

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
BOLETÍN JURÍDICO NÚMERO 006 – OCTUBRE DE 2012

PRESENTACIÓN

Con gran regocijo, esta Corporación se complace en presentar nuevamente a todos los funcionarios y empleados que integran la Familia de la Rama Judicial del Poder público del Departamento del Atlántico y demás estudiosos del derecho, una entrega más del Boletín Jurídico numero 6, correspondiente al mes de Octubre de la presente anualidad, el cual contiene partes de las providencias judiciales de mayor relevancia, por su grado de innovación en el ámbito jurídico, las cuales han sido proferidas por los Honorables Magistrados integrantes de las distintas Salas que conforman este Tribunal Superior, dictadas en el ejercicio de las funciones concedidas a ellos por la Constitución Nacional.

Sea esta la oportunidad para resaltar el propósito buscado con este dedicado trabajo que ha venido desarrollando nuestro honorable Tribunal desde tiempo atrás, el cual es de mucha importancia, dada la relevancia que tiene para todos los operadores judiciales y demás jurisconsultos el hecho de dar a conocer las normas, aportes jurisprudenciales y demás aspectos teóricos prácticos del ejercicio jurídico. De manera que además de ser partícipes en el desarrollo jurisprudencial, podamos de manera didáctica recopilar toda la producción jurídica de esta Corporación.

En ese orden de ideas, solo resta decir, que con la publicación de este Boletín se espera contribuir a una mejor apropiación por parte de toda la ciudadanía de los conocimientos en el contenidos, dándole continuidad de esta manera a la tradición de intermedio de apoyar por medio de la difusión de aportes que incentiven la formación de una cultura jurídica popular y que ponga el derecho al servicio de la solución de los problemas cotidianos de la gente del común, además de la contribución a los distintos operadores judiciales de temáticas y conocimientos novedosos, que faciliten la adecuada prestación del servicio judicial.

JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Presidente Tribunal Superior

1. SALA CIVIL-FAMILIA

TÍTULOS VALORES EN BLANCO–Forma de diligenciarlos/**CARTA DE INSTRUCCIONES**–Pueden ser verbales o escritas/**CARGA DE LA PRUEBA**–Tratándose de títulos valores en blanco corresponde a su suscriptor demostrar la forma y condiciones en que fueron otorgadas las instrucciones para su diligenciamiento o la inexistencia de las mismas

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. LILIAN PÁJARO DE DE SILVESTRI

Causa fáctica. En el presente caso el ejecutante pretende la revocatoria de la sentencia dictada en el proceso, por cuanto considera que no debió declararse probadas las excepciones formuladas por la sociedad demandada, en tanto, ésta debió demostrar que no existían instrucciones para el diligenciamiento del pagaré título de recaudo ejecutivo de la obligación.

Extractos. “Empecemos pues, analizando la forma como deben entregarse las instrucciones para llenar un título valor en blanco. Sea lo primero en señalar lo establecido en el Código de Comercio en su artículo 622:

“Si en el título se dejan espacios en blanco cualquier tenedor legítimo podar llenarlos, conforme a las instrucciones del suscriptor que los haya dejado, antes de presentar el título para el ejercicio del derecho que en él se incorpora”

Nótese que la norma en cuestión se refiere a “las instrucciones del suscriptor que los haya dejado”, pero no señala expresamente si estas deben ser escritas o pueden ser verbales.

Para despejar esta duda nos remitimos a la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional que sobre tal tópico ha precisado:

“Sin embargo, la carta de instrucciones puede constar en un documento escrito o de manera verbal, al no existir una norma que exija alguna formalidad. Sobre el particular indica la academia: De manera escrita puede constar en el mismo documento o en llamada carta de instrucciones, o en un documento aparte que contenga el negocio jurídico que le dio origen al título–valor en blanco v.gr. en una compraventa. Aunque en esta dos últimas formas, se presenta una dificultad práctica, ya que la circulación del título–valor en blanco queda sometida al acompañamiento de la carta de instrucciones o del documento en donde consten las instrucciones”

2.3. Respecto al segundo aspecto, es decir, a quien corresponde la carga de la prueba, nos ilustramos nuevamente con la sentencia de la Honorable Corte Constitucional quien deja claro que tal obligación recae en el suscriptor del título, es decir, el aquí demandado; al respecto:

“En conclusión, los títulos ejecutivos que se suscriban en blanco, pueden llenarse sus espacios conforme a la carta de instrucciones. No obstante, cuando el **suscriptor del título** alegue que no se lleno de acuerdo a las

instrucciones convenidas, **recae en él la obligación de demostrar que el tenedor complemente los espacios en blanco de manera arbitraria y distinta a las condiciones que se pactaron**" (Sentencia T-673 de 2010)

2.4. Habiendo aclarado tales temas, corresponde ahora es determinar si con las pruebas aportadas y practicadas durante el trámite procesal se demostró que el acreedor no llenó el título con las instrucciones convenidas, en este caso en lo relacionado con el monto adeudado.

Así pues se pasara a establecer cuál es el monto real que debió establecerse en el título; de una parte señala el demandante que lo primero es saber con certeza cuales fueron las instrucciones dadas para llenar tal título, y específicamente el monto de la deuda; manifiesta que la suma asciende \$57.000.000.00, sin embargo el demandado argumenta que tal suma fue pagada, pero el acreedor ahora pretende aprovechar que la letra no fue destruida una vez solucionada, para hacer un nuevo cobro.

2.5. Para resolver este asunto debemos remitirnos a las pruebas aportadas y que nos permitirán determinar, si el aquí demandado Sociedad Montes y Compañía Limitada probó que efectivamente realizó el pago de la suma adeudada al demandante, y que por ende la letra de cambio aquí presentada carece de validez para ser cobrada.

Lo primero que debemos anotar es que es clara la relación comercial que había entre demandado y demandante, pues son múltiples los cheques y cartas de cobro, realizadas entre ellos, por lo que es altamente probable que la letra de cambio corresponda a una deuda existente, atendiendo tal relación económica.

Se denota la existencia de una carta fechada el 25 de junio de 2007, donde el señor Fabián Alberto Ramírez solicita a la demandada la devolución de \$35.000.000.00, con los intereses respectivos, la suma discutida en este asunto; en tal correspondencia no se evidencia ninguna anotación, es decir, que el aquí demandado no hizo ninguna oposición al recibir el cobro, lo que otorga un indicio sobre la existencia de la deuda.

De igual forma, en el expediente se encuentra anexado un intercambio de correos entre las partes, que indican que el demandado efectivamente tenía una deuda con el aquí demandante y que en muchas oportunidades aplazó el pago de ésta con diferentes excusas.

De forma contraria, el demandado no allegó ninguna prueba que permitiera establecer que él efectivamente pagó la deuda en cuestión; además que no se entiende su conducta de pagar la obligación y no solicitar la devolución del título valor que la amparaba o su destrucción, o la elaboración de un documento que diera fe del pago, mas aún atendiendo que debido a su profesión celebra este tipo de negocios constantemente, por lo que debe saber que hacer cuando se paga una deuda amparada por un título valor, este debe ser devuelto.

2.6. Teniendo en cuenta lo aquí analizado, considera esta Sala que la letra de cambio tiene validez, dado que si bien no existe carta de instrucciones escrita, de las pruebas aportadas se infiere que el demandado mantenía la obligación en la suma de dinero indicada en el título valor, aunado que la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional que señala que las **instrucciones verbales** también gozan de validez para hacer valer el título, y que es el suscriptor, es decir, el demandado en este caso, quien debe demostrar que la letra de cambio no se llenó de acuerdo a estas, lo que no aconteció en el caso que se examina."

FUENTE NORMATIVA: art. 622 Código de Comercio, Sentencia T-673 de 2010 Corte Constitucional.

EJECUTANTE: Fabián Ramírez Iriarte

EJECUTADO: Sociedad Montes y Cia Ltda

RADICACIÓN:

FECHA: Septiembre 17 de 2012

DECISIÓN: Revoca sentencia.

INVENTARIOS Y AVALUOS EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL– El trabajo de partición debe obedecer a los principios de equilibrio y equidad/**BIENES PROINDIVISO DE LOS CÓNYUGES**–El partidor debe procurar adjudicar los bienes de tal forma que no sea necesario adelantar procesos divisorios con posterioridad al trámite liquidatorio de la sociedad conyugal/**OBJECIONES AL TRABAJO DE PARTICIÓN**–Prosperan cuando éste no permite el disfrute sano y perpetuo de los bienes a los excónyuges/**ACERVO PROBATORIO**–No demuestra que el partidor solicitó a las partes instrucciones necesarias para hacer las adjudicaciones

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA

Causa fáctica. En el presente caso se duele la parte demandada (recurrente) del trabajo de partición realizado en el trámite de liquidación de la sociedad conyugal de la cual hacía parte, por cuanto estima que el auxiliar de la justicia (partidor) no permite a las partes el disfrute de los bienes de la masa, obligándolos *a posteriori* a promover procesos divisorios, como quiera que son físicamente indivisibles.

Extractos. “En el caso bajo estudio, una vez emplazados los acreedores de la sociedad conyugal, se llevó a cabo la audiencia de inventarios y avalúos a la cual solo se hizo presente el apoderado del demandado, quién presentó el escrito de inventario y avalúo de bienes en el cual relacionó únicamente los Activos de la masa conyugal, por cuanto no existe pasivo así:

ACTIVOS:

1. Partida Primera: Inmueble ubicado en la Urbanización “EL RODADERO”, corregimiento Gaira, en jurisdicción del Municipio de Santa Marta avaluado en \$60.000.000 de pesos.
2. Partida Segunda: Inmueble ubicado en la carrera 47 No. 63-59 apartamento 40B del edificio CRISTINA, avaluado en \$100.000.000 de pesos.
3. Un Conjunto de 40 mil Acciones en Compañía Colombiana de Salud, Colsalud, a nombre de DIÓGENES DE LA HOZ, avaluado en \$40.000.000 de pesos.
- PASIVOS: No hizo relación alguna por no existir.

Corrido el traslado la parte demandante objetó el inventario por defecto en la inclusión de bienes, puesto que al momento de presentar la demanda entre los bienes se encontraba también un vehículo marca Kia de placas BWL-937 de servicio particular el cual debió ser la partida cuarta y que además se incluyera como partida quinta el pago de los servicios profesionales del señor Diógenes De La Hoz en su condición médico pediatra del Hospital San Rafael de Leticia y demás emolumentos que se generan a raíz de su actividad profesional en la Clínica San Rafael de Bogotá, los cuales fueron excluidos en el marco de las partidas por el demandado; una vez corrido el traslado del incidente la parte

contraria hizo uso del mismo el cual una vez abierto a pruebas la objeción en auto de 19 de mayo de 2010 se oficio al Hospital San Rafael de Leticia y a la Clínica San Rafael de Bogotá, incluyéndose dentro del inventario y los avalúos los emolumentos recibidos por el demandado; contra dicho auto la parte demandada interpuso recurso de apelación el cual una vez concedido, revocó la decisión en auto de 20 de junio del 2011 y dispuso excluir dichos emolumentos del inventario y avalúos de la sociedad conyugal.

Por lo que el 1 de septiembre del 2011 se aprobó el inventario y los avalúos de la sociedad conyugal, seguidamente las partes solicitan se nombre partidor, el cual una vez designado y posesionado presento dicho trabajo el 30 de enero del 2012, una vez corrido el traslado la parte demandada lo objetó, por lo que el Juez de Conocimiento mediante Sentencia de 9 de marzo de 2012 aprobó en todas sus partes el trabajo de partición y adjudicación de bienes y declaró no probada la objeción formulada por el demandado, inconforme con la decisión la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia, que es motivo de estudio para esta sala.

Sustenta el A-quo, "... que se encuentra *infundada la objeción* por cuanto al no poder el partidor aplicar la regla 1 del artículo 610 del Código de Procedimiento Civil, es decir, hacer las adjudicaciones de conformidad con la voluntad acordado de los ex cónyuges, a efecto de conciliar en lo posible sus pretensiones, debido a las circunstancias particulares del caso, de talante puramente personal y los que trae a colación el incidentalista; ello comportó al trabajo de partición, la distribución igualitaria de cada uno de los haberes de la masa de bienes de la sociedad conyugal, sobra decir que no aparece en el proceso manifestación alguna proveniente de las partes que indique un acuerdo expreso de voluntades o el, ofrecimiento por parte de éstos, para que se licitara las especies que no admitían división, o cuya división las hiciera desmerecer, lo cual es previsto en el artículo 1394 del Código Civil..."

En principio, es menester indicar que la sentencia objeto de apelación es la adiada 9 de marzo de 2012, la cual versa acerca de la aprobación del trabajo de partición y adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, declarando infundada la objeción interpuesta por el demandado la cual se basaba en que la sumatoria de los bienes suman doscientos millones de pesos (\$200.000.000) los cuales se individualizan así:

El inmueble de la carrera 47 N° 63-59 apto 403 avaluado en \$100.000.000

El inmueble del edificio Buritaca (Santa Marta) avaluado en \$ 60.000.000

Las acciones de COLSALUD (Santa Marta) avaluado en \$ 40.000.000

El trabajo de partición había sido objetado con anterioridad por no facilitar el disfrute sano y perpetuo de los ex cónyuges al entregar el 50% de los bienes a cada uno, lo cual conllevaría a conflictos posteriores, sin tener en cuenta que la señora Marlyn Del Carmen Thorne Ortega reside en el apartamento 403 antes relacionado en la ciudad de Barranquilla avaluado en \$100.000.000 de pesos y el señor Diógenes De La Hoz Ibáñez vive en el inmueble de Santa Marta avaluado en \$60.000.000. por lo que el demandado pide se le adjudiquen a cada uno el inmueble en el que reside y además se le adjudique las acciones que suman \$40.000.000 de pesos; por lo cual solicita que por éstas razones prácticas y de economía procesal y de beneficios recíprocos se adjudiquen de esa forma los bienes a cada una de las partes, por no atravesar el mejor momento las relaciones entre los ex cónyuges y teniendo enfrentamientos constantes.

Teniendo de presente que la Juez de primera instancia, plantea que el partidor no pudo dar aplicación a la regla primera del artículo 610 CFC la cual dice: podrá pedir a los herederos y al cónyuge sobreviviente las instrucciones que juzgue necesarias a fin de hacer las adjudicaciones de conformidad con ellos, en todo lo que estuvieren de acuerdo, o de conciliar en lo posible; Se puede percibir que en el expediente no obra prueba alguna en la cual conste que el partidor solicitó a las partes instrucciones necesarias para hacer las adjudicaciones, quedando desvirtuado la observación anterior.

Así pues, la ley le señala al partidor las reglas a las que debe someterse, las cuales están contenidas en los numerales 3, 4, 7 y 8 del artículo 1394 del C.C. que dice: “El partidor liquidará lo que a cada uno de los coasignatarios se deba, y procederá a la distribución de los efectos hereditarios, teniendo presentes las reglas que siguen... 7. En la partición de una herencia o de lo que ella restare, después de las adjudicaciones de especies mencionadas en los números anteriores, se ha de guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuela o lotes de la masa partible ”.

(...)

Cabe anotar que el perito partidor aplicó de forma distributiva pero no equilibrada adjudicándole el 50% de los bienes a cada cónyuge, creando así nuevos enfrentamientos puesto que tendrían que someterse como alega la parte demandada a procesos divisorios, pudiendo en este trabajo de partición solventar la situación jurídica de cada cónyuge respecto a los bienes que obtienen y evitando más conflictos entre ellas.

En ese orden de ideas, se tiene que el Partidor no tuvo en cuenta la norma mencionada ni mucho menos las pautas de la regla 7 del artículo 1394 del C.C., puesto que se podía guardar igualdad al adjudicar cosas de la misma naturaleza, de igual forma la juez no observó las pautas que le han sido encomendadas al partidor fundamentado su decisión de acuerdo al 50% establecido por la ley.”

FUENTE NORMATIVA: regla 1 del artículo 610 del Código de Procedimiento Civil, artículo 1394 del Código Civil

RADICACIÓN: 08-001-31-10-007-2007-00095-02/ 00036-2012F

FECHA: Agosto 17 de 2012

DECISIÓN: Revoca decisión de primera instancia.

INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA–Obligación del Juzgador/ **SERVIDUMBRE LEGAL DE ACUEDUCTO**–Requisitos para su imposición/**PAGO DE INDEMNIZACIÓN**–Equivale al precio del terreno que va a ser ocupado por la servidumbre de desagüe

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. CARMIÑA ELENA GONZÁLEZ ORTIZ

Causa fáctica. En el presente caso, la parte actora pretende la revocatoria de la decisión del A–quo que consideró que la servidumbre solicitada era la de aguas lluvias, y no la legal de acueducto, inobservando las condiciones propias del predio dominante.

