



PRESENTACIÓN

Una vez más el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla se complace en colocar a disposición de la Comunidad en general, la última edición del Boletín Jurídico de esta Corporación, que recopila providencias de interés relevante, proferidas por los Honorables Magistrados integrantes de las Salas de Decisión que las conforman, las cuales fueron seleccionadas por ejes temáticos, con el objeto de que se constituyan en un mecanismo de consulta jurídica y órgano de difusión de las decisiones judiciales de esta Colegiatura, que faciliten la interpretación de las distintas disposiciones normativas para una mayor transparencia de la actividad intelectual.

Acorde con los avances tecnológicos y para lograr una mejor presentación de nuestro boletín, a partir del mes de Julio de éste año, tendremos una nueva imagen, elaborada en un formato moderno y atractivo, así como también se incluirá en el enfoque correspondiente, la posibilidad de consultar en su integridad la providencia reseñada en la revista la cual espero sea de la complacencia de todos los usuarios.

VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ
PRESIDENTA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

1. SALA CIVIL-FAMILIA

DEBER DE INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA – Ante la omisión de los requisitos formales de la demanda, se prevén herramientas procesales dirigidas a sanear la irregularidad. No obstante cuando la demanda adolece de falta de claridad y precisión y el juez no lo detectó oportunamente al momento de decidir sobre su admisión, tiene el deber de interpretarla cuando va a definir el litigio, con el fin de desentrañar su verdadero sentido y alcance. / **PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA PARA LA VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL** – Para la prosperidad de la pretensión prescriptiva adquisitiva de éstas, se requiere demostrar, además de los elementos naturales de dicha acción – posesión por el tiempo dispuesto por la ley según se trate de ordinaria o extraordinaria -, dos “exigencias mínimas”: destinación del inmueble y precio. / **CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA** – Su existencia no puede tornar imposible la adquisición de la propiedad

por el modo de la prescripción, aunque la actora cuenta con las acciones de resolución o cumplimiento de la convención, ello no es óbice para que opte por la acción declaratoria de pertinencia, si considera haber poseído el bien por el tiempo y la forma previstos en la ley.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente asunto la demandante manifiesta haber ejercido la posesión de un inmueble considerado de interés social, sobre el cual suscribió contrato de promesa de compra-venta desde el 5 de junio de 2006, y cuyo propietario falleció al año siguiente, de la fecha de suscripción del contrato de promesa; fecha a partir de la cual ostenta la posesión del bien raíz.

Extractos: “...

No obstante cuando la demandan adolece de falta de claridad y precisión el juez (a) no lo detectó oportunamente al momento de decidir sobre su admisión, tiene el deber de interpretarla cuando va a definir el litigio, con el fin de desentrañar su verdadero sentido y alcance; tema sobre el cual la H. Corte Suprema de Justicia señaló: *“ Cuando el lenguaje de la demanda, sin ser indescifrable por completo, no se ajusta a la claridad y precisión indispensables en tan delicada material, para no sacrificar en derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal, el juzgador está obligado a interpretarla en busca de su sentido genuino sin alterarlo ni sustituirlo, consultando la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos¹”*; lo que impone que la misma sea analizada en su conjunto, con criterio jurídico y no meramente mecánico, tal como lo sostuvo la alta Corporación antes mencionada, en sentencia del 3 de Febrero de 2009².

...

Ahora bien, para usucapir deben aparecer estructurados o demostrados cabalmente los elementos configurativos de la posesión, esto es, el animus o elemento subjetivo que se traduce en la convicción que tiene el demandante de ser el dueño o propietario del bien desconociendo dominio ajeno, condición que irradia y es percibida por los miembros de su comunidad; y el corpus o elemento externo o poder de hecho que se manifiesta en la tenencia y disposición material de la cosa; y en tratándose de vivienda de interés social, desde la sentencia de Casación Civil del 12 de abril de 2004, proferida en el expediente 7077, la Corte Suprema de Justicia señaló que para la prosperidad de la pretensión prescriptiva adquisitiva de éstas, se requiere demostrar, además de los elementos naturales de dicha acción – *posesión por el tiempo dispuesto por la ley según se trate de ordinaria o extraordinaria* –, dos “*exigencias mínimas*”: destinación del inmueble y precio.

Por otra parte, hay que señalar que de acuerdo con el art. 51 de la Ley 9^a de 1989, vigente a partir del primero de enero de 1990, se redujo a cinco años el tiempo necesario para la

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia 10 de marzo de 2009, M.P. William Namén Vargas.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 3 de febrero de 2009, M.P. Ruth María Díaz Rueda.

prescripción adquisitiva extraordinaria de vivienda de utilidad social; y en tres años, para efectos de la prescripción ordinaria.

...

Sobre este particular, cabe señalar que si bien es cierto que el juez tiene la facultad-deber de interpretar la demanda cuando quiera que la parte actora no enuncie con claridad y precisión los hechos y pretensiones, también es cierto que ello no autoriza al funcionario judicial para que so pretexto de realizar la labor de desentrañar el querer del demandante, proceda a modificar lo que éste realmente pretende obtener en el proceso; labor en la cual debe atender además que “...*el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial...*”, como lo dispone el art. 4° del C.P.C., para indicar el derrotero que ha de atenderse para materializar el precepto constitucional contenido en el art. 228 de la Constitución Nacional, de prevalencia del derecho sustancial sobre las meras formalidades.

...

Examinado el presente caso, observamos que la señora LAURA VILLALOBOS MONTENEGRO manifestó ejercer la acción ordinaria de pertenencia; y al expresar los hechos de la demanda, aduce que la posesión del bien le fue otorgada de manera voluntaria por el propietario de la época, cuyos herederos fungen ahora como demandados, con ocasión de la promesa de compraventa por ellos celebrada para la transferencia del inmueble a nombre suyo, lo que informa, data del mes de Agosto de 2006 por lo que a la presentación de la demanda tiene más de cinco (5) años de ejercicio de la posesión; relato del cual no emerge que esté haciendo uso de la acción de prescripción extraordinaria, pues lo mismo puede prestarse a las dos interpretaciones, esto es, que aduce justo título para la usucapión ordinaria, y cinco años de posesión para la extraordinaria. Ante este panorama, ha de considerarse entonces que no resulta admisible constitucionalmente eludir el análisis del derecho sustancia por haberse incurrido por parte de la demandante en una imprecisión al señalar la clase de prescripción pretendida, cuando lo cierto es que la actividad probatoria se encaminó a la demostrar la satisfacción del término de prescripción extraordinaria, como se observa en las declaraciones rendidas por los testigos de autos; de manera que ninguna duda queda para la Sala que a pesar de haberse utilizado un vocablo equivoco para expresar las pretensiones de la demanda, del comportamiento procesal de la parte actora, se advierte que lo perseguido es la declaratoria de usucapión extraordinaria; y en este sentido, se procederá a examinar si ésta cumple con los requisitos para salir adelante en su pretensión.

...

Pues aunque el artículo 44 de la Ley 9 de 1989, modificado por el artículo 91 de la Ley 388 de 1997 estipulan que para considerar un bien inmueble de esta condición se requiere que esté ubicado en los estratos socioeconómicos 1 o 2, y 1, 2, o 3 respectivamente, es lo cierto que el Decreto 1854 de 2001 que modificó el artículo 1 del Decreto 1243 de 2001 relativo al cobro de impuestos sobre las ventas de materiales de construcción destinados a vivienda de interés social, señala que “...*es vivienda de interés social, VIS, la solución de vivienda nueva que se desarrolla para garantizar el derecho a la vivienda de personas de menores ingresos, cuyo precio al momento de su adquisición o adjudicación sea inferior o igual a ciento treinta y cinco (135) salarios mínimos legales mensuales...*”, sin condicionarlas a que hagan parte de un proyecto inmobiliario denominado expresamente de interés social, y tampoco a un estrado socioeconómico determinado.

...

En este punto cabe señalar que no obstante que entre las partes existió un contrato de promesa de venta, que permitió el ingreso de la demandante al predio, y que fue incumplida, no puede tomarse este hecho como aquel que torne imposible la adquisición de la propiedad por el modo de la prescripción, pues ante este panorama, aunque la actora

cuenta con las acciones de resolución o cumplimiento de la convención, ello no es óbice para que opte por la acción declaratoria de pertenencia, como es el caso, si considera haber poseído el bien por el tiempo y la forma previstos en la ley.

...”

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene salvamento de voto del Magistrado ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES, en cuyos apartes se expresa así:

“...

Con el debido respeto a la decisión contenida en la presente providencia de segunda instancia proferida por la posición mayoritaria de esta Sala de Decisión, considero que lo pertinente era confirmar la decisión negativa contenida en la sentencia de primera instancia de fecha julio 15 de 2014 del Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla, empero por las razones siguientes:

El supuesto fáctico que se desprende del memorial de demanda y sus anexos ⁱ es que la aquí demandante celebró un contrato de promesa de compraventa del inmueble objeto de su pretensión en junio 5 de 2006, comprometiéndose a pagar la suma de \$40.000.000.00 en favor sus propietarios Wayner Barrios Bustamante y Martha Liliana Quiroga Soto como previo por la adquisición voluntaria de ese derecho de dominio, pactando suscribir la correspondiente escritura pública de compraventa ante la Notaría Tercera de Barranquilla el 5 de julio de ese mismo año.

Por razones que no se explican en el proceso, ese 5 de julio de 2006, los señores Wayner Barrios Bustamante y Martha Liliana Quiroga Soto efectivamente comparecieron ante la Notaría Tercera de Barranquilla, empero la escritura pública de compraventa número 1536 no fue otorgada a favor de la promitente compradora ahora demandante, sino a favor del señor Iván Joaquín Álvarez Martínez.

Y al haber fallecido esta persona como “último titular inscrito del derecho de dominio” la demanda fue dirigida en contra de sus herederos indeterminados.

Se indica –entre lo relatado en los hechos de la demanda y lo declarado por los testigos, que en agosto de 2006, la actora Laura Villalobos Montenegro recibió la posesión de ese bien al serle entregado el mismo por el señor Wayner Barrios Bustamante (folio 201).

Considero que en ese orden de ideas no estamos en presencia de una real “posesión” con ánimo de señor y dueño en contra de toda la sociedad (recuérdese que este tipo de procesos de tránsito a cosa juzgada erga omnes) que permita la titulación de un derecho de propiedad a través de la figura de la prescripción adquisitiva de dominio, puesto que para mí cuando una persona pretende adquirir un derecho de propiedad a través de la celebración de un contrato que ha de servirle de título de adquisición de ese bien inmueble lo que realmente está haciendo es reconocer un mejor derecho en cabeza de esa persona, por lo cual un contrato de promesa de compraventa aparentemente incumplido no puede considerarse como el idóneo y eficaz comienzo de una posesión. Tampoco considero admisible que ese prominente vendedor pueda transferir una posesión (que incluso no está pactada expresamente en esa promesa) a su prominente compradora, si en el interregno y antes de esa alegada entrega material se desprendió de su ánimo de

señor y duelo a través del otorgamiento de una escritura pública de compraventa a favor de un tercero.

...”

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

FECHA: 08 de junio de 2016

FUENTE NORMATIVA: Artículo 51 de la Ley 9ª de 1989; artículo 44 de la Ley 9ª de 1989. Modificado por el artículo 91 de la Ley 388 de 1997; artículo 1 del Decreto 1243 de 2011, modificado por el Decreto 1854 de 2011; artículo 762 del Código Civil; artículo 4 del Código de Procedimiento Civil; artículo 228 de la Constitución Nacional; Corte Suprema de Justicia, sentencia 10 de marzo de 2009, M.P. William Namén Vargas; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 3 de febrero de 2009, M.P. Ruth María Díaz Rueda; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 12 de abril de 2004, expediente 7077.

DEMANDANTE: Laura Villalobos Montenegro.

DEMANDADO: Herederos Indeterminados del finado Iván Joaquín Álvarez Martínez y demás personas indeterminadas.

RADICACIÓN: 08-001-31-03-008-2013-00053-01 (38.472)

DECISIÓN: Revoca la sentencia de fecha 15 de Julio de 2014, proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla; y en su lugar declara que la señora LAURA VILLALOBOS MONTENEGRO ha adquirido por el modo de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio el inmueble objeto de prescripción.

