ISSN 0120 - 8519

TEMAS PROCESALES

18
JULIO
1994

Im memoriam Dr. Orión Alvarez Atehortúa
Alberto Ceballos

De la audiencia de conciliación saneamiento, decisión de excepciones previas, y fijación del litigio
Ramiro Bejarano Guzmán

Aspectos procesales de la acción de tutela
Alfonso Guarín Ariza

El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil
Jorge W. Peyrano

La ley de seguridad social y la indemnización de perjuicios
Gilberto Martínez Rave



LIBRERIA JURIDICA
SANCHEZ R. LTDA

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

TEMAS PROCESALES

No. 18 Julio 1994

Revista del Centro de
Estudios de Derecho Procesal

Director
Andrés Orlón Alvarez P.

Consejo de redacción
José Fernando Ramírez R.
Gilberto Martínez Rave
Beatriz Quintero de Prieto

Correspondencia
Eugenio Prieto Mesa
Apartado Aéreo 50088
Medellín, Colombia

Los artículos son responsabilidad exclusiva de los autores. Es permitida la reproducción total o parcial, citando la fuente

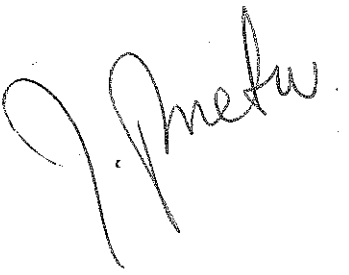
Miembros del Centro de Estudios de Derecho Procesal

Rodrigo Velilla Gómez
Eugenio Prieto Mesa
Beatriz Quintero de Prieto
Alejandro Ochoa Botero
José Fernando Ramírez G.
Gilberto Martínez Rave
Alvaro Mora Ramírez
Alberto Ceballos Velásquez
Fernando Ossa Arbeláez
Alvaro Vargas
Alfonso García S.
Darío González Vásquez
Jorge Octavio Ramírez R.
Andrés Orión Alvarez P.
Juan Carlos Gaviria G.

TEMAS PROCESALES: **Revista del Centro de Estudios de Derecho Procesal**

-- No.18 (julio, 1994) -- Medellín, El Centro, 1994 anual hasta 1986, semestral a partir de 1987.
ISSN 0120-8519

1. DERECHO PROCESAL - PUBLICACIONES SERIADAS
El Centro...



SUMARIO:

Im memoriam Dr. Orión Alvarez Atehortúa
Alberto Ceballos

De la audiencia de conciliación
saneamiento, decisión de excepciones
previas, y fijación del litigio
Ramiro Bejarano Guzmán 5

Aspectos procesales
de la acción de tutela
Alfonso Guarín Ariza 29

El abuso del derecho en el
ámbito del proceso civi
Jorge W. Peyrano 63

La ley de seguridad social
y la indemnización de perjuicios
Gilberto Martínez Rave 79

IM MEMORIAM

Dr. ORION ALVAREZ ATEHORTUA

El Centro de Estudios de Derecho Procesal registra con inefable pesadumbre la muerte del doctor ORION ALVAREZ ATEHORTUA, miembro del Centro y Director de la Revista Temas Procesales, hecho ocurrido en la ciudad de Medellín el 6 de diciembre de 1993.

Durante los últimos años de su vida dedicó sus más nobles empeños a alentar un sueño: mantener en plena circulación una revista especializada en las disciplinas procesales. A este esfuerzo se sumaron de modo armónico las contribuciones de los restantes miembros del grupo de estudio. Y hoy puede decirse que "Temas Procesales" es un paradigma en Colombia porque ha consolidado el esfuerzo autónomo de un grupo de hombres y mujeres amantes de la ciencia del proceso, meros simpatizantes si se quiere, pero unidos por un apetito intelectual común. Son 17 números publicados desde su primera aparición.

ORION ALVAREZ ATEHORTUA siempre fue protagonista de la historia del Centro y de su Revista. Desde el número dos asumió las funciones de director. A ese oficio aplicó, con afectuoso esmero, todos los rasgos de su carácter: disciplina, orden y constancia. A tal grado ascendió su compromiso vital con el destino de la revista que ejerció una dirección integral; asumió la responsabilidad directa de todas las fases de publicación de cada número.

Pero el Centro de Estudios de Derecho Procesal y la Revista Temas Procesales sólo eran una parcela del rico universo donde se movía el doctor ALVAREZ ATEHORTUA. En el más bello sentido de la expresión era un aficionado a la revista, pues la cultivó con amor, sin tenerla por oficio, movido por una laudable inclinación intelectual.

Otra parte significativa de su mundo giró alrededor del derecho y de la administración. La Universidad de Medellín lo formó como abogado y la Escuela Interamericana de Administración Pública (EIAP), en Río de Janeiro, le concedió título de posgrado en administración. A partir de esas dos experiencias fundamentales centró su atención intelectual en la administración pública, la administración educativa, la planeación y el presupuesto y en torno de esos ejes centrales dio vida a un fructuoso ejercicio profesional en el cual las actividades rectoras fueron la enseñanza y la consultoría.

Profesó en las Universidades de Medellín, de Antioquia y del Valle y en la Escuela Superior de Administración Pública. Las Universidades de Chile y Católica de Chile le asignaron responsabilidades docentes en los programas de administración educativa y planificación administrativa. El Centro de Perfeccionamiento, experimentación e investigaciones pedagógicas de Chile también lo tuvo como uno de sus catedráticos; igual conducta asumieron las Universidades Nacional de Paraguay y San Francisco Xavier de Bolivia. La fundación brasileña Getulio Vargas lo llamó a Río de Janeiro como profesor de administración para el desarrollo. Y como colofón a esa entrañable relación con los medios universitarios, su Alma Mater, la Universidad de Medellín, lo llamó a regir sus destinos como rector.

Fue especialista de la Organización de Estados Americanos en administración y planeamiento de la educación y experto de las Naciones Unidas en contabilidad fiscal y presupuesto. Los gobiernos de Chile y Paraguay también contaron con su saber y su asesoría. El departamento de Antioquia contó con su invaluable consejo para la reforma administrativa de esta unidad territorial en el año 1969.

La docencia y la consultoría fueron permanentemente complementadas y enriquecidas con publicaciones de manuales y ensayos especializados, con la participación en seminarios y congresos y con reiterados viajes de observación.

Todo lo hizo sin dejar de lado otras experiencias intensas: la de abogado en ejercicio y la participación política al lado del ideario del partido liberal.

Si se contrasta la parábola vital de ORION ALVAREZ ATEHORTUA con su ejercicio como director de la Revista Temas Procesales se concluirá, sin que alguna duda perturbe, que tuvo un encuentro afectuoso con ella; la incorporó al cosmos de sus cosas amadas y valiosas; se recreó con el esfuerzo que implicaba la publicación de cada uno de sus números y, para asegurar el futuro de la Revista luego de su partida, nos legó el carácter y la predisposición de servicio de su hijo, ANDRES ORION, quien continuará, como nuevo director, la inmensa labor de su padre.

Todos los miembros del Centro de Estudios de Derecho Procesal nos inclinamos reverentes y agradecidos ante la memoria de nuestro amigo y director ORION ALVAREZ ATEHORTUA.

DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACION, SANEAMIENTO, DECISION DE EXCEPCIONES PREVIAS, Y FIJACION DEL LITIGIO

Ramiro Bejarano Guzmán *

1. Momento procesal para su convocatoria 2. Auto que convoca la audiencia 3. Procedencia 4. Duración 5. Presencia y retiro de las partes y sus apoderados. Sanciones, Justificación de inasistencia y recaudo de la multa 6. Función del representante legal y del curador ad-litem 7. Fases de la audiencia 8. Consecuencias procesales derivadas de la no convocatoria a la audiencia

Como quiera que el tema de la audiencia de conciliación es común a todos los procesos declarativos, a manera de introducción, creemos oportuno ocuparnos de ella con algún detalle, además porque su consagración constituyó una de las reformas más discutidas en el seno de la comisión encargada de la elaboración del proyecto de revisión del código procesal civil, y también porque continúa mereciendo permanentemente preocupación del legislador, como se evidencia con la excepción de la ley 23 y el decreto 2651 de 1.991.

---

* Profesor Titular de la Universidad Externado de Colombia. Coordinador y Profesor del Area de Derecho Procesal de la U. de los Andes. Profesor Postgrado Procesal Colegio Mayor del Rosario. Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Abogado Litigante.

No obstante que buena parte de las discrepancias inicialmente planteadas con ocasión de la introducción en el proceso civil de la conciliación ya están hoy superadas, aún mantienen vigencia nuestros reparos a los términos en los que ella se concibió y reguló para Colombia, por cuanto se desatendieron las voces del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (artículos 263 a 267) y las del estatuto Uruguayo (artículos 293 a 298). En efecto, la propuesta del código modelo y la regulación en Uruguay, están basadas en una audiencia preliminar que debe agotarse antes de la iniciación del proceso y no como una etapa de éste, como finalmente se consagró en Colombia. El hecho de que la audiencia sea conducida por el mismo funcionario que habrá de dirimir el conflicto, sigue mereciendo nuestra desaprobación, por cuanto el juez queda expuesto a una situación incómoda - por decir lo menos- al tener que sugerir al inicio del debate fórmulas de avenimiento que estime justas, y si fracasa la conciliación, obligarlo después a fallar.

Aún cuando los resultados obtenidos en la práctica no se aprecian con claridad, pues mientras algunos le reconocen eficacia en la descongestión de la actividad judicial, otros estiman que no ha cumplido su finalidad, justo es reconocer que por lo menos hasta ahora no se ha producido la catástrofe que algunos temían pero tampoco los milagros que anunciaban quienes insistieron en su benevolencia. Lo anterior no significa que pueda adoptarse una u otra posición, pues el tiempo transcurrido ha sido muy poco, y la vieja institución apenas acaba de comenzar su nueva vida.

El tiempo se encargará más que de conceder la razón a alguna de las opiniones, de corroborar si el sistema es o no útil, y qué modificaciones podrían adoptarse. Quede claro que nuestras observaciones no se formularon contra el sistema de la conciliación, con el que siempre hemos estado de acuerdo, sino a la forma en que ella quedó consagrada, que, como lo demostraremos, no ha sido precisamente útil a los fines del anhelado propósito de descongestionar la justicia.

Con esas advertencias, nos parece que las características esenciales de la audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas, y fijación del litigio, en el proceso ordinario, son las que comentaremos a continuación.

1. Momento procesal para su convocatoria

La oportunidad para convocar y agotar la audiencia surge inmediatamente ha precluido el traslado para contestar la demanda principal o la de reconvención, háyanse o no contestado las mismas, y, cuando sea el caso, después de haberse fallado aquellas excepciones previas que no requieren prueba diferente a la documental, o de haberse recaudado las pruebas, en el evento que la ley permita su decreto. Una vez que el juez advierta que se encuentra en una de las anteriores situaciones deberá convocar a la audiencia, para que tenga lugar dentro de los diez días siguientes, mediante auto que no es susceptible de recurso alguno.

Aun cuando la convocatoria a la audiencia debe hacerse para que tenga lugar dentro de los diez días siguientes, la experiencia ha demostrado que el volumen de trabajo en las grandes ciudades no permite a nuestros jueces cumplir este término, y en la mayoría de los casos se ven precisados a realizarlas con seis o más meses de retardo. Esa tardía y dilatada práctica de la audiencia, anunciada por nosotros durante las deliberaciones precedentes a la expedición del decreto 2282 de 1.989, se ha convertido en un factor de parálisis de los procesos, que antes no existía.

Es importante aclarar que cuando el artículo 101 inciso 1o. del C.P.C. obliga a citar para la audiencia "... ***luego de contestada la demanda principal y la de reconvención***...", en manera alguna quiso significar que este trámite no tendrá lugar en los procesos donde no se conteste la demanda inicial o la de reconvención. Lo que se pretendió fue indicar que el juez fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, cuando haya precluido la oportunidad para responder la demanda inicial o la reconvención, sin sujeción a si fueron o no contestadas éstas. No otra puede ser la interpretación, pues de lo contrario se llegaría al absurdo de que el demandado, absteniéndose de contestar la demanda, impediría la realización de la audiencia, paso procesal que no puede quedar al arbitrio de una de las partes.

A pesar de que el artículo 101 del C. de P.C. ni el decreto 2651 de 1.991 tuvieron la precaución de precisar cuando debe convocarse a la audiencia en el evento de que se suscite la denuncia del pleito, o el llamamiento en garantía del poseedor o tenedor, es lógico que para que pueda tener lugar la misma será necesario esperar a que se haya producido no sólo la citación del tercero sino también que haya precluido el término para que el citado conteste. Ninguna utilidad prestaría una audiencia realizada entre deman-

dante y demandado, sin la presencia del tercero que tendrá las facultades de parte, tanto más si se trata del llamado como poseedor o tenedor, pues en este caso puede desplazarse al demandado original, según que el llamado acepte la calidad de poseedor o tenedor.

Es frecuente que durante la audiencia o después de ella se cite a quien debe comparecer como litisconsorte necesario, caso en el cual deberá convocarse a otra sesión a la que deben concurrir todas las partes. Algunos juzgados tienen la costumbre de que en estas situaciones adelantan la nueva audiencia sólo entre quien ha sido llamado como litisconsorte necesario y una sola de las partes, relevando del deber de comparecer a la otra que se ha visto incrementada por la intervención del litisconsorte, en la creencia de que como la última ya agotó la conciliación no se le requiere con tal fín. Este proceder es ilegal, pues si algunas personas concurrieron a esa primera audiencia, deben volver a la que se convoque cuando ya esté presente el litisconsorte necesario, pues sólo con la presencia de todos sería posible concluir una conciliación.

2. *Auto que convoca la audiencia.*

El inciso 2 del numeral 5 del artículo 10 del decreto 2651 de 1.991, dispone que en el auto en el que se señale fecha y hora para la audiencia debe prevenirse a las partes "...**sobre las consecuencias que acarrean la inasistencia**...". Esta prevención no deja de ser un recordatorio sin ningún efecto procesal, pues de omitirse, no por ello dejarán de imponerse las sanciones o de producirse las gravosas consecuencias a la parte que injustificadamente no concurra.

Es decir, la parte que no asista a la audiencia no podría invocar en su favor que no fué prevenida sobre las consecuencias generadas por su ausencia injustificada, pues el legislador no condicionó la imposición de las sanciones a tal presupuesto.

De otro lado, el auto que convoca a la audiencia no es susceptible de ser impugnado, lo cual se explica porque si el señalamiento de la fecha se hace para que ella tenga lugar dentro de los diez días siguientes, la interposición de recursos podría impedir la realización de la misma en esa oportunidad.