Extractos. *Por lo tanto, tratándose de un litigio que versa sobre la servidumbre, la cual puede ser natural, legal o voluntaria, es necesario que el juez proceda a la aplicación de las normas pertinentes, debiendo apreciar las pruebas y si es el caso, interpretar la demanda, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, así:

"Para no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal, al juez corresponde interpretar la demanda, labor que ha de realizar 'mirándola en su conjunto, en forma razonada y lógica, como quiera que la intención del actor muchas veces no está contenida en el capítulo de las súplicas, sino también en los presupuestos de hecho y de derecho por él referidos a lo largo de la pieza fundamental. Basta que la intención aparezca claramente del libelo, ya de manera expresa, ora por una interpretación lógica basada en todo el conjunto del mismo', pues 'la torpe expresión de las ideas per se no puede ser motivo de rechazo del derecho suplicado cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición que de los presupuestos fácticos hace el demandante en su demanda". (G.J. Tomo CLXXVI, número 2415, pág. 182).

Al aplicar los criterios anteriores al caso en estudio, se tiene que de una lectura rápida de la demanda, se puede concluir que lo perseguido por la demandante es una servidumbre de aguas, de acuerdo a lo señalado en el artículo 891 del C.C. que a la letra dice:

"Art. 891.- El predio inferior está sujeto a recibir las aguas que descienden del predio superior naturalmente, es decir, sin que la mano del hombre contribuya a ello."-

En el hecho tercero de la demanda, la cual efectivamente no fue redactada técnicamente, se desprende que el terreno donde está construido el inmueble de propiedad de la demandante tiene una pendiente que presenta un nivel de (-) un metro con setenta centímetros (1.70) por el norte con relación al nivel 0.00 por el sur sobre la carrera 67, obligando a hacerlo hacia la carrera 68, es decir, hacia el predio colindante por el norte, marcado con el número 76-95, así como ocurre con los terrenos de la carrera 67 que se encuentran con servidumbres de servicios hacia la carrera 68 en razón del fenómeno natural que presentan geográficamente.-

Se trae a colación lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de abril de 1954. *"El art. 891 del Código Civil se refiere a todas las aguas que descienden naturalmente del predio superior; o sea, aquellas que se deslizan hacia la heredad inferior por obra de la misma naturaleza y sin que la mano del hombre contribuya a ello. Comprende las aguas lluvias, caídas en el predio superior o venidas a éste de otros terrenos, más altos, las aguas procedentes de deshielo, las aguas vertientes, arroyos y esteros que se formen en la heredad superior; y las aguas de los ríos que desciendan por cauces naturales de los predios superiores a los predios inferiores. A la inversa, el art. 891 del Código Civil no comprende las aguas cuyo curso no sea obra de la misma naturaleza, sino resultado de la mano del hombre. Así, el propietario del predio inferior no está obligado a recibir las aguas que el dueño de la heredad superior obtenga de un depósito artificial o lleve por canales a acequias para el regadío de sus tierras o para cualquier otro uso."-*

Determinado lo anterior, es de aplicación lo normado en el Decreto 2811 de 1974, por el cual se dictó el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, que en sus artículos 108, 109, 110 y 111 disponen:

“ARTICULO 108. Todo predio está sujeto a la servidumbre de desagüe en favor de otro predio público o privado que la necesite para dar salida y dirección a las aguas sobrantes.”-

“ARTICULO 109. Al fijarse la indemnización en favor del dueño del predio que se grava con una servidumbre de desagüe, se tendrá en cuenta, el beneficio que al predio sirviente le reporte, y podrá imponerse a su propietario la obligación de contribuir a la conservación de los canales, si se beneficia con ellos.”-

“ARTICULO 110. La servidumbre natural de recibir aguas se regirá por el artículo 891 del Código Civil.”-

“ARTICULO 111. Para imponer las servidumbres a que se refiere el presente capítulo, se aplicarán las normas del capítulo I de este título.”-

El capítulo I del Título IV del Decreto en mención, señala:

“ARTICULO 106. Las servidumbres de interés privado se rigen por los Códigos civil y de Procedimientos Civil y por las normas especiales de este título.”-

A su vez el artículo 928 del C.C. dispone:

“Art. 928.- Las reglas establecidas para la servidumbre de acueducto se extienden a los que se construyan para dar salida y dirección a las aguas sobrantes, y para desecar pantanos y filtraciones naturales por medio de zanjas y canales de desagüe.”-

A folios 131 a 138 y 155 a 184, aparece el dictamen pericial realizado por el Perito Ingeniero Civil - Arquitecto CÉSAR AUGUSTO PEÑALOSA ANGARITA, del cual se desprende, que el terreno tiene un desnivel de 1.70 metros entre la carrera 67 por el Norte, con relación a la cota del terreno de la última vivienda en el sumidero. Que el desnivel presentado entre la carrera 67 y la carrera 68 es de más de 1 metro con 70 centímetros hace que la evacuación de las aguas lluvias por la carrera 67 sea imposible. Que los vecinos de la carrera 67 tienen el mismo problema y han establecido servidumbres con los vecinos ubicados sobre la carrera 68 con el fin de evacuar las aguas lluvias. Que colindante con el lote de la demandada se encuentra el sumidero que recogería las aguas lluvias para evacuarlas hacia la carrera 68, que es lo lógico en este asunto. Que el problema de drenaje de aguas lluvias se soluciona permitiendo que las aguas lluvias se dirijan a la parte más baja que permita su evacuación.-

De lo anterior se concluye que en el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta la topografía del terreno, se hace necesario que la demandada permita que por su terreno pase el desagüe de las aguas lluvias del predio del demandante, tal y como lo establecen las normas que regulan la materia, resaltando que es problema no sólo de los aquí demandantes, sino de toda las construcciones de la carrera 67, como lo señala el Perito, pero las otras viviendas han encontrado eco en los vecinos de la carrera 68, lo cual no ha ocurrido con la demandada, cuando con anterioridad se encontró una tubería existente de cemento que prestaba la servidumbre hacia el lote de la demandada, tal y como lo manifiesta el declarante HERNANDO CEPEDA LUJAN.-

Todo lo anterior conlleva, a acceder a las pretensiones de la demanda, por lo que se procederá a resolver las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada.-

EXCEPCIÓN DE CARENCIA DE FUNDAMENTO LEGAL DE LA DEMANDA

Basa su excepción la parte demandada en el hecho de que la demanda no es clara, ya que no se entiende si demanda servidumbre de acueducto o servidumbre de aguas servidas, para lo cual los fundamentos de hecho y de derecho son diferentes por ser antagónicos.-

Al inicio de la parte considerativa de este proveído, precisamente se decide en forma previa, lo referente a la forma anti técnica de haberse presentado la demanda, pero que ello no lleva al sacrificio del derecho sustancial sobre el procesal, por lo que se impone hacer uso del deber del Juez de interpretar la demanda y de ello se desprende que lo perseguido por la parte demandante es una servidumbre natural de aguas lluvias. Por lo que definido este punto, no prospera la excepción planteada.-

TEMERIDAD Y MALA FE

La parte demandada alega que se tengan como reproducidos los argumentos descritos en el memorial de contestación de la demanda, pero de ellos no observa la Sala que puede llegar a concluirse que la parte demandante esté actuando con temeridad o mala fe, ya que lo que ha quedado determinado, es la necesidad de presentar esta demanda, al no permitir la demandada, el paso natural de las aguas lluvias, razón suficiente para declarar no probada esta excepción.-

Las razones anteriores conllevan a que debe revocarse el proveído impugnado para en su lugar declarar no probadas las excepciones de mérito planteadas por la parte demandada y acceder a las pretensiones de la demanda, imponiéndose servidumbre de desagüe al predio de propiedad de la demandada, y para ello debe tenerse en cuenta lo determinado por el Perito en su ampliación, en el sentido de hacer un replanteo entre el sumidero recolector de las aguas lluvias en el predio de los demandantes y el sitio de entrega de las aguas lluvias por la Carrera 68 de la demandada, para que las cotas entre los dos puntos implique el desnivel necesario para el agua lluvia que fluya por el conducto. La tubería a utilizar debe ser mínima de 8 pulgadas con protección que impida el daño de la misma por el paso de las personas y el sistema de entrega a la calle debe estar protegido en concreto de acuerdo a las especificaciones que el DAMAB tiene para estas obras.

Así mismo, se debe tener en cuenta en los cálculos, los últimos reportes hidrológicos que son atípicos en Barranquilla, por el fenómeno del calentamiento global.-

En cuanto a la indemnización, teniendo en cuenta el artículo 923 por remisión expresa del artículo 928 del C.C. se ordenará reconocerla a favor de la demandada y a cargo del demandante, en la suma de \$6.446.950, que equivale al precio del terreno que va a ser ocupado por la servidumbre de desagüe.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 891, 923 y 928 del Código Civil, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de abril de 1954, Decreto 2811 de 1974, Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, artículos 108, 109, 110 y 111.

DEMANDANTE: Sociedad CONSTRUCTORA PONAL LTDA

DEMANDADO: CARMEN RODRÍGUEZ DE GÓMEZ

FECHA: Septiembre Veintiocho (28) de dos mil doce (2012).-

RADICACIÓN: 08-001-31-03-008-2007-00067-01/ **36.484**

DECISIÓN: Revoca la decisión. Concede servidumbre de aguas. Ordena indemnización

2. SALA LABORAL

AUTO QUE RECHAZA DEMANDA–Exceso ritual manifiesto/**ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**–Se vulnera este derecho cuando el Juzgador le da primacía a las formas procesales por encima de los derechos sustanciales de las partes/**INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA**–Es deber del Juzgador proceder a realizarla

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. **CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ**

Causa fáctica. En el presente caso, la parte recurrente se encuentra inconforme con la decisión del A–quo que rechazó la demanda de fuero sindical (permiso para despedir), por no haber sido subsanada conforme las indicaciones del auto inadmisorio.

Extractos. “En casos similares al debatido¹, la primigenia Sala Segunda de Decisión Laboral, ha expresado:

“(…)

Sabido es, que el Código de Procedimiento del Trabajo y Seguridad Social en su artículo 25, modificado por el artículo 12 de la Ley 712 de 2001 establece los requisitos formales que debe contener toda demanda así:

“1. La designación del juez a quien se dirige.

2. El nombre de las partes y el de su representante, si aquellas no comparecen o no pueden comparecer por sí mismas.

3. El domicilio y la dirección de las partes, y si se ignora la del demandado o la de su representante si fuere el caso, se indicará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda.

4. El nombre, domicilio y dirección del apoderado judicial del demandante, si fuere el caso.

5. La indicación de la clase de proceso.

6. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado.

7. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, clasificados y enumerados.

8. Los fundamentos y razones de derecho.

9. La petición en forma individualizada y concreta de los medios de prueba, y

10. La cuantía, cuando su estimación sea necesaria para fijar la competencia.

Cuando la parte pueda litigar en causa propia, no será necesario el requisito previsto en el numeral octavo”.

¹ Auto del 25 de marzo de 2010, en el proceso instaurado por el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, contra Adolfo Cabarcas Cabana. Rad. 08-001-31-05-013-2009-00065-01. <33346C>.

Con base en el anterior texto, encuentra la Sala que la legislación laboral Colombiana indica que los hechos fundamento de la acción deben ir debidamente relacionados, con la conveniente separación, claridad y precisión de sus componentes, porque alrededor de ellos va girar el debate judicial, sin que se establezca la forma en que debe darse la precisión y claridad de los mismos, de tal manera que el Juez en principio previa a la inadmisión debe rechazar la demanda que no se ajuste a los requisitos establecidos en la Ley, más no debe rechazarla cuando la parte actora no siguió en estricto sentido las “indicaciones” sugeridas de cómo deben ir los hechos de la demanda, ya que de hacerlo estaría sacrificando el derecho por el formalismo extremo, siendo que el Juez tiene plenas facultades para interpretar la demanda sin sustituir la voluntad del demandante.

Sobre la interpretación de la demanda, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de fecha Abril 17 de 1998, Exp. 4.680, M.P. Jorge Castillo Rugeles, esgrimió:

“(…) cuando la demanda genitora del proceso sea oscura, imprecisa o vaga, gravita sobre el Juzgador, no una mera potestad de interpretarla, sino el deber de hacerlo, por supuesto dentro de los límites establecidos en la ley con miras a precisar sus verdaderos alcances, labor a la que sólo pueda (sic) sustraerse cuando la confusión sea de tal magnitud que, pese a sus esfuerzos no logre desentrañar sus alcances sin alterar el contenido objetivo, pues es obvio que en tal caso, en lugar de cumplir con su cometido, estaría sustituyendo la voluntad del demandante y trocando, a su antojo, el objeto del litigio.” (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, la Corte Constitucional ha estimado en varios de sus pronunciamientos que cuando un Juez fundamenta sus decisiones amparadas en formalidades inexistentes, o que exceden de las previstas en la Ley aplicable, o las que son productos de un exceso ritual manifiesto en la aplicación de las reglas procedimentales, sacrifica el derecho sustancial quebrando los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

Es así, como la mencionada Corporación en Sentencia T-1091 del 6 de Noviembre de 2008, M.P. Manuel Cepeda Espinosa, expresó:

2.1. La Corte Constitucional ha considerado que la aplicación de las reglas de carácter procedimental no puede llegar a un grado de rigor tal, que se sacrifique el goce de los derechos fundamentales.² Ha considerado que “si bien la actuación judicial se presume legítima, se torna en vía de hecho cuando el actuar del juez se distancia abiertamente del ordenamiento normativo, principalmente de la normatividad constitucional, ignorando los principios por los cuales se debe regir la administración de justicia.”³ Para la Corte Constitucional

“el juez que haga prevalecer el derecho procesal sobre el sustancial, especialmente cuando este último llega a tener la connotación de fundamental, ignora claramente el artículo 228 de la Carta Política que

² En la sentencia T-1306 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte decidió que la Corte Suprema de Justicia había incurrido en una vía de hecho por exceso ritual manifiesto en el recurso extraordinario de casación y omisión consciente del deber de protección de derechos fundamentales en la decisión de este recurso. En este caso, la Corte consideró que se había violado los derechos de una persona al haber reconocido que tenía derecho a la pensión, pero no haber protegido los derechos sustantivos respectivos, de acuerdo con el mandato constitucional, en razón a que se aplicaron prevalentemente, reglas de carácter procedimental.

³ Corte Constitucional, sentencia T-1306 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

traza como parámetro de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas.

(...) si el derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización del derecho material (art. 228)."

En esta decisión, la Corte indicó que se viola el derecho al debido proceso 'por exceso ritual manifiesto' en una sentencia cuando este implica una 'renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales'. Así lo ha considerado la Corte incluso para el caso de los procedimientos de casación, en los cuales el rigor procesal exige el cumplimiento de especiales y particulares requisitos formales.⁴

(...)

Descendiendo al caso sub examine, se observa que el demandante procedió a subsanar el hecho 8º, dividiéndolo en 8.1. y 8.2., así como el 17, dividiéndolo en 17.1. y 17.2., el hecho 9 lo resumió, al igual que el hecho 15, 16 y 17, con indicación de la parte que considera jurídicamente relevante, hechos que se encuentran suficientemente individualizados, sin que haya lugar a confusiones pues es evidente que al momento de contestar la demanda el demandado puede o no aceptarlos, e inclusive aclararlos, máxime cuando el Juez al ordenar su subsanación lo hizo en forma genérica al expresar *"Con relación al acápite de los hechos, los numerales 2, 3, 5, 6, 8, 9, 10, 14, 15, 16, 17, 18 y 19, se observan las siguientes falencias: Cada numeral debe corresponder a un solo y único hecho o afirmación. Sólo deben incluirse los hechos jurídicamente relevantes y que definan las pretensiones, basados en los fundamentos jurídicos o de derecho"*.

Por lo tanto, la decisión del A-quo de rechazar la demanda porque el demandante no ajustó y/o adecuó los hechos 8.2., 9, 15 a 18, a la manera como ella los concibe, es a todas luces errada, porque el demandante está individualizando los hechos y relatando en forma concreta los que considera relevantes para el caso sub examine, y no le es dable al Juez de la causa a fin de exaltar el rigorismo procesal darle a la parte actora cualquier tipo de sugerencia en razón a que los Jueces deben circunscribirse a lo que constituye el objeto del litigio que se les plantea en virtud del principio de la congruencia y no señalar los términos y el sendero por el cual ventilar sus pretensiones, lo que riñe con el principio de imparcialidad que debe imperar en toda actuación judicial.

