007 de 2000 [reflejando todos los movimientos de la obligación desde su desembolso (06-05-1993), esto es, cada uno de los pagos realizados, así como lo imputado por causa de éstos a intereses y seguros], nada distinto a concluir que la parte demandada no probó, siendo de su incumbencia hacerlo, los supuestos fácticos de las excepciones que se analizan. De lo cual se sigue, obviamente, el despacho desfavorable de las mismas.

En varios apartes del presente fallo se ha dicho que la obligación dineraria objeto de recaudo ejecutivo en el presente proceso, aunque pactada en UPAC, no es susceptible de los beneficios propios del sistema de transición consagrados en la Ley 546 de 1999 [particularmente, la reliquidación y el

abono económico], toda vez que fue contraída por una persona jurídica, y no por una persona natural.

En orden a explicar éste aserto, preciso resulta evocar los fines perseguidos con los beneficios consagrados en la citada ley, los cuales -como se sabe- tienen un jaez a todas luces proteccionista de la vivienda de los deudores en las circunstancias allí establecidas, cuyos entronques se hunden no solo en los antecedentes de la expedición de ese cuerpo normativo, sino en toda su preceptiva; particularmente, en los artículos 40, 41 42 y 43 que se refieren a (i) la reliquidación; (ii) el alivio de los créditos otorgados para financiación de vivienda individual; y (iii) la terminación de los procesos iniciados antes de su entrada en vigencia.

Acerca de los objetivos y criterios de la Ley 546 de 1999, en efecto, su artículo 2º prescribe lo siguiente:

"...Objetivos y criterios de la presente ley: El Gobierno Nacional regulará el sistema especializado de financiación de vivienda de largo plazo para fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda digna, de conformidad con los siguientes objetivos y criterios: 1. Proteger el patrimonio de las familias representado en vivienda (...)"

En esa línea de pensamiento preciso resulta tener en cuenta que el artículo 40 de la citada reglamentación -al referirse a los abonos que resultaran como consecuencia de la reliquidación de dichos créditos- estableció que *"...con el fin de contribuir a hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda el Estado invertirá las sumas previstas en los artículos siguientes para abonar a las obligaciones vigentes que hubieren sido contratadas con establecimientos de crédito, destinadas a la financiación de vivienda individual a largo plazo (...)"*

Aunado a lo anterior, en la exposición de motivos de la Ley de Vivienda -referentemente al régimen de transición- se señaló lo siguiente:

"(...) Se busca fundamentalmente moderar el crecimiento de los saldos de las deudas para hacerlos compatibles con la evolución de la capacidad de pago de los deudores y concentrar esta ayuda en los deudores de menores ingresos (...) Es importante recalcar que este abono que hace el Gobierno a las entidades de crédito en beneficio del deudor implica necesariamente una reducción en las cuotas, lo cual hará más llevadero el servicio de la deuda y de esta manera protegerá la propiedad de la vivienda..." (Gaceta del Congreso No. 371 del 12 de octubre de 1999).

Entonces, como con total claridad lo señalan las disposiciones en mientes, y como fluye de la exposición de motivos de la citada ley, la finalidad de la

reliquidación, los abonos previstos en la ley y la terminación de los procesos, estriba en contribuir a hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda individual. Por tanto, el derecho constitucional protegido por la citada ley es el que tiene todo ciudadano a una vivienda digna, de suerte que dichos beneficios solo tienen como destinatarios a los deudores que sean personas naturales.

Es que, aun mirado el asunto a la luz de los dictados de la lógica, huérfano de ella se muestra el argumento según el cual las personas jurídicas necesitan vivienda y pueden colocarse bajo la égida que inspiró la Ley 546 de 1999, esto es, la materialización del derecho constitucional a la vivienda individual.

A este respecto fluye inconcuso que las disposiciones de la citada ley se orientaron a conceder los alivios en procura de hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda, derecho fundamental que sólo puede predicarse de las personas naturales. Por ello, el alcance de la norma no abarca a las personas jurídicas, en razón a que, como lo ha señalado la Corte Constitucional *"(...) la naturaleza propia de las mismas personas jurídicas, la función específica que cumplen y los contenidos de los derechos constitucionales conducen necesariamente a que no todos los que se enuncian o se derivan de la Carta en favor de la persona humana les resulten aplicables..."*.

Adviene así, con características superlativas, el deber del Estado de contribuir a hacer efectivo el derecho a una vivienda digna. Con tal propósito se expidió la Ley 546 de 1999, cuyo régimen de beneficios, se itera, aplica exclusivamente para los créditos de vivienda otorgados a personas naturales, pues la adquisición de inmuebles por parte de personas jurídicas, aunque físicamente tengan las características de vivienda, se entiende como un negocio o inversión, el cual no tiene por qué gozar de la protección prevista en el artículo 51 de la Carta Política.

En el presente caso, a riesgo de redundar lo reitera la Sala, no obstante haber sido pactado el crédito en UPAC, atendiendo los parámetros teleológicos de la Ley 546 de 1996 éste NO puede gozar del trato especial consagrado en dicho cuerpo normativo como si se tratase de un crédito para adquisición de vivienda a favor de una persona natural.

Sentencia de 2ª instancia (15993) del 08 de noviembre de 2011, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: modifica el numeral 1º de la parte resolutive de la sentencia apelada, revoca los numerales 2º, 3º, 4º y 5º, ordena proseguir la ejecución y la venta en pública subasta del inmueble perseguido.

DIVORCIO POR EL GRAVE E INJUSTIFICADO INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES COMO CÓNYUGE Y COMO PADRE - No podrá alegar en su favor el incumplimiento del otro cónyuge quien ocasionó, con su maltrato, el abandono del hogar.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 154, numeral 2º, 176 y 178.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 054 del 20 de febrero de 1990, con ponencia de Eduardo García Sarmiento y decisión del 04 de abril del mismo año.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el *Sub lite*, como fluye del compendio de los antecedentes, se accedió a las pretensiones de la demanda principal fundada en el incumplimiento injustificado de los deberes de la cónyuge demandada al haber abandonado el hogar, lo cual obedeció según se establece de las pruebas, a los maltratamientos psicológicos y de obra a los que era sometida por su consorte. Luego el problema jurídico que plantea la alzada, centra la discusión en si ¿procede el divorcio cuando se demuestra que, con su comportamiento quien alega el incumplimiento de los deberes del otro cónyuge por abandonar el hogar, ocasionó que aquel se ausentara del mismo?

A efectos de dar respuesta al anterior planteamiento, precítese *ab initio* que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, tiene por sentado que para que haya lugar a la configuración de la causal segunda de divorcio, se requiere que el incumplimiento que se reprocha, tenga el carácter de “grave e injustificado”, de lo contrario la tipicidad de la causal está llamada al fracaso.

La Sala de Casación Civil del máximo tribunal de la justicia ordinaria, ha precisado:

Conforme a las disposiciones referidas –tiene dicho la Corporación- es motivo para pedir la separación: “el grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges, de sus deberes de marido o padre y de esposa o de madre”

Acerca de esta causa de separación, debe anotar que se refiere a la

omisión de uno o más deberes que cada cónyuge tiene para con el otro o para con sus hijos, con la exigencia perentoria de que este incumplimiento debe ser grave e injustificado, por lo que contrario sensu, no satisface las previsiones de la ley el abandono momentáneo por razones que carecen de gravedad o la incapacidad de atender esos deberes por causas ajenas a la voluntad de cualquiera de los casados; además, debe ser injustificado el comportamiento porque es apenas obvio si fue el otro cónyuge quien obligó a su consorte a incumplir con sus obligaciones por actos imputables a aquél, mal podría valerse de tal situación para demandar a quien si bien ha incumplido sus deberes, lo ha hecho por esta razón y no por su propia voluntad. (Subrayas fuera de texto)

Es claro, conforme a diferentes normas sustantivas que los casados tienen la obligación de vivir juntos, los deberes de fidelidad, recíproco respeto y ayuda mutua, así mismo les incumbe el cuidado de los hijos, su crianza, educación y establecimiento. Luego cuando un cónyuge abandona el otro se pueden romper estos deberes, abandono que siendo injustificado y grave, otorga derecho al cónyuge inocente para deprecar la separación de cuerpos.

En igual sentido, y refiriéndose al deber del demandado de demostrar que su comportamiento no fue injustificado, la alta corporación se pronunció indicando:

...es claro que obró el Tribunal sentenciador con acierto en tanto entendió que, en casos de índole del presente, es preciso partir de la presunción de que el deber de cohabitación subsiste entre los cónyuges, de tal suerte que aquél de los dos que lo quebranta, ausentándose del domicilio conyugal, desde un punto de vista objetivo incurre en abandono y sobre él, pesará la carga de alegar y demostrar las causas legitimantes de esta manera de proceder; dicho en otras palabras, a quien invoca el incumplimiento de los deberes familiares bajo modalidades idénticas o semejantes a la que se viene analizando, le es suficiente con acreditar el hecho material de alejamiento, tocándole al demandado poner en evidencia, a la vez y si se quiere a la manera de verdaderos hechos impositivos de la eficacia en principio reconocida a la prueba del abandono para hacer lugar a la separación, que tuvo razones legítimas y valederas para adoptar esa actitud o, mejor aun, que no se presenta el dato subjetivo de la precisa y arbitraria intención de truncar permanentemente la comunidad de vida matrimonial, luego si esto último no sucede la demanda estará llamada a prosperar puesto que, de tales circunstancias sin duda existe mérito para una declaración judicial de certeza en lo relacionado con los

hechos que se imputan al cónyuge reputado culpable. (Subrayas fuera de texto)

En consecuencia, el incumplimiento a que hace referencia la norma, ya de los deberes de cónyuge, ora de los de padre, exige que tenga la condición de grave e injustificado, sin que concurra algún motivo exculpatorio, pues de lo contrario se daría al traste con la configuración de la causal. Del mismo modo, tampoco puede el cónyuge que dio lugar al incumplimiento valerse de dicha circunstancia para demandar a su consorte, cuyo comportamiento no fue caprichoso sino provocado.

Pues bien. En el *sub júdice*, dígase de entrada, el incumplimiento de los deberes de esposa enrostrado a la demandada, contrario a lo expuesto por la *a-quo* en su providencia, no puede catalogarse de grave o injustificado debido a que el mismo obedeció a las agresiones físicas y psicológicas a las que el demandante la sometía, y por tal causa, se vio obligada a abandonar su hogar con miras a dejar de lado dicha situación.

5.5.4. En efecto, de ello dan cuenta las actuaciones surtidas al interior del proceso disciplinario que se tramitó en contra y con audiencia de demandante RENÉ TORRES MURILLO, por parte del Grupo de Control Interno Disciplinario del Departamento de Policía de Valle, en el que en audiencia pública aquel manifestó: “...yo con mi esposa DALYS PULIDO he tenido problemas pero son muy personales, ella inclusive a mi también me ha tratado mal y por el contrario yo soy el que le ha dicho que se vaya para donde su familia, que se vaya de la casa y ella no quiere...” (subrayas fuera de texto).

Resáltese que dicho trámite culminó con decisión en la que se resolvió sancionar al disciplinado con multa de un día de su salario como agente de la Policía Nacional; y aunque aquel refirió que el mismo se adelantó con violación de su derecho de defensa, ello no se establece de las copias que de la actuación se aportaron, toda vez que fue notificado personalmente del auto de apertura de investigación, y posteriormente escuchado en audiencia pública, la misma en la que se adoptó la aludida decisión, contra la cual el actor se abstuvo de formular recurso alguno, pese a habersele advertido de la procedencia del de apelación.

La anterior circunstancia por sí sola impide que la sentencia apelada sea confirmada, pues como se precisó previamente y bien lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema, mal puede valerse del incumplimiento de su cónyuge quien con su proceder lo ha obligado a incumplir con sus obligaciones de casado.

Hallándose entonces, que el incumplimiento de los deberes de la demandada

se encuentra justificado, obedeciendo a los maltratos que le proporcionaba su esposo, de modo que no se configuró la causal de divorcio, se impone la revocatoria de la sentencia proferida por el *a-quo* para en su lugar negar las pretensiones de la demanda, tal cual se dispondrá a continuación.

Finalmente, y por lo que atañe la solicitud del apoderado judicial de la recurrente, tendiente a que se acceda a las pretensiones de la demanda de reconvencción, baste decir para no acceder a ello, que se trata de una situación que definida quedó en primera instancia cuando se declaró probada la excepción previa de caducidad que en su contra se propuso, sin que la demandada frente a ello mostrara inconformidad alguna, de modo que se constituyó en una decisión ejecutoriada.

Sentencia de 2ª instancia (16810) del 15 de noviembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca la sentencia apelada.

OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS ENTRE COMUNEROS – No surge por el solo hecho de la comunidad/OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS ENTRE COMUNEROS – Corresponde al condueño designado como administrador de común acuerdo por los demás copropietarios, o en su defecto por el juez.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 95 de 1890, artículos 16, 17, y 18; Código de Procedimiento Civil, artículo 595; Código Civil, artículo 1374.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-743 de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La demanda que originó las presentes diligencias, tiene como fin se ordene a la señora CARMEN ROSA AVENDAÑO DE LÓPEZ, rinda cuentas a los demandantes, sobre los frutos que ha percibido en virtud de la tenencia que tiene sobre un inmueble que en común y proindiviso le fue adjudicado en la sucesión del señor LUIS GONZALO LÓPEZ SÁNCHEZ, ubicado en el municipio de Zarzal – Valle.

Ahora bien, el objetivo de la demanda de Rendición Provocada de Cuentas, es que todo aquel que conforme a la ley esté obligado a rendir cuentas de su administración lo haga, si voluntariamente no ha procedido a hacerlo. Conforme con la sentencia T-743 de 2008, emanada de la Corte

Constitucional, están obligados a rendir cuentas:

Luego, el problema jurídico en este caso se contrae a resolver el siguiente interrogante: ¿por el sólo hecho de la comunidad surge entre comuneros la obligación de rendirse cuentas?

Para responderlo debe precisarse que en la legislación, por el solo hecho de la comunidad, no existe norma que así lo establezca, por ello, esta obligación únicamente surge cuando un comunero es designado como administrador de común acuerdo por los demás copropietarios, o cuando a falta de consenso, por petición de un comunero, es designado por un juez; pues además no hay prohibición para designar a un tercero administrador, es decir a una persona que no ostente la calidad de comunero.