3. *Procedencia.*

Encontramos afortunados los comentarios y relación que sobre este punto hizo el profesor JAIRO PARRA QUIJANO, en su ponencia denominada "AUDIENCIA DE CONCILIACION, SANEAMIENTO, DECISION DE EXCEPCIONES PREVIAS Y FIJACION DEL LITIGIO", presentada a las deliberaciones del Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en Ibagué a finales de noviembre de 1990. El citado profesor dijo:

"¿En que procesos procede? : En los procesos ordinarios y abreviados, excepto en los siguientes casos:

a. En la declaración de pertenencia (numeral 12 del artículo 406). Y se excluye expresamente, por cuanto la parte demandada está eventualmente integrada por todos los que se crean con derecho a intervenir en el proceso, para que produzca efectos Erga Ommes, por consiguiente no existe una parte concretizada sobre todo para intentar la conciliación.

b. En el proceso de entrega de la cosa por el tradente al adquirente, cuando el demandado no se opone, ni propone excepciones previas, en este caso como se dicta sentencia ordenando la entrega, no tiene sentido hacer la audiencia, ya que en últimas, el fin perseguido por ésta en lo referente a la conciliación está logrado por la conducta de la parte demandada (inciso 4o. del artículo 417 del Código de Procedimiento Civil).

c. En el proceso de rendición provocada de cuentas, por la dificultad que tendría el Juez, sobre todo en la etapa de conciliación para proponer fórmulas, y de haberla consagrado aquel tendría que para la audiencia nombrar peritos, lo que resultaba inconveniente (numeral 6o. del Artículo 417 del Código de Procedimiento Civil).

d. En el proceso de rendición espontánea de cuentas, por las razones explicadas en la letra anterior (inciso 4o. del Artículo 419 del Código de Procedimiento Civil).

e. En el proceso de pago por consignación, si el demandado no se opone y en general con relación a lo reglado en el numeral 2o. del Artículo 420 del Código de Procedimiento. Si el demandado no se

opone al pago, el objetivo perseguido con la audiencia (en la etapa de conciliación) está logrado. No tiene sentido en las anteriores condiciones que se haga la mencionada audiencia.

f. En el proceso de declaración de bienes vacantes y mostrencos, por la razón indicada para la pertenencia, ya que en el auto admisorio de la demanda, se ordena emplazar a las personas que pueden alegar derechos sobre el bien (el inciso 6o. del Artículo 422 del Código de Procedimiento Civil).

g. En el proceso de patronatos y capellanías, por las razones indicadas en la letra anterior (inciso 3o. del Artículo 423 del Código de Procedimiento Civil).

h. En el proceso de restitución del inmueble arrendado, porque teniendo en cuenta la experiencia que existía, sobre la utilización de los más variados recursos, para demorar los procesos de "lanzamiento", se llegó a la conclusión que esta etapa seguramente iría a ser utilizada con el mismo criterio; sin ningún deseo de conciliar. (Parágrafo 6o. del artículo 428 del Código de Procedimiento Civil).

i. Otros procesos de restitución de tenencia".

Aunque el artículo 101 del C.P.C. sólo se refiere a procesos ordinarios y abreviados, es importante tener en cuenta que los artículos 432 y 439 del C.P.C., hacen referencia casi que integral a la audiencia prevista en la citada norma, por lo que deben incluirse en el listado de procesos donde procede la misma, a los verbales de mayor y menor cuantía y a los verbales sumarios, salvo las excepciones que se adviertan en las disposiciones especiales de estos asuntos, en particular en los procesos de separación de cuerpos o de bienes por mutuo consentimiento, y el de reposición, cancelación y reivindicación de títulos valores, cuando no hay oposición del demandado ni de terceros.

Lo dicho se entiende sin perjuicio de lo previsto en el artículo 6 del decreto 2651 de 1.991, (sobre descongestión de la justicia), que de manera temporal hasta el 10 de julio de 1.995, ha dispuesto el adelantamiento obligatorio de la audiencia "... a más tardar, al concluir la etapa probatoria...", en todos los procesos donde no se haya proferido sentencia de primera instancia, que versen total o parcialmente sobre cuestiones suscep-

tibles de transacción, y siempre que alguna de las partes no esté representada por curador ad - litem. Esta misma audiencia también podrá decretarse en aquellos procesos donde no se hubiere celebrado antes, siempre que el expediente hubiere entrado a despacho para sentencia de primera o única instancia, si así lo solicitan de común acuerdo de las partes o el juez la considera conveniente (artículo 8 del decreto 2651 de 1.991).

4. *Duración*

La audiencia tendrá una duración de tres horas, salvo que antes se agote el objeto. Si han transcurrido las tres horas, y no se ha surtido toda la tramitación, podrá suspenderse por una sola vez, para continuarla el quinto día hábil siguiente. En la práctica la fijación de la fecha en que ha de continuar la audiencia tampoco se hace para el quinto día hábil siguiente, sino con notorio retraso, siendo este otro de los motivos de dilación del proceso.

Naturalmente, debe entenderse que cuando se dispuso una duración de tres horas, fue con el criterio de fijar el tiempo mínimo pero no el máximo. Es decir, sin un juez considera que a pesar de llevar tres horas en la audiencia se justifica extenderla, creemos que nada se opone a ello, y que por el contrario, puede resultar beneficioso.

5. *Presencia y retiro de las partes y sus apoderados Sanciones, Justificación de inasistencia y recaudo de la multa*

A la audiencia deben comparecer las partes y sus apoderados, so pena de que se hagan acreedores a las sanciones que adelante se precisan. Ello no significa que para poder realizar la audiencia deban estar necesariamente presentes las partes y sus apoderados pues ella se evacuará con quien concurra e inclusive en ausencia de los interesados y sus procuradores judiciales. Si a la audiencia concurren partes y apoderados se agotarán todas y cada una de las fases, pero si falta alguna de las partes o no se hace presente ninguna ni sus apoderados, únicamente se adelantará lo relativo a la resolución de excepciones y a las medidas de saneamiento.

El parágrafo 2 numeral 1 artículo 101 del C. de P.C. estableció la posibilidad de excusarse antes de la iniciación de la audiencia, acreditando sumariamente justa causa para no comparecer, caso en el cual, mediante

auto no susceptible de recursos el juez dispondrá señalar nueva fecha y hora dentro de los cinco días siguientes para una segunda oportunidad," ...sin que pueda haber otro aplazamiento...". Si para esa segunda oportunidad se acredita fuerza mayor que impida a la parte estar presente o se demuestre que está domiciliada en el exterior, se le releva de la obligación de concurrir para que la audiencia se realice con la sola presencia del apoderado, quien quedará investido por ministerio de la ley, de todas las facultades para conciliar, admitir hechos y desistir.

Como se aprecia, el artículo 101 del C.P.C. fué tan excesivamente rígido que consagró sólo la posibilidad de excusarse antes de la iniciación de la audiencia pero no después, sistema inconveniente e injusto. En efecto, la norma partió del supuesto de que los inconvenientes para concurrir a la audiencia no sean imprevistos de última hora, sino motivos conocidos con suficiente antelación, desconociendo situaciones de frecuente ocurrencia en todas las ciudades, en especial las denominadas grandes. Sirva como ejemplo, la situación de parálisis generada en el sector norte de Bogotá que se vió incomunicado todo un día del resto de la ciudad, a causa de un paro intempestivo de un grupo de vecinos que reclamaba la construcción de algunas obras.

Por fortuna, y así se trate de norma transitoria, el decreto 2651 de 1.991 en el parágrafo del artículo 10 definió no sólo las causales de justificación sino también la posibilidad de alegarlas con posterioridad a la audiencia, remediando temporalmente las graves dificultades creadas por el rígido sistema del artículo 101 del C.P.C.

En efecto, la nueva disposición contempló como causales justificantes de la inasistencia, las que ya estaban consagradas en el artículo 101 del C. de P. C., es decir, la fuerza mayor y la circunstancia de estar domiciliada en el exterior la parte ausente, pero además agregó las del caso fortuito y los motivos de interrupción del proceso, debiendo acreditarse sumariamente dentro de los cinco días siguientes a la audiencia, so pena de que se generen las sanciones y graves consecuencias en contra de la parte que no concurre.

Una interpretación sistemática del artículo 101, parágrafo 2, numeral 1 del C.P.C. y del parágrafo del artículo 10 del decreto 2651 de 1.991, permite concluir que las causales definidas en el último texto pueden ser sustentadas antes y después de la audiencia; en el primer caso, para provocar un aplazamiento, y en el segundo, para exonerarse de las sanciones que se generan por la inasistencia.

A la parte que no solicite antes de la iniciación de la audiencia su postergación por causa debidamente sustentada o que no excuse oportunamente su inasistencia, se le impondrán las sanciones de que trata el parágrafo 2 del artículo 101 del C. de P. C. y las del artículo 10 del decreto 2651 de 1.991, así:

a. Una multa equivalente de cinco a diez salarios mínimos mensuales (Artículo 101 Parágrafo 2 # 3 C.P.C.). Esta sanción también se impondrá al apoderado que injustificadamente no concurra a la audiencia.

b. Apreciar tal ausencia como indicio en contra de las pretensiones o excepciones (Artículo 101 Parágrafo 2 # 2 C.P.C.).

c. Si fué el demandante quien no concurrió, de oficio o a petición de parte, se generarán los efectos de que trata el artículo 346 del C.P.C.; es decir, se declarará terminado el proceso, se levantarán las medidas cautelares y se impondrá condena en costas al actor, sin que pueda volver a formularse la demanda en los dos años siguientes. Dicho de otra manera, lo que sucede en este caso es que sin decretarse la perención del proceso operan todas las consecuencias de la misma (Artículo 10.# 1 decreto 2651 de 1.991).

d. Si el que no concurre es el demandado se tendrá por ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, y desistidas las excepciones de prescripción, nulidad relativa y compensación, si se hubieren propuesto (Artículo 10 # 4 decreto 2651 de 1.991).

e. Si quien no concurre es un litisconsorte necesario la sanción será únicamente económica y a cargo de quien injustificadamente no asistió, equivalente hasta diez salarios mínimos mensuales, en favor de la Nación, Consejo Superior de la Judicatura (Artículo 10 # 5 del decreto 2651 de 1.991). Es natural que cuando quien no concurre integra con otras personas un litisconsorcio necesario, su inasistencia no puede generar indicio en contra de la parte, así cómo tampoco le es dable disponer unilateralmente del derecho en conflicto. Por ello, la norma del decreto de descongestión de la justicia vino a aclarar un grave vacío que dejó el artículo 101 del C.P.C., pues en éste nada se dijo sobre la sanción a imponerse en estos casos, creándose confusión sobre si además de la sanción económica al litisconsorte, se comprometía la postura de la parte a la cual pertenece, la que por fortuna hoy se encuentra superada.

Si ninguna de las partes y sus apoderados asisten y tampoco se excusan oportuna y justificadamente, la única sanción a imponerse será la económica, pues no será posible la de considerar el indicio en contra, ni la de que se generen los efectos del artículo 346 del C.P.C. o la de tener por ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión o desistidas las excepciones de prescripción, nulidad relativa y compensación, pues por absoluta imposibilidad jurídica no podrían imponerse al mismo tiempo idénticas sanciones a las partes. En efecto, no puede simultáneamente detenerse el proceso para sancionar al actor, pero continuarlo para en la sentencia castigar al demandado, declarando ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión.

Si antes de la iniciación alguna de las partes presenta prueba sumaria que acredite motivo justo de su no comparecencia, deberá señalarse el quinto día hábil siguiente para su realización, mediante auto que no es susceptible de recurso alguno, y sin que pueda haber otro aplazamiento. Desde luego, si la excusa que se está presentado para la primera audiencia envuelve un evento de fuerza mayor o caso fortuito que sea dable suponer como insuperable para el quinto día hábil siguiente, deberá realizarse la audiencia en esa primera ocasión, ya que no tendría sentido alguno suspenderla, pues de antemano se sabe que la parte tampoco podrá concurrir en la nueva fecha. Es decir, si desde la primera oportunidad la excusa permite suponer que tampoco para la segunda fecha podrá concurrir esa persona, el juez debe agotar el trámite en la primeramente fijada, pues de esa manera se contribuirá a la aceleración del proceso.

Ahora bien, si en la segunda oportunidad alguna de las partes no concurre pero previamente presenta prueba de existir un motivo de fuerza mayor, o de encontrarse domiciliada en el extranjero, o en su nombre lo hace su apoderado, la audiencia se celebrará con éste, quien podrá conciliar, admitir hechos y desistir. Es decir, si una de las partes no puede concurrir, por ese sólo hecho, la ley quiso que su apoderado quedara investido de las facultades para conciliar, admitir hechos y desistir, así no le hubiesen sido conferidas en forma expresa. Lo anterior implica que, aún cuando el demandado hubiese prohibido a su apoderado el ejercicio de algunas de las facultades mencionadas, por el hecho de no comparecer con justa causa a la audiencia, queda sin vigencia la restricción, y por tanto en posibilidad de conciliar, admitir hechos y desistir.

Naturalmente, si la parte en la primera oportunidad se excusó pero no así en la segunda, el apoderado ya no contará con facultad para conciliar,

admitir hechos o desistir, por cuanto en estas condiciones, su ausencia se mirará como indicio en contra de las pretensiones o excepciones alegadas.

La redacción del inciso segundo del parágrafo 2 del artículo 101 del C. de P.C., parece sugerir que sólo podrá llevarse a cabo la audiencia fijada en segunda oportunidad, cuando la parte que se excusa previamente, está asistida por apoderado, o mejor algunos han interpretado que si una parte no está asistida por abogado y se disculpa antes de iniciarse la segunda audiencia, ésta no puede llevarse a cabo, por cuanto no concurrieron la parte ni quien la represente no podrán agotarse los pasos previstos en la audiencia. Para ejemplificar la hipótesis que pretendemos dilucidar, piénsese en el evento de que Juan no conteste la demanda que le formuló Pedro y tampoco constituya apoderado, pero que se excusa anticipadamente con motivo justificado de asistir tanto en la primera como en la segunda oportunidad a la audiencia.

En nuestro concepto, si el demandado no ha constituido apoderado, o el demandante ya no está asistido por el que lo representaba inicialmente, y alguno se excusa anticipadamente en la segunda oportunidad, por motivo acreditado de fuerza mayor o de hallarse en el extranjero, ello no impedirá la realización de la audiencia. En efecto, si para la segunda oportunidad en que deba ella realizarse, fracasare por no haber constituido la parte ausente apoderado judicial, la suerte del proceso quedaría en manos de esa parte, lo que resulta inaceptable. En nuestro sentir, debe realizarse la audiencia, sin imponer sanción alguna, pero prescindiéndose de la conciliación y de la fijación del litigio. Desde luego, si el ausente fué el demandado no será necesario insistir en el tema del indicio en su contra, dado que para ese instante procesal ya ha operado, por no haber dado respuesta a la demanda, conforme lo dispuesto por el artículo 95 del C.P.C.

Si bien el decreto 2651 de 1.991 previó la posibilidad de que la parte ausente se excuse dentro de los cinco días siguientes, se hace necesario aclarar que cuando ello ocurra no se convocará a una nueva audiencia, pues el alcance de la excusa tiene simples efectos liberatorios de las consecuencias que se generan a la parte que no concurra. Es decir, en el evento de que una o ambas partes no concurran, y oportunamente acrediten siquiera sumariamente la causal respectiva, el juez se abstendrá de imponer las sanciones antes comentadas, pero en ningún caso volverá a señalar fecha y hora para llevar a término la audiencia. En el único evento en el que es viable señalar nueva fecha y hora para una segunda oportunidad, es cuando alguna

parte o ambas se excusan por motivo justificado antes de la celebración de la audiencia, pues en esta hipótesis lo que se presenta es un aplazamiento.

Evidentemente, si una o ambas partes no concurren a la audiencia sin haberse excusado previamente, ésta de todas formas habrá de realizarse, y por ello no tiene sentido que cuando las excusas se presenten válidamente se vuelva a citar a una nueva oportunidad, pues el acto procesal ya está agotado. Empero, cuando una parte o ambas excusan su inasistencia antes de la celebración de la audiencia, ésta deja de realizarse, y por ello se justifica su aplazamiento, que para evitar dilaciones, el legislador quiso que sólo pueda ordenarse por una sola vez.

Resulta exótica, por decir lo menos, la sanción impuesta a la parte que no concurre a la audiencia, consistente en tener ese hecho como indicio en contra de las pretensiones o excepciones alegadas, y la de que se generen los efectos del artículo 346 del C.P.C. - si el ausente fué el demandante-, o el de tener por desistidas ciertas excepciones, - si quien no concurrió fué el demandado -, porque podría devenir contradictoria con la inicial postura asumida por demandante y demandado. En efecto, si el demandado contestó oportunamente la demanda, cumplió su deber procesal, pero si no se hace presente en la audiencia se hará acreedor a una sanción de la que se había escapado. Pensamos que la no comparecencia de una parte a la audiencia, en la que principalmente se le está convocando a una conciliación para que termine el litigio, lo que permite deducir no es una conducta procesal que comprometa la suerte de sus pretensiones o excepciones, sino, sencillamente, que no está interesado en conciliar, y ello no es motivo de ilicitud, tanto más cuanto que se ha acudido al órgano jurisdiccional para que componga y solucione el conflicto.