Además que un exceso ritual manifiesto, que surge cuando el juez no atiende el mandato de dar prevalencia al derecho sustancial, conlleva no solo a la vulneración del derecho al acceso a la administración de justicia sino también al debido

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-1306 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra). Dijo la sentencia al respecto: "Tal afirmación no excluye a la Corte Suprema cuando actúa como Tribunal de Casación. En el conocimiento del recurso de casación, cuya naturaleza es ser un juicio de legalidad contra la sentencia que se recurre, el cumplimiento de los requisitos para que se case una sentencia, los cuales han sido reconocidos como válidos y ajustados a la naturaleza de éste recurso extraordinario por la Corte Constitucional, debe verse flexibilizado por la clara manifestación de la existencia de un derecho fundamental que fue desconocido por la sentencia en estudio. Por tanto, a la par del juicio de legalidad, la Corte Suprema no puede dejar de lado un examen de verificación del desconocimiento de derechos fundamentales. En caso de que aparezca protuberante el desconocimiento de un derecho fundamental, este hecho debe tener incidencia en la sentencia objeto del recurso, a la luz de los cargos del recurrente."

proceso, como así lo ha ilustrado la Honorable Corte Constitucional en sus diversos pronunciamientos, entre los cuales podemos citar la sentencia C-669 -04, donde puntualizó:

"Del derecho al debido proceso, el acceso a administración de la justicia y la viabilidad constitucional de la imposición de cargas a los asociados.

14. El artículo 29 de la Constitución Política consagra al debido proceso, como un derecho de aplicación inmediata (Art. 85 C.P.) que tiene por fundamento asegurar que las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas y de los asociados, se ciñan a reglas específicas sustantivas y procedimentales, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas involucradas en ellas.

Ahora bien, el debido proceso se relaciona a su vez con el artículo 229 de la Carta, que establece el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia; derecho que implica para los asociados que poseen alguna confrontación o debate jurídico, la posibilidad de llevar su causa ante un juez de la República con el fin de que su controversia se resuelva de manera definitiva. Permitir y consolidar los mecanismos y formas que consientan esa resolución de conflictos, es una obligación y competencia de nuestro Estado Social de Derecho, conforme a la Constitución y a las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia.

15. Teniendo en cuenta la importancia de garantizar el acceso al servicio de justicia estatal y asegurar que sea real y efectivo, a éste derecho se le ha atribuido el carácter de fundamental, integrándolo al concepto de núcleo esencial del derecho al debido proceso. Bajo esa premisa, el acceso a la administración de justicia es igualmente un derecho de configuración legal, sometido a las consideraciones del legislador en torno a su regulación y ejecución material. Por lo tanto, los mecanismos de acceso, los procedimientos, las formas y todas las actividades que constituyan atributos inescindibles del proceso que aseguren la posibilidad de hacer exigible una causa con las garantías constitucionales pertinentes, y permitan obtener una pronta respuesta jurisdiccional, son instrumentos definidos por el legislador y necesarios para asegurar la viabilidad de un orden justo."

(...)

"37. En ese sentido y acorde con la jurisprudencia de esta Corporación, es evidente que "un derecho se coarta no sólo cuando expresamente o de manera abierta se impide u obstruye su ejercicio, sino, de igual modo, cuando de alguna manera y a través de diferentes medios, se imponen condicionamientos o exigencias que anulan o dificultan en extremo la posibilidad de su ejercicio o la forma para hacerlo efectivo"."

Así mismo, dicha Corporación ha enfatizado que el acceso a la justicia no puede ser meramente nominal, o simplemente enunciativo, sino que resulta imperativo su efectividad, a fin de asegurar una protección auténtica y real de las garantías y derechos objeto del debate procesal. Por lo tanto, y de conformidad con el principio de efectividad que se predica de todos los derechos fundamentales, es necesario que el acceso y el procedimiento que lo desarrolla, sea igualmente interpretado a la luz del ordenamiento superior, "en el sentido que resulte más favorable al logro y realización del derecho sustancial, consultando en todo caso el verdadero espíritu y finalidad de la ley (C-227-09)."

Con base en lo anterior y si en gracia de discusión se aceptara alguna inconsistencia que no la hay, en aras de garantizar el principio de prevalencia del derecho sustancial, el derecho fundamental al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, ésta Sala revocará el auto apelado para que en su lugar la Jueza proceda a imprimirle el trámite respectivo, de conformidad con el artículo 114 del C.S.T. modificado por la Ley 712 de 2001, esto es, admitir la presente demanda de fuero sindical y en consecuencia le corra traslado de la demanda a las partes, y las cite para audiencia que tendrá lugar al quinto (5to) día hábil siguiente a la notificación.”

FUENTE NORMATIVA: Auto del 25 de marzo de 2010, Rad. 33346-C, Sala 2º Decisión Laboral Tribunal Superior de Barranquilla, Corte Constitucional. Sentencia C-339/96 M.P. Dr. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez, C-669/04 y C-227-09

DEMANDANTE: ALUMINIO REYNOLDS SANTODOMINGO S.A.

DEMANDADO: RICARDO HOOVER SAAVEDRA GUTIERREZ

RADICACIÓN: 08-001-31-05-004-2011-00752-01/48.054-F

FECHA: Veintiocho (28) días del mes de Septiembre del año dos mil doce (2012)

DECISIÓN: Revoca decisión de primera instancia. Conmina a Juez

PENSIONES DE ALTO RIESGO–Evolución legislativa/ **RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN ESPECIAL DE ALTO RIESGO**–
Debe en cada caso analizarse las circunstancias fácticas del caso, la labor desempeñada, el grado de exposición del asegurado frente al riesgo/**INTERESES MORATORIOS**–Improcedencia por no haberse causado

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. EFRAÍN ALFONSO YAÑEZ RIVEROS

Causa fáctica: En el presente caso conoce el Tribunal en grado jurisdiccional de consulta una sentencia de primer grado que absuelve al ISS del reconocimiento y pago de una pensión de alto riesgo al actor, que le había sido negada por la administradora de fondo de pensiones.

Extractos: “Al respecto es menester destacar, que el riesgo debe entenderse como una contingencia que en términos probabilísticos posee mayor entidad de causar daños. La pensión de alto riesgo se establece como una figura legal que les permite a los trabajadores expuestos a circunstancias excepcionales de trabajo consagradas en la ley, acceder a una pensión de manera anticipada. Se trata de una garantía consagrada por el legislador para aquellas personas que en el ejercicio de sus labores se encuentran expuestas de manera permanente, ya sea a altas temperaturas o a sustancias comprobadamente cancerígenas.

El decreto 758 de 1990, plasmó dentro de sus disposiciones normativas, particularmente en su artículo 15, unos requisitos específicos para que las personas que se encontraran expuestas a los factores de riesgo pudieran acceder a ella, consagrando al respecto:

ARTÍCULO 15. PENSIONES DE VEJEZ ESPECIALES. La edad para el derecho a la pensión de vejez de los trabajadores que a continuación se relacionan, se disminuirán en un (1) año por cada cincuenta (50)

semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad.

- a) Trabajadores mineros que presten su servicio en socavones o su labor sea subterránea;
- b) Trabajadores dedicados a actividades que impliquen exposición a altas temperaturas;
- c) Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes y,
- d) Trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígenas.

PARÁGRAFO 1. Para la aplicación de este artículo, las dependencias de salud ocupacional del ISS calificarán, en cada caso, la actividad desarrollada previa investigación sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición.

PARÁGRAFO 2. La Dirección General del Instituto mediante resolución motivada podrá ampliar y actualizar las causas que originan pensiones de vejez.

Aparecen con posterioridad en el ordenamiento jurídico normas que entran a regular lo referente a las pensiones especiales de alto riesgo, dentro de ellas el decreto 1281 de 1994, y el decreto 2090 de 2003, efectuando dentro de su contenido, definiciones respecto a las actividades de alto riesgo, y modificando los requisitos requeridos para acceder a ella. Sin embargo el legislador bajo el reconocimiento de las filosofías que inspiran el derecho laboral se preocupó por respetar los derechos adquiridos y las expectativas legítimas de quienes tienen derecho a pensionarse, razón que permitió plasmar en el artículo 8 del decreto 1281 de 1994, un régimen de transición para acceder a la pensión especial de vejez de alto riesgo, consagrando al respecto:

Decreto 1281 de 1994. ARTICULO 8o. REGIMEN DE TRANSICION PARA ACCEDER A LA PENSION ESPECIAL DE VEJEZ. La edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión especial, de las personas que al momento de entrar en vigencia este decreto tenga treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

El ingreso base para liquidar la pensión especial de vejez referida en el inciso anterior a quienes les faltase menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuese superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida al DANE.

Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia del presente decreto, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años. (...)

Las anteriores precisiones resultan importantes, para efecto de establecer el fundamento jurídico que guiará el presente proceso argumentativo. En tal sentido logra advertirse que el señor JOSE HERNANDEZ JIMENEZ, tal y como se observa en el reporte de semanas cotizadas obrante de folio 21 a 26, nació el día 06 de noviembre de 1952, de suerte que le resulta aplicable las disposiciones contenidas en el acuerdo 049 de 1990 por tener a la fecha de entrada en vigencia el decreto 1281 de 1994, más de cuarenta años.

En cuanto a la exposición del actor al riesgo, logra acreditarse que el señor JOSE HERNANDEZ JIMENEZ, laboró en los cargos de OPERARIO I HORMADOR, desde el 12 de enero de 1981, hasta el 31 de mayo del año 2000 tal y como se observa a folio 19 y 20 y del acta de conciliación obrante a folio 155 y subsiguientes del expediente.

Resulta ahora pertinente determinar si los referidos cargos se encontraban expuestos a circunstancias de alto riesgo. Al respecto se puede observar el oficio dirigido al jefe del departamento de ATEP, ARP I.S.S. seccional Atlántico, referencia: solicitud de pensiones de alto riesgo de la empresa Philips S.A., obrante de folios 27 a 34 en donde se consagra en el acápite “conclusiones” los oficios involucradas en exposiciones de altas temperaturas en forma permanente en turnos de 8 horas, en el que se encuentran los trabajadores de hornadoras.

Se encuentra además el informe sobre estudio de temperatura practicado a la empresa INDUSTRIAS PHILIPS SA, visible de folio 36 a 65, en el cual logra observarse precisamente las tareas que se ejecutan y las temperaturas a las que se encontraban expuestos los trabajadores. Dentro de ellos el operario de maquina hornadora, el cual estaba expuesto a las siguientes temperaturas: $t_g = 40^{\circ}\text{C} = 104^{\circ}\text{F}$ – $t_{bs} = 34^{\circ}\text{C} = 93.2^{\circ}\text{F}$ – $t_{bh} = 83^{\circ}\text{F}$ – $V = 700\text{ps/min}$. Donde, t_g , es termómetro de globo, el cual evalúa el calor radiante en grados centígrados. TBS , es psicómetro que mide el bulbo seco, Mide la temperatura ambiental de un recinto, y se toma con un termómetro mercurio en grados centígrados y TBH mide el bulbo húmedo en grados Fahrenheit, la cual es la temperatura en equilibrio alcanzada por una superficie de evaporación, ocurre cuando la velocidad de calor transferido a la superficie por convección es igual al calor perdido por evaporación; y V , es la velocidad del aire. En términos sencillos y haciendo un símil, la temperatura ambiental a las 12 del día es de 34° centígrados.

En conclusión se encuentra acreditado que el actor se encontraba expuesto a condiciones de alto riesgo. Ahora bien, para efectos de establecer la disminución de la edad pensional, y luego de analizar la relación de semanas cotizadas logra avizorarse en cuanto a las semanas cotizadas durante su vinculación a INDUSTRIAS PHILIPS S.A., que ha cotizado 801.71 semanas, es decir solo logró cotizar 52 semanas, luego de las 750, lo que le otorga el descuento de un año para lograr acceder al derecho a la pensión por alto riesgo.

En cuanto al IBL es preciso reseñar que el artículo 36 de la ley 100 de 1993, claramente expresa las reglas para obtener el ingreso base de liquidación, partiendo de la premisa de respetar únicamente el porcentaje, o monto de la pensión del régimen anterior, e indicando las pautas de cómo obtener el ingreso base para liquidar la pensión de vejez.

En ese orden de ideas, dando aplicación al artículo 12 del decreto 758 de 1990, la edad para adquirir el derecho a la pensión especial de vejez aplicada la disminución en la edad pensional es de 59 años, la cual fue alcanzada el día 6 de noviembre de 2011.

En cuanto al porcentaje o monto inicial de la pensión especial a que tiene derecho el actor, se tiene en cuenta lo previsto por el artículo 20 parágrafos 1° y 2° del Decreto 758 de 1990, según el cual se parte de una cuantía básica igual al 45% del salario base mensual, aumentada al 3% del mismo salario mensual de base por cada 50 semanas de cotización que el asegurado acreditó con posterioridad a las primeras 500, sin que el porcentaje sobrepase el 90% del salario base mensual, ni sea inferior al salario mínimo legal mensual.

En consecuencia, como el actor a 30 de junio de 2004, fecha en que se desvinculó del sistema, cotizó 1.170.29 semanas, la cuantía básica de la pensión es del 45%, más el 39% que resulta de los aumentos por cada 50 semanas de cotización con posterioridad a las primeras 500, lo que arroja una cuantía pensional del 84% del salario mensual base.

En cuanto al ingreso base para liquidar la pensión, como al actor le faltaban más de diez años para adquirir el derecho a la pensión al 01 de abril de 1994, se aplica el artículo 21 de la ley 100 de 1993, por lo que ha de tenerse en cuenta el promedio de cotización de los últimos diez años, actualizado anualmente con base en la variación de índice de precios del consumidor tal como lo establece el artículo 21 de la ley 100 de 1993. En consecuencia, el ingreso base de liquidación asciende al monto de. Un millón doscientos dos mil novecientos treinta y siete pesos (\$1,202,937) El cual multiplicado por la tasa de remplazo del 84 % entrega un total de un millón diez mil cuatrocientos sesenta y siete pesos (\$1,010,467).

En consecuencia se condenará a la demandada INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, a reconocer y pagar a favor del señor JOSE ALEJANDRO HERNANDEZ JIMENEZ, pensión especial de alto riesgo, en cuantía un millón diez mil cuatrocientos sesenta y siete pesos (\$1,010,467), a partir del día seis del mes de noviembre del año 2011, y el retroactivo que se genere a partir de tal fecha y hasta el momento del pago de la pensión, debidamente indexado.

Por tales argumentos además se declararán no probadas las excepciones propuestas por los apoderados de las demandadas. Por último no se condenará al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 por cuanto no existe mora en el pago de las mesadas pensionales.

Debe aclararse que en el presente asunto se decretó prueba de oficio para verificar si el actor actualmente se encontraba recibiendo algún tipo de asignación pensional por parte del ISS, en razón a que el actor en la demanda, y en específico en el acápite "JUSTIFICACIÓN" manifiesta *"que lo realmente solicitado es el cambio de la pensión de vejez, por la de alto riesgo"*, sin embargo logra constarse a partir de la documental obrante a folio 199 aportada por el ISS que el actor actualmente no se encuentra pensionado.

De otra arista resalta la Sala, que la presente pensión es reconocida con fecha posterior a la presentación de la demanda. Lo anterior conllevaría a que a priori se considerara que nos encontramos frente a un caso de petición anticipada de pensión, la cual en profusos fallos emitidos por ésta Sala ha sido negada, dentro de ellos los radicados 30.757, 26.438, 28.713, 28.876, arguyendo lo siguiente:

"Se torna inconcebible la proposición de la recurrente en pretender el reconocimiento de un derecho que al momento de la presentación de la demanda no se había adquirido. Debe entenderse por simple lógica jurídica y procesal que cuando se presenta una demanda porque se pretende la declaración de un derecho que se estima tener, y por ende se aspira a que una persona natural o jurídica responda por ese derecho, ya se deben haber cumplido las condiciones legales para que la justicia entre a definir que en efecto el mismo se adquirió, pues no es dable procesalmente que se concedan u otorguen prestaciones a futuro dado que son inexistentes y por tanto la justicia no puede, bajo ningún pretexto entrar a ampararlas".

Sin embargo el presente asunto, no presenta identidad frente a los ya citados pronunciamientos, lo anterior en razón a que la pretensión debatida se traduce en el reconocimiento de una pensión de alto riesgo, la cual permite generar una disminución en la edad pensional conforme se acredite la exposición a las circunstancias de riesgo establecidas en la norma.

