

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

BOLETIN No. 14 – JUNIO 2013

PRESENTACIÓN



Nuevamente presentando a toda la comunidad judicial las sentencias proferidas por los Magistrados de éste Tribunal Superior de Barranquilla, con la seguridad de que la labor realizada por la Relatoría de nuestra Corporación, ha sido fructífera, por cuanto los comentarios de los jueces, empleados y abogados litigantes han sido positivos.

La labor del Juez, no solo se centra en resolver los conflictos que llegan a su Despacho, para el conocimiento de las partes procesales, sino también se redactan para toda la colectividad, desde el punto de vista académico, puesto que sirven de antecedente histórico, especialmente ante los cambios económicos, políticos y sociales que sufre la sociedad.

Es así que toda la compilación que se viene haciendo de la producción jurídica local, está al servicio de todos los que componen la judicatura, y especialmente de los estudiantes de derecho que están ávidos de conocimientos jurídicos referidos a la hermenéutica contemporánea.

Con este ejemplar cumplimos una vez más con la función social de la judicatura y esperamos que sirva de consulta o por lo menos que incentive la investigación sobre los temas que tratamos.

SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA

Presidenta Tribunal Superior

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

BOLETIN No. 14 – Junio 2013

1. SALA CIVIL-FAMILIA

REVISIÓN DE CONTRATO DE MUTUO- Teoría de la imprevisión/Requisitos para su configuración / **CRÉDITOS DE ADQUISICIÓN DE VIVIENDA-** Posición de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia/ **TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN-** No es procedente para intentar restablecer el equilibrio contractual cuando su contenido es de orden legal como en el caso de los créditos para adquirir vivienda/Reiteración Jurisprudencial

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ABDÓN ALBERTO SIERRA GUTIERREZ

Causa fáctica: En el presente caso, el actor como usuario del sistema financiero estima que las condiciones económicas del contrato de mutuo desde que se firmó hasta el momento de la presentación de la demanda, han cambiado mucho y por ello, las condiciones del mismo deben ser revisadas, especialmente en lo referente a la liquidación del crédito, tasas de interés y sistema de amortización.

Extractos: “Del resumen fáctico y de la controversia, se ha de deducir con claridad que lo pretendido por el demandante es la revisión del contrato de mutuo suscrito por o entre las partes por aplicación de la teoría de la imprevisión, reconocido en el artículo 868 del Código de Comercio, que la describe, en los siguientes términos: (...)

Luego, si el fundamento de la pretensión es la aplicación de la teoría de la imprevisión como la forma de restablecer el equilibrio contractual debido al surgimiento de las condiciones negociales iniciales de circunstancias imprevistas e irresistibles que transformaron el contrato de mutuo suscrito entre las partes en extremo oneroso para el deudor, que de probarse tales circunstancias el contrato debe modificarse o darse por terminado.

La fisonomía de esta teoría referente a los contratos de mutuo para la adquisición de vivienda, la Corte Suprema en reciente sentencia, la diseñó en los siguientes términos:

“Esta corporación acogió la imprevisión en materia civil, aún ausente disposición jurídica expresa aunque suele verse en los artículos 2006 y 1932 como principio general del derecho. Desde esta perspectiva los principios generales del derecho no sólo irradian sino que también integran el ordenamiento jurídico y sirven al propósito de adaptarlo a las sensibles transformaciones dinámicas en la vida de relación, misión vitales de la jurisprudencia, por lo cual, la corporación aceptó la imprevisión en las relaciones jurídicas obligatorias y contractuales civiles.”

La teoría de la imprevisión se ha fundado en que ésta se encamina a darle al juez la posibilidad de modificar la ejecución de un contrato cuando han derivado de tal manera las circunstancias, que se hace imposible para una de las partes cumplir lo pactado, sin que sufra lesión en sus intereses.

Todos los expositores están de acuerdo en que ella no tiene cabida, ni puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe, puesto que la teoría solo se inspira en la ida del equilibrio contractual.

(...)

La imprevisión tiende a revisar el contrato para mantener el equilibrio económico de las prestaciones, previene, evita o corrige las consecuencias de la prestación excesivamente onerosa para una de las partes, con los reajustes, adecuación, adaptación o reforma equitativa, y de no ser posible con su terminación. Por esto, sus causas, requisitos y efectos, son diferentes a los de la ilicitud del negocio, y por regla general, carece de efectos indemnizatorios, pues su finalidad no es resarcitoria, ni se origina en el incumplimiento.

Imprevisible, es todo evento que en forma abstracta, objetiva y razonable no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión, *“que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad... Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional”*

La revisión por imprevisión, es inadmisiblesi la prestación, no obstante la excesiva onerosidad se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada. Aún, satisfecha con reserva o protesta, al extinguirse definitivamente, clara es su improcedencia, por versar sobre la prestación cuyo cumplimiento posterior sobreviene oneroso en exceso, y predicarse de la relación vigente *ad futurum*.

Por consiguiente, ejecutado, terminado o concluido el contrato y extinguida por su cumplimiento la prestación, nada hay por revisar para reajustar, restablecer o terminar.

Por tanto, la negligencia, desidia, imprudencia, el dolo o culpa, la falta de diligencia, cuidado, previsión y la concurrencia, exposición o contribución de la afectada, así como la ausencia de medidas para evitar, mitigar o disipar la excesiva onerosidad (*duty to mitigate damages*), y en fin, la inobservancia de las cargas de la autonomía excluyen imprevisión, imprevisibilidad, inimputabilidad y extremidad, a más de contrariar claros dictados éticos, sociales y jurídicos prevalerse de la propia conducta para derivar provecho con un desequilibrio que pudo evitarse, mitigarse o conjurarse, en quebranto a la lealtad, probidad, corrección, buena fe y fuerza obligatoria del contrato a que conduce admitir su revisión cuando la conducta del obligado es la causa o concausa de la excesiva onerosidad. Por ende, no opera la imprevisión cuando el suceso está en la esfera o círculo del riesgo de la parte afectada, el alea normal del contrato, o es imputable a la propia conducta, hecho dolo, culpa, exposición, incuria, negligencia, imprudencia o, la falta de medidas idóneas para prevenir, evitar o mitigar el evento o sus efectos.

Por ello, la desproporción y sus causas han de ser por completo ajenas a la parte afectada, en tanto no sean imputables a su acción u omisión, conducta o hecho, ni las haya asumido legal o contractualmente.

(...)

En el presente caso se observa que la apelante alega que se debe revisar el contrato porque se rompió el equilibrio contractual por causas imprevisibles como se dijo anteriormente, esto se conoce como la teoría de la imprevisión que necesita los siguientes requisitos; a continuación estudiaremos si el presente caso se ajusta o no con esta teoría.

1. Como primer requisito, se expone que solo es aplicable a los contratos de ejecución sucesiva periódica o diferida por ende los contratos aleatorios o de ejecución instantánea, no están sujetos a esta teoría, en este caso observamos que es un contrato de tracto sucesivo, de lo cual se infiere que cumple con esta disposición.

2. Se menciona la ocurrencia de hechos anormales, lejos de toda previsión al momento de contratar lo que implica que los contratantes no pudieron prever tales hechos, y que no puede ser productos por el deudor lo cual hace indispensable que sean ajenos a la voluntad de las partes y deben guardar una estrecha relación de causa y efecto con la excesiva onerosidad que significara para el deudor el incumplimiento del contrato.

3. La excesiva onerosidad: se presenta como uno de los requisitos y la debe sufrir una de las partes a consecuencia de causas extraordinarias y debe causar un grave perjuicio al deudor, debe destacarse que el deudor debe experimentar una desproporción evidente y contundente con relación a la finalidad económica pretendida por el contrato.

4. Se plantea que la imprevisión es precisamente la falta de conocimiento de lo futuro, pero es necesario además que el conocimiento no haya sido resultado de las acciones de las partes, como tampoco que ellas hallan agravado sus consecuencias. La lesión sobreviniente no debe responder al hecho o acción del perjudicado.

En el caso en concreto se debe resaltar que además de una obligación de futuro cumplimiento, el deudor no podrá encontrarse en mora, pues ello hará inaplicable la institución de la imprevisión; como se observa a folio 98, aparece la contestación de la SuperBancaria respecto del crédito materia de debate, donde expresa que se le efectuó el abono y que el deudor esta en mora en 14 cuotas y que el saldo a fecha 31 de diciembre de 1999 era de \$40.545.353, lo cual hace inaplicable la teoría para el presente caso.

Por otro lado, la firma del pagaré que sirve de recaudo y de haberse suscrito el contrato de mutuo, ya la causa que generó el desequilibrio patrimonial de los deudores de créditos de vivienda en Upac, como fue su adherencia a la tasa variable del DTF había ocurrido, por lo que ha de concluirse que el deudor y hoy demandante tenía pleno conocimiento de las reglas de juego crediticio y se conocía las consecuencias nefastas de un crédito atado a la tasa en comento.-

En fin, en este caso, como en tantos otras decisiones tomadas por el Tribunal Sala Civil, se ha expresado que la teoría de imprevisión no es procedente para intentar restablecer el equilibrio contractual cuando su contenido es de orden legal ,como son los créditos de vivienda y siendo ésta la teoría que sirve de fundamentos a la pretensión, fácil es concluir que la misma estaría destinada al fracaso, más cuando en concreto el demandante no logró demostrar irregularidad alguna en el trámite de la liquidación del crédito efectuada por la parte demandada diferentes a las variables de orden legal establecidas para los créditos de vivienda.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 868 del Código de Comercio

DEMANDANTE: Simón Herrera Rodelo

DEMANDADO: Corporación de Ahorro y Vivienda LAS VILLAS

FECHA: mayo 24 de 2013

RADICACIÓN: 34.760

DECISIÓN: Confirma Sentencia de primera instancia.

PÓLIZA MULTIRIESGO- Diversos riesgos asegurables/Indemnización/**ANULABILIDAD DEL CONTRATO DE SEGURO-** Como excepción basada en el incumplimiento de la garantía por parte del tomador/Improcedencia/ **CLÁUSULA DE GARANTIA-**Definición Legal/Requisitos de Validez/Clasificación: Afirmativas y De Conducta/ **CLÁUSULAS ABUSIVAS-**La garantía debe ser sustancial y guardar relación íntima con el riesgo asegurado/**GARANTÍA DE CONDUCTA-**Se concretiza en hechos posteriores a la celebración del contrato de seguro

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. LILIAN PÁJARO DE DE SILVESTRI

Causa Fáctica: En el presente caso, el propietario de un almacén de moda, tomador de una póliza multiriesgo, sufrió una inundación en el local comercial razón por la cual elevó la respectiva reclamación ante la aseguradora, quien se negó al pago de la indemnización por ocurrencia del siniestro alegando que está había inobservando la cláusula de garantía.

Extractos: “Habiendo ocurrido el siniestro de anegación en el local comercial Promoda de propiedad de la parte demandante, esta hace el respectivo reporte a la entidad aseguradora demandada, objetando este la reclamación con base al presunto incumplimiento de la conducta de garantía que consiste en mantener entubado el sistema eléctrico al 100%, legitimando esta situación al señor Torrado Díaz para demandar el cumplimiento de las obligaciones de la Aseguradora Solidaria de Colombia.

Al momento de desatarse la primera instancia, se debate entonces el presunto incumplimiento de la garantía establecida en la póliza, situación que fue alegada como fundamento de la excepción de Anulabilidad del Contrato de Seguro por Incumplimiento de la Garantía.

Teniendo en cuenta entonces que la discusión tanto de la primera instancia como los alegatos de esta segunda instancia, recae precisamente sobre la excepción de Anulabilidad del Contrato de Seguro por Incumplimiento de la Garantía, procederá la Sala a estudiar tal tema, previo análisis de la cláusula de garantía.

2.3. Cláusula de Garantía

Antes de definir si existió o no un incumplimiento de la garantía pactada en la póliza de seguro, es importante definir algunos aspectos importantes, tales en que consiste y sus requisitos de validez en sentido general y aplicados al presente caso.

Con relación a la definición de esta figura, señala el artículo 1061 del Código de Comercio que “*Se entenderá por garantía la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho.*”.

De acuerdo a la citada norma, es claro que la garantía constituye una carga u obligación en cabeza de tomador, que adopta compromisos de los cuales se instituyen diferentes formas de cumplimiento de acuerdo con las cláusulas de la póliza. Garantía que definida en estos términos, “*(...) se encamina a tratar de rodear de mayores seguridades el objeto o la persona asegurados, a interesar al tomador o asegurado en una conducta más diligente aún de la que normalmente puede esperarse de él, todo con el objeto de hacer más remota la ocurrencia del siniestro*”.

Se extrae de la lectura del Artículo 1061 del Código de Comercio, que existen dos clases de garantías, que son “*afirmativas y de conducta. Las primeras corresponden a la declaración por la cual el asegurado afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho, entendiéndose*

coetáneas a la celebración del contrato, por lo que es en ese momento cuando debe identificarse su infracción en virtud a la disconformidad entre la declaración y el hecho sobre el que recae; de manera que ante tal discordancia se originará la anulabilidad del contrato.”

“La garantía de conducta se proyecta durante la vida del contrato, porque es la promesa, o sea la obligación que adquiere el asegurado de hacer o no hacer y de cumplir una determinada exigencia, por lo que su observancia es estricta. Es por ello que su infracción origina la terminación del contrato, facultad que puede ejercer el asegurador antes o después del siniestro.”¹

Por su lado, se constituye como requisito de la garantía, de acuerdo a lo señalado en el inciso 2º de la citada norma, que esta deberá constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella. Situación que se encuentra probada desde la primera instancia y que obra, en folios 16 y 159 del expediente.

En efecto, la H. Corte Suprema de Justicia, en interpretación del inciso 3º del artículo 1061 del Código de Comercio², ha precisado lo siguiente:

“Así, la garantía será sustancial al riesgo si se exige como presupuesto determinante —o basilar— de la asunción de éste por parte del asegurador e, insustancial en caso contrario, en el que podría exigirse, entre otros cometidos, con la confesada y precisa misión de preservar el equilibrio técnico que, respecto de la relación aseguraticia, en línea de principio rector, debe existir entre el riesgo y la prima, sin que por ello esta exigencia se torne anodina o estéril, como quiera que la ausencia de sustancialidad, de plano, no quiere denotar trivialidad o nimiedad, expresiones de suyo divergentes.

*En todo caso, sea o no sustancial, stricto sensu, **el asegurador al redactar o concebir los términos de la estipulación de garantía a la que posteriormente adhiere el tomador, debe obrar con sumo cuidado y prudencia, con el fin de que su alcance y contenido, en manera alguna, lesione el acerado postulado de la lealtad contractual (correttezza) o genere un desarreglo significativo en torno a los derechos y obligaciones que surgen para las partes en virtud de la celebración del contrato, porque en tales eventos, como se anticipó, la cláusula contentiva de dicha promesa podría tornarse abusiva**, en contravía del postulado de la buena fe —objetiva— y, claro está, del ordenamiento jurídico, y de la jurisprudencia que, con ahínco, propenden por su destierro, por entenderla contraria a la “justicia contractual” —en su genuino sentido— y, de paso, transgresora de caros derechos, dignos de tutela, en sede judicial.”³*
(Subrayado y Negrilla por fuera del texto original)

De conformidad con lo expresado por la Corte Suprema Justicia, si bien es cierto que el artículo 1061 del Código de Comercio otorga la posibilidad de pactar garantías que pueden ser o no sustanciales a los riesgos, se debe tener cuidado por parte del asegurador al momento de establecerlas, pues la norma hace referencia a que las garantías pueden ser esenciales o no esenciales respecto del riesgo en los términos ya anotados, es decir que deben guardar relación con el riesgo asegurable, y lo que varía es su principalidad con relación al mismo y su materialización en la práctica. En caso de no guardar estas garantías relación con el riesgo, se constituyen en cláusulas abusivas atentatorias de la buena fe contractual, lo que implica sanción de gravedad respecto de ellas, pues el contrato de seguros tiene como esencia dicho principio.

Visto lo anterior, en palabras de la Corte Suprema Justicia, “Sea o no sustancial, en los términos ya reseñados, **debe tener o guardar —alguna— relación con el riesgo**(28), esto es, con el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario (C. de Co, art. 1054), que es asumido por el asegurador, a voces del artículo 1037 del estatuto mercantil, puesto que de lo contrario, ello se

¹ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. Sala Civil de Decisión. Sentencia de Mayo 14 de 2012. Radicado 2005-338. MP: Ariel Salazar Ramírez.

² La garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. En caso contrario, el contrato será anulable. Cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción.

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de Septiembre 30 de 2002. Radicado No.: 4799. MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

prestaría para la incubación de abusos y conflictos que, al unísono, eclipsarían la teleología bienhechora de la institución del seguro. Sobre el particular, está de acuerdo la *communis opinio patria*(29). Tanto es así que el artículo en comentario, al proclamar la sustancialidad o insustancialidad, lo hace de cara al riesgo, como quiera que éste es el punto de referencia empleado por el legislador vernáculo —en lo pertinente—, lo que denota, entonces, que en cualquiera de los prenotados supuestos, incluso el de la insustancialidad, el riesgo debe hacer presencia, así sea moderada o sutilmente.” (Subrayado por fuera del texto original).

“(28) “La garantía tiene una estrecha relación con las obligaciones que la ley o el contrato imponen al asegurado de declarar o mantener el estado del riesgo (libro III, título V, artículos 881 y 883). Pero a la vez difiere substancialmente de ellas en cuanto a su esencia y a su contenido”. Exposición de motivos proyecto de 1958, tomo II, pág. 562.”

“(29) “Garantías totalmente extrañas al riesgo asegurado deben desestimarse, tenerse por no escritas, por incongruentes con la filosofía y los fines de la institución” (Ossa Efrén, *Teoría General del Seguro, El Contrato, Temis, Bogotá 1991, pág. 359*) “La disposición lo que dice es que la garantía puede no ser sustancial respecto del riesgo, no que no tenga relación con éste” (Gustavo De Greiff Restrepo, *Las Garantías en el Derecho de Seguros, en Ensayos Sobre Seguros, Homenaje al Dr. J. Efrén Ossa, Fasecolda, Bogotá 1992, pág. 98*).”

Se anota que la delimitación del riesgo o los riesgos, al hacer parte del objeto del contrato de seguro, a su vez limita la garantía que la Aseguradora consagra en dicho contrato y posteriormente hará efectiva en el evento que el riesgo se materialice en la práctica como siniestro y que no se haya cumplido con aquella. Por ello, en cuanto a la relación de la garantía y obligaciones respecto a los riesgos en las pólizas que aseguran dos o más de ellos, dichas garantías se pueden tornar o no como cláusulas abusivas dependiendo de la regulación que se les haya dado en la misma póliza, por lo que considera la Sala que podrían ser excluidas respecto de algunos riesgos por no guardar la mínima relación con ellos.

Para mayor claridad de lo anterior, explica la Sala que cuando en las pólizas ‘multirriesgo’ o ‘todo riesgo’ se regulan separadamente los riesgos asegurables, debe ser igual la regulación respecto de las garantías, ya que no todas las que se establezcan, guardan relación alguna con todos los riesgos asegurables, lo que implicaría una cláusula abusiva de algunos puntos específicos de dicha cláusula garantía con relación a uno o más riesgos determinados, pues la relación se tiene en un riesgo en específico.

Siendo de este modo, cuando se presenta regulación separada de los riesgos asegurables y regulación conjunta de las garantías, se torna como cláusula abusiva la aplicación de una garantía a un determinado riesgo cuando no guardan la mínima relación, por lo que se debe excluir del contrato respecto de dicho riesgo; es decir que a un riesgo se deben aplicar solo las garantías con las cuales tenga relación.

(...)

2.4. Excepción de Anulabilidad del Contrato de Seguro por Incumplimiento de la Garantía.

El artículo 1061 del Código de Comercio regula la Garantía en el Contrato de Seguro, estableciendo en su tercer inciso las consecuencias del incumplimiento de la misma como se cita a continuación:

La garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. En caso contrario, el contrato será anulable. Cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción. (Subrayado por fuera del texto original)

Habiéndose definido en el acápite anterior la referencia de la norma en cuanto a la garantía sustancial y la no sustancial, estudiará la Sala la excepción de Anulabilidad del Contrato de Seguro por

Incumplimiento de la Garantía que fue objeto de discusión en la primera instancia y sobre la cual recae el argumento del apelante.

El inciso tercero del artículo 1061 del Código de Comercio establece la anulabilidad del contrato como sanción del incumplimiento de la garantía, pues señala que esta deberá cumplirse de forma estricta sea o no sustancial al riesgo.