Muchas discusiones se habían suscitado acerca de qué tipo de providencia debía proferirse para imponer la sanción pecuniaria a la parte que no concurra a la audiencia, así como si ella debía dictarse en el curso de la audiencia o con posterioridad a la misma. Esta duda ha quedado resuelta al menos transitoriamente por el numeral 2 y el inciso final del mismo, del parágrafo del artículo 10 del decreto 2651 de 1.991, por cuanto fijó el término de cinco días siguientes a la audiencia para excusarse, lo que supone que antes de que transcurran no puede imponerse sanción, y además, por cuanto aclaró que las sanciones se impondrán por auto, que además es apelable en el efecto diferido.

Además de la presencia de las partes, con las salvedades indicadas, la ley exige que concurran los apoderados judiciales, si los hubiere, so pena de ser también sancionados pecuniariamente, lo cual encontramos desacertado. El papel de los apoderados en esta audiencia es mínimo, y sin embargo se les constriñe a concurrir. Si lo que se pretendió, como evidentemente se consiguió, fué restringir la actuación de los apoderados en esta audiencia, ha debido crearse un mecanismo que los invitara a no asistir en vez de obligarlos a hacerse presentes, y por ello, no vacilamos en calificar de inconsecuente la disposición.

Pero no sólo deben las partes y sus apoderados concurrir, sino que además tampoco les es dable retirarse de la audiencia antes de su finalización, so pena de verse sancionados pecuniariamente. No dijo nada la norma sobre si el retiro puede realizarse por causa justificada, sin imponer sanción alguna, pero pensamos que si se puede lo más, - excusarse de asistir-, se podrá lo menos, que será el retiro. Nos parece desproporcionado que se imponga la misma sanción a la parte que no asiste, y a la que concurre pero se reitera antes de su finalización, pues ambas conductas son diferentes.

La única razón que encontramos para haber consagrado la norma que impide al apoderado retirarse de la audiencia, es la de evitar que a un mismo tiempo los abogados pudieran estar presentes en diferentes juzgados, como inexplicable e irresponsablemente sucede en la jurisdicción laboral. Ha debido hacerse menos atractivo a los abogados concurrir que obligarlos a asistir, bajo el imperio de una cuantiosa sanción económica.

Finalmente, conviene detenerse brevemente sobre el mecanismo de recaudo del importe de la multa que ha suscitado interrogantes de muy variado orden, no sólo porque el artículo 101 del C. de P.C. nada dijo al respecto, sino porque el decreto 2651 de 1.991 artículo 10 numeral 5, al consagrar la multa para el integrante de un litisconsorte necesario que no concurra, señaló como beneficiario a la Nación- Consejo Superior de la Judicatura.

Como el decreto 2651 de 1.991 señaló como beneficiario de la multa a la Nación- o al Consejo Superior de la Judicatura únicamente cuando se trate de un litisconsorte necesario, es preciso definir si cuando se impone a cargo de demandante o demandado o de un apoderado también debe consignarse de la misma forma, o al Fondo Rotario del Ministerio de Justicia, según lo previsto en el artículo 4 de la ley 11 de 1.987.

No obstante que la Carta de 1.991 dispuso que la administración de justicia funcionará en forma desconcentrada y autónoma (artículo 228) y que al Consejo Superior de la Judicatura le fué asignada la función de elaborar un proyecto de presupuesto que deberá aprobar el Congreso (artículo 256 # 5), lo cierto es que de ninguna de las normas de la constitución puede desprenderse que las multas impuestas por los jueces tengan una destinación específica. Empero, como el parágrafo del artículo 23 del decreto 2652 de 1.992, por medio del cual se adoptaron medidas administrativas para el funcionamiento del Consejo Superior de la Judicatura, dispuso que el presupuesto de esta corporación se integrará además con "Todos los bienes del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia adquiridos para la Rama Judicial...", es obvio que si las multas ingresaban al patrimonio del Fondo para destinarse a programas de la administración de justicia, ahora las mismas tendrán como destinatario a La Nación-Consejo Superior de la Judicatura, no sólo las que se impongan con base en el artículo 101 del C. de P.C. o el decreto 2651 de 1.991, sino cualquiera otra. Dicho en otros términos, por razón de lo previsto en el parágrafo del artículo 23 del decreto 2652 de 1.992, debe entenderse que salvo norma en contrario las multas que impongan los jueces serán en favor del Consejo Superior de la Judicatura, entidad que para los fines presupuestales ha recogido y asumido las funciones y actividades que antes desempeñaba o ejecutaba el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.

Como ni el artículo 101 del C.P.C. ni el decreto 2651 de 1.991 definieron el plazo dentro del cual debe pagarse la multa, estimamos que debe acudirse al criterio señalado por el mismo artículo 4 de la ley 11 de 1.987, que en la parte pertinente indica que el pago debe realizarse:

> "...dentro del plazo fijado por un juez o funcionario, dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de la respectiva providencia...".

De lo anterior, podemos colegir que el juez dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de la providencia que imponga la multa, deberá preocuparse de señalar el plazo dentro del cual debe realizarse el pago de la misma, para que la parte o apoderado, proceda a cumplir la orden. Si el juez no fija plazo alguno, creemos que el pago deberá hacerse en forma inmediata, y en todo caso, antes de que el juez libre oficio al Consejo Superior de la Judicatura o al juez de ejecuciones fiscales, para que se inicie el proceso de jurisdicción coactiva. En efecto, si el sancionado con la multa no consigna su importe dentro del plazo fijado o inmediatamente, el juez

deberá librar comunicación al Consejo Superior de la Judicatura o al juez de ejecuciones fiscales, para que se promueva la ejecución para el cobro de deudas fiscales, previsto en los artículos 561 a 568. Nos parece que los jueces deben agotar tal procedimiento, pues de lo contrario la imposición de las multas se convertirá en sanciones de papel.

6. *Función del representante legal y del curador ad-litem.*

Si alguna de las partes fuere incapaz deberá asistir a la audiencia su representante legal, quien en el mismo auto que apruebe la conciliación se considerará autorizado para concluirla, sin necesidad de acudir a otro trámite o proceso separado. En verdad, la disposición es sana, porque consulta la economía procesal, pues se ahorra la jurisdicción que sería necesario agotar para obtener en proceso separado la autorización. Caso semejante se prevé en el proceso divisorio, artículo 469 del C.P.C.

Si el demandado está representado por curador ad litem éste deberá concurrir, pero en tal caso no le será permitido admitir hechos adversos a la parte que representa, y el trámite se concretará a resolver las excepciones previas y proferir las medidas de saneamiento. Al curador que sin causa justa no asista, se le impondrá la sanción pecuniaria a que antes se hizo referencia.

7. *Fases de la audiencia*

a. Conciliación

Si concurren los demandantes y demandados, o algunos de aquellos y éstos, siempre que no exista entre ellos litisconsorcio necesario, la primera labor del juez será invitarlos a que concilien sus diferencias, a menos que la controversia no sea susceptible de transacción, como sería el caso de la pretensión de filiación extramatrimonial. Si hay una parte plural integrada por quienes tengan la calidad de litisconsortes necesarios, esta fase de la audiencia sólo podrá surtirse si están todas las personas que conforman esa parte, pues sólo en presencia de todas ellas podrá concluirse la conciliación.

En esta primera etapa, "... sólo se permitirá diálogo entre el juez y las partes, y entre estas y sus apoderados con el fin de asesorarlas para proponer fórmulas de conciliación...", lo que evidencia nuestra crítica, sobre el

escaso papel que se reservó a los abogados, a quienes sin embargo se les impondrá una importante sanción pecuniaria, caso de no asistir.

A propósito del papel de los abogados, nos parece conveniente consignar nuestra desaprobación a la actitud asumida en algunos despachos judiciales, de impedir el ingreso de los apoderados de las partes durante la fase de la conciliación, con el argumento de que cómo éstos no pueden intervenir en la misma tampoco pueden asistir a la audiencia. Proceder de tal manera es contrario a lo dispuesto en las normas procesales, porque una cosa es no poder intervenir en esa fase de la audiencia y otra, bien diferente, que la ley prohiba la presencia de los apoderados, la que por el contrario está autorizada, pues como lo decía el original parágrafo 3 del artículo 101 del C. de P.C., temporalmente suspendido por el artículo 9 del decreto 2651 de 1.991, en la audiencia se permite el diálogo entre las partes y sus apoderados, "...con el fín de asesorarlas para proponer fórmulas de conciliación...". No hay disposición alguna, ni ha existido, que impida a los apoderados estar presentes en la audiencia.

Si a pesar de la invitación del juez a las partes para que haya conciliación ella no se logra, aquel "...deberá proponer la fórmula que estime justa...". Es decir, en primer término el juez invita a las partes a conciliar, según la fórmula que ellas mismas concreten, y si no se produce un resultado positivo, le corresponde proponer las soluciones, que a su leal saber y entender, resulten "justas".

Cuando a los miembros de la comisión revisora de la parte especial del Código se les dió a conocer la inicial versión de este artículo, que proyectó la comisión encargada de la preparación del proyecto correspondiente a la parte general, se advirtió el peligro de que si el juez proponía fórmulas justas de conciliación estaba prematura y peligrosamente adelantando el juzgamiento del asunto.

Para aniquilar la crítica que fuera formulada a la redacción de entonces, los comisionados de la parte general, decidieron agregarle al artículo, que la proposición de fórmulas de conciliación por el juez no implica prejuzgamiento. No deja de parecernos inteligente la solución adoptada, pero sinceramente seguimos pensando que el problema será neurálgico.

En efecto, en el acta de la audiencia deberán consignarse las fórmulas sugeridas por el juez, no sólo para que se compruebe el cumplimiento de su

deber, sino como memoria futura de lo que inicialmente concibió como justa solución al debate.

Creemos que las fórmulas "justas" sugeridas por los jueces, serán el semillero inagotable de conflictos, así haya sido reformada la causal de recusación derivada del hecho de haber emitido el fallador concepto u opinión sobre la materia del proceso, seguramente pensando en impedir su formulación.

Obsérvese cómo no es desacertada nuestra conclusión, sobre el por qué de la modificación de la causal de impedimento y recusación en mención. El anterior artículo 142 # 12, consagraba como causal, "haber dado el juez consejo o concepto en las cuestiones materia del proceso", redacción que fué sustituida por la del nuevo artículo 150 # 12, que dispuso "Haber dado el juez consejo o concepto FUERA DE ACTUACION JUDICIAL sobre las cuestiones materia del proceso"

Independientemente de los malabares jurídicos con los cuales se pretendió quitarle el alcance de prejuzgamiento a la proposición de fórmulas justas por el juez y a la imposibilidad de declararse separado del conocimiento, estimamos que no es saludable la disposición.

Algunos han venido argumentando que la proposición de fórmulas "justas" por el juez en la audiencia de conciliación no puede constituir prejuzgamiento, pues no habiéndose recaudado una sola prueba para ese instante, la apreciación del funcionario es más intuitiva que sustentada. No podemos compartir tal tesis, pues para que el prejuzgamiento se presente se requiere solamente que el juez se pronuncie antes de dictar sentencia, sin importar si se han o no recaudado pruebas. De no ser así, al juez le sería dable opinar sobre el asunto antes del período probatorio pero no después, lo que sencillamente resulta absurdo.

De otra parte, si llegaren a tener razón los que sostienen que no puede haber un prejuzgamiento en la audiencia porque para entonces aún no se han recaudado pruebas, tendrían que admitir la irresponsabilidad de un mecanismo con base en el cual, sin sustento o respaldo probatorio alguno, el juez propone una fórmula de conciliación que además estima "justa".

En nuestro concepto, si la meta era imponer a toda costa y en presencia de todo riesgo la audiencia de conciliación, había podido pensarse en

disponer su evacuación en forma preliminar a la formulación de la demanda, como sucede en Uruguay, o en el peor de los casos, haber ordenado el cambio del juez que hubiere expresado la justicia de una eventual conciliación fallida, para que el proceso fuese decidido por persona diferente.

Si las partes concilian la totalidad de sus diferencias el juez impartirá la aprobación correspondiente, mediante auto en el que además declarará terminado el proceso, el cual tendrá los efectos de cosa juzgada.

Si la conciliación fuere parcial el proceso continuará por el objeto del litigio no involucrado, para lo cual se excluirán las pretensiones y excepciones pertinentes, agotando en este evento, la fase de fijación del litigio.

Es importante aclarar que aunque el artículo 6 del decreto 2651 de 1.991 aparentemente podría sugerir la idea de que reformó lo relativo a los pasos previstos en el artículo 101 del C. de P.C. para esta fase de la audiencia, lo cierto es que no existen diferencias entre una y otra norma, por lo menos en lo que tiene que ver con el papel que debe desempeñar el juez en esta primera etapa de la audiencia.

b. **Interrogatorio de las partes.**

Si no se produce conciliación o la adoptada es de carácter parcial, debe continuarse con la audiencia, agotando el interrogatorio entre las partes, y los que el juez discrecionalmente decida formularles sobre los hechos materia de excepciones previas o del litigio mismo.

Como se recuerda, el parágrafo 3 del artículo 101 del C. de P.C. sólo autorizaba el interrogatorio del juez a las partes pero no entre éstas, lo que había suscitado numerosas y fundadas críticas, por cuanto se desperdiciaba la oportunidad para evacuar este medio de prueba. Por ello encontramos acertada la regulación que sobre este aspecto trajo el artículo 9 del decreto 2651 de 1.991, así sea ella transitoria, por cuanto recogió las críticas y dispuso que en esta audiencia las partes deberán absolver los interrogatorios que se formulen, sin perjuicio de la facultad del juez de formular los que considere pertinentes.

En nuestra opinión, a partir de la vigencia del decreto 2651 de 1.991 (10 de enero de 1.992) y hasta su expiración (10 de julio de 1.995) el único

momento procesal oportuno para que las partes formulen y absuelvan el interrogatorio es en el curso de la misma audiencia, una vez precluida la fase de la conciliación. Si el decreto 2651 de 1.991 dictado con base en las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno Nacional en el artículo 5 Transitorio de la Constitución Nacional, se expidió para descongestionar los despachos judiciales, a nadie puede quedarle duda alguna de que la mejor forma de lograr tal objetivo es la de que el mismo día en que las partes concurren al despacho judicial ante el cual están litigando, se formulen y absuelvan mutuamente sus interrogatorios.

Por lo anterior, encontramos desafortunado el desconocimiento que de esta norma acusan algunos despachos judiciales, al no exigir a las partes que se formulen y absuelvan sus interrogatorios y señalar fecha y hora para que lo hagan en el período probatorio. Proceder de esta manera, no sólo va en contravía de la norma transitoria del decreto de descongestión judicial, sino que significa pérdida valiosa de tiempo.

Es más, nuestra posición al respecto es tan radical, que partimos del supuesto de que aquella parte que no concurre a la audiencia de conciliación y por esa misma razón no puede formular el interrogatorio a su contraparte ni absolver el propio, no sólo le precluye la oportunidad para formularlo sino que irremediablemente se considerará confesa en relación con los hechos que admitan este medio de prueba. No otra puede ser la conclusión, tanto más cuanto que el decreto 2651 de 1.991 amplió el marco de las consecuencias adversas para la parte que no asiste sin excusa justificada.

c. **Resolución de excepciones previas.**

Fracasada la conciliación, o si ésta fuere parcial, y agotados los interrogatorios, el juez deberá resolver las excepciones previas, que estén pendientes de decisión. Recuérdese que si en el proceso se formulan excepciones previas que requieran la práctica de pruebas diferentes a la documental, serán decididas en audiencia, una vez fracasada la conciliación. Empero, cuando para decidir la excepción propuesta no sea necesaria prueba alguna, o solamente la documental, se resolverá en primer término sobre ella, y si el proceso no concluye como consecuencia de la eventual prosperidad del medio exceptivo, posteriormente se señalará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia.