Tal situación puede generar en la persona que pretende demandar, la creencia que la disminución pensional puede ser mayor a la que en derecho corresponda, posibilitándose ora sea la establecida por el demandante ora por el administrador de justicia, generándose la consecuente posibilidad lógica de reconocer un derecho pensional que podría no encontrarse constituido al momento de interponer la demanda y si dentro del transcurso del proceso, como resulta en el caso que nos ocupa. Lo cual resulta completamente plausible, y no por ello indebido.

Por otra parte la pensión de alto riesgo es en la práctica eminentemente contenciosa. Lo anterior resulta debido a que la administradora de fondo de pensiones, no posee las herramientas idóneas para establecer la existencia de circunstancias de alto riesgo, y la consecuente disminución en la edad pensional, siendo entonces el administrador de justicia el encargado de efectuar dicho análisis y concretar el derecho.

En consecuencia si se asumieran los criterios esbozados por la sala para negar las solicitudes de pensión anticipada, se vulnerarían los derechos fundamentales al actor del acceso a la administración de justicia, celeridad, y eficacia. Ello en la medida en que independientemente que el presente proceso no haga tránsito a cosa juzgada, se necesitaría para declarar el derecho del actor iniciar un nuevo proceso, para efectos de que sea el juez nuevamente el que disponga si existe exposición a circunstancias de riesgo o no.

Por todo lo dicho ésta Sala revocará la sentencia objeto de estudios para en su lugar condenar a la demandada Instituto De Seguros Sociales, al reconocimiento y pago de una pensión especial de alto riesgo, a favor del señor JOSE HERNANDEZ JIMENEZ.”

FUENTE NORMATIVA: Decreto 758 de 1990, art. 15, decreto 1281 de 1994, art. 8° y 2090 de 2003, Acuerdo 049 de 1990 ISS, Artículo 20 parágrafos 1° y 2° del Decreto 758 de 1990.

DEMANDANTE: José Hernández Jiménez

DEMANDADO: I.S.S. y Philips Colombiana de Comercialización S.A.

FECHA: Septiembre 10 de 2012

RADICACIÓN: 38.486 – E

DECISIÓN: Revoca decisión de primera instancia consultada.

MANDAMIENTO DE PAGO–Extremos temporales que deben tenerse en cuenta al proferirlo/**PAGO POR CONSIGNACIÓN**–En que momento se entiende realizado/**INDEMNIZACIÓN MORATORIA**– Para que cesen sus efectos debe ponerse a disposición del beneficiario la suma correspondiente mediante la orden de su entrega por el juez

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. VICENTE DE SANTIS CABALLERO

Causa fáctica. En el presente caso, la parte recurrente pretende que sea modificado el monto por el cual fue librado el mandamiento de pago por el Juez A-quo, como quiera que estima que debe ordenarse el pago de una suma mayor

teniendo en cuenta la fecha de la entrega efectiva del dinero puesto a su disposición como cumplimiento de una sentencia judicial.

Extractos. “Se centra el debate en determinar principalmente en qué momento se entiende satisfecho el pago de las condenas impuestas en las instancias, en aras de establecer cuál es el extremo final a tenerse en cuenta para efectos de la reliquidación de los salarios moratorios condenados, es decir, si se ha de tenerse en cuenta hasta la fecha en que la entidad bancaria consignó a órdenes del juzgado para efectos de la cancelación de la suma señalada en el mandamiento de pago dentro del presente proceso ejecutivo⁵ <postura del juzgado>, ó hasta la entrega del dinero⁶ <postura del recurrente>. Lo anterior, considerando que aquellos sólo fueron calculados hasta el 22 de octubre de 2010 en el mandamiento de pago.

De acuerdo al artículo 100 del C.P.L., en concordancia con el 488 del C.P.C., puede exigirse a través del proceso ejecutivo laboral toda obligación clara, expresa y exigible de pagar una suma de dinero, o por obligaciones de dar, hacer o no hacer, provenientes u originarias de una relación de trabajo, la cual debe constar en documento que provenga del deudor o de su causante, e igualmente, para cuando emane de una decisión judicial o arbitral en firme.

Descendiendo al problema jurídico planteado hemos de manifestar que, en primer lugar, es posible procesalmente la actualización del crédito exigido ejecutivamente dada la fecha en que se produce el mandamiento ejecutivo de sumas de dinero e intereses, los cuales se libran hasta tanto se cancele la correspondiente obligación, es decir, ellos se siguen generando con el transcurso del tiempo. En efecto, el artículo 521 del C. de P.C., aplicable a nuestro caso, es del siguiente tenor:

“ART. 521.—**Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 279. Liquidación del crédito y de las costas.** Ejecutoriada la sentencia de que trata el artículo 507 o la contemplada en la letra e), del numeral 2º del artículo 570, (sic) se practicará por separado la liquidación del crédito y la de las costas. Para la de éstas se aplicará lo dispuesto en el artículo 393; la del crédito se sujetará a las siguientes reglas:

1. El ejecutante, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, o a la notificación del auto que ordene cumplir lo resuelto por el superior, según el caso, deberá presentar la liquidación especificada del capital y de los intereses, y si fuere el caso de la conversión a moneda nacional de aquél y de éstos, de acuerdo con lo dispuesto en el mandamiento de pago, adjuntando los documentos que la sustenten, si fueren necesarios.
2. De dicha liquidación se dará traslado al ejecutado por tres días, mediante auto que no tendrá recursos, dentro de los cuales podrá formular objeciones y acompañar las pruebas que estime necesarias.
3. Vencido el traslado, el juez decidirá si aprueba o modifica la liquidación por auto apelable en el efecto diferido, recurso que no impedirá efectuar el remate de los bienes, ni la entrega de dineros al ejecutante en la parte que no es objeto de la apelación.

⁵ 16 de Noviembre de 2010

⁶ 13 de enero de 2011

4. Expirado el término para que el ejecutante presente la liquidación, mientras no lo hubiere hecho, el ejecutado podrá presentarla y se aplicará lo dispuesto en los numerales anteriores. Si pasados veinte días ninguno la hubiere presentado, la hará el secretario y se observará lo prevenido en los numerales 2º y 3º.

5. De la misma manera se procederá cuando se trate de liquidación adicional.

PAR.—**Adicionado. L. 446/98, art. 25. Liquidación de créditos.** En los procesos civiles y tratándose de liquidación de créditos si el demandante o, en su caso, la parte demandada cuando esté asistida de apoderado judicial, no la presenta dentro del término señalado en el Código de Procedimiento Civil, no podrá objetar la liquidación realizada por el secretario” (subrayas fuera del texto).

Es decir, la norma procesal contempla la posibilidad de que el crédito ya liquidado pueda ser adicionado en la misma forma como inicialmente se procedió, vale decir, el interesado, el ejecutado o el secretario del juzgado de acuerdo a las circunstancias, para cuando la obligación no se ha satisfecho, o lo haya sido en forma parcial, deberá presentar la nueva liquidación para acompañarla con el tiempo transcurrido, de la cual se dará traslado al ejecutado por tres (3) días para formular objeciones, y posteriormente ser aprobada o modificada por el Juez (control de legalidad).

En el sub lite, se discute en qué momento se entiende satisfecho el pago de las condenas impuestas en las instancias, a efectos de establecer el extremo final a tenerse en cuenta para la liquidación de los salarios moratorios, puesto que sólo fueron calculados hasta el 22 de octubre de 2010 en el mandamiento de pago.

En efecto, la condena impuesta en primera instancia, confirmada en ésta por la Sala de Descongestión del Tribunal, dispuso: *“2. Condenar al Instituto de Seguros Sociales, a pagar al demandante señor, Diego Montes Vallejo identificado con la Cédula de Ciudadanía No. de Barranquilla, la suma de \$99.140,34, por conceptos de salarios moratorios diarios a partir del 16 de Mayo del 2003, a título de sanción moratoria, **hasta cuando se cancele la condena impuesta**”.* Negrillas son nuestras.–

En ese orden, corresponde estudiar en qué momento se entiende efectuado el pago.

Al respecto, el artículo 1626 del Código Civil Colombiano, estipuló que “El pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, mientras que el artículo 1657 define que es el pago por consignación, así “La consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona”, disponiendo en el artículo 1656 sobre la validez del mismo, que: “Para que el pago sea válido no es menester que se haga con el consentimiento del acreedor; el pago es válido aún contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación” y en el artículo 1663, que “El efecto de la consignación válida es extinguir la obligación, hacer cesar, en consecuencia, los intereses y eximir del peligro de la cosa al deudor; todo ello desde el día de la consignación”.

El recurrente alega que no se entiende efectuado el pago a la fecha de la consignación de la suma señalada en el mandamiento ejecutivo, por cuanto la ejecutada no fue la que la hizo, sino el Banco, razón por la que aquel debe considerarse satisfecho hasta el día en que se hizo la entrega del dinero.

Sobre el particular, el artículo 1630 ibídem, establece que “Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor”. Seguidamente el artículo 1634, dice que “Para que el pago sea válido, debe hacerse o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito aún a título singular), o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro.

El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía”. Subrayas para destacar.-

En sentencia del 13 de agosto de 2012 proferida por Nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. LUIS GABRIEL MIRANDA, dentro de la acción de tutela Rad. 29698, se dijo:

“(…)

En el caso del pago por consignación en asuntos laborales, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene dispuesto que cuando no haya acuerdo entre empleador y trabajador acerca de las deudas por conceptos laborales, el primero cumple con sus obligaciones consignando ante el juez del trabajo, o en su defecto ante la primera autoridad política del lugar, lo que cree deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia. Ahora, la literalidad del artículo en comento no indica necesariamente que para la validez de un pago por consignación, tenga que existir siempre el desacuerdo entre los sujetos del contrato de trabajo, pues lo que importa es que se haga efectivamente la consignación para que el deudor-empleador entienda cumplida sus obligaciones. De ahí que, sin existir el desacuerdo, bien puede el empleador consignar lo que cree deber, hecho importante en la medida en que dicha consignación puede tener plenos efectos liberatorios en torno a una eventual condena por la indemnización moratoria.

Asimismo, importa destacar que el pago por consignación, en estricto sentido, no es un proceso como tal, pues no hay partes enfrentadas dentro de una contención, sino simplemente un acto del deudor-empleador de consignar lo que cree deber a su extrabajador mientras la justicia del trabajo resuelve la controversia. Y frente a ese acto, sin condicionamiento alguno y que es la regla general, bien puede ocurrir que el juzgado la acepte y ordene la entrega a su beneficiario, o ya se abstenga de entregarlo, porque la voluntad de quien consigna es la de retención del respectivo depósito.

Así, en sentencia del 11 de abril de 1985, esta Sala de la Corte, sobre el particular, observó lo siguiente:

“El pago por consignación es un acto complejo que supone la sucesión de varios pasos, comenzando por el depósito mismo en el Banco..., siguiendo por la remisión del título al Juzgado Laboral y concluyendo con la orden del juez aceptando la oferta de pago y disponiendo su entrega, acto este último que reviste importancia frente al problema de la mora en los eventos en que el juez se ve impedido de disponer tal entrega por circunstancias imputables a la responsabilidad del deudor o consignante

Para que el pago por consignación produzca sus efectos plenamente liberatorios es indispensable que alcance el efecto de dejar a disposición del beneficiario la suma correspondiente y ello se logra mediante la orden del juez ordenando lo pertinente. Sólo en tal momento debe tenerse por cumplida la condición que cese el efecto de la indemnización moratoria, salvo que la razón por la cual no se produzca esa orden no sea imputable a la responsabilidad del consignante”.

En ese orden, corresponde precisar a la Corte, que aceptada la oferta de pago por el juzgado depositario, esa decisión debe ser puesta en conocimiento del beneficiario de dicha oferta. Aún más, a ese conocimiento puede llegar este último porque el consignante tuvo a bien enterarlo de la consignación. Pero en cualquier caso, lo importante es que el

beneficiario del importe tenga conocimiento de la consignación en uno u otro sentido, porque cualquiera decisión judicial debe estar impregnada del principio de la publicidad.

(...)

En el asunto bajo examen y pese a los requerimientos telefónicos que se le hicieron al Juzgado en el cual reposaba el título de depósito judicial, no fue posible obtener copia de las diligencias de pago por consignación que permitieran establecer, de un lado, que la oferta de pago fue aceptada por el referido despacho judicial, y de otro, que de la misma hubiera sido enterada la beneficiaria por cualquier medio que permitiera deducir su conocimiento. Por tanto, la manifestación de la accionante en el sentido de no haber tenido en ningún momento información sobre la consignación a su favor y que por su extrema pobreza tuvo que salir de la ciudad, queda amparada por la presunción de veracidad.

(...)”Subrayas para resaltar.-

En nuestro caso, según el título judicial a folio 290 el depósito fue efectuado por el Banco el 16 de noviembre de 2010 por valor de \$290.886.708.64, a favor de HERIBERTO OROZCO OCAMPO⁷ dentro del proceso de DIEGO MONTES VALLEJO contra el ISS.

Luego entonces, conforme a la normatividad estudiada salta a la vista que el pago no sólo se entiende efectivo con la entrega física de las sumas de dinero adeudadas, sino que también es válido cuando se realiza mediante una consignación por cuanto conlleva como efecto hacer cesar la obligación. Exactamente, según las voces recientes de nuestra Corte, para que cesen los efectos de la indemnización moratoria es importante que se ponga a disposición del beneficiario la suma correspondiente mediante la orden de su entrega por el juez, debiéndose en todo caso notificar al interesado sobre la consignación por parte del deudor.

Amen de lo anterior, debe decirse que el hecho de que la deuda sea cancelada por persona distinta al deudor no le resta validez al pago por consignación, pues en el presente asunto es cierto que fue dispuesto por la entidad bancaria donde el ISS posee sus cuentas, más lo fue en virtud de una orden judicial con el pleno de los requisitos para ello, habiendo sido consignadas las sumas adeudadas a ordenes del juzgado y con autorización de su entrega a nombre del apoderado del ejecutante con facultades para recibir.

En consecuencia, no existe asomo de dudas que para efectos de la liquidación de los salarios moratorios ha de tomarse desde el día 23 de octubre de 2010 hasta el 11 de enero de 2011, por ser éste el momento de la ejecutoria del auto del 10 de diciembre de 2010 – el cual fuere notificado por estado el 13 de diciembre de 2010⁸–, a través del que se entiende se puso a disposición y en conocimiento del beneficiario las sumas correspondientes, quedando por lo tanto satisfecha la obligación a esa fecha y así mismo, cesado las consecuencias de la sanción impuesta en la sentencia de primera instancia, confirmada por la Sala de Descongestión del Tribunal, pues recuérdese que la misma dispuso que aquella iría “...**hasta cuando se cancele la condena impuesta**”.

⁷ Quien según poder otorgado por la apoderada general del señor DIEGO MONTES VALLEJO tiene expresas facultades para recibir, fl. 5

⁸ La ejecutoria se entiende surtida a los tres días siguientes a su notificación por estado: 14, 15 y 16 de diciembre (martes, miércoles y jueves), siendo el día 17 festivo para la rama judicial (viernes) y corriendo a partir de aquí la vacancia judicial hasta el 11 de enero de 2011 que se retoman las actividades, por lo tanto a esta fecha es que se entendía ejecutoriado el auto comentado.

FUENTE NORMATIVA: Artículo 100 del C.P.L, Artículo 488 y 521 del C.P.C., artículo 1626, 1630, 1634, 1656, 1657 y 1663 Código Civil

EJECUTANTE: Diego Montes Vallejo

EJECUTADO: Instituto de Seguro Social

FECHA: 1 de octubre de 2012

RADICACIÓN: 08-001-31-05-001-2006-00522-01/29.453

DECISIÓN: Modificar el auto de primera instancia.

3. SALA PENAL

AUDIENCIA DE VERIFICACIÓN Y/O APROBACIÓN DE ALLANAMIENTO–Finalidad–El juez de conocimiento no puede “usurpar” en sus funciones al Juez de Control de Garantías/**CAMBIO JURISPRUDENCIAL**–La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia varió la posición que venía asumiendo respecto de desistir de los cargos aceptados con posterioridad a la diligencia de allanamiento/**EFFECTOS RETROACTIVOS**– La Jurisprudencia como fuente auxiliar del derecho no los tiene/**PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA**–Es uno de los requisitos en materia penal para acceder a nulidades procesales

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, el defensor del procesado presentó recurso de apelación contra el auto que le negó la nulidad de la audiencia de aprobación de allanamiento por considerar que la ausencia del imputado hacía anulable dicha actuación, amén de la expedición de un precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, que variaba la posición que venía asumiendo acerca del tema.