En efecto, establece los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 95 de 1890:

ARTÍCULO 16: Si los comuneros no se avinieren en cuanto al uso de las cosas comunes nombrarán un administrador que lo arregle, sin perjuicio del derecho de los comuneros a reclamar ante el juez contra las resoluciones del administrador, si no fueren legales.

ARTICULO 17: El administrador será nombrado por los comuneros en junta general, por mayoría absoluta de votos. Habrá junta general cuando concurra un número que represente más de la mitad de todos los derechos.

ARTICULO 18: Cuando la comunidad no haga el nombramiento conforme al artículo anterior, cualquiera de los comuneros podrá concurrir al juez para que los convoque al lugar y en día y hora determinados, a fin de que bajo la presencia del mismo juez hagan el nombramiento, que podrá hacerse en este caso por cualquier número de comuneros que concurra, y en su defecto por el mismo juez.

Sobre los derechos y obligaciones de los copropietarios, el doctrinante RAÚL HUMBERTO OCHOA CARVAJAL, precisa:

El Código Civil, en los artículos 2322 y siguientes, reglamenta el llamado cuasicontrato de comunidad. En esos artículos y en el 16 y siguientes de la ley 95 de 1890, se contemplan los derechos y obligaciones de los comuneros y todo lo referente a la administración de la comunidad. Como el artículo 2323 manifiesta que “*el derecho de los comuneros sobre la cosa común, es el mismo que el de los socios en el haber social*”, es oportuno anotar que este artículo conduce a una confusión, pues la comunidad no es una forma de sociedad ni

constituye, a diferencia de esta, una persona jurídica distinta de los socios, ni tiene patrimonio propio. Los comuneros no son distintos dueños de una cosa, sino copropietarios. De manera que es totalmente diferente el derecho de cada comunero del derecho de cada socio en el haber social.

Lo normal es que la administración de la comunidad sea ejercida por consenso, pero esto no siempre se logra, o en comunidades numerosas deja de ser aconsejable, por lo cual los artículos 16 y 17 de la ley 95 autorizan el nombramiento de un administrador por los mismos comuneros en junta general y por mayoría absoluta de votos. En esa junta deben estar representados a lo menos la mitad de los derechos para que pueda sesionar válidamente. Si por algún motivo la comunidad no logra, en la junta general, nombrar el administrador, cualquier comunero podrá acudir al juez para que este cite a los otros y en su presencia lo nombre, o en caso contrario lo hará el mismo juez (art.18).

De manera que, no puede pensarse -como lo hace el censor-, que en virtud de lo establecido en el artículo 595 del Código de Procedimiento Civil, por el sólo hecho de la comunidad, entonces se puede exigir a un comunero rinda cuentas a los otros copropietarios, pues las reglas que en tal precepto legal se establecen, están referidas a la administración de la herencia, pero hasta cuando se ejecutorie la sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación de bienes.

En el *sub lite*, está probado que la providencia de data 11 de mayo de 2007, dictada por el Juzgado Promiscuo de Familia de Roldanillo, por la cual se aprobó el trabajo de partición y adjudicación en la sucesión del señor LUIS GONZALO LÓPEZ SÁNCHEZ, quedó debidamente ejecutoriada, tal como lo certificó el 22 de mayo de 2007 el Secretario de tal estrado judicial, luego, no es factible traer a un proceso de rendición de cuentas, una norma relativa a la administración de los bienes relictos en los procesos de sucesión, máxime cuando tal trámite se encuentra finiquitado, no quedando otro camino, para quienes desean acabar con la comunidad, que adelantar la acción divisoria.

Es decir, si los demandantes, desde el momento en que falleció su progenitor, se vieron privados de la administración de los bienes relictos, bien pudieron en calidad de herederos abrir de inmediato la sucesión pertinente, y en caso de desacuerdo en el manejo de los bienes, pedir su secuestro, tal como lo prevé el numeral 2 del citado artículo 595 ibídem, de tal manera que ahora no pueden pretender a través del proceso de Rendición Provocada de Cuentas, tratar de solventar la incuria en que incurrieron respecto del manejo de sus propios bienes.

Lo anterior no significa que el comunero privado de la administración de los bienes, está desprotegido por la ley para reclamar los derechos que le correspondan, pues precisamente por tal razón el legislador previó, conforme se estableció líneas atrás, que ante la imposibilidad de designar en consenso un administrador, se le pueda solicitar al Juez el nombramiento de uno, y de todas maneras, es factible terminar con la comunidad, acudiendo al proceso divisorio, pues nadie está obligado a permanecer en estado de indivisión (art. 1374 Código Civil).

Y, en el proceso divisorio, se puede deprecar la división material o la venta de los bienes comunes, y en su trámite, si no existe un acuerdo voluntario para la designación de un administrador, se puede solicitar el secuestro del bien, quedando entonces el inmueble en cabeza de un auxiliar de la justicia; además en tal procedimiento se puede ventilar el tema de los frutos al momento de la liquidación, y sobre las mejoras que haya efectuado el detentador del bien.

Así las cosas, se concluye, el comunero únicamente está obligado a rendir cuentas a los otros propietarios proindiviso, cuando éstos lo designan como administrador y éste así lo acepta, lo cual no ocurre en el *sub examine*, en el que a la demandante no le fue otorgado tal mandato, como incluso bajo la gravedad de juramento lo admitieron los actores al ser interrogados en estas diligencias, cuando al ser preguntados si habían suscrito algún contrato de administración con la señora AVENDAÑO DE LÓPEZ respecto del inmueble ubicado en la carrera 10 No. 6-23 del municipio de Zarzal, o si la autorizaron para que lo administrara, contestaron en forma uniforme “NO”.

Finalmente, y a efectos de dar respuesta a los argumentos del censor, en los que veladamente alegó una posible nulidad en la actuación, por cuanto en el cuerpo de las actas en las que constan los interrogatorios de parte que absolvieron sus prohijados, se anotó que se trataba de un *“proceso ordinario de pertenencia”*, conllevando ello -en su sentir-, a confundirlos, al punto que respondieron en forma negativa las preguntas que se les hizo, es de señalar que tal error del Juzgado Promiscuo Municipal de Zarzal, a quien se comisionó para llevar a cabo los interrogatorios, no es trascendente, como se pretende hacer ver, pues las preguntas que se les hizo fueron claramente referidas al proceso de rendición de cuentas, veamos:

1. PREGUNTADO: *“diga como es cierto si o no que usted suscribió contrato de administración con la señora CARMEN ROSA AVENDAÑO DE LÓPEZ, en caso afirmativo dirá las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se suscribió dicho acuerdo”*. CONTESTÓ: “No”.
2. PREGUNTADO: *Diga si es cierto o no que otorgó poder especial a la señora CARMEN ROSA AVENDAÑO DE LÓPEZ con el fin de que esta*

administrara el inmueble ubicado, en la carrera 10 6-23, 6-25, 6-29 del Municipio de Zarzal, Valle”. CONTESTO “No”.

Por tanto, como se ve, las preguntas no tenían la virtualidad de confundir a los deponentes, en la medida de que fueron claras y dirigidas a que confesaran sobre la inexistencia del contrato de administración entre demandantes y demandada respecto del inmueble que les fue adjudicado en común y proindiviso, lo cual hicieron en forma llana, entonces, como bien lo observó el *a quo*, de tal confesión se establece con absoluta certeza, que la demandada en calidad de comunera, no tiene la obligación legal de rendir cuentas a sus análogos, pues no existe precepto que así se lo exija, ni mucho menos contractual, en virtud de que no le fue otorgado mandato alguno al respecto por los demandantes.

Como colofón de todo lo expuesto, esta Sala de decisión, confirmará el fallo apelado, por las razones antes expuestas, y en consecuencia se condenará en costas a la parte actora.

Sentencia de 2ª instancia (2009-00194-01) del 15 de noviembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

REIVINDICACIÓN - Cuando el demandado aporta título anterior, es necesario analizar el título del antecesor o antecesores del demandante/**TÍTULO INJUSTO** – No puede ser fuente de derechos en ningún caso.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 766 y 946.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 27 de febrero de 1962 y del 02 de diciembre de 1970.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La demanda ordinaria reivindicatoria acá promovida por **NELLY DEL SOCORRO BERMÚDEZ ZULUAGA** contra **GUSTAVO VÉLEZ JARAMILLO** y **CARLOS MAURICIO VÉLEZ AGUDELO** apunta de manera principal a que se declare que la primera ostenta el derecho pleno y absoluto de dominio sobre el primer piso del inmueble ubicado en la carrera 3B No. 6ª-02, Barrio

Calimita de la nomenclatura urbana de la ciudad de Buenaventura.

El libro 2o., Título XII regula la acción reivindicatoria y la consagra como el medio eficaz para hacer efectivo el atributo de persecución que es consustancial al dominio para así poder obtener la restitución de la cosa a su dueño.

Conforme al artículo 946 del Código Civil, la referida acción "*Es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla*", pues, siendo el dominio "*el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno*" (artículo 669 ejusdem), se caracteriza por conferir a su titular el poder de persecución de la cosa en manos de quien se encuentre.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido reiteradamente que para el buen suceso de la acción de dominio según los términos del artículo 946 del Código Civil, se requiere que en el litigio queden demostrados sus cuatro elementos fundamentales que consisten en:

- a). derecho de dominio del demandante;
- b). posesión material del demandado;
- c). identidad entre la cosa que se pretende y la que es poseída por el demandado; y
- d). que se trate de cosa singular o cuota determinada de cosa singular.

Así las cosas, procede la Sala a determinar ¿si como lo concluyó el *a quo*, la demandante NELLY DEL SOCORRO BERMUDEZ ZULUAGA comprobó la existencia de los requisitos necesarios para obtener la reivindicación del predio ubicado en la carrera 3ª No. 3-30, Barrio Calimita de Buenaventura?, especialmente, y por ser ello, el motivo de la censura ¿si el título de propiedad presentado resulta legítimo para dicho fin?

En cuanto al primer elemento, esto es, que se acredite el derecho de dominio en cabeza del actor, ha precisado la jurisprudencia que "*Quien alega ser dueño... por haber adquirido el derecho de dominio a título de compraventa, prueba su propiedad con la copia, debidamente registrada, de la escritura pública en que se consignó ese contrato sin que, en principio le sea forzoso demostrar también que su tradente era verus dominus del inmueble comprado*"

En el *sub-lite*, se pretende acreditar por la demandante que es titular del derecho de propiedad allegando para tal efecto la Escritura Pública No. 944 del 26 de mayo de 2006 mediante la cual WILSON JAIR BERMÚDEZ ZULUAGA vendió a NELLY DEL SOCORRO BERMÚDEZ ZULUAGA, la que

aparece debidamente registrada en el folio de matrícula inmobiliaria.

Por lo que en principio aparece acreditado el requisito en estudio, pero como quiera que la señora RIVERA PRIETO quien se califica como “*administradora*” y “*poseedora*” del bien, aduce estar en el inmueble con anterioridad a que la aquí demandante adquiriera el bien como da cuenta el hecho de que el contrato de arrendamiento suscrito con los aquí demandados data del año 2003, debe analizarse el título de su antecesor, ya que como lo ha precisado la jurisprudencia:

Al reivindicante, para triunfar, le basta con probar un mejor título que el del adversario. Además, sólo está obligado a la aducción del título de su antecesor o antecesores, cuando el demandado aporta título anterior o posesión iniciada con antelación a la fecha de su título o adquisición pues de otra manera sería vencido

Revisado el expediente se advierte que el título escriturario que le sirve de antecedente al de la aquí actora es espurio como pasa a explicarse.

De las pruebas de oficio arrimadas al plenario se encuentra que el señor ALEXANDER MONTOYA quien era el propietario del bien desde el 3 de noviembre de 1998 falleció el 6 de marzo de 2002, por lo que resultaba físicamente imposible que éste otorgará el poder especial amplio y suficiente a BELISARIO HERNÁNDEZ ROJAS el 18 de abril de 2006 para que este último enajenara el inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 372-001180 mediante Escritura Pública 820 del 5 de mayo de 2006 a JAIR BERMÚDEZ ZULUAGA.

Por lo que si la Escritura Pública 820 constituye un título injusto en virtud de lo reglado en los numerales 1° y 2° del artículo 766 del Código Civil, no puede ser fuente de derechos a favor de la aquí demandante, y más aún cuando es hermana del comprador en la escritura aquí estudiada.

Sobre el particular la jurisprudencia ha precisado que:

Si quien vende y entrega es el verdadero dueño, nada más natural que la propiedad pase del enajenante al adquirente. Quien recibe viene a ser dueño por efecto inmediato de la tradición. Lo cual induce ciertamente a la inteligencia de que la teoría del justo título posesorio está predicada como elemento para ganar el dominio por la usucapión cuando no es verdadero dueño quien vende y entrega a quien recibe de buena fe y, sin embargo, no adquiere la propiedad en el acto, porque nadie puede recibir lo que no tiene su autor.

En materia de justo título fundamentalmente se exige que en realidad

exista. Por ello no lo es el falsificado; el conferido por mandatario o representante legal de otra persona sin serlo; el que adolece de nulidad; y el simplemente putativo

Colapsado el primer requisito necesario para el triunfo de la pretensión reivindicatoria se hace innecesario el análisis de las demás exigencias, toda vez que la prosperidad de la demanda, implica el cumplimiento irrestricto de los cuatro elementos enunciados al inicio de esta providencia.

De acuerdo a lo discurrido se impone revocar el fallo proferido, negar las pretensiones y ordenar compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación de todo el expediente para que ésta investigue los posibles punibles en que se pudo incurrir en el presente asunto.

Sentencia de 2ª instancia (15709) del 15 de noviembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca la sentencia apelada.

DIVORCIO SANCIÓN – El cónyuge demandado inocente, si así lo desea, puede demostrar que fue la contraparte quien dio lugar a la separación y solicitar, en consecuencia, a su favor, pensión alimentaria/RELACIONES SEXUALES EXTRAMATRIMONIALES – No es posible hablar de caducidad cuando ellas perduran en el tiempo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículo 154, numerales 1º y 2º.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, decisiones del 08 de mayo de 1990, con ponencia de Carlos Esteban Jaramillo Schloss y del 10 de mayo de 1990, con ponencia de Eduardo García Sarmiento; Corte Constitucional, sentencias C-1495 de 2000, C-246 de 2002 y C-985 de 2010; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 14835 del 09 de agosto de 2007, con ponencia de Felipe Francisco Borda Caicedo.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

(...)Corresponde a la Sala de Decisión, decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante (demandada en reconvencción) en relación con la sentencia de octubre 26 de 2009 por la cual

se decretó el divorcio entre las partes, pero no con base en la causal octava invocada en la demanda principal, sino con fundamento en las causales 1ª y 2ª que se reclamaron a través de la demanda de mutua petición.