La providencia que desate las excepciones en audiencia, en ningún caso estará sujeta a recurso de apelación por cuanto el parágrafo 4 del artículo 101 del mismo estatuto, con toda claridad dispuso que ese auto "... sólo tendrá recurso de reposición...".

La anterior regla no se aplicará si las excepciones previas debiendo haber sido resueltas antes de la audiencia fueron decididas en el curso de la misma, en cuyo caso, conforme a lo previsto en los numerales 8,13 inciso 2 del artículo 99 del C. de P.C., se apreciará si está o no autorizada la apelación contra la providencia que las desate. En tal sentido hubo de pronunciarse la Sala de Casación Civil, con ponencia del Dr. Alberto Ospina Botero mediante sentencia del 1 de octubre de 1.992, en la acción de tutela promovida por Ivan Sepúlveda contra herederos de Teodulo Gelves Albarracin, así:

"De acuerdo con lo que exterioriza el proceso, la excepción de caducidad, alegada como previa, debió ser resuelta con anterioridad al señalamiento de la audiencia de conciliación y sanamiento de que trata el artículo 101 del c. de p. c. porque no requería de prueba, y no ser decidida en la mencionada audiencia como sucedió pues de haberse hecho con sujeción a la ley, o sea, antes de la audiencia, la parte agraviada con la decisión, que es la actora de la tutela, hubiera podido apelar, según lo establece el estatuto procedimental (art. 99 num. 13 del c de p.c.) y si el **ad-quem** hubiera advertido que en la sustentación y resolución de la excepción de caducidad, alegada como previa, se desacertó, y de tal manera que se comprometió el derecho de defensa del demandante, como quiera que por un error de trámite se le despojó del poder de recurrir en apelación, no debió rendirle tributo al desacierto o error del **a-quo**, sino, ante semejante irregularidad, debió admitir el recurso de alzada, para no sacrificar el derecho constitucional fundamental del debido proceso; y específicamente, el de defensa del actor de la tutela".

d. **Medidas de saneamiento.**

Agotada la fase de la conciliación y la de excepciones previas, si la hubiere, es deber del juez adoptar las medidas pertinentes para evitar nulidades procesales, o para que el proceso concluya con sentencia inhibitoria.

En realidad de verdad, más que una obligación lo que se pretendió fué recordarle al juez, el deber consagrado en el artículo 37 # 4 del C.P.C., que debe tener presente no sólo es esta etapa de la audiencia sino durante el trámite de todo proceso.

e. **Fijación de hechos, pretensiones y excepciones de mérito.**

Precluída la fase de saneamiento, el juez requerirá a las partes y a sus apoderados, si los hubiere, para que determinen los hechos en que estén de acuerdo, siempre que sean susceptibles de ser probados mediante confesión.

De igual manera, podrá el juez, si lo considera necesario, formular requerimiento a las partes para que aclaren y precisen las pretensiones y excepciones de mérito.

Si como consecuencia de este requerimiento resulta acuerdo sobre algunos de los hechos, el juez los declarará probados, mediante auto en el que además desechará las pruebas que se hubiesen solicitado para acreditarlos en el proceso.

Conviene precisar que en el caso del requerimiento para la aclaración y precisión de las pretensiones y las excepciones de mérito, ello no puede constituirse en un mecanismo para reformar la demanda, ni para formular nuevos medios de defensa. Se trata simplemente de una precisión que el juez demandará cuando lo estime conveniente, ante la oscuridad de las pretensiones y excepciones de mérito.

La labor del juez en esta fase de la audiencia está limitada simplemente a requerir a las partes, para que manifiesten su acuerdo sobre unos hechos, o aclaren y precisen las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito, pero si éstas no coinciden en determinar cuales hechos admiten, o no aclaran o precisan sus pedimentos o defensas, no podrá el funcionario decidir por ellas. En efecto, si el juez advierte confusión en una pretensión o en una excepción de mérito , y al requerir a las partes para que la aclaren o precisen, éstas manifiestan que no existen puntos por dilucidar, no podrá el funcionario proceder a sustituir la voluntad de los intervinientes.

La razón de esta restricción radica en la circunstancia de que los hechos, pretensiones y excepciones de mérito, estructuran las particulares

declaraciones de voluntades de la demanda y su contestación, y mal haría el juez si las modificara unilateralmente y aún en contra de los litigantes, pues en esas condiciones, perderían la naturaleza jurídica de actos procesales emanados de las partes.

f. Terminación de la audiencia y modificación de solicitud de pruebas.

Agotadas las fases de la audiencia el juez la declarará concluida, para que dentro de los tres días siguientes las partes agoten la facultad de modificar las solicitudes de pruebas contenidas en la demanda, en la contestación o en cualquier otro escrito que de acuerdo con la ley pueda contenerlas, según lo transitoriamente previsto en el decreto 2651 de 1.991 artículo 9.

Es importante aclarar que la posibilidad de modificar las solicitudes de pruebas no sólo comprende la de delimitar o ampliar el alcance de un medio de prueba pedido, sino además la de prescindir o de incluir otros no solicitados antes. Es decir, la norma no sólo habilita a que por ejemplo quien ha pedido una inspección judicial sobre ciertos libros y documentos, solicite que ella se amplíe a puntos no planteados o que se excluyan algunos, sino para prescindir de la prueba misma o para exigir el decreto y práctica de otro medio de prueba, como testimonios o peritazgos.

Nos parece estrecha la interpretación de quienes han creído que sólo se pueden modificar las solicitadas pero no pedir nuevas pruebas, pues en nuestro concepto lo que se pretende es que aquella parte que durante la audiencia advierte que su solicitud inicial de pruebas fué insuficiente, pueda enmendar esta falencia. En efecto, durante las deliberaciones adelantadas en el curso de la audiencia una parte podría arribar a la conclusión de que se quedó corto o se excedió en la solicitud de pruebas, o que por simple estrategia considera conveniente enderezar de otra manera las pruebas; por ejemplo, piénsese que en la audiencia una parte insiste en que se le pague cierta cantidad al paso que la otra ofrece una cifra menor, porque supone que su contraparte no puede probar todo lo pedido; en esta hipótesis ambas partes podrían al término de la audiencia solicitar nuevas pruebas, el demandante para arrimar la que sustente su pedimento, y el demandado la que apoye el suyo.

8. *Consecuencias procesales derivadas de la no convocatoria a la audiencia.*

Es importante precisar que si llegare a omitirse la convocatoria y realización de la audiencia del artículo 101 del C.P.C., tal irregularidad no generará nulidad de la actuación surtida, y que por tanto deberá ser combatida por la vía del recurso de reposición interpuesto contra el auto que al impulsar el proceso, prescinda de este paso procesal, sin perjuicio de que en forma oficiosa, el juez advierta tal situación antes de avanzar el trámite a otra etapa. (Con la anterior apreciación estuvo de acuerdo el Tribunal de Medellín, Sala Civil, según auto del 3 de febrero de 1.992 del cual fué ponente el Dr. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ, extracto publicado en la revista AUTOS Y SENTENCIAS número 15, IMPRESIONES QUIRAMA LTDA. Medellín Colombia, 1.992, páginas 18 y 19).

Si a pesar de esta irregularidad, no se interpone el recurso correspondiente, o el juez no la advierte antes de continuar evacuando las otras etapas procesales, la actuación surtida es plenamente válida, sin que pueda, en consecuencia, declararse nulidad alguna.

ASPECTOS PROCESALES DE LA ACCION DE TUTELA

Alfonso Guarín Ariza *

I. Jurisdicción constitucional II. Competencia III. Naturaleza del sistema procesal de la tutela IV. Ciertas características procesales de la acción de tutela V. A la manera de conclusión

Introducción

La Constitución Política instaura un Estado Social de Derecho sobre el fundamento indiscutible de la existencia de los Derechos Fundamentales de la Persona. Equivale a una nueva concepción de orden constitucional de eminente carácter normativo, edificada sobre la primacía de los derechos inalienables de la persona humana.

La Carta Fundamental establece nuevas categorías y derechos fundamentales y obliga al estado a respetarlos y a garantizar su eficacia y cabal ejercicio, con la perspectiva de un individuo mirado no en abstracto sino en la posición concreta y real que tiene como miembro de la sociedad. De ahí la declaración constitucional de esos derechos y la creación simultánea, también de rango constitucional, de un instrumento, denominado acción de tutela, informal y expedito que permite a la persona afectada obtener de los jueces su pronta e integral protección.

---

* Magistrado Tribunal Superior de Bogotá

La acción de tutela tiene, entonces, un obvio origen político y representa un cambio esencial del derecho constitucional. Con ella se atribuye poder a la persona para salvaguardiarse de la arbitrariedad del Estado y excepcionalmente de particulares, en cualquier momento y lugar, cuando quiera que por acción u omisión sus derechos fundamentales son vulnerados o amenazados.

Los antecedentes legislativos de la institución son variados. Algunos ven en ella un trasfondo del **recurso de amparo** de la legislación mexicana, y otros identifican a la acción de tutela con aquél pero sólo en cuanto prevé un mecanismo especial de solicitud de interesado y protección por un juez de un derecho fundamental, lo cual explica que así no se hubiera calificado.

"Con el nombre de derecho o recurso de amparo, numerosos proyectos contemplan la creación de un nuevo mecanismo para la protección de los derechos constitucionales. Sin embargo, la Subcomisión considera que en el derecho comparado, el nombre de amparo es genérico y se aplica a todos los mecanismos de protección de los derechos constitucionales. Así la expresión cobija el recurso de ***habeas corpus****, la excepción de inconstitucionalidad, las acciones administrativas de nulidad y reparación... Para evitar equívocos y erróneas referencias interpretativas a otras legislaciones, la Subcomisión ha preferido hablar de acción o derecho de tutela para conformar una figura específica para el caso colombiano, que complemente y perfeccione nuestro modo de control de constitucionalidad, legalidad y defensa de los derechos"*[1].

Sea lo que fuere, la doctrina coincide en que la acción de tutela complementa el espacio de la llamada **"jurisdicción de la libertad"** y es en definitiva una de las **garantías constitucionales democráticas del derecho procesal**[2]. Jurisdicción constitucional de la libertad que igualmente comprende el debido proceso, en cuanto éste es, **per se,** un instituto de

---

1 Ponentes: Jaime Arias, Darío Mejía y Juan Carlos Esguerra. G. C. No. 52. Abril 17 de 1991. p. 9.

2 La profesora Beatriz Quintero de Prieto, recordando a Mauro Capelletti, hace suya la expresión y define la acción de tutela como "una garantía procesal de carácter constitucional que protege la personalidad humana en su natural desenvolvimiento". Revista del Centro de Estudios de Derecho Procesal. Noviembre 1992. p. 8.

tutela del derecho o de aplicación de la justicia, sujeto en todo caso al imperio de las normas constitucionales y a la aplicación del principio de la supremacía de la Carta Política sobre la ley procesal, cuando ésta, por ser defectuosa, imposibilita al proceso su función tutelar[3].

La acción de tutela es, por tanto, una garantía de carácter procesal, inequívocamente individualizada por su específico objeto de protección de derechos fundamentales constitucionales. Desde luego, la comprensión de ambos aspectos reclama un conocimiento cabal de las materias constitucional y procesal, so pena que la institución se desnaturalice por defecto o exceso, y en este último caso que se disloque el sistema jurídico de la Nación[4], o en eventos particulares se desconozcan derechos fundamentales de terceros, como ha sucedido.

I. Jurisdicción Constitucional

1. Contenido.

La constitución conforma un conjunto de normas de preferente aplicación. Y ello demanda un sistema de control de constitucionalidad que haga efectivo el principio de superioridad de dichas disposiciones sobre las demás, jerárquicamente concebidas. Trátase de una función pública asignada a determinados órganos judiciales para asegurar la integridad y primacía de la Constitución, **reglada por materia** y en todo caso estructurada con la finalidad que su guarda compete a todos los jueces de la República.

- A la Corte Constitucional naturalmente corresponde mantener la integridad y prevalencia de la Constitución Política (Art. 241).

- También al Consejo de Estado con ocasión de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional - acción de nulidad por inconstitucionalidad -

---

3 En este sentido Eduardo J. Couture. Del Derecho Procesal Civil. Ed. De Palma. Buenos Aires. 1978.p.148

4 Así lo anotó la Sala Plena del Consejo de Estado, en torno de la tutela contra sentencias. Febrero 5 de 1991.

cuando no es del resorte de la Corte Constitucional, y en relación con los actos administrativos en general, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (Art. 237).

- Y a los jueces, cualquiera que sea su orden de jerarquía, en los términos que contemplan la acción de la tutela y el **Habeas Corpus**, y se desprenden de la obligación que éstos tienen de aplicar las disposiciones constitucionales, en los casos de incompatibilidad con la ley u otras normas jurídicas (Arts. 4, 30 y 86).

*"La configuración de la **Jurisdicción Constitucional** es una tarea que acomete directamente la Constitución y lo hace en criterios materiales. Todas las competencias de la Corte Constitucional integran la **Jurisdicción Constitucional**, pero no todos los asuntos que pertenecen a esta última se han adscrito a su conocimiento. En todo caso, el ejercicio de las competencias en materia de control constitucional, independientemente del órgano judicial que las ejerza, se proponen de manera inmediata a asegurar la primacía e integridad de la Constitución y conforman por ello la **Jurisdicción Constitucional**. Correlativamente, la Jurisdicción Constitucional sólo establecida del modo indicado, o sea en términos materiales, corresponde a la extensión del **derecho fundamental de toda persona a la integridad y primacía de la Constitución**, exige que en los distintos ámbitos de la vida pública y privada la Constitución pueda desplegar en concreto su máxima eficacia ordenadora como suprema condición de la paz social y pueda convertirse así en **Constitución material**, con lo cual satisface su objetivo esta jurisdicción"*[5].

1.1. Acción de tutela.

La acción de tutela está ubicada en el campo constitucional, dentro del preciso marco que determina el artículo 86 de la Carta Política, y corresponde resolver a cualquier juez del órgano jurisdiccional. No obstante, la

---

5 Corte Constitucional. Exp. T. 221. cit. por Manuel José Cepeda. La Tutela. Materiales y Reflexiones sobre su significado. p. 140.

jurisdicción constitucional, en punto de la acción de tutela, no tiene preeminencia sobre la ordinaria, ya que aquélla está justamente conformada por los mismos jueces de ésta, adicionada con la Corte Constitucional, sin que entre unos y otra tengan deberes diversos que los de la defensa de los derechos fundamentales[6].

Por supuesto, las jurisdicciones que prevé la Constitución son autónomas e independientes. La Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional tienen idéntica jerarquía y, además, las dos primeras mantienen su condición de "*máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria*" y de "*tribunal supremo de lo contencioso administrativo*" (Arts. 234 y 237 C. P.).

1.2. **Jurisdicción de la acción de tutela.**

La jurisdicción de los jueces de la acción de tutela emerge del artículo 86 de la Carta Política, el cual desarrolla el Decreto 2591 de 1991. Este, en efecto, señala que puede proponerse **ante los jueces**, en todo momento y lugar, según un procedimiento preferente y sumario. Dicho estatuto legal fue expedido por el Presidente de la República y aprobado por la Comisión Especial creada por el artículo transitorio 6 de la Constitución, en ejercicio de la atribución conferida en el literal a) de la misma disposición. Su origen es eminentemente extraordinario, puesto que emana del propio Constituyente. Y no es aventurado aseverar que en esta materia, por lo menos[7], los dos ordenamientos, el constitucional y el legal, plenamente coinciden en el sentido que ninguno reclama jueces determinados para conocer de la tutela.