Extractos. “Fue así como al amparo del poder de configuración del Estado, buscando siempre la agilidad y austeridad económica mas beneficios punitivos para un imputado, creó las figuras de los allanamientos, preacuerdos y negociación, como herramientas válidas, que por política criminal, tiene la mejor expresión de ahorrar esfuerzos al Estado, para resolver asuntos penales de manera célere y desde luego garantizando los derechos fundamentales de indiciado, imputado ora procesado. Por eso, esa *finalidad* se encuentra incita en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, con un variado plexo de motivos que guían sus existencias cuando nos previenen que los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el Imputado o Acusado, se sustentan “*Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso*”.

En nuestro caso, el señor Aldair Villa Gómez, abrió el camino de terminación anticipada del proceso penal, aceptando los cargos en la Audiencia de Formulación de Imputación ante el Juez de Control de Garantías, quien en esa oportunidad, a juicio del a quo, comprobó que la manifestación del imputado era voluntaria, libre y consciente y le

informó sobre los beneficios e implicaciones de su expresión; conclusiones a las que arribó una vez escuchado el audio contentivo de dicha diligencia, por lo que impartió legalidad al allanamiento.

Se observa, entonces, que la nulidad deprecada tiene que ver con la prescindencia de la presencia del señor Aldair Villa Gómez, por parte del Juez, quien no estimó necesaria su comparecencia a la luz de los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

Al respecto, este Tribunal encuentra que, de manera razonada el Juez de Primera Instancia, asumió esta posición en el desarrollo del proceso penal, porque bien estimó, en su ejercicio comprensivo de las fuentes formales del derecho, que el Juez de Conocimiento no tenía que interrogar de nuevo a la persona sobre los elementos de voluntad y conocimiento, en el marco de la aceptación de los cargos, pues, esta ya había sido una tarea adelantada por el Juez de Control de Garantías en la actuación que auscultaba, siendo, pues, intrascendente la presencia o no del imputado en la diligencia de verificación de la legalidad y contenido de lo aceptado.

Este criterio, en que el Juzgador fundamenta y defiende su actuación, había sido el preponderante entre los operadores judiciales sobre las incidencias de la aceptación de los cargos, en efecto, la sentencia de octubre 20 de 2005, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo consignaba de la siguiente manera.

“En tal actuación y en el marco del principio de lealtad que las partes deben acatar, por surgir la aceptación de cargos de un acto unilateral del procesado, que decide allanarse a los que le fueron formulados en la audiencia imputación con el fin de obtener una rebaja significativa en el quantum de la pena – como ocurre en este caso–, no hay lugar a controvertir con posterioridad a la aceptación del allanamiento por parte del Juez, la lesividad del comportamiento, o aducir causales de justificación o de inculpabilidad.

En otras palabras, luego de que el Juez de control de garantías acepta el allanamiento por encontrar que es voluntario, libre y espontáneo, no es posible retractarse de lo que se ha admitido y el Juez de conocimiento debe proceder a señalar fecha y hora para dictar sentencia e individualizar la pena (artículos 131 y 293 de la ley 906 de 2004). En consecuencia, es incompatible con el principio de lealtad, toda impugnación que busque deshacer los efectos del acuerdo o la aceptación de la responsabilidad.

Ahora bien, si la aceptación de los cargos corresponde a un acto libre, voluntario y espontáneo del imputado, que se produce dentro del respeto a sus derechos fundamentales y que como tal suple toda actividad probatoria que permite concluir más allá de toda duda razonable que el procesado es responsable de la conducta, el Juez no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación.”⁹*(Negrilla por fuera del texto original).*

De esta manera, en la audiencia de Verificación y/o Aprobación de la Aceptación de los Cargos, el Juez de Conocimiento debía abstenerse de “usurpar” las funciones ya cumplidas por el Juez de Control de Garantías, limitándose a realizar la

⁹ Sentencia de octubre 20 de 2005. Rad. 24026. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

actuación con fundamento en los resultados de la audiencia anterior y fijando fecha para dictar sentencia e individualizar la pena del imputado que se allanó.

No obstante, y tal como lo expuso el abogado defensor y admite también el a quo, este criterio orientador de la Jurisprudencia Nacional, dio un giro sustancial, al considerarse, en un reciente pronunciamiento que:

“Esta postura contraría expresamente el texto claro del inciso segundo del artículo 293 de la codificación procesal, en cuanto minimiza y subvalora el papel que desempeña el Juez de Conocimiento al momento de ejercer el control de legalidad sobre la aceptación, asignándole el rol de simple fedatario de lo realizado ante el juez de control de garantías y cuya actividad se restringe prácticamente a fijar la pena, razón por la cual con posterioridad fue variada por la Sala recabándose en que el acto de verificación comprende un verdadero control formal y material.”¹⁰

Conforme a lo anterior, el Juez de Conocimiento debe dejar de ser un convidado de piedra dentro de la actuación posterior a la aceptación de los cargos, asumiendo un papel más acorde con la responsabilidad de emitir, el acto definitivo dentro de la actuación procesal.

Ahora bien, es preciso indicar que no es el cambio en el criterio jurisprudencial sobre el papel del Juez de Conocimiento lo que determinará en este caso la solución al problema jurídico suscitado, pues la Sala observa que la audiencia de verificación y/o aprobación del allanamiento adelantada por el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Soledad, fue celebrada el 9 de mayo de 2012, antes que la Corte Suprema de Justicia, variara su posición sobre el asunto anteriormente dilucidado, no siendo oponible, entonces, por parte de la defensa del señor Aldair Villa Gómez, criterios vinculantes, como fuente formal auxiliar del Derecho, emitidos con posterioridad.

De aplicarse efectos retroactivos a las actuaciones ya culminadas, pretendiendo, entonces, como lo hace la defensa, que se repitan y ajusten a las nuevas orientaciones; es evidente que implicaría una trasgresión al principio de seguridad jurídica que guía la función de administrar justicia. Máxime cuando la petición de nulidad carece de trascendencia jurídica, pues según el mismo dicho de la Defensa, el imputado no pretende de ninguna manera, retractarse de la aceptación de los cargos,¹¹ ni se acredita la vulneración de garantías fundamentales del procesado, a pesar que enfatiza que si existieron.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 348 de la Ley 906 de 2004, sentencia de octubre 20 de 2005 y 30 de mayo de 2012. Rad. 37668. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

PROCESADO: ALDAIR VILLA GÓMEZ

FECHA: Septiembre 4 de 2012

¹⁰ Sentencia del 30 de mayo de 2012. Rad. 37668. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

¹¹ Así consta en audio que contiene la Audiencia de fecha 2 de agosto de 2012: *“en ningún momento esta Defensa, bajo ninguna circunstancia esta solicitando retractación, aquí se ha predicado de salida que se violentaron garantías fundamentales y el Debido Proceso, y es que no le está permitido al apoderador judicial, a pesar de la jurisprudencia que se ha leído, que bajo ningún contexto esta como sustento de la nulidad, sino como orientación y comunicación, porque yo no he pedido aquí en ningún momento que se decrete la nulidad para para que la persona venga a retractarse o que se va a retractar del allanamiento de la diligencia del 27 de marzo.”*

FRAUDE PROCESAL–Características del tipo penal–Reiteración Jurisprudencial/**MATERIALIDAD DE LA CONDUCTA**–La procesada con su actuar adecuó su conducta al tipo penal por el cual es enjuiciada conforme el acervo probatorio obrante en el proceso/**DEMANDA DE PARTE CIVIL**–Admisibilidad/**TASACIÓN DE PERJUICIOS**–Orfandad probatoria imposibilita condena indemnizatoria

MAGISTRADO PONENTE: Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa fáctica. En el presente caso, recurre la sentencia de primera instancia tramitada en Ley 600 de 2000 la defensa técnica y parte civil, por considerar que la procesada no actuó con dolo, ni está acreditado que sea la persona que allegó los documentos pertinentes para inducir en error al funcionario público, y la parte civil por su parte censura que el juez de primera instancia dejó sin efectos la demanda que busca el resarcimiento de los perjuicios materiales y morales irrogados con el delito.

Extractos: *Uno.–El delito de fraude procesal (categorizado como de mera conducta, de peligro, de conducta instantánea y mono–ofensivo), objetivamente, implica los siguientes presupuestos: (i) el despliegue de una conducta que provoque el error mediante el engaño (sea sutil o habilidoso) en un servidor público; (ii) no es necesario que el funcionario público caiga en el error o que profiera el acto administrativo o la providencia que pretende el sujeto agente, sino que basta con la intención de este; y (iii) es requisito *sine qua non* que el sujeto agente tenga como fin la producción de un resolución irregular. Sobre el particular la jurisprudencia ha precisado lo siguiente:

“...Para el encasillamiento de una conducta en este tipo penal es imprescindible la concurrencia de las siguientes condiciones. Sujeto activo indeterminado, dado que la ley no exige ninguna cualificación al autor del supuesto de hecho. La conducta se concreta en la inducción en error del servidor público a través de medios fraudulentos idóneos, es decir, que para su perfeccionamiento no se necesita que el funcionario haya sido engañado sino que los mecanismos utilizados tengan la fuerza suficiente para ello. Como ingrediente subjetivo específico del tipo, se destaca que la conducta debe ser orientada a conseguir una decisión injusta favorable a los intereses del autor por medio de sentencia, resolución o acto administrativo. Se deduce de lo anterior, que es un tipo de mera conducta en razón a que se perfecciona cuando se logra la inducción en error del servidor público por medios engañosos o artificiosos idóneos y su efectos se prolongarán en el tiempo en tanto perviva el estado de error y se obtenga la decisión pretendida, aun después si se necesita para su ejecución de actos posteriores. Es decir, no requiere el logro de la decisión anhelada, sentencia, resolución o acto administrativo ilegal que de producirse configuraría su agotamiento...”¹²

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de septiembre de 2002. Radicado N° 17703. MP Dr. Édgar Lombana Trujillo.

Dos.-A juicio de la Sala es necesario establecer con claridad lo sucedido: Jacqueline le vendió un vehículo taxi de su propiedad al ciudadano Juan Antonio Torres, el cual tenía cupo para prestar el servicio público de transporte; posteriormente y de forma irregular se valió de una denuncia por un presunto hurto al vehículo que previamente había vendido y se acercó a la entidad encargada de administrar los asuntos de tránsito en Barranquilla (Metrotránsito) a fin de hacer valer una presunta certificación expedida por la Fiscalía y así obtener la reposición de cupo de taxi para las placas TQD-250; seguido, obtuvo de Metrotránsito una resolución a su favor con la que se le otorgó la reposición del cupo, el cual asignó a otro vehículo; finalmente la persona que tenía en su propiedad el vehículo (ciudadano Félix Tapiero Umaña) se percató que no tenía permiso para prestar el servicio de transporte ya que éste era usado por otro automóvil, razón por la que denunció los presentes hechos.

Tres.- Insiste la defensa en que si bien la procesada se vio beneficiada por la resolución final de Metrotránsito, no se demostró que ella hubiese tramitado directamente tal acto administrativo. Al respecto, la Sala disiente del criterio de la censura ya que existe en el expediente suficiente caudal probatorio del que se deduce la responsabilidad de la encartada. (...)

Cuatro.- En ese orden de ideas la Sala encuentra que la procesada le otorgó poder a otro ciudadano para que actuara a su nombre a fin de tramitar la reposición del cupo correspondiente al vehículo taxi de placas TQD-250, para lo cual se valió de documentación falsa (denuncia espuria y una certificación de la Fiscalía que resultó apócrifa) a fin de obtener la reposición del cupo correspondiente, en resolución 1087 de 2005 proferida por Metrotránsito. Es decir, allí se encuentran reunidos los requisitos que establece el artículo 9° del Código Penal para deducir que su conducta fue delictiva: (i) es típica objetivamente, porque hizo incurrir en un error a un funcionario judicial; (ii) es típica subjetivamente, no solo porque actuó con dolo sino porque su intención era obtener una resolución abiertamente improcedente; (iii) es antijurídica porque violentó el bien jurídico Administración de Justicia, sin que estuviera respaldada por la normativa penal vigente para actuar de esa manera; y (iv) culpable ya que consciente de que su pretensión era ilegal desplegó su comportamiento a fin de obtener un acto administrativo.

(...)

5.2. Sobre el recurso de la parte civil.

(...)

Dos.- Consideró el *a quo* que Tapiero Umaña no sufrió ninguna afectación en virtud a la conducta punible ya que él adquirió el bien a través del contrato de compraventa suscrito con Juan Torres de las Aguas y no medió negocio alguno con la procesada. No comparte la Sala tal apreciación del *a quo* ya que precisamente el recurrente fue la persona que a la postre resultó afectada por la acción de la procesada de reputar el vehículo vendido como hurtado, pedir la reposición del cupo de taxi que le asistía a ese rodante y asignarlo a otro automotor; por lo tanto, acertó el Fiscal instructor al admitir la demanda de constitución de parte civil presentada por el abogado de Tapiero Umaña, pues fue él quien terminó afectándose patrimonialmente al comprar un taxi (el que con seguridad lo iba a destinar para explotar los beneficios de tener un vehículo de servicio público en regla) que no tenía el permiso para funcionar.

Tres.- Una vez precisado que el ciudadano Tapiero Umaña sí es el perjudicado directo de la acción delictiva de León Donado, la Sala se pronuncia sobre la probable responsabilidad de la procesada en el pago de perjuicios. Desde ya la Sala anuncia que no accederá a la concesión de los mismos ya que:

1. Es deber de los sujetos procesales sustentar fáctica, probatoria y jurídicamente todas sus pretensiones a fin de que la Judicatura realice un análisis sobre estas y emita un pronunciamiento favorable.

2. Analizada la demanda de constitución de parte civil, se tiene que el apoderado apuntó lo siguiente sobre los perjuicios que le fueron causados a Tapiero Umaña.

“Acorde con lo anterior no cabe menor duda que...JAQUELINE LEÓN DONADO le ha ocasionado al señor FELIZ(sic) MARIA TAPIERO UMAÑA enormes daños y perjuicios que entro a tasar de la siguiente manera: MATERIALES Los estimo en una suma no inferior A LOS CINCUENTA (50) SALARIOS MÍNIMOS con fundamento en el valor del vehículo, su respectivo cupo, el tiempo que ha dejado de producir, los gastos de este proceso y la labor en Derecho. MORALES tasolos(sic) en CIEN SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES, teniendo presente las incesantes preocupaciones ocasionados por los responsables de estos, repudiados hechos extensivos a su familia...” (f.2 C. de la parte civil).

3. La Sala considera que las anteriores afirmaciones (no argumentos) no son suficientes para demostrar la pretensión económica de la parte civil respecto del pago de perjuicios materiales y morales. Esto porque ha sido criterio de la Colegiatura que para condenar en perjuicios materiales no es suficiente enunciarlos; es necesario probarlos y en el disenso es preciso argumentarlos de manera convincente. Incluso, en la demanda el abogado hace alusión a que los perjuicios materiales ascendieron a 50 SMLMV sin siquiera aportar una prueba sobre el real funcionamiento del automotor o los ingresos diarios de un taxi en la ciudad de Barranquilla. Tampoco argumentó de manera clara el por qué debía condenarse por perjuicios morales a la procesada ya que si bien el dolor no se prueba las meras afirmaciones del demandante no son suficientes para acceder a su pretensión. Lo anterior no impide que la parte interesada intente el cobro de los perjuicios ante la jurisdicción civil.”

FUENTE NORMATIVA: Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de septiembre de 2002. Radicado N° 17703. MP Dr. Édgar Lombana Trujillo, artículo 9° y 94 del Código Penal.

PROCESADO: Jackeline León Donado

RADICACIÓN: 2012-00196-P-MC

FECHA: Agosto 15 de 2012

PROVIDENCIA: Confirma parcialmente sentencia de primera instancia. Revoca numeral 5°. Ordena mantener la demanda de parte civil.

CONCIERTO PARA DELINQUIR–Elementos estructurales del delito–Concepto en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional/**ACERVO PROBATORIO**–Del que reposa en el expediente se colige que el procesado incurrió en la conducta de la que fue absuelto/**SEGURIDAD PÚBLICA**–Bien jurídico que resulta amenazado con la constitución de empresas constituidas para delinquir/**INTERCEPTACIONES TELÉFONICAS**–Prueba directa que conlleva a la certeza de la comisión del hecho punible por parte del acusado

MAGISTRADO SUSTANCIADOR. JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica. En el presente caso, se estudia el recurso de apelación que interpusiera tanto la Fiscalía como el Ministerio Público contra la decisión absolutoria que benefició al procesado, por considerar los recurrentes que existen suficientes elementos de juicio acreditados dentro del proceso que conllevan a declarar la responsabilidad del encartado por el delito de concierto para delinquir.