Para ello, conforme a lo discurrido procede definir ¿si puede el cónyuge inocente demandado, si lo desea, demostrar que la contraparte fue quien dio lugar a la separación de hecho, y en consecuencia, quedar facultado así para que se disponga en su favor una pensión alimentaria?

A su vez, deberá determinarse si, como lo sostuvo la *a quo*, ¿la caducidad de las causales de divorcio contempladas en los numerales 1º y 2º del artículo 6º de la Ley 25 de 1992, no opera mientras el hecho que les sirve de fundamento permanezca actual?

Las causales del divorcio como se ha sostenido en varias ocasiones por esta corporación han sido clasificadas por la jurisprudencia y la doctrina en objetivas y subjetivas. Las primeras (causales 6, 8 y 9 del artículo 6º de la Ley 25 de 1992) son aquellas que se relacionan con la ruptura de los lazos afectivos que motivan el matrimonio, lo que conduce al divorcio “(...) como mejor remedio para las situaciones vividas”, razón por la cual suele conocerse como “*divorcio remedio*”. Por su propia naturaleza, pueden ser invocadas por cualquier de los cónyuges, en cualquier tiempo, y el juez que conoce de la demanda no requiere valorar la conducta alegada.

Las causales subjetivas, por su parte, se relacionan con el incumplimiento de los deberes conyugales, razón por la cual el divorcio al que dan lugar estas causales se denomina “*divorcio sanción*”. La ocurrencia de los hechos que la fundamentan debe ser demostrada por quien los alega, pudiendo el cónyuge demandado demostrar que no ocurrieron o que no fue el gestor de la conducta. Además de generar el divorcio, la configuración de alguna de estas causales (las previstas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo citado) permite:

- a) Que el juez imponga al cónyuge culpable la obligación de pagar alimentos al cónyuge inocente (Art. 411-4 C. C.), y
- b) Que el cónyuge inocente revoque las donaciones que con ocasión del matrimonio haya hecho al cónyuge culpable (Art. 162 C. C.).

El texto original de la Ley estableció que estas causales solo podían invocarse por el cónyuge inocente dentro del término de caducidad que allí mismo se previó. Sin embargo, en la actualidad la norma (artículo 10 Ley 25 de 1992) debe leerse junto con la parte resolutive de la Sentencia C-985 del 2 de diciembre de 2010, de la Corte Constitucional, M. P. Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, que declaró INEXEQUIBLE la frase “en todo caso las

causales 1ª y 7ª sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguiente a su ocurrencia”, y condicionó la constitucionalidad del resto del artículo, así:

SEGUNDO: Declarar EXEQUIBLE la frase “y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causales 1ª y 7ª o desde cuando se sucedieron, respecto a las causales 2ª, 3ª, 4ª y 5ª” contenida en el artículo 10 de la Ley 25 de 1992, bajo el entendido que los términos de caducidad que la disposición prevé solamente restringe en el tiempo la posibilidad de solicitar las sanciones ligadas a la figura del divorcio basado en causales subjetivas.

Ahora bien. Sostiene la censura que al haberse alegado en la demanda principal la causal 8ª (objetiva), y estar acreditado su supuesto de hecho, al juez le está vedado entrar a valorar el comportamiento de los cónyuges, o determinar cuál fue la causa de la ruptura. Ello es cierto, si y solo si, el cónyuge demandado NO resiste la pretensión que en su contra se eleva. Pero cuando el cónyuge demandado considera que la ruptura o la separación de hecho se generó por una conducta atribuible al otro, conserva todo su derecho de oponerse a la prosperidad de la pretensión y, a través de la demanda de reconvención, alegar las conductas que, constitutivas de causal de divorcio y atribuibles a la otra parte, considera son la que deben fundamentar la disolución del vínculo matrimonial. Dicho en otras palabras, el cónyuge inocente, si lo desea, puede demostrar que fue la contraparte quien dio lugar a la separación, y por ello está facultado para contrademandar, oportunidad donde puede alegar, y debe acreditar, una causal de las llamadas culpabilistas, pudiendo incluso lograr que se disponga en su favor una pensión alimentaria.

Luego, por esa arista, la sentencia apelada no merece reproche alguno.

Respecto a la caducidad, otro aspecto que es materia de censura, la parte recurrente alega que la demandante en reconvención se enteró de las relaciones sexuales extramatrimoniales de su cónyuge desde el año 1996, y el abandono del hogar de su cónyuge se dio en el año 2002, luego para la época en que se presentó la demanda de reconvención, con base en esas causales, las mismas ya habían caducado (bajo el régimen actual, habría caducado NO la oportunidad de solicitar el divorcio, sino la posibilidad de endilgar consecuencias económicas al cónyuge culpable).

Para la *a quo*, como los hechos en que se fundamentó la demanda de reconvención perduraron en el tiempo, toda vez que las relaciones sexuales extramatrimoniales se mantienen porque el cónyuge culpable está haciendo vida común con la señora PATRICIA COLONIA, y desde que abandonó el hogar, desconociendo el deber de cohabitación, tal incumplimiento se

mantiene en la actualidad, en ninguno de los dos casos es viable considerar consumada la caducidad.

Lo primero que debe reiterarse es que la frase “en todo caso las causales 1ª y 7ª sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguiente a su ocurrencia” fue declarada inexecutable, como líneas arriba se indicó. Luego, el estudio de este aparte debe hacerse de cara a la parte restante de la norma, para efectos de las sanciones a que haya lugar, la causal 1ª debe alegarse dentro del término de un año, contado desde cuando el cónyuge inocente tuvo conocimiento de las relaciones sexuales extramatrimoniales del otro, y la causal 2ª desde cuando sucedió el hecho que la fundamenta.

Sin embargo, y como bien lo señaló la *a quo*, cuando las relaciones sexuales extramatrimoniales asumen sentido de permanencia, porque subsisten en el tiempo, no se genera la caducidad pues al permanecer la conducta culpable, la causal no desaparece. A su vez, cuando el incumplimiento de los deberes de cónyuge (en este caso el de cohabitar) se caracteriza por su continuidad, el término de caducidad se cuenta desde cuando cesa el incumplimiento, luego mientras se esté cometiendo la falta poco importa que la ocurrencia se haya iniciado varios años atrás.

Las anteriores premisas, y el caudal probatorio recaudado, son suficientes para sostener que, a juicio de esta Sala, también acertó la *a quo* en el punto de contabilización de los términos de caducidad invocados por la recurrente.

En efecto, siendo actual (al momento de presentarse la demanda de reconvencción) tanto la existencia de relaciones sexuales extramatrimoniales atribuibles al cónyuge demandado en reconvencción, y su incumplimiento del deber de cohabitar, estando palpable en el presente el abandono del hogar protagonizado por el demandado CASTILLO LARRAHONDO, no puede configurarse la caducidad alegada por la recurrente.

Agréguese que la inconformidad de la censura con la decisión de primer grado, en cuanto decretó el divorcio con base en las causales 1ª y 2ª, radicó en los aspectos jurídicos que se acaban de resolver, pues para nada atacaron las conclusiones probatorias a las que allí se llegó.

Y la verdad es que las conclusiones fácticas a las que se arribó en el falló apelado descansaban, no solo en la confesión que de las mismas hizo el demandado en reconvencción en su declaración, sino en el conjunto de declaraciones de terceros que se recaudaron a lo largo de la etapa probatoria, los documentos adosados en tiempo, y el mismo indicio grave en contra que gravita en su contra al no haber dado respuesta a la demanda de reconvencción.

A su vez, el abandono del hogar conyugal por cuenta del señor CASTILLO LARRAHONDO es también un hecho pacífico, que ni la recurrente controvierte. Según él mismo lo declaró, a principios del año 2002 dejó su hogar, por los problemas que existían en la pareja, y según los documentos recibidos de COLOMBINA S.A. en La Paila, y COLOMBINA DEL CAUCA, el citado ciudadano laboró en La Paila hasta el 1º de septiembre de 2002, y en Santander de Quilichao (Cauca) a partir del 2º de septiembre siguiente.

Así las cosas, siendo las conclusiones jurídicas contenidas en la sentencia apelada, acertadas, y estando soportadas en las pruebas que se arrimaron al proceso, resulta necesario confirmar el fallo apelado, procediendo ahora a examinar el tema relacionado con la pensión alimenticia.

Como se indicó por la Corte Constitucional en la sentencia C-246 de 2002, en casos como el presente *“(...) el criterio para la imposición del deber de alimentos es la culpa del cónyuge que ha suscitado el divorcio, como por ejemplo cuando éste infringe los compromisos de fidelidad o de respeto por mantener relaciones sexuales extramatrimoniales o por ultrajar o maltratar al otro cónyuge.”*.

Habiéndose decretado el divorcio con base en las causales subjetivas 1ª y 2ª, y al hallarse culpable de las mismas al cónyuge demandado en reconvencción, procedía la imposición de la pensión alimentaria.

La capacidad económica del cónyuge culpable la encuentra la Sala acreditada no solo por su condición de trabajador activo, sino porque voluntariamente, desde el mes de marzo del año 2006, asumió en audiencia de conciliación el pago de la pensión alimentaria de la que ahora pretende deshacerse, pago que incluso con anterioridad a esa audiencia realizaba de manera voluntaria. Al expediente se han aportado múltiples documentos con los que ha quedado demostrado el pago de dicha prestación, luego mal puede sostenerse que carezca de capacidad económica el cónyuge culpable para suministrar alimentos al inocente.

Y sobre la necesidad de ésta última para proveerse su propia subsistencia, para esta instancia es claro que la señora LUZ MARIA SARRIA MORENO tuvo vida laboral activa hasta el año 1983, fecha a partir de la cual se dedicó a las labores del hogar y quedó a merced de los aportes que hacía el señor OSCAR CASTILLO LARRAHONDO. La necesidad de tales aportes los reconoció éste mismo en su declaración. Si bien es cierto el informe de medicina legal no da cuenta de la existencia de alguna enfermedad física o incapacidad para laboral, no puede observarse a menos que se trata de una persona que a la fecha cuenta con 53 años de edad, luego su reincorporación al mercado laboral es en extremo difícil. Es cierto que tiene la propiedad de un inmueble, en el cual se desenvolvía el entorno familiar,

pero también lo es que ante las ayudas incompletas que le enviaba el señor OSCAR, se vio en la necesidad de desocuparlo e irse a vivir con su familia, para poderlo arrendar y ayudarse a sobrevivir con el pago de la renta, que según lo declaró la señora SARRIA MORENO, para el año 2007 ascendía a \$170.000.

Así las cosas, mal puede sostenerse que por no estar incapacitada para trabajar no tenga derecho a la pensión alimentaria, pues debe examinarse su situación en todo su contexto, su salud psíquica, su edad avanzada, los escasos ingresos que recibe y que incluso, para obtenerlos debió sacrificar la posibilidad de vivir en su propia casa, y los más de 20 años que dedicó al levantamiento de su hijo y al sostenimiento del hogar.

Los documentos que oportunamente se agregaron al expediente no demuestran que la señora SARRIA MORENO sea propietaria de algún otro bien que le genere renta, o tenga alguna otra clase de ingreso.

Por lo expuesto, cree la Sala que la condena al pago de alimentos debe mantenerse, siendo de igual modo acertada la decisión que adoptó la *a quo* en cuanto a su monto se refiere. En consecuencia, quedan las partes en plena libertad de acudir al proceso judicial correspondiente cuando se modifiquen las condiciones que se han tenido en cuenta, tanto al momento de imponer la condena al pago de alimentos, como al momento de fijarse la cuantía de la misma (exoneración, disminución o aumento de cuota alimentaria).

Sentencia de 2ª instancia (16141) del 15 de noviembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES – La subsidiariedad que la distingue exige hacer uso de todos los mecanismos ordinarios de defensa judicial/RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO - Si existen graves dudas en torno a la existencia del contrato de arriendo, es posible proteger, por vía de tutela, al arrendatario que no es escuchado por no acreditar el pago de los cánones adeudados.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-543 de 1992, C-590 de 2005, C-122 de 2004, T-102 de 2006, T-096 de 2008, T-613 de 2006 y T-150 de 2007.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El problema jurídico se centra en establecer la posible vulneración al derecho del debido proceso dentro de una actuación judicial, lo cual es apreciable de las manifestaciones de la parte actora, quien reprocha del funcionario accionado no haberlo escuchado en el proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado por falta de acreditación del pago de los cánones de arrendamiento a pesar de haber desconocido la calidad de arrendador en el demandante, tanto en la contestación de la demanda como en las excepciones de mérito.

En consecuencia, el Juez Constitucional para resolver las acusaciones que se presenten frente a decisiones o actuaciones judiciales debe en primer lugar constatar la existencia de las causales generales de procedibilidad, cumplidas ellas entrar a verificar la concurrencia de alguna de las causales específicas ampliamente elaboradas por la jurisprudencia constitucional, como son el defecto orgánico, sustantivo, procedimental o fáctico; error inducido; decisión sin motivación; desconocimiento del precedente constitucional y violación directa a la constitución.

De conformidad con las consideraciones precedentes, lo esencial para determinar la procedencia de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales, es la concurrencia de tres elementos: (i) el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad, (ii) la existencia de alguna o algunas de las causales establecidas por la Corte Constitucional para hacer procedente el amparo como tal y, (iii) el requisito sine qua non, consistente en la necesidad de intervención del juez de tutela, para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental.

A consideración de la Sala, en el presente caso, según se aprecia de las piezas procesales que hacen parte del este trámite, y en especial del estudio del original del proceso remitido a esta instancia judicial por el despacho accionado con ocasión del auto proferido el 1º de los cursantes, radicado bajo el número 76-520-40-03-005-2009-00365-00, donde funge como demandante EDUARDO LEON CHAPARRO MEDINA y demandado HUGO ERNE URIBE (accionante), no se encuentran satisfechas las causales genéricas de procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales, especialmente el requisito de subsidiariedad, por cuanto no se hizo *“uso de todos los mecanismos de defensa judicial -ordinarios-”* con los cuales el presunto afectado contaba para el efecto.