Como se señaló en el acápite anterior, el mismo artículo regula dos clases de garantía que han sido objeto de estudio por la doctrina y la Jurisprudencia, que son las afirmativas y de conducta, consistiendo las primeras en situaciones que se afirman previamente a la celebración del contrato de seguros y de los cuales depende la exteriorización de la voluntad de contratar; y las segundas, en comportamientos posteriores, es decir obligaciones del contrato de seguro en sentido estricto, que se fijan en cabeza del tomador.

Ahora bien, en cuanto a las sanciones, para cada uno de los tipos de garantía señalados, establece una específica, fijándose para las primeras la anulación del contrato y para las segundas, la terminación del contrato por incumplimiento de las obligaciones del mismo.

Esto lo afirma la Corte Suprema de Justicia al indicar que *“Un parangón entre los dos textos, permite deducir que ambos consagran una consecuencia jurídica diversa en caso de incumplimiento o infracción de la garantía, pues al paso que el proyecto de 1958 establecía la terminación automática del contrato de seguro o la nulidad cuando la garantía era determinante del asentimiento del asegurador, **el código actual consagra su anulabilidad y si la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, la terminación del mismo desde el momento de la infracción, a opción del asegurador.**”⁴ (Negrilla y Subrayado por fuera del texto original)*

2.5. Caso Concreto

En el caso que se examina, como ya se mencionó, se encuentra probada la existencia de la cláusula de garantía que obra en folios 16 y 159 del expediente, la cual alega incumplida la parte demandada mediante excepción de mérito, razón para solicitar la anulación del contrato.

La falladora de primera instancia no halló probada la excepción invocada, pues señala que en la misma se fijó un plazo de 60 días para darle cumplimiento, al cabo del cual la aseguradora no realizó inspección para verificar su acatamiento y así anular el contrato de forma unilateral, por lo que se entendía cumplida por parte del tomador.

Encuentra la Sala que existe yerro por parte del a-quo en tal interpretación, toda vez que la misma cláusula indica que el tomador era quien debía poner en conocimiento a la aseguradora sobre el obediencia de la garantía una vez realizados los actos correspondientes a ella dentro del término señalado, sumando a esto que el contrato de seguros se rige fundamentalmente por el principio de buena fe contractual, razón por la que no compete a la aseguradora realizar inspecciones con el fin de hacer esta clase de verificaciones.

Ahora bien, de la lectura de la póliza, observa la Sala que es una póliza “multirriesgo”, y que regula por separado todos y cada uno de los riesgos asegurables que asumiría la entidad aseguradora; igualmente se observa que la garantía está regulada de forma conjunta, estableciendo todas las conductas que debían cumplirse por parte del tomador.

Al realizar el análisis de la cláusula de garantía, se tiene que regula diversidad de conductas como la tenencia de *“extintores debidamente ubicados y señalizados”, “sistema eléctrico entubado al 100%”*,

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de Noviembre 30 de 2002. Radicado No. 4799. MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Reiterada entre otras, en Sentencia de Febrero 12 de 2012.

“sistema eléctrico de alarma con sensores infrarrojos de movimiento”, “pulsadores antiatraco”, “mantener vigentes los equipos de extintores”, “no sobrepasar las capacidades de almacenamientos de las áreas pertinentes”, entre otras que efectivamente llenan de seguridades los riesgos que incluye la póliza de seguro teniendo en cuenta que entre otros, se incluyen los de “incendio, rayos y anexos”, “asonada, motín, huelga, actos mal intencionados de terceros y de terrorismo”; “terremoto, temblor, erupción volcánica, maremoto”; “rotura de máquina”.

1.5.1. Explicado lo anterior, procede la Sala a analizar el cumplimiento de los supuestos de la conducta de garantía de “sistema eléctrico entubado al 100%” con relación al riesgo de anegación a partir del artículo 1061 del Código de Comercio y la jurisprudencia de la siguiente forma:

- El inciso primero de la norma se refiere a que la garantía es *“la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho.”* En el presente caso se hace referencia a una conducta posterior consistente en el entubamiento al 100% del cableado eléctrico, que se debe realizar dentro de los 60 días subsiguientes a la misma, por lo que es una promesa de cumplir determinada exigencia, con lo que se encuentra cumplido el primer requisito.
- El inciso segundo de la norma dispone que *“La garantía deberá constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella. Podrá expresarse en cualquier forma que indique la intención inequívoca de otorgarla.”* Situación del cual se encuentra pleno cumplimiento, pues tal como obra en folios 16 y 159 del expediente, se estableció dicha garantía en la póliza No. 99400000172.
- Por último, el tercer inciso señala que *“La garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente”*, en este caso no es sustancial en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia y explicados en la presente providencia en el numeral 2.3., empero como lo señaló la jurisprudencia, si bien es válida hasta la garantía no esencial respecto del riesgo, la misma debe guardar relación con este último para que pueda constituirse como una cláusula contractual válida, requisito que no se encuentra cumplido en el caso que nos asiste, pues la garantía se encuentra absolutamente apartada del riesgo materializado.

Así las cosas, se observa, que si bien se llenan de seguridades los riesgos, se hace de forma muy general, sin guardar relación las conductas de garantía, con todos o algunos de los riesgos asegurables, salvo algunos aspectos puntuales. Es claro que de la conducta de garantía sobre la cual recae la excepción alegada, consistente en el “sistema eléctrico entubado al 100%”, evitaría el riesgo asegurado consistente en “incendio y rayo” ò “incendio y rayo en aparatos eléctricos” regulados en las condiciones 13.1.1 y 13.2.1, pues estos son los únicos con los que guarda concordancia o relación, mas no con el que efectivamente se materializó en siniestro, que consistió en una anegación, producto de un torrencial aguacero.

Teniendo en cuenta lo anterior y en los términos reseñados en el acápite de garantía de la presente sentencia, al no cumplirse el requisito jurisprudencial en la cláusula de garantía de la forma explicada, en cuanto a la necesidad de la existencia de relación entre la conducta de garantía y el riesgo, la Sala inobservará y tendrá por no escrita la conducta de entubar el cableado eléctrico al 100% con relación al riesgo materializado como siniestro en la práctica, que consistió en inundación o anegación del local comercial, razón por la cual no se encuentra demostrado el incumplimiento respecto de la cláusula de garantía por parte del tomador de la póliza.

1.5.2. Por su parte, en lo que atañe al estudio de la garantía, igualmente de conducta, consistente en mantener las mercancías a una altura de 18 cms. del suelo, que obra en folios 15 y 158 del expediente, observa la Sala que a partir del artículo 1061 del Código de Comercio y la jurisprudencia, se encuentran cumplidos todos los requisitos para su entera observancia, pues obliga al cumplimiento de

una determinada conducta, establecida en la póliza de seguro, y guarda relación con el riesgo de anegación.

Ahora bien, se evidencia en el expediente, que la oposición por parte de la demandada radica de forma muy escueta en el presunto incumplimiento de la mencionada conducta de garantía, situación que no se encuentra demostrada por parte de la entidad aseguradora, pues no aportó ninguna prueba tendiente al convencimiento sobre dicho punto de oposición.

En este sentido, se encuentra a folio 60 de la segunda foliatura del expediente, el acta de la audiencia de fijación de saneamiento y fijación de los hechos del litigio, en la cual consta la declaración del demandante en la que afirma encontrarse cumplidas todas sus obligaciones de garantía al momento del siniestro.

Se aprecia a folio 133 del expediente, las puertas de los armarios en los cuales se mantenía guardada la mercancía, a una distancia de la cual no se logra plena precisión, pero tampoco se logra percibir una distancia inferior a 18 cms entre el suelo y el inicio de dichas puertas.

Asimismo, en las declaraciones de los testigos, Harb Darabo Akel⁵, Alfredo Muriel Pertuz⁶, Sugeis Yamile Yepes Yepes⁷ y Oswaldo Estrada Jiménez⁸, señalan estos que el almacén Promoda, anegado en fecha septiembre 8 de 2010, se encontraba en perfecto estado y que incluso las mercancías se encontraban a una altura de 50 cm del suelo.

Igualmente se logra evidenciar en las mencionados testimonios y documentos fotográficos, que el agua que produjo la anegación del local comercial Promoda, provenía en grandes cantidades de la cubierta del mismo (techo) y no del suelo, por lo que a pesar del cumplimiento de la garantía de conducta consistente en mantener las mercancías a una distancia de 18 cms. del suelo, no fue suficiente para mantener intacta la mercancía asegurada, ya que a pesar de estar rodeado el riesgo de las garantías establecidas, este se produjo por causas ajenas a la mencionada conducta.

1.6. De otro lado, en gracia de discusión, en caso de haber existido incumplimiento, también habría de desestimarse la excepción propuesta, al no estar llamada a prosperar, ya que la **garantía** fijada en la póliza de seguro, de acuerdo a los términos señalados, es de **conducta**, es decir, referida a un hecho posterior a la celebración del contrato, por lo que la sanción que acarrearía sería la **terminación del contrato de seguro** por incumplimiento de las obligaciones contractuales, mas no la anulabilidad, pues esta se predica únicamente de las garantías afirmativas, consistentes en situaciones existentes previa y concomitantemente a la celebración del contrato de seguro de las cuales dependió la manifestación de la voluntad de la entidad aseguradora.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 1061 del Código de Comercio, Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá. Sala Civil de Decisión. Sentencia de Mayo 14 de 2012. Radicado 2005-338. MP. Ariel Salazar Ramírez, Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Septiembre 30 de 2002. Radicado No. 4799, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Sentencia de Noviembre 8 de 2005. Radicado No. 00304. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno y Sentencia de Noviembre 30 de 2002. Radicado No. 4799. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Reiterada entre otras, en Sentencia de Febrero 12 de 2012.

DEMANDANTE: Fidel Torrado Díaz

DEMANDADO: Aseguradora Solidaria De Colombia Ltda.

⁵ Expediente Principal. Segunda Foliatuara. Folio 70

⁶ Expediente Principal. Segunda Foliatuara. Folio 71

⁷ Expediente Principal. Segunda Foliatuara. Folio 73

⁸ Expediente Principal. Segunda Foliatuara. Folio 74

FECHA: Junio 7 de 2013

RADICACIÓN: 08-001-31-03-004-2011-00130-01/**37.186**

DECISIÓN: Confirma decisión por las razones expuestas en esta providencia.

PROCESO EJECUTIVO-Excepciones/Medios de prueba/**PRUEBA DE OFICIO**-No puede suplir la actividad probatoria de las partes /Puede vulnerar el equilibrio e igualdad procesal de las partes/ **PRUEBA PERICIAL**-Valoración judicial/Error Grave

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS

Causa Fáctica: En el presente caso, se estudia la prueba de oficio y su valoración dentro de un proceso ejecutivo y su incidencia dentro de las excepciones propuestas por el demandado.

Extractos: “Como quiera que en este asunto la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución por un saldo de las obligaciones reclamadas por la demandante funda su determinación exclusivamente en prueba pericial contable que fuera decretada de oficio, es menester reflexionar sobre el decreto oficioso de pruebas utilizado en este pleito y en la valoración de la prueba pericial que la sentencia contiene, la que desde ahora, se repite, estima la Sala desenfocada rotundamente frente al contenido de la prueba misma, como en relación al conjunto de elementos de convicción que militan en el plenario, tarea argumentativa que se desarrolla de la siguiente manera:

Es conocido que las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el Magistrado o Juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, según se previene por el legislador en el artículo 179 del CPC, y también es sabido que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y que el Juez debe siempre exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba, según la regla contenida en el canon 187 del mismo Código; empero, cuando se recurre al ordenamiento oficioso de alguna probanza tal determinación no puede obedecer ni buscar llenar vacíos probatorios que han debido ser satisfechos por las partes litigantes, sino que tal orden judicial probatoria, sin petición de parte, se encamina a superar zonas de penumbra que existan en el proceso en virtud de pruebas ya existentes pero que no colmen plenamente la convicción del Juzgador.

En efecto, la jurisprudencia patria en sentencia de 23 de noviembre de 2010, expediente 11001-31-03-033-2002-00692-01, M.P.: Edgardo Villamil Portilla, en punto de la necesidad y justificación del decreto de prueba oficiosa enseña que:

“...Dicho de otra forma, una cosa es que el juez sea acucioso e incisivo y que como director del proceso, se comprometa con el hallazgo de la verdad que se insinúa en la actuación judicial, y otra, muy diferente, es asumir el papel de parte y emprender una labor de averiguación respecto de las proposiciones en que se fundan los pedimentos de la demanda, o de su contestación, según el caso.

*Y aunque la línea divisoria entre una y otra posición puede llegar a ser muy tenue en determinados eventos, **lo cierto es que la oficiosidad del juzgador se justifica, en la mayoría de los casos, cuando la parte ha probado al menos los presupuestos fundamentales de su pretensión y sólo resulta necesaria una labor más bien complementaria, para disipar las zonas de penumbra y así desatar el conflicto en toda su dimensión.** También cabe acudir a la oficiosidad cuando obran en el expediente pruebas que son determinantes y que por alguna circunstancia fueron mal incorporadas al proceso, porque allí debe primar la realidad sobre la formalidad; asimismo, cuando el mismo ordenamiento jurídico conmine al juez a proteger intereses superiores; y, también, cuando en todo caso, existen elementos de juicio ciertos y fundados que ameritan razonablemente una labor adicional de corroboración.*

No se trata, pues, de que el juez tome la bandera de una de las partes, ni que dirija su esfuerzo a construir la que desde su personal perspectiva debe ser la respuesta para el caso, sino que su iniciativa debe contribuir a dar forma a una hipótesis que muestra algunas trazas en el expediente y que, siendo coherente, atendible y fundada, aparece apoyada por los medios de convicción a su alcance y se ajusta plausiblemente a una solución que acompase con el ideal de justicia...” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, subrayado y negrillas fuera de texto)

Pues bien, el proceso bajo examen indica que, para la época del decreto oficioso de la prueba pericial contable, ocurrido mediante auto de 23 de noviembre de 2011, no existía en el cardumen probatorio elementos de convicción que acreditaran –así fuera tenuemente- los hechos basilares de las excepciones invocadas por la ejecutada, es más; se había clausurado el periodo probatorio en su totalidad y ya se había dado a las partes la oportunidad de presentar sus alegatos de conclusión – véase constancia secretarial de abril 26 de 2011, y auto de la misma fecha, cuaderno de contestación de demanda- de tal suerte que, no encuentra la Sala, al menos de manera contundente, la razón o justificación que explique la decisión de ordenar de oficio la prueba pericial contable que, a la postre, fue la única vista por el Juez de primera instancia, para proferir la sentencia atacada.

De otro lado, puede afirmarse, una posible vulneración al debido proceso en el ámbito probatorio que compromete los derechos fundamentales de defensa y contradicción, y de paso los principios de equilibrio e igualdad procesal bajo los cuales las partes deben ser tratadas por el Juez en la misma condición, permitiéndole ejercer o intervenir en todos los medios de convicción, por estas razones como aquí se trata de dos Sociedades comerciales en litigio, si el Juzgador deseaba aclarar su juicio, o, si se prefiere, encontrar la verdad real para así ofrecer una tutela judicial efectiva, ha debido ordenar que la prueba pericial a libros contables y papeles de comercio se hiciera extensiva a la parte ejecutante, para así analizar las circunstancias sobre constitución y vigencia de las obligaciones, los posibles pagos parciales y demás aspectos debatidos en el conflicto.

En otros términos que significan lo mismo, las probanzas recaudadas hasta antes del decreto de pruebas de oficio, que no son otras que las documentales aportadas por las partes en sus escritos de demanda y propuesta de excepciones, respectivamente, en ningún sentido demostraban los presupuestos fundamentales de las excepciones invocadas, o, si se prefiere, no existían elementos de juicio ciertos y fundados que ameritaran razonablemente una labor adicional de corroboración mediante el decreto oficioso de la prueba pericial contable con la exhibición de libros y papeles del comerciante demandado, y por eso, la Sala, itera, no encuentra un argumento probatorio serio que hubiera servido de estribo para tales probanzas oficiosas, que como lo dice la jurisprudencia estarían encaminadas tan sólo a disipar zonas de penumbra y cumplir una labor complementaria en el terreno probatorio.

En lo que toca con la valoración de la prueba pericial, se observa que el Juzgador de primer grado, a secas, de manera acrítica, en la sentencia combatida, acoge sin más, las conclusiones del perito contable y por eso concluyó muy ligeramente que por lo observado en el dictamen pericial – ha debido decir, en las conclusiones- el saldo de la obligación a cargo de la ejecutada corresponde precisamente a la suma de dinero que señala el perito en sus conclusiones, vale decir, la cantidad de trescientos diecinueve millones ciento noventa y tres mil novecientos sesenta y siete pesos moneda corriente (\$ 319.193.967), cuando en verdad el señor Juez ha debido contemplar el dictamen pericial considerando la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, y, sin perder de norte los restantes elementos probatorios incorporados al plenario, más aún en el caso sublite, en el cual tal dictamen pericial había sido objetado por error grave por la parte demandante, según escrito de febrero 22 de 2012 que obra a folios 181 a 185 del cuaderno de contestación de demanda, y, en suma, se echa de

menos una verdadera y atenta valoración probatoria del dictamen contable que sirve de soporte único a la decisión que se estudia.

(...)

En efecto, el operador judicial de primer grado tan sólo apreció las conclusiones del informe pericial, y, mecánicamente, sin reflexión alguna ni análisis de las razones y argumentos del mismo documento, dio por sentado, sin más, la certeza de las conclusiones del documento elaborado por el experto, sin detenerse a confrontar tales conclusiones con el contenido de los libros y papeles del comerciante que sirvieron de fuente para que el auxiliar de la justicia llegara a las conclusiones que el estudio contiene, y, justamente, esa inactividad intelectual del Juzgador determinó, equivocadamente, la recepción ciega y acrítica de las conclusiones del perito, las cuales, como seguidamente se explica, no consultan la realidad de los hechos debatidos en el proceso y menos aún consideran, debiendo hacerlo, el contenido formal y material de otras probanzas que militan en el plenario.

En primer lugar, la demandante aportó con la demanda como título ejecutivo, o, mejor, como instrumentos negociables a cargo de la ejecutada, los pagarés consignados en papel documentario CA – 9136935 y CA- 14255654, por valores capitales de setecientos millones de pesos (\$700.000.000), y, cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000), en su orden, con fecha de creación, el 22 de marzo de 2007, el primero de los nombrados, y, el 20 de marzo de 2007, el segundo de los pagarés citados, que obran a folios 67 y 68 del cuaderno principal; títulos valores representativos de obligaciones dinerarias a cargo de Inversiones y representaciones Karawi Limitada, las cuales, sorprendentemente, inexplicablemente, no están registradas en los libros y documentos contables del señalado año de creación, 2007, de ambos títulos representativos de créditos para la parte actora y de obligaciones dinerarias para la parte demandada.

El balance general de la ejecutada Inversiones y representaciones Karawi Limitada correspondiente al año 2007, que obra a folios 23 a 27 del cuaderno número 2, en el pasivo y patrimonio del referido año, dentro de las llamadas obligaciones financieras, cuenta N° 21, integrada por las subcuentas Números 2105, 2110, 2125, 2145, 2195, no registra, debiendo hacerlo, las obligaciones contraídas en ese año 2007 por la firma demandada, pues, sólo se indican como obligaciones financieras a diciembre 31 de 2007 (folio 25 cuaderno 2), las siguientes: Bancos Nacionales \$314.906, Bancos del Exterior \$2.126.851, Corporaciones de ahorro y vivienda \$144.160, obligaciones gubernamentales \$50.792, otras obligaciones \$424.716, es decir, no se refleja bajo esta cuenta que integra el pasivo, las obligaciones contraídas por \$700.000.000 y \$400.000.000, ambas en el mes de marzo del año 2007.

Es más, el mismo perito contable, en su primera conclusión (página 13 del informe) señala que ciertamente en los libros de la Sociedad demandada no se encontró registro contable de las obligaciones reclamadas en la demanda, hecho cierto, que indica a todas luces que tales libros contables exhibidos por la ejecutada, no reflejan ni reseñan cabalmente la realidad económica y financiera de la misma empresa, pues, parece de perogrullo afirmar, que las obligaciones materia del pleito, han debido ser incorporadas contablemente al pasivo del año 2007, como quiera que en marzo de ese año se adquirieron tales obligaciones dinerarias.