UNIÓN MARITAL DE HECHO DE PAREJAS DEL MISMO SEXO – En torno a aplicar el régimen patrimonial que consagra la Ley 54 de 1990 a parejas del mismo sexo, la Corte Constitucional en Sentencia C-075 de 2007, señala la posibilidad que si se reúnen las condiciones que establecen la Ley 54 de 1990, se de aplicación, en este caso, al régimen de protección allí dispuesto. / **RECONOCIMIENTO DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL Y NO DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO** – Reunidas las condiciones de comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años que exige la Ley 54 de 1990, da lugar a reconocer el régimen de protección allí previsto y a declarar la existencia de la sociedad patrimonial entre ellos como parejas del mismo sexo, no a la de unión marital entre aquéllos, dada la declaratoria de exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la ley 979 de 2005

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. VIVIANA MERCEDES MORA VERBEL

Causa Fáctica: En la presente causa, afirma el actor que desde el 03 de septiembre de 1994 entre él y el señor José Germán quien falleció el 10 de julio de 2011, se constituyó una unión marital de hecho, que subsistió en forma continua por un tiempo superior a diecisiete años y que terminó hasta la fecha de su deceso, pero durante el cual no

efectuaron capitulaciones, estuvieron solteros y ninguno convivió en unión libre con otra persona; por lo cual solicita se declare la existencia y disolución de la sociedad marital y patrimonial existente entre ellos.

Extractos: “...

Si se atiende el artículo 42 de la Constitución Política, así como la Ley 54 de 1990, artículo 1º, la Unión Marital de Hecho tiene como objeto principal, formar una familia estable, donde el socorro y la ayuda mutua sea una constante de vida que implica compartir diversas circunstancias a partir de la unidad que surge como núcleo familiar, lo que conlleva la existencia de lazos afectivos y la cohabitación, que son conocidos por la sociedad que los rodea; también se requiere que esa convivencia sea **de carácter permanente y singular**, vale decir, que la vida en pareja sea constante y continua, al menos durante dos años; también estableció la mencionada ley en el artículo 2º, la presunción de sociedad patrimonial entre compañeros permanente; y hay lugar a declararla judicialmente, si existe unión marital de hecho por dicho lapso y no hay impedimento legal para contraer matrimonio; aunque de haberlo, tal declaración es viable, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y “liquidadas”³ por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

En torno a la posibilidad de aplicar el régimen patrimonial que consagra la Ley 54 de 1990 a parejas del mismo sexo, la Corte Constitucional en sentencia C-075 de 2007, señaló que:

“El régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las parejas homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que las parejas homosexuales presenta requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado. A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declara la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales. Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado.”

³ Expresión declarada inexecutable según Sentencia C-700 de 2013 de la Corte Constitucional.

...

Las pruebas analizadas, permiten ver demostrado que el demandante y el señor José Germán Orozco Mejía, convivieron como pareja por un lapso superior a los dos (2) años que exige la Ley 54 de 1990, confluyendo en dicha relación los requisitos de temporalidad, existencia de comunidad de vida y singularidad antes mencionados, que apuntan a la conclusión a la que llegó el juez de primera instancia y que conllevará a la Sala no a declarar la existencia de unión marital de hecho, sino a acceder a la reconocer en favor del demandante el régimen de protección allí dispuesto de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial, pero no desde la fecha que fue pedida en la demanda, sino a partir de la época que se encuentra probada en el proceso, la que coincide la Sala con él *a-quo* en determinar desde el día 3 de septiembre de 2000 al 10 de julio de 2011.

...

Así las cosas, y dada la prosperidad de la acción anunciada en el párrafo que antecede, dable resulta entrar a estudiar la excepción de mérito de Respeto de la excepción de mérito “*ILEGALIDAD DEL DERECHO*”, la que tal como resolvió el *a-quo*, no está llamada a prosperar al resultar rebatida en virtud de la sentencia C-283 de 2001, que declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2002, que permite el reconocimiento del régimen de protección patrimonial en ella contenido a las parejas del mismo sexo, siempre que se cumplieran los presupuestos de comunidad de vida y permanencia por periodo no inferior a dos años, los cuales, tal como se dijo se cumplen respecto de los señores José Germán Orozco y Milciades Mejía Pulido.

En lo que concierne a los repartos de la recurrente referidos a que el demandante no compareció al trámite notarial de sucesión, que se aportó al proceso en fotocopia de declaración de convivencia el demandante y José Germán Orozco adelantada en el año 2004 en la Notaría de Santo Tomás, en la que no concuerdan las firmas del Notario Manuel Salvador Domínguez Charris, son aspectos que no fueron demostrados con los testimonios traídos por la parte demandante, como tampoco acreditados a través de cualquier otro medio de prueba idóneo, a más de resultar irrelevante el hecho de que el demandante no compareciera al trámite sucesoral notarial, mucho más si se tiene en cuenta que a aquél omento carecería de legitimación, pues es precisamente mediante el trámite de este proceso que aspira se reconozca efectos patrimoniales a la convivencia sostenida con el causante.

...

Con fundamento en estos enunciados, es plausible concluir que las condiciones de comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años que exige la Ley 54 de 1990, entre los señores José Germán Mejía y Milciades Mejía Pulido, para acceder a reconocer el régimen de protección allí previsto de manera que pueda presumirse la existencia de sociedad patrimonial entre aquellos como pareja del mismo sexo, se encuentran ampliamente demostrados; por lo que surgía viable reconocer, no, la unión marital entre aquéllos dada la declaratoria de exequibilidad de la Ley 54 de 1990 tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, sino la sociedad patrimonial; por lo que se revocará el numeral segundo (2) de la sentencia apelada y se mantendrá en los demás puntos.

...”

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

FECHA: 17 de junio de 2016

FUENTE NORMATIVA: Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005; artículo 42 de la Constitución Política; artículo 177 del Código de Procedimiento Civil; Corte Constitucional, Sentencia C-283 de 2001; Corte Constitucional en Sentencia C-075 de 2007; Corte Constitucional, Sentencia C-700 de 2013.

DEMANDANTE: Milciades María Mejía Pulido.

DEMANDADO: Andrés Orozco Mejía y Nelda Orozco Mejía y Otros.

RADICACIÓN: 08001-31-10-002-2012-00237-01 (00158-2015F)

DECISIÓN: Revocar el numeral de la sentencia del 7 de septiembre de 2015 proferida por el Juzgado Quinto de Familia de Barranquilla, y en su lugar, negar la existencia de la unión marital de hecho; así mismo, confirma los numerales 1, 3 y 4 de la mentada providencia.

2. SALA LABORAL

CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIA ENTRE DESPACHOS JUDICIALES DE LA MISMA ESPECIALIDAD

– En principio, en virtud del inciso 3° del artículo 148 del C.P.C., hoy artículo 139 del C.G.P., aplicable en materia laboral por integración normativa, conforme los artículos 145 C.P.T.SS. y 1 del C.G.P., no es posible al inferior declarar la falta de competencia cuando quien remite el proceso es el superior funcional; no obstante, existan defectos orgánicos y procedimentales en la decisión adoptada por el superior jerárquico. / **CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIA EN PROCESO EJECUTIVO LABORAL**

– Cuando el título ejecutivo sea una Sentencia que condene al pago de una suma de dinero, a la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, o al cumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez del conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Causa Fáctica: En el presente trámite el demandante presentó proceso ordinario laboral contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, el cual correspondió por reparto al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla, despacho judicial que rechazó la demanda y ordenó su remisión a los Jueces Municipales de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla, ya que consideró que la cuantía de las pretensiones de la demanda no superaban los 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por su parte, el Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas y Competencias en asuntos Laborales, a quien correspondió nuevamente el reparto, declaró la falta de competencia porque los hechos y pretensiones de la demanda corresponden a un proceso ejecutivo, asegurando que el mismo no puede ser conocido por los Jueces Municipales de Pequeñas Causas Laborales, salvo cuando se trate de los que la doctrina ha denominada “Cumplimiento de Sentencia” y que corresponden a la ejecución de sus propios fallos.

Extractos: “...

Pues bien, sea lo primero advertir que en virtud de lo dispuesto en el inciso 3° del 148 del C.P.C, hoy artículo 139 del C.G.P, aplicable en materia laboral por integración normativa, conforme a los artículos artículo 145 C.P.T. S.S. y 1 del C.G.P., no es posible al inferior declarar la falta de competencia cuando quien remite el proceso es el superior funcional, como sucede en el asunto bajo estudio, motivo por el cual se advierte entonces la inexistencia del conflicto suscitado. Así lo manifestó la Sala de Casación Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia en auto dictado en el expediente radicada bajo el número 39556, de 26 de marzo de 2015. MP. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, en la que sostuvo:

“ [...] Descendiendo al caso concreto, estima esta Sala que si bien razón le asiste al Tribunal al manifestar que conforme al inciso tercero del artículo 148 del C.P.C., aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del C.P.T y SS, el Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas no se encuentra facultado para proponer conflicto de competencia negativo frente al proceso que le remitía su superior jerárquico, esto es, el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, lo cierto es que revisado el asunto y pretensiones que se reclaman, esta Sala advierte la existencia de defectos orgánicos y procedimentales en la decisión adoptada por el Juez Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, que ameritan la intervención del Juez constitucional. [...]”

No obstante lo anterior, y en atención al principio de economía procesal la Sala observa la existencia de los siguientes vicios que atentan contra el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de nuestra Carta Constitucional. Examinado minuciosamente el asunto de la referencia se verifica la presencia de un error funcional insanable en atención a lo previsto en el numeral 2° del artículo 140 del C. P.C, hoy artículo 133 del C.G.P., como quiera que se ordenó por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el conocimiento del presente asunto por parte del Juez de Pequeñas Causas Laborales de Barranquilla, funcionario que carecía de facultad para ello en razón a que lo pretendido en éste caso debió tramitarse a través de la vía ejecutiva por la agencia judicial que adelantó el proceso ordinario laboral que dispuso el reconocimiento de los incrementos pensionales cuyo retroactivo se reclama mediante la presente acción judicial, tal como prevé el artículo 335 del C.P.C, hoy artículo 306 del C.G.P, precepto que establece:

“[...] Cuando la sentencia condene al pago de una suma de dinero, a la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, o al cumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez del conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada. [...]”

En efecto, al revisar el libelo inicial se tiene que a pesar de que la demandante afirmó que instauraba demanda ordinaria laboral de primera instancia, las pretensiones están encaminadas al pago del retroactivo de incremento pensional por cónyuge a cargo causado entre el 1 de septiembre de 2009 y el 1 de agosto de 2011; a cuyo pago ya fue condenada la enjuiciada mediante sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, calendada 29 de julio de 2008, (fls 12 a 17), y en la que se ordenó el pago del incremento del 14% a partir del 14 de abril de 2005; siendo liquidada la obligación en

cumplimiento de sentencia desde esa calenda hasta el mes de agosto de 2009 como se observa a folio 22 del expediente. Así mismo, reconocida por la enjuiciada mediante Resolución N° 009458 del 17 de agosto de 2011, pero sólo a partir de 01/09/2011.

De esta forma, sin importar la cuantía, sino atendiendo a la clase de proceso, y al título de recaudo ejecutivo, se tiene que al no ser la base de la ejecución una sentencia dictada por el Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas y competencias Múltiples en asuntos Laborales, éste proceso no es de su resorte, sino que su conocimiento debe ser asumido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, a quien le correspondió por reparto, pues teniendo en cuenta también lo dispuesto en el artículo 108 del C.P.T.S.S., en materia procedimental laboral, en principio, no hay clasificación del proceso ejecutivo en razón a la cuantía. Sin embargo, si se admite esa posibilidad, esa regla no se aplica cuando se trata de ejecución de la sentencia, cuya finalidad es que quien impuso la condena sea el mismo juez que la ejecute. Así las cosas, la Sala habrá de dejar sin efecto la actuación adelantada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, mediante auto del 10 de junio de 2014, por medio de la cual dejó sin efecto todo lo actuado, inclusive a partir del auto de 16 de abril de 2013 que admite la demanda y dispuso su remisión al Juzgado de Pequeñas Causas Laborales.

...”

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

FECHA: 6 de Mayo de 2016

FUENTE NORMATIVA: Artículo 3° del Acuerdo No. PSAA 11-8252 de 2011; numeral 5° del literal b del artículo 15 del C.P.T.S.S.; Inciso 3° del 148 del C.P.C., hoy artículo 139 del C.G.P.; artículo 145 del C.P.T.S.S.; artículo 1 del C.G.P.; artículo 29 del Constitución Política de Colombia; numeral 2° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículo 130 del Código General del Proceso; artículo 335 del C.P.C., hoy artículo 306 del C.G.P.; artículo 108 del C.P.T.S.S.; Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 26 de marzo de 2015, Radicado No. 39556, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO.

DEMANDANTE: Vicente Reales Pacheco

DEMANDADO: COLPENSIONES.