Lo anterior, por cuanto el informativo revela que en septiembre 12 de 2.011, el Juzgado accionado entre otros decidió no escuchar al demandado (aquí accionante) por no haber aportado los recibos de pago de los cánones de arrendamiento adeudados, ni los causados desde la presentación de la demanda, decisión que fue notificada por estado No. 165 del día 14 del

mismo mes y año, sin que la parte desfavorecida con tal determinación haya hecho uso del recurso disponible, esto es el de reposición -único precedente- por tratarse de un proceso de única instancia dada la cuantía del mismo; en otras palabras, si el demandado (aquí accionante) no estaba de acuerdo con tal pronunciamiento debió haber hecho uso del medio de impugnación conferido por la ley procesal, y no optar, por tratar de recibir respuesta a los planteamientos de inconformidad mediante la interposición de esta acción constitucional, omisión que sin lugar a dudas, genera la improcedibilidad del amparo.

Similar circunstancia aconteció con la determinación que resolvió las excepciones previas propuestas por dicho extremo procesal (accionante), pues si bien se denota del estudio del encuadernamiento que una vez proferido el interlocutorio No.1778 de septiembre 17 de 2.010, la parte demandada interpuso recurso de reposición subsidiario de apelación, lo cierto es que el escrito fue radicado extemporáneamente.

En este evento, era la reposición el recurso o medio propicio e idóneo para recibir respuesta a los argumentos que el accionante pretende hacer valer, pero como pese a ello optó por su no interposición, tal omisión cierra el paso a la vía del amparo constitucional como quiera que la presente acción no se ha diseñado para revivir situaciones procesales concluidas, ni como medio para retomar recursos abandonados por la incuria de la parte accionante, ni mucho menos corresponde la acción de tutela a una nueva instancia distinta de aquellas dispuestas por el legislador.

Aunque lo anterior era suficiente para negar la protección constitucional deprecada, no sobra señalar que en todo caso, tampoco la determinación acusada constituye una vía de hecho, al descansar ella, en una norma vigente y cuya exequibilidad fue declarada por la Corte Constitucional en las sentencias C 070 de 1.993, C 056 de 1.996 y C 122 de 2004.

Y si bien en sentencias de Tutela, el mismo órgano de cierre ha dispuesto la inaplicabilidad de dicha normativa, como sucedió en la Sentencia T-613 de 2006, en donde aclaró que tal circunstancia *“no se hace en utilización de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, sino por razones de justicia y equidad que están presentes cuando existen graves dudas respecto de la existencia del contrato de arriendo entre el demandante y el demandado.”*, y en otras, cuyo recuento aparece en la sentencia T 150 de 2007, lo cierto es que, en todos los eventos en que así ha procedido tienen un común denominador, la existencia o comprobación, derivado del material probatorio aportado, de una duda seria respecto de la existencia del contrato de arriendo entre demandante o demandado o un motivo grave para dudar de la validez de la prueba aportada, esto es, en palabras del alto tribunal cuando *“está en entredicho la presencia del supuesto de hecho que regula la norma*

que se pretende aplicar”.

Circunstancia que en el *sub judice* no se verifica en razón a que la sola denuncia ante la Fiscalía no es suficiente para restar credibilidad a la prueba testimonial aportada, la que por ser sumaria, debe ratificarse ante el juzgado de conocimiento como lo determina el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, y de ella derivar la eficacia probatoria que respalde la pretensión restitutoria; el contrato escrito aducido en contraposición de la prueba testifical es de una fecha muy anterior (24 de agosto de 1.993), a la que señala el demandante como inicio de la relación de tenencia en su favor (15 de abril de 1.996), el cual de conformidad con la misma narrativa de la apoderada del accionante, feneció respecto de quien allí aparece como originario arrendador cuando éste, el 15 de marzo de 1.994, cedió los derechos a la señora LYDA MEDINA DE CHAPPARO, quien falleció el 17 de octubre de 2.001.

Luego, no existe una prueba contra evidente que revele la inexistencia de la relación de tenencia reclamada, con mayor razón cuando el demandado no discute su calidad de arrendatario (la que incluso reconoce y ratifica), sino que manifiesta que su arrendadora es una persona fallecida, o en todo caso un tercero diferente al demandante, pero no anexa prueba alguna que demuestre tal vigencia, es más, aunque acepta encontrarse allí en calidad de arrendatario no incorpora la prueba de su principal obligación como es el pago de la renta ni siquiera a favor de ese tercero. Nótese que los recibos anexos a la contestación de la demanda datan de fecha anteriores a los denunciados en mora, y no se allegó ninguna otra prueba que demuestre el cumplimiento en el pago de los cánones de arrendamiento, o que demerite las declaraciones soporte de la demanda.

No es dable desconocer a través de este instrumento, la principal obligación que surge de la convención como es el pago del canon de arrendamiento, o en palabras de la Corte Constitucional “... *la protección legal no puede extenderse de tal manera que haga nugatorio el legítimo derecho de obtener la restitución del inmueble ante el incumplimiento de la obligación de pagar los cánones que corresponde al arrendatario. La protección legal que se dispensa al arrendatario presupone el cabal cumplimiento de sus obligaciones. En ningún sentido su desacato puede resultar amparado”*

Así las cosas, la protección constitucional sólo podía abrirse paso, sí solo sí, el accionante hubiese demostrado el cumplimiento de sus obligaciones como arrendatario del inmueble que actualmente ocupa, lo que aquí no sucedió.

En este orden de ideas, habrá de revocarse el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira (Valle) el 4 de octubre del presente año, para en su lugar negar la protección del amparo deprecado

por la parte actora por incumplimiento del requisito de subsidiaridad.

Sentencia de tutela de 2ª instancia (2011-00169-01) del 15 de noviembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca la sentencia apelada y deniega la protección solicitada.

AUTORIDADES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS - El restablecimiento de los derechos de los menores de edad y la homologación de su condición de adoptables impone, también, de manera previa, considerar las medidas previas tendientes a garantizar la protección reforzada de la madre cabeza de familia víctima del desplazamiento ocasionado por el conflicto armado.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 29; Ley 782 de 2002, artículos 15 y 16.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-590 de 2005, T-102 de 2006, T-887 de 2009, T-025 de 2005 y Auto 092 de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...) El tema a dilucidar se centra en determinar la posible vulneración al derecho del debido proceso dentro de una actuación administrativa y judicial, al no haberse considerado al momento de definir la situación de adoptabilidad de los menores hijos de la accionante, la especial condición de desplazada de ésta y su núcleo familiar, quien manifiesta no haber recibido la asesoría ni la ayuda necesaria para el restablecimiento de derechos de sus hijos.

Para comprobar la existencia de las causales específicas de procedencia de la acción de Tutela frente a la actuación administrativa y judicial que culminó con la declaratoria de adoptabilidad de tres de los menores hijos de la accionante, es necesario hacer un recuento de la actuación adelantada, así:

Mediante auto No.406, 407 y 408, de agosto 03 de 2010, la Defensora Sexta de Familia del ICBF Centro Zonal Tuluá (V), avocó el conocimiento del proceso de Restablecimiento de Derechos en favor de los niños YULISA YURANI ORTEGA GARCIA, LUZ KARIME ORTEGA GARCIA Y JUAN DAVID ORTEGA GARCIA, y decidió acoger como medida provisional de protección

integral la ubicación de los niños en un hogar sustituto. La notificación personal del auto en mención a la señora SANDRA PATRICIA ORTEGA GARCIA se llevo a cabo el día 04 de agosto de 2010. En el mismo auto se dispuso solicitar dictamen nutricional y psicológico, valoración por médico legista competente, dictamen pericial a la trabajadora social del equipo de la defensoría de Familia.

A través de autos No. 430, 431 y 432 de fecha agosto 17 de 2010, la mencionada Defensoría abrió a pruebas el trámite administrativo y ordenó su práctica en el término de veinte días; posteriormente en decisión calendada septiembre 14 de 2010, dispuso correr traslado a las partes de las pruebas allegadas, tiempo que transcurrió en silencio y el día 01 de diciembre de 2010 fijó fecha y hora para realizar la audiencia de que trata el Art. 100 de la Ley 1098 de 2006.

Finalmente, mediante Resoluciones No. 475, 476 y 477 de diciembre 03 de 2010, declaró en situación de adoptabilidad a los niños YULISA YURANI ORTEGA GARCIA, LUZ KARIME ORTEGA GARCIA y JUAN DAVID ORTEGA GARCIA, fundamentada en los siguientes aspectos: a) Los menores viven en condiciones de hacinamiento, malas condiciones de aseo. b) El grupo familiar de la señora SANDRA PATRICIA ORTEGA GARCIA, no cuenta con una red vincular significativa que le permita una dinámica relacional con estilos de vinculación emocional, afectiva, como tampoco un estilo de organización familiar para la toma de decisiones, resolución de conflictos, autoridad, normas, valores. c) El grupo familiar no brinda la estabilidad física y emocional a los niños YULISA YURANI, LUZ KARIME Y JUAN DAVID ORTEGA GARCIA por cuanto no les brinda los elementos fundamentales para su formación integral.

Esta resolución fue notificada a la madre de los menores quien presento escrito de oposición, indicando que su situación familiar ha cambiado y que se comprometía a ofrecerle todo lo necesario para el desarrollo de los menores.

Ante esta situación se surtió el trámite de Homologación de la Resoluciones de adoptabilidad ante el Juzgado Primero de Familia de Tuluá (V), donde se profirió auto Interlocutorio No, 0128 de febrero 08 de 2011, en el cual se resolvió admitir el trámite de Homologación de las Resoluciones No. 475, 476 y 477 de diciembre tres (03) de dos mil diez (2010), se ordenó notificar en forma personal el contenido del proveído al Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Tuluá (V), a la doctora MARIA TERESA MONTOYA GUTIERREZ, Defensora Sexta de Familia del ICBF Centro Zonal Tuluá (V) y a la señora SANDRA PATRICIA ORTEGA GARCIA, madre de los menores, igualmente se señalo un término probatorio de diez (10) días, durante el cual ordenó realizar por parte de la trabajadora Social de

este despacho visita socio-familiar, recibir interrogatorio a la señora SANDRA PATRICIA ORTEGA GARCIA y las declaraciones solicitadas por la peticionaria.

La notificación personal a la Defensora de Familia se llevo a cabo el día 16 de febrero de 2011, la visita sociofamiliar el 28 de febrero de 2011, y la notificación a la señora SANDRA PATRICIA ORTEGA GARCIA se llevo a cabo el día 23 de febrero de 2011. Subsiguientemente se profirió la Sentencia de fecha Marzo 15 de 2011, en donde se negó la oposición presentada por la accionante y se declaró en situación de adoptabilidad de los niños YULISA YURANI ORTEGA GARCIA, LUZ KARIME ORTEGA GARCIA Y JUAN DAVID ORTEGA GARCIA.

Pues bien, en el *sub-lite*, de entrada debe precisarse, que las autoridades que llevaran a cabo el trámite tanto administrativo como judicial eran competentes para ello, se actuó dando estricto cumplimiento al procedimiento y normatividad establecida pero la actuación desplegada por la DEFENSORA SEXTA DE FAMILIA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR CENTRO ZONAL TULUÁ Y LA JUEZA PRIMERA DE FAMILIA DE TULUÁ (V), se enmarcó dentro de una vía de hecho por violación directa de la Constitución, al no considerar y efectivizar en el trámite los propósitos del Estado Social de Derecho, derivado de la falta de acompañamiento y asesoría a la accionante para que accediera a los programas sociales diseñados por el gobierno nacional de acuerdo con su condición de sujeto de especial protección Constitucional, al ser una Mujer desplazada y madre cabeza de hogar, desconocimiento que a la postre configura la causa de la negligencia enrostrada por parte de las autoridades accionadas para separarla de tres de sus menores hijos.

Luego, si bien es cierto existe la necesidad de brindar a los menores un ambiente adecuado y propicio para su desarrollo, también lo es que todas las autoridades tienen el deber de armonizar estos derechos con los de sus progenitores y propender por la vigencia del nexo familiar.

Además, conforme con las pautas fijadas por nuestra Constitución Política la responsabilidad anotada no se radica exclusivamente en los padres, menos cuando estos son víctimas del desplazamiento forzado, surgiendo una corresponsabilidad del Estado que se enmarca en el apoyo y ayuda que se debe brindar a las familias desplazadas.

A lo anterior se suma que la Corte Constitucional en el auto de seguimiento a la Sentencia No. T-025 de 2005 numerado A-092 de 2008, señaló la difícil situación de la mujer desplazada y la adopción de medidas para la protección a mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del

conflicto armado señalando los cuadros de discriminación social aguda de las mujeres indígenas y afrodescendientes desplazadas, situación que no se puede pasar por alto porque en la accionante y su núcleo familiar confluyen estas condiciones...

Así las cosas, de la revisión de los trámites adelantados por DEFENSORA SEXTA DE FAMILIA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIA no encuentra la Sala que, por parte de dicha entidad se haya verificado, si la madre de los menores estaba siendo asistida y apoyada por parte de las Entidades del Estado encargadas de velar por el restablecimiento de sus derechos al ser sujeto de protección constitucional reforzada (mujer afrodescendiente desplazada y cabeza de hogar), ni se le brindo el acompañamiento y asesoría requerida, pues si bien la actuación del DEFENSOR DE FAMILIA y del equipo interdisciplinario fue eficaz para sustraer a los niños de eventuales peligros al lado de su madre, tal actividad no se centró en el problema social que se vive al interior del hogar, como que una vez detectada la problemática de desplazamiento debió adelantar con ella y la familia extensiva una labor psicológica y social, para instruirlos de manera puntual y progresiva sobre las consecuencias de no cambiar las condiciones de vida que le deben brindar a los menores, y además realizar con las entidades del Estado un verdadero programa de acompañamiento y apoyo familiar, situación que no se vislumbra en el proceso, como tampoco se presenta actuación alguna por parte del Agente del Ministerio Público.

En este contexto, el hecho de no haberse implementado un plan de ayuda para una familia en condiciones de vulnerabilidad social, no solo de *pobreza* sino también de *desplazamiento*, incluyéndola en los diferentes programas que para tal efecto tiene establecidos el gobierno nacional, sin duda enmarcan la decisión acelerada de adoptabilidad de los niños en una vía de hecho, atentatoria del debido proceso, al haberse acogido sin tener en cuenta las verdaderas condiciones socio familiares de la accionante y la posibilidad de ayuda a su alcance, máxime si se tiene en cuenta que la progenitora ha insistido en su deseo de mejorar las condiciones de vida de ella y sus hijos, razones por las que no se le podía endilgar negligencia sin antes establecer si efectivamente se le han entregado las ayudas necesarias por parte del Estado para que ella pueda brindar un ambiente sano para el desarrollo de sus menores hijos.