---

6 Es explícita la aclaración de voto de Jaime Sanin Graiffenstein a la sentencia No. T-223 de Junio 2 de 1992: "En ambos casos y por los mismos funcionarios el derecho aplicable es el mismo y los deberes y fidelidades son iguales, de manera que se trataría de imponer distinciones basadas solamente en rótulos y según se produce el cambio de careta en forma ilógica y antitécnica" G. C. 1992.p.119.

7 Jairo Parra sostiene que el artículo 86 en cita "fue mal interpretado al reglarse por el Gobierno, si bien no se le dió la extensión del amparo Mejicano, en materia de recursos lo supera con creces; en Méjico el amparo cumple funciones de Casación pero no la función de `super recurso' asignado por el Gobierno en la reglamentación de la `tutela'". Ponencia, Acción de tutela. XII Congreso Derecho Procesal. Noviembre de 1991.

II. Competencia

2. Factores de competencia.

La jurisdicción de la tutela descansa en cualquier juez de la República, sin distinción entre los funcionarios que componen la Rama Judicial del Poder Público, sean singulares o colegiados. Pero no todos tienen competencia para conocer de ella. El artículo 37 del Decreto señala que de la acción de tutela conoce, a prevención, cualquier juez o tribunal donde ocurrieron la violación o amenaza, excepto la dirigida contra la prensa y los demás medios de comunicación, que exclusivamente compete a los jueces del circuito del lugar.

No dice el artículo 86 **ejusdem**, que es especial por la materia, ni el 37 del decreto, que la acción de tutela es del resorte único de la Corte Constitucional, como acaece en otros paises. Tampoco indican que es de la jurisdicción contenciosa administrativa, o que la competencia depende de la naturaleza del derecho fundamental constitucional a que se refiere la acción. En consecuencia, puede válidamente aseverarse que el territorio es factor generalizado de competencia para conocer de la tutela, y excepcionalmente la calidad del sujeto pasivo de ella, en tratándose de la prensa y de los demás medios de comunicación.

No se hace referencia a la competencia especial del artículo 40 del Decreto, pertinente a sentencias y providencias judiciales que ponen fin a los procesos, en razón de su declaratoria de inexequibilidad[8] y a que su temática corresponde a otra ponencia de esta reunión académica.

2.1. Primera y segunda instancia.

El conocimiento de la tutela mantiene el principio de la doble instancia, que es canon constitucional. Son competentes en primera, a **prevención**[9],

---

8 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-547 del 1o. de Octubre de 1992. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

9 El Consejo de Estado considera que es inconstitucional el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, porque "provee por vía general y no específica y se opone por contera al artículo 122 de la Constitución que prescribe que `no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento'". Discrepamos de ese criterio porque la jurisdicción surge del artículo 86 de la constitución y porque, como debe hacerse, legalmente se concretó su medida en cabeza del juez del lugar del hecho o, excepcionalmente, en el juez del circuito, según se observó. Sala Plena. Cit. p. 7.

los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motiven la tutela, el cual puede o no coincidir con el domicilio de su autor, que no es factor de competencia; en segunda lo es el superior jerárquico correspondiente, entendiéndose como tal el juez o la sala de la misma jurisdicción ordinaria del juez o la sala que pronunció el fallo de primera instancia (Arts. 32 y 37).

Dentro de la estructura del Título VIII de la Constitución, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado no tienen superior jerárquico ante el que pueda impugnarse un fallo de tutela. Por eso, aún cuando no es explícito el artículo 37 del Decreto, es clara la falta de competencia de esas corporaciones para conocer en primera instancia de una acción de tutela. De serlo, el actor, la autoridad pública o el particular, en ciertos casos, quedarían privados de una instancia con detrimento del artículo 29 de la Constitución[10].

2.1.1. **Imposibilidad de conflictos de competencia.**

La competencia a **prevención** es excluyente. En consecuencia, aprehendida la tutela por un determinado juez sobre el supuesto de la expresada regla jurisdiccional, de inmediato priva a cualquier otro de conocer de ella, pues en aquél queda plenamente radicada la competencia para resolverla de manera integral, aunque alguno de los hechos hubieren acaecido en territorio diferente[11].

La competencia a prevención de inmediato descarta cualquier **conflicto de esa índole**, y en particular los relativos a la naturaleza del asunto que es objeto de la acción, que impedirían resolverla dentro del término constitucional e **improrrogable** de 10 días. De ahí que discrepamos de la opinión según la cual es la "*jurisdicción de lo contencioso* administrativo la que cuenta con la facultad privativa y excluyente" para conocer de acciones de tutela contra actos administrativos, cuando éstos son susceptibles de control legal por ese órgano[12].

---

10 Corte Constitucional. Sentencia No. T-550 de Octubre de 1992. G. de la C.C. 1992. T. G. p. 737.

11 En este sentido Corte Constitucional. Sentencia No. T-611, Diciembre 15 de 1992. G. de la C.C. 1992 T.7. p. 615.

12 Sustenta la tesis la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia. Entre otros, en el auto de Septiembre 15 de 1993, aún no publicado. Ex. 807.

2.2. **Competencia de la Corte Constitucional.**

La Corte Constitucional tiene expresa competencia constitucional[13] para **revisar** los fallos de tutela, independientemente de su impugnación. Esta es **única y no es un recurso**. Obedece a su situación como máximo tribunal de la jurisdicción constitucional, y busca unificar la jurisprudencia de la Nación sobre derechos fundamentales, la cual se hace mas indispensable si se tiene en cuenta que todos los jueces, cualquiera que sea la jurisdicción a que pertenezcan, son para efectos de la tutela jueces constitucionales.

2.2.1. **Regla de competencia.**

La revisión de un fallo de tutela depende de la Corte Constitucional. Es eventual por tanto[14]. El artículo 33 del Decreto faculta a la Entidad para que dos de sus magistrados seleccionen, **sin motivación expresa y de conformidad a su opinión,** los fallos de tutela que deben ser revisados. Es, como puede observarse, una excepción a la regulación objetiva que configura la materia de competencia judicial, con arreglo a la cual inequívocamente se determinan los asuntos que el juez exactamente debe conocer[15], quien no puede evadirlo a menos que concurran en él causales de impedimento. Con esta regla de conducta procesal, que faculta a la Corte Constitucional para revisar los fallos de tutela que discrecionalmente seleccionen, tanto los de primera - si no se impugnan - como los de segunda, se pretende impedir

---

13 Artículos 86 y 241 - 9 - C. P.

14 Entiende el Consejo de Estado que la Corte Constitucional sólo debe conocer de las decisiones de tutela "con fundamento en los recursos interpuestos por los interesados" y que, en consecuencia, "la revisión oficiosa, selectiva o de muestreo" es contraria a las previsiones constitucionales. Cit. p. 7. No compartimos la conclusión ni el argumento. Constitucionalmente la revisión del fallo de tutela no depende de la existencia de recursos, y la Constitución en cambio defiere a la ley.

15 La doctrina destaca el riguroso sentido que tienen las normas procesales sobre competencia, al punto que no es permitido aplicarlas analógicamente. Ellas tienen que ver con el debido proceso y el derecho de defensa. Por eso no tiene sentido que se faculte al juez para que determine qué asunto debe conocer, por más que se ampare en la ponderación de su criterio.

congestionarla y de ese modo evitar el debilitamiento de la acción de tutela, que irremediablemente se produciría por no recibir de la jurisdicción una resolución oportuna, como enseña la experiencia de otros paises[16],

2.2.1.1. **Nuestra opinión.**

No es absoluta la discrecionalidad de la Corte Constitucional para escoger los fallos de tutela. Como criterio rector, la misma norma establece que cualquier magistrado o el Defensor del Pueblo puede solicitar que se revise un fallo no incluido, "*cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave*". Lo primero atañe a la función de la Corte Constitucional, entre otras, de unificar la jurisprudencia en torno a los derechos fundamentales; lo segundo mira la situación concreta del peticionario y la protección inmediata de los derechos. Los artículos 50, 51 y 52 del Acuerdo número 05 de 1992, de Octubre 12, que recodifica el reglamento de la Corte Constitucional, precisa las funciones de selección de las Salas de Revisión de Tutelas, señala los actos de insistencia de los Magistrados o del Defensor del Pueblo y determina la impugnabilidad de esas decisiones. Del Acuerdo resulta que el reexamen de la selección debe hacerse en los "*términos y por las causales previstas en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991*". Luego los magistrados seleccionadores deben ajustar su opinión al mencionado concepto legislativo, so pena que obren arbitrariamente y aún desconozcan el derecho de defensa del autor de la tutela, lo que es inadmisible.

Las consideraciones de selección de la tutela tienen que ser, entonces, de naturaleza jurídica sobre la trascendencia de la situación concreta, la unificación jurisprudencial y el desarrollo hermenéutico de los derechos fundamentales.

---

16 Según Manuel José Cepeda, los máximos Tribunales de España y Alemania, que están obligados a pronunciarse sobre cada fallo, dramáticamente están congestionados: "En España, en 1990, de los 2.893 amparos estaban pendientes de resolver 1.230. Sólo el 10% de los recursos de amparo son resueltos en un mes, otro 10% es resuelto dentro de 1 o 2 años y el 80% restante sólo después de dos años. En Alemania se demora más que en España. Conferencia. Centro de Estudios Colombianos. Santa fé de Bogotá, Noviembre 28 de 1991.

2.3. **Impedimentos. Ausencia de trámites en primera y segunda instancia.**

Aunque no es procedente la recusación, el juez en cambio debe declararse impedido cuando concurran las causales de impedimento del Código de Procedimiento Penal, a riesgo de incurrir en sanción disciplinaria. Las causales de ambas instituciones procesales son idénticas, se refieren al factor de competencia y ambas buscan la "*idoneidad subjetiva del órgano jurisdiccional*"[17]. La sanción disciplinaria no es nueva. El artículo 5°. literal 14 del Decreto 1881 de 1989 establece como falta de ese carácter "*La omisión del juez de declararse impedido cuando exista la obligación legal de hacerlo*".

El artículo 39 del Decreto 2591 de 1991, que menciona el deber que se analiza, no señala ni remite a procedimiento ninguno. Por eso, en atención al principio de **celeridad** de la tutela que consagra el artículo 86 de la Constitución - "*en ningún caso, se dice allí, podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de la tutela y su resolución*" - ha de afirmarse que basta la manifestación de impedimento de juez o magistrado, para que quien deba reemplazarlo enseguida aprehenda el conocimiento de la tutela, sin que le sea dado, por lo expresado en el numeral 2.1.1. anterior, provocar un conflicto de competencia. En conclusión, no son analógicamente aplicables las normas de trámite que rigen los demás impedimentos judiciales, por ser contrarias al término constitucional citado y a la inmediatez de la tutela, que la Corte Constitucional considera inexorable[18]. Ello explica la prohibición de recusar y la ausencia de provisión remisoria a las pertinentes disposiciones de procedimiento, y conduce a que el juez que se declare impedido asume la responsabilidad disciplinaria por el cumplimiento de sus obligaciones jurisdiccionales, cuando la causal que invoque no coincida con la realidad.

---

17 Ramiro Podetti. Teoría y Práctica del Proceso Civil y Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil. Ed. 1963. p. 275.7

18 Insiste la Corte Constitucional en el carácter improrrogable que tienen los términos judiciales y "muy especialmente en materia de tutela... habida cuenta de la finalidad que persigue esta figura, que no es otra distinta de proveer en forma inmediata a la protección del derecho fundamental quebrantado o amenazado." Sent. No. T-512. Sep.9 de 1992. G. de la C.C. T.5.1992.

Situación diferente ocurre con los Magistrados de la Corte Constitucional. El Acuerdo 01 de 1992 dispone que a las declaraciones de impedimento de sus miembros se observará el trámite contemplado en el artículo 27 del Decreto 2067 de 1991, según el cual los restantes magistrados, en la misma sesión, decidirán si es o no fundado; de ser afirmativo, declararán separado del conocimiento al magistrado impedido y sortearán el correspondiente conjuez.

La Corte tiene el plazo de tres meses para resolver las acciones de tutela, contados a partir de su selección, obviamente mayor que el que tienen los jueces de instancia, particularmente el de primera. Y esta circunstancia temporal, aunada a la previsión de un trámite específico, se traduce en excepción de la opinión anteriormente expresada.

Es claro, por lo demás, que mientras no haya una declaración de impedimento, el juez tiene plena su competencia para conocer y resolver la tutela. En consecuencia, su falta, cuando debe producirse, no puede ser una causal de impugnación del fallo, como alguien lo anota[19], ni representar nulidad del procedimiento de instancia, independientemente de la responsabilidad disciplinaria del juez.

III. Naturaleza del Sistema Procesal de la Tutela

3. Concepto.

El trámite de primera instancia, la impugnación del fallo y su eventual revisión, constituyen un sistema procesal de defensa de los derechos fundamentales y un control objetivo de constitucionalidad. Pero es claro que los ámbitos de la jurisdicción y de la competencia constitucional se definen por la categoría del objeto de la tutela, el cual es soporte sustancial para fijar la naturaleza del procedimiento previsto para protegerlo[20].

La acción de tutela está consagrada como un mecanismo procesal específico y directo que teleológicamente busca la protección inmediata de

---

19 Así lo señala Marcela Monroy, Ob. Cit. T. II. p. 29.

20 Jairo Parra anota que, por sus antecedentes políticos, "hacer un análisis eminentemente jurídico de la acción de tutela... es un acto por lo menos de inocencia...".

los derechos constitucionales fundamentales, en una precisa situación, cuando son violados o amenazados. La acción sólo concierne a la protección de derechos constitucionales fundamentales. De ahí su condición específica. Y, dado que trata de asegurar su inmediata protección, el proceso constitucional puntualiza un procedimiento preferente y sumario, sin duda prevalente sobre cualquier asunto, salvo el de **habeas corpus**, al que el afectado únicamente puede acudir en ausencia de cualquier otro instrumento de defensa judicial (Arts. 86 **ib**; 1, 2, 8 y 14 del D. 2591 de 1991).

3.1. Características de la acción de tutela.

La Asamblea constituyente no se preocupó por precisar la naturaleza y su eventual diferencia con otras de similar significado jurídico. Empero, del curso de las discusiones[21] y de lo precedentemente expuesto, de la figura es dable destacar las características[22] siguientes:

- Es una acción **subsidiaria y residual**. Sólo es procedente en ausencia de otros medios de defensa, salvo cuando se utilice como mecanismo transitorio para impedir un **daño irremediable**, mientras se acude a los procedimientos ordinarios. Tampoco es un recurso que provoque la realización de una instancia mas que permita a una autoridad superior revisar el acto impugnado, la función de la tutela se ejerce por un juez al exterior de la estructura jerárquica, quien está limitado a establecer si se ha violado o si se amenaza un derecho fundamental.

- Se dirige contra actos y omisiones concretos que producen una perturbación **actual o inminente** de un derecho constitucional o fundamental, de manera que no comprende actuaciones de carácter general, impersonal o abstracto o consumados e irreversibles, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

---

21 Gacetas Judiciales Nos. 52, 56, 78, 82 y 85. Abril y Mayo de 1991.

22 Características en las que unánimemente coinciden jurisprudencia y doctrina. Ver, por ejemplo, sentencias constitucionales T-492, T-495- T-508. G. de la C.C. T. 6 1992.

- El juez tiene la potestad para otorgar una efectiva protección del derecho, conforme a **órdenes** que constriñan a actuar o abstenerse dirigidas a la autoridad pública o al particular, según el caso.

- El fallo se produce mediante un procedimiento **preferencial, breve y sumario,** de dos instancias. Con la finalidad de unificar la jurisprudencia es susceptible de revisión por la Corte Constitucional.