RADICACIÓN: 08001-31-05-005-2012-00561-01/56.479-V

DECISIÓN: Deja sin efectos lo dispuesto por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, mediante auto de 10 de junio de 2014, por medio del cual dejó sin efecto todo lo actuado, inclusive a partir del auto del 16 de abril de 2013 que admitió la demanda y dispuso su remisión al Juzgado de Pequeñas Causas Laborales; y en consecuencia, declara que el competente para conocer del proceso ejecutivo laboral es el JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA.

AFILIACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL - MULTIAFILIACIÓN – La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y la cotización es uno de los deberes que se origina en aquélla; mientras la primera brinda una pertenencia

permanente al Sistema, lo preceptúa mediante una primera y única inscripción vitalicia, la cotización es una obligación eventual y periódica que surge sólo bajo determinados supuestos, el de que se esté desempeñando activamente en el mundo del trabajo; y en ningún caso la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se deje de causar cotizaciones o no se paguen éstas. Evento que el artículo 13 del Decreto 692 de 1994 hace explícito al señalar el carácter permanente de la afiliación.

/LIBERTAD INFORMADA EN TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL – Al tenor del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 la afiliación a un régimen pensional es libre y voluntaria, en tal perspectiva según se ha advertido en recientes pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino, además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada. / **VERIFICACIÓN EN APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN** – El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. MARIA ISABEL ARANGO SECKER

Causa Fáctica: En el presente asunto la demandante pretende que COLPENSIONES y La Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A.; le reconozcan la pensión de vejez; quien al parecer presentaba un problema de multiafiliación, debido a que la misma se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; por un traslado de regímenes que no le fue informado, ni autorizado por ésta; pretensión a la que accedió el Juez de Primera Instancia, quien en su providencia definió el problema de la multiafiliación de la demandante, determinando que era COLPENSIONES, la encargada de asumir el pago de esta prestación.

Extractos: “...

Lo primero será determinar a quién le corresponde el pago de la prestación aquí solicitada.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone en el literal b) que el afiliado podrá escoger libre y voluntariamente cualquiera de los regímenes que componen el Sistema General de Pensiones, esto es, el régimen de prima media con prestación definida, administrado por el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL hoy COLPENSIONES, o el régimen de ahorro individual con solidaridad, compuesto por las Administradoras de Fondo de Pensiones de naturaleza privada.

Para el traslado de régimen una vez efectuada la selección inicial, los afiliados al sistema general de pensiones sólo podrán trasladarse de régimen transcurridos tres (3) años conforme a lo estipulado en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994. Con la entrada en vigencia del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ese término se amplió a cinco (5) años.

Si no se cumple con el término anterior, se presenta multivinculación o multifiliación, la cual se encuentra prohibida legalmente y se presenta cuando de manera simultánea hay afiliación a los dos regímenes pensionales antes mencionados.

El artículo Artículo 15 del Decreto 692 de 1994 señala que *“una vez efectuada la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior. (...)”*

Frente al tema de múltiple vinculación, en el artículo 17 del Decreto 692 de 1994 se señala: *"Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos (3 años o 6 meses dependiendo del caso), será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales".*

De otro lado, en el inciso final del artículo 11 de la obra en comento, se dispone que quienes al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados al ISS pueden continuar en dicho Instituto *"sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación"*. En este inciso se agrega, *"en estos casos no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado"*.

Ahora, en lo que refiere a la afiliación recordemos que tal como se expresó en sentencia de la Sala de Casación Laboral del 30 de septiembre de 2008, Rad. No. 33476, esta es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y la cotización es uno de los deberes que se origina en aquélla; mientras la primera brinda una pertenencia permanente al Sistema, lo preceptúa mediante una primera y única inscripción vitalicia, la cotización es una obligación eventual y periódica que surge sólo bajo determinados supuestos, el de que se esté desempeñando activamente en el mundo del trabajo; y en ningún caso la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se deje de causar cotizaciones o no se paguen éstas. Evento que el artículo 13 del Decreto 692 de 1994 hace explícito al señalar el carácter permanente de la afiliación.

...

Bajo ninguna óptica las cotizaciones efectuadas por éste último empleador entre el 20 de junio de 1994 y el 31 de octubre de 1994, pueden considerarse como una nueva vinculación y/o afiliación al régimen pensional, pues resulta de bulto que la señora MERCEDES IGLESIAS ya venía inscrita al régimen administrado por el ISS, hoy Colpensiones, desde el año 1975 y como bien se describió en precedencia, la afiliación es una sola.

...

Así las cosas, estando acreditado en autos que la demandante venía efectuando cotizaciones antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y posterior al 31 de marzo de 1994, no estaba inmerso dentro de la prohibición de traslado de régimen pudiendo trasladarse de régimen pensional en cualquier momento, como en efecto sucedió y sus cotizaciones fueron aceptadas pacíficamente por el Fondo de pensiones acá codemandado, hecho que permite colegir que no se trata de un caso de multivinculación.

De igual manera, se tiene que a partir del 01 de septiembre de 2002 la actora cotiza nuevamente al régimen de prima media, hoy administrado por la demandada COLPENSIONES, quien recibió los aportes que la demandante efectuó a través de su empleador en PROTECCIÓN S.A. Dicho traslado igualmente no tiene reparos pues para ese momento ya habían transcurrido más de 3 años de permanencia en el anterior régimen, tal como lo establece el artículo 15 del decreto 692 de 1994, el literal e) del art. 13 de la Ley 100/93 y sin perder de vista lo dispuesto en el Artículos 1° y 2° del Decreto 3800 de 2003, en lo que refiere al traslado de régimen y los casos de multivinculación respectivamente, bajo el entendido que la actora al 28 de enero de 2004 le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión, por lo tanto podía trasladarse de régimen pensional, además, las últimas cotizaciones se efectuaron al ISS entre el 1 de septiembre de 2002 y el 30 de noviembre de 2002 y del 01 al 30 de mayo de 2004.

...

En el caso de autos, se observa que la actora volvió a cotizar al régimen de prima media con prestación definida, y se trasladaron los aportes por parte de PROTECCIÓN S.A. al ISS, hoy COLPENSIONES; empero, de acuerdo a los reportes de cotizaciones que reposan en el plenario, la demandante no cuenta con 15 años de servicios a 1 de abril de 1994, situación que en principio le haría perder el régimen de transición definitivamente.

A pesar de lo anterior, es deber de la Sala recordar que al tenor del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 la afiliación a un régimen pensional es libre y voluntaria, en tal perspectiva según se ha advertido en recientes pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino, además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.

En efecto en sentencia del 03 de septiembre de 2014, Rad. 46292, expuso el Alto Tribunal:

“(…)

Sin embargo esa deducción del Juzgador se hizo de forma genérica, sin contraponer razones atendibles para sostener que el demandante, de forma libre aceptó perder la transición y de esa forma someterse a las exigencias del RAIS.

*Tal elemento era definitivo para el asunto, pues en últimas no se trataba de determinar si en el sub lite el accionante podía retornar al régimen de prima media y mantener los beneficios de la transición, **sino de escrutar si el traslado operó, y en tal sentido, si tuvo eficacia.***

Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

*Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, **considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio**, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.*

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

No puede argüirse que tal aspecto no era parte integrante del debate que fue propuesto desde el inicio del proceso, pues el respeto y la conservación del régimen de transición exigido, se hizo bajo el amparo de que no era posible su pérdida y que el ISS debía aplicarlo en su integridad.

(...)

*El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues **es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia**, para luego, determinar las consecuencias propias.”*

Conforme al mencionado precedente y por tener tanta incidencia en el otorgamiento del derecho pensional en cabeza del afiliado, es menester que la Sala se pronuncie al respecto e indagar en el expediente si esa libertad fue informada, hecho que desde luego no viene demostrado en el plenario por parte de PROTECCIÓN S.A. y que de contera torna ineficaz el traslado realizado.

Tal criterio, recientemente fue reiterado en sentencia del 22 de julio de 2015, rad. 55.050. Aunado a ello, véase cómo en la petición que efectúa la demandante vista a folio 23, dirigida a PROTECCIÓN S.A. argumenta que no autorizó el cambio de régimen ni el traslado, solicitando inclusive se le envíen copias de la autorización de cambio de régimen.

Razones estas que llevan a la Sala a concluir que sin prueba de la afiliación informada de la demandante a PROTECCIÓN S.A., donde se dé cuenta sobre los riesgos y ventajas del RAIS, el traslado de régimen resulta ineficaz, máxime, que la accionante con las cotizaciones efectuadas entre el 1 de septiembre al 30 de noviembre de 2002 y del 1° al 31 de mayo de 2004, manifiesta su voluntad de permanecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En ese sentido, se estudiará el reconocimiento de la pensión de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, sin que sea necesario entrar a determinar el cumplimiento o no de las 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005,

en cuanto a la pérdida del régimen de transición, por cuanto la actora cumplió la edad para pensionarse el día 29 de enero de 2009, es decir, antes del 31 de julio de 2010, requisito que de cualquier manera sí cumple.

...”

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

FECHA: 28 de Abril de 2016

FUENTE NORMATIVA: Artículos 13, 36 y 141 de la Ley 100 de 1993; Acto Legislativo 01 de 2005; artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990; artículos 1° y 2° del Decreto 3800 de 2003; artículos 13, 15 y 17 del Decreto 692 de 1994; artículo 2° de la Ley 797 de 2003; artículos 6 y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, del 30 de septiembre de 2008, Radicado No. 33476; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, del 03 de septiembre de 2014, Radicado No. 46292; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, del 22 de julio de 2015, Radicado No. 55050; Corte Constitucional, Sentencia C-789 de 2002; Corte Constitucional, Sentencia SU-062 de 2010.

DEMANDANTE: Mercedes Iglesias

DEMANDADO: PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES

RADICACIÓN: 08001-31-05-008-2014-00017-01 (53.286-A)

DECISIÓN: Revoca parcialmente el numeral primero de la sentencia del 11 de septiembre de 2014, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, en el sentido que se declarará probada parcialmente la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas al 21 de enero de 2011; adicionalmente, modifica el numeral segundo de la mentada providencia, en el sentido que COLPENSIONES, debe reconocer y pagar a la demandante, la pensión de vejez junto con intereses moratorios; , y confirma en lo demás la sentencia recurrida.

3. SALA PENAL

EXCLUSIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN - PREACUERDO

– La exclusión patente de las víctimas de los procesos de negociación, no responde a las finalidades que la misma ley le atribuye a la institución (art. 348). No se puede predicar la eficacia del sistema cuando se priva a la víctima de acceder a un mecanismo que pone fin al único recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos a la verdad y a la justicia. Si bien la víctima no cuenta con poder de veto de los preacuerdos celebrados entre la fiscalía y el imputado, debe ser oída por el fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Celebrado el acuerdo la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. / **RETRACTACIÓN DEL PREACUERDO POR PARTE DE LA FISCALÍA** – Si la fiscalía tiene claro que es factible se derrumbe lo pactado dada su condición esencialmente provisoria, ora por la retractación, perfectamente puede continuar en la tarea de allegar elementos de juicio propios de su teoría del caso, sin que nada lo impida. – Si el preacuerdo es presentado al juez de conocimiento, este realiza la audiencia

de verificación y previo a determinar que la manifestación de aceptación de responsabilidad penal es libre, consciente, voluntaria, completamente informada y asistida de apoderado, el imputado –o acusado- o el fiscal manifiestan su deseo de retractarse, ya ningún trámite cabe seguir desarrollando allí y se hace necesario que el funcionario se abstenga de examinar lo pactado, por simple carencia de objeto.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente caso el acusado suscribió un preacuerdo con el ente acusador, en el cual aceptó ser el AUTOR del delito de HOMICIDIO AGRAVADO, cobijado por un estado de IRA E INTENSO DOLOR, como atenuante, en concurso con FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE DE ARMA DE FUERO O MUNICIONES; por los hechos delictuales cometidos contra su compañera permanente, a quien le causó la muerte; acuerdo que fue objeto de aprobación, en audiencia celebrada con tal fin. Posteriormente, ante la solicitud de nulidad interpuesta por el representante de las víctimas por la no comparecencia de esa parte y del Ministerio Público en la audiencia de aprobación de preacuerdo; el Juez de esa Instancia celebra nueva audiencia para resolver la nulidad incoada, momento procesal en el que la Fiscalía solicita el retiro del preacuerdo, dado su ilegalidad. Sin embargo, el Juzgado de conocimiento, en la misma audiencia, procedió a decretar la nulidad, a partir del momento y solo desde que se aprobó el preacuerdo; por la no presencia de las víctimas; pero en acogimiento de los argumentos de la defensa, en la misma audiencia, no acepto el retiro del preacuerdo, y considerando saneado el vicio de la anterior audiencia, aprobó el preacuerdo.