En esta línea de pensamiento es relevante señalar que el derecho prevalente de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, amerita que antes de proferirse una declaratoria de adoptabilidad, previamente se ejerzan labores activas tendientes a no desligar el núcleo familiar y evitar que los procesos de restablecimiento de los derechos no adquieran matices

punitivos, en los cuales sólo se indague por conductas incorrectas sin brindarse soluciones reales, más cuando de acuerdo con el artículo 22 de la ley 1098 en ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación, condición económica que la Sala entiende no debe tomarse solamente como la falta de recursos económicos, sino también con las secuelas de ignorancia y vicios que ella conlleva cuando es extrema.

Igualmente, al hacer descender al caso concreto el principio constitucional de la **CORRESPONSABILIDAD** del Estado, el resultado es que la falta de implementación de los programas públicos establecidos por el gobierno nacional para las familias en estado de pobreza y en situación de desplazamiento, en el hogar de los menores en cuyo favor se profirió la medida, constituye una violación al derecho al debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Nacional, pues el único camino que tenían la madre y la familia materna para razonar sobre la consecuencia de su actuar era el de poder adquirir una mediana orientación social, psicológica y económica, implementada a través de uno de los programas que para el efecto tiene establecidos el gobierno nacional, trabajo que como no se hizo, conllevó a que la situación de los niños fuera solo el reflejo de las autoridades administrativa de forma unilateral y sin compromiso social.

Es de recordar que en tratándose de la población desplazada, la Ley 418 de 1997 *“por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”*, prorrogada por la Ley 548 de 1999, la que a su vez también fue prorrogada por la Ley 782 de 2002, ésta última corregida por el decreto 100 de 2003, en sus artículos 15 y 16 consagra:

“...Artículo 15. Para los efectos de esta ley, se entiende por víctimas de la violencia política, aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno. Son víctimas los desplazados en los términos de la Ley 387 de 1997.

....

“...artículo 16. En desarrollo del principio de solidaridad social, y dado el daño especial sufrido por las víctimas, estas recibirán asistencia humanitaria, entendida por tal la ayuda indispensable para sufragar los requerimientos esenciales, a fin de satisfacer los derechos que hayan sido menoscabados por los actos enunciados en el artículo 15. Esta ayuda humanitaria será prestada por las entidades públicas así: Por la Red de Solidaridad Social, en desarrollo de su objeto legal y de acuerdo con las directrices que para el efecto señale su Consejo Directivo, y por las demás entidades públicas señaladas en la presente ley, dentro del marco de sus competencias, siempre que la solicitud se

eleve dentro del año siguiente a la ocurrencia del hecho.

Parágrafo 1°. En caso fuerza mayor o caso fortuito que impidan a la víctima presentar oportunamente la solicitud, el término a que se refiere la presente disposición debe contarse a partir del momento en que cesen los hechos motivo de tal impedimento.

Parágrafo 2°. El Gobierno Nacional apropiará los recursos necesarios en el Presupuesto General de la Nación –Red de Solidaridad Social–, con el objeto de prestar asistencia humanitaria, conforme a los fines previstos en la presente ley.

Parágrafo 3°. La ayuda humanitaria será entregada por la Red de Solidaridad Social en forma directa, asegurando la gratuidad en el trámite, para que los beneficiarios la reciban en su totalidad.

Parágrafo 4°. Los beneficios de contenido económico que se otorguen a los desplazados se regirán por la Ley 387 de 1997.

Bajo tal entendido, no queda duda que corresponde al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL en desarrollo de la función coordinadora, entre otras funciones, las gestiones tendientes a ofrecer la ayuda humanitaria de emergencia, a lograr la inclusión de cada desplazado en un proyecto productivo, y con el cumplimiento de los requisitos a que haya lugar, al subsidio de vivienda, así como su acceso a la red de salud y educación pública, circunstancias que no se dieron a favor de la accionante puesto que la única ayuda recibida ha sido la denominada FAMILIAS ACCION, recibiendo un acumulado desde el año 2005 al 26 de octubre de 2011 de \$3.200.000, es decir un promedio de treinta mil pesos mensuales, para el sostenimiento de ella y sus nueve hijos, suma por demás irrisoria para cumplir con las cargas exigidas por la autoridad pública para no separarla de sus hijos.

En síntesis, como quiera que dentro del procedimiento administrativo y judicial adelantado por la Defensora Sexta de Familia del ICBF y el Juzgado accionado se verifica la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de SANDRA PATRICIA ORTEGA GARCIA y de sus hijos YULISA YURANY, LUZ KARIME Y JUAN DAVID ORTEGA GARCIA, debe esta Sala de Decisión declarar sin efecto la actuación desplegada por la DEFENSORA SEXTA DE FAMILIA DEL ICBF CENTRO ZONAL TULUÁ (V), a partir del auto No. 407 de agosto 03 de 2010 igual quedará sin efectos las decisiones tomadas por el JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DE TULUÁ (V).

Con el fin de velar por el DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE LAS PERSONAS DESPLAZADAS, en el cual el Estado debe apoyar la

reunificación y la estabilización socioeconómica del hogar víctima de desplazamiento, LA DEFENSORÍA DE FAMILIA DEL ICBF deberá llevar a cabo un nuevo trámite de restablecimiento de derechos en el que se tenga en cuenta el principio de CORRESPONSABILIDAD DEL ESTADO, con la ayuda y asistencia tanto de la PERSONERIA MUNICIPAL DE TULUA (VALLE) y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL, teniendo este último la obligación de realizar las gestiones tendientes a suministrar a la accionante la ayuda humanitaria de emergencia, lograr su inclusión en un proyecto productivo, y con el cumplimiento de los requisitos a que haya lugar, al subsidio de vivienda, así como su acceso a la red de salud y educación pública para sus menores hijos, para que una vez surtido en debida forma, ahí sí, arroje un resultado cierto sobre la idoneidad de la madre señora SANDRA PATRICIA ORTEGA GARCIA permitiendole volver a tener a sus niños en su hogar o, si, por el contrario, éste grupo familiar en verdad y pese a la adecuada ayuda suministrada, no presenta ninguna mejoría en su actuar, tenga la plena certeza que de continuar con esa línea de conducta perderían a sus hijos.

Sentencia de tutela de 2ª instancia (2011-00371-00) del 16 de noviembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: tutela el derecho al debido proceso y deja sin efectos las actuaciones judiciales y administrativas adelantadas.

PROCESOS DE EJECUCIÓN – Título ejecutivo complejo/OBLIGACIONES TÁCITAS O NO ACEPTADAS EXPRESAMENTE POR EL DEUDOR – No pueden ser objeto de ejecución judicial.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículo 488.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas, debe esta corporación adentrarse al estudio de la alzada planteada, cuyo problema jurídico se ciñe a dilucidar ¿si como lo concluyó el *a quo* los documentos aducidos con la demanda carecen de los requisitos exigidos por el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, para constituirse en un título ejecutivo complejo?

Para dicho efecto debe precisarse que resulta incontestable para la prosperidad de un proceso ejecutivo, la existencia de un título que, por sus características, le ofrezca al juzgador la certeza liminar de que el demandado tiene un deber de prestación para con el ejecutante. El

artículo 488 del Código de Procedimiento Civil establece las condiciones formales y de fondo que debe reunir un documento para que de él se pueda predicar la existencia de título ejecutivo.

Las condiciones formales atañen a que los documentos que integran el título sean auténticos, y que emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, o de un acto administrativo en firme. Las condiciones de fondo, buscan que en los documentos que sirven de base para la ejecución aparezcan consignadas obligaciones claras, expresas y exigibles a favor del ejecutante y a cargo del ejecutado, y que sean líquidas o liquidables por simple operación aritmética, en el caso de obligaciones pagaderas en dinero.

Entonces la particularidad del proceso ejecutivo radica en la certidumbre del derecho material que se procura, certeza que se obtiene del título ejecutivo, por cuanto su existencia es la que impulsa el trámite de ejecución, es así *“que la esencia de cualquier proceso de ejecución la constituye la existencia de un título ejecutivo. Por consiguiente, no puede haber jamás ejecución sin que haya un documento con la calidad de título ejecutivo que la respalde (“nulla executio sine titulo”).*

Por lo anterior, es deber del juez, en virtud del artículo 488 Código de Procedimiento Civil, al momento de proferir el fallo, revisar oficiosamente el documento que se allega como título ejecutivo con la finalidad de establecer si cumple con los requisitos legales. Esta evaluación, comprende de por sí, el examen sobre el mandamiento de pago y su validez, pues pese a que en principio dicho mandamiento se profiere al considerar la existencia del título ejecutivo, ello no implica que al momento de fallar de fondo, el juez se abstenga de examinarlo nuevamente, pues en caso dado, puede llegar a evidenciar que no se puede seguir con la ejecución puesto que el título es insuficiente, proceder acorde con los postulados de la materialidad del derecho sustantivo.

Así, conforme con el artículo 488 en cita, el título debe cumplir unos requisitos para que pueda considerársele como ejecutivo, estas exigencias son principalmente; que la obligación sea expresa, esto es, que se encuentre establecida, especificada y sea manifiesta en el título; que la obligación sea clara, quiere decir, que aparezca sin más consideraciones o elucubraciones en el cartular, por cuanto el documento ambiguo, oscuro no tiene la virtualidad de erigirse como uno de aquellos que preste mérito ejecutivo. Igualmente la obligación debe ser exigible,

por cuanto solo es ejecutable la obligación pura y simple, o, aquella en donde se haya vencido el plazo o se haya cumplido la condición. A lo anterior debe agregarse que la obligación provenga del deudor o su causante; y que el documento constituya plena prueba contra el deudor. Cumplidos estos requisitos surge el título ejecutivo que da paso a la ejecución, pues faltando uno de ellos queda entredicho la existencia del título.

En punto al título ejecutivo complejo, resulta necesario precisar que su existencia se predica cuando la ejecución se soporta en un conjunto de documentos que evidencian, por sí solos y más allá de toda duda, la obligación cuyo pago se persigue, con las características que exige la ley procesal. Entonces, aquel se estructura a partir de diversos documentos emanados del deudor que, en su conjunto, den cuenta, con alcance de plena prueba, de una obligación a su cargo y a favor del ejecutante; de allí que por vía jurisprudencial se haya precisado *“(...) hoy es comúnmente admitido que la unidad del título ejecutivo no consiste en un único documento, sino que en conjunto demuestran la existencia de una obligación que se reviste de esas características (...)”*.

En el *sub lite* la parte demandante pretende, por la vía del proceso ejecutivo, lograr el pago de la suma de \$249.963.230.00 correspondientes al excedente dejado de pagar por cada kilo de pescado, de los 115.368 entregados con valor promedio de \$5.833, por virtud de la sustitución alimentaria ordenada a la EPSA, a título de sanción, en la Resolución No. 0556 de 2002 del Ministerio de Medio Ambiente, ratificada en sentencia de tutela del 29 de abril de 2004 por el H. Consejo de Estado, más lo plasmado en el acta de la reunión llevada a cabo el 11 de noviembre de 2005, en la que se dijo que el kilo de pescado costaría en promedio \$8.000.

Pues bien, analizado lo perseguido por la parte actora, encuentra esta Sala de Decisión que su efectividad, mal puede lograrse a través de un proceso ejecutivo, pues los documentos adosados para soportar la ejecución no constituyen un título ejecutivo complejo, al no solo adolecer de los requisitos de expresión y claridad, sino también de exigibilidad.

En efecto, las manifestaciones contenidas en el texto del acta de la reunión celebrada el 11 de noviembre de 2005, jamás pueden considerarse como una manifestación expresa e inequívoca de la voluntad de los representantes de la EPSA con el ánimo de obligarse a entregar a la comunidad especies de pescado cuyo precio sea igual a \$8.000.00 pesos, como lo pretende la parte demandante. Para dicho fin veamos qué se plasmó en el acta:

El MAVDT aclara que, tal como se acordó en reunión anterior, el precio de las especies debe ajustarse a ocho mil pesos \$8.000 kilo y que las especies que entregará EPSA se debe ajustar a dicho precio.

EPSA manifiesta que esta (sic) dispuesta a cumplir con el fallo de tutela del Consejo de Estado de abril 29 de 2004 en los precisos términos de dicha sentencia, pero que acata la orden del MAVDT. (Negrillas de la Sala)

Así entonces, de la somera lectura de lo anterior, no podemos concluir de entrada que se trata de una obligación expresamente aceptada por la empresa demandada, pues si bien se manifestó acatar la orden del ministerio, no se precisó que ella se refería exactamente al precio de pescado propuesto en \$8.000 pesos.

Y es que de tenerse por aceptado el hecho relativo al precio del pescado en \$8.000, dicha aceptación tendría la calidad de ser tácita, que no expresa; circunstancia que de contera da al traste con su efectividad por la vía del proceso ejecutivo, al resultar incuestionable que por este sendero no pueden ejecutarse las obligaciones tácitas o que no han sido expresamente aceptadas por el deudor.

La anterior conclusión se refuerza con el contenido de la comunicación de fecha 7 de diciembre de 2005 dirigida por la EPSA al Ministerio de Medio Ambiente, la cual podría considerarse una respuesta oportuna a la reunión del 11 de noviembre de 2005, celebrada con menos de un mes de anterioridad. Así se dijo en dicha comunicación:

...recibimos comunicación 2400-E2-111030 suscrita por el señor Asesor del Despacho de la Ministra, doctor Diego Ramírez Valencia, en la que indica que “el precio de las especies debe ajustarse a Ocho mil Pesos (\$8.000) kilo, por lo que las especies que entregue EPSA, deberán ajustarse a dicho precio”, que es lo que dice el acta de noviembre 11 de 2005.

A este respecto, como ya lo dijimos, el Ministerio de Ambiente, vivienda y Desarrollo Territorial y la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. EPSA E.S.P. deben cumplir con la obligación del Artículo Quinto de la Resolución 0556 de junio 19 de 2002 que habla de la entrega de “una cantidad de 100 gramos por persona y por día de pescado fresco”, sin que se mencione precio alguno (...).

En este sentido, indicar un precio fijo al pescado que se va a entregar sería modificar unilateralmente, por quien no está facultado para

hacerlo, una resolución judicial (fallo de tutela de abril 29 de 2004 del Consejo de Estado), puesto que tal suma no se encuentra indicada en la Resolución 0556 de junio 19 de 2002, lo cual es manifiestamente contrario a lo dispuesto por los artículos 6, 113, 121, 122 y 228 de la Constitución Política.