Por las peculiaridades, por el trámite y por su fin, la acción de tutela se desarrolla mediante un **procedimiento constitucional autónomo**, que por lo mismo descansa en ciertos principios y obedece a particulares proyecciones de la Carta Política. Pero, por ser tal y justamente por serlo, en la búsqueda de sus rasgos esenciales es imperioso acudir a los principios del derecho procesal a partir de las nociones de jurisdicción y competencia, ya compendiadamente analizadas.

3.2. **Conceptos sobre la naturaleza de la acción de tutela.**

3.2.1. **Recursos. Procesos.**

Existe discrepancia doctrinal al respecto. Un sector considera que el procedimiento de la tutela es un mero recurso procesal o simple mecanismo de la acción, y otros que es un proceso jurisdiccional. Los primeros se acomodan a los tratados internacionales[23]; los segundos entienden que la tutela estructura una nítida pretensión propuesta contra una autoridad con derecho a resistirla, provocando un auténtico litigio o controversia jurídica relativa a saber si la omisión o el acto impugnado es violatorio de una garantía constitucional, que la tutela decide. Con esta corriente la actuación se compone bilateralmente, con audiencia de ambas partes, y culmina en sentencia merodeclaratoria, constitutiva o condenatoria. Por contera el proceso es de índole constitucional, la pretensión de tutela y su contestación determina su objeto y la sentencia tiene que ser congruente[24].

---

23 La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita por Colombia, se refieren a un recurso efectivo, sumario sencillo o rápido.

24 Beatriz Quintero de Prieto, en magnífico artículo, alude al tema y a Ignacio Burgos, Héctor Fix Zamudio, José Cascajo Castro, Vicente Jimeno Sendra y Carlos Arellano, quienes sostienen la teoría. Cit. p. 12 y s.s.

En lo que merece destacarse, Enrique Véscovi[25] identifica a la acción con un proceso constitucional, donde la pretensión radica en la defensa de los derechos constitucionales, a cargo de un órgano jurisdiccional específico y con la intervención de parte demandada, que debe ser citada para integrar el contradictorio.

3.2.2. **Queja constitucional.**

Como tercera posición surge la de quienes consideran que la tutela expresa una instancia de queja constitucional. Su trámite no es proceso jurisdiccional y por consiguiente no hay partes en el sentido de aquél, esto es, de demandante que pretende y demandado que se resiste, quien lejos de oponerse - contestando o excepcionando - únicamente **informa** al juzgador los hechos en que se finca la queja. Con este criterio la petición es de control del acto que agravia o desconoce una garantía constitucional, y correlativamente implica un fallo donde se ordene su remoción. El juez, por lo mismo, apenas verifica y constata el acto de la autoridad y los antecedentes que le dieron origen, aportados con la queja y oficiosamente requeridos a la autoridad, para decidir sobre su constitucionalidad y, en caso afirmativo, removerlo. Hay un procedimiento integrado por dos o más actos procesales pero no un proceso jurisdiccional. Tampoco existe declaración o condena. Sólo la eliminación del obstáculo que arbitrariamente impide el ejercicio de un derecho inherente a la personalidad humana, de ningún modo alegado como un conflicto intersubjetivo de intereses en frente de la autoridad, lo cual rechaza toda idea de bilateralidad en la actuación y descarta cualquier debate indemnizatorio, por ser éste de naturaleza típicamente pretensional. Sin contradicción no se puede hablar de derecho de defensa[26].

De igual manera, en algunas ocasiones la Corte Constitucional ha calificado al mecanismo de la tutela no de "*proceso sino de un **remedio** de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la*

---

25 Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en iberoamérica. Depalma Buenos Aires 1988.

26 Humberto Briceño Sierra. Teoría y técnica del amparo. Editorial Cajicá, Puebla, Méjico. Beatriz Quintero de Prieto hace afortunada síntesis de la tesis. Cit. p. 14 y s.s.

efectividad, concreta y actual del derecho y sujeto a violación o amenaza";[27] en otras la ha denominado como un eventual " `conjunto' de *procedimientos judiciales*"[28] o, en un punto opuesto, como un verdadero proceso judicial.

En efecto, mediante sentencia del 1o. de Octubre de 1992, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, que permite al juez de la tutela "*ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado y si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso*". En ella se recava en que esa provisión en modo alguno excluye el debido proceso y "*más bien lo supone*". "*Tampoco es contrario a la Carta Política* - dícese- que se disponga el pago de las costas procesales a cargo del responsable de la violación o del peticionario que incurrió en temeridad, según el caso, pues ello es apenas lógico y equitativo tratándose de **procesos judiciales**"[29]. (Se destaca).

3.2.3. **Procedimiento constitucional autónomo. Características.**

En Colombia, la acción de tutela tiene un marcado fin restitutorio o de restablecimiento de derechos fundamentales. Constitucionalmente consiste en una **orden** para que aquél de quien se solicita la tutela **actúe** o se **abstenga** de hacerlo, y ese es cabalmente el sentido de su **protección** inmediata que contempla el artículo 1o. del Decreto 2591 de 1991. En su exacta dimensión, el estatuto es protector de situaciones de hecho constituidas por actos u omisiones causantes de transgresión amenaza de un derecho fundamental. Por consiguiente, esos hechos demarcan el contorno de la actuación de tutela y delimitan la actividad del juez, primero a verificarlos a partir del escrito que la contiene y después, al culminarla, con fundamento en ellos y sólo en ellos, a juzgarlos en el ámbito constitucional de su competencia.

---

27 Sentencia No. T-001. Abril 3 de 1992. G. de la C.C. T. 1. P. 167.

28 Sentencias No. T-013. Mayo 28 1992. T. 1 p. 334 y No. T-520. Septiembre 16 de 1992. T. 5. p.237. En igual sentido Marcela Monroy. Módulo sobre la acción de tutela. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. T. 1 p.26.

29 No. C-543. G. de la C. C. T. 6. p.240.

En esa tarea inquisitiva corresponde a los jueces, con más exigencia que en cualquiera otra, obtener los **informes** indispensables con ese efecto, particularmente de la persona citada para la finalidad comprobatoria de las circunstancias de la tutela, contra quien no se propone el reconocimiento de garantías constitucionales de alcance fundamental, que tienen categoría de derechos inalienables de la persona humana. Del llamado a la tutela, entonces, no se reclama un derecho sino un requerimiento de **hacer o de abstención**, si el juez, confrontando las normas con los hechos que haya constatado, considera que por omisión o acción conculcan o intimidan los derechos fundamentales que se invocan. Unas y otros son objeto, contenido y eje esencial de la tutela, donde por esa razón no hay conflicto de intereses ni un enfrentamiento de derechos subjetivos entre partes, y por entero está vedado al juez traspasarlo para dar certeza de hechos de rango legal controvertidos, o satisfacerlos a la manera de los jueces ordinarios[30].

En definitiva, la acción de tutela no comprende un juicio de valor integral de legalidad, ya que su alcance está reducido a precisar si el acto impugnado amenaza o viola un derecho constitucional fundamental, previa su confrontación con el texto constitucional.

Lo resumidamente expresado advierte que el mecanismo de la tutela no es un proceso jurisdiccional, por ausencia de litis y por ende de parte demandada. Luego, como se había anticipado, es sencillamente un **procedimiento autónomo** especialmente previsto por la constitución en sus cardinales características - objeto, contenido y trámite - reglamentado por la ley y dotado de peculiares perfiles jurídicos que los separa de las características generales de la impugnación y recursos judiciales. En esencia, desde el punto de vista técnico - jurídico, los últimos no coinciden con la acción de tutela porque la impugnación, que es el género, y el recurso, que es la especie, en común se encuentran concebidos para obtener que se revoque o modifique una resolución judicial o administrativa injusta, sustituyéndola, o, como lo expresa Carnelutti, rescindiéndola[31], lo que no sucede en esta acción, como quedó visto.

---

30 La Corte Constitucional ha reiteradamente expresado el carácter **alternativo** que no **adicional o complementario** de la acción de tutela. Vgr. en la No. C-543 de Octubre 1o. de 1992 G. de la C.C. T. 6 p.207.

31 Sistemas. III p.613

Estimo, por lo anterior, que es jurídicamente intrascedente la calificación de la acción de tutela, si impugnación o recurso, cuya significación gramatical - combatir o atacar - tampoco se aproxima a su objeto. Desde luego, por ésta no se combate o ataca a quien se dirige, pues se convertiría en demandado: con ella se controvierte o discute el acto generador del desconocimiento de un derecho fundamental, o su amenaza, y no se pretende su reemplazo[32].

3.2.3.1. **Principios.**

En suma, si bien la acción de tutela no es un proceso jurisdiccional que decide conflictos intersubjetivos de intereses, el procedimiento que la estructura tiene categoría procesal. Así que éste, dotado de particulares características, debe informarse de ciertos principios del derecho procesal, que es ciencia, para de esa manera obtener los perfiles jurídicos de la actuación.

Los principios de **eficacia, economía, celeridad, publicidad y prevalencia** del derecho sustancial están expresamente consagrados; de la naturaleza de la acción de tutela emergen el **inquisitivo** y el de **gratuidad**, y no cabe el de **bilateralidad** (Arts. 86 C.P. y 4. **ejusdem**).

Eficacia. Economía. Celeridad.

El principio de eficacia atañe a la protección de los derechos fundamentales y es esencial en la tutela. El mecanismo procesal y su hermenéutica está concebido para satisfacer pronta y verdaderamente los derechos fundamentales comprometidos por actos u omisiones, y los principios de economía y celeridad son, entonces, su consecuencia: el juzgador debe obtener el mayor resultado con el mínimo esfuerzo posible, quien con ese propósito está facultado para prescindir de todo procedimiento en orden a conceder inmediatamente la tutela, si deduce "*una grave e inminente violación o amenaza del derecho*" (Art. 18 **ib**).

---

32 Beatriz Quintero de Prieto afirma que la acción es una impugnación con contenido de querella constitucional y no recurso. Cit. p.23. Me parece que no es afortunada cuando a los dos diferencia, pues ambos coinciden en su objeto.

Por lo demás, el sentido preferencial y sumario de la tutela y la perentoriedad e improrrogabilidad de sus plazos, resaltan los anotados principios (Arts. 17, 19, 21, 23, 29, 31, 32 D. **ejusdem**).

Publicidad.

El principio de publicidad significa que el trámite de la acción de tutela no es secreto o reservado. De él naturalmente conocen su autor, la persona contra quien se endereza y el público en general. De este modo se da oportunidad para que terceros puedan intervenir como coadyuvantes de los dos primeros, y la tutela se convierta en un instrumento educativo de las autoridades y de los particulares, conforme a los opiniones expresadas a través de sus fallos, particularmente de la Corte Constitucional.

Prevalencia.

La prevalencia del derecho sustancial se encuentra consagrado en la Constitución, y antes, desde el año de 1970, el Código de Procedimiento Civil lo plasmó como aspecto cardinal de hermenéutica. La constitución es norma de normas. Con arreglo a este principio el procedimiento de tutela ha de ser actuado e interpretado con la inequívoca finalidad de proteger el derecho fundamental conculcado o amenazado, en cuya tarea el juez tiene todas las facultades y poderes indispensables para ello. Así puede:

- Adoptar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho (Art. 7 **Ib**).

- Dirigir el trámite de la tutela e impulsarlo hasta el fallo, que incluso puede proferir prescindiendo de "*cualquier consideración formal o sin ninguna averiguación previa*", cuando exista un medio de prueba del cual deduzca una grave e inminente violación o amenaza del derecho (Art. 18 **Ib**).

- Fijar plazos para que se cumpla el fallo, que en ningún caso puede exceder de 48 horas (Arts.29 **Ib**).

- Prevenir a las autoridades sobre las consecuencias de repetir la acción u omisión que violó o amenazó violar en derecho constitucional, lo cual permite romper patrones arbitrarios de conductas (Art. 24 **Ib**).

- Inaplicar las normas de carácter legal, cuando la acción u omisión se derive de éstas o se justifique en ellas, para evitar que sirva de excusa a aquél contra quien se dirigió la tutela (Art. 29 **Ib**).

- Sancionar por desacato a quien incumpla sus órdenes con arresto y multas hasta de 20 salarios mínimos mensuales.

Oficiosidad.

Por el objeto de la tutela, el juez está obligado a obtener oficiosamente toda la **información** necesaria en beneficio de la protección eficaz de los derechos con fundamento en los hechos narrados en el pertinente escrito. Su función, es, pues, caracterizadamente inquisitiva y en ella descansa el éxito de la acción, de la que, en nuestra opinión, no queda excluida la Corte Constitucional, pese a que el Decreto 2591 explícitamente no la faculta para decretar pruebas[33].

Por este principio, el peticionario no tiene la carga de probar los hechos en que se finca la tutela, lo cual no impide que pueda aportar medios de prueba, y consecuencialmente la inactividad demostrativa de aquél jamás servirá de excusa para negarla.

Gratuidad.

Como función pública la justicia es gratuita. Pero el principio adquiere mayor significado en la tutela, y su autor no tiene a su cargo expensas procesales, excepción hecha de que hubiese obrado con notoria temeridad (Art. 25 **Ib**).

---

33 Jurisprudencialmente se ha sostenido lo contrario. Sin embargo, debe recordarse que la revisión de la Corte Constitucional además de unificar jurisprudencia tiene como finalidad "la de evitar un perjuicio grave", lo que en muchos eventos bien puede exigir la práctica de pruebas.

IV. Ciertas Características Procesales de la Acción de Tutela

4. Legitimación en la causa.

Es la común. Basta que una persona considere que la acción u omisión de una autoridad pública - excepcionalmente de los particulares - le viola o amenaza violar un derecho fundamental constitucional, para que la jurisdicción se pronuncie en el fallo sobre el mérito de la acción, aún cuando sea legalmente **improcedente** (Art. 6 Ds. 2591 de 1991 y 1o. del 306 de 1992).

En otras palabras, el fenómeno de legitimación y las razones de infundabilidad de la acción de tutela son calidades jurídicas que, por ser de su esencia, deben resolverse en el fallo que le pone fin a la instancia[34], que es siempre impugnable[35] so pena de desconocerse el principio de las dos instancias y aún el grado de revisión que le es propio. Por supuesto - se recuerda - sólo son impugnables las providencias que deciden la tutela (Arts. 30 y 31 ib).

4.1. Legitimación procesal.

Para ejercer la tutela no se exige ser abogado ni tener apoderado judicial, y si se actúa por medio de éste los poderes se presumen auténticos, facilitándose en grado sumo el acceso inmediato a la justicia.

Cabe la agencia oficiosa cuando el titular de los derechos fundamentales no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa; también está

---

34 "Los presupuestos procesales de procedencia o improcedencia de la acción de tutela... y la naturaleza de la misma - enseña la Corte Constitucional - no pueden ser resueltas al admitir la demanda, sino en la sentencia, para que ... medie el suficiente diálogo judicial... y el pueda, si es el caso, llegar al convencimiento razonado de su existencia o inexistencia. Sent. No. T-1475, Julio 17 de 1992, G. de la C.C. T. 3. p.507.

35 La Sala Civil de H. Corte Suprema de Justicia considera que dichos fallos son inimpugnables. Por ejemplo, en providencia del 15 de Septiembre de 1993. Expediente No. 814.

legitimados para instaurarla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, por delegación de aquél, en nombre de cualquiera persona que lo solicite, y el primero puede actuar oficiosamente con el fin de facilitarle su función de *"velar por el ejercicio de los derechos humanos"*, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados. La delegación, que es un acto administrativo expreso, debe ser probada (Arts. 10, 85 y 282 C.P.; 46 y 49 D. **ejusdem**).

Las personas incapaces[36] y las jurídicas[37] - con ánimo o sin ánimo de lucro - actúan por intermedio de sus representantes legales. La existencia y representación del ente jurídico tiene que estar demostrados[38]; los poderes que éstas otorguen no requieren formalidad alguna.