Extractos: “...

Debemos ver aquí entonces que, si el preacuerdo es retractable por una de las partes antes de que se le imparta aprobación, el Juzgado aparece pretermitiendo tal asunto y tal posibilidad, ya que la retractación de la Fiscalía alcanza, cobra posibilidad de entrar a tiempo y muy a pesar de ello, la Juez decidió todos los asuntos en una misma diligencia cuando lo correcto hubiera sido haber dado el traslado a las partes a efectos de que expusieran si estaban de acuerdo o no con su decisión, y en caso de no estarlo, permitir con absoluta claridad la impugnación del caso, para que hubiera accedido a ésta instancia superior de una manera más coherente y se desatara el asunto; pero no, la Falladora que debió suspender debiendo enviar la carpeta en aquel primer estado o momento y suspender lo concerniente a la aprobación, hasta tanto no se desatara una impugnación cabal o posible, se adelantó, corrió y dejó de lado que se trataba de actos sucedáneos.

Así pues, conforme a las previsiones del principio de prevalencia de las normas sustanciales (artículo 228 de la Constitución Nacional), con base en el cual se modificaron profundamente las normas procesales, en el sentido de que como dice la Corte Constitucional, en Sentencia C-131 de 2002:

“LAS HA DOTADO DE UNA TELEOLOGÍA QUE NO SE EXPLICA A PARTIR DEL SOLO RITO O PROCEDIMIENTO SINO EN RELACIÓN DIRECTA CON LAS NORMAS JURÍDICAS QUE CONSAGRAN LOS EFECTOS JURÍDICOS QUE LAS PARTES PRETENDEN. LAS HA REDIMENSIONADO PARA DARLES AHORA EL CARÁCTER DE FACULTADES IRRENUNCIABLES, HISTORICAMENTE CONSOLIDADAS Y

POSITIVIZADAS; ESTO ES, PARA ADVERTIR EN ELLAS DERECHOS FUNDAMENTALES". (El destacado es de la Sala).

...

En el sentido que los jueces tienen obligación sea de primera o segunda instancia de corregir los actos irregulares,

ARTÍCULO 10. ACTUACIÓN PROCESAL. LA ACTUACIÓN PROCESAL SE DESARROLLARÁ TENIENDO EN CUENTA EL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN ELLA Y LA NECESIDAD DE LOGRAR LA EFICACIA DEL EJERCICIO DE LA JUSTICIA. EN ELLA LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES HARÁN PREVALECER EL DERECHO SUSTANCIAL.

(...)

EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS Y EL DE CONOCIMIENTO ESTARÁN EN LA OBLIGACIÓN DE CORREGIR LOS ACTOS IRREGULARES NO SANCIONABLES CON NULIDAD, RESPETANDO SIEMPRE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS INTERVINIENTES (subrayado de la Sala)

La sala agrega y decreta la nulidad cuando sea necesaria.

En este sentido, la Ley 906 de 2004, en su artículo 27 ha establecido los moduladores de la actividad procesal, así: "*En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y **CORRECCIÓN EN EL COMPORTAMIENTO, PARA EVITAR EXCESOS CONTRARIOS A LA FUNCIÓN PÚBLICA, ESPECIALMENTE A LA JUSTICIA.***" (El destacado es de la Sala).

...

En consecuencia, le surge la obligación a la Sala corregir los actos irregulares, que como se sabe, no son sólo aquellos que parece ejecutar el funcionario que está conociendo del proceso, sino también los que otro funcionario de su rango, o inferior a él, pueda haber cometido en los trámites respectivos (Sentencia No. T-032 de 1994), respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales, se ha de mantener únicamente la decisión de primer grado en lo que atañe a la nulidad de la audiencia del 24 de Julio de 2015 en la que inicialmente se aprobó el preacuerdo, a esa nulidad, ninguno de los sujetos procesales se opone sustancialmente.

No corriendo la misma suerte lo relativo a la aprobación de esa negociación entre fiscalía y procesado realizada el 14 de Diciembre de 2015 a instancia del JUZGADO PRIMERO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SABANALARGA ATLÁNTICO, ya que como viene dicho, en tratándose de actos que están encadenado, concatenados y relacionados entre sí, al no estarse resuelto el asunto del retiro del preacuerdo no se podía asentir sobre aquél.

Se debe precisar entonces que, la circunstancia que viene alegada por el Fiscal y la agente del Ministerio público genera causal para invalidar la actuación, ya que haciendo eco de los principios que rigen las nulidades en el nuevo sistema penal acusatorio, tenemos que la

Juez actúo en abierta contradicción con ellos. La corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado N° 30033 del 05 de noviembre del 2008, ha señalado que las garantías:

“(…) DE TAXATIVIDAD, PROTECCIÓN, CONVALIDACIÓN, INSTRUMENTALIDAD Y DE CARÁCTER RESIDUAL CONTINÚAN RIGIENDO LAS NULIDADES, COMO HASTA AHORA.

(…) DE MODO QUE QUIEN LA ALEGA ESTÁ FORZADO A DEMOSTRAR QUE LA IRREGULARIDAD AFECTA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS SUJETOS PROCESALES O DESCONOCE LA ESTRUCTURA BÁSICA DEL PROCESO JUDICIAL Y QUE NO EXISTE OTRO DISPOSITIVO PROCESAL DISTINTO A LA NULIDAD PARA SUBSANAR EL YERRO COMETIDO, así mismo debe indicar el motivo de invalidez, las razones de hecho y derecho en que lo fundamenta, y no podrá invocar una nueva petición por la misma causal sino por una diferente o por hechos ulteriores.” (El destacado es de la Sala).

...

En consecuencia, si el argumento para haber decretado la nulidad, es que las víctimas no hubiesen participado, o asistido o intervenido, no quiere decir que, estar en la audiencia *per se* implica participación, máxime que según la Real Academia Española, ello significa: “*tomar parte en algo*”. Y, pasando la situación por el tamiz de los fines esenciales del instituto premial, y en concreto por el derecho a las víctimas a ser oídas, refulege diáfano que no fueron escuchadas, de tal suerte que, se afectó a la administración de justicia en aras del “eficientismo judicial”, pues, con la aprobación anticipada del preacuerdo se negó el derecho de las víctimas de reprocharlo, si a bien lo tenían y nada se ha dicho aquí al respecto.

Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional en la Sentencia C-516 de 2007 que:

“LA EXCLUSIÓN PATENTE DE LAS VÍCTIMAS DE LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN, NO RESPONDE A LAS FINALIDADES QUE LA MISMA LEY LE ATRIBUYE A LA INSTITUCIÓN (Art. 348). (…) La eficacia del sistema no es un asunto que involucre únicamente los derechos del acusado y los intereses del Estado; **NO SE PUEDE PREDICAR LA EFICACIA DEL SISTEMA CUANDO SE PRIVA A LA VÍCTIMA DE ACCEDER A UN MECANISMO QUE PONE FIN AL ÚNICO RECURSO JUDICIAL EFECTIVO PARA HACER VALER SUS DERECHOS A LA VERDAD Y A LA JUSTICIA. ES IMPOSIBLE ACTIVAR DE MANERA ADECUADA LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO SOCIAL QUE GENERA EL DELITO, Y PROPICIAR UNA REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA, SI SE IGNORA SU PUNTO DE VISTA EN LA CELEBRACIÓN DE UN PREACUERDO** o negociación. Finalmente **LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LAS DECISIONES QUE LOS AFECTAN REPOSA** tanto en el imputado o acusado **COMO EN LA VÍCTIMA** o perjudicado. **SI BIEN LA VÍCTIMA NO CUENTA CON UN PODER DE VETO DE LOS PREACUERDOS CELEBRADO ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO, DEBE SER OÍDA** (Art. 11.d) por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. **(…) CELEBRADO EL ACUERDO LA VÍCTIMA DEBE SER INFORMADA DEL MISMO A FIN DE QUE PUEDA ESTRUCTURAR UNA INTERVENCIÓN ANTE EL JUEZ DE CONOCIMIENTO CUANDO EL PREACUERDO SEA SOMETIDO A SU APROBACIÓN.** En la valoración del acuerdo con miras a su

aprobación el juez velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima.” (El destacado es de la Sala).

De tal suerte que, a las voces de lo que expuso la Juez, el representante de víctimas y conforme a los lineamientos de las Altas Cortes, con claridad diamantina se observa que, es menester volver a declarar la nulidad de la aprobación del preacuerdo suscrito entre la Fiscalía, representada por el Dr. WILMAR GÓMEZ OROZCO y el imputado ORLANDO MOSQUERA ESCOBAR, impartida dentro de la audiencia celebrada el 14 de Diciembre de 2015 a instancias del JUZGADO PRIMERO PROMISCOU DEL CIRCUITO DE SABANALARGA ATLÁNTICO, con base en que:

(i) No es plausible aprobar anticipadamente un preacuerdo, si el mismo pretende ser retirado por la Fiscalía. De tal suerte que en tratándose de actos sucedáneos, donde queda la regla de oro de que **LO ACCESORIO SIGUE LA SUERTE DE LO PRINCIPAL**. Véase que, si se accede al retiro, ¿en qué estado queda la aprobación que extemporáneamente por anticipación se hizo de esa negociación, siendo una cosa consecuente de la otra?

(ii) No fueron escuchadas las víctimas, ni su representante conforme lo enseñan los artículos 11-literal b, 136-numeral 11, 350 de la Ley 906/04, ni el numeral 6, del artículo 250 de la Constitucional. De modo que, se violó el acceso judicial efectivo y real. Y, habrá que preguntarse: ¿de qué otra forma distinta a la declaratoria de nulidad podrían las víctimas ser oída por la Juez encargada de aprobar o improbar el acuerdo y participar en la diligencia de verificación?

(iii) La trascendencia de lo acontecido viene dada además porque se afectó la garantía prístina de la víctima, lesionándose a su vez el procedimiento en sí mismo (Corte Suprema de Justicia, auto del veinticinco (25) de Febrero de 2004), deshumanizando el sistema acusatorio, en lugar de humanizar la actuación procesal como lo impone el artículo 348 de la Ley 906/04.

(iv) Según el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal: “**ES CAUSAL DE NULIDAD LA VIOLACIÓN del derecho de defensa o DEL DEBIDO PROCESO EN ASPECTOS SUSTANCIALES**”. (El destacado es de la Sala).

(v) No existe otro dispositivo procesal distinto a la nulidad para subsanar el yerro cometido.

Y, (vi) una de las características de las nulidades es que debe prosperar si, como ocurrió aquí, se causó daño, y con la recomposición pretendida se obtendrá un bien o un beneficio (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 11 de diciembre de 2003, Rad. N° 1975) como será la de recomponer el procedimiento, sanear la vulneración de derechos de (a) la Fiscalía, las víctimas y el Ministerio Público a apelar y que se desate su impugnación y (b) de las víctimas a ser oídas, en particular sobre el derecho del retiro o no, derecho mismo que tiene el sujeto procesal dueño de la acción penal y del monopolio de la acusación en este trámite.

...

Solicitud que como se sabe es perfectamente viable, ya que, según la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 23 de Enero de 2008, Rad. N° 28298, se tiene que:

*“Entonces, **AL MARGEN DE QUE LA FISCALÍA HUBIERA O NO DEJADO DE ACTUAR DE CONFORMIDAD CON EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE GESTIÓN** al que hace referencia el casacionista o que el preacuerdo celebrado hubiera aplicado ilegalmente el principio de oportunidad, **LO CIERTO ES QUE EL ENTE INSTRUCTOR RESOLVIÓ DESISTIR DEL PREACUERDO CELEBRADO CON EL PROCESADO ANTES DE SU APROBACIÓN** para dar paso a una forma de terminación abreviada del proceso diferente a la inicialmente pretendida, esto es, por medio del allanamiento a cargos, la cual fue avalado por la defensa del procesado, al manifestar su conformidad con esta última intención”* (El destacado es de la Sala).

Y, más adelante en la misma providencia en cita se señala:

*“Ciertamente, la sanción de nulidad que se reclama por la presunta violación del principio de unidad gestión no tendría razón de ser, pues como lo expusiera el Ministerio Público, **LA FISCAL QUE REALIZÓ LA NEGOCIACIÓN CON EL PROCESADO COMPARECIÓ A LA SEGUNDA AUDIENCIA CONVOCADA CON EL FIN DE VERIFICAR EL PREACUERDO, PUDIENDO REAFIRMARLO, PERO EN CAMBIO RESOLVIÓ RETIRARLO, ACTUACIÓN PROCESAL AVALADA POR EL ORDENAMIENTO Y QUE NO DEMANDA CENSURA ALGUNA.**”* (El destacado es de la Sala).