Las anteriores circunstancias nos llevan a concluir que la entidad demandada no aceptó de forma expresa el aspecto concerniente a la entrega de unas especies de pescado con un valor de \$8.000 el kilo, lo que de entrada frustra los requisitos de expresión y claridad que deben reunir las obligaciones que por esta vía ejecutiva se reclaman, al no establecerse en el *sub lite* de forma manifiesta y sin necesidad de mayores consideraciones, lo perseguido de los documentos aportados como título ejecutivo.

Tampoco de las “reuniones anteriores” se establece si la demandada realmente se obligó o no, o haya aceptado expresamente la propuesta que plantearon las comunidades en consenso con la Defensoría Regional del Valle, referente a un precio por kilo de pescado de \$8.000. Por el contrario las manifestaciones de la EPSA siempre estuvieron direccionadas a acatar, pero las ordenes contenidas en la Resolución No. 0556 de 2002, relativas a la sustitución alimentaria, suministrando a la población una cantidad de 100 gramos por persona y por día de pescado fresco; orden ésta impuesta a título de sanción, y que el mismo Ministerio posteriormente, por Auto No. 3503 del 28 de diciembre de 2007, declaró cumplidas en forma definitiva al consignar lo siguiente:

Auto No. 3503 - Por el cual se declara que se ha cumplido con unos requerimientos, se efectúan otros y se toman otras determinaciones

(...) ARTÍCULO PRIMERO.- declarar que la EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO S.A. - EPSA S.A. - E.S.P., con base en el seguimiento a las obligaciones establecidas a través de los diferentes actos administrativos emitidos por este Ministerio, como parte del proceso sancionatorio, por la descarga de fondo efectuada en el año 2001:

2. (...) ha dado cumplimiento en forma definitiva a la obligación establecida en el Artículo Quinto (5º) de la Resolución No. 0556 de junio 19 de 2002, en lo referente a la implementación de la medida de sustitución alimentaria. (Subrayas fuera de texto)

Pero además, la Sala advierte que ni de lo ordenado en la Resolución No.

0556 de 2002, ni del texto del fallo de tutela del 29 de abril de 2004 emitido por el H. Consejo de Estado, se fija un precio mínimo o tope al pescado a entregar como medida de sustitución alimentaria, ni mucho menos se contempla la posibilidad de sustituir la entrega de pescado por dinero en efectivo; por el contrario, allí solo se hizo referencia al peso del mismo, pero no a su precio, de modo que las partes deben limitarse estrictamente al contenido de aquellas.

Similar argumento fue planteado por el Ministerio en comunicación del 22 de septiembre de 2004, al negar la solicitud elevada por el apoderado de las comunidades para “...que se determine el valor del kilo de pescado para que se de su equivalente en dinero”; exponiendo como fundamentos de la negatoria los siguientes:

El fallo de tutela de fecha 29 de abril de 2004, del Consejo de Estado, al suspender los efectos de la resolución 1080 del 10 de octubre de 2003, expedida por este Ministerio, impone la implementación de la medida de sustitución alimentaria ordenada mediante la Resolución No. 0556 del 19 de junio de 2002, pero de ninguna manera contempla la posibilidad de convertir la cantidad de pescado en especie, por su equivalente en dinero en efectivo, por tanto el fallo de tutela no plantea alternativa alguna de cumplirlo en forma diferente a la entrega del pescado en especie(...)

De este modo, la obligación de implementar la medida de sustitución alimentaria es expresa, clara y no ofrece duda alguna en la forma y durante el tiempo que debe cumplirse por parte de la Empresa de Energía del Pacífico.

(...) por tanto este ministerio no encuentra procedente acceder a lo pedido.

Si como se dejó sentado, no se determinó que fuera una obligación con las notas características de claridad y expresión, al no establecerse con precisión y sin necesidad de elucubraciones lo pretendido por la parte demandante, ni la resolución haber hecho referencia al precio de las especies de pescado que debía entregar la deudora, sino solo su peso, tampoco podemos hablar entonces de exigibilidad, pues si no se pudo determinar una expresa promesa de pago, menos se podrá determinar su vencimiento o una fecha desde la cual se configure la mora, para con fundamento en los demás documentos, autorizar la ejecución reclamada por la comunidad demandante.

Los anteriores planteamientos por sí solos se constituyen en motivos

suficientes para establecer la falta de expresión, claridad y exigibilidad que adolece la obligación que aquí se pretende, de modo que anduvo bien el *a quo* al negar la ejecución, cuando los documentos adosados con miras a conformar un título complejo no prestaban mérito ejecutivo, imponiéndose la confirmación de la sentencia de primera instancia, con la salvedad en punto a la condena en costas de las comunidades demandantes, como quiera que en su favor y por auto visible a folio 21 del cuaderno de medidas había sido conferido amparo de pobreza. (Art. 163 C. de P. C.)

Sentencia de 2ª instancia (2008-00120-01) del 23 de noviembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

PRESCRIPCIÓN ENTRE COMUNEROS - El comunero demandante debe probar su posesión inequívoca frente a los restantes condueños.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 673, 762, 764, 2518 y 2531.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión del 29 de enero de 1966.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El tema que ahora ocupa la atención de la Sala, radica en la declaración de dominio impetrada por el demandante sobre un bien inmueble ubicado en el casco urbano del municipio de Bugalagrande –Valle, descrito al comienzo de esta providencia, bajo el supuesto de haberse poseído de manera extraordinaria. La posibilidad en comento, es enmarcada por nuestro sistema jurídico dentro del fenómeno de la “prescripción” reconocida como uno de los modos de adquirir el dominio (artículos 673 y 2518 del Código Civil).

En punto a la prescripción extraordinaria, que es la invocada por el demandante, los presupuestos axiológicos que de vieja data se han indicado por la doctrina y la jurisprudencia, para acceder a la pretensión son: a) posesión material en el demandante; b) que la posesión se prolongue por el

término de ley, que en el sub lite es de 20 años a voces del artículo 2532 del Código Civil; c) que se cumpla en forma quieta, pacífica, continua e ininterrumpida; y d) que la cosa o el derecho sobre el cual se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse por este fenómeno. De reunirse aquellos, habrá de indagarse si existe identidad entre el bien que se pretende adquirir y el efectivamente poseído o si el bien de propiedad de la demandada es viable adquirirlo por la figura de la prescripción.

Luego, dentro de este marco teórico debe dilucidarse ¿si en este caso, como lo sostuvo la juzgadora de primera instancia, no se demostró por el demandante, la posesión durante el término exigido por la ley para adquirir por el modo de la prescripción extraordinaria el inmueble que pretende?

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

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

En efecto, son varias las pruebas y hechos que, contrario a lo sostenido por la apoderada del actor, demuestran que el señor DANIEL LOZANO no ha ejercido actos de dominio por el término requerido por la ley, veamos porque:

Revisado el folio de matrícula inmobiliaria 384-10699 correspondiente al inmueble a usucapir, se establece que fue adquirido por el señor LUIS MARIO LLANOS BENÍTEZ el 10 de junio de 1958, y a que a raíz de su fallecimiento, por vía de sucesión la titularidad pasó en común y proindiviso a los aquí demandados LUCILA LOZANO VDA. DE LLANOS en calidad en cónyuge supérstite, y a sus hijos LUIS MARIO, CLAUDIA PATRICIA, FENZILETH, MARÍA EUGENIA, LUZ MARIANA y GLORÍA LUCÍA LLANOS LOZANO, según sentencia proferida por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Tuluá, de data 18 de mayo de 1973.

También aparece registrado en el citado folio de matrícula inmobiliaria, la escritura pública No. 455 del 12 de noviembre de 1994, a través de la cual la señora GLORIA LUCIA LLANOS LOZANO transfirió a MARÍA CENIDES LOZANO (progenitora de DANIEL LOZANO), los derechos que en común y proindiviso, le fueron adjudicados en la sucesión de su padre LUIS MARIO LLANOS BENÍTEZ.

Igualmente, aparece registrada la sucesión de la señora MARÍA CENIDES LOZANO, por la que se transfirió la cuota parte del inmueble de marras, a su hijo DANIEL LOZANO (escritura 464 del 3 de octubre de 2007, notaría Única de Bugalagrande).

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

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

Luego, para el triunfo de su pretensión, y por tratarse de una prescripción de un comunero frente a los demás condóminos, requería el demandante, demostrar el inequívoco ejercicio de la posesión en forma exclusiva y excluyente, mediante actos de explotación económica por el término de prescripción extraordinaria, esto es, por el término de 20 años.

Sin embargo, en el referido certificado de tradición también aparece inscrito el oficio 1326 del 4 de diciembre de 2000, emanado del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tuluá, librado dentro de la demanda ordinaria de prescripción extraordinaria de dominio que interpuso la señora MARÍA CENIDES LOZANO MORENO, progenitora del demandante DANIEL LOZANO,

contra los aquí demandados y la señora GLORIA LUCÍA LLANOS LOZANO, quien como antes se precisó, posteriormente vendió a título de compraventa sus derechos a la señora MARÍA CENIDES; dicha inscripción fue cancelada por oficio 514 del 8 de agosto de 2007, al haber sido declarada imprósperas las pretensiones de tal demanda, tal como línea atrás se estableció en esta providencia.

Lo anterior significa que también la progenitora del demandante, se reputó poseedora e intentó hacerse a la titularidad del inmueble por la vía extraordinaria de prescripción adquisitiva.

Además, en su declaración, la señora MARIELA LOZANO DE ESTRADA, de 67 años de edad, hermana del actor, afirmó: *“... esa casa se la dejaron a mis abuelos Miguel Antonio Lozano y Eugenia Moreno, para que ellos vivieran y ella le dijo a mi mamá María Cenides Lozano ya fallecida que se viniera a vivir con ellos para que los acompañaran... Doña Lucila trabajaba en Cali en el Magisterio y don Mario también, pero ella le aportaba a mi mamá para el mantenimiento de los abuelos. Después ella salió pensionada, el señor murió y ella estuvo viviendo en Cali, y como ya estaba pensionada ella viajaba al exterior donde las hijas pero estaba muy pendiente del papá y la mamá y ella le mandaba económicamente...PREGUNTADO: indíquenos donde ha vivido el señor Daniel Lozano y donde vive actualmente. CONTESTÓ: El señor Lozano vive casi tres cuadras donde vivía mi mamá en la casa de un señor ya fallecido Aristides González, allí vive con la señora Cecilia pero no recuerdo el apellido y tres hijas que tiene, vive en Bugalagrande pero no se la dirección, vivió en un barrio que se llama Juan Pablo, vivió en otro que se llama la María, vivió a la vuelta donde está viviendo ahora, vivió como tres cuadras más arriba de donde vive ahora, el ha vivido en muchas partes fuera de donde vive ahora, pero nunca vivió en la casa con mi mamá, no fue al velorio ni al entierro mucho menos iba a vivir con mi mamá”*.

Igualmente, el testigo GUSTAVO ZÚÑIGA HIDALGO, aseguró: *“Lo que yo sé es que esa casa es de la señora LUCIA LOZANO... ella estaba en Estados Unidos y ella mandaba la plata para el mantenimiento de la casa y el sostenimiento de la señora que murió, ella se llama CENIDES esto lo sé porque yo acompañaba a mi esposa a cobrar al Banco Av. Villas... ya que la plata que cobrábamos era la pensión de doña LUCILA VDA. DE LLANOS y de allí ella le autorizaba para los gastos de la casa de BUGA y para la hermana y todos los demás gastos y pagar catastro de la casa de BUGALAGRANDE...”*

En consonancia, la señora MARTHA LUCÍA LOZANO afirmó: *“... mi tía LUCILA le dejó esa casa para que viviera mi tía CENIDES LOZANO, para que cuidada a mis abuelos y viviera con ellos, yo iba y los visitaba hasta que ellos murieron y quedó allí mi tía CENIDES... él [se refiere al demandante]*

nunca vivió ni ha vivido en la casa de mi tía LUCILA, el iba y visitaba a mi tía CENIDES que era la mama de él...”

De acuerdo con los anteriores testimonios, el demandante DANIEL LOZANO no ejerce la posesión que afirma tener, pues sus familiares lo desmienten al rendir declaración bajo la gravedad de juramento, precisando que quien siempre residió en el inmueble objeto de usucapión fue su señora madre, juntos con sus abuelos, pero reconociendo como propietaria del inmueble a la señora LUCILA LOZANO VDA. DE LLANOS.

Además, los testimonios de quienes declararon por petición del actor, no tienen la virtualidad o la fuerza necesaria para establecer con certeza, como se aduce en la censura, que aquél ha ostentado la calidad de poseedor durante el tiempo que se requiere para adquirir por vía extraordinaria, es decir 20 años, pues algunos no conocían al demandante para la época en que aduce, inició su comportamiento como señor y dueño, en su mayoría no tienen certeza sobre la verdadera relación de sus habitantes con el inmueble e incluso algunos aseguran la calidad de dueño en otras personas.

Así las cosas, no existe prueba contundente sobre el *ánimus domini* necesario para el triunfo de la pretensión reclamada, derecho que el mismo demandante radica en cabeza de su hermano, pues afirma que éste compró el inmueble a la demandada LUCILA VDA. DE LLANOS, y que llegó a vivir al inmueble de marras, no con ánimo de señor y dueño sino porque su hermano, le dijo que se fuera a residir allí junto con su progenitora.

En consecuencia, el requisito de la posesión no fluye en forma diáfana, tal y como se exige para que se pueda declarar la adquisición por vía de prescripción adquisitiva de dominio, pues las declaraciones de los testigos citados para corroborar su dicho, sumadas a los testimonios de las personas que declararon a favor de la parte demandada, e incluso por lo manifestado por el mismo demandante al ser interrogado, no llevan a la plena convicción de que el señor DANIEL LOZANO ha ejercido la posesión del inmueble que pretende usucapir por el término de veinte años, y si bien es posible que los vecinos lo hayan visto pagando impuestos sobre el bien, haciendo reparaciones, e incluso aparentemente residiendo en forma continua en el mismo, tal conducta tiene una explicación lógica como era la permanencia en dicho lugar de su progenitora y sus abuelos, e incluso algunos hijos del mismo, pero ello no significa ni revela el ánimo de señor y dueño, es decir, aquella condición subjetiva que desconoce mejor derecho.