La falta de información o reseña contable de las memoradas obligaciones a cargo de la demandada, se ratifica con la simple observación del libro auxiliar contable denominado de terceros detallado que, en lo pertinente, al año 2007, época de creación de los pagarés que obran en el proceso como títulos ejecutivos, reflejan que, para diciembre de ese año 2007, la cuenta número 21950500, relativa a obligaciones con particulares, no registra, debiendo hacerlo, el valor de los instrumentos negociables

a cargo de la ejecutada, y por eso, sólo aparecen las siguientes: Zafra Ariza Manuel \$47.110.535.76, Inversiones Inmobiliaria Verga \$376.019.192.00, Laboratorios Best S.A. \$449.235.00, Bancolombia \$1.137.213.00, para un gran total de esta cuenta por \$424.716.175.76, sin que en esta aparezca las dos obligaciones materia del pleito.

Curiosamente, sin sustento documental alguno, las conclusiones generales del dictamen pericial (conclusión número 2, página 13 del informe), determinan que la cantidad registrada en el libro auxiliar de terceros detallado por cuenta, a diciembre de 2007, como Inversiones Inmobiliaria Verga (al parecer Vergara), por cuantía de \$376.019.192.00, correspondería, según el informe, al valor del capital adeudado por la Sociedad ejecutada a favor de la demandante, conclusión que no tiene explicación ni demostración contable alguna, si en cuenta se tiene que, la conclusión primera del mismo perito está indicando que en los libros de la Sociedad demandada "...no se encontró registro contable inherentes a la obligación reclamada en la demanda por la Sociedad Inversiones Inmobiliaria Franco Limitada, por valor de mil cien millones de pesos (\$1.100.000.000)...", y por tanto, la conclusión segunda del informe riñe abiertamente con la primera conclusión del mismo documento, y de paso, desconoce la existencia cierta de los títulos ejecutivos aportados como anexos a la demanda, los cuales, se repite, contablemente, no están registrados en los libros contables de la ejecutada, debiendo estarlo.

Se agrega: la cuantía de \$376.019.192 que hace parte en el libro auxiliar de terceros detallado por cuenta, de la cuenta 21950500, que relaciona las obligaciones con particulares, aparece registrada contablemente en ese mismo libro auxiliar, desde el año 2004 (folio 40 cuaderno número 2), época muy anterior a la creación de los pagarés de este pleito, y, por lo mismo, cabe inferir que ese dato contable, no corresponde ni a las obligaciones que en éste ejecutivo se reclaman, ni refiere suma capital que adeuda la demandada, según se concluye, equivocadamente, por el perito señor, Edinson Buelvas Torres, en su informe de dos (2) de febrero de 2012.

Además, las conclusiones generales del dictamen pericial (páginas 13 y 14 del informe) dejan de lado el contenido de piezas procesales importantes que de suyo colocan en contraevidencia el sentido y alcance de las llamadas conclusiones que sirven de fundamento probatorio único a la sentencia impugnada, pues, por ejemplo, en lo que atañe con presuntos abonos al capital adeudado, el auxiliar de la justicia concluye que uno de tales abonos a la obligación de setecientos millones de pesos moneda corriente (\$700.000.000), lo constituye la suma de \$259.972.700, que corresponde al valor de los cánones de arrendamiento administrados por Inmobiliaria Kosmos que fuera entregado en cheques al señor Jaime Vergara, afirmación rotunda que se derrumba totalmente por la confesión de la ejecutada, Sociedad Inversiones y representaciones Karawi Limitada, contenida en el escrito de contestación de demanda y excepciones (folio 5 del escrito de contestación de demanda), en el cual se explica con claridad que la misma Sociedad demandada autorizó recibir a la demandante los cánones de arrendamiento de inmuebles administrado por Inmobiliaria Kosmos, mediante documento de 21 de marzo de 2007, para así cumplir con otra obligación existente entre las mismas partes, referente al pago de los intereses acordados sobre las obligaciones vigentes, por cuantía de trescientos millones de pesos (\$300.000.000), que se solucionaría con el hecho de pagar la demandada, un crédito ante Bancolombia, gestionado y obtenido por la demandante; de tal suerte que, esta otra conclusión del dictamen pericial sobre presuntos abonos a las obligaciones a cargo de la ejecutada no tiene sentido ni fundamento alguno, con la adición de ser infirmada, como en la situación analizada, por la misma Sociedad demandada en su escrito de excepciones (folios 1 a 18 cuaderno de contestación de demanda).

Cabe adicionar, en punto del recibo de los cánones de arrendamiento de los inmuebles administrados por la promotora Kosmos S.A., por la firma demandante, que ciertamente ésta operación financiera –confesada por la demandada en el escrito de excepciones- fue autorizada

expresamente por el representante legal de Inversiones y representaciones Karawi Limitada, señor Talel Cassem Karawi, según se infiere de documentos aportados como anexos al escrito de contestación y excepciones (folios 13 y 14 cuaderno de contestación de demanda), documentos que sin duda alguna explican la razón de ser de esa autorización, que no es otra que la obligación de pagar a la demandante la suma de trescientos millones de pesos (\$300.000.000), correspondientes al valor de un préstamo otorgado por Bancolombia S.A. a la firma actora que la demandada asumió como pasivo propio, según puede verse en el documento de 21 de marzo de 2007, (folio 14 del cuaderno de contestación de demanda), anexo como prueba de las defensas que se invocan por la ejecutada.

Concluyendo, sobre este tópico, la Sala establece con total certeza que las afirmaciones del perito contable relativas a presuntos abonos a las obligaciones que se ejecutan, son contraevidentes frente a probanzas –confesión y documentales- incorporadas al proceso por la misma parte ejecutada, de tal suerte que, cobra vigor la afirmación del Tribunal, según la cual, el Juez a quo, no valoró cabalmente el dictamen pericial contable que a propósito sirve de soporte único a la sentencia atacada, como quiera que, de un lado, no confrontó las conclusiones del informe pericial con los documentos examinados por el perito, y de otro lado, no contempló probatoriamente, debiendo hacerlo, las probanzas documentales aportadas por los litigantes, que desdicen radicalmente las conclusiones del auxiliar de la justicia.

El precedente análisis del dictamen pericial que coloca de presente sus graves yerros e inconsistencias contables y probatorias, sirve de báculo al Tribunal para revocar en su integridad la sentencia recurrida, como quiera que las excepciones invocadas por la ejecutada están llamadas al fracaso, pues, no encuentran ningún sustento en los medios de convicción que obran en el expediente, y, en tal sentido, en relación con las excepciones formuladas, cabe la afirmación certera de que la ejecutada no cumplió con su carga probatoria de acreditar los hechos que soportan sus defensas frente a la acción cambiaria ejecutiva de la demandante, y por eso, las exceptivas de fondo se deberán despachar adversamente, como seguidamente se expone:

La excepción de pago parcial apoyada en el artículo 784 numeral 7 del Código de Comercio, no es de recibo porque, en primer lugar, en el texto de los pagarés aportados por la demandante, no consta ningún abono o pago parcial de tales obligaciones, debiendo constar, para que esta exceptiva fuese acogida, y, en segundo lugar, si acaso se entiende el presunto pago parcial de la obligación, como excepción personal (artículo 784 numeral 13 Código de Comercio), es lo cierto, en armonía con lo explicado ampliamente en párrafos anteriores sobre la prueba pericial, que no existe demostración alguna sobre pagos o abonos parciales a las obligaciones reclamadas por la demandante, con el agregado según el cual, la recepción de sumas de dinero, por la ejecutante, correspondientes a cánones de arrendamiento de inmuebles administrados por Inmobiliaria Kosmos, corresponde a una operación financiera autorizada por la ejecutada (folios 13, 14 y 18 anexos al escrito de excepciones), para solucionar otra obligación entre las mismas partes, relativa a un crédito otorgado por Bancolombia, a la Sociedad actora, que la ejecutada, asumió como pasivo propio (folios 13,14 y 18 que son documentos anexos al escrito de excepciones).”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, expediente 11001-31-03-033-2002-00692-01, M.P.: Edgardo Villamil Portilla, Art. 784 No. 7 C. Co.

DEMANDANTE: Inversiones Inmobiliaria Vergara Franco Ltda.

DEMANDADO: Sociedad Inversiones y Representaciones Karawi Ltda.

FECHA: 31 de Mayo De 2013

RADICACIÓN: 08-001-31-03-002-2010-00252-01/36.745

DECISIÓN: Revoca en todas sus partes la decisión de primera instancia. Desestima excepciones de mérito. Declara fundada objeción por error grave del dictamen pericial.

2. SALA LABORAL

EJECUCIÓN CONTRA ENTIDADES EN LIQUIDACIÓN-Cuando se adelanta proceso ejecutivo en contra de entidades liquidadas sin que obre en el expediente notificación por parte del Representante de la entidad cabe la terminación y no la nulidad del proceso/
ASUNCIÓN DE PASIVOS LABORALES A CARGO DE LA ENTIDAD LIQUIDADA-Protección constitucional/ Deben ser cancelados con los recursos o producto de los bienes de la entidad en liquidación/**FIDUAGRARIA**- Debe asumir el pago de la acreencia que se cobra en este asunto a cargo del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la extinta ADPOSTAL

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia la nulidad decretada dentro de un proceso ejecutivo adelantado contra ADPOSTAL (hoy liquidada), producto de la notificación de tal circunstancia después de adelantado el trámite de cumplimiento de la sentencia de primera y segunda instancia, evento donde se estudia la asunción de las acreencias laborales en razón de la constitución de un patrimonio autónomo de remanentes de la extinta entidad.

Extractos: “En el presente asunto se persigue el cumplimiento de la sentencia de fecha 25 de Octubre de 2005⁹, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor Germán Rafael Lechuga Osorio contra la Administración Postal Nacional “Adpostal”, en la cual se declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 21 de mayo de 1996 y el 2 de julio de 1997, y se condenó a la demandada al pago de las cesantías, prima de servicios, prima de vacaciones, vacaciones, indemnización por despido y prima de navidad, la cual fue modificada por ésta Sala de Decisión Laboral el 28 de abril de 2006¹⁰.

Se observa además, que con base en la condena impuesta y una vez ejecutoriada la sentencia, seguido del proceso ordinario, el apoderado judicial de la parte demandante mediante escrito de **Octubre 4 de 2006**, presentó demanda ejecutiva laboral contra la Administración Postal Nacional “Adpostal”¹¹, sin embargo, tan solo se libró por el A-quo el respectivo mandamiento de pago para la fecha del 21 de mayo de 2008¹², por valor de \$5.286.942.00, más las costas y agencias por la presente ejecución.

La apoderada judicial de Adpostal en liquidación, para la época del 10 de junio de 2008, dio “contestación a la demanda ejecutiva” manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones y condenas que se solicitan, por encontrarse a la fecha la entidad estatal demandada en proceso liquidatorio con ocasión al Decreto 2853 del 25 de agosto de 2006 expedido por el Gobierno Nacional, en cuyo evento los Jueces deben proceder a la terminación de los procesos y deben efectuar su acumulación al proceso liquidatorio, y por ende solicita “*declarar la terminación al presente proceso, levantar los embargos ordenados, ordenar el archivo del expediente (..)*” adjuntado como prueba, memorial de fecha 20 de junio de 2007 (fls. 146 y 158 del expediente).

Es preciso indicar que antes de esta fecha, no existe prueba en el expediente de que el liquidador de la entidad Adpostal haya comunicado a la Jueza Séptima Laboral de la apertura del proceso de liquidación.

⁹ Folios 82 a 90

¹⁰ Folios 117 a 130

¹¹ Folios 131 a 132

¹² Folios 142 a 143

Posteriormente, mediante escrito presentado en el Juzgado de origen el 2 de febrero de 2009, la Dra. Martha Lucy Cubillos Soto en su calidad de Directora Unidad Jurídica y de Defensa Judicial del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Adpostal, mediante el oficio No. 000304 del 22 de enero de 2009, informa que ***“la persona jurídica denominada ADMINISTRACIÓN POSTAL NACIONAL – ADPOSTAL EN LIQUIDACIÓN- se extinguió como consecuencia de haberse declarado el cierre del proceso liquidatorio el pasado 30 de diciembre de 2008, de conformidad con el régimen legal aplicable, contenido en los Decretos Ley 254 de 2000 y la Ley 1105 de 2006.***

(...)
En virtud de lo consagrado en el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006, la Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., entidad liquidadora de ADPOSTAL, suscribió un contrato de fiducia mercantil con la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A. – cuyo objeto es la constitución de un patrimonio autónomo de remanentes de ADPOSTAL EN LIQUIDACIÓN denominado PAR-ADPOSTAL EN LIQUIDACIÓN, destinado entre otros, a la atención y vigilancia de los procesos judiciales, administrativos o de otro tipo que se hayan iniciado contra la entidad en liquidación con anterioridad al cierre del proceso liquidatorio y su extinción jurídica, o los que llegaren a iniciarse después de producido el cierre, siempre y cuando estos se instauren en contra del patrimonio autónomo”

(...)
Lo anterior pone de presente que para la época en que el apoderado judicial del demandante solicitó el cumplimiento de la sentencia de condena proferida en este proceso y se libró mandamiento de pago, la entidad demandada aún no había comunicado al Juez de la causa la iniciación del proceso liquidatorio de Adpostal, y sólo se tiene certeza de la fecha de su terminación y existencia de la persona jurídica como tal posteriormente.

Luego, nada impedía que se continuara con el proceso ejecutivo seguido del proceso ordinario donde se dictó sentencia condenatoria, y por lo tanto las actuaciones surtidas resultan válidas, pues sólo era dable una vez el Juez tuviera conocimiento de la apertura del proceso liquidatorio enviar el expediente al proceso liquidatorio.

(...)
De conformidad con lo dispuesto en las normas antes transcritas, tenemos que los efectos del proceso liquidatorio de una entidad pública, es la terminación de los procesos ejecutivos en curso iniciados en contra de Adpostal antes de su liquidación, lo cual opera por ministerio de la Ley, así como el consecuente levantamiento de medidas cautelares, más no la nulidad o invalidez de las actuaciones judiciales que se adelantan para el cobro de las condenas impuestas antes de entrar en ese proceso liquidatorio.

Lo anterior pone de presente que en este asunto no había lugar a declarar la nulidad como erradamente lo concluyó el A-quo, sino lo que se imponía, en principio era dar por terminado el proceso ejecutivo laboral.

No obstante lo anterior, no puede pasarse por alto que cuando se instauró el proceso ordinario laboral contra Adpostal, y se profirió la sentencia de primera y segunda instancia, aún dicha entidad no se hallaba en proceso de liquidación, lo cual vino a ocurrir durante el trámite del cumplimiento de la respectiva sentencia. Sin embargo, se acredita en el expediente que el apoderado judicial de la parte demandante puso en conocimiento oportunamente al liquidador de Adpostal de las sentencias antes aludidas y del auto de liquidación de costas, lo que evidencia que la entidad si tuvo en

conocimiento del crédito de las sentencias a favor del señor Germán Lechuga Osorio, y aunque el A- quo no dispuso oportunamente la remisión del expediente al proceso liquidatorio, tal ordenamiento resulta inane en esta oportunidad, toda vez que el demandante si puso en conocimiento la existencia del título ejecutivo existente a su favor y el proceso liquidatorio ya finalizó, dado que la Dra. Martha Lucy Cubillos Soto en su calidad de Directora Unidad Jurídica y de Defensa Judicial del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Adpostal, mediante el oficio No.000304 del 22 de enero de 2009, le informa a la Jueza de primera instancia sobre el cierre del proceso de liquidación desde el 30 de diciembre de 2008, y que la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. entidad liquidadora de Adpostal en liquidación, suscribió un contrato de fiducia mercantil con la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – Fiduagraria S.A., cuyo objeto es la constitución de un patrimonio autónomo de remanentes de Adpostal en Liquidación, denominado PAR-ADPOSTAL en Liquidación, aportando el respectivo contrato de fiducia mercantil (ver folios 161 a 175).

Luego, ante este hecho sobreviniente, debe entrar a analizar la Sala un aspecto íntimamente relacionado y que tiene gran relevancia, como lo es la asunción de los pasivos laborales que estaban a cargo de la entidad liquidada que no se han cancelado, en razón de que los créditos laborales se encuentran protegidos constitucionalmente y deben ser satisfecho a los trabajadores.

Con tal propósito debe indicarse que artículo 19 de la Ley 1105 de diciembre de 2006¹³, que modificó el artículo 35 del Decreto-ley 254 de 2000 dispuso:

“Artículo 35. A la terminación del plazo de la liquidación, el liquidador podrá celebrar contratos de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria por el cual se transferirá activos de la liquidación con el fin de que la misma los enajene y destine el producto de dichos bienes a los fines que en el inciso siguiente se indican. La entidad fiduciaria contratista formará con los bienes recibidos de cada entidad en liquidación un patrimonio autónomo.

La entidad fiduciaria destinará el producto de los activos que les transfiera el liquidador a pagar los pasivos y contingencias de la entidad en liquidación, en la forma que hubiere determinado el liquidador en el contrato respectivo, de conformidad con las reglas de prelación de créditos previstas en la ley.

Si pagadas las obligaciones a cargo de la entidad en liquidación quedaren activos o dinero en poder de la entidad fiduciaria contratada, esta los entregará al Fopep o al Fondo de Reservas de Bonos Pensionales, según corresponda, en la forma y oportunidad que señale el Gobierno Nacional en el decreto que ordene la liquidación o en uno que lo complemente.

Pagados los pasivos o cuando los bienes entregados en fiducia sean suficientes para atenderlos, los demás activos que no hayan sido objeto de fiducia, se traspasarán al Ministerio, Departamento Administrativo o entidad descentralizada que determine la ley o el acto administrativo expedido por el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que cuando se enajenen bienes, su producto se entregue al Fopep o al Fondo de Reserva de Bonos Pensionales, según lo determine el Gobierno Nacional.

Cumplido el plazo de la liquidación en el acta final de liquidación por la cual se pone fin a la existencia legal de la entidad y, cuando sea del caso, se indicarán los activos que se transfieren o que se encuentran en un patrimonio autónomo de conformidad con el presente artículo, así como los pasivos que se pagarán con cargo a dicho patrimonio autónomo, y las obligaciones que asuman otras entidades con sujeción a lo previsto en el presente decreto.

Si al terminar la liquidación existieren procesos pendientes contra la entidad, las contingencias respectivas se atenderán con cargo al patrimonio autónomo al que se refiere el presente artículo o a falta de este, el que se constituya para el efecto. Lo anterior sin perjuicio de los casos en que la Nación u otra entidad asuman dichos pasivos, de conformidad con la ley.”(negrilla y resaltado fuera de texto).

¹³ Por medio de la cual se modifica el Decreto-Ley 254 de 2000, sobre procedimiento de liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional

Por su parte el artículo 32 del Decreto-Ley 254 de 2000, sobre procedimiento de liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, señala:

“ARTICULO 32. PAGO DE OBLIGACIONES. *Corresponderá al liquidador cancelar las obligaciones pendientes a cargo de la masa de la liquidación, previa disponibilidad presupuestal, con el fin de realizar su liquidación progresiva; para ello se tendrán en cuenta las siguientes reglas:*

1. *Toda obligación a cargo de la entidad en liquidación deberá estar relacionada en un inventario de pasivos y debidamente comprobada.*

2. *En el pago de las obligaciones se observará la prelación de créditos establecida en las normas legales. Para el pago de las obligaciones laborales el Liquidador deberá elaborar un plan de pagos, de acuerdo con las indemnizaciones a que hubiere lugar; este programa deberá ser aprobado por la Junta Liquidadora, cuando sea del caso.*

3. *Las obligaciones a término que superen el plazo límite fijado para la liquidación podrán cancelarse en forma anticipada, sin lugar al pago de intereses distintos de los que se hubieren estipulado expresamente.*

4. *El pago de las obligaciones condicionales o litigiosas se efectuará solamente cuando éstas se hicieren exigibles.*

5. *Para el pago del pasivo se tendrá en cuenta la caducidad y la prescripción de las obligaciones, contenidas en las normas legales vigentes.*

6. *<Numeral adicionado por el artículo 18 de la Ley 1105 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Se podrán realizar pagos de pasivos mediante la dación en pago de bienes de la entidad, respetando en todo caso la prelación de créditos y el avalúo. Para tal fin, la dación se podrá efectuar a favor de un acreedor o un grupo de ellos que tengan la misma prelación y que expresamente lo solicite por escrito.*

7. *<Numeral adicionado por el artículo 18 de la Ley 1105 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Se podrán aplicar las reglas previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en las normas que lo desarrollen para los eventos en que existan activos que no han podido ser enajenados o situaciones jurídicas que no hayan podido ser definidas.*

PARAGRAFO. *Las obligaciones de la Entidad en liquidación, incluyendo los pasivos laborales, se cancelarán con el producto de las enajenaciones, con observancia de las normas legales y presupuestales del caso, teniendo en cuenta la prelación de créditos. Los pasivos laborales incluirán el valor correspondiente al cálculo actuarial del pasivo pensional, el cual se entregará a la entidad que deba asumir el pago de las pensiones y de Bonos Pensionales, si hubiere lugar a ello, con la preferencia reconocida por las normas vigentes sobre obligaciones laborales.*

En caso de que los recursos de la liquidación de un establecimiento público o de una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional no societaria sean insuficientes, las obligaciones laborales estarán a cargo de la Nación o de la entidad pública del orden nacional que se designe en el decreto que ordene la supresión y liquidación de la entidad. Para tal efecto se deberá tomar en cuenta la entidad que debía financiar la constitución de las reservas pensionales.

Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto por el párrafo 6 del artículo 1 de la Ley 573 del 2000, la Nación podrá asumir o garantizar obligaciones de las entidades públicas del orden nacional, incluidas las derivadas de las cesiones de activos, pasivos y contratos que haya realizado la entidad en liquidación, actuaciones que no causarán el impuesto de timbre siempre y cuando se realicen entre entidades públicas.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, cuando se trate de entidades descentralizadas indirectas, sólo procederá la asunción respecto de aquellas cuya liquidación se encuentre en firme a la fecha de entrada en vigencia de este decreto, y siempre y cuando en su capital participe una entidad descentralizada directa en un porcentaje superior al noventa por ciento (90%). Para tal efecto, cuando de acuerdo con disposiciones legales la entidad descentralizada directa deba responder por los pasivos de la entidad de la cual es socia o

accionista, se requerirá que ésta no se encuentre en capacidad financiera de hacerlo a juicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Cuando se trate de empresas industriales y comerciales del Estado o de sociedades de economía mixta directas, sólo podrá procederse a la asunción una vez se hayan agotado los activos o se haya establecido que no es posible la realización de los mismos.

En todo caso, la Nación únicamente será responsable por las obligaciones de las entidades societarias en los eventos expresamente previstos en el presente decreto.

De la anterior normativa se deriva que los pasivos laborales deben ser cancelados con los recursos o producto de los bienes de la entidad en liquidación y, sólo cuando los recursos de la liquidación no sean suficientes, las obligaciones laborales estarán a cargo de la Nación o de la entidad pública del orden nacional que se designe en el decreto que ordene la supresión y liquidación de la entidad.

Luego entonces, atendiendo las normas antes transcritas debemos concluir que el proceso debe continuar su trámite con miras a que la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – Fiduagraria S.A. quien fue vinculada al proceso al fungir como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes constituido con los bienes y recursos de la extinta Adpostal en Liquidación, debe asumir el pago del crédito que se cobra en este asunto conforme a lo normado por el artículo 1º del Decreto 1049 de abril 6 de 2006 y los artículos 1233 y 1234 del Código de Comercio, y por consiguiente tal patrimonio es el llamado en este momento a cancelar las pretensiones reclamadas al encontrarse acreditado que se suscribió el contrato de fiducia mercantil entre Fiduciaria La Previsora S.A. en su calidad de Liquidador de Adpostal En Liquidación y la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – Fiduagraria S.A. , cuyo objeto fue: *“...la constitución de un patrimonio autónomo de remanentes de ADPOSTAL EN LIQUIDACION denominado PAR-ADPOSTAL EN LIQUIDACION destinado: a: (a) La Cesión legal en los contratos que se encuentren vigentes a la fecha del cierre del proceso liquidatorio, que hayan sido suscritos por ADPOSTAL EN LIQUIDACION y que identifique previamente el liquidador, asumiendo de esta manera el Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR las obligaciones y derechos de la entidad contratante conforme el acta de subrogación de contratos que hace parte integral (Anexo 1) de este contrato; (b) Atender y vigilar los procesos judiciales, administrativos o de otro tipo que se hayan iniciado contra la entidad en liquidación con anterioridad al cierre del proceso liquidatorio y la extinción jurídica de ADPOSTAL en liquidación o los que llegaren a iniciarse después de producido el cierre de ADPOSTAL en liquidación siempre y cuando se inicien en contra del patrimonio autónomo; (c) Informar las eventualidades jurídicas al Ministerio de Comunicaciones para que este constituya las provisiones correspondientes y darle traslado de las obligaciones remanentes y contingentes a cargo de ADPOSTAL EN LIQUIDACION en el momento que se hagan exigibles; (d) Administrar y enajenar los activos remanentes transferidos al Patrimonio Autónomo conforme las directrices que en su momento imparta el comité fiduciario, y (e) Asumir y ejecutar las demás obligaciones remanentes a cargo de ADPOSTAL EN LIQUIDACION posteriores al cierre del proceso liquidatorio que se indique, en el presente contrato de fiducia mercantil...”*¹⁴.

FUENTE NORMATIVA: Decreto 2853 de 2006, Decreto 3058 de 2008, artículo 19 de la Ley 1105 de diciembre de 2006, artículo 32 del Decreto-Ley 254 de 2000, artículo 1º del Decreto 1049 de 2006 y los artículos 1233 y 1234 del Código de Comercio.

FECHA: Abril 30 de 2013

DEMANDANTE: Germán Lechuga Osorio

DEMANDADO: Administración Postal Nacional ADPOSTAL

RADICACIÓN: 08-001-31-05-007-2002-00002- 01/ **47.981- D**

DECISIÓN: Revoca auto apelado. Ordena continuar el trámite con FIDUAGRARIA S.A.

¹⁴ Fl. 164 reverso.

CONVIVENCIA Y DEPENDENCIA ECONÓMICA- Medios probatorios idóneos para su demostración/ **VALOR PROBATORIO DE LAS DECLARACIONES EXTRAJUICIO-** Cambio jurisprudencial/ Se apreciarán como documentos declarativos emanados de terceros/ Resultan válidos para acreditar los requisitos legales para acceder a los incrementos pensionales por personas a cargo

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: DRA. HEIDI CRISTINA GUERRERO MEJÍA

Causa fáctica: En el presente caso, la Sala de Decisión Laboral rectifica y cambia su posición respecto de la validez probatoria que le asisten a las declaraciones extrajuicio rendidas por testigos en procesos a obtener los incrementos pensionales por cónyuge o compañera a cargo, conforme la normatividad contenida en el Acuerdo 049 de 1990 y su decreto reglamentario. La apreciación de este medio de prueba hace viable el reconocimiento deprecado por la parte actora.

Extractos: “Todo pensionado que pretenda obtener el incremento de su mesada pensional por personas a cargo, debe acreditar su calidad de tal, el parentesco o vínculo civil de la persona beneficiaria del derecho y la efectiva dependencia económica que ésta tenga respecto del pensionado.

De esta manera, el Acuerdo 049 de 1990 señaló en su artículo 48 lo atinente a la forma de probar el estado civil y parentesco del beneficiario:

“ARTÍCULO 48. PRUEBAS. El estado civil y parentesco del beneficiario se establecerá con los registros notariales o en su defecto con las partidas eclesiásticas.

La separación de cuerpos y de bienes se acreditará con las respectivas sentencias ejecutoriadas o con las escrituras públicas correspondientes.

La calidad de estudiante, así como la aprobación del respectivo período de escolaridad, se establecerá anualmente, mediante certificación auténtica expedida por el respectivo establecimiento docente oficialmente aprobado por el Ministerio de Educación.

El cónyuge sobreviviente que no haya perdido el derecho a la pensión o a la indemnización sustitutiva, deberá acreditar sumariamente que en el momento del deceso del asegurado hacía vida en común con éste o que se encontraba en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado aquél el hogar sin justa causa.

La calidad de compañero(a) permanente se acredita con la inscripción efectuada por el afiliado o asegurado fallecido. En caso de que el concubinato se hubiere producido durante la desafiliación del asegurado y éste falleciere, dicha calidad podrá acreditarse con dos declaraciones extrajuicio rendidas ante una autoridad judicial.” (Subrayas fuera del texto).

En el caso bajo estudio la calidad de pensionado del demandante está plenamente demostrada tal como se desprende de la resolución N° 000534 del 25 de enero de 2005 a folio 16 del expediente. Así mismo observamos a folio 25 del expediente Registro Civil de Matrimonio tendiente a demostrar la calidad de cónyuge de la señora Yolanda María Pacheco de Pérez.

Como prueba para demostrar la convivencia y dependencia económica de la señora Yolanda María Pacheco de Pérez respecto del pensionado, se allegaron al plenario declaraciones extraproceso de las señoras Ana Beatriz Charris de Amador y Maximina Ester Caro Ríos (folio 26).

Ha sido reiterada la posición de ésta Sala de no darle validez probatoria a las declaraciones extrajudiciales emanada de terceros, si no fuesen ratificadas en el curso del proceso, con fundamento en la sentencia del 15 de noviembre de 2001, proferida dentro del proceso radicado bajo el número 16.444, M.P. Dra Isaura Vargas Díaz:

“ (...)

Es oportuno recordar que la causa y razón de ser del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, es la de propiciar al juez, en su papel de instructor del proceso y director del mismo, el conocimiento de la ciencia del dicho del testigo, quien debe exponerle tanto a él como a las partes, representadas por sus apoderados, las percepciones que espontáneamente está en condición de recordar, así como absolver los interrogantes que el funcionario le formule para conocer las circunstancias que sirvan para establecer su personalidad y la verosimilitud de su versión, y los que los abogados le planteen para probar o contraprobar las afirmaciones del proceso, en cuanto a las circunstancias históricas de cómo ocurrieron los hechos materia de controversia, cumpliéndose a sí con los principios de publicidad y contradicción que garantizan los derechos al debido proceso judicial y a la defensa, contribuyendo en el fondo de la litis en materia laboral a la búsqueda de la verdad real de los hechos.

Importa por lo tanto también recordar que la valoración de la eficacia formal de la prueba constituye un requisito de la sentencia en la medida que tal decisión judicial, como todas las demás del juzgador, deben fundarse en las pruebas “regular” y oportunamente allegadas al proceso, como claramente lo establece el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable a juicios del trabajo por la remisión de que trata el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral y para cuya inobservancia el constituyente de 1991, en el artículo 29 de la Constitución Política, contempló los efectos de la nulidad de pleno derecho”.

Esta posición ha sido revaluada por la Sala de Casación Laboral, la que en sentencia del 6 de marzo de 2012 proferida en el proceso radicado bajo el número 43.422, con ponencia del doctor Camilo Tarquino Gallego, precisó:

“Pretende la censura, demostrar la supuesta equivocación en que incurrió el Tribunal al darles valor probatorio a las declaraciones extrajudiciales rendidas por Rafael Rivera Jiménez (fl. 34), y Víctor Emilio Arregocés Imitola (fl. 35), que produjeron la violación directa del artículo 3º de la Ley 71 de 1988, y las normas que lo reglamentaron; para ello, denuncia la trasgresión de diferentes preceptos atinentes a la aducción y validez de las declaraciones rendidas ante Notario Público. De esa suerte, procede el estudio conjunto de los tres cargos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, convertido en legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998.

En el primero de los cargos, no discrepa la entidad recurrente de la escogencia de las normas sustanciales para dirimir la controversia; lo que le reprocha es que, con apoyo en una sentencia de esta Sala, hubiera cambiado la naturaleza de las declaraciones extrajudiciales que resultaron útiles al Tribunal para dar por demostrada la dependencia económica del beneficiario de la pensión de jubilación, al asumir que se trató de documentos declarativos provenientes de terceros, con lo cual, de contera, aplicó indebidamente las normas sustanciales relativas a la transmisión del derecho a la pensión.

A juicio de la Sala, el razonamiento efectuado en la sentencia de 2 de marzo de 2007, radicación 27593, según el cual, las declaraciones extrajudiciales recibidas para fines no judiciales, pueden tomarse “(...) como documentos declarativos provenientes de terceros, para cuya valoración, según el artículo 277 del C. P. C. (Mod. Art. 27, Ley 794/2003), no

necesitan ratificación, salvo que la parte contraria lo solicite.”, está acorde con la especial situación que se presenta en esta clase de procesos, porque equiparar el documento simplemente declarativo emanado de un tercero, que no es elaborado ni suscrito ante un Notario, con la declaración que ese mismo tercero realiza ante este funcionario público, que cuenta con el atributo de ser depositario de la fe pública, es perfectamente válido, en la medida en que, por lo menos, igual poder de convicción tienen estos dos medios de prueba, y no guardaría ninguna lógica, eximir de ratificación al primero, al paso que del segundo se exija el adelantamiento de tal formalidad dentro del proceso, siendo que, además, las declaraciones extrajuicio fueron rendidas bajo la gravedad del juramento.

De lo que viene dicho, se concluye que no cometió el ad quem la distorsión jurídica que se le imputa, puesto que en los términos del artículo 27 de la Ley 794 de 2003, que modificó el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil: *“Los documentos privados de contenido declarativo, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite ratificación”*, que se acompasa con la política legislativa que en materia probatoria se viene adoptando, en perspectiva de menguar el exceso de rigor formal que antaño campeaba en los códigos de procedimiento. No es sino leer el contenido del artículo 10 de la Ley 446 de 1998, en esa misma dirección y con idéntica teleología, con la diferencia de que en ésta norma se explicitó que tales documentos eran emanados de terceros.¹⁵”

Esta Sala prohija en su totalidad esta posición y con base al nuevo criterio jurisprudencial rectifica cualquier otra que haya tenido con anterioridad.

Así las cosas, debe darse por demostrado con las declaraciones extrajuicio de las señoras Ana Beatriz Charris de Amador y Maximina Ester Caro Ríos (fl. 26) la convivencia y la dependencia económica de la señora Yolanda María Pacheco de Pérez con respecto al señor Nicolás Alejandro Pérez Altamiranda, por lo cual reunidos todos los requisitos de las normas trascritas en principio al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago del incremento deprecado.”

FUENTE NORMATIVA: Acuerdo 049 de 1990, artículo 48; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 15 de noviembre de 2001, radicado número 16.444, M.P. Dra Isaura Vargas Díaz, sentencia del 6 de marzo de 2012 radicado número 43.422, y sentencia del 29 de mayo de 2012, radicado número 37.517, M.P. Dr. Camilo Tarquino Gallego.

FECHA: Mayo 22 de 2013

DEMANDANTE: Nicolás Alejandro Pérez Altamiranda

DEMANDADO: Instituto de Seguros Sociales

RADICACIÓN: 08-001-31-05-010-2012-00232-01/**48.722 / 12064-E**

DECISIÓN: Modifica sentencia consultada. Declara probada la excepción de prescripción.

PENSIÓN POR APORTES-Recuento Normativo/Posición de la Sección Segunda del Consejo de Estado/Rectificación Jurisprudencial/Procedencia

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte actora reclama ante la justicia el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, razón por la cual entra a adentrarse la

¹⁵ Esta posición fue reiterada por esta Corporación en sentencia del 29 de mayo de 2012, proferida en el proceso radicado bajo el número 37.517, con ponencia del doctor Camilo Tarquino Gallego.

providencia en las normas jurídicas que le son aplicables en virtud de haber acumulado tiempos de servicios en empresas públicas y privadas.

Extractos: “En Colombia fue a través de la ley 71 de 1988 que por primera vez se habló de una pensión de jubilación por aportes, permitiendo a los empleados oficiales y trabajadores que acrediten 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, alcanzar el derecho a tal prestación previo cumplimiento de la edad establecida, 60 años de edad si era hombre y 55 años si era mujer.

Posteriormente llegó la ley 100 de 1993, actualmente modificada por la 797 de 2003, la cual igualmente accedió a computar los aportes efectuados al ISS, a los diferentes fondos privados, el tiempo de servicio como empleados públicos, etc (art. 33) para la conformación de la densidad de semanas exigidas en dicho régimen.

Conforme las resoluciones arrimadas, el accionante nació el 4 de septiembre de 1950, razón por la que es evidente que para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, por lo que resulta ciertamente beneficiario del Régimen de Transición Pensional de la ley 100 de 1993 y por tanto, siendo factible estudiar su derecho con arreglo a la norma anterior en lo atinente a edad, semanas o tiempo de servicios y monto, además que a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 tenía más de 750 semanas sufragadas¹⁶.

A continuación conviene analizar si le asiste al enjuiciante el derecho con base en el artículo 7º de la ley 71 de 1988, que fue aplicado por la inferiora, ó si por el contrario, lo es la 797 de 2003, como lo advierte el recurrente, o lo es otra normatividad.

La primera norma atrás citada, dispuso: “A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”.

Por su parte, el Decreto 2709 del 15 de diciembre de 1994, en su art. 1º, dijo:

“La pensión a que se refiere el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir los 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o mas de

¹⁶ Por un lado, cuenta con tiempo de servicio desde el 1º de septiembre de 1983 al 1º de mayo de 1994, que equivalen a 10 años y 8 meses de servicios, y por otro, tiene cotizaciones al ISS equivalentes a 510 semanas.

cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público. (Negrilla y subraya para resaltar)

En los términos estipulados en el artículo 4° ibidem "Para efectos de la pensión de jubilación por aportes, se tendrá como entidad de previsión social a cualquiera de las cajas de previsión social, fondos de previsión, o las que hagan sus veces del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital y al Instituto de los Seguros Sociales". Por otra parte, el artículo 5° de igual compendio, estableció: "TIEMPO DE SERVICIO NO COMPUTABLE. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas NO AFILIADAS AL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los ordenes cuyos empleados no aporten al Sistema de Seguridad Social que los protege". (Subrayas fuera de texto).

Recientemente, el Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda mediante sentencia del 28 de febrero de 2013, Rad. 11001032500020080013300 (279308), C.P. Dr. GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN, declaró la nulidad del artículo 5° del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, por el cual el Presidente de la República reglamentó el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, considerando que:

"(...)

"Para la Sala no hay duda que el tema de los tiempos computables para los efectos relacionados con el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, al igual que la edad, forma parte del contenido esencial del mencionado régimen pensional, por lo que las exclusiones o excepciones al mismo deben establecerse mediante normas con rango de ley.

"En efecto, se trata de un asunto sustancial de la materia objeto de reserva, vale decir de los elementos básicos del régimen pensional por aportes, considerando su conexidad con los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al trabajo, al mínimo vital y a la seguridad social, razón por la que escapa al alcance de la regulación mediante decretos reglamentarios.

"Nótese que en el inciso segundo del artículo 7° de la Ley 71 de 1988 el Legislador facultó al Gobierno Nacional para reglamentar *"los términos y condiciones para el reconocimiento y pago"* de la pensión de jubilación por aportes, pero con base en dicha autorización el Ejecutivo no podía llegar a tocar el contenido esencial del régimen pensional, determinando los tiempos de servicio que no se computarían para adquirir el derecho, pues con ello se configura una restricción o afectación a los derechos fundamentales que ya fueron mencionados y se desconoce la reserva de ley establecida en los artículos 53 y 152 de la Carta Política.

"A partir de lo anterior se evidencia que en la norma reglamentaria acusada el Presidente de la República rebasó el ámbito sustancial de la materia reservada, razón suficiente para declarar su nulidad.

"Para abundar en argumentos, ha de advertirse que en anteriores oportunidades la Sección Segunda de esta Corporación había decidido inaplicar la norma acusada, conforme a los siguientes razonamientos:

"Respecto de qué tiempo se debe computar para efectos de la pensión de jubilación por aportes, el citado Decreto 2709 de 1994 estableció la misma restricción que traía la reglamentación anterior. Al respecto dispuso expresamente:

Artículo 5°. *Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege (subraya la Sala).*

Lo anterior significa que cuando se suma el tiempo de servicios de los sectores público y privado para efectos de la pensión de jubilación por aportes, la reglamentación estableció que sólo se toma en cuenta el tiempo cotizado al Instituto de Seguros Sociales con el cotizado a las cajas de previsión del sector público, excluyéndose en consecuencia el tiempo servido a entidades privadas que no cotizaron en el ISS como también el tiempo laborado en entidades oficiales en las cuales no se efectuaron aportes a entidades de seguridad social (ya sea las cajas de previsión o el Seguro Social).

Dado que esta reglamentación del Decreto 2709 de 1994, que es la vigente, fue expedida cuando ya regían la Constitución Política de 1991 y el sistema de seguridad social integral de la Ley 100 de 1993, ha surgido el interrogante jurídico de si la restricción citada del artículo 5° debe aplicarse o no, si se tiene en cuenta que en el marco del sistema prestacional anterior a la afiliación a la seguridad social, concretamente para el servidor público, no era obligatoria sino facultativa de las entidades empleadoras, de modo que la ausencia de cotización ni le era imputable a los servidores de las entidades ni afectaban los derechos pensionales, dado que de todas maneras el empleado tenía derecho a las prestaciones, con o sin afiliación a las entidades de previsión.