En sentido similar, en el auto del 21 de Marzo de 2012, con Rad. N° 38500 se ratificó que:

*“(…) **EL RETRACTO INFORMA DE LA POSIBILIDAD O FACULTAD, DERIVADA DE LA SIMPLE VOLUNTAD, DE DESDECIRSE DE UNA ACTUACIÓN O MANIFESTACIÓN.***

*(…) **COMO EN EL APOTEGMA DEL DERECHO REFERIDO A QUE LAS COSAS SE DESHACEN COMO SE HACEN, A QUE ESA MISMA VOLUNTAD PERMITA A ALGUNA DE LAS PARTES ECHARSE ATRÁS, SIN NECESIDAD DE EXPLICAR SU QUERER O DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES QUE DEN AL TRASTE CON EL PACTO.***

(...)

*De lo transcrito fácil se concluye que **ES POSIBLE LA RETRACTACIÓN DEL PREACUERDO, SIN NINGUNA CORTAPISA O LIMITACIÓN, SIEMPRE Y CUANDO ESE RETRACTO OPERE ANTES DE QUE EL JUEZ DE CONOCIMIENTO VERIFIQUE QUE SE TRATÓ DE UNA ACEPTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL LIBRE, CONSCIENTE, VOLUNTARIA, COMPLETAMENTE INFORMADA Y CON PRESENCIA DEL APODERADO DEL IMPUTADO,** en remisión que necesariamente debe hacerse a lo establecido en el artículo 131 de la Ley 906 de 2004.*

(...)

Ninguna norma postula ese extremo, **POR MANERA QUE, SI LA FISCALÍA TIENE CLARO QUE ES FACTIBLE SE DERRUMBE LO PACTADO DADA SU CONDICIÓN ESENCIALMENTE PROVISORIA, ORA POR LA RETRACTACIÓN,** ya en atención a hallarse vicios de consentimiento o, en fin, porque el juez de conocimiento verifica en su contenido vulneración a los principios de presunción de inocencia o legalidad, **PERFECTAMENTE PUEDE CONTINUAR EN LA TAREA DE ALLEGAR ELEMENTOS DE JUICIO PROPIOS DE SU TEORÍA DEL CASO, SIN QUE NADA LO IMPIDA.**

(...)

EN FIN, SEA PORQUE SE EXAMINE LO OBVIO DE LA NORMA, O SE VERIFIQUEN SUS FINALIDADES, O EN LA PRÁCTICA SE EXAMINE SU APLICACIÓN, ES LO CIERTO QUE EN NUESTRA LEGISLACIÓN ES FACTIBLE QUE CUALQUIERA DE LAS PARTES SIGNANTES SE RETRACTE, POR SU SOLA VOLUNTAD, DEL PREACUERDO, siempre y cuando ello suceda antes de que el Juez de Conocimiento haya efectuado la verificación establecida en el artículo 131 de la Ley 906 de 2004.

De allí se sigue **QUE SI EL PREACUERDO ES PRESENTADO AL JUEZ DE CONOCIMIENTO, ESTE REALIZA LA AUDIENCIA DE VERIFICACIÓN Y PREVIO A DETERMINAR QUE LA MANIFESTACIÓN DE ACEPTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL ES LIBRE, CONSCIENTE, VOLUNTARIA, COMPLETAMENTE INFORMADA Y ASISTIDA DE APODERADO, EL IMPUTADO –O ACUSADO- O EL FISCAL MANIFIESTAN SU DESEO DE RETRACTARSE, YA NINGÚN TRÁMITE CABE SEGUIR DESARROLLANDO ALLÍ Y SE HACE NECESARIO QUE EL FUNCIONARIO SE ABSTENGA DE EXAMINAR LO PACTADO, POR SIMPLE CARENCIA DE OBJETO.** (El destacado es de la Sala).

De modo que, siguiendo la regla de oro que: **LAS COSAS EN EL DERECHO SE DESHACEN COMO SE HACEN.** Y siendo que, media una manifestación libre de la voluntad por parte de la Fiscalía encaminada a dejar sin efecto un acto que también nació producto de esa manifestación libre de voluntad, nada obsta para que pueda retirar el preacuerdo, máxime que lo dijo a tiempo, es decir, antes de que se aprobara anticipadamente el preacuerdo.

...

Aunado a que, como lo dijera la Corte el preacuerdo no es una camisa de fuerza, sobre todo que en el caso que nos ocupa, se tiene que ya se había presentado un escrito de acusación, amén de que se contaba con elementos en los que se afincaba el mismo, no obstante, fue una persona distinta al titular el que retiró esa acusación y en su lugar presentó un preacuerdo que ahora ha dicho la Fiscalía no puede sostener. De modo que, **AL MARGEN DE QUE LA FISCALÍA HUBIERA O NO DEJADO DE ACTUAR DE CONFORMIDAD CON EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE GESTIÓN,** no se le puede poner coto a una decisión voluntaria de la entidad.

De todas maneras, debemos despojarnos de prejuicios y procurar una justicia como la propone el sistema de manera que tampoco se puede descartar que la Justicia consensual sea posible, porque esa es una columna vertebral de éste sistema, de manera tal que ésta Sala, hace un llamado a la cordura y a la reflexión, no podemos imponer criterios personalísimos por celo, el capricho o el enamoramiento de nuestras tesis. Tenemos que

ser magnánimos, ya que, la tarea de administrar justicia no le podemos dar otra dimensión diferente a que es una delegación directa y alguna forma del Dios creador y el Dios de los cielos, es un privilegio administrar Justicia, hagámoslo con desprendimiento, en aras y en virtud de la ley.

...

Huelga advertir que, la Juez deberá seguir las directrices arriba aducidas, concitando a todas las partes involucradas en este asunto, dándole la oportunidad de que expongan sus argumentos y, con base en lo decidido por esa instancia se les dé el traslado de Ley. Es decir, respetar el normal devenir de la actuación procesal.

Acotación anterior que, además se extiende a la Fiscalía, la que como ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de Octubre de 2014, con Rad. N° 42184:

“EL LLAMADO ES, ENTONCES, A QUE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, NO SOLO FIJE PAUTAS PRECISAS QUE PERMITAN A SUS DELEGADOS CEÑIRSE A ESTRUCTOS CRITERIOS ENCAMINADOS A CUMPLIR LOS FINES ESENCIALES DEL INSTITUTO PREMIAL, CON RESPETO POR LOS DERECHOS DE LOS INTERVINIENTES, EN PARTICULAR LAS VÍCTIMAS, Y DE UN CONCEPTO CLARO DE JUSTICIA, SINO QUE ESTABLEZCA MECANISMOS INTERNOS DE VERIFICACIÓN Y CONTROL DIRIGIDOS A HACER EFECTIVAS ESAS DIRECTRICES.” (El destacado es de la Sala).

...”

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

FECHA: 15 de abril del año 2016

FUENTE NORMATIVA: Artículo 104 del Código Penal; artículos 10, 11, 15, 25, 27, 34, 131, 136, 178, 297, 327, 348, 350, 351 y 457 del Código de Procedimiento Penal; artículos 29, 31, 228 y 250 de la Constitución Nacional; artículo 138 del Decreto 1660 de 1978; Sentencia Corte Constitucional C-131 de 2002; Corte Constitucional, Sentencia T-032 de 1994; Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007; Corte Constitucional, sentencia T-533 de 2001; Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 05 de Noviembre de 2008, Radicado No. 30033; Corte Suprema de Justicia, auto del veinticinco (25) de Febrero de 2004; Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 11 de Diciembre de 2003, Rad No. 1975; Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 23 de Enero de 2008, Rad No. 28298; Corte Suprema de Justicia, Auto del 21 de Marzo de 2012, Radicado No. 38500; Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 15 de Octubre de 2014, Rad No. 42184.

ACUSADO: Orlando Mosquera Escobar.

RADICACIÓN: CUI 08638-60-01259-2014-00465 (2016-0017-P-CR)

DECISIÓN: Decreta la nulidad de la aprobación del preacuerdo, impartida dentro de la audiencia del 14 de Diciembre de 2015; lo que conlleva a la repetición de dicha audiencia. Por lo anterior, revoca parcialmente el auto del 14 de Septiembre de 2015 y se devuelven la carpeta al Juzga Primero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga – Atlántico, a efectos que se rehaga la audiencia de solicitud de retiro del preacuerdo, advirtiéndole que siga las directrices aducidas en la parte considerativa.

PRECLUSIÓN – ARGUMENTACIÓN CORREPONDE A UNA CAUSAL DISTINTA A LA SOLICITADA

– En los eventos en que el representante del ente acusador invoque como fundamento de la solicitud de preclusión de la investigación una causal y su argumentación en realidad corresponde a otra diferente, el Juez deberá resolver conforme a la sustentación otorgada. / **FUNCIONARIO JUDICIAL COMPETENTE PARA**

RESTABLECER DE MANERA DEFINITIVA LOS DERECHOS AFECTADOS POR EL

DELITO – Las medidas definitivas tendientes al restablecimiento de los derechos de las

víctimas solo podrán ser adoptadas por el Juez de Conocimiento en decisión que ponga fin

al proceso penal y por el Juez de Control de Garantías cuando se ponga fin a la acción

penal, por ejemplo la terminación por aplicación del principio de oportunidad, así lo

establece la Ley y la Jurisprudencia de las Altas Cortes.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. MARIA JUDITH DURÁN CALDERÓN

Causa fáctica: En el presente caso, el Fiscal Delegado solicitó la preclusión en favor de los Funcionarios investigados por el Delito de Prevaricato por acción; quienes fungían como Juez Noveno Penal Municipal con Funciones de Garantías y la Fiscal 58 Seccional Adscrita a la Unidad de Delitos contra el Patrimonio Económico, toda vez que, el primero de ellos dictó providencia dictada en audiencia “reservada” del 11 de Septiembre de 2013, a través de la cual resolvió conceder la solicitud de restablecimiento del derecho que se elevó dentro de la causa penal en la cual los aquí denunciados fungían como indiciados, mediante la cual se canceló la escritura No. 699 de 2008 y un registro mercantil de la Cámara de Comercio de Barranquilla, mediante los cuales la empresa de los indiciados había pasado de ser sociedad de responsabilidad limitada a anónima; y según la denuncia, el Juez no estaba facultado para cancelar los registros, toda vez que ello es competencia del Juez de Conocimiento y no les fue notificada en debida forma la decisión adoptada en la mentada diligencia.

Extractos: “...

Ahora bien, si el Fiscal luego de realizar el análisis respectivo de los medios de convicción que recaudó evidencia que los mismos no le permiten llegar al grado de convencimiento necesario para formular acusación o siquiera imputación de cargos, ya sea por existir duda insalvable con respecto a la participación del indiciado en los hechos objeto de investigación, por atipicidad de la conducta, por inexistencia del hecho investigado, etc., deberá solicitar la preclusión de la actuación ante el Juez del Conocimiento e invocar la causal correspondiente dentro de las establecidas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, éstas son:

- “1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal⁴;
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal;
3. Inexistencia del hecho investigado;
4. Atipicidad del hecho investigado;
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado;
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia: y
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho Código.

PARÁGRAFO: Durante el juzgamiento, de sobrevivir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión”.

En ese sentido, para acceder a tal solicitud es menester que la misma cuente con el respaldo fáctico y jurídico que le permita al Fallador apreciar nítidamente que la causal alegada se estructura.

...

En ese orden de ideas, es ostensible la confusión en la que incurre el delegado del ente acusador, pues alega una causal de preclusión que no se adecua a la argumentación esbozada.

No obstante, ello no impide que tal solicitud pueda ser analizada, pues así lo determinó la Honorable Corte Suprema de Justicia al señalar que:

“...en los eventos en los que el representante del ente acusador invoque como fundamento de la solicitud de preclusión de la investigación una causal y su argumentación en realidad corresponde a otra diferente, como ocurre en el presente caso, la Sala debe inclinarse por resolverla conforme a la sustentación otorgada...”⁵

En consecuencia, se tiene que en lo concerniente al actuar que se le reprocha al Dr. VOLPE IGLESIAS el ente acusador realizó una argumentación que efectivamente está dirigida a demostrar la existencia de la causal de preclusión de que trata el numeral 4° del artículo 332 del C.P.P., es decir, la atipicidad de la conducta investigada, pero desde su aspecto objetivo más no subjetivo, como erradamente se planteó, ya que en la sustanciación se indicó que el referido Togado obró conforme a derecho, es decir, no emitió una providencia manifiestamente contraria a la ley, análisis que es propio del tipo objetivo del reato de prevaricato por acción.