No se hace necesario entrar al estudio de la comprobación de los demás elementos necesarios para adquirir por la vía de prescripción adquisitiva extraordinaria, aclarándole a la censora, que no le asiste razón a cuando afirmó que la valoración de la *a quo* fue “*nimia*”, pues lo cierto es que la

juzgadora no tenía la obligación de hacer un análisis de todas las pruebas, al encontrar que las analizadas llevaban de manera certera a negar el *petitum* precisamente por la falta de comprobación de alguno de los requisitos exigidos para adquirir por la vía de usucapión.

En colofón, se deberá confirmar la sentencia objeto de apelación y en consecuencia, también se condenará en costas a la parte actora en esta instancia.

Sentencia de 2ª instancia (2007-00123-01) del 24 de noviembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

RECOBRO AL FOSYGA – Es procedente también cuando el fallo de tutela dispone la atención integral en salud.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Resolución 548 de 2010, Ministerio de la Protección Social.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencia SU. 480 de 1997.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)El problema jurídico se contrae a determinar ¿si en materia de salud procede el recobro ante el FOSYGA cuando a través de fallo de tutela se ordena un tratamiento integral derivado de la enfermedad que padece el accionante?

Para resolver, cabe señalar que de acuerdo con lo establecido en la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social en Salud se diseñó con el fin de regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en todos los niveles de atención, que permitieran garantizar a todas las personas sus derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social en el marco del Estado social de derecho y con fundamento en los principios de dignidad humana, de solidaridad y de prevalencia del interés general.

El principio de solidaridad inspira toda la mecánica institucional, y en consecuencia, el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud, lo cual se materializa en la configuración del régimen subsidiado de salud, el diseño del plan obligatorio de salud y la consagración del Fondo de

Solidaridad y Garantía.

En efecto, el Sistema de Salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos los habitantes del territorio nacional, con capacidad económica o sin ella, de tal manera que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud, por ello la normatividad consagra la existencia de dos regímenes: el subsidiado que está integrado por aquellas normas que regulan la vinculación efectuada a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad fijados en la ley 100 de 1993 y la atención es brindada por instituciones denominadas administradoras del régimen subsidiado; mientras que el contributivo, es aquél en el cual las entidades prestadoras de los servicios de salud con base en los aportes individuales realizados por los usuarios tienen la obligación de prestar los servicios incluidos expresamente en el Plan Obligatorio de Salud.

Específicamente, en el marco del régimen contributivo es constante, uniforme y reiterada la jurisprudencia constitucional que ha indicado que es posible inaplicar las normas referentes a las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud, y en consecuencia, por vía de tutela se ordene la prestación de servicios médicos excluidos del POS cuando se presenten los siguientes eventos: (i) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual se presenta no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte, sino también cuando se afectan con dicha omisión las condiciones de existencia digna; (ii) El medicamento o tratamiento excluido no puede ser reemplazado por otro que figure dentro del POS, o el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el incluido en el plan; (iii) El paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera; y (vi) Estos últimos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante.

Entonces, cuando se reúnen estrictamente los anteriores requisitos ha dicho la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional que los jueces de tutela deben ordenar a las entidades prestadoras de los servicios de salud la asistencia médica requerida facultándolas para que repitan contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), el valor de todos los gastos en que hubieran incurrido por la prestación de los servicios médicos que no hacen parte de las obligaciones definidas en el Plan Obligatorio de Salud.

Sobre el particular, la referida corporación en la Sentencia SU-480 de 1997 con ponencia del doctor ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, justificando dicha posición, manifestó lo siguiente:

Como se trata de una relación contractual, la E.P.S. sólo tiene

obligación de lo especificado, (...) luego, si se va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición (...) [p]ero de donde saldrá el dinero? Ya se dijo que hay un Fondo de Solidaridad y garantía, inspirado previamente en el principio constitucional de la SOLIDARIDAD, luego a él habrá que acudir. Pero como ese Fondo tiene varias subcuentas, lo más prudente es que sea la subcuenta de “promoción de la salud”. Además, la repetición se debe tramitar con base en el principio de CELERIDAD, ya que la información debe estar computarizada, luego, si hay cruce de cuentas, éste no constituye razón para la demora, sino que, por el contrario, la acreencia debe cancelarse lo más rápido.

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

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

En acatamiento de la norma citada, es totalmente procedente ordenar expresamente el recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) por aquellos procedimientos, medicamentos y demás prestaciones que deban ser brindados al accionante y que, *a posteriori*, no se encuentren dentro de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud en razón de la orden de tratamiento integral.

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

En consecuencia, se modificará el numeral cuarto de la sentencia recurrida

en el sentido de aclarar que tal facultad se circunscribe a aquellos procedimientos, medicamentos y demás prestaciones que deban ser brindados al accionante y que no se encuentren dentro de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud en razón de la orden de tratamiento integral, ello con el fin de evitar el desequilibrio financiero de la EPS accionada.

Sentencia de tutela de 2ª instancia (2011-00168-01) del 24 de noviembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: modifica el numeral 4º de la parte resolutive de la sentencia apelada y confirma en lo restante.

DERECHO DE PETICIÓN – No procede cuando lo pretendido es el inicio de la acción disciplinaria.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 23 y 86.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-412 de 2006

TESIS DE LA DECISIÓN:

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

Tiene por finalidad este remedio extraordinario, la tutela de los derechos fundamentales de las personas, elevados a la categoría de constitucionales, mediante la intervención del aparato jurisdiccional y a través de cuyos pronunciamientos tomará todas las medidas necesarias para la efectiva protección, cuando quiera que ellos sean vulnerados o amenazados.

3.4. Como puede verse se trata de una acción especial que tiene claramente definido su ámbito de aplicación en la norma constitucional que la consagra y con mayor detalle en su decreto reglamentario, cuyo empleo esta limitado por aspectos como la legitimidad de las partes, el alcance de su objeto y los derechos que con ella se protegen.

En cuanto a la legitimidad, preceptúa la Carta Magna, que ésta acción podrá proponerse por cualquier persona, sin distinción alguna, cuando le sean vulnerados o amenazados sus derechos constitucionales fundamentales.

Empero, no contra toda persona puede ejercitarse, ya que al reglamentarse su campo de aplicación se determinó que ella podrá adelantarse contra cualquier autoridad pública o contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos o cuya conducta afecte grave o directamente el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de indefensión o subordinación (art. 42 in fine).

Presupuestos que en este evento no se verifican por cuanto la accionante reclama la vulneración de su derecho fundamental de petición, al no haber recibido respuesta a la solicitud de intervención de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN e investigara disciplinariamente al Director del ISS Regional Valle del Cauca y el Jefe de la Oficina de Atención al pensionado de esa misma entidad, conforme con el escrito radicado ante la entidad el día 01 de octubre de 2011, desconociendo que tal derecho fundamental, no procede cuando lo pretendido es impulsar el inicio de la acción disciplinaria.

Luego advierte la Sala, que con la petición elevada por la accionante lo que se pretende es la intervención de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN mediante la iniciación de una investigación disciplinaria, la cual como informó el Agente del Ministerio Público, ya se inició y se encuentra en estado de indagación preliminar, decisión que incluso fue comunicada a la accionante, cuyo trámite debe sujetarle a los lineamientos establecidos en el Código Único Disciplinario, por tanto, la llamada “*petición*” corresponde a una *queja*, que trae consigo una actuación disciplinaria por parte del ente accionado y a cuyo trámite debe sujetarse la accionante.

Es de reiterar, como lo ha indicado la Honorable Corte Constitucional que el derecho de petición no puede reemplazar los mecanismos y procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico para perseguir determinados y específicos fines. En el caso de las herramientas para poner en funcionamiento el juicio disciplinario, es claro que éstas tienen una naturaleza distinta y que, por tanto, no son susceptibles de ser reemplazadas a través del ejercicio del derecho de petición.

Así las cosas, al no verificarse la vulneración aducida, toda vez que la acción de tutela no procede cuando lo pretendido es impulsar el inicio de la acción disciplinaria, se negará el amparo deprecado.

2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: niega la protección solicitada.

SALA LABORAL:

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – A la entidad administradora corresponde su pago cuando no activa los mecanismos previstos para obtener la cancelación de las cuotas en mora.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 100 DE 1993, artículos 46 y 141.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisiones 34270 del 22 de julio de 2008 y 35012 del 02 de febrero de 2010; Corte Constitucional, sentencia T-702 de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Están demostrados en el proceso los siguientes aspectos: (i) Que el causante falleció el 12 de febrero de 2001 (fl 3); (ii) que dicho causante trabajó para el municipio de Cartago, Valle, desde el 1º de agosto de 1997 y hasta el día de su fallecimiento de conformidad con lo dispuesto en la sentencia No. 019 del 29 de marzo de 2001 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira, (fl 10 a 17), confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Buga, mediante sentencia No. 079 del 13 de junio de 2001 (fls 18 a 28); (iii) que el municipio de Pradera, Valle, se encontraba en mora en el pago de los aportes para los riesgos de I.V.M. al I.S.S., donde el decujus estaba afiliado desde el 1º de julio de 1994, al momento del citado fallecimiento, toda vez que, los aportes de julio, agosto, septiembre, octubre, y diciembre del año 1998 los efectuó el 17 de septiembre de 2002; los de mayo y junio de 1998 el 7 de mayo de 2004; enero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1999, el 17 de septiembre de 2002 y enero a mayo del 2000 el 17 de septiembre de 2002, como se desprende de la relación histórica del movimiento de cuenta del causante expedida por PORVENIR S.A. (fls 136 a 138); (iv) que los jóvenes ARGENIS, BRENDA NATALIA y JULIAN HERNAN IZQUIERDO, y DUVAN ENRIQUE y CAROLINA IZQUIERDO JIMENEZ, son hijos del causante EVERTH IZQUIERDO PEÑARANDA (fls 4 a 8); (v) que Porvenir S.A., mediante oficio fechado el 16 de marzo de 2005 negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con el argumento que el causante IZQUIERDO PEÑARANDA al momento del fallecimiento no estaba cotizando al sistema y

que no había cotizado 26 semanas en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, tal como lo señalaba el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. (fl 31).

Dicho lo precedente, se adentra la Sala en el estudio de los interrogantes propuestos.

El derecho de los beneficiarios a la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta la fecha del fallecimiento del causante IZQUIERDO PEÑARANDA, esto es el 12 de febrero de 2001, debe ser dirimido a la luz del literal b) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 antes de la reforma de la Ley 797 de 2003, normatividad que exigía que el afiliado fallecido *“hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte”*, esto es, en cualquier tiempo.

Tal requisito se encuentra cumplido, veamos:

En el plenario quedó establecido, que el causante IZQUIERDO PEÑARANDA, estaba afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, desde el 1º de julio de 1994, y hasta el momento del fallecimiento, 12 de febrero de 2001; no milita en el expediente planilla o reporte de autoliquidación que acredite su desafiliación del citado sistema.

En virtud de la sentencia No. 019 del 29 de marzo de 2001 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira, (fl 10 a 17), confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Buga, mediante sentencia No. 079 del 13 de junio de 2001 (fls 18 a 28), el Municipio de Pradera fue condenado a pagar los salarios dejados de percibir por el causante IZQUIERDO PEÑARANDA *“a partir del (1º) de junio del año 2000 a razón de \$290.950,00 mensuales hasta el día 10 de febrero del año 2001”*, lo que permite predicar que además del pago de salarios, el ente territorial demandado también debió efectuar los descuentos de ley con la finalidad de hacer los pagos correspondientes al sistema general de seguridad social en pensión, como lo mandan los artículos 20 y 22 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien es cierto los aportes de julio, agosto, septiembre, octubre, y diciembre del año 1998 los efectuó el municipio demandado el 17 de septiembre de 2002; los de mayo y junio de 1998 el 7 de mayo de 2004; enero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1999, el 17 de septiembre de 2002 y enero a mayo del 2000 el 17 de septiembre de 2002, como se desprende de la relación histórica expedida por PORVENIR S.A. (fls 136 a 138), lo cierto es que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia con radicación No. 34.270 del 22 de julio de 2008, reafirmada, entre otras en sentencia del 02 de febrero de 2010 radicación 35012, varió su jurisprudencia

sobre los efectos de la mora patronal y estableció el criterio que cuando se presente omisión por parte del empleador en el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y esto impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la administradora en el deber legal que tiene de cobro, es a esta última a quien le incumbe el pago de las mismas a los afiliados o sus beneficiarios.

Enseñó la Corporación citada que para el caso de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que si han cumplido con el deber que les asiste frente a la seguridad social de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus beneficiarios, por la mora del empleador en el pago de los aportes y que antes de trasladar a éste las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber de cobro.

Los anteriores planteamientos, aplicables al caso que ahora se estudia, permiten concluir que no sólo basta con la actitud omisiva del empleador con la mora del pago de los aportes a pensión del trabajador, es también responsabilidad de Porvenir S.A., quien teniendo la facultad de accionar coactivamente contra el empleador moroso no lo hizo. Además que la mora patronal o el pago extemporáneo de cotizaciones no pueden generar consecuencias negativas para el afiliado, quien de buena fe soporta los descuentos mensuales del empleador con destino al sistema de seguridad social, pero que por omisión de éste o de las entidades administradoras, dicha cotización no se paga oportunamente para cubrir las contingencias pertinentes.

Lo cual apunta a la conclusión de que así como Porvenir S.A., tiene los mecanismos previstos en la ley para hacer cumplir los retardos en el pago de los aportes a la seguridad social por parte de los empleadores en este caso el empleador es el MUNICIPIO DE PRADERA, VALLE quien debía estar al día para el pago de los aportes a la seguridad social del señor EVERTH IZQUIERDO PEÑARANDA, pero el municipio se encontraba en mora y, sin embargo, Porvenir S.A., toleró dicho retardo, no hizo nada al respecto en cuanto a las acciones que este tiene como una responsabilidad colocando en detrimento de este modo la situación de su afiliado.

Por esta razón, es Porvenir S.A., quien debe pagar la pensión de sobrevivencia a los jóvenes ARGENIS, BRENDA NATALIA y JULIAN HERNAN IZQUIERDO, y DUVAN ENRIQUE y CAROLINA IZQUIERDO JIMENEZ, por lo tanto, se impone la revocatoria del fallo de primera instancia en el sentido de que se absuelve al municipio demandado y se condena a PORVENIR S.A., a pagar la pensión de sobrevivientes a ARGENIS, BRENDA NATALIA y JULIAN HERNAN IZQUIERDO, DUVAN ENRIQUE y CAROLINA IZQUIERDO JIMENEZ, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, junto con los incrementos legales que decreta el Gobierno Nacional, incluyendo las

mesadas adicionales de junio y diciembre. Se advierte que cuando cese el cumplimiento de los requisitos para tener derecho a esta pensión en uno de los beneficiarios, se acrecentará a favor de los otros la porción que les corresponda.