Además es claro desde el punto de vista constitucional, que el derecho a la seguridad social es irrenunciable (C. P., art. 48), por lo cual en principio todo tiempo servido o cotizado a entidades públicas tiene vocación de aptitud para contabilizar los derechos pensionales.

En este orden de ideas, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado que no puede negarse el derecho a la pensión de jubilación por aportes ni a su reliquidación cuando algunas de las entidades públicas no efectuaron aportes a cajas de previsión.

En efecto, en sentencia del 1º de marzo de 2001, con ponencia del C.P. Alberto Arango Mantilla, Expediente No. 66001-23-31-000-0527-01-485-2000, se dijo:

*“(…) los nominadores tienen el deber de practicar a sus empleados y trabajadores los descuentos parafiscales que habrán de girar luego a las respectivas cajas de previsión a título de aportes. De suerte que **la no aportación a los entes de previsión de los valores correspondientes, en nada podrá afectar el derecho a la pensión de jubilación.** Y sencillamente, en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la respectiva caja de previsión deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes; una tesis contraria podría conducir al absurdo de que un funcionario público **tuviere que asumir las consecuencias negativas de los yerros de la administración, cuando quiera que ésta incumpliere sus deberes frente al pago de los mencionados aportes**” (subrayado propio del texto original).*

Con este criterio, la Sala en la referida sentencia, así como en otras posteriores, ha decidido inaplicar la restricción que contiene el citado artículo 5° del Decreto 2709 de 1994.

En esta oportunidad, la Sala reitera el mencionado criterio para considerar que, para efectos de la pensión de jubilación por aportes que deba aplicarse en virtud del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta el tiempo laborado

en entidades oficiales, sin importar si dicho tiempo fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social¹⁷.

De esta manera, el Consejo de Estado dejó sentado que para efectos de la pensión de jubilación por aportes aplicable en virtud del régimen de transición, se deberá tener en cuenta el tiempo laborado a entidades oficiales sin importar si fue objeto o no de aportes a entidades de previsión o de seguridad social y el prestado a entidades privadas no afiliadas al ISS.

De tal suerte pasará el Despacho a rectificar cualquier otro criterio que en contrario se haya expresado, amparado para ello en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado atrás transcrita.

(...)

En este orden de ideas, adentrándonos en el estudio de la pensión de jubilación por aportes condenada, tenemos que no existe duda alguna que el señor Abimael Querales Cuentas cumple el presupuesto de edad.

Sobre el tiempo de servicios se constata que en el certificado de información laboral a folio 13 al 15, milita como tal – no aportado- a Corelca desde el 1º de septiembre de 1983 hasta el 1º de mayo de 1994, es decir, 10 años y 8 meses.

De acuerdo con el detalle de semanas que reposa en los folios 59 al 65, 71 al 76 y 78 al 83 fueron sufragadas 510 semanas al ISS través de distintos empleadores, siendo el último Corelca. De tal suerte, las 510 semanas equivalen a 3.570 días, ósea 9 años y 11 meses.

La parte demandante arguye que inició labores con Vanylon desde el 1º de julio de 1969 hasta el 31 de diciembre de 1971, más sin embargo sólo le aparecen reflejadas las semanas desde el 1º de octubre de 1971 hasta el 1º de enero de 1972.

Al respecto, tenemos que si bien es cierto que en el formulario de inscripción se aprecia como fecha de inicio de la relación el año de 1969, no lo es menos – como se dijera en líneas precedentes- que la afiliación se dio en octubre de 1971, razón por la que es obvio entender que aún cuando Vanylon estaba obligado a inscribir y cotizar desde el inicio de la relación laboral no lo hizo así sino hasta aquella anualidad y por ello, es que logra palpase de las relaciones de semanas allegadas que las cotizaciones efectuadas lo fueron desde allí y no propiamente a partir de 1969, como en efecto, debió ser.

No obstante lo anterior, atendiendo el precedente del H. Consejo de Estado, es posible tener en cuenta el tiempo del sector privado no aportado al ISS, esto es, el correspondiente al 1º de julio de 1969 hasta el 30 de septiembre de 1971. A su vez, también es factible es sumar el laborado – no aportado- a Corelca, que va del 30 de septiembre de 1983 hasta el 1º de mayo de 1994¹⁸.

Pues bien, computados todos los tiempos, tenemos:

Corelca: Del 30 de septiembre de 1983 al 1º de mayo de 1994, equivalentes a 10 años, 7 meses y 1 día.

¹⁷ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B”, sentencia de 9 de junio de 2011, expediente No. 1117-09, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁸ Se tiene en cuenta desde el 30/09/1983, pues aunque laboró a Corelca desde el 01/09/1983, lo cierto es que cuenta con sufragaciones al ISS bajo Morrison Knudsen del 26/04/1983 a 29/09/1983, presentándose por lo tanto ciclos dobles respecto del mes de septiembre de 1983.

ISS: 510 semanas, equivalentes a 3.570 días, ósea 9 años y 11 meses:

Vanylon 01/10/1971 a 01/01/1972

Gases Industrias de Col 07/02/1972 a 20/03/1973

Aluminios Reynolds 17/05/1973 a 16/07/1973

Néstor Moseres y Cía. 01/10/1973 a 23/02/1974

Industria Fiquera 18/03/1974 a 1/06/1974

Infamal Ltda 06/09/1974 a 08/01/1976

Superservicios Técnicos 24/01/1980 a 04/09/1980

Morrison Knudsen 26/04/1983 a 29/09/1983

Corelca 02/05/1994 a 30/09/1999

Vanylon: 1º de julio de 1969 hasta el 30 de septiembre de 1971, equivalentes a 2 años, 2 meses y 29 días

Total: 22 años y 8 meses.

Luego entonces, se satisface así el tiempo de servicio requerido para obtener el derecho a la pensión de jubilación por aportes a la que condenó la Jueza de primer grado y por tanto, quedan sin piso las argumentaciones esbozadas por el recurrente frente al no cumplimiento de este requisito y la aplicación de una norma diferente a la ley 71 de 1988.”

FUENTE NORMATIVA: Ley 71 de 1988, artículo 7º; ley 100 de 1993, modificada por la 797 de 2003, artículo 33; Acto Legislativo 01 de 2005, Decreto 2709 de 1994, Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 28 de febrero de 2013, Rad. 11001032500020080013300 (279308), C.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren.

FECHA: Mayo 21 de 2013

DEMANDANTE: Abimael Querales Cuentas

DEMANDADO: Instituto de Seguro Social en Liquidación

RADICACIÓN: 08-001-31-05-010-2011-00309-01/**48.586**

DECISIÓN: Confirma decisión de primera instancia.

3. SALA PENAL

INDICIOS-No desapareció del ordenamiento jurídico de la Ley 906 de 2004/Apreciación en conjunto con los demás elementos materiales de prueba/Posición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia/**CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA**-Aplicación en el proceso penal/En especiales eventos corresponde a la defensa aportar los medios probatorios que tengan en su poder para mantener incólume la presunción de inocencia/**FRAUDE PROCESAL**-Materialidad de la conducta

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia la apelación presentada por la Fiscalía y el representante de las víctimas, por la absolución que en primera instancia se dictara, por

cuanto el A-Quo estimó que de las pruebas arrimadas, luego de las excluidas, no se determinaba con exactitud la conducta punible imputada al procesado.

Extractos: “...es inconcuso sostener por la Judicatura, que con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, dentro del proceso penal, se trató de asignar mayor realce a la metodología técnico científica para producir y apreciar las pruebas, para lo cual se acudió a especiales parámetros o reglas que gobernarán los distintos medios de conocimiento; pero ello no tradujo en un abandono a ultranza de las pruebas indiciarias o a las mismas inferencias como proceso racional para establecer un suceso o circunstancias de vital importancia para la acción penal.

Nos estamos refiriendo precisamente a la prueba indiciaria, misma que tiene su respaldo óptico y epistemológico en la experiencia, en la lógica y en la ciencia que son principios de la persuasión racional, a la que debe acudir el juez en el ejercicio de su labor suasoria o ponderativa de las pruebas que le correspondió observar dentro de la audiencia del juicio oral, como su director supremo y en uso de su autonomía e independencia, inferencias, que no suplen las pruebas directas que por excelencia son convocadas para demostrar determinado punto de relevancia jurídico penal, pero que ante la dificultad de tener esa prueba directa y existente evidencias físicas o elementos materiales que aluden a ese mismo tópico, por apenas ser legales en su aducción e incorporación en el juicio, tal como lo dice el artículo 380 de la Ley 906 de 2004, estos medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo.

De una atenta lectura de la extensión del texto literal del artículo en cita y atendiendo la claridad que emerge de sus palabras, la intelección de la Sala, entiende que no se encuentra expulsado **el indicio** como integrante de la apreciación en conjunto de las pruebas, máxime cuando existen evidencias o elementos materiales, que no hablan por sí solos y para extraer lo que ellos dicen se requiere conglobarlos con otros que permitan descubrir de consuno lo que subyace dentro de la mezcla probatoria que tiene dentro de determinada teoría del caso exponer la probable verdad más allá de toda duda o contrario sensu la fragilidad de la teoría que busca abatir la presunción de inocencia del procesado, con nosotros dijo la Corte:

“El anterior es el sentido en el cual podría admitirse que el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, trató de perfeccionar o dar más realce a la metodología técnico científica para producir y apreciar las pruebas, estableciendo “reglas” relativas a los distintos medios de conocimiento. Y se dice que trató de poner en relieve el aporte científico en la materia probatoria, porque no se trata de un aporte ex novo, pues es innegable que los regímenes procedimentales anteriores ya contenían parámetros de arraigo científico para la producción y apreciación de las pruebas, con el fin de evitar que la sana crítica se confundiera con arbitrariedad, o que fuera reemplazada con la convicción subjetiva íntima desligada de cualquier regla de discernimiento.

En el sistema acusatorio, como en el debate oral se practican todas las pruebas, salvo las excepciones atinentes a las pruebas anticipadas, el Juez se convierte en el sujeto que percibe lo indicado por las pruebas.

Con base en esa percepción el Juez debe elaborar juicios y racionios que le servirán para estructurar el sentido del fallo. En ese conjunto de ejercicios mentales de reflexión e inteligencia el Juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las máximas de la experiencia, ni, por supuesto, de las reglas de las ciencias. Es por ello que no resulta correcto afirmar radicalmente que la sana crítica quedó abolida en la sistemática probatoria de la Ley 906 de 2004.

De ahí, también el equívoco de quienes piensan, como al parecer el libelista en la presente casación, que no es factible aplicar inferencias indiciarias, por haberse adoptado un método técnico científico en materia probatoria.

No sobra recordar que en el Auto del 24 de noviembre de 2005 (radicación 24323), la Sala de Casación Penal se refirió al tema de la sana crítica en la Ley 906 de 2004:

“El sistema de valoración probatoria sigue siendo el de la persuasión racional o de la sana crítica, como se deduce, vr.gr., de distintos pasajes normativos de la Ley 906 de 2004: art. 308, sobre requisitos para la medida de aseguramiento, la cual será decretada cuando el Juez de control de garantías “pueda inferir razonablemente” que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta punible que se investiga; art 380, “los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física se apreciarán en conjunto”; y, arts. 7 y 381, para proferir sentencia condenatoria deberá existir “convencimiento de la responsabilidad penal, más allá de toda duda”.”

Como se constata, son atinados los aportes conceptuales que hicieron la Procuradora Segunda Delegada para al Casación Penal y el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, sobre la comprensión del indicio en la Ley 906 de 2004.”¹⁹

Hay unas verdades apodícticas que ninguna de las partes, intervinientes y la misma Juez, se rebelan contra ellas dentro de su contexto existencial y probatorio como son que estamos dentro de los sucesos criminales en presencia de la escritura pública N° 1486 de junio 10 de 2008, de la Notaría 1ª de Barranquilla, de la escritura pública de junio 13 de 2008 de N° 1510 de la misma Notaría, escritura pública N° 1826 de junio 16 de 2008, también de la misma Notaría 1ª de esta Urbe, folio de matrícula inmobiliaria N° 04080223 de la Oficina de Instrumentos Públicos.

A Iván Martínez Sánchez, se le acusa como probable autor de los delitos de Fraude Procesal, en concurso heterogéneo con el delito de Falsedad Material de Documento Público Agravado por el Uso, donde resultarían víctimas el señor Felix Gateño Capulla, como representante legal de Inversiones Vega LTDA, y la Administración de Justicia, pero luego de evacuadas las pruebas del juicio oral, la Juez desestimó la teoría del caso de la fiscalía, que abarcaba remover la presunción de inocencia del acusado, para que se condenara por estas conductas punibles, estimando que: a) el delito de Falsedad Material en Documento Público Agravado, no se daba porque las escrituras fueron recepcionadas, autorizadas y protocolizadas, ante un notario en ejercicio de funciones públicas, sin que pueda determinarse que el procesado haya suplantado al señor Felix Gateño Capulla, como en verdad a juicio de la Sala, así está establecido con las evidencias físicas y en especial con las pruebas técnicas; b) que el fraude procesal, no se configura porque no se estableció que el procesado sabía que se había suplantado a Felix Gateño Capulla, en calidad de vendedor del inmueble y si se dispuso a inscribir la escritura 1486 de 2008, no tal conducta está cobijada con la intención de inducir en error a servidor público y; c) pero sí admite la Juez que estamos en presencia de un atentado criminal, sin especificar de qué naturaleza y expresión, pero que de todos modos apelaría al artículo 22 del Código de Procedimiento Penal, para restablecer el derecho de las víctimas y para ello acudió a la nulidad tanto de la escritura en referencia como de su inscripción.

La manera en que edifica la Juez, la sindéresis que eyectan las premisas para luego concluir que hay delito; pero que no afirma cuál es este delito y por otra parte absuelve al procesado de los delitos objeto de acusación y toma las decisiones tendientes a restablecer el derecho, son conceptos que engendran unas contradicciones jurídicas intestinas dentro del desarrollo de los sucesos fácticos y su adecuado anidamiento en los tipos penales a que acudió la Fiscalía General de la Nación, porque:

Es cierto que el delito de Falsedad Material en Documento Público, contenido en el artículo 287 del Código Penal, tiene como sujeto agente a cualquiera o indeterminado, cuyo resultado es objetivo, de lesión, de conducta instantánea y pluri ofensivo, en el entendido que luego de creado y sumergido en el tráfico jurídico tiene la capacidad de lesionar varios bienes jurídicamente tutelados. Mientras que la conducta contiene el verbo determinador simple **falsificar** que puede traducirse en imitación,

¹⁹ Sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24.468, M.P. Édgar Lombana Trujillo, Corte Suprema de Justicia.

alteración o corrupción del objeto material, como la supresión de palabras, párrafos o apartados de un documento público, alteraciones de guarismos, cifras o resultados consignados en un documento público, etcétera. Consideradas formas o maneras en que puede ocurrir este atentado contra la fe pública.

Es por eso que frente a la absolución que por el anterior delito hiciera la Juez, entiende la Sala, que nada hay que decir o reprochar porque no se está frente a la Falsedad Material en Documento Público, en el cabal entendimiento de que no se ha creado un documento público falso y tampoco al existente se le han agregado o eliminado textos literales de importancia probatoria o de guarismos que afecten la normal relación deducida del existente, aquí lo que ocurrió fue un delito denominado *Obtención de Documento Público Falso*, contenido en el artículo 288 del Código Penal, cuya descripción se amolda mejor al comportamiento fáctico que aquí se revisa, ya que la intelección configurativa del legislador, cobija el desvalor de aquella persona que se presenta en forma mendaz o asumiendo representativamente la persona de otro para obtener un documento público, repárese en su particular descripción normativa:

“Artículo 288. El que para obtener documento público que pueda servir de prueba, induzca en error a un servidor público, en ejercicio de sus funciones, haciéndole consignar una manifestación falsa o callar total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.”

Pero tal morigeración no se compadece con la absolución que hiciera el Juzgado por el delito de Fraude Procesal, sin olvidar que también podríamos estar ante un atentado contra el Patrimonio Económico, en la modalidad de **Estafa**, perfecta o imperfecta, ya que tal como lo sostiene el fallo cuestionado al haber mutación de la propiedad que sobre un inmueble se encontraba en cabeza de la empresa Inversiones Bega LTDA, y radicar esta misma propiedad en el procesado, mediante el uso de maniobras torticeras, es apenas natural que se originó una lesión al patrimonio económico de la referenciada empresa, básicamente porque hubo un espacio temporal en donde de manera injusta no podría hacer el goce pleno del predio de su propiedad, de manera jurídica y quien sabe de manera material.

En razón que según el artículo 453 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la ley 890 de 2004, describe la conducta punible de Fraude Procesal, señalando que: *“el que por cualquier medio fraudulento induzca un error a cualquier servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años...”*

Es por eso que se trata de un tipo de mera conducta, de peligro, instantáneo y mono ofensivo, con un verbo determinador simple: **inducir en error** y para el cual el sujeto activo de la conducta debe conducir, determinar, provocar el error, mediante ardid o maquinación sutil o habilidosa, con unos ingredientes normativos básicos que son sentencias, resoluciones, actos administrativos contrarios a la ley y que exigen una valoración por fuera del ámbito penal y que se constituye en el objeto material del derecho punible. Desde luego que el sujeto agente debe dirigir su comportamiento en forma específica a obtener un acto o providencia desde el punto de vista sustancial.

En este proceso penal, se probó que en la recepción, extensión y protocolización de la escritura 1485 de junio 10 de 2008, ante la Notaría 1ª de Barranquilla, actuó una persona que se atribuía la calidad de ser el representante legal de inversiones Bega LTDA., propietaria del inmueble objeto de venta y que no era otro que un lote de terreno ubicado en el Municipio de Puerto Colombia (Atlántico), representación que se encontraba en cabeza del señor Felix Gateño Capulla, pero que tal como se afirmó se probó que dicho señor nunca estuvo en la fecha de la escritura en la Notaría 1ª de esta ciudad, con las siguientes pruebas: 1) testimonio de Felix Gateño Capulla, 2) testimonio de Cesar Augusto Gómez Giraldo, grafólogo independiente quien da fe que la huella del señor Felix

Gateño plasmada en la escritura 1486 de 2008, no es la del representante legal de Inversiones Bega LTDA., como tampoco la fotocopia de la cédula de ciudadanía anexa a dicha escritura no corresponde con la fotocopia de su cédula de ciudadanía, y 3) Nelson Hortua Bohorquez, documentólogo de la policía nacional, encargado de realizar el informe de laboratorio FPJ 13, relacionado con el dictamen sobre el cotejo de firmas que reposan en la escritura pública 1486 de 2008 de la Notaría 1ª de Barranquilla, concluye que la firma como de Felix Gateño Capulla, surta en la escritura referenciada no es la misma o corresponda a la del señor Felix Gateño Capulla.

Así las cosas no hay duda que hay falsedad para obtener documento público y que no es otro que aquel que guarda relación con la intervención del Notario en la escritura 1486 de 2008, para una vez obtenido inscribirlo ante la correspondiente oficina de instrumentos públicos, propósito cumplido y que nadie osa discutir dentro de su amplia relevancia jurídico penal.

Pero como quiera que se condenará al procesado Iván Martínez Sánchez, para tal propósito tenemos que acudir a las fuentes normativas que consultan la regulación de las compraventas de inmuebles y en especial al artículo 1849 del Código Civil, que señala que: *“la compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero...”*. Mientras que la regla general es que ésta recaiga sobre objeto, causa y sujetos lícitos dentro de la convención.

Resulta también de suma importancia sostener que el acusado Iván Martínez Sánchez, según las facultades que le asiste para declarar en el juicio de conformidad con el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, optó por testificar en su favor y que fuera recogido con todos los requisitos legales, lo que implica valorarlo de conformidad con los criterios contenidos en el artículo 404 ejusdem, en armonía o en conjunto con las demás pruebas que fueran evacuadas en igualdad de condiciones en la audiencia del juicio oral.²⁰

Como se dijo ut supra la Fiscalía General de la Nación, dentro del marco de su teoría del caso sostuvo que el acusado Iván Martínez Sánchez, desarrolló junto con otra persona, en nuestro caso, el presunto Felix Gateño Capulla, maniobras ante la Notaría primera del círculo notarial de Barranquilla, para hacerse con un predio de la sociedad Inversiones Bega LTDA., ubicada en comprensión del municipio de Puerto Colombia (Atlántico), consistente en que el procesado le compraba dicho predio a la persona aludida en su calidad de representante de la también prementada sociedad, por un valor de 60 millones de pesos, conductas que se materializaron dentro de la escritura pública N° 1486 de 10 de junio de 2008, y luego se perfeccionó la venta ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de rigor.