...

Sobre la aludida temática es menester traer a colación lo previsto en el artículo 22 de la Ley 906 de 2004:

“...ARTÍCULO 22. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos

⁴ Esta causal se debe interpretar conforme al artículo 77 del Código de Procedimiento Penal en donde se plasman los eventos en los cuales se extingue la acción penal muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela y desistimiento.

⁵ Ver Sentencia del 6 de diciembre de 2012; Proceso Penal de segunda instancia Rad. 37370; M.P. Javier Zapata Ortíz.

producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal...”

De igual modo, lo reglado en el artículo 101 *ibídem* que en lo relativo a la cancelación de los registros obtenido fraudulentamente dispone:

“...ARTÍCULO 101. SUSPENSIÓN Y CANCELACIÓN DE REGISTROS OBTENIDOS FRAUDULENTAMENTE. <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente. <Aparte tachado INEXEQUIBLE, e inciso CONDICIONALMENTE exequible> En la sentencia ~~condenatoria~~ se ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que originaron la anterior medidas.

Lo dispuesto en este artículo también se aplicará respeto de los títulos valores sujetos a esta formalidad obtenidos fraudulentamente.

M

Si estuviere acreditado que con base en las calidades jurídicas derivadas de los títulos cancelados se están adelantando procesos ante otras autoridades, se pondrá en conocimiento la decisión de cancelación para que se tomen las medidas correspondientes.

En ese sentido, se evidencia que las normas precitadas permiten que los funcionarios judiciales adopten medidas tendientes a hacer cesar los efectos producidos por el delito, razón por la cual es dable que cuando tal injusto verse sobre el título de propiedad de bienes sujetos a registro se suspendan o cancelen los mismos.

Empero, el precitado artículo 101 en su inciso primero es claro en diferenciar que el Juez de Control de Garantías dispondrá “la suspensión del poder dispositivo” y hace alusión a que ello lo realizará cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad se obtuvo fraudulentamente, mientras que en su inciso segundo refiere que en lo concerniente a la cancelación de éstos ellos se debe realizar en sentencia, pues debe existir un convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la ilicitud de la propiedad del bien sujeto a registro.

Es importante resaltar, que fue declarado inexecutable el término “condenatoria”, era necesario para poder dar paso a cancelaciones definitivas no solo cuando se emita sentencia condenatoria, sino en todos aquellos casos donde ocurra la terminación del proceso, por lo cual se habilita a los jueces de control de garantía en los casos de principio de oportunidad y a los jueces de conocimiento no solo en las sentencias sino también en otra forma de terminación anticipada de la acción penal.

Ahora, sobre tal temática es preponderante citar la sentencia C-060 de 2008 proferida por la Honorable Corte Constitucional, en la cual declaró inexecutable la expresión “condenatoria” contenida en el inciso segundo del referido articulado, mientras que sobre el vocablo “sentencia” se resolvió que era condicionalmente executable, indicando que:

“...Se desprende de lo analizado en páginas precedentes que si bien resulta razonable que sólo al final del proceso se adopte una decisión definitiva sobre la cancelación de los títulos apócrifos, el hecho de que ello sólo pueda ocurrir dentro de la sentencia condenatoria, tal como lo exige el inciso 2° del artículo 101 de la Ley 906 de 2004, puede sin duda llegar a excluir el acceso de las víctimas a la administración de justicia, pues al terminar el proceso penal de diferente manera, quedaría extinguido para ellas y concretamente para el legítimo titular, el poder dispositivo sobre los bienes a que tales títulos se refieren. Se quebranta así la garantía de acudir a un debido proceso que la Constitución Política reconoce y se crea un obstáculo para el cumplimiento de algunas de las obligaciones que el texto superior le impone a la Fiscalía General de la Nación para que vele eficientemente, como le es indefectible hacerlo, por los intereses de las víctimas y contribuya a proteger y restablecer sus derechos.

Por lo anterior, concluye la Corte que la palabra “condenatoria” resulta entonces contraria al contenido de varias normas constitucionales, como los artículos 29 (debido proceso), 229 (acceso a la administración de justicia) y 250 (funciones de la Fiscalía General de la Nación), por lo cual debe entonces declararse su inexecutableidad.

En lo que atañe a la expresión “En la sentencia”, que también hace parte del segmento normativo acusado, la Corte acoge parcialmente el planteamiento del demandante y los coadyuvantes, así como el de los impugnadores. Ello por cuanto, si bien se entiende que sólo al término del proceso penal puede existir certeza suficiente para justificar la definitiva cancelación de los títulos fraudulentamente obtenidos, no es menos cierto que dicha certeza bien puede haberse generado como resultado del debate probatorio surtido durante el proceso, aun cuando éste haya concluido, bien mediante sentencia absolutoria, bien por efecto de alguna otra decisión de las que supone la imposibilidad de continuarlo, como aquellas que implican la extinción de la acción penal, y todas las demás a que la Corte tuvo oportunidad de referirse páginas atrás.

En desarrollo del principio de conservación del derecho, ello conduce entonces a la declaratoria de executableidad condicionada de la expresión “En la sentencia”, bajo el entendido de que igualmente procederá la orden de cancelación definitiva de los títulos apócrifos cuando quiera que se dicte otra providencia que ponga fin al proceso penal...” (Subraya de la Sala)

En ese sentido, refulge diáfano que si bien es cierto que la Guardiana de la Constitución indicó que no resultaba razonable que solo mediante sentencia condenatoria se pudieran cancelar los registros obtenidos fraudulentamente, toda vez que hay eventos en los cuales existe la certeza más allá de toda duda razonable sobre el carácter ilícito de éstos pero no es dable proferir una decisión sancionatoria, razón por la cual decretó la inexecutableidad de la expresión “condenatoria”, no es menos cierto que en esa decisión se precisó que se declaraba condicionalmente executable el término “sentencia”, señalándose que debía entenderse que la cancelación definitiva de títulos espurios también procede cuando se dicte otra providencia en la cual se ponga fin al proceso penal.

En igual sentido manifestó la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia al dirimir un conflicto de competencia, precisando que en lo atinente a las medidas para restablecer los derechos de las víctimas se debe tener presente lo siguiente:

“... Ahora bien, cuando tales medidas son de carácter provisional, independientemente de si son personales o reales, vgr. Imposición de medida de aseguramiento sobre las personas; suspensión del poder dispositivo sobre bienes (art. 83 y 85 del CP.P.); suspensión de personerías jurídicas o cierres temporales de locales o establecimientos abiertos al público (art.

91 ibídem); medidas cautelares sobre bienes (arts. 92 a 101 del ejusdem) y suspensión de registros obtenidos fraudulentamente (art. 101 ib.), la competencia es del juez de control de garantías; empero, si lo que se pretende es el restablecimiento pleno del derecho, conforme lo establece la sentencia C-060 de 2008, ya no con carácter provisional o transitorio, análisis que comporta juicios concretos y valoratorios en punto de la materialidad de la conducta punible o del denominado tipo objetivo, lo cual puede ocurrir en la sentencia o en una decisión que ponga fin al proceso, la competencia será del juez de conocimiento...⁶ (Subraya de la Sala)

Así, es dable llegar a la conclusión que las medidas definitivas tendientes al restablecimiento de los derechos de las víctimas solo podrán ser adoptadas por el Juez de Conocimiento en decisión que ponga fin al proceso penal y por el Juez de Control de Garantías cuando se ponga fin a la acción penal, por ejemplo la terminación por aplicación del principio de oportunidad, pues así lo establece la ley y la jurisprudencia de las Altas Cortes.

...

En ese orden de ideas, se permite la Colegiatura recordar lo sostenido por la Sala de Casación Penal sobre el estudio de la configuración del delito de prevaricato por acción:

“... Frente al alcance de la expresión ‘manifiestamente contrario a la ley’, la Sala ha considerado que su configuración no solo contempla la valoración de los fundamentos jurídicos o procesales que el servidor público expone en el acto judicial o administrativo cuestionado (o la ausencia de aquello), sino también el análisis de las circunstancias concretas bajo las cuales lo adoptó, así como de los elementos de juicio con los que contaba al momento de proferirlo...⁷”

En ese contexto, resulta notorio que para el estudio de la tipicidad del referido punible se debe precisar en primer lugar si la decisión cuestionada es manifiestamente contraria a la ley para lo cual es preponderante que se evalúe el entorno jurídico vigente al momento de su expedición, es decir, normas aplicables, precedentes jurisprudenciales existentes, posturas doctrinales, etc.

Es por lo anotado que esta Sala no encuentra estructurada la causal de preclusión alegada por el ente acusador y coadyuvada por el defensor del procesado Dr. EDWIN VOLPE, a saber, la atipicidad objetiva de la conducta, puesto que al proferir éste la decisión del 11 de septiembre de 2013 no se encontraba facultado para restablecer de manera definitiva los derechos afectados por el delito, atendiendo que no encontraba en una audiencia que diera fin la acción penal como se indicó supra, razón por la cual no se decretará la misma.

...

Sobre el trámite que el Dr. VOLPE IGLESIAS le impartió a la diligencia precitada es necesario aclarar que en primera medida ésta no poseía la connotación de reservada, como erradamente lo sostienen el ente acusador y el apoderado del ex-Juez, ya que si bien es cierto que el artículo 155 de la Ley 906 de 2004 permite que, excepcionalmente, se realicen audiencias de carácter reservado, ello lo hace del siguiente modo:

⁶ Ver Providencia del 28 de noviembre de 2012; Definición de competencia de radicado No. 40246: M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho.

⁷ Ver sentencia del 13 de abril de 2016. Proceso penal de segunda instancia de radicado No. 44697; M.P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

“... ARTÍCULO 155. PUBLICIDAD. Las audiencias preliminares deben realizarse con la presencia del imputado o de su defensor. La asistencia del Ministerio Público no es obligatoria. Serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y de cosas. También las relacionadas con autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Igualmente aquella en la que decrete una medida cautelar...” (Subraya del Tribunal)

En ese contexto, se aprecia que si bien la norma en cita prevé que las diligencias en las cuales se decreta una medida cautelar podrán ser de carácter reservado, aspecto en el cual se cimienta quien deprecó la preclusión, se denota que por la decisión que adoptó el Dr. VOLPE IGLESIAS al restablecer de manera definitiva los derechos afectados por el delito, esa audiencia de modo alguno decreta una medida cautelar, pues según la Real Academia de la Lengua Española la palabra cautelar hace alusión a prevenir o precaver, lo que difiere ostensiblemente de lo resulto en la audiencia del 11 de septiembre de 2013, ya que allí no se estaba decretando una medida cautelar sino que se procedía a su cancelación.

...”

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

FUENTE NORMATIVA: Artículos 22, 34, 101, 155, 331, 332 y 335 de la Ley 906 de 2004; artículos 2, 29 y 250 de la Constitución Política de Colombia; Sentencia Corte Constitucional C-060 de 2008; Corte Suprema de Justicia, de fecha 28 de noviembre de 2012, Radicado No. 40246; M.P. José Luis Barceló Camacho; Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Penal, Sentencia de Tutela de Segunda Instancia del 10 de Diciembre de 2013, Radicado No. 70751, M.P. Eugenio Fernández Carlier; Tribunal Superior de Barranquilla, de fecha 15 de Octubre de 2013, Sentencia de Tutela de Primera Instancia, Radicado No. 2013-00387, M.P. Julio Antonio Ojito Palma; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 13 de abril de 2016, Radicado 44697, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

ACUSADOS: Edwin Ricardo Volpe Iglesias y Lina Canedo Londoño

RADICACIÓN: CUI No. 08-001-60-01257-2013-05573-00 (2015-00424-00)

DECISIÓN: Declara la preclusión a favor de la Doctora LINA CANEDO LONDOÑO, por el delito de prevaricado por acción en aplicación de lo previsto en la causal 5ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004; no accede a la preclusión solicitada en favor del Dr. EDWIN RICARDO VOLPE IGLESIAS.