Ahora, para determinar el momento a partir del cual opera el reconocimiento de la prestación pensional, la Sala refiere que para los jóvenes ARGENIS, BRENDA NATALIA y JULIAN HERNAN IZQUIERDO la pensión deberá ser reconocida y pagada a partir del 16 de febrero de 2002, en virtud de la operancia parcial de la prescripción, propuesta por PORVENIR S.A., al contestar el libelo, respecto de las mesadas causadas desde el 13 de febrero de 2001 y hasta el 16 de febrero de 2002, en atención a la reclamación administrativa presentada por su progenitora, señora PATRICIA CASTAÑO BAQUERO, el 16 de febrero de 2005 (fl 29 y 123).

Para los jóvenes DUVAN ENRIQUE y CAROLINA IZQUIERDO JIMENEZ, la prestación pensional deberá ser reconocida y pagada a partir del 13 de febrero de 2001, inclusive, ya que el fenómeno prescriptivo no opera, toda vez que los citados menores, a través de su representante legal, señora DAYANIT JIMENEZ ORDOÑEZ presentaron reclamación administrativa el 23 de abril de 2003, así se infiere del comunicado que obra a folio 31.

De otra parte, con relación a la condena que impuso la a quo por el pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, la Sala refiere que tal condena debe ser asumida por PORVENIR S.A., por ser quien tiene a su cargo el reconocimiento y pago de la prestación pensional por sobrevivencia, por lo que se revocará la sentencia consultada en el sentido de que se absuelve al municipio demandado por este concepto y en su lugar se condenará a PROVENIR S.A. al pago de los intereses moratorios.

Ahora, para determinar el momento a partir del cual se causan los intereses de marras, el Tribunal considera como lo tiene establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de que el estado de mora en el pago de la pensión de sobrevivientes surge una vez vencido el término que la ley concede a la administradora de pensiones para proceder al reconocimiento y pago de la prestación, sin que lo haya hecho y previa la reclamación por parte del interesado o beneficiario.

En ese orden de cosas, PORVENIR S.A. adeuda el pago de los intereses moratorios para los jóvenes ARGENIS, BRENDA NATALIA y JULIAN HERNAN IZQUIERDO desde el 17 de abril de 2005, y para los jóvenes DUVAN ENRIQUE y CAROLINA IZQUIERDO JIMENEZ, desde el 24 de junio de 2003, esto es, al vencimiento de los dos (2) meses que tenía la sociedad demandada para resolver la solicitud pensional presentada por las representantes legales de

los citados menores, el 16 de febrero de 2005 y el 23 de abril de 2003, respectivamente, (fl 29, 123 y 31), en atención a lo establecido por la ley 717 de 2001, por lo que se condenará a PORVENIR S.A., a pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago, con base en la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria.

Las razones expuestas hasta aquí son las que llevan a revocar la sentencia consultada, en los términos a que se ha hecho mención y que se reiteran a continuación en la parte resolutive de esta providencia.

Sentencia 094 del 21 de noviembre de 2011, con ponencia del Dr. Donald José Dix Ponnefz. Decisión: revoca la sentencia apelada.

SUSTITUCIÓN PATRONAL – No hay lugar a ella cuando no se demuestra la continuidad de la prestación de servicios por el trabajador/REINTEGRO – No es posible ordenarlo cuando el proceso de liquidación de la empresa ha culminado o cuando no se ha presentado la sustitución patronal/PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR OCUPAR CARGOS DE EXCEPCIÓN EN TELECOM – A ella no tienen derecho las personas que estuvieron vinculadas en calidad de telefonistas nacionales/RETÉN SOCIAL PARA LAS MADRES CABEZA DE FAMILIA – No es posible ordenar el reintegro cuando el proceso de liquidación de la empresa ha culminado o cuando no se ha presentado la sustitución patronal.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2127 de 1945, artículos 47, 48 y 49; Ley 02 de 1932, artículo 16; Ley 28 de 1943, artículo 43; Decreto Ley 1635 de 1960; Decreto 1237 de 1946; Ley 22 de 1945; Decreto 1237 de 1946, artículo 11; Decreto 2661 de 1960; Decretos 1605 y 2062 de 2003.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisiones 10779 de 1998, con ponencia de Rafael Méndez Arango, 20597 del 06 de agosto de 2003, con ponencia de Carlos Isaac Náder y 30815 del 19 de febrero de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)En cuanto a la apelación de la parte accionante, tenemos que los problemas jurídicos a resolver por la Sala se concretan en determinar:(i) si

se configura la sustitución patronal entre la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM en liquidación y la EMPRESA COLOMBIA DE TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y, en consecuencia, si es procedente el reintegro de las demandantes al cargo que desempeñaban al momento de su despido, con el consecuente pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir; ii) si debe condenarse o no a la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM, en liquidación, a reconocer y pagar a la actora la pensión de jubilación por haber desempeñado cargos de excepción, de conformidad con las normas especiales que regulan las pensiones de los funcionarios de las telecomunicaciones y; (iii) si la accionante BLANCA NEFER ACOSTA RUIZ es beneficiaria del retén social por ser madre cabeza de familia.

Debe precisarse inicialmente, que para hablar de sustitución patronal se deben sumar tres elementos que son: cambio de empleador, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador. Sólo así se entiende que existe continuidad también de la relación de trabajo, es decir, del contrato laboral.

Por lo tanto, si alguno de estos requisitos falta, por ejemplo, si no existe o no se demuestra la continuidad de la prestación de servicios por el trabajador, lógicamente no puede hablarse de la sustitución de patrono, o en forma más concreta, no puede hablarse ni siquiera de empleador, porque éste sólo existe frente al otro sujeto de la relación de trabajo y no aisladamente considerado, pues se presupone que si el trabajador no continúa laborando con el nuevo empleador no puede hablarse de sustitución de empleadores.

En el caso que nos ocupa tenemos, que las demandantes no demostraron que luego de la supresión y liquidación de la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM ordenada por el decreto 1615 del 12 de junio de 2003 hubiesen continuado prestando sus servicios para la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., como lo aducen en la demanda con efectos de confesión, por ende, al no estructurarse uno de los presupuestos de la sustitución patronal como lo es la continuidad en el servicio, esta no surge.

De otra parte, frente al reintegro solicitado debe anotarse, que ante la falta de evidencia de la sustitución patronal éste sólo podría proceder contra la extinta Telecom; además como esta petición tiene su origen en una norma convencional, debe revisarse la aplicación de la misma y los preceptos normativos allí consagrados, en especial sí la terminación de la relación laboral de las actoras operó sin justa causa.

La Sala advierte que la prerrogativa del reintegro se halla estatuida en el Art. 4º de la Convención Colectiva de Trabajo 1994-1995 (fls. 85 a 98), la cual

prescribe el reintegro para los servidores vinculados hasta el 31 de diciembre de 1992 y que fueron despedidos sin justa causa, norma que se le aplica a las demandantes, al no haber sido modificada por convenciones posteriores, ser ellas miembros del sindicato de empresa **UNIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE LAS TELECOMUNICACIONES - U.S.T.C.-** (fls. 58 y 84) y disponer las diferentes convenciones en sus preámbulos la aplicación de dichos acuerdos para todos los trabajadores de Telecom, por lo que el haber laborado la señora **BLANCA NEFER ACOSTA RUIZ** desde 1987 al 2004 y la señora **MARÍA NOHELIA PEDROZA CELIS** desde 1986 al 2004, tienen derecho a su aplicación.

Visto lo anterior, corresponde a la Sala el estudio de la configuración del despido injusto. Al plenario se arrimó las comunicaciones Nos. 4139 y 4175 del 22 de enero de 2004 emitidas por Telecom en Liquidación (fls. 43 y 70), mediante las cuales el Apoderado General para la liquidación de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – Telecom en Liquidación - dio por terminado los contratos de trabajo con las demandante en forma unilateral, fundamentado en lo siguiente en ambos casos:

“(...)

En desarrollo del Decreto 1615 del 12 de junio de 2003 y en cumplimiento de lo ordenado por los artículos 1 y 2 del Decreto 2062 del 24 de julio de 2003 y en cumplimiento de lo dispuesto en la ley 790 de 2002 y decreto 190 de 2003, me permito comunicarle que su contrato de trabajo seda terminado por mandato legal a partir del 01 de febrero de 2004, como consecuencia de la supresión de cargos ordenada en el artículo 4o del decreto 2062 de julio 24 de 2003. ...”

Pues bien, debe referirse que el caso de trabajadores oficiales, calidad que ostentaban las accionantes al ser la extinta Telecom una empresa industrial y comercial del Estado, las justas causas para la terminación de sus contratos de trabajo se encuentran taxativamente previstas en los artículos 48 y 49 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945 y, al encasillar las causas invocadas para la terminación del contrato del actor, con las normas aplicables al caso concreto, se infiere que si bien la terminación de los contratos de trabajo obedeció a causa legal –*la liquidación definitiva de la empresa, estatuida en el literal f) del Art. 47 del D. R. 2127 de 1945-*, los mismos no estuvieron soportados en una justa causa de las contempladas en los cánones 48 y 49 del citado decreto, lo que *prima facie*, posibilitaría el reintegro.

No obstante, el reintegro no puede ordenarse en razón a que la Empresa

Nacional de Telecomunicaciones entró en proceso de liquidación y disolución, el que hoy se encuentra totalmente culminado, puesto que, como es bien sabido, mediante acta del 30 de enero de 2006, publicada en el diario oficial No. 46.168 del 31 de los mismos mes y año, el Apoderado General de la liquidación y el Presidente y Representante legal de la Fiduciaria La Previsora S.A., sociedad liquidadora de Telecom en Liquidación, declararon terminado el proceso de liquidación de Telecom, haciéndose de esa manera físicamente imposible el reintegro pretendido.

Así las cosas, no es viable ordenar el reintegro de las señoras ACOSTA RUIZ y PEDROZA CELIS a Telecom, ni mucho menos a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., pues como ya se adujo no se presentó la sustitución patronal.

Como consecuencia de la improcedencia del reintegro, no es dable imponer condena por salarios y prestaciones sociales convencionales y legales causadas a partir del despido y hasta el reintegro.

En relación con el sistema pensional de Telecom, estima la Sala que de una interpretación armónica del Art. 16 de la Ley 2 de 1932, el Art. 1º de la Ley 28 de 1943, en concordancia con la Ley 22 de 1945, y el decreto ley 1635 de 1960, los servidores de la extinta Telecom, eran beneficiarios de tres clases de pensiones así: 1) 20 años de servicios y 50 de edad; 2) 25 años de servicios, sin tener en cuenta la edad y, 3) 20 años de servicio, sin tener en cuenta la edad para los operadores de radio y telégrafos que hayan prestado servicios en cualquiera de las ramas adscritas al Ministerio de Correos y Telégrafos, hoy Ministerio de Comunicaciones.

Adicionalmente, el Decreto 1237 de 1946, y más tarde por el Art. 11 del Decreto 2661 de 1960, precisaron que sólo los operadores de radio y telégrafos, jefes de línea, jefes de oficina de radio y telégrafos, revisores, clasificadores, oficiales mayores central telefónica y mecánicos de las oficinas de radio y telégrafos, son considerados como cargos de excepción y por ende, son los únicos beneficiarios del derecho a la jubilación con veinte años de servicio, sin consideración a la edad y, por tanto, tal régimen especial no se puede hacer extensivo a todos los servidores de la empresa de telecomunicaciones citada.

Descendidos al caso *sub examine*, tenemos que la señora ACOSTA RUIZ no reúne ninguna de las condiciones para ser beneficiaria de la pensión con 20 años de servicio, pues tan sólo laboró 17 años, 4 meses y 12 días desde el 19 de septiembre de 1986 hasta el 31 de enero de 2004, es más, aún sumando el tiempo laborado en los diferentes períodos en que estuvo vinculada a Telecom como supernumeraria, este no supera los 203 días, por lo que sólo alcanzaría a reunir 17 años, 10 meses y 15 días; adicionalmente

tampoco laboró está en aquellos cargos denominados como de excepción, dado que el cargo de Telefonista Nacional que desempeñó no se encuentra dentro de la enumeración antes realizada.

Sobre al particular habrá que referir, que la figura del “*Retén Social*” se encuentra dispuesta en el Art. 12 de la Ley 790 de 2002, cuyo tenor literal es el siguiente:

“ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.” (Subrayas fuera de texto).

La norma citada establece una “*protección especial*” consistente en que no pueden ser retiradas del servicio en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las siguientes personas: 1) Las madres cabeza de familia sin alternativa económica; 2) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y, 3) los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicios para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de dicha ley. En éste último grupo es que alega el actor encontrarse incluido y que, en consecuencia, Telecom en Liquidación debe concederle la pensión de jubilación.

Así pues, para la Sala resulta indubitado que nunca se desconoció que accionantes fueron beneficiarias de la protección especial denominada Retén Social, tal y como se advierte de la documental arrojada al expediente (fls. 40 a 42, 51 a 52 y 67 a 69); lo que resulta ser patente, si en cuenta se tiene que por regla general los contratos de los trabajadores de la empresa accionada fueron terminados el 25 de junio de 2003, en tanto que los de aquellas se mantuvieron hasta el día 31 de enero de 2004, dada su condición de madres cabeza de familia. Sin embargo, en armonía con lo antes expuesto, no por ello tienen derecho las accionantes a ser reintegradas dado que Telecom ya ha sido disuelta y liquidada y no se presentó sustitución patronal con Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

Colofón de todo lo expuesto, se impone la modificación del fallo de instancia para revocar la condena impuesta por reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa reconocida a la señora BLANCA NEFER ACOSTA RUIZ, junto con las costas respectivas, confirmándose la providencia atacada en todo lo demás.

Sentencia 099 del 24 de noviembre de 2011, con ponencia del Dr. Donald José Dix Ponnefz. Decisión: modifica los numerales 1º, 3º y 4º de la parte resolutive de la sentencia apelada y confirma en lo restante.

Dr. Luis Alberto Peralta Rojas
Presidente Tribunal

Dra. María Patricia Balanta Medina
Vicepresidenta Tribunal

Edwin Fabián García Murillo
Relator Tribunal

NOTA DE RELATORÍA:

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

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