No puede la Sala, ahondar en establecer aquellas secuencias de traspasos o negocios jurídicos relativos al inmueble objeto de interés de este proceso penal, habida cuenta que existen estipulaciones sobre el particular y que nos revelan como cierto estos episodios, pero el que extraña al señor fiscal, es que se estableció que el acusado aparezca comprando el inmueble en la suma de 60 millones de pesos, que como dice la misma escritura se pagó a satisfacción o mejor dicho transcribimos lo que sobre el particular se vierte en el numeral 4º de la multicitada escritura: *“que el precio de la venta es la suma de sesenta millones de pesos (\$60.000.000) Moneda legal que el vendedor ha recibido a su entera y completa satisfacción de manos del comprador.”*²¹. Mientras que a juicio del señor Fiscal, se probó que a la fecha de la suscripción de la escritura N° 1486 de 10 de junio de 2008, no tenía el procesado, la capacidad económica para realizar ese tipo de negociación, por razón de su calidad de empleado del Municipio de Puerto Colombia, cuyos ingresos son infinitamente inferiores y sin posibilidad de hacer tal adquisición, amén que los registros bancarios,

²⁰Artículo 394 Ley 906 de 2004. Corte Constitucional, sentencia C-782 de 28 de julio de 2005.

²¹Folio 127 – 128 y 118-119. Carpeta de Evidencias.

Bogotá, Bancolombia y BBVA, tampoco lo ayudaban para establecer esa exigida solvencia económica, evidencias y datos que introduce con el funcionario de la policía nacional Delio Andrés Rodríguez, quien bajo la gravedad de juramento fue interrogado y contrainterrogado sobre el particular, (...).

Como quiera que la nueva posición de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, concibe dentro del sistema procesal penal oral, la posibilidad a las partes de acudir a la *carga dinámica de la prueba* que era exclusiva y excluyente de otras jurisdicciones, para probar determinado supuesto de hecho y la doctrina también dentro de sus esfuerzos intelectivos y creativos para amoldar la Ley 906 de 2004, al sistema adversarial muy particular a la colombiana, se inclina porque hay eventos en los cuales la Fiscalía General de la Nación, a quien le corresponde acusar por determinado delito y expone de manera coherente su teoría del caso con apoyo en evidencias físicas o elementos materiales probatorios ora información legalmente obtenida, la cual de manera objetiva destruye la formal garantía de presunción de inocencia de un acusado, no por tal virtualidad así avistada permite al juzgador condenar por el injusto penal base de la acusación, ya que se traslada la correspondiente obligación de mantener incólume la presunción de inocencia a la teoría de la defensa, quien puede asumir un rol activo para desnaturalizar las evidencias y permear la inocencia del procesado.

(...)

Casos muy especiales o particulares se presentan como cuando se acusa por enriquecimiento ilícito, con evidencias que hacen presumir un creciente y no justificado patrimonio o cuando se imputa el delito de inasistencia alimentaria con las evidencias o elementos materiales que comportan la insolución de la obligación que se tiene con algún pariente o cónyuge en particular. Situaciones que de manera justa y plausible impone a la otra parte demostrar el equívoco en que se basa la acusación y a partir de esta probable demostración mantener incólume la presunción de inocencia.

Entonces, luego de hacer un recorrido histórico de los audios, de los argumentos de los impugnantes, del no recurrente, de las evidencias físicas y del mismo fallo absolutorio objeto de cuestionamiento, llegamos a la siguiente conclusión:

Que la Fiscalía, como se ha venido sosteniendo por la Sala, que acepta la decisión absolutoria, las partes e intervinientes, probó que la escritura pública N° 1486 de 10 de junio de 2008, fue obtenida de manera fraudulenta cuando una persona se hace pasar por el vendedor del predio objeto de contrato de compraventa y esto tuvo sus consecuencias jurídicas cuando la decisión objeto de impugnación determina la nulitación de esta misma y el correspondiente registro inmobiliario.

También la Fiscalía, probó que quien suscribió la mencionada escritura en calidad de representante legal, de la sociedad Inversiones Bega LTDA., no era el señor Felix Gateño Capulla, porque la fotocopia de la cédula inserta en la escritura no corresponde a la fotocopia de su mismo documento y tampoco la huella plasmada como suya en aquel documento no es correspondiente con la del verdadero Felix Gateño Capulla, igual ocurre con la firma, todo demostrado a partir de pruebas técnicas para el efecto y que son introducidas por el policía Delio Andrés Rodríguez, con su testimonio en la audiencia de juicio oral.

Igual, la Fiscalía pudo comprobar con evidencia física que Iván Martínez Sánchez, no tenía la capacidad económica para cancelar el precio de la compraventa del inmueble a que hace referencia la escritura pública N° 1486 de 10 de junio de 2008, sabedores que este estaba por el orden de 60 millones de pesos, que se afirma en dicha escritura recibió el vendedor a satisfacción. Todo como bien se dijo surgen de datos contenidos en documentos bancarios y del Municipio de Puerto Colombia, donde laboraba.

Ocurre que el procesado Iván Martínez Sánchez, quien decide declarar en su favor y bajo la gravedad de juramento cuando asume que sus ingresos también los interpolaba con aquellos devenidos de su actividad de comisionista, a él y nada más que a él se le trasladaba la carga probatoria para demostrar que lo que exponía bajo la gravedad de juramento sobre su estatus económico era cierto y no lo que aseguraba la Fiscalía, probando que tenía el dinero a su disposición para realizar la compra del inmueble, o que lo había entregado mediante efectivo, título valor o especie con la correspondiente constancia o evidencia que de ese modo se pudiera predicar.

Pero es que no debe olvidarse que estamos en un proceso penal oral adversarial y con roles perfectamente delimitados máxime cuando el acusado testimonia en su favor y en tales eventualidades cualquier atestación que no encuentre soporte probatorio puede usarse en su contra y esto es lo que se desprende de la posición asumida por el procesado en calidad de testigo en el juicio oral.

También la Fiscalía, probó y así lo acepta la defensa que después de obtenido el inmueble por parte del procesado se lo vende al señor Douglas José de Castro Díaz, en la escritura pública N° 1510 del 13 de junio de 2008, en la Notaría 1ª de Barranquilla, en la suma de \$37.380.000, y también se probó que este comprador se la vende el día 16 de julio de 2008, mediante escritura pública 1826, de la misma notaría aludida, al señor Luis Alberto García Garavito²².

Es importante resaltar la sui generis ocurrencia de los anteriores tópicos, los cuales permiten denotar una profunda extrañeza para la judicatura, en cuanto se tornan inusitados y de inevitable aceptación en punto de mostrar ajenez del comportamiento del procesado con el delito de Fraude Procesal, ya que según la ley de la experiencia o de la lógica, su comportamiento no puede asumirse como si se tratara del más descuidado o negligente ciudadano, que abandona toda suerte de seguridad o prevención sobre la cosa que adquiere, cuando expone frente a ese negocio jurídico un alto dinero que el reputa pertenece a otra persona; pero que igual a su comportamiento ligero y descuidado se suscita una cadena de ventas del mismo inmueble, de forma apresurada en el tiempo y que congloba igual negligencia en las otras personas adquirentes de este lote, lo que denota un sabor ilegal que consulta lo rayano en lo inaudito o esotérico.

Porque si no mostró el acusado en el juicio oral, que tenía 60 millones de pesos al momento de comprar el lote, mientras que se dejó registrado escrituralmente que pagó por este lote los 60 millones de pesos, entonces está mintiendo cuando afirmó bajo la gravedad de juramento que este dinero es fruto de las comisiones, contrario a ello la Fiscalía, si muestra su insolvencia en el instante de la convención. Por otro lado, tampoco es aceptable dentro de la ley de la experiencia, que se compre a nombre de otro – Douglas – y después se le venda el lote a la persona de la cual se dice es comisionista y peor aún a un precio supremamente inferior a los 60 millones - \$37.380.000-, infiriéndose con tal proceder que el procesado era conocedor de que el vendedor no era quien decía que era y aflora de tal inferencia la coautoría impropia a que alude el delegado de la Fiscalía, necesaria por la naturaleza y solemnidad que se predica de la compraventa de inmueble, la cual siempre reporta dos partes un vendedor y un comprador, con la intervención de la Notaría y la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Por último, si la hipótesis era la de ser comisionista, debía el testigo acusado, probar dadas las evidencias, porque el señor Douglas, no realizó con el presunto Felix Gateño Capulla, la compra del inmueble, ya que a la Fiscalía le correspondía mostrar la Falsedad en que se incurrió, pero se equivocó en la adecuación típica de este atentado a la Fe Pública, pero no referente al Fraude Procesal, que deviene por lo anterior y por la puesta en los cauces jurídicos por parte de Iván

²²127 y 128 del Cuaderno de Evidencias.

Martínez Sánchez, la escritura con acuñada parte falaz y con el propósito ineludible de obtener un acto administrativo postrando en error a un funcionario público, para obtener de manera injustificada un lote que no le pertenecía al vendedor.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 380 de la Ley 906 de 2004,

PROCESADO: Iván Martínez Sánchez

FECHA: 11 de Junio de 2013

RADICACIÓN: 08-001-60-01257-2008-00458-01/**2013-00098-P-CJ**

DECISIÓN: Revoca parcialmente sentencia. Condena al procesado. No concede sustitutivos de la pena.

ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL-Etapas que comprende/**PRUEBA PERICIAL-** Recurso de Apelación contra el auto que lo decreta/ Solicitud de exclusión por parte de la defensa técnica/No se puede limitar el número de peritos si la prueba reúne los requisitos de conducencia, utilidad y pertinencia.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso es procesado un médico, quien dentro de la etapa procesal correspondiente solicita su defensa técnica que sea excluido un dictamen médico legal aportado por el representante de las víctimas, sobre las posibles causas de muerte de la paciente a su cargo.

Extractos: “La Sala confirmará la decisión recurrida toda vez que las pruebas decretadas por el *a quo* son conducentes y pertinentes. En seguida los argumentos:

4.1. La estructura del proceso penal acusatorio comprende una etapa de investigación y otra de juzgamiento -que inicia con la audiencia de formulación de acusación y culmina en el juicio oral-. Entre esos dos momentos existe una fase que la doctrina denomina **de transición** que se cumple a instancias del Juez de Conocimiento y comprende la ya mencionada audiencia de acusación (en la que formalmente la Fiscalía formula cargos al procesado) en la que se sana la competencia del presidente de la causa (impedimentos, recusaciones, incompetencia) y se deciden posibles nulidades; acto seguido, el Ente Acusador descubre la prueba y se materializan las posibles medidas de protección de las víctimas. Además, en caso de que la defensa vaya a alegar la inimputabilidad del encartado es necesario que realice similar descubrimiento de los medios de prueba que hará valer en el juicio oral.

4.2. Surtido el anterior trámite se da inicio a la **audiencia preparatoria**, cuyo objeto general es determinar la prueba que se practicará en el juicio. Para ello, las partes e intervinientes ofrecen los medios de prueba y los elementos materiales o evidencia física que se encontraron, prepararon, y aseguraron durante la investigación con la consecuente decisión del Juez sobre las solicitudes de exclusión de prueba ilícita y de las que no son admisibles. En este mismo escenario las partes manifiestan las observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de prueba: (i) la defensa descubre los medios de conocimiento que hará valer en el juicio; (ii) las partes manifiestan si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias y (iii) el acusado informa si acepta o no los cargos de la acusación.

4.3. Por regla general el Juez de la Causa no decretará iguales pruebas a favor de las partes, en atención a los principios de necesidad y conducencia de la prueba. Empero, tal regla tiene un

esguince que permite a cada parte ofrecer como pruebas directas aquellas que fueron concedidas a la parte contraria siempre que su naturaleza lo permita.

Sin embargo, el solicitante debe satisfacer una alta exigencia argumentativa, puesto que es su obligación acreditar que: (i) la prueba girará en torno a hechos o circunstancias que no serán abordados por la parte que la pidió inicialmente y además, que tratándose de perito o testigo; y que (ii) el contrainterrogatorio no le será suficiente para extraer de la prueba toda la información que se pretende llevar al juicio. Es decir, que quien pida como prueba directa la que ya fue decretada a favor de su contrario deberá acreditar de manera suficiente que el interrogatorio que llevará a cabo versará sobre asuntos **diferentes** para los que fue decretada.

4.4. En el caso bajo examen, la defensa técnica solicitó la exclusión del dictamen del médico forense particular Eddie de Jesús Gonzales Berdugo, el cual fue solicitado al Juez por parte de del Representante de Víctima, aduciendo que el Juzgador decretó el testimonio del perito del Instituto de Medicina Legal y por ello se trata de pruebas iguales y por esta razón, según su postura, el proceso sería dilatorio.

Respecto de la prueba pericial, el artículo 405 de la Ley 906 de 2004, enseña que:

“..La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados.

Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio”.

Seguidamente el artículo 406 *ibídem*, traduce lo siguiente:

“El servicio de peritos se prestará por los expertos de la policía judicial, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forenses, entidades públicas o privadas, y particulares especializados en la materia de que se trate”.

En cuanto al número de peritos dentro del juicio oral, la norma establece que:

“A menos que se trate de prueba impertinente, irrelevante o superflua, el Juez no podrá limitar el número de testigos expertos o peritos que sean llamados a declarar en la audiencia pública por las partes”.

Bajo este contexto, se observa que: (i) no se trata de pruebas iguales, por cuanto el dictamen del Instituto de Medicina Legal y el del médico particular, si bien examinarán la historia clínica la víctima, no es el mismo peritazgo; (ii) tiene igual valor probatorio el testimonio rendido por el profesional especializado particular y la declaración del perito del Instituto de Medicina Legal, toda vez que los dos pueden brindar el servicio de experticia; (iii) no se está frente a una prueba impertinente, irrelevante o superflua, y en base a ello, no se puede limitar el número de peritos.

Vale resaltar igualmente que las partes poseen total libertad para solicitar y proponer el número de peritos que a bien tengan, el cual adicionalmente no puede ser limitado por el juez salvo, que se trate de prueba impertinente, irrelevante, superflua o repetitiva, todos ellos, una vez admitidos conforme con las reglas generales, pueden ser llamados a declarar en la audiencia del juicio oral para ser interrogados y contrainterrogados, y en el presenta caso la defensa técnica no señaló alguno de esos eventos.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 405 y 406 de la Ley 906 de 2004.

PROCESADO: Wilson José Bravo Monroy

FECHA: Mayo 10 de 2013

RADICACIÓN: 2013-00083-P-MC

DECISIÓN: Confirma decisión de primera instancia.

PREVARICATO POR ACCIÓN-Vencimiento de términos/Atipicidad del hecho investigado/**PRECLUSIÓN-**La juez actúo bajo el invencible convencimiento de la licitud de su conducta/Ausencia de dolo

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente caso, resulta procesada una juez de control de garantías de esta ciudad, por haber otorgado libertad a dos personas acusadas de hurto agravado y porte ilegal de armas, en razón del vencimiento de términos para llegar a cabo las audiencias concentradas con triple propósito.

Extractos: “Narró los hechos la Fiscalía en el sentido que, habiendo sido capturados los señores Polo Capiotti y Orozco Villalba, el día 25 de agosto en la ciudad de Barranquilla, en el sector de la calle 74 con carrera 50 de la misma urbe, en horas de la noche, sólo se allegaron los actos urgentes o se colocaron a disposición de la Fiscalía a partir de las 12 meridianos del día 26 de agosto, entidad que presentó la solicitud de audiencia preliminar al centro de servicios a las 17:53 de ese mismo día, e iniciándose finalmente la audiencia pública triple combo o triple propósito a las 23:16 horas de la noche, por cuanto el mismo fiscal que adelantaba el presente asunto, Dr. Jaime José Bustillos, le había correspondido realizar en horas antes una o dos asuntos más, inclusive ante la misma Juez de control, por lo que avanzada la audiencia concediéndose el uso de la palabra a la Fiscalía para que sustentara los motivos de la captura y demás elementos y evidencias en contra de los capturados, y así mismo a los defensores se les concedió el uso de la palabra, se procedió poco antes de la 2:00 de la madrugada a impartir la legalización de la captura por parte del juzgado a cargo de la Jueza plurimencionada, mediante auto dictado en ese momento, es decir, siendo ya 27 de Agosto, pero sin que se hubiese materializado las 36 horas estrictas desde el momento de la formalización en Fiscalía y puesta a disposición de los capturados.

Inmediatamente después y ante el desarrollo de una de las intervenciones de los defensores el cual había interpuesto recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra de la decisión que se acababa de tomar y que decretaba la legalidad de la captura, causándose entonces por el desarrollo o transcurso del tiempo en ese momento el agotamiento material de las 36 horas, contadas a partir del momento de la aprehensión, o de la puesta a disposición de la Fiscalía, argumento que se permitió esgrimir la defensa, en el sentido en que objetivamente cumplidas ya las 36 horas sin que este aún hubiere terminado la sustentación ni siquiera del recurso de reposición, lo que hacía según el planteamiento de este jurista, que material u objetivamente no existiera en ese momento control efectivo de legalidad del fenómeno de la captura, e invitando en su pretensión al Juzgado a reconocer objetivamente tal situación para que entonces procediera a decretar automáticamente la ilegalidad de la captura y la consecuente libertad dadas las circunstancias sobrevinientes, y en virtud de que según la sentencia C-163 de 2008, emanada de la Corte Constitucional con ponencia del Dr. Jorge Córdoba Triviño, el control debería haberse hecho efectivo dentro de las mismas 36 horas, y siendo entonces que en este caso al cumplirse las mismas todavía se estaba ante el trámite del recurso de reposición, no se lograba así materialidad de la legalidad de la captura en consonancia con la normatividad aplicada al caso y las recientes determinaciones de la Corte Constitucional, comentadas en ese momento.

Argumentos que hicieron eco en el sentir de la Juez, quien reflexionando que efectivamente si su inmediata decisión que aunque bien pudo haber sido tomada dentro de las 36 horas, no había alcanzado a obtener validez ninguna dentro del proceso o trámite puesto que siendo objeto de debate por medio del recurso de reposición y sobreviniendo este nuevo hecho de cumplimiento de las 36 horas, cosa que no se podía pasar por alto, procedió entonces a reconocer que a esa altura del debate se había hecho o convertido en ilegal la captura por no haber logrado su materialidad jurídica antes del extremo final del término previsto por la Ley, por lo que en consecuencia era menester reconocer su ilegalidad y determinar la libertad inmediata para restablecer de los implicados o capturados circunstancia que así dispuestas dieron lugar a la finalización de la audiencia, concediendo de todas maneras el recurso de apelación interpuesto por el fiscal de turno Dr. Jaime José Bustillos en contra ahora de este nuevo auto que decretaba la ilegalidad de la captura y ordenaba la libertad, recurso que como se supo después otro fiscal había optado por desistir.

(...) vale la pena verificar la normatividad relacionada con el caso como para poder concluir si efectivamente las decisiones tomadas por la Juez de Control de Garantías el 27 de agosto de 2011 pasado se avienen o no a la Constitución y la Ley y/o pueden resultar manifiestamente contrarias a las mismas:

Tenemos así que la Constitución en el inciso 3 del numeral primero del artículo 250 faculta a la Fiscalía para realizar (excepcionalmente capturas). Entendiéndose por esto que bien puede ordenarlas en aquellos casos excepcionales, no obstante la reglamentación de esta disposición prevista en el Código de Procedimiento Penal fue condicionalmente declarado exequible hasta tanto el legislador no expida una regulación o desarrollo del artículo 250 de la Constitución que determine más concretamente cuando la Fiscalía podrá directamente disponer captura, de manera tal lo que se acepta como vigente en este momento son las capturas en flagrancia, o situaciones similares a la flagrancia o la dispuesta por un Juez de Control o de Conocimiento según sea del caso o a petición de la Fiscalía General de la Nación o de otra entidad o persona siempre que existan motivos legales que la justifiquen.

El artículo 2 del Código de Procedimiento penal que rige este asunto Ley 906 de 2004 dice que: **“en todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las 36 horas siguientes”**. Debe entenderse desde la captura.