4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

ACCIÓN DE TUTELA POR VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCESOS DE AUTORIDADES DE TRÁNSITO – Hay varios criterios que debe estimar el juez al momento de establecer la procedencia de la acción de tutela; en primer lugar que la autoridad administrativa haya notificado el inicio de la actuación a los afectados; en segundo lugar, que los ciudadanos efectivamente notificados hayan asumido una actuación diligente en la protección de sus derechos. / **NOTIFICACIÓN DE COMPARENDOS ELECTRÓNICOS** – Cuando con el obrar negligente y abusivo de la autoridad de tránsito,

no ponga en conocimiento del ciudadano afectado el inicio de una actuación administrativa, se vulnera el derecho fundamental al debido proceso; y en ese evento, deberá estudiarse si con el acto administrativo proferido puede ocasionar un perjuicio irremediable, que de ser así, resulta procedente acudir a la acción de tutela.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER MÓLA CAPERA

Causa fáctica: La accionante acudió al trámite constitucional, el 3 de diciembre de 2014, vendió un vehículo de su propiedad de placas HBS668 y después de un año de haber realizado el traspaso, llegaron a su correo electrónico varios comunicados del Instituto de Tránsito del Atlántico y de la Alcaldía- Secretaria de Movilidad de esta ciudad, informándole que tenía varias obligaciones pendientes por el pago de fotomultas, las cuales observó en la página web del SIMIT. Sin embargo la accionante dirigió su pretensión tutelar contra varias entidades de Tránsito del Departamento, que finalmente, el Juez de Primera Instancia amparó el derecho fundamental al debido proceso, en la actuación que se sigue en la Secretaría Distrital de Movilidad de esta ciudad, por encontrar una vulneración a esa prerrogativa constitucional, en la notificación de nueve (9) comparendos.

Extractos: “...

Ahora bien, frente a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos emitidos por las autoridades de Tránsito, la Corte Constitucional, recientemente ha establecido lo siguiente:

“...Ahora bien, específicamente, en el plano administrativo, cuando se estudie la procedencia de la acción de tutela porque no existe otro mecanismo judicial de defensa, hay varios criterios que deberá estimar el juez al momento de tomar una decisión. En primer lugar, resulta de especial importancia que la autoridad administrativa haya notificado el inicio de la actuación a los afectados, procedimiento indispensable para que estos puedan ejercer su derecho de defensa y contradicción.

En segundo lugar, si los ciudadanos fueron efectivamente notificados, es necesario que hayan asumido una actuación diligente en la protección de sus derechos, pues son ellos los primeros llamados a velar porque sus garantías fundamentales e intereses legítimos sean respetados. En este sentido, los particulares deben haber agotado todos los recursos administrativos y los medios de control regulados en la legislación vigente que hayan tenido a su alcance.

Empero, cuando la entidad accionada, en un obrar negligente o abusivo, no ponga en conocimiento del ciudadano afectado el inicio de una actuación administrativa adelantada en su contra, el procedimiento administrativo queda viciado de nulidad, debido a que se impide el ejercicio del derecho de defensa. En consecuencia, se vulnera el derecho fundamental al debido proceso. En ese evento, deberá estudiarse si con el acto administrativo proferido se puede ocasionar un perjuicio irremediable, de ser así resulta procedente acudir a la acción de tutela, de lo contrario se debe acudir al medio de control ordinario previsto por el legislador...”⁸

Mientras que en relación a la notificación de comparendos electrónicos, la Alta

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-051 de 2016.

Corporación, señaló que:

“...De esta manera y teniendo en cuenta que se deben agotar todos los medios dispuestos por el ordenamiento jurídico vigente para notificar a quien resulte involucrado en un proceso contravencional como consecuencia de una “fotomulta”, y partiendo del hecho de que las autoridades de tránsito ejercen una función pública, reguladas de manera genérica por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se deben agotar todos los medios de notificación dispuestos en éste.

Ahora, una vez se logre surtir la orden de comparendo, de acuerdo al Artículo 136 del Código de Tránsito, existen tres opciones, (i) el presunto infractor puede aceptar la contravención y proceder a su correspondiente pago; (ii) manifestar, dentro de los 11 días⁹ hábiles siguientes a la notificación, su inconformidad frente a la infracción impuesta, evento en el cual se procederá a fijar fecha y hora de realización de la audiencia; o (iii) no asistir sin justificación dentro de los 11 días hábiles siguientes a la notificación del comparendo, evento en el cual, después de transcurridos 30 días calendario de ocurrida la resunta infracción, el citado quedará vinculado al proceso, en cuyo caso se programará fecha y hora de celebración de la correspondiente audiencia.^{10...}¹¹

Sin embargo, en eventos donde se ha presentado una indebida notificación del comparendo electrónico, la Corte Constitucional, ha resaltado que:

“...Se desprende que existe una violación al derecho fundamental al debido proceso, por ende, en principio la tutela es procedente. No obstante, como se analizó, cuando existan otros medios ordinarios de defensa judicial idóneos para la protección de las garantías fundamentales y **no se avizore un eventual perjuicio irremediable**, se debe acudir a estos de manera preferente...”¹²

...

En vista de lo anterior, esta Corporación colige que la Secretaría Distrital de Movilidad de

⁹Ley 769 de 2002, Artículo 136: “Si el contraventor no compareciere sin justa causa comprobada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del comparendo, la autoridad de tránsito, después de treinta (30) días calendario de ocurrida la presunta infracción, seguirá el proceso, entendiéndose que queda vinculado al mismo, fallándose en audiencia pública y notificándose en estrados (...).

Artículo 137, inciso 2, “La actuación se adelantará en la forma prevista en el Artículo precedente, con un plazo adicional de seis (6) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación respectiva, para lo cual deberá disponerse de la prueba de la infracción como anexo necesario del comparendo.” (Subraya fuera del texto).

¹⁰ De acuerdo al Artículo 136 de la Ley 769 de 2002, para el pago en caso de aceptar la infracción, sin necesidad de otra actuación administrativa, se debe obedecer a las siguientes reglas:

“1. Cancelar el cincuenta por ciento (50%) del valor de la multa dentro de los cinco (5) días siguientes a la orden de comparendo y siempre y cuando asista obligatoriamente a un curso sobre normas de tránsito en un Organismo de Tránsito o en un Centro Integral de Atención. Si el curso se realiza ante un Centro Integral de Atención o en un organismo de tránsito de diferente jurisdicción donde se cometió la infracción, a éste se le cancelará un veinticinco por ciento (25%) del valor a pagar y el excedente se pagará al organismo de tránsito de la jurisdicción donde se cometió la infracción; o 2. Cancelar el setenta y cinco (75%) del valor de la multa, si paga dentro de los veinte días siguientes a la orden de comparendo y siempre y cuando asista obligatoriamente a un curso sobre normas de tránsito en un organismo de tránsito o en un Centro Integral de Atención. Si el curso se realiza ante un Centro Integral de Atención o en un organismo de tránsito de diferente jurisdicción donde se cometió la infracción, a éste se le cancelará un veinticinco por ciento (25%) del valor a pagar y el excedente se pagará al organismo de tránsito de la jurisdicción donde se cometió la infracción; o 3. Si aceptada la infracción, ésta no se paga en las oportunidades antes indicadas, el inculcado deberá cancelar el cien por ciento (100%) del valor de la multa más sus correspondientes intereses moratorios.

Si el inculcado rechaza la comisión de la infracción, deberá comparecer ante el funcionario en audiencia pública para que éste decrete las pruebas conducentes que le sean solicitadas y las de oficio que considere útiles.

Si el contraventor no compareciere sin justa causa comprobada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del comparendo, la autoridad de tránsito, después de treinta (30) días calendario de ocurrida la presunta infracción, seguirá el proceso, entendiéndose que queda vinculado al mismo, fallándose en audiencia pública y notificándose en estrados (...).

Artículo 137, inciso 2, “La actuación se adelantará en la forma prevista en el Artículo precedente, con un plazo adicional de seis (6) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación respectiva, para lo cual deberá disponerse de la prueba de la infracción como anexo necesario del comparendo.” (Subraya fuera del texto).

¹¹ Ibídem.

¹² Ibídem.

Barranquilla, impuso a la libelista comparendos electrónicos antes de la fecha de traspaso del vehículo (3 de diciembre de 2014), por lo tanto, la Sala considera que las fotomultas generadas antes de dicha fecha, fueron impuestas a la libelista como dueña del vehículo, sin embargo, revisado el expediente se constata que pese a ello, tales fotomultas no fueron notificadas en debida forma.

Lo anterior, porque si bien los comparendos electrónicos acaecidos antes del 3 de diciembre de 2014, fueron notificados a la dirección que aparece registrada en la base de datos del Instituto de Transito del Atlántico la cual estaba incompleta, al punto que fueron devueltas por la empresa de Mensajería, lo cierto es que la libelista tiene derecho a ejercer su contradicción frente a tales comparendos, máxime si la libelista aduce que durante tales fechas no transitó por la Costa Atlántica, y por ello resalta que pudo tratarse de placas gemelas, hecho ante el cual, si lo desea la actora puede denunciar ante la Fiscalía General de la Nación.

No obstante esta Judicatura colige que el procedimiento está viciado desde el inicio, al ser notificados los nueve (9) comparendos en una dirección incompleta, por lo que se vislumbra una flagrante vulneración a la garantía constitucional al debido proceso de la peticionaria.

Así las cosas, esta Corporación comulga con el criterio del Juez de Primera Instancia, cuando señaló que:

“...Sin embargo, e independientemente de que los comparendos hayan sido impuestos cuando la accionante aún era la propietaria del rodante, revisados uno a uno los comparendos impuestos observa este Despacho que los mismos nunca fueron recibidos por la accionante, pues la comunicación para notificarlos fue enviado a una dirección incompleta (Calle 129 No. 45-15 Bogotá), lo que impidió que ella se enterara de los mismos y ejerciera su derecho de contradicción dentro del proceso contravencional.

La Secretaría Distrital de Movilidad de Barranquilla acepta que los comparendos Nos. BQF00154546, BQF0157321, BQF0159020, BQF0159859, BQF0155843, BQF0154694, BQF0166012, BQF0166225, y BQF0168168, tuvieron problemas en su notificación, ya que las comunicaciones fueron devueltas, con la causal de dirección incompleta y todos ellos tuvieron que notificarse por aviso, por lo que este Juzgado no tiene plena certeza que la accionante haya tenido conocimiento de estas notificaciones y de los procesos iniciados.
(...)

Las constancias de devolución, dirección incompleta. Si ello se suma que la accionante insiste en que para la época de los comparendos su carro no se encontraba en esta ciudad, por cuanto reside en Bogotá y seguramente fue víctima de una adulteración de placas, resulta apenas justo que se permita apenas justo que se permita defenderse dentro del proceso contravencional, a fin de que la decisión que se tome tenga en cuenta todos los elementos de juicio necesarios....”¹³.

...
Además de lo anterior, atendiendo al principio de veracidad, se tiene que la Secretaría Distrital de Tránsito no demostró, es más ni siquiera acotó que tal error haya devenido de la accionante, por el contrario, tajantemente aceptó que las notificaciones fueron devueltas

¹³ Folios 172 a 173 C.O. del Juzgado.

por la causal “*dirección incompleta*” y por ello procedieron con la notificación por aviso.

Así las cosas, como efectivamente se vislumbra una flagrante vulneración al derecho fundamental al debido proceso de la actora, esta Judicatura confirmará íntegramente el fallo impugnado.

...”

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de Tutela Segunda Instancia

FECHA: 4 de Mayo de 2016

FUENTE NORMATIVA: Artículo 86 de la Constitución Política; artículo 135,m 136 y 137 del Código Nacional de Tránsito, artículo 22 de la Ley 1383 de 2010 que modificó el artículo 135 de la Ley 769 de 2002; artículo 32 del Decreto 2591 de 1991; artículo 69 de la Ley 1437 de 2011; Corte Constitucional, Sentencia T-051 de 2016.

ACCIONANTE: Marisela Ávilez Rivera

ACCIONADO: Alcaldía Distrital de Barranquilla – Secretaría Distrital de Movilidad y Otros

RADICACIÓN: 0800131-09-005-2016-00013-01 (2016-0102-T-MC)

DECISIÓN: Confirma el fallo de tutela objeto de impugnación que concede el amparo constitucional a la accionante, por la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al derecho de petición.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES / REQUISITOS O CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD – Para que la acción de tutela proceda contra providencias judiciales, requiere que cumpla con las causales genéricas de procedibilidad, a saber: (i) Que la cuestión discutan resulta de evidente relevancia constitucional; (ii) que el afectado haya agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a su alcance; (iii) que se cumple el requisito de inmediatez; (iv) que en el caso de irregularidades procesales, estas tengan un efecto decisivo en la decisión de fondo que se impugna y (v) que no se trate de sentencias de tutela. /

DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO / PODERES DEL JUEZ PARA LLEGAR A LA VERDAD REAL – La autoridad judicial encargada de tramitar un proceso, incurre en defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, cuando existiendo incertidumbre sobre unos determinados hechos que se estiman definitivos para la decisión judicial y cuya ocurrencia se infiere razonablemente del acervo probatorio, omite decretar, de forma oficiosa, las pruebas que podrían conducir a su demostración. Lo anterior por cuanto, pudiendo remover la barrera que se presenta a la verdad real y, por ende, a la efectividad del derecho sustancial, prefiere hacer caso omiso de las herramientas procesales a su alcance, convirtiendo los procedimientos en un obstáculo al acceso a la

administración de justicia.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS

Causa fáctica: En el presente caso, pretende la promotora se le protejan sus derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y MÍNIMO VITAL; para que se modifique la sentencia proferida al interior del proceso de alimentos instaurado contra su cónyuge, fallado por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Circuito de Sabanalarga; en cuyo proceso fueron desconocidos por el Juez de Familia elementos probatorios, que entrañaban el reconocimiento de sus pretensiones.