Tanto las personas jurídicas nacionales como las extranjeras pueden ejercer la acción de tutela. Respecto de las últimas hay que tener en cuenta la aplicación de las normas constitucionales que, por razones de orden público, facultan al legislador *"para subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros"*[39].Las personas jurídicas de derecho público, en principio no pueden ejercer la acción porque desempeñan funciones públicas regladas por la constitución y la ley, en virtud de las cuales las relaciones de derecho público que

---

36 La Corte consideró acertado que se hubiese denegado una tutela y la impugnación por falta de legitimación de quienes actuaban en defensa de un menor, "pues ésta afirmación resultó desvirtuada por el propio titular, quien... se declaró ser mayor de edad". Sent. No. T-455. Julio 13 de 1992 G. de la C.C. T.3 p. 403.

37 "La acción de tutela - expresa la Corte Constitucional - puede ser ejercida por personas naturales o jurídicas. Las personas jurídicas poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vías: a) directamente cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales no porque actúan en sustitución de sus miembros, sino que lo son por si mismas, siempre, claro esta, que esos derechos por su naturaleza sean ejercitables por ellas mismas; y b) directamente: cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela y de los derechos constitucionales fudamentales de las personas naturales asociadas. Sent. No. T-441. Julio 3 de 1992. G. de la C. C. T. 3. p.254.

38 Así lo predica la Corte Constitucional. Sent. No. T-555. Agosto 26 de 1992. Ob. Cit. T.6 p. 789.

39 En este sentido Sent. No. T-463. Julio 16 de 1992. Ob. Cit. T. 3 p. 466.

determinan no tienen vinculación directa con la persona humana. Lo anterior no obsta, como lo expresa la Corte Constitucional, que excepcionalmente puedan ser titulares de derechos fundamentales, si lo permite la naturaleza jurídica pública de la entidad[40].

4.2. **La solicitud de tutela. Acumulación de acciones.**

La informalidad es la regla de la tutela. Lo que se reclama de la solicitud - verbal o escrita - es que el juez reciba del peticionario la información suficiente de hechos para decidirla, quien, sin el deber de citar normas constitucionales, le basta determinar fácticamente el derecho fundamental violado. La especie del escrito no está sometida a requisito alguno (Art. 14 **ib**)

Sin embargo, en la solicitud debe expresarse el nombre y lugar de residencia del peticionario, y el nombre del órgano autor de la amenaza o del agravio; manifestarse, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra solicitud de tutela por los mismos hechos y derechos, y si la propone un agente oficioso indicarse que el titular de los derechos no está en condiciones de promover su propia defensa. Con el escrito no es indispensable ameritar la existencia del solicitante, el cual no requiere presentación personal.

Por otra parte, en la solicitud de tutela puede proponerse varias acciones referentes a diversas personas, con la única condición que cada una aluda a derechos fundamentales individuales y concretos de los peticionarios, y se fundamente en actos de autoridad que en común los afecte a todos. Por economía procesal la acumulación exige un evidente factor de conexión entre todas las acciones.

---

40 Sent. anteriormente citada. Un derecho fundamental que podría desconocerse a una persona jurídica de derecho público, por ejemplo, el del debido proceso. Recuérdese que el artículo 86 de la Constitución Política no excluye a las personas jurídicas en general, entendida como especie del género persona, conforme al Código Civil. En este sentido Sent. No. T-555. Agosto 26 de 1992. Ob. Cit. T. 6 p. 789.

4.2.1. **Inadmisibilidad. Rechazo.**

Si es posible, el empleado judicial que reciba la solicitud debe formalmente controlarla y advertir al peticionario que no reúne los requisitos de esta especie, si es el caso. De no, el juez debe inadmitirla por esas razones y por la indeterminación de los hechos constitutivos de la violación o la amenaza. Para el efecto concretamente requerirá al solicitante para que corrija, complemente o amplíe la solicitud dentro del término de tres días.

Transcurridos el precedente lapso sin que cumpla el mandato judicial, el juez debe rechazar la tutela. Por las consideraciones expuestas en el numeral 4., en ese momento no se puede resolver sobre su improcedencia. Tampoco sobre la ausencia de determinadas pruebas, incluyendo la del acto administrativo en que el Defensor del Pueblo haya delegado su derecho a proponerla, por ser un tema relativo a legitimación, susceptible de acreditar por iniciativa oficiosa antes del fallo[41]. Una solicitud rechazada puede de nuevo presentarse.

No es absolutamente indispensable un auto admisorio de la tutela, pues sencillamente se inadmite, se decreta la práctica de pruebas o se resuelve; ésto si se considera que son suficientes las aportadas con la solicitud.

4.3. **Intervinientes.**

No hay partes en el sentido de demandante y demandado. Existe un titular de la acción y sujeto del trámite de tutela, quien la invoca para obtener el control, aplicar o desaplicar actos de autoridad pública y excepcionalmente de particulares, que violan o amenazan violar un derecho fundamental. Luego éstos no son sujetos pasivos de la acción y su citación, que no es obligatoria, se explica para que informen sobre los hechos que la origina.

De modo que el vocablo "*parte*" que emplean los Decretos 2951 de 1991 y 306 de 1992, no tienen una connotación procesal estricta, y por ende no genera sino los derechos que consagra ese estatuto.

---

41 En contra Marcela Monroy. Ob Cit. T.2 p. 40.

4.3.1. **Coadyuvante.**

Quien tenga un interés legítimo en el resultado del procedimiento de tutela, puede intervenir en ella "*como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quienes se hubiere hecho la solicitud*" (Art. 13, inc. 2o.).

La coadyuvancia es una figura procesal que se caracteriza por la relación sustancial de un tercero con una parte que interviene en el proceso. El coadyuvante, en principio, es ajeno a los efectos de la sentencia pero indirectamente puede resultar afectado si la parte que coadyuva obtiene un fallo desfavorable. Es parte secundaria y accesoria. No es principal. Sin embargo tiene legitimación permanente para actuar en el proceso, realizando todos los actos de aquélla, prohijándola y jamás en contra de sus intereses. Así, por ejemplo, no puede interponer recursos que la parte principal no quiere formular o con los que esté en desacuerdo (Art. 52 C.P.C.).

La coadyuvancia con el actor de la tutela supone interés en un fallo favorable a éste, pero no necesariamente que el coadyuvante termine afectado con un fallo desestimatorio, en los términos del derecho procesal civil, aunque puede ocurrir. En cambio, aquél si puede resultar perjudicado con un fallo estimatorio cuando coadyuva a la autoridad pública o al particular, ya que esa coadyuvancia sólo se explica a propósito del deseo del coadyuvante que no se acceda la tutela.

Todo interés tiene que ser legítimo para que sea protegido por la ley. Lo importante, entonces, es establecer la especie de interés, si constitucional o legal. El primero es evidente por la naturaleza de la acción; el segundo no. Pero si se conviene en que a nadie se le pueden desconocer derechos adquiridos con arreglo a una ley, en la segunda hipótesis es razonable admitir que éstos constituyen un interés legítimo del coadyuvante.

La coadyuvancia puede ser propuesta en cualesquiera de las etapas del procedimiento de tutela, aún en la de revisión, porque la ley no limita su oportunidad. La Corte Constitucional declaró la nulidad de un fallo de revisión, revocatorio del de segunda instancia, impetrada después de

proferido por quien por primera vez alegó su interés y su condición de coadyuvante[42].

Por lo demás las facultades del coadyuvante están reducidas a suministrar al juez la información que considere necesaria respecto de los hechos que son materia de investigación. El artículo 31 **ejusdem** no incluye la facultad de que el coadyuvante impugne el fallo[43].

4.4. **Desistimiento.**

El peticionario puede desistir de la tutela. Empero, en el evento de acumulación de acciones ese acto no tiene el efecto de ponerle fin y de archivar el expediente, pues prevalece el interés de los demás accionistas. Igualmente se puede desistir de la impugnación, pero teniendo en cuenta la consideración anterior.

El desistimiento no pone fin a la tutela en todos los casos: si tuvo origen en la aceptación de la autoridad pública o el particular, según el caso, de efectuar los actos necesarios para terminar los actos de la amenaza o violación de un derecho fundamental, que resultan incumplidos, la acción se puede proseguir en cualquier tiempo (Art. 26 **Ib**).

La Corte Constitucional se refirió a ese fenómeno en una acción de tutela que comprendía una acción popular, la segunda de las cuales, como se ha dicho, no impide el trámite de la primera si su autor alega el desconocimiento de un derecho fundamental individualmente considerado. Allí, en tesis que no compartimos, se consideró inaceptable el desistimiento del actor por estar "*comprometidos aspectos relacionados con el bien*

---

42. En efecto, en auto del 26 de Julio de 1993, aún no publicado, la Sala Plena declaró la nulidad de la sentencia T-120 de Marzo 29 de 1993, dictada en el proceso T-5088. La nulidad fue solicitada por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de la Construcción, cuyo interés se precisó por el hecho que el apoderado judicial que lo representaba obraba como abogado de ciertos acreedores con créditos laborales, y la oportunidad de intervención del coadyuvante se aceptó porque "Si no actuó, o trató de hacerlo, en la primera o la segunda instancia fue por haber sido negada la tutela en las dos instancias".

43 Marcela Monroy considera lo contrario. Ob. Cit. T. I. p. 83.

colectivo, pues en tales situaciones, por aplicación del principio consagrado en el artículo 1o. de la Carta, debe prevalecer el interés general, ya que no está en juego exclusivamente las pretensiones individuales del actor"[44].

4.5. **Fallo**

Debe contener los requisitos que dispone el artículo 29 **ibídem**, entre ellos la determinación del derecho tutelado, la orden y la definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela, el plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que en ningún caso puede exceder de 48 horas y la inaplicación, en el caso concreto, de la norma incompatible con los derechos fundamentales reconocidos en ella.

4.5.1. **Condena en perjuicios y costas.**

Quedó dicho que el procedimiento de tutela no constituye un proceso. Por eso, aún cuando se dirige contra el autor del agravio o de la amenaza de un derecho fundamental, a éste no se cita para que intervenga como parte, y, en caso de que lo haga, de ningún modo adquiere la calidad de demandado. No hay demanda ni auto admisorio, y el trámite no tiene que surtirse con la audiencia de la autoridad pública o del particular, según el caso.

El juez de la tutela - se repite - no resuelve conflictos intersubjetivos de interés o pretensiones resistidas, porque no hay proceso en contradictorio. Así se desprende de la norma constitucional colombiana: el juez ordena remover el obstáculo que impide el ejercicio de un derecho fundamental, o aplica o desaplica una conducta arbitraria de la autoridad, a quien no condena.

Por eso sorprende el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, que faculta al juez para "*ordenar*" en abstracto la indemnización del daño emergente causado y el "*pago de las costas del proceso*". Esa "*orden*" constituyente

---

44 Sent. No. T-550. Octubre 7 de 1992. Ob. Cit. T. 6 p. 737. La tesis es desafortunada porque convirtió la acción de tutela en una acción popular, aún no reglamentada, decidiéndola.

una **condena** propia de una proceso contencioso, que se profiere sin la citación de la persona condenada a satisfacerlos. No obstante que la Corte Constitucional declaró exequible la disposición, seguimos pensando que desborda la norma constitucional y desconoce el derecho de defensa[45].

Para que se juzguen los argumentos de la Corte, permítaseme transcribir, sin comentarios, las razones de constitucionalidad del artículo:

"Ningún motivo de inconstitucionalidad encuentra la Corte en el artículo 25 del Decreto 2591, también acusado en este proceso, puesto que ese precepto se limita a indicar la natural consecuencia atribuida por el Derecho, en aplicación de criterios de justicia, a la comprobación del daño que se deriva de acción u omisión antijurídica, la cual no puede ser distinta del resarcimiento a cargo de quien lo ocasionó, tal como dispone el artículo 90 de la Constitución. Se trata de reparar, por orden judicial, el daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, la violación sea manifiesta y provenga de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, supuestos que justifican y aún exigen que el fallador, buscando realizar a plenitud la justicia en cada caso, disponga lo concerniente.

"Desde luego, no se trata de sustituir la jurisdicción especializada ya que el juez de tutela tan sólo tiene autorización para ordenar la condena en abstracto y su liquidación corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o al juez competente, lo cual en nada se opone a las previsiones constitucionales.

"Tiene razón uno de los demandantes cuando afirma que la condena en cuanto a indemnizaciones y costas sólo puede ser el resultado de un debido proceso, pero esta aseveración no lleva necesariamente a la inexequibilidad de la norma acusada, pues el proceso de tutela, aunque sumario y preferente, debe surtirse con plena observancia de las previsiones generales consagradas en el artículo 29 de la Constitu-

45 En el salvamiento a la sentencia No. T-222 de Junio 17 de 1992, Jaime Sanin Greiffenstein pone en duda la constitucionalidad del art. 25. G. de la C. C. T. 2. p. 106)

ción, de las cuales no ha sido ni podrá haber sido excluido en cuanto se trata de un derecho fundamental. Si en un proceso específico tales requerimientos constitucionales se transgreden, (sic) tiene competencia del superior ante quien se impugne el fallo y, en su caso, esta Corporación, para revocar la correspondiente decisión judicial.

"Considera la Corte que no es el artículo acusado el que puede tildarse de contrario a la preceptiva superior, toda vez que en él no se dispone ni autoriza que la actuación judicial se lleve de espaldas a las reglas constitucionales aludidas. Su texto en modo alguno excluye el debido proceso y más bien lo supone, razón por la cual no es admisible la tesis del actor sobre posible desconocimiento de las normas fundamentales que lo consagran.

"Tampoco es contrario a la Carta Política que se disponga el pago de las costas procesales a cargo del responsable de la violación o del peticionario que incurrió en temeridad, según el caso, pues ello es apenas lógico y equitativo tratándose de procesos judiciales" (Sent. No. C-543. Octubre 1 de 1992. G. de la C. C. Tomo 6 p. 207).

Por fortuna, únicamente en eventos muy extremos tiene cabida la "*condena*" en perjuicios y costas. Se requiere que el afectado no disponga de medio judicial para obtener el reconocimiento de perjuicios, y sea manifiesta la violación del derecho y consecuencia de un acto claro e indiscutiblemente arbitrario. La liquidación de los perjuicios se efectúa mediante incidente, ante juez distinto del de la tutela; la de costas en el mismo procedimiento de ésta, a continuación del fallo, de conformidad con el Código de Procedimiento Civil por no existir un trámite especial (Art. 25 Cit.).

4.5.2. **Congruencia.**

El trámite de la tutela no es un proceso. Por eso y por su objeto el fallo que le pone fin - por ley no puede ser inhibitorio - no tiene que estar sometido al principio de la congruencia. En el fallo, independientemente de la petición, el juez está obligado a hacer un juicio de valor sobre la cuestión

fáctica demostrada y, si encuentra la violación o la amenaza de derechos fundamentales distintos a los que alega el peticionario, a disponer los instrumentos adecuados para que cesen los actos que las originan. En consecuencia, es posible que el fallo sea **extra o ultra petita**[46].

4.5.3. **Alcance.**

El fallo sólo surte efectos respecto de quienes intervienen en el procedimiento de tutela, incluyendo el que profiere la Corte Constitucional cuando lo revisa. Su alcance exclusivamente se extiende al evento concreto y está lejos del fallo cualesquiera pretensión reglamentaria, o que entrañe obligatoriedad para autoridades o particulares que se encuentren en un caso similar al que produjo su pronunciamiento, como lo ha ordenado la Corte Constitucional en algunas oportunidades[47].

Concepto anterior que se comprende el criterio jurisprudencial, el cual, si bien es auxiliar de la doctrina constitucional con el objeto de unificarla, de ningún modo tiene efectos jurídicos más allá del caso particular en que se expresó.