Extractos. "...no sobra recordar que el delito de Concierto para Delinquir, es de mera conducta o formal, ya que para que opere cabalmente su perfeccionamiento a la luz del derecho jurídico penal, se requiere, apenas, del concierto, acuerdo o convenio proyectado en el tiempo a cometer disímiles o plurimos delitos, sin importar que en esencia estos delitos lleguen a materializarse, lo importante es que el acuerdo de voluntades tenga esa vocación nocendi, que lo hace de naturaleza peligrosa y por contera lesiona en primer orden la Seguridad Pública, como interés general del Estado, para que opere la convivencia pacífica o la estabilidad del tejido social dentro de sus ordinarias actividades; desde luego que también es pluri ofensivo dado que en desarrollo del fin concertado se potencia la lesión o pone en peligro otros bienes jurídicos tutelados por el legislador, conviene pues en auxilio de nuestros asertos y para el tema específico, transcribir apartes de la Doctrina y la Jurisprudencia Penal.

Doctrina:

"Concierto es acuerdo, convenio, conjura o complot para delinquir, para realizar o ejecutar hechos punibles. Por ello el Código Penal de 1936 denominaba esta misma conducta como asociación para delinquir, con lo cual se expresaba la idea de reunión para cometer delitos.

Varios elementos se desprenden de este tipo:

- 1- *La reunión o intervención de varias personas. Por tanto se trata de un delito plurisubjetivo.*
- 2- *El concierto, acuerdo o convenio entre tales personas.*
- 3- *La finalidad es cometer delitos (dolo específico).*

Este delito se diferencia de la conspiración en que en ésta el acuerdo radica en cometer delito de rebelión o sedición, mientras que en el concierto para delinquir la finalidad es indeterminada (cometer delitos).

"Concertarse" denota el acuerdo de distintas voluntades, de modo permanente, para conseguir un fin común. Pero en el hecho asociativo hay más que un acuerdo. El simple "acuerdo" para cometer un delito no es punible, si el delito no es cometido. Lo que cambia el acuerdo en concierto y lo hace punible por el título que estamos examinando, es la organización con carácter estable. Sin un mínimo de organización no hay asociación criminosa. Por esto la ley fuera de promoción y constitución, habla de organización de la sociedad. Aunque no hay que entender este concepto en el sentido de una organización formal.

El concierto, en resumen, no debe estar sujeto a ninguna forma jurídica (estatutos, ordenamientos, actas), ni a ninguna organización jerárquica (pueden existir o no jefes y promotores); basta que haya un concierto, de carácter permanente, de intenciones y de acciones. Decidir si una asociación existe, es

cuestión de hecho. No es preciso que los asociados desempeñen todas unas mismas actividades; puede haber entre ellos distribución de papeles que desempeñar.”¹³

En la sentencia de condena proferida contra Alberto Fujimori se dijo que:

“(i) para atribuir a una persona la realización de un hecho delictivo por dominio de organización no se necesita probar el dominio del hecho concreto, esto es, el control del curso causal del delito cometido (por ejemplo el control directo sobre el desplazamiento o desaparición forzada de personas), sino que se necesita demostrar el control de la fuente de riesgo, es decir, el aparato de poder; (ii) no se necesita probar la orden directa de cometerlos delitos concretos, dado que quien está en la cabeza de la cadena también puede ser imputado por la omisión de controlar el aparato de poder pudiendo y debiendo hacerlo. Y, (iii) tampoco se necesita probar que el hombre de atrás quiso que los actos ilícitos se realizaran, porque basta con demostrar que el dirigente conocía el aparato de poder organizado y sus actividades ilícitas y decidió que continuara con ellas.”¹⁴

Así mismo, en sentencia de 18 de marzo de 2010, la Sala Penal de Corte Suprema de Justicia, conceptuó:

“Entre las organizaciones criminales cabe distinguir: las desarrolladas al amparado de poder público de un determinado Estado, como la del régimen nacional-socialista alemán del II Reich; y, las organizaciones criminales que operan en contra del poder del Estado, enfrentándose al ordenamiento jurídico, como bandas mafiosas, grupos terroristas, etc. En el primer caso hablamos de “aparatos organizados de poder estatales”, entendiéndolo que es el propio Estado el que opera al margen del Derecho. En el segundo, nos referimos a la denominada “criminalidad organizada”, término que en principio engloba a toda organización no estatal que actúa con una rígida estructura jerárquica, con un mecanismo estricto de mando y cumplimiento de órdenes y con objetivos claramente criminales”¹⁵

Resulta muy importante y a su vez lógico para la solución de la tensión que nos proponen los recurrentes con la sindéresis en que se apoyó el Juez para absolver al señor Aristóteles Olarte Morales, afirmar que ninguno de estos extremos desechan o rotulan como ilegales o inverosímiles los medios de prueba recaudados en este proceso penal, siendo así la discusión se refunde en el escenario crítico y en el cual cada protagonista le asigna a estos medios de prueba unas conclusiones diametralmente opuestas y que desembocan en desiguales decisiones, porque:

La Fiscalía, señala que su auspicio de condena por el delito de Concierto para Delinquir Agravado, en contra de Aristóteles Olarte Morales, se finca en que: a. Al someterse al programa de Justicia y Paz la mayoría de integrantes de las AUC, al mando de Jorge Cuarenta, varios de ellos conformaron una nueva organización y fue así como por labores de inteligencia y que abortó un allanamiento se encontraron elementos técnicos o sofisticados que daban cuenta de tal ocurrencia; b. Que fruto de interceptaciones telefónicas se dio con la identificación y verificación de llamadas entre integrantes de la nueva organización criminal, dedicadas a toda suerte de delitos, que en principio derivaban su accionar formal y material del recaudo de dineros producto del narcotráfico, procedimiento que dio al traste con la identificación del señor Aristóteles Olarte Morales, quien era uno de los interlocutores dentro de las llamadas

¹³ Maggiore, Giuseppe. Derecho penal, vol.III. pág. 490).

¹⁴ Expediente N° AV 19-2011. Sentencia de 7 de abril de 2009. Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República de Perú.

¹⁵ Radicado 27032. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

interceptadas, en las cuales se ejecutaba o desarrollaba un atentado criminal contra la persona conocida como “Mono Abello”; c. Que varios de los interlocutores se sometieron a sentencia anticipada, por razón y con ocasión del delito de Concierto para Delinquir, entre ellos alias “Rojo” quien era ex cuñado del procesado Aristóteles Olarte Morales, advirtiendo que a pesar de que este procesado a lo largo del proceso y en todas sus intervenciones negó su vinculación con la organización criminal, existe contrario sensu en el plenario prueba técnica concluyente en el sentido de que una de las voces de los interlocutores pertenece a este procesado.

El Ministerio Público, es conteste con el argumento de la delegada fiscal, no solo en cuanto al recorrido fáctico, sino en razón al crédito que este le asigna al caudal probatorio, que en juicio crítico solidario propenden, por la condena del señor Aristóteles Olarte Morales, por el delito de marras, con el único agregado argumentativo diferente en esa temática, el cual lo hace denotar en lo referente a la figura del “Hombre de Atrás”, que es ni más ni menos la concepción que se tiene sobre aquella persona que no deja huella física o de fácil aprehensión sensitiva, en cuanto que los hilos de un determinado organismo de poder, se encuentra a su servicio y consustancial, es movido por su reconocida voluntad y querer que en últimas desarrolla la finalidad propuesta.

El Juez, no se aparta de la legitimidad del recaudo probatorio y mucho menos abiertamente del valor que ofrecen estos medios probatorios, entendiendo que éstos conforman una comunidad, entre los pretensores y el mismo Juez, que revestido de juridicidad y competencia a nombre del poder del Estado, debe finiquitar el proceso penal, con una decisión, que a su juicio fue de cariz absolutoria con relación al delito de Concierto para Delinquir Agravado, el cual fue objeto de imputación por parte de la Fiscalía, a Aristóteles Olarte Morales.

Porque estimó que se trató de una *empresa criminal* ya que la unión de voluntades no tenía vocación de permanencia y tampoco la de cometer varios delitos; sino atentar contra la vida de una persona que se conoce coloquialmente como “El Mono Abello”, cometido que fracasa por causas que son indiferentes a esta encuesta procesal, no obstante, el Juez para llegar a tal asunción conceptual y concluyente en su decisión absolutoria, ex antes da por válidas las interceptaciones telefónicas, en las cuales acepta que se encontraba la voz del procesado Aristóteles Olarte Morales, como que también en su parecer existió la organización criminal, al servicio de los hermanos “Los Mellizos”, quienes compraron la franquicia de otra pretérita organización criminal, “Los Cuarenta”, convenio que de suyo eyectaba unos propósitos muy peculiares o específicos dentro de la inercia organizativa y además por la obligada mutación que se deriva de los golpes del Estado a éstas o por aquel cambio de perfil, fruto de una nueva estrategia, pero que en el fondo se entroniza la permanencia y la indeterminación de las personas que lo conforman e igual de los delitos a ejecutar.

Si ello lo concibe el Juez de tal talante y altura creíble, no se explica la Sala, porque se quedó corto en el examen crítico de todas las aristas o elementos estructurales del Concierto para Delinquir, vale decir desde la óptica pasada y presente que le sugería la dogmática jurídica para estos casos, sabedores que lo racional era escrutar si a partir de todas las evidencias recaudadas, en especial las pruebas técnicas y los hechos notorios, con apoyo en las reglas de la experiencia el comportamiento de Aristóteles Olarte Morales, engastaba en el Concierto para Delinquir. En sentido contrario si por concierto se tiene que es un acuerdo o convenio de voluntades, con actitud permanente y propósito de cometer delitos indeterminados, con sensatez ha de decirse que si el procesado acudió a la banda que integraba alias “Rojo”, para que prestaran sus servicios, en la comisión de un delito, no puede desconocerse y aquí nadie osa desconocer que ésta era una organización concertada para cometer delitos en el tiempo y en la indeterminación, lo que de manera literal es

concluyente para integrar a Aristóteles Olarte Morales, como miembro de la organización, ello lo sugiere el simple apartado literal de la conversación que se le interceptó:

“Llamada realizada el día 13/03/08 a las 11:56 horas en donde NN Rojo llama a NN Mauro al abonado celular N° 3015659717 (según reporte del sistema)

Rojo lo comenta a Mauro que el Mono le dijo que eso estaba pesado porque la amiga de nosotros andaba con 8 peladas, entonces Rojo los llamo y le dijo otra clase de vuelta, porque era uno y para un man con 8 eso era otra vuelta y él le dijo que eso había sido una casualidad que eso no era de siempre, Mauro le dice que él anda siempre con 2, máximo 3, entonces Rojo llamo al Mono y le dijo y el Mono le dijo que de una y lo hijueputa es que eran 8 y nadie que nos dijera cual era. Mauro le dice que el hablo con Aristóbulo y que si necesita él va a poner el apoyo, por lo menos 10 personas en anillos de seguridad, Rojo le dice que de apoyo es que sean berracos de todos modos él no se confía de eso. Rojo le dice que va a salir a comprar el carro y si en 2 horas el amigo no llama el manda el carro para allá, Mauro le dice que se apure que estan quedado y Rojo le responde que tranquilo que eso se vuelve bueno desde el miércoles para allá. Mauro le dice que Aristóbulo le puso una plata para que comprara unas bicicletas y una ropa.”¹⁶

No se requiere esfuerzo interpretativo extremo o de acudir a los principios de la semántica para comprender el texto transcrito, ya que su comprensible literalidad raudo nos catapulta al estadio de asumir probatoriamente que Aristóteles Olarte Morales, incurrió en el delito por el cual se le acusa, esto sin contar con los siguientes indicios graves, que según la cultura doctrinal y jurisprudencial, unidos son capaces de formar una urdimbre plena y sin fisura que descubre el hecho desconocido, como son: (i) la existencia de la organización criminal a la que pertenece Aristóteles Olarte Morales, ilativa de la que formaba parte “Jorge Cuarenta” y que cobra notoriedad cuando se incautan unos elementos de comunicación, en donde se registran datos muy particulares del aquí acusado. (ii) existen comunicaciones interceptadas a partir de los anteriores elementos u objetos de comunicación donde aparece la voz de Aristóteles Olarte Morales. (iii) varios de los interlocutores se someten a sentencia anticipada por el delito de Concierto para Delinquir, en especial, el ex cuñado de Aristóteles Olarte Morales, Germán Gerardo Bernal Cajiao, alias “Rojo”. (iv) el examen de la voz del acusado Aristóteles Olarte Morales, con referente de las interceptadas se concluye que es la suya y debe recordarse que esta conversación ambienta el desarrollo o ejecución de un atentado criminal de la organización.

De suerte que como lo dice la Jurisprudencia Penal, la dificultad para obtener prueba directa del Concierto para Delinquir, no impide que por vía de inferencia se dé por demostrada su existencia, como en nuestro caso, cuando hay prueba directa como lo es la conversación interceptada al procesado, en la cual se denota una clara especificidad, de estar dirigiendo y asegurando que el ilícito a cometer por los facinerosos no tuviera ningún inconveniente, como bien se infiere del párrafo transcrito y alegórico a la conversación de nuestro interés, pero veamos que dice la Corte.

“Finalmente por regla general los acuerdos con los grupos ilegales son ocultos y resulta difícil por no decir imposible obtener prueba que los pueda documentar; pues quienes hacen parte de los mismos buscan que se mantengan clandestinos y la opinión pública no conozca de ellos, pero esa dificultad en obtener prueba

¹⁶ Folio 23. Cuaderno Original 61.

directa derivada de la naturaleza del concierto no impide que por vía de inferencia se dé por demostrada su existencia.”¹⁷

Esto en sí encierra un contubernio delincuenciales permanente y explicable no como lo dice el Juez, que se trataba de un solo delito; sino que éste que se imponía cometer era el que se encontraba en desarrollo, con unos notables actos ejecutivos, de conformidad con las condiciones del sujeto pasivo, su naturaleza y la misma factura del delito y allí en esa ejecución fue que se conjugaron positivamente las evidencias, ante los investigadores y operadores judiciales que hacen emerger aprehensible el concierto o acuerdo que se matiza punible, cuando tiene éste todos los ribetes necesarios para atentar *ab initio* contra la Seguridad Pública, mírese la conexidad existente entre los objetos o computadores incautados a alias “Don Antonio” y las subsiguientes interceptaciones telefónicas que involucran al procesado Aristóteles Olarte Morales, lo cual hace apenas natural que el concierto tenía vigencia retrospectiva dentro de la lógica y racionalidad.

A partir de ahí, la judicatura infunde su convencimiento y concluye que el procesado, imputable sin discusión y tratándose de una clase de delito que exige la inteligencia, como factor naturalístico para su creación y consolidación, estima que Aristoteles Olarte Morales, con su conducta aquí revisada incursionó en la tipicidad del concierto para delinquir, en forma consiente y con voluntad, que de suyo también es antijurídico por que ponen en peligro la seguridad pública, como bien jurídicamente tutelado, dando paso a la culpabilidad, como manifestación de querer actuar contra derecho y asumiendo la responsabilidad penal que tal ejecución comportamental asigna el legislador, como lo es su reproche punitivo en las expresiones regladas al efecto.”

FUENTE NORMATIVA. Artículo 340.2 del Código Penal, Expediente N° AV 19-2011. Sentencia de 7 de abril de 2009. Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República de Perú, Radicado 27032, Sentencia de 18 de marzo de 2010 y Radicado 32712 de 05 de mayo de 2010 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana.

PROCESADO. Aristóteles Olarte Morales

RADICACIÓN. 2011-420-P

FECHA. Septiembre 11 de 2012

DECISIÓN. Revoca parcialmente decisión de primera instancia. Condena. Niega condena de ejecución condicional.

4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

HABEAS CORPUS–Improcedencia/MORA EN LA SOLICITUD DE LIBERTAD PERSONAL–Deben analizarse en cada caso si la mora del funcionario judicial le es imputable o existen circunstancias ajenas a su voluntad que imposibilitan responder a la solicitud de libertad del procesado/**AUSENCIA DEL FISCAL DEL CASO–**Hace imposible adelantar la audiencia ante el Juez de control de garantías encargado de estudiar la solicitud de libertad del accionante

MAGISTRADA SUSTANCIADORA. Dra. VIVIAN VICTORIA SATARÍN JIMÉNEZ, SALA CIVIL–FAMILIA

¹⁷ Radicado 32712 de 05 de mayo de 2010. Corte Suprema de Justicia.

Causa fáctica. En el presente caso, la parte actora promueve acción de habeas corpus ante el Juez Promiscuo de Familia de Sabanalarga por considerarse privado de la libertad de manera prolongada e ilícita, como quiera que estima que reúne el tiempo necesario para hacerse acreedor a la libertad provisional, sin embargo, a pesar de las múltiples solicitudes presentadas ante el operador judicial competente no le ha sido posible obtener respuesta a dicha solicitud.