Extractos: “...

Puntualizada la controversia, se hace menester iniciar el estudio con las particularidades fijadas por la jurisprudencia constitucional en materia de los requisitos genéricos, cuando quiera que lo cuestionado lo constituye una decisión de naturaleza judicial, en cuya materia está proscrita la utilización de la tutela, salvo que la decisión acusada, hubiere incurrido en defectos o vicios que tengan la virtud, de predicar la vulneración a derechos fundamentales.

De allí, que previamente, sea necesario verificar si la presente acción, cumple los presupuestos o reglas generales delimitadas por la Corte Constitucional, como los relaciona en Sentencia SU-813 de 2007, de la siguiente forma:

“Las causales genéricas de procedibilidad se refieren a aquéllos requisitos que en general se exigen para la procedencia de la acción de tutela, pero que referidas al caso específico de la tutela contra providencias judiciales adquieren un matiz especial. La particularidad se deriva del hecho de que en estos casos la acción se interpone contra una decisión judicial que es fruto de un debate procesal y que en principio, por su naturaleza y origen, debe entenderse ajustada a la Constitución. Tales causales son las siguientes:

(i) Se requiere, en primer lugar, que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional y que, como en cualquier acción de tutela, esté acreditada la vulneración de un derecho fundamental, requisito sine qua non de esta acción de tutela que, en estos casos, exige una carga especial al actor ⁽⁷⁾; (ii) que la persona afectada haya agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a su alcance y haya alegado, en sede judicial ordinaria, y siempre que ello fuera posible, la cuestión iusfundamental que alega en sede de tutela; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (vi) en el caso de irregularidades procesales, se requiere que éstas tengan un efecto decisivo en la decisión de fondo que se impugna; y (v) que no se trate de sentencias de tutela. (Subraya y negrilla fuera de texto)

...

Analizadas las exigencias genéricas, se impone ahora, comprobar si la sentencia proferida por el Juez Promiscuo de Familia del Circuito de Sabanalarga incurrió en alguno de los defectos o vicios específicos que la Corte Constitucional tiene enlistados en sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, de la siguiente manera:

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución.”

...

Se tiene por sentado que en esta clase de procesos, dado el carácter y alcance de las pretensiones que se debaten, las decisiones que se profieren en torno a los alimentos, no hace tránsito a cosa juzgada formal, en cuanto que las condiciones del alimentante y alimentario puede varias precisamente por circunstancias sobrevivientes que generan un cambio sustancial en el cumplimiento de las obligaciones que se imponen o las condiciones del beneficiario. Cuando ello ocurre, quien quiera activar el aparato judicial con su correspondiente acción debe cumplir con una carga probatoria, la cual varía de acuerdo a la pretensión que en estos asuntos van desde la fijación de la cuota alimentaria hasta la exoneración de la misma, pasando por la revisión (aumento o disminución).

A partir de este último argumento, surge nítido para la Sala que la carga probatoria de acuerdo a los alcances del artículo 167 del C.G.P, recae en las partes, en este caso, la demandante si activa el aparato judicial debe cumplir con unos deberes, eso no se desconoce, empero, al operador judicial le fueron impuestas unas obligaciones e incluso en la misma norma que se cita, tal como lo muestra el inciso 2° y 3° de dicha disposición, con el agregado de la carga aducida en el artículo 397 del C.G.P sobre el particular.

...

Frente a tal argumento, sin vacilaciones, esta sala arriba a la indefectible conclusión, que la sentencia dictada por el Juez Promiscuo de Familia del Circuito de Sabanalarga adolece de defecto procedimental, sustentada en la deficiencia probatoria, amén de carecer de motivación suficiente que condujera a reconocer en favor del demandante sus pretensiones, precisamente por la falencia advertida, traducida en que la decisión de fondo adoptada es el

reflejo de la escasez probatoria, por parte de la demandante cuyo cardumen en el último de los casos, debió ser complemento por el juzgado, como se lo impone el procedimiento.

Relacionado con el defecto que se viene aludiendo la Corte Constitucional en Sentencia T-591 de 2011, hace relación a un caso judicial en cuya decisión se incurrió en tal vicio, de allí, que el pensamiento se pueda extractar en el siguiente tenor el cual deviene útil para las resultas de este trámite:

“DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO-Reiteración de jurisprudencia/**JUEZ**-Uso de poderes para llegar a la verdad real. *Esta Corporación ha desarrollado, en el escenario de la acción de tutela contra providencias judiciales, la denominada doctrina del defecto procedimental. Según esta tesis jurisprudencial, una autoridad encargada de impartir justicia puede incurrir en defecto procedimental de tipo absoluto, o en defecto procedimental por exceso ritual manifiesto. la autoridad judicial encargada de tramitar un proceso civil o contencioso administrativo, incurre en defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, cuando existiendo incertidumbre sobre unos determinados hechos que se estiman definitivos para la decisión judicial y cuya ocurrencia se infiere razonablemente del acervo probatorio, omite decretar, de forma oficiosa, las pruebas que podrían conducir a su demostración. Lo anterior por cuanto, pudiendo remover la barrera que se presenta a la verdad real y, por ende, a la efectividad del derecho sustancial, prefiere hacer caso omiso de las herramientas procesales a su alcance, convirtiendo los procedimientos en un obstáculo al acceso a la administración de justicia. En estos casos procede la tutela del derecho constitucional al acceso a la administración de justicia, y la orden de reabrir el debate probatorio, de acuerdo con lo dispuesto en el respectivo código adjetivo, para que el juez de la causa, con audiencia de las partes, ejerza sus deberes inquisitivos. (Subraya y Negrilla fuera de texto)*

... Seguidamente, la Sala Tercera de Revisión recordó que “la Corte se ha referido al defecto por exceso ritual en eventos en los cuales el juzgador incurre en una vulneración del mandato de dar prevalencia al derecho sustancial, o del derecho al acceso a la administración de justicia por (i) dejar de inaplicar disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto; (ii) exigir el cumplimiento de requisitos formales de forma irreflexiva, aunque en determinadas circunstancias puedan constituir cargas imposibles de cumplir para las partes, siempre que esa situación se encuentre comprobada; o (iii), incurrir en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas”.

Igualmente, la Corporación puntualizó que tanto en la hipótesis en que se discute la ocurrencia de un defecto procedimental absoluto, como en aquellos casos en que se alega la configuración de un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la procedencia de la tutela se sujeta a la concurrencia de los siguientes elementos: “(i) que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela; (ii) que el defecto procesal tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales; (iii) que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello hubiera sido imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico; y (iv) que como consecuencia de lo anterior se presente una vulneración a los derechos fundamentales”

...

Consecutivamente, la Sala estimó pertinente reflexionar sobre la relación existente entre la búsqueda de la verdad real, la efectividad del derecho material y la pretensión de corrección de las decisiones judiciales. De este modo, precisó que “una sentencia justa solo se alcanza si el juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, al menos en cierta medida, verdadera”. Asimismo, entendió que “el ordenamiento [jurídico] colombiano no es indiferente a la verdad desde un punto de vista ideológico, como lo demuestra el valor dado a la prueba como elemento del debido proceso

constitucional, el mandato de dar prevalencia al derecho sustancial en las actuaciones judiciales, y la obligación de los funcionarios de evitar fallos inhibitorios que erosionan el derecho al acceso a la administración de justicia (T-134 de 2004), removiendo los obstáculos que le impidan llegar a una decisión de mérito”.

...

Establecida la necesaria relación entre la búsqueda de la verdad real, la efectividad del derecho sustancial y la pretensión de corrección de las decisiones judiciales, la Corte reafirmó el papel central que en dicho marco ocupa el decreto oficioso de pruebas en el campo del proceso civil. En esa dirección, la Corte señaló que “el decreto oficioso de pruebas constituye una manifestación del deber del juez de indagar la verdad de los hechos antes de tomar una decisión determinada, con pleno sustento en la adopción de la forma política del Estado Social de Derecho, en donde el juez deja de ser un frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley, para adoptar el papel de garante de los derechos materiales.”

Igualmente, enfrentándose a las posibles objeciones del ejercicio del deber de decretar pruebas de oficio, consistentes en el supuesto obstáculo que dicha facultad implicaría para la solución oportuna de las controversias judiciales, y la probable imparcialidad en que caería el juez, la Corte precisó que (i) “la solución de conflictos es compatible con la búsqueda de la verdad, porque el establecimiento de la verdad puede ser un método adecuado para la solución de las controversias. (...) una solución de los conflictos que no se fundamente en la indagación de los hechos puede resultar contraproducente, pues genera desconfianza en el derecho y un riesgo para la paz social” y, (ii) **“En relación con la segunda objeción, debe recalcar que el juez no desplaza a las partes ni asume la defensa de sus intereses privados. Desde el punto de vista de la Constitución Política, la facultad de decretar pruebas de oficio implica un compromiso del juez con la verdad, ergo con el derecho sustancial, y no con las partes del proceso. Por ello, el decreto de pruebas no afecta la imparcialidad del juez, ya que el funcionario puede decretar pruebas que favorezcan a cualquiera de las partes siempre que le ofrezca a la otra la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción”.**

Finalmente, el Tribunal Constitucional concluyó que **“el decreto oficioso de pruebas, en materia civil, no es una atribución o facultad potestativa del Juez: es un verdadero deber legal. En efecto, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente siempre que, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material”.** (Subraya fuera de texto)

...

Se agrega que, el análisis probatorio que ensayó el juzgado accionado, fue deficiente y limitado, con la conclusión facilista y equivocada de achacar la ausencia de carga probatoria de la parte demandante así, al no desplegar las labores de probanzas inherentes a la pretensión deprecada en el proceso, tal defecto como vía de hecho, es el que justifica la adopción de la determinación por parte de la Sala.

...”

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de tutela – primera instancia

FECHA: 2 de mayo de 2016

FUENTE NORMATIVA: Ley 640 de 2001; Artículos 167, 372, 373, 390-397 del Código General del Proceso; Decreto 1382 de 2000; artículo 86 de la Constitución Nacional; Corte Constitucional, Sentencia SU-813 de 2007; Corte Constitucional, Sentencia C-590 del 8 de junio de 2005; Corte Constitucional, Sentencia T-591 de 2011.

ACCIONANTE: Ana Rosa Coronado Pacheco

ACCIONADO: Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Sabanalarga.

RADICACIÓN: T-00209-2016

DECISIÓN: CONCEDER EL AMPARO CONSTITUCIONAL al derecho fundamental al debido proceso deprecado por la accionante; y en consecuencia, se ordena al Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Sabanalarga, dejar sin efectos la sentencia del 16 de marzo de 2016, dictada al interior del proceso verbal sumario de fijación de cuota alimentaria de mayores, seguido por la señora Ana Rosa Coronado Pacheco contra el señor Richard Andrés Uribe Siciliano por hacer incurrido en vía de hecho por defecto procedimental; y en su lugar, el Juzgado deberá proferir la sentencia que en derecho corresponda, con base en las pruebas que deberá decretar con fundamento en lo dispuesto en el artículo 397 del C.G.P., en ejercicio de las facultades oficiosas que conduzcan a la búsqueda de la verdad procesal y material del asunto verbal sometido a su consideración

VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ
PRESIDENTE

MÓNICA FERNANDA ACOSTA PERDOMO
RELATORA

Nota: Las providencias publicadas en este boletín fueron enviadas por los respectivos Magistrados Ponentes y recibidas a través del correo electrónico y/o por intermedio del auxiliar judicial autorizado. En caso de atender eventuales inconsistencias, se sugiere que sean puestas en conocimiento de la relatoría.

ⁱ Folios 1-11, 12-137 del cuaderno de primera instancia.