Así mismo el inciso 4 del artículo 302 de este mismo código reza: **“LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION CON FUNDAMENTO RECIBIDO DE LA AUTORIDAD POLICIVA O DEL PARTICULAR QUE REALIZÓ LA APREHENSIÓN O CON BASE EN LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS, EVIDENCIAS FÍSICAS APORTADOS, PRESENTARA AL APREHENDIDO, INMEDIATAMENTE O A MÁS TARDAR ANTES DE LAS 36 HORAS SIGUIENTES, ANTE EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTIA PARA QUE ESTE SE PRONUNCIE EN AUDIENCIA PREELIMINAR SOBRE LA LEGALIDAD DE LA APREHENSIÓN Y LAS SOLICITUDES DE FISCALÍA, DE LA DEFENSA Y DEL MINISTERIO PÚBLICO”**.

En el mismo sentido el inciso 2 del artículo 297 ya decía: **“capturada la persona será puesta a disposición de juez de control de garantías, en el plazo de 36 horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido”**.

Aquí podemos notar que el texto constitucional citado y las demás normas legales hacen una alusión clara a que el capturado deberá ser puesto a disposición de un Juez dentro de las 36 horas siguientes a la captura, en ese mismo sentido, los artículos 28 y 30, y demás concordantes sugieren

que el termino máximo que tienen las autoridades para resolver son 36 horas, caso contrario lo que procede es la libertad del capturado.

Lo que hace la Sentencia **C-163 de 2008**, es recoger y aglutinar el alcance interpretativo de todas estas normas para concluir que el control de legalidad de la aprehensión deberá realizarse siempre en forma “**efectiva**” dentro de las 36 horas siguientes a la materialización física de la privación de libertad.

No obstante pues, ninguno de estos artículos citados, ni la jurisprudencia plurimentada indica o impone cabalmente que las decisiones en punto de la libertad emitidas por el Juez de Control de Garantías deban encontrarse debidamente ejecutoriadas dentro de las 36 horas siguientes a la captura.

Tampoco dice en las normas citadas, ni la jurisprudencia en cita que la audiencia debe encontrarse absolutamente concluida o agotada, por manera que bien pueda interpretarse que lo que debe estar agotado es un pronunciamiento virtualmente completo sobre el fenómeno de la legalidad o no de la aprensión material de la persona. Y eso la Dra. Yadira Giraldo Maldonado ya lo había hecho cabalmente antes del cumplimiento de las 36 horas, de manera que al revocarlo se pudo equivocar.

Es decir, capturado un ciudadano cualquiera, puesto a disposición de una autoridad judicial o Juez de Control, digamos dentro de las 10, 15, 20, 30 o 35 horas siguientes a su aprensión hasta allí se viene cumpliendo con la Ley e iniciada la audiencia de legalización de captura inmediatamente dentro de esas 36 horas, el Estado habrá cumplido con lo que le corresponde si el pronunciamiento del Juez se produce razonablemente y dentro de una continuidad ininterrumpida dentro de esas 36 horas o inclusive escasos minutos o pocas horas después, siempre y cuando el transcurso de la audiencia se haya decantado en un trámite normal como cuando el Juez la inició, ofrece razonablemente la palabra a las partes las cuales se pronuncian en un tiempo prudencial y comedido e inmediatamente se produce el pronunciamiento del Fallador, en unos términos razonables sin exceso, ni largos, ni incompletos pronunciamientos, es decir, dentro de situaciones ponderadas, cosa distinta es si el juez interrumpe la audiencia o la suspende, y aunque inclusive el anterior no es exactamente el caso que nos ocupa, por cuanto la doctora **YADIRA GIRALDO** alcanzó a emitir un pronunciamiento material, antes de que se agotaran las 36 horas, independientemente de que contra el mismo se hubieren interpuesto recursos tanto horizontales como verticales el pronunciamiento cabal o “**control efectivo**” estaba agotado.

Esta Sala pretende ir más allá en el sentido de que ni el legislador, ni el intérprete constitucional por excelencia la **C -163 de 2008**, no han impuesto que la decisión de los jueces deba estar tomada y ejecutoriada dentro de las 36 horas siguientes a la captura.

Tanto el legislador como el intérprete constitucional autorizado por excelencia lo que han impuesto es que exista un control efectivo, entendiéndose por el mismo aquel que es legal, autorizado, legítimo, formal, material y sustancial, es decir, que el aprehendido habiendo sido llevado ante el Juez de las República, este operador judicial se haya pronunciado dentro de las 36 horas o cumplidas las mismas, este en condición razonable de hacerlo dentro de una audiencia ininterrumpida donde también se le hubiere dado la palabra y la oportunidad a las partes para que en términos razonables y ponderados emitan sus pronunciamientos, esboquen sus argumentaciones, presenten sus informes y elementos materiales y evidencias físicas si fuere del caso, para que inmediatamente allí puedan ser evaluadas y tenidas en cuenta por el Juez en punto de la libertad sin dilaciones ni interrupciones injustificadas, el control efectivo de la privación de libertad.

Es por ello que nos atrevemos a decir que si la audiencia se encontrare en desarrollo cuando se halle iniciado dentro de las 36 horas, sin sufrir ninguna interrupción inadecuada, la decisión del Juzgado deberá ser válida y respetada así se hubiere producido minutos o momentos después del cumplimiento material de las 36 horas, puesto que en estos casos excepcionales el control material efectivo se sigue presentando, máxime que el mismo va desde que se puso a disposición del Juez el encartado y hasta tanto se tome la decisión en forma cabal por parte del Juzgado.

Y la interposición normal o natural de recursos no es óbice para decir que entonces no se ha hecho control efectivo, por cuanto el recurso de reposición por ejemplo no es que hace inexistente la decisión, ello no es cierto, nada más alejado de la realidad, ni tampoco las decisiones de un Juez pueden quedar al antojo que las partes presenten o no recursos, eso sería tanto como otorgarle una competencia limitada al Juez determinada por la voluntariedad de las partes, cosa que el legislador en ningún caso ha querido disponer.

Cosa distinta sería si el Juez inopinadamente y sin haber tomado una decisión de fondo interrumpe la diligencia de control, por lo avanzado de la hora, o porque se le vence su turno y no quiere prolongar la diligencia unas horas más o simplemente porque le da la gana, o inclusive porque se le enfermó el estómago o le sobrevino un mareo y un desmayo, en esos casos extraordinarios, el azar de todas maneras deberá conspirar a favor de la libertad y ese mismo juez u otro o por Hábeas Corpus corresponderá otorgar libertad a ese indiciado que fue capturado y por razones de fuerza mayor o parecidas a estas y que tampoco son atribuibles al capturado o a su apoderado, el Estado no le pudo resolver razonablemente dentro de las 36 horas o inclusive promediados momentos después. Eso es una situación diferente, excepcional.

Pero tampoco pueden convertirse las audiencias de control de legalidad de la captura, en inusitadas carreras contra el tiempo que impongan a los Jueces la necesidad de limitar irracionalmente la intervención de las partes, así como de emitir pronunciamientos con carácter de marconigramas, es decir, escuetos, inmotivados, insustanciados o incompletos.

Nadie ha dicho que el Juez no pueda prudencialmente proponer el tiempo de intervención de las partes, guardando la proporcionalidad, la razonabilidad y la igualdad para las partes, inclusive podrá interrumpir y solicitar la redirección de un discurso de parte cuando este tiende a salirse de lo justo razonable y se toquen temas intrascendentes o ajenos a la discusión del fondo del debate. También deberá ser razonablemente flexible cuando habiendo impuesto unos tiempos prudenciales o igualitarios de intervención uno de los sujetos procesales o varios de ellos los exceden demostrando que se justifica en procura de una mejor ilustración de sus intereses en contienda, es por ello que el argumento que se esgrimió en el asunto que nos ocupa, en el sentido de que ***“por haberse interpuesto el recurso de reposición y habiéndose sustentado el mismo en forma más o menos extensa que hicieron sobrevenir el cumplimiento de las 36 horas, se hacía menester entonces interrumpir inclusive la sustentación misma para que el Juzgado interviniera automáticamente decretando la libertad puesto que no se concebía agotado o causado hasta ese momento el control material efectivo”***, y ya se cumplían las 36 horas.

(...)

El trámite procesal penal no puede observarse en términos tan simplistas y objetivados, aquí la Juez además de que ya había tomado una decisión cabal, que había reconocido la situación de flagrancia en que habían sido sorprendidos los capturados, pero que además había decretado la legalidad de la captura, no podía echarla por tierra, por la simple razón de que se habían interpuesto los recursos, y como necesitaban sustentarse los mismos sobreviniendo entonces la hora 36 sin que se hubiere podido terminar la audiencia o emitido pronunciamiento sobre los recursos.

La potestad de legalización de la captura por parte del Estado tampoco puede quedar sujeta a circunstancias tan variables que dependan de la habilidad o argucia del abogado para que largando sus intervenciones sobrevengan las 36 horas, ello no es de recibo aquí, la decisión estaba tomada, con recursos o sin recursos las circunstancias fácticas materiales y jurídicas que se calificaron con relación a la captura ya eran inmodificables independientemente del tiempo en que transcurrieran los debates o que fueran menester para adelantar la audiencia preliminar hasta su terminación.

Creemos que la operadora judicial de garantía fue asaltada en su buena fe y obró sin el mínimo rescoldo de dolo, creyendo como lo anotaba la Fiscalía que tal vez obrar en contrario podía generar consecuencias para ella, es por ello que esta Sala en ejercicio de sus facultades reconocerá que estamos en presencia del numeral 4 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal por la ausencia del dolo en el hecho investigado lo cual lo hace atípico, pero subsidiariamente admite el argumento de la Fiscalía en cuanto a que puede existir una causa que excluye la responsabilidad de acuerdo con el Código Penal artículo 32 prevista en el numeral 10 de esa normatividad “**cuando se obra con error invencible sobre la licitud de la conducta**”, es decir creyendo que se actúa dentro de los límites de la Ley y que por supuesto hace viable el reconocimiento de la preclusión acorde con el numeral 2 del artículo 332 ibídem.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 2008, M.P. Dr. Jorge Córdoba Triviño, inciso 3° numeral 1° artículo 250 Constitucional, artículo 2°, inciso 4 del artículo 302, inciso 2 del artículo 297 Ley 906 de 2004, artículo 32 num. 10 Código Penal.

FECHA: Junio 13 de 2013

RADICACIÓN: 08-001-60-01257-2011-02832-01/ **2013-00136-00-P-CR**

DECISIÓN: Decreta la preclusión de la investigación a favor de la juez procesada

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene aclaración de voto del Magistrado Jorge Eliécer Mola Capera

4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

DERECHO A LA SALUD-Carácter Fundamental/Protección/Alcances/**INMEDIATEZ EN ACCIÓN DE TUTELA**-Excepciones/Posición de la Corte Constitucional/**ÉXAMEN DE RETIRO DEL EJÉRCITO**-Prestación de los servicios asistenciales que sean necesarios en caso de haber afectación a la salud física o mental

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, la accionante manifiesta que, su hijo Gilbert Enrique Field Escorcía, ingresó al Ejército Nacional en el año **1987**, en perfecto estado de salud física y mental, como infante en el Distrito de Barranquilla, luego fue trasladado a la ciudad de Bucaramanga. Luego de transcurridos 9 meses en la anterior situación, ésta se enteró que su hijo deambula, comía basura, con trastorno mental y afectado su salud, y no en el batallón como ella creía. Un año después, se enteró que su hijo se encontraba en internado en el hospital mental de esta ciudad, pero su enfermedad psiquiátrica es permanente y costosa, manifiesta haber quedado sin dinero para continuar dicho tratamiento.

Por otra parte, el batallón accionado, manifestó que el hijo de la accionada, si prestaba el servicio militar en esa dependencia, pero que había salido por sanidad, que había sido condenado por el delito de desertión, situaciones que a los ojos de la accionante, no son

ciertos, toda vez que en un informe de fecha 29 de febrero de 1988, suscrito por el ST. Cantillo Barraza Alexis, comandante del 5° pelotón, autorizó su salida; por lo anterior fue recluido en una cárcel por 9 meses, sin tener en cuenta su estado mental.

Extractos: “El problema jurídico se contrae a establecer si la actuación de las entidades accionadas, Presidencia de la República, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, Batallón de Infantería No. 14 de Bucaramanga, y las vinculadas, Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y al Hospital Militar Regional de Bucaramanga – Santander, ha sido negligente y omisiva, en cuanto al retiro del Ejército Nacional del joven Gilbert Enrique Field Escorcía, al encontrarse éste afectado en su salud mental.

La jurisprudencia ha sido reiterativa al estimar que el derecho a la salud es de carácter fundamental, especialmente, cuando pone en peligro la vida de las personas, y también se han diferido situaciones donde resulta necesario, para su satisfacción, que la entidad administradora o prestadora de servicios en salud proporcione los medios necesarios para que la recuperación se lleve a cabo en las mejores condiciones, de allí que, en repetidas oportunidades, se ordene la provisión de medicamentos que se encuentran por fuera del plan obligatorio de salud o el cubrimiento de los gastos de viáticos cuando el paciente requiera el traslado de establecimiento.

La Corte Constitucional ha explicado que:

“... el amparo por vía de tutela del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

8.- A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a lo que ha de ser la protección del derecho constitucional fundamental a la salud dentro de un Estado Social y Constitucional de Derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los criterios mencionados con antelación.”²³

Estima la Sala, que la situación que plantea el accionante demanda una mayor atención en cuanto tiene dos particularidades que reclaman urgencia: (i) la necesidad de realización del examen de retiro de las fuerzas militares, y (ii) el carácter prioritario de recibir la atención medica integral requerida por su condición de enfermo mental.

El examen de retiro a miembros de instituciones militares se encuentra regulado El artículo 8º del Decreto 1796 de 2000 “*Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares*”, señala que este examen es de carácter definitivo para todos los efectos legales, lo que significa que al ingreso como al retiro del personal del Ejército,

²³Sentencia T-216 de 2008. MM.PP Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional.

se le debe realizar dicho examen. Dicho artículo reza: *“EXÁMENES PARA RETIRO. El examen para retiro tiene carácter definitivo para todos los efectos legales; por tanto, debe practicarse dentro de los dos (2) meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad, siendo de carácter obligatorio en todos los casos. Cuando sin causa justificada el retirado no se presentare dentro de tal término, dicho examen se practicará en los Establecimientos de Sanidad Militar o de Policía por cuenta del interesado. Los exámenes médico-laborales y tratamientos que se deriven del examen de capacidad sicofísica para retiro, así como la correspondiente Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, deben observar completa continuidad desde su comienzo hasta su terminación.”* En virtud del cual en el evento en que se efectúe el retiro del servicio de militares, deberán ser sometidos a la realización de un examen a fin de determinar si tienen derecho a obtener el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, una indemnización, o la prestación de servicios asistenciales y de salud, con fundamento en los efectos que la labor desempeñada produzcan para su salud física y mental.

Por otra parte, se permite esta Sala, referirse al requisito de procedencia de la acción de tutela, teniendo en cuenta la inmediatez, que debe atenderse. Sobre el tema la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

“...la falta de inmediatez no puede convertirse en excusa para dejar de amparar derechos constitucionales fundamentales pues se estaría desconociendo de manera seria y grave su derecho da (sic) acceder a la administración de justicia. En otros términos: si a partir de las circunstancias del caso concreto se deriva que la víctima de violación de derechos constitucionales fundamentales – por motivos ajenos a su voluntad – no se encontraba en situación de poder solicitar la protección de los derechos y, en este mismo orden de ideas, se veía impedida para acceder a la justicia y defender los derecho que le fueron desconocidos, debe poder tener acceso al mecanismo ágil de la tutela sin que se pueda alegar como excusa que dejó transcurrir demasiado tiempo entre el momento en que se presentó la vulneración o la amenaza de vulneración y el instante en que puedo (sic) solicitar el amparo.”²⁴ (subrayas fuera de texto)

Aunque en el caso Sub examine, podría pensarse que el transcurso de más de veinte años, desde la desvinculación del joven Gilbert Enrique Field Escorcía, hace incumplir el requisito de la inmediatez, es evidente que dicho lapso no ha transcurrido por causa imputable al actor. La Corte Constitucional, al respecto dijo:

“El examen cuando se produce el retiro es obligatorio como lo dice expresamente la norma citada. Las Instituciones Militares no pueden exonerarse de esta obligación argumentando que el retiro fue voluntario. Igualmente, si no se hace el examen de retiro no es posible alegar prescripción de los derechos que de acuerdo con la ley tiene quien se retire del servicio activo. La omisión del deber de realizar el examen impide la prescripción de los derechos que tiene la persona que prestaba servicio a las Fuerzas Militares.

Por tanto, si no se le realiza el examen de retiro esta obligación subsiste por lo cual debe practicarse dicho examen cuando lo solicitó el ex-integrante de las Fuerzas Militares. Por otra parte, las Fuerzas Militares deben asumir las consecuencias que se derivan de la no práctica del examen médico de retiro.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-654 de 2006

Así las cosas, existe una obligación cierta y definida, en cabeza del Estado, de garantizar la debida prestación de los servicios médicos asistenciales a los soldados cuya salud se vea afectada mientras ejercen la actividad castrense o con ocasión de la misma. También esta Corporación ha admitido que en determinados eventos resulta no sólo admisible, sino constitucionalmente obligatorio, extender la cobertura de la atención en salud de los soldados con posterioridad al desacuartelamiento-sic.25”

Por lo anterior, esta Colegiatura considera que, encontrándose latente la vulneración a los derechos fundamentales del actor, se debe ordenar a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y al Hospital Militar Regional de Bucaramanga – Santander que, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a: i) realizar al señor Gilbert Enrique Field Escorcía el examen de retiro y ii) según los resultados de dicho examen si el joven Gilbert Enrique Field Escorcía, lo necesita prestarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos, que sean necesarios para la protección de su salud y la prestación del servicio en salud que se desprenda de ello.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional: Sentencia T-216 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia T-654 de 2006 y Sentencia T-948 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, artículo 8º del Decreto 1796 de 2000.

FECHA: MAYO 27 DE 2013

ACCIONANTE: Adalgiza Esther Escorcía Tejeda

ACCIONADOS: Presidencia de la República, Ministerio de Defensa Nacional y otros

RADICACIÓN: 08-001-22-04-000-2013-00159-00

DECISIÓN: Tutela Derecho de Petición. Ordena a Sanidad Militar que le practiquen exámenes médicos al hijo de la accionante.

DERECHOS DE LOS NIÑOS-Protección Constitucional/Alcance y Contenido/TERAPIA INTEGRAL ABA-cuando se tratan de menores de edad se considera que el suministro de éstas afecta la protección especial que les otorga el ordenamiento jurídico/Reiteración Jurisprudencial

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Causa fáctica: En el presente caso, un menor de edad diagnosticado por el Neurólogo adscrito a la I.P.S. ACCIONSALUD IPS, con retraso del desarrollo del lenguaje + T.D.H.A., ha ordenado se le apliquen terapias conductuales ABA, razón por la cual la accionante presentó petición a la E.P.S., a efectos que se le aplicaran las terapias prescritas y que estas fueran prestadas por la I.P.S. ACCIONSALUD, entidad ubicada en Baranoa, lugar en donde reside el menor, empero, han transcurrido más de quince (15) días y la accionada no ha dado respuesta a la petición, aunado a las precarias condiciones económicas de la madre quien manifiesta que no puede solventar los gastos que esta clase de tratamiento acarrea, ni trasladarse con su hijo a un sitio diferente del lugar de su residencia.

Extractos: “Pues bien, el *quid* en el asunto que concita la atención de la Sala se circunscribe a determinar si la accionada CAPRECOM E.P.S., y las vinculadas MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCION SOCIAL – FOSYGA, GOBERNACION DEL ATLANTICO – SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, MUNICIPIO DE BARANOA – SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL y,

²⁵ Sentencia T-948/06, Expediente 1373502, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil seis (2006).

ACCIONSALUD I.P.S, le conculcaron los derechos fundamentales invocados al niño xxxxxxxx, o, si por el contrario, no existe vulneración alguna.

En primer lugar, la Sala constata que en el presente tramite tutelar se busca la protección de los derechos fundamentales del niño²⁶ xxxxxxxx, a la Salud, Igualdad, Petición, Debido Proceso, Derechos de los niños, niñas y adolescentes, a la Protección, Recreación y a la práctica del deporte y aprovechamiento del tiempo libre y la Educación, con el agravante de no solo tratarse de un niño que cuenta con 7 años, sino de padecer “RETRASO DEL DESARROLLO DEL LENGUAJE + T.D.A.H”²⁷, por lo que se hace necesario señalar el tipo de protección constitucional que reciben los niños, en especial, los niños que además se encuentran en condiciones de especial protección como el accionante, atendiendo su estado de salud.