Extractos. “En el presente caso, la protección a la libertad personal del procesado LEYVER ERNESTO VARGAS CUENCA, se fundamenta en que se ha prolongado ilícitamente la privación de su libertad, al mantenerlo detenido aún cuando han vencido en exceso los ciento veinte (120) días de que dispone la autoridad judicial para efectuar la audiencia de juzgamiento, contados desde que se le formuló la acusación; y en que a pesar de haberse solicitado la libertad personal del encausado ante un Juez de Control de Garantías, este mecanismo procesal resultó ser ineficaz o nugatorio, puesto que las diversas audiencias programadas para resolver la petición, sin atender el marco temporal previsto por el art. 160 de la Ley 906 de 2004, no se realizaron por la inasistencia a las mismas del señor Fiscal del caso que representa a la Fiscalía General de la Nación.

Pues bien, sea lo primero indicar que la privación de la libertad personal del señor LEYVER ERNESTO VARGAS CUENCA, proviene de una decisión emitida por la autoridad judicial encargada de proferir ese tipo de medidas, de acuerdo con el Código Procesal Penal vigente en la época en que se cometió la presunta infracción penal, esto es, la Ley 906 de 2004, que radica esa facultad en el Juez de Control de Garantías, quien legalizó la captura del mencionado señor, disponiendo mantenerlo privado de su libertad personal en el curso del proceso penal que en su contra se adelanta, circunstancia que en principio denota la improcedencia de la protección invocada a través de la figura del habeas corpus, como quiera que ante una medida de aseguramiento adoptada de acuerdo con los preceptos legales, las peticiones de libertad deben presentarse, tramitarse y resolverse al interior del proceso respectivo, donde el interesado cuenta con la posibilidad de impugnarlas, en caso de mostrarse en desacuerdo con la decisión. (C.S.J. Sala de Casación Penal. Providencia de Abril 24 de 2007. Expediente radicado 27.351).

En este sentido, la Defensora del señor LEYVER ERNESTO VARGAS CUENCA agotó los mecanismos ordinarios ante el juez penal con competencia para decidir acerca de la libertad personal de dicho señor, pues presentó una primera petición en Junio 8 de 2012 (fl.120), respecto de la cual se señaló la fecha del 4 de Julio del hogaño para la realización de la audiencia respectiva, es decir, mucho después de los tres (3) días de que trata el art. 160 de la Ley 906 de 2004; sin embargo, la audiencia no se realizó y la peticionaria retiró la solicitud en Junio 19 del presente año (fl.131), lo que reiteró en memorial de Julio 3 de 2012 (fl.130), culminando este primer trámite de esta manera.

Posteriormente, en Julio 18 de 2012 presentó la Defensora del procesado, ante el Centro de Servicios Judiciales de Barranquilla, solicitud de libertad provisional de dicho señor, donde también por fuera de los términos previstos en el art. 160 antes mencionado, se señaló fecha de audiencia para el día 2 de Agosto de 2012, correspondiendo realizarla al señor Juez Primero de Control de Garantías, diligencia que no se efectuó por ausencia del Fiscal del caso; luego se fijó la fecha del 30 de Agosto de 2012 con el mismo propósito y se recibió Oficio del señor Fiscal Seccional de Cartagena, doctor RICARDO CARRIAZO ZAPATA, quien se excusó alegando serle absolutamente imposible asistir debido a que debe cumplir con dos diligencias judiciales que tiene en la ciudad de Cartagena, que además se desempeña como Fiscal Seccional 33 Adscrito a la Unidad Nacional de Antinarcóticos e Interdicción Marítima “UNAIM” , lo que hace imposible su desplazamiento a la ciudad de Barranquilla, por lo cual solicita “...se sirva analizar la posibilidad de desistir de

efectuar la mencionada audiencia y remitir la solicitud a la ciudad de Cartagena, toda vez que en la ciudad de Barranquilla no está radicada la investigación, ni la acusación, ni se desarrolla la etapa del juicio, en suma en Barranquilla no hay razón para resolver la petición de la defensa, muy a pesar de lo expuesto en la Ley 1453 de 2011, pues eso hace más dificultosa la presencia de la Fiscalía para ejercer su derecho en este caso”, por lo cual la diligencia no se realizó (fl-.141).

No obstante tal manifestación, se señaló nueva fecha para el 7 de Septiembre de 2012, para el surtimiento de la audiencia, pero tampoco se efectuó porque al momento de realizarla no había sala disponible y no compareció el señor Fiscal (fl. 147). Se reprogramó la diligencia para el 20 de Septiembre de 2012 (fl.148), pero un día antes, esto es, el 19 de Septiembre del hogaño, la Defensora del procesado retiró la solicitud de libertad provisional, alegando que “...*La Fiscalía no ha querido asistir a las sendas audiencias programadas...*”; y han transcurrido más de tres meses desde que se formulara la petición, sin que se hubiere resuelto ésta (fl.166).

Lo anterior evidencia, que en efecto el procesado LEYVER ERNESTO VARGAS CUENCA ha hecho uso del mecanismo ordinario previsto por el legislador para solicitar su libertad personal al considerar que concurre en su situación una causal de las previstas por el ordenamiento jurídico para recuperarla, y para ello acudió ante el Juez de Control de Garantías, como lo previene el art. 153, num. 8º de la Ley 906 de 2004, modificado por el art. 12 de la Ley 1142 de 2007; sin que ante tal funcionario judicial el mecanismo utilizado haya arrojado los efectos previstos en la ley, pues de una parte, las audiencias en las dos oportunidades en que presentó dichas solicitudes, se programaron para ser realizadas después de los tres (3) días de que trata el art. 160 del C.P.P., y aun así, no pudieron realizarse por ausencia del señor Fiscal Seccional de Cartagena, doctor RICARDO CARRIAZO ZAPATA, quien en oficio de Agosto 29 de 2012 (fl.140) explicita las razones por las cuales se le hace “imposible” asistir a dicha audiencia en la ciudad de Barranquilla, sugiriendo que se “desista” de efectuar dicha diligencia en esta ciudad y se presente la solicitud de libertad en la ciudad de Cartagena; situación que motivó el retiro de la petición de libertad, como lo anuncia la Defensora del procesado en su memorial de Septiembre 19 del presente año, y que se advierte razonable, pues de acuerdo con esa manifestación del señor Fiscal, en verdad, pocas posibilidades quedan para que la audiencia donde ha de resolverse la solicitud de libertad del procesado, pueda ser tramitada y decidida por un Juez de Control de Garantías de esta ciudad; circunstancia que habilita a éste a recurrir en habeas corpus para que el juez constitucional analice los fundamentos de su solicitud y la decida, pues contrariamente a lo considerado por la jueza a-quo, el desistimiento o retiro de la solicitud no se hizo por capricho de la Defensora del procesado, sino presionada por la situación fáctica que deviene de la dilación en la resolución de la solicitud de libertad personal.

Así las cosas procede entonces examinar si en el presente caso se reúnen los requisitos de procedibilidad de la causal de libertad personal prevista en el art. 317, núm. 5º de la Ley 906 de 2004, modificado por el art. 30 de la Ley 1142 de 2007 y el art. 61 de la Ley 1453 de 2011; según los cuales la libertad del encausado procede cuando han transcurrido ciento veinte (120) días ininterrumpidos, desde la formulación de la acusación, sin que se hubiere iniciado la audiencia de juzgamiento; plazo que se duplicará cuando resulten tres o más personas involucradas en el proceso penal y se trate de delitos de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados, o contra la Administración Pública, o respecto de delitos contra el patrimonio económico donde proceda la detención preventiva y se afecten bienes del

Estado. Este término se suspende además, en caso de que medie aceptación de cargos, preacuerdos o aplicación del principio de oportunidad; y se reanuda por no aprobarse uno o cualquiera de éstos.

Dispone además la norma citada, que no procede la libertad personal, cuando a pesar de haber transcurrido los términos mencionados, sin haberse iniciado el juicio oral, ello sea imputable a “...*maniobras dilatorias del imputado o acusado, o de su defensor, ni cuando la audiencia no se hubiere podido efectuar por causa razonable fundada en hechos externos y objetivos de fuerza mayor, ajenos al juez o a la Administración de Justicia*”.

En el presente caso, siendo que los delitos que se imputaron al procesado LEYVER ERNESTO VARGAS CUENCA es de aquellos que corresponden al conocimiento de los Jueces Penales del Circuito Especializados, y además en la comisión de los mismos se encuentran involucradas diecisiete (17) personas como sujetos pasivos de la acción penal, el término de que tratan las normas citadas se duplican; es decir, que la audiencia de juzgamiento debe iniciarse dentro de los doscientos cuarenta (240) días contados ininterrumpidamente desde que la formulación de acusación, lo que se realizó en Agosto 31 de 2011, como lo informó el señor Juez del conocimiento (fl.155), con lo cual el término para la iniciación del juicio oral venció el día 27 de Abril del presente año; y solo en Mayo 30 de 2012, en la Etapa de Juzgamiento se dio inicio a la audiencia preparatoria, es decir, luego del vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días señalados por el art. 175 del C.P.P., para la realización de esta audiencia, que vencieron el 15 de Octubre de 2011; trámite que además, en este momento se encuentra suspendido con ocasión de estarse surtiendo un recurso de apelación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo que evidencia que aun a la fecha actual, no se ha dado inicio al juicio oral, encontrándose por ende vencido dicho término y desde el punto de vista objetivo, configurada la causal de libertad personal.

Ahora bien, menester es analizar el elemento subjetivo, a efectos de determinar si la dilación se ha producido por causa imputable al Despacho del juez que conoce del proceso, y al respecto encontramos:

- Las dos primeras audiencias programadas para la formulación de la acusación no se realizaron por no haber trasladados el INPEC a todos los procesados al recinto donde éstas se debían practicar; y solo al programarse la tercera de éstas, el 31 de Agosto de 2011, se pudo realizar, actuando algunos de los encausados mediante video conferencia.
- Se dispuso entonces realizar la audiencia preparatoria, y para este efecto, se han programado diecinueve (19) audiencias, entre el 22 de Septiembre de 2011 hasta el 6 de Septiembre de 2012; de las cuales trece (13) no se realizaron por inasistencia de algunos Defensores o porque solicitaron aplazamiento de la audiencia o presentaron incapacidad médica, dos (2) por falta de disponibilidad de Sala de audiencia y de sistema de audio para la videoconferencia, una (1) por incapacidad médica del juez, y tres (3) que se realizaron. La del 30 de Mayo de 2012 cuando se adelantó con los procesados que comparecieron acompañados de sus Defensores, la del 26 de Julio de 2012 cuando se presentó una solicitud de nulidad por falta de competencia y la del 20 de Septiembre de 2012 cuando se resolvió la nulidad formulada y se concedió el recurso de apelación interpuesto.

Revisada la actuación penal, de acuerdo con el informe presentado por el juez del conocimiento y por el Coordinador del Centro de Servicios Judiciales del Distrito de Barranquilla, y lo informado por la Defensora del procesado a cuyo

favor se solicita la protección constitucional, se advierte que la mora en la iniciación del juicio oral no obedece a causas atribuibles al Despacho que adelanta la actuación, sino a causas justificables, pues se evidencia que de las diecinueve audiencias programadas trece se frustraron por las inasistencias recurrentes de algunos de los abogados defensores por motivos que no es del caso entrar a calificar, dos por falta de salas de audiencia y servicio de audio disponible y solo una por problemas de salud del juez del caso, y en las tres que se realizaron, se ocupó el juez en resolver peticiones de los Defensores que requieren ser definidas antes de dar inicio al juicio oral; imprevistos éstos que no tienen la virtualidad de posibilitar obtener la libertad por vencimiento de términos con fundamento en el parágrafo 1° del art. 317 del C.P.P.”

FUENTE NORMATIVA: arts. 137 parágrafo 1°, 153 numeral 8°, 160 de la Ley 906 de 2004, C.S.J. Sala de Casación Penal. Providencia de Abril 24 de 2007. Expediente radicado 27.351.

ACCIONANTE: Leiver Ernesto Vargas Cuentas

ACCIONADO: Juzgado Penal Del Circuito Especializado Adjunto De Cartagena Con Funciones De Conocimiento

RADICACIÓN: 08-638-31-94-001-2012-00001-01/00014-2012

FECHA: Septiembre 25 de 2012

DECISIÓN: Confirma decisión de primera instancia.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES–Procedencia/EXCESO RITUAL MANIFIESTO–Se entiende como defecto procedimental que afecta la decisión judicial susceptible de protección tutelar/**EXTREMO RIGOR EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES–**Puede conllevar a la vulneración de derechos de rango fundamental y violenta el principio de primacía del derecho sustancial sobre el procedimental/ **INTERVENCIONES AD EXCLUDENDUM Y LITISCONSORCIAL EN PROCESO DE RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO–**Necesidad de inaplicar el artículo 424 del C.P.C. en este aspecto.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ, SALA CIVIL–FAMILIA

Causa fáctica: En el presente caso el actor acude en ejercicio de la acción de tutela con el fin que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso y defensa, que considera le han sido conculcados por el Juez accionado, por considerar que la decisión mediante la cual no le permitió su intervención en el proceso de restitución de inmueble arrendado que se sigue contra los antiguos arrendatarios del local donde funciona su establecimiento de comercio, y se dispuso la restitución de éste y el embargo de los bienes que se encuentran dentro de él, los cuales son de su propiedad, amerita la protección tutelar a fin de poder intervenir en el proceso, a pesar de no tener la calidad de demandado, pero si de tener un contrato de arrendamiento verbal vigente con la demandante.

Extractos: *Al entrar a analizar este caso, preciso es indicar que el proceso de restitución de inmueble arrendado ha de adelantarse contra la persona natural o jurídica que funja como arrendatario; de tal forma, que si ello no se lograre demostrar en el proceso respectivo la calidad de inquilino en el demandado, se configura lo que en el ámbito procesal se denomina “falta de legitimidad en causa” que da lugar a la no prosperidad de la pretensión, que será declarada por el juez de oficio o a petición de parte interesada, lo cual en principio descarta la prosperidad de la acción de tutela cuando el procedimiento respectivo se adelanta frente a una persona que ha tenido a su disposición los mecanismos procesales para demostrar que en su caso no concurre la calidad con la cual ha sido convocado al proceso.

En este sentido, cuando se ha demandado la restitución de inmuebles arrendados con fundamento en la causal de mora en el pago de las rentas debidas y por ende, de conformidad con el art. 424 del C.P.C., exigido al demandado el pago de los cánones que el demandante aduce debidos, y el demandado niega la calidad de inquilino, la Corte Constitucional ha concedido protección constitucional al demandado bajo el entendido de que en estos casos no puede aplicarse automáticamente tal disposición normativa, puesto que cuando existe duda grave sobre la existencia del contrato de arrendamiento, desaparecen los presupuestos de aplicación de dicha norma, dando con ello prevalencia al derecho sustancial sobre lo meramente formal; casos éstos en los cuales, sin embargo, el demandado, encontrándose legalmente vinculado al proceso, tiene la posibilidad de ejercer su derecho de defensa.

En el evento que nos ocupa, ocurre sin embargo una situación más extrema que la anterior, puesto que quienes figuran demandados, por aparecer como arrendatarios en el contrato escrito aportado al proceso, dos fueron notificados a través de Curador Ad-litem por ignorarse su paradero, y una personalmente pero no compareció al proceso a defenderse; y el accionante, quien no ha sido admitido al proceso en calidad de demandado por no haber sido convocado por la demandante, ha comparecido al proceso alegando ser el actual y real arrendatario, aportando como prueba de ello unos recibos de pago que le ha extendido la demandante, quien en el informe rendido ante el juez constitucional ha admitido la autenticidad de tales recibos, aunque afirmando ser expedidos por motivos diferentes a los que aduce el accionante.

En estas circunstancias, siendo que sin la participación de quien se dice verdadero y actual arrendatario se ha adelantado el proceso abreviado donde se ha ordenado el lanzamiento de las personas que ocupan el inmueble, que lo es el accionante, y así mismo se han decretado medidas cautelares que involucran bienes de su propiedad que allí tiene depositados, es indudable que aun cuando es cierto que en esta clase de procedimientos están proscritas las intervenciones ad`-excludendum y litisconsorcial, se hace necesario inaplicar el art. 424 en lo que concierne a este aspecto, a efectos de permitir la intervención del accionante en el proceso abreviado de marras, para que ejerza su derecho de defensa frente a la pretensión de la accionante, dada las condiciones particulares de este caso; proceso en el que ambas partes tendrán la oportunidad de demostrar los fundamentos fácticos que cada una de ellas esgrime y obtener de esa manera una decisión judicial que se ajuste a los parámetros de tutela judicial efectiva de que está investido nuestro ordenamiento jurídico y que es el propósito perseguido por la Administración de Justicia.