(...)

La Corte Constitucional en sentencias T-442 de 1994, T-715 de 1999, T-510 de 2003, T-408 de 1995, T-1015 de 2010 y el fallo de constitucionalidad C-804 de 2009, ha manifestado que la protección de los derechos de los niños deben consultar el interés superior del menor, tarea que consiste en indagar, en el marco de cada caso, y frente a cada menor de edad, cuáles son las decisiones que en mayor medida favorecen los derechos de las niñas y los niños, de acuerdo con su situación fáctica y jurídica.

(...)

En el caso de los menores de edad con discapacidad, la diversidad de situaciones que dan origen a ella supone una exigencia adicional al momento de determinar su interés superior. Sin embargo, el Estado debe garantizar, en primer término, la eficacia de todos sus derechos fundamentales y verificar que no sean objeto de discriminación por razón de su condición física o mental. En segundo lugar, el Estado debe propiciar su integración social, perseguir un máximo ejercicio de su autonomía y su participación, o la de las personas que los representan previa la adopción de decisiones que los afecten, y el acceso a los servicios de educación y salud, de forma adecuada a su situación. Además de ello, las autoridades públicas están en la obligación de respetar su identidad, preservar su derecho a tener una familia, garantizar espacios para su recreación y contribuir en la eliminación de las barreras sociales y físicas que enfrenten las niñas y los niños con discapacidad.

En Sentencia T -109 de 2012 la Honorable Corte Constitucional señaló que, tal como lo dispone el marco normativo constitucional para la protección de las personas con discapacidad, los cuales se encuentran consagrados en los artículos 13 (especialmente incisos 2º y 3º), 47, 54 y 68 de la Constitución Política, de ellos se desprende, de manera amplia, el mandato de adoptar medidas para la promoción, protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad. Esas obligaciones deben ser interpretadas y, en caso de ser necesario, complementadas por normas derivadas de los compromisos asumidos por el Estado en el marco del DIDH frente a las personas con discapacidad. El Estado, además, tiene la obligación de adoptar medidas que permitan el máximo desarrollo de su autonomía, el respeto, protección y garantía de sus derechos fundamentales, la eliminación de las barreras físicas y sociales que impiden el goce efectivo de los mismos, y dificultan su integración a la sociedad.

Del marco normativo recién expuesto, relativo a los derechos de los menores con discapacidad, se desprende la obligación estatal de dar un trato preferente a las niñas, niños y adolescentes con discapacidad, y se establecen mandatos y criterios importantes al momento de determinar el interés

²⁶ Ley 1098 de 2006. Art. 3º. Sujetos Titulares de Derechos. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, **se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años**, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.

²⁷ Diagnostico emitido por el Neurólogo Clínico Dr. Pedro Pablo Mercado Barraza, Folios 7 y 8 del expediente.

superior del menor, y el alcance de las medidas de protección específicas a adoptar frente a este grupo poblacional en el que concurren dos condiciones de vulnerabilidad, a saber, tratarse de un niño y padecer una enfermedad como la que tiene el accionante.

De lo anteriormente expuesto se tiene que el niño xxxxxxxxxx, goza de protección especial reforzada y por tanto, el estudio de esta acción de tutela debe ser realizado atendiendo las circunstancias descritas y buscando favorecer en todo caso el interés superior de este menor.

(...)

Así mismo, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-252 de 2010, señaló:

*“La Corte en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo 241 de la Constitución, vías control abstracto y concreto, ha protegido el derecho a la salud como un derecho fundamental bajo tres aspectos. **Una inicial, en su carácter social por el factor conexidad con derechos fundamentales como la vida, la integridad y la dignidad humana. Otra cuando el accionante tiene la calidad de sujeto de especial protección constitucional. Y finalmente, se ha reconocido el carácter de derecho fundamental autónomo**”.*

A su vez, y sin dejar de reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud, la Corte Constitucional ha indicado en algunas Sentencias, entre otras, las T-922 de 2009 y T-760 de 2008, que en virtud de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Constitución, no todos sus aspectos son susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela, ya que su protección mediante esta vía procede en principio cuando:

(i) “esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho”.

Siendo ello así, la acción de tutela, como mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales, ampara el derecho a la salud en su dimensión de acceso a los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, protege la garantía básica con la que cuentan todas las personas de acceder a los “*servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad*”, tal como lo expuso la Corte Constitucional en Sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999 y T-760 de 1998, entre otras.

Teniendo claro lo anterior, se hace necesario recordar que tal como lo ha expuesto la Honorable Corte Constitucional, el no brindar los medicamentos o tratamientos establecidos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, constituye una vulneración del derecho fundamental de salud. Ahora bien, en cuanto a la negativa de las EPS contributivas o subsidiadas de brindar medicamentos que no hacen parte del POS, tal como ocurre con el tratamiento que requiere el menor accionante de **Terapia integral ABA**, se hace necesario señalar que para acceder a un servicio de salud no incluido en el POS, de conformidad a lo dispuesto en la Sentencia T-760 de 2008, procede la acción de tutela siempre y cuando se cumpla con las siguientes condiciones:

(i) “que el servicio, tratamiento o medicamento haya sido ordenado por un médico tratante, (ii) que sea necesario para conservar la salud, la vida, la dignidad, la integridad o algún derecho fundamental y (iii) haya sido solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud”.

En cuanto al primer requisito solicitado, esto es, **que el servicio, tratamiento o medicamento haya sido ordenado por un médico tratante**, se tiene que el mismo presenta excepciones, tal como lo ha establecido el Tribunal de cierre constitucional en reiterada jurisprudencia, entre ellas, la Sentencia T- 363 de 2010, al señalar:

“Se colige que el requisito según el cual, el procedimiento o medicamento, que no está incluido en el plan obligatorio de salud ha debido ser prescrito por el médico tratante, tiene una excepción. La EPS no está autorizada a rechazar, de manera absoluta y sin fundamento científico, el concepto de un médico no adscrito a su entidad pues el paciente tiene el derecho a saber las razones médicas y técnicas por las cuales se avala o se desestima la opinión del médico que se ha consultado. E incluso, si desconoce esta obligación y no explica las razones por las cuales se ha denegado determinada opinión médica, este criterio del médico particular le será VINCULANTE”. (Negrillas, subrayado, y mayúsculas propias de la Sala)

Sobre el mismo particular, esa misma Corporación en Sentencia T – 146 de 2011, puntualizó:

“La jurisprudencia es abundante en el sentido de indicar que cuando un ciudadano obtiene un diagnóstico de un médico que no está inscrito a la empresa prestadora del servicio, corresponde a la entidad, con base, en un estudio científico y técnico del caso determinar si acoge, modifica o rechaza el concepto del médico tratante. Así pues, no es correcto que la entidad deseche el concepto del médico tratante, con el único argumento de que el mismo no se encuentra adscrito a la entidad. En consecuencia, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el concepto de un médico tratante que no está adscrito a la entidad prestadora del servicio, puede resultar vinculante si la entidad prestadora del servicio tiene conocimiento de tal concepto y no lo desechó con base en información científica, es decir, porque valoró inadecuadamente al usuario o porque no lo ha sometido a consideración del personal especializado que sí se encuentre adscrito a la entidad.”

De lo expuesto se desprende, que el concepto expedido por el médico tratante no adscrito a la EPS se convierte en vinculante, en situaciones como esta, pues, la accionante presentó derecho de petición a la accionada E.P.S. CAPRECOM el 13 de Diciembre de 2012, exponiendo los mismos hechos que se relatan en esta tutela y a la fecha, la accionada CAPRECOM E.P.S. no ha ejercido acción alguna tendiente a que los médicos adscritos a esa entidad valoren al niño accionante y menos aún, ha emitido conceptos científicos que desvirtúen el expedido por el médico tratante, por lo que, de conformidad con el criterio jurisprudencial expuesto, el concepto emitido por el médico tratante particular en el caso bajo estudio, es vinculante y por ende, se cumple con el primer requisito de que trata la sentencia T – 760 de 2008.

En cuanto al segundo requisito, esto es, **que sea necesario para conservar la salud, la vida, la dignidad, la integridad o algún derecho fundamental**, este no es punto de discusión, ya que, atendiendo el retraso del desarrollo del lenguaje + T.D.A.H., el tratamiento recomendado se hace necesario con el fin de lograr la máxima integración del niño accionante, situación que a todas luces es necesaria y urgente a efectos de conservar la salud, dignidad humana e integridad del niño accionante.

En cuanto al último requisito exigido, esto es, que **haya sido solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud**, tal como se dejó expuesto en líneas anteriores, la accionante cumplió con tal requisito al presentar derecho de petición solicitando el tratamiento, el cual, no fue resuelto ni positiva ni negativamente por parte de la entidad accionada.

Con fundamento en lo expuesto, se tiene que en efecto la entidad CAPRECOM E.P.S. vulneró los derechos fundamentales a la Salud, debido proceso, derecho de los niños, niñas y adolescentes, derecho a la protección, derecho a la recreación y a la práctica del deporte y aprovechamiento del tiempo libre, del niño xxxxxxxxx, al no pronunciarse siquiera sobre lo solicitado por la accionante en el derecho de petición, situación que de por sí resulta reprochable y agudiza la censura, el no haber tenido en cuenta esa accionada, que se trata de un niño que goza de protección especial por parte del Estado, no solo por su estado de niñez, sino por la debilidad manifiesta que le aqueja.

En este orden de ideas, la Sala accederá a lo solicitado por la accionante frente a las terapias ABA y que las mismas, sigan siendo suministradas por ACCIONSALUD LTDA I.P.S., por ser esa entidad quien le ha venido prestando los servicios médicos al niño xxxxxxxx, la cual conoce el tratamiento, procedimiento y le ha venido brindando la continuidad que requiere el mismo. Lo anterior, en razón, de la doble protección por parte del Estado que recae sobre el menor, atendiendo su edad y la limitación que presenta, no pudiendo ser un obstáculo para el adecuado tratamiento del niño, el no ser la ACCIONSALUD I.P.S. una de las Instituciones Prestadoras de Servicios con la cual tiene convenio la entidad accionada CAPRECOM E.P.S.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional: Sentencias T-442 de 1994, T-715 de 1999, T-510 de 2003, T-408 de 1995, T-1015 de 2010, T-760 de 2008, T – 146 de 2011, T- 363 de 2010 y C-804 de 2009

ACCIONANTE: Kellys Olivia Amaris Ruiz

ACCIONADO: Caprecom E.P.S., Ministerio De Salud – Fosyga, Gobernacion Del Atlántico – Secretaria De Salud Departamental, Municipio De Baranoa – Secretaria De Salud Municipal Y, Accionsalud I.P.S

FECHA: Abril 16 de 2013

RADICACIÓN: 08001-22-05-003-2013-00047-01

DECISIÓN: Concede amparo tutelar.

5. ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

CONFLICTO DE COMPETENCIA-Con la entrada en vigencia de la Ley 1561 de 2012 conocerán en primera instancia los jueces civiles municipales de procesos de pertenencia cuando la cuantía no supere 250 smlv/Posición de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Barranquilla/Alcances

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: DRA. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ

Causa Fáctica: En el presente caso, la Sala Plena de Decisión Civil-Familia resolvió un conflicto negativo de competencia suscitado entre el Juzgado Segundo Civil Municipal De Soledad y el Juzgado Primero Civil Del Circuito de esa ciudad, respecto de una demanda ordinaria de pertenencia.

Extractos: “Cabe indicar que en este caso, el conflicto de competencia negativo está planteado por un funcionario judicial de menor jerarquía a uno de mayor jerarquía, lo cual en el ámbito de la jurisdicción civil no está permitido, como quiera que los conflictos de competencia solo se permiten entre autoridades que se encuentren en iguales niveles y relación de jerarquías, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 148, inc.,3º del Código de Procedimiento Civil y 18 de la Ley 270 de 1996; de manera que lo procedente en este caso, es rechazar de plano el conflicto negativo de competencia planteado, y disponer la devolución del expediente al Juzgado Segundo Civil Municipal de Soledad para que asuma el conocimiento del mismo.

No obstante lo anterior, considera esta Sala importante abordar el problema jurídico que se plantea, teniendo en cuenta que a tenor de lo preceptuado por el art. 29 del C.P.C., modificado por el art. 4º de la Ley 1395 de 2010, la labor de los Tribunales Superiores no se circunscribe a decidir los asuntos concretos colocados a su conocimiento, sino también la de exponer su posición jurídica “...en asuntos de trascendencia nacional, o se requiera unificar jurisprudencia o establecer un precedente judicial”; y el asunto planteado es uno de aquellos de especial interés de la comunidad jurídica, dada la incertidumbre que existe en cuanto a la competencia actual para conocer de procesos de pertenencia.

En este sentido, tenemos entonces que el numeral 4º del art. 16 del C.P.C., ciertamente adscribe la competencia para conocer de los procesos de pertenencia, en forma privativa en los juzgados civiles del circuito, salvo las pertenencias agrarias, punto éste que había sido pacífico en el ordenamiento jurídico interno.

No obstante, la Ley 1561 de Julio 11 de 2012, vigente desde el 11 de Enero de 2013, que “...establece un proceso verbal especial para otorgar títulos de propiedad al poseedor material de bienes inmuebles urbanos y rurales de pequeña entidad económica, sanear la falsa tradición y se dictan otras disposiciones...”, y se aplica según dispone su artículo 7º para tramitar y decidir “... a través del proceso verbal especial, las prescripciones ordinaria y extraordinaria, sobre bienes inmuebles urbanos y rurales de propiedad privada...”, señala que la demanda de pertenencia respecto de tales bienes inmuebles rurales o urbanos, cuyo valor catastral o comercial sea hasta de Doscientos Cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de su presentación, corresponderán en primera instancia al conocimiento del Juez Civil Municipal “...del lugar donde se hallen ubicados los bienes, y si estos comprenden distintas divisiones territoriales, el de cualquiera de ellas a elección del demandante...”.

De manera que teniendo en cuenta que esta Ley 1561 de Julio 11 de 2012 entró en vigencia desde el 11 de Enero de 2013, menester es considerar que el numeral 4º del art. 16 del Código de Procedimiento Civil, se encuentra tácitamente derogado desde tal fecha, en lo que concierne al proceso de pertenencia, por los artículos 4º y 8º de la Ley 1561 de 2012; por lo que a partir del 11 de Enero de 2013 el juez civil municipal es competente para conocer en primera instancia de dichos procesos, cuando el valor comercial o catastral del inmueble no supere el equivalente a doscientos cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales.”

RADICACIÓN: 08-758-40-03-002-2013-00244-01/ **37.379**

FECHA: Junio 5 de 2013

DECISIÓN: “**1.** Rechazar, por improcedente, el conflicto de competencia negativo provocado por el señor Juez Segundo Civil Municipal de Soledad al señor Juez Primero Civil del Circuito de Soledad, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia, devuélvase el expediente al Juzgado Segundo Civil Municipal de Soledad, para que asuma su conocimiento. **2.** Sentar el criterio de esta Sala Civil-Familia en relación con la competencia para el conocimiento de los procesos de pertenencia, por el cual se considera que desde el 11 de Enero de 2013, la competencia para conocer de los procesos de pertenencia es del Juez Civil Municipal en primera instancia, a través del procedimiento verbal especial que establece la ley en cita, cuando el valor comercial o catastral del inmueble no supere el equivalente a Doscientos Cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales. **3.** Insértese esta providencia en la revista mensual electrónica del Tribunal Superior de Barranquilla, utilizado como medio de difusión de las principales decisiones que se adoptan en Salas de Decisión.”

NOTA DE RELATORÍA: Esta decisión fue suscrita por la Sala Civil-Familia del Tribunal, con excepción de las Magistradas Lilian Pájaro De De Silvestri, Carmaña González Ortiz y María Romero Silva, por encontrarse ausentes con justificación.

SONIA RODRIGUEZ NORIEGA
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

Revisión: Dra. Lilian Pájaro De De Silvestri

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 014 – JUNIO DE 2013

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:

CONFLICTO DE COMPETENCIA-Con la entrada en vigencia de la Ley 1561 de 2012 conocerán en primera instancia los jueces civiles municipales de procesos de pertenencia cuando la cuantía no supere 250 smlv/Posición de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Barranquilla/Alcances. **Pág. 48.**

CONVIVENCIA Y DEPENDENCIA ECONÓMICA- Medios probatorios idóneos para su demostración/ **VALOR PROBATORIO DE LAS DECLARACIONES EXTRAJUICIO**- Cambio jurisprudencial/ Se apreciarán como documentos declarativos emanados de terceros/ Resultan válidos para acreditar los requisitos legales para acceder a los incrementos pensionales por personas a cargo. **Pág. 21**

DERECHO A LA SALUD-Carácter Fundamental/Protección/Alcances/**INMEDIATEZ EN ACCIÓN DE TUTELA**-Excepciones/Posición de la Corte Constitucional/**ÉXAMEN DE RETIRO DEL EJÉRCITO**-Prestación de los servicios asistenciales que sean necesarios en caso de haber afectación a la salud física o mental. **Pág. 41**

DERECHOS DE LOS NIÑOS-Protección Constitucional/Alcance y Contenido/**TERAPIA INTEGRAL ABA**-cuando se tratan de menores de edad se considera que el suministro de éstas afecta la protección especial que les otorga el ordenamiento jurídico/Reiteración Jurisprudencial. **Pág. 44**

EJECUCIÓN CONTRA ENTIDADES EN LIQUIDACIÓN-Cuando se adelanta proceso ejecutivo en contra de entidades liquidadas sin que obre en el expediente notificación por parte del Representante de la entidad cabe la terminación y no la nulidad del proceso/**ASUNCIÓN DE PASIVOS LABORALES A CARGO DE LA ENTIDAD LIQUIDADADA**-Protección constitucional/ Deben ser cancelados con los recursos o producto de los bienes de la entidad en liquidación/**FIDUAGRARIA**- Debe asumir el pago de la acreencia que se cobra en este asunto a cargo del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la extinta ADPOSTAL. **Pág. 16**

ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL-Etapas que comprende/**PRUEBA PERICIAL**-Recurso de Apelación contra el auto que lo decreta/ Solicitud de exclusión por parte de la defensa técnica/No se puede limitar el número de peritos si la prueba reúne los requisitos de conducencia, utilidad y pertinencia. **Pág. 35**

INDICIOS-No desapareció del ordenamiento jurídico de la Ley 906 de 2004/Apreciación en conjunto con los demás elementos materiales de prueba/Posición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia/**CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA**-Aplicación en el proceso

penal/En especiales eventos corresponde a la defensa aportar los medios probatorios que tengan en su poder para mantener incólume la presunción de inocencia/**FRAUDE PROCESAL**-Materialidad de la conducta. **Pág. 28.**

PENSIÓN POR APORTES-Recuento Normativo/Posición de la Sección Segunda del Consejo de Estado/Rectificación Jurisprudencial/Procedencia **Pág. 23**

PÓLIZA MULTIRIESGO- Diversos riesgos asegurables/Indemnización/**ANULABILIDAD DEL CONTRATO DE SEGURO**- Como excepción basada en el incumplimiento de la garantía por parte del tomador/Improcedencia/ **CLÁUSULA DE GARANTIA**-Definición Legal/Requisitos de Validez/Clasificación: Afirmativas y De Conducta/ **CLÁUSULAS ABUSIVAS**-La garantía debe ser sustancial y guardar relación íntima con el riesgo asegurado/**GARANTÍA DE CONDUCTA**-Se concretiza en hechos posteriores a la celebración del contrato de seguro. **Pág. 5**

PREVARICATO POR ACCIÓN-Vencimiento de términos/Atipicidad del hecho investigado/**PRECLUSIÓN**-La juez actúo bajo el invencible convencimiento de la licitud de su conducta/Ausencia de dolo. **Pág. 37**

PROCESO EJECUTIVO-Excepciones/Medios de prueba/**PRUEBA DE OFICIO**-No puede suplir la actividad probatoria de las partes /Puede vulnerar el equilibrio e igualdad procesal de las partes/ **PRUEBA PERICIAL**-Valoración judicial/Error Grave. **Pág. 11**

REVISIÓN DE CONTRATO DE MUTUO- Teoría de la imprevisión/Requisitos para su configuración / **CRÉDITOS DE ADQUISICIÓN DE VIVIENDA**- Posición de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia/ **TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN**- No es procedente para intentar restablecer el equilibrio contractual cuando su contenido es de orden legal como en el caso de los créditos para adquirir vivienda/Reiteración Jurisprudencial. **Pág. 2**