De manera entonces, se evidencia entonces que en este caso se está ante un evento de relevancia constitucional, dado que el actor acusa vulnerados sus derechos fundamentales del debido proceso y defensa, cuya protección resulta procedente por esta vía, en caso de comprobarse afectación o amenaza a los mismos. De igual forma, concurren los requisitos de procedibilidad genéricos, puesto que el accionante ha agotado al interior del proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado los mecanismos procesales para lograr que se le permita intervenir en dicho proceso en calidad de demandado, sin lograrlo, y carece para ello de otro medio de defensa judicial; además de que la formulación de la demanda de tutela se advierte oportuna, dado que la sentencia que ordenó el lanzamiento fue proferida menos de seis (6) meses anteriores a la fecha de invocación de la protección constitucional.

De otra parte, se está ante una causal específica de procedibilidad de la protección constitucional invocada, por defecto procedimental por “...*exceso ritual manifiesto*...”, toda vez que el accionante solicitó ser escuchado en el proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado, alegando ser el actual y verdadero arrendatario, allegando para tal efecto pruebas documentales que sin ser sometidas a contradicción de la contraparte fueron rechazadas para tener por demostrada, siquiera sumariamente, la afirmación que hizo el actor, con cual se possibilitó que sin que se produjera

contención real alguna en dicho proceso, por ausencia en el mismo de quienes se reseñan como arrendatarios, la arrendadora lograra obtener el lanzamiento pretendido, con grave perjuicio de los intereses del accionante, quien viene siendo el destinatario real de las decisiones judiciales adoptadas, pues al ser el ocupante del inmueble, es quien tiene vocación de ser lanzado, además de que son sus bienes los que tienen la potencialidad de ser afectados con las medidas cautelares que resultan procedentes en estos casos; y aunque puede presentar oposición a la diligencia de lanzamiento, no resulta éste un mecanismo eficaz e idóneo para la defensa de tales intereses, si tenemos en cuenta que en principio, no es el juez del conocimiento quien atiende la diligencia de entrega sino un funcionario de Policía en quien delega tal función, ante quien no resulta posible presentar los medios defensivos propios de una persona que funge como demandado en un proceso de esta naturaleza, escenario que brinda mayores garantías y espacios a los sujetos procesales para desplegar su defensa.”

FUENTE NORMATIVA: art. 4° y 424 del C.P.C, art. 228 Superior, Corte Const. Sentencias C-029 1995 y C-131 2002.

ACCIONANTE: Fidel Torrado Díaz

ACCIONADO: Juzgado Doce Civil Municipal de Barranquilla

RADICACIÓN: 08-001-22-13-000-2012-00426-00/ 00200-2012

FECHA: Septiembre 17 de 2012

DECISIÓN: Revoca decisión. Ordena dejar sin efecto la sentencia de restitución y conceder término de traslado al accionante.

DERECHO AL HABEAS DATA–Alcances de la protección constitucional/RECTIFICACIÓN DE DATOS NEGATIVOS– Presupuestos fácticos y jurídicos para su procedencia en sede de tutela/ **RETIRO DEFINITIVO DE LAS CENTRALES DE RIESGO CREDITICIAS–**En caso de que exista discrepancia entre la fuente de información y el usuario, debe éste acudir al proceso judicial correspondiente a efectos de que se decida el conflicto mediante sentencia definitiva.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ, SALA CIVIL–FAMILIA

Causa fáctica. En el presente caso, el actor pretende que mediante el trámite tutelar se ampare su derecho al buen nombre que considera vulnerado con la actuación de las entidades accionadas al reportar en las centrales de riego obligaciones en las que aparece como deudor, situación que éste atañe a la pérdida o hurto de sus documentos de identidad, y que en el presente caso se considera víctima de una suplantación de identidad, y por lo tanto, no ha incurrido en mora en obligaciones que él no ha contraído, razón por la cual, solicita se retire esa información negativa.

Extractos. *La H. Corte Constitucional ha señalado, que para que proceda el reporte negativo a las centrales de riesgo se deben cumplir con dos condiciones específicas. La primera de ellas, se refiere a la veracidad y la certeza de la información, y la segunda, a la necesidad de autorización expresa para el reporte del dato financiero negativo¹⁸, puesto que la información que se suministra de una persona al público debe ser veraz, y cuando se trata del comportamiento financiero de un individuo, la información debe responder a la situación objetiva del deudor, es decir obedecer a hechos ciertos, presentados en forma íntegra¹⁹; pues cuando no se obra de esa manera, *El derecho fundamental al habeas data puede ser vulnerado o amenazado cuando quiera que la información contenida en una central o banco de datos (i) es recogida de forma ilegal, es decir, sin el consentimiento del titular; (ii) no es veraz, o (iii) recae sobre aspectos íntimos de*

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-017 de 2011.

¹⁹ Ley 1266 de 2008

*la vida del titular, no susceptibles de ser conocidos públicamente. Y en estos casos, el titular de la información puede acudir a la acción de tutela para solicitar la protección de su derecho fundamental.*²⁰

Ahora bien, conforme al art. 6° de la Ley 1266 de 2008, los titulares de la información pueden, frente a los operadores de datos, a través del ejercicio del derecho de petición o de reclamo, ejercer el derecho de *habeas data* para solicitar que se les compruebe la información suministrada por la fuente; y frente a la fuente de información, a través del mismo mecanismo procesal, “2.2 Solicitar información o pedir la actualización o rectificación de los datos contenidos en la base de datos”; y si se es usuario del sistema financiero o crediticio, puede además el interesado “...acudir ante la autoridad de vigilancia para presentar quejas contra las fuentes, operadores o usuarios por violación de las normas sobre administración de la información financiera y crediticia...”, y solicitar que “...se ordene a un operador o fuente la corrección o actualización de sus datos personales, cuando ello sea procedente...”; pues es deber de los operadores de datos y las fuentes de información, adecuar los procedimientos internos que les permitan recaudar información veraz y segura de sus usuarios, tramitar las peticiones, reclamos y consultas de los titulares de la información, e “...indicar en el respectivo registro individual que determinada información se encuentra en discusión por parte de su titular, cuando se haya presentado la solicitud de rectificación o actualización de la misma y no haya finalizado dicho trámite, en la forma en que se regula en la presente ley”, entre otros deberes, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 7° a 9° de la ley en cita.

Ahora bien, presentada una petición o reclamación, el operador de datos o la fuente de información, según el caso, “incluirá en el registro individual en un término no mayor a dos (2) días hábiles una leyenda que diga “reclamo en trámite” y la naturaleza del mismo. Dicha información deberá mantenerse hasta que el reclamo sea decidido y deberá incluirse en la información que se suministra a los usuarios”; y luego adelantar el trámite dirigido a verificar la información, conforme a los hechos que sustentan la queja del usuario. No obstante, “...Sin perjuicio del ejercicio de la acción de tutela para amparar el derecho fundamental del hábeas data, en caso que el titular no se encuentre satisfecho con la respuesta a la petición, podrá recurrir al proceso judicial correspondiente dentro de los términos legales pertinentes para debatir lo relacionado con la obligación reportada como incumplida. La demanda deberá ser interpuesta contra la fuente de la información la cual, una vez notificada de la misma, procederá a informar al operador dentro de los dos (2) días hábiles siguientes, de forma que se pueda dar cumplimiento a la obligación de incluir la leyenda que diga “información en discusión judicial” y la naturaleza de la misma dentro del registro individual, lo cual deberá hacer el operador dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a haber recibido la información de la fuente y por todo el tiempo que tome obtener un fallo en firme. Igual procedimiento deberá seguirse en caso que la fuente inicie un proceso judicial contra el titular de la información, referente a la obligación reportada como incumplida, y este proponga excepciones de mérito.”²¹

(...)

Aplicando lo anterior al presente caso, de la revisión del material probatorio allegado al procedimiento tutelar, se puede observar que en atención a lo dispuesto por la Ley 1266 de 2008, el accionante acudió ante todas las personas jurídicas públicas y privadas encargadas de controlar la veracidad de los datos suyos registrados en las bases de datos de las

²⁰ Sentencia T- 811 de 2010

²¹ Ley 1266 de 2008, art. 16.

Centrales de Riesgo, manifestando haber sido suplantado por una tercera persona desconocida en el diligenciamiento del crédito ante la COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL TUYA S.A., a efectos de que se retirara el dato negativo que le afecta; y se observa además que todas dieron traslado de la petición a la compañía TUYA S.A., donde se adelantó el trámite de la petición respectiva; sin embargo en desconocimiento de lo dispuesto por el art. 15 de la Constitución Nacional y en la ley mencionada que lo reglamenta, en el curso de dicho procedimiento no se dispuso anotar la leyenda que diera cuenta de la existencia de tal reclamación, y a ello solo se procedió luego de haberse notificado la demanda de tutela, por lo cual menester es considerar que en verdad se estaba vulnerando el derecho fundamental del buen nombre o *habeas data* del accionante. No obstante, al haberse obrado conforme lo dispone la Ley 1266 de 2008 encontrándose en trámite la presente acción de tutela, era menester considerar improcedente la tutela, por carencia actual de objeto por hecho superado, a tenor de lo preceptuado por el art. 26 del Decreto 2591 de 1991.

De otra parte, cabe indicar que la tutela también se torna improcedente, porque el actor cuenta con otro medio de defensa judicial, como es acudir ante el juez civil en demanda contra la fuente de información y/o los operadores del dato, a plantear su pretensión de que se excluya el dato negativo suyo de las bases de datos de las Centrales de Información, en razón de no haber sido la persona que diligenció el otorgamiento del crédito en el que aparece comprometido; tiempo en el cual y de manera inmediata, debe disponerse por el juez del conocimiento que permanezca en los registros respectivos la anotación de encontrarse dicho crédito en reclamo judicial; pues aunque el art. 16 de la Ley 1266 de 2008 establece el procedimiento de reclamación por información inexacta en sede administrativa y judicial, “...*Sin perjuicio del ejercicio de la acción de tutela para amparar el derecho fundamental del hábeas data...*”; lo cierto es que, a juicio de esta Sala, la acción constitucional que nos ocupa resultaría ser el medio de protección directo y único del derecho de *habeas data* cuando de las pruebas que se alleguen al procedimiento tutelar surja nítido y evidente la falsedad o inexactitud del dato, lo que no acontece en este caso, donde ha de mediar la práctica de pruebas grafológicas y de otra índole en orden a establecer la veracidad de la queja formulada por el accionante, de manera que no se posibilita por esta vía adoptar la decisión que tomó el juez a-quo, puesto que no emerge con la nitidez y certeza que se requiere en esta clase de procedimiento residual y sumario, que en verdad el actor haya sido suplantado en el diligenciamiento del crédito de marras, como tampoco, claro está que no lo fuera, solo que en materia jurídica para adoptar decisiones definitivas no basta el dicho de la persona interesada, pues se requiere que el mismo venga acompañado de los elementos probatorios que lo respalden; razón por la cual la decisión de primera instancia ha de revocarse.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional. Sentencias T-017 de 2011 y T- 811 de 2010, Ley 1266 de 2008.

ACCIONANTE: Nabil Mady Fayad

ACCIONADO: Superintendencia de Industria y Comercio, Central De Información Financiera “Cifin”, Datacrédito, Almacenes Éxito S.A. y Compañía Financiamiento Tuya S.A.

RADICACIÓN: 08-001-31-03-012-2012-00100-02/ T-00444-2012

FECHA: Septiembre 17 de 2012

DECISIÓN: Revoca decisión de primera instancia

JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ALVÁREZ

PRESIDENTE

Revisión: Dra. Lilian Pájaro De De Silvestri

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO

RELATORA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA

BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 006 – OCTUBRE DE 2012

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA.

AUDIENCIA DE VERIFICACIÓN Y/O APROBACIÓN DE ALLANAMIENTO–Finalidad–El juez de conocimiento no puede “usurpar” en sus funciones al Juez de Control de Garantías/**CAMBIO JURISPRUDENCIAL**–La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia varió la posición que venía asumiendo respecto de desistir de los cargos aceptados con posterioridad a la diligencia de allanamiento/**EFECTOS RETROACTIVOS**– La Jurisprudencia como fuente auxiliar del derecho no los tiene/**PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA**–Es uno de los requisitos en materia penal para acceder a nulidades procesales. *Página 23*

AUTO QUE RECHAZA DEMANDA–Exceso ritual manifiesto/**ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**–Se vulnera este derecho cuando el Juzgador le da primacía a las formas procesales por encima de los derechos sustanciales de las partes/**INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA**–Es deber del Juzgador proceder a realizarla. *Página 10*

CONCIERTO PARA DELINQUIR–Elementos estructurales del delito–Concepto en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional/**ACERVO PROBATORIO**–Del que reposa en el expediente se colige que el procesado incurrió en la conducta de la que fue absuelto/**SEGURIDAD PÚBLICA**–Bien jurídico que resulta amenazado con la constitución de empresas constituidas para delinquir/**INTERCEPTACIONES TELÉFONICAS**–Prueba directa que conlleva a la certeza de la comisión del hecho punible por parte del acusado. *Página 28*

DERECHO AL HABEAS DATA–Alcances de la protección constitucional/**RECTIFICACIÓN DE DATOS NEGATIVOS**–Presupuestos fácticos y jurídicos para su procedencia en sede de tutela/ **RETIRO DEFINITIVO DE LAS CENTRALES DE RIESGO CREDITICIAS**–En caso de que exista discrepancia entre la fuente de información y el usuario, debe éste acudir al proceso judicial correspondiente a efectos de que se decida el conflicto mediante sentencia definitiva. *Página 39*

FRAUDE PROCESAL–Características del tipo penal–Reiteración Jurisprudencial/**MATERIALIDAD DE LA CONDUCTA**–La procesada con su actuar adecuó su conducta al tipo penal por el cual es enjuiciada conforme el acervo probatorio obrante en el proceso/**DEMANDA DE PARTE CIVIL**–Admisibilidad/**TASACIÓN DE PERJUICIOS**–Orfandad probatoria imposibilita condena indemnizatoria. *Página 26*

HABEAS CORPUS–Improcedencia/**MORA EN LA SOLICITUD DE LIBERTAD PERSONAL**–Deben analizarse en cada caso si la mora del funcionario judicial le es imputable o existen circunstancias ajenas a su voluntad que imposibilitan responder a la solicitud de libertad del procesado/**AUSENCIA DEL FISCAL DEL CASO**–Hace imposible adelantar la audiencia ante el Juez de control de garantías encargado de estudiar la solicitud de libertad del accionante. *Página 33.*

INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA–Obligación del Juzgador/ **SERVIDUMBRE LEGAL DE ACUEDUCTO**–Requisitos para su imposición/**PAGO DE INDEMNIZACIÓN**–Equivale al precio del terreno que va a ser ocupado por la servidumbre de desagüe. *Página 6*

INVENTARIOS Y AVALUOS EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL– El trabajo de partición debe obedecer a los principios de equilibrio y equidad/**BIENES PROINDIVISO DE LOS CÓNYUGES**–El partidor debe procurar adjudicar los bienes de tal forma que no sea necesario adelantar procesos divisorios con posterioridad al trámite liquidatorio de la sociedad conyugal/**OBJECIONES AL TRABAJO DE PARTICIÓN**–Prosperan cuando éste no permite el disfrute sano y perpetuo de los bienes a los excónyuges/**ACERVO PROBATORIO**–No demuestra que el partidor solicitó a las partes instrucciones necesarias para hacer las adjudicaciones. *Página 4*

TÍTULOS VALORES EN BLANCO–Forma de diligenciarlos/**CARTA DE INSTRUCCIONES**–Pueden ser verbales o escritas/**CARGA DE LA PRUEBA**–Tratándose de títulos valores en blanco corresponde a su suscriptor demostrar la forma y condiciones en que fueron otorgadas las instrucciones para su diligenciamiento o la inexistencia de las mismas. *Pág. 2*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES–Procedencia/**EXCESO RITUAL MANIFIESTO**–Se entiende como defecto procedimental que afecta la decisión judicial susceptible de protección tutelar/**EXTREMO RIGOR EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES**–Puede conllevar a la vulneración de derechos de rango fundamental y violenta el principio de primacía del derecho sustancial sobre el procedimental/ **INTERVENCIONES AD EXCLUDENDUM Y LITISCONSORCIAL EN PROCESO DE RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO**–Necesidad de inaplicar el artículo 424 del C.P.C. en este aspecto. *Página 37*