4.5.4. **Cosa juzgada.**

El artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, fue en su integridad declarado inexequible de acuerdo con la sentencia del 1o. de Octubre de 1992[48], que obviamente incluyó su parágrafo que prohibía la tutela contra fallos de tutela. La institución de la cosa juzgada en general es inherente a las

---

46 Así lo entiende la Corte Constitucional: "... el fallo de tutela no está limitado a lo pedido por el accionante, sino que, si el juez encuentra que en efecto están amenazados o han sido o son vulnerados derechos constitucionales fundamentales distintos de aquellos que el penitenciario menciona, así debe manifestarlo y ordenar la protección de los mismos ...". Sent. No. T-571 de Octubre 26 de 1992. Ob. Cit. T. 6 p. 880.

47 Así, por ejemplo, Sent. T-525 de Septiembre 18 de 1992. Ob. Cit. T. 5 p. 324.

48 No. C-543. Ob. Cit. T. 6 ps. 207 y s.s. .

sentencias proferidas en los procesos, salvo excepciones. La inmutabilidad y definitud que le es propia imponen la seguridad y el orden en las relaciones jurídicas de los asociados, lo cual es un principio constitucional que expresa la prevalencia del interés general. Seguridad y orden que también deben ser características del fallo de tutela, ya que la eventualidad de continuadas decisiones sobre unos mismos hechos, con relación a unos mismos sujetos, no sólo haría inoperante esa finalidad constitucional, sino que inevitablemente conduciría a mayor incertidumbre jurídica de la que pudo causar la tutela antes de la inexequibilidad del mencionado artículo, o puede estar causando en la actualidad.

Desde luego, el sistema de la administración de justicia supone la definición de los asuntos a su cargo, y la organización social así lo exige. Porque sobre aquélla y sobre quienes ponen en movimiento el aparato judicial del Estado, no puede gravitar indefinidamente la expectativa en torno a la eficacia de una decisión de esa especie.

La cosa juzgada impone identidad de causas. Por ello, en mi opinión, si un fallo de tutela desconoce derechos de terceros de índole constitucional fundamental, lo que perfectamente puede ocurrir, se encuentran cabalmente legitimados para proponer una acción de tutela destinada a que se cotejen sus circunstancias particulares con la norma que ampara esos derechos. No se trata aquí de permitir tutela contra tutela. Se trata de provocar un pronunciamiento sobre las consecuencias de un fallo de tutela con relación a terceros, evidentemente significada en hechos surgidos con posterioridad a su pronunciamiento, lo que no permitiría identificar el fallo de la segunda con el de la primera, y obtener el restablecimiento de una garantía constitucional cercenada por un procedimiento en que no intervino el afectado. La noción del debido proceso así lo impone.

4.6. Recursos.

Pueden impugnar el fallo el peticionario, el Defensor del Pueblo, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente. Se concede en el efecto devolutivo. El coadyuvante no tiene la facultad para hacerlo. El único requisito de procedibilidad que prevé la ley es el de la oportunidad

de la impugnación. Por lo mismo, basta que ésta se produzca para que se considere debidamente interpuesto el recurso, sin que sea necesario motivarlo, como lo exige la jurisprudencia de la Corte Constitucional[49].

El legislador no dispone que la impugnación se presente por escrito; tampoco que sea sustentada. Y aunque es deseable para que el superior conozca los motivos de inconformidad con el fallo, éste de todas maneras debe confrontarlo con los hechos y sus pruebas a fin de determinar sobre su legalidad, o, en otros términos, si hubo la violación o la amenaza de un derecho fundamental.

4.6.1. **No reformatio in pejus.**

La impugnación y la revisión no están sometidas a este principio procesal, como tampoco está limitada la competencia del superior a conceder únicamente lo que pide el recurrente - **tatum devolutum cuantum apellatum** -. Además, la resolución del superior o de la Corte Constitucional si revoca o modifica, rescinde la del inferior.

4.6.2. **Aclaración, corrección y adición.**

El fallo puede ser aclarado, corregido y adicionado por el juez que lo pronunció. Lo primero, porque de ser oscuras y equívocas las resoluciones que contienen, serían ineficaces sus efectos; lo segundo, porque de contener errores que incidan en la decisión, también impediría su eficacia; lo tercero, porque de ser omiso en cualquiera de los objetos de la petición de tutela, no satisfacería totalmente el derecho constitucional cuyo amparo se reclama.

Sólo que esos actos procesales de juez deben realizarse de modo que no obstaculice el cumplimiento de los términos constitucionales y legales, que rigen el pronunciamiento del fallo y su remisión ante el superior, para que se resuelva la impugnación o revisión, según el caso.

---

49 Sentencia No. T-455 Julio 13 de 1992. T. 3. p. 403. Allí se remite la Corte Constitucional al artículo 57 de la Ley 2a. de 1984, que dispone la motivación del recurso de apelación. En mi opinión, es errada la jurisprudencia porque el Código de Procedimiento Civil derogó la mencionada norma, en lo que a éste atañe.

7. **Inversión de algunas reglas.**

En el trámite de la acción de tutela se invierten ciertas reglas en materia de **medidas provisionales y pruebas.**

En cuanto a las primeras, porque, el solicitante no tiene que acreditar la necesidad de suspender la aplicación de los actos que cuestiona. Esta suspensión, que no implica la de las normas en las cuales pueda fundarse el acto atacado, queda al juicio prudente del juez, si la considera necesaria y urgente para proteger el derecho (Art. 7o. **ib**).

En cuanto a las segundas, porque cuando la autoridad no rinde los **informes** relativos a los actos impugnados que le solicite el juez, se tendrán como ciertos a menos que estime indispensable otra averiguación previa al fallo (20 **ib**).

Estimo que la presunción probatoria en mención únicamente comprende los hechos - cuestionados - provenientes de la autoridad, o los que en ellos haya participado. De ese modo no sería dable, frente al aludido silencio, dar por probado el dominio de un bien inmueble, por ejemplo, si a la autoridad le es ajena y desconoce tal situación.

V. A la Manera de Conclusión

Estoy plenamente convencido que la acción de tutela representa una de las mayores conquistas de la Nación. La Constitución de 1991, adquiere una dimensión de presencia real en torno al ciudadano, fortaleciendo sus poderes frente al Estado y a su burocracia cada día más asfixiante. El ciudadano se siente desamparado a merced de la voluntad y de los criterios de la autoridad, no siempre justos.

Los derechos fundamentales atañen a la esencia de la persona. A su ser. Son absolutos. Sin ellos, como se ha dicho, el hombre no sería persona. De ahí el vital significado humano de la tutela. Pero también político y social: la persona identificada con el Estado en punto de los derechos fundamentales que le reconoce la Carta, garantizados mediante un mecanismo de índole constitucional, fácil, expedito y desprovisto de formalismos que,

duele reconocerlo, en los procesos judiciales inexorablemente han impedido su función de tutelar la justicia y, algunas veces, de los derechos fundamentales.

Sin embargo, el instrumento legal plasmado para obtener el amparo de los derechos en comento, pese a su intención, está defectuosamente estructurado, equívocamente redactadas varias de sus disposiciones y algunas veces, pretextándose el apoyo de normas constitucionales, extendida su aplicación a materias que sin discusión desbordan el ámbito de la acción de tutela, con perjuicios de terceros.

En la ponencia deliberadamente no se puntualizaron las circunstancias de redacción del Decreto 2591 de 1991, que regula el procedimiento de tutela. Apenas en ella se tocaron algunos de sus aspectos, mirados desde el punto de vista procesal, haciéndose alusión obligada a la doctrina constitucional que lo interpreta y define. Explícitamente se omitió tomar partido sobre posibles interpretaciones; en otras se asumió una franca posición para hacer prevalecer el principio de celeridad que sustancialmente lo informa, a sabiendas de la razonabilidad de otros criterios, con la finalidad de provocar las irremediables respuestas de los participantes al Congreso y obtener, cumplida la discusión pertinente, la bondad de sus conclusiones.

Con todo, permítaseme concretar los aspectos legislativos que, en mi opinión, merecen una revisión del Decreto de la tutela.

- La condena en perjuicios que en abstracto es posible pronunciar en contra del funcionario o del particular, según el caso, conduce al desconocimiento del derecho de defensa de éstos, quienes sin ser citados ni intervenir en el trámite de la tutela como demandados, en definitiva resultan vencidos como si lo fueran. Parece que el legislador hubiese querido acomodar su texto al canon constitucional, porque de otra manera no se explicaría que hubiese empleado el vocablo "*ordenar*" y no el de "*condenar*", que es el que corresponde al sentido natural de una decisión pertinente a perjuicios.

Pese a la declaración de exequibilidad de la Corte, el artículo 25 del Decreto desconoce el principio del debido proceso.

- Es consciente el legislador que el fallo de tutela puede producir efectos respecto de terceras personas. Por eso alude a la figura del coadyuvante. Pero es inexplicable que, pese a lo anterior, no le hubiera conferido

la facultad de impugnar el fallo, que no puede inferirse por analogía, como algunos lo pretenden.

Si el coadyuvante tiene interés en el trámite de la tutela, como la ley lo reconoce, debe ser de contenido constitucional y legal; luego la proyección de la coadyuvancia puede tener un alcance procesal superior al que le otorga el Código de Procedimiento Civil.

Es esencial la celeridad del trámite. Pero no es comprensible que el lapso establecido para pronunciar los fallos de instancia, ciertamente angustioso[50], y su correspondiente revisión, impidan aplicar principios de la ciencia del derecho procesal, que están para garantizar las bases mismas de la organización judicial y el debido proceso. La virtud se encuentra en el término medio. Es tan peligrosa y síndrome de injusticia una justicia tardía, como una justicia pronta pero frecuentemente errada.

- Dejar al arbitrio del juzgador que asuntos debe jurisdiccionalmente conocer, implica el desconocimiento del debido proceso. La competencia no puede quedar al criterio, irremediablemente subjetivo, de quienes tienen la facultad legal para seleccionar los asuntos de su competencia. Esa potestad conduce a la suspicacia. Y, peor aún, a la arbitrariedad, que es antidemocrática en el sistema jurídico que nos regula.

Señores Congresistas, dejo en ustedes mis opiniones sobre algunos temas procesales de la acción de tutela, para su discusión. Espero haber cumplido con el Instituto de Derecho Procesal y con las posibles expectativas de ustedes en esta ponencia. Las conclusiones serán de la Asamblea, pero, para cumplir su cometido, este trabajo tiene que haber servido de punto de partida para ello.

---

50 Cabe la discusión atinente a la inconstitucionalidad de los términos legales previstos para fallar la tutela en sus distintos estadios, pues sumados los de primera, segunda instancia y revisión, supera en mucho el plazo de los diez días perentoriamente previstos en el artículo 86 de la Constitución Política.

EL ABUSO DEL DERECHO EN EL AMBITO DEL PROCESO CIVIL

Jorge W. Peyrano *

I. Introducción II. Fundamentos de la recepción del abuso del derecho en materia procesal civil III. Criterio para identificar al abuso de las vías procesales IV. Consecuencias de la declaración judicial acerca de que ha mediado abuso de las vías procesales V. Apostillas procedimentales VI. Resumen

"En el campo de las ciencias sociales la motivación para el desarrollo de problemas científicos se da siempre por cuestiones prácticas, tal como lo demuestra la experiencia."

Max Weber

I. Introducción

Todavía hoy resuena y debe recordarse el decir de Josserand cuando -varias décadas ha -enseñaba cuál es el subsuelo de la doctrina del abuso del derecho, expresando lo siguiente: "... los derechos "tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su espíritu

---

* Tratadista Argentino

del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados, no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar: no pueden ser legitimados sin más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un activo legítimo.

Por ejemplo, no podrían ser puestos en ningún caso al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo, no pueden servir para realizar la injusticia; no pueden ser apartados de su vía regular; de hacerlo así, sus titulares no los ejercerían verdaderamente, sino que abusarían de ellos, cometerían una irregularidad: un abuso de derechos de que serían responsables con relación a las víctimas posibles" (1)

Cierto es que dicha doctrina ha hecho carrera bajo diversas denominaciones (ejercicio abusivo de los derechos, abuso de los textos legales, acto emulativo, acto abusivo disimulado bajo la apariencia del ejercicio del derecho, etc.), pero también lo es que todavía media cierta renuencia a incorporarla como precepto general en el seno del proceso civil argentino. De ahí la conveniencia de traer a cuento el pensamiento de su principal mentor, quien no reconocía vallas (como surge de la descripción arriba transcripta) para la vigencia de la multifacética doctrina del abuso del derecho.

En verdad, la tarea que hoy deberá encarar quien pretenda sostener que el abuso del derecho es también una figura operativa en materia procesal civil es, comparativamente, más sencilla que el cometido que abordaron los civilistas (Lafaille, Salvat) cuando procuraban que fuera recibida en Derecho civil. Como fuere, los caminos seguidos por éstos pueden servir de inspiración. En efecto: el antiguo tenor de los artículos 2514 y 2618 del Código Civil y las normas de los artículos 1620, 1739 y 1978 del mismo, posibilitaron, entre otros, que los defensores de la referida incorporación sostuvieran que si bien no de la letra pero sí del espíritu de la obra el abuso del derecho era fuente de obligaciones y responsabilidades.-

Luego, afortunadamente, el nuevo artículo 1071 del Código Civil - (2) - calificado como "regla capital de la reforma" de 1968- aventó toda duda sobre el imperio del aludido principio.-

Llegados aquí, se impone puntualizar que el Código Civil argentino es, como se sabe, más que lo que aparenta. Es que se considera que buena parte de su articulado contiene una suerte de "Teoría general del Derecho",

aplicable, en su caso, en subsidio en otros sectores del mundo jurídico, a los cuales, en principio, no estaba llamado a regir (3). Bien apunta Vallejo que: "En la tarea de aplicar al proceso el principio general del abuso del derecho, sería aconsejable incluir un artículo reproductivo del artículo 1071 -en el capítulo de las Reglas Generales del Código Procesal Civil- (Título II-Libro I).- No habiendo hecho la reforma de la ley 22.434, que se limita a una simple corrección material del artículo 45, estimo que el ejercicio abusivo del derecho tiene vigencia en el proceso como principio general legislado por el Código Civil" (4).-

Claro está que como siempre sucede cuando se debe trasplantar una noción nacida en otros ámbitos jurídicos, la teoría del abuso del derecho puede y debe ser objeto de algunos ajustes cuando se pretende otorgarle vigencia en el campo del proceso civil. Cabe acotar que el pensamiento procesal argentino contemporáneo ha aceptado y estudiado el abuso de las vías procesales (5). Y no podría ser de otra manera en atención a que desde muy antiguo se ha discurrido localmente sobre la doctrina del abuso del derecho, y siempre concediéndole alcances operativos dilatados. En tal sentido, puede anotarse que ya en 1881, el genio de Segovia había interpretado el viejo artículo 1071 del Código Civil de modo muy afín a la doctrina del abuso del derecho (6), definitivamente perfilada bastante tiempo después.-

II. Fundamentos de la recepción del abuso del derecho en materia procesal civil

Comenzaremos por exponer la fundamentación de nuestra creencia acerca de que hoy tiene cabida en materia procesal civil, la doctrina que dió por tierra antiguas formas de pensar como la contenida en la ley 14 del Título 34 de la Partida 7, que rezaba: "non faze tuerto a otro quien usa de su derecho".

Por de pronto, claro está, puede argumentarse con el texto del ya mencionado artículo 1071 Código Civil, y con lo ya señalado acerca de la interpretación amplia que debe merecer.-

Pero vayamos -tal como lo hicieron los civilistas "históricos"- al contenido de normas legales netamente procesales para escudriñar si en su

seno se encuentra la simiente del abuso del derecho. Veámos, por ejemplo, el "subsuelo del artículo 528 C.P.N.)" (7). El citado precepto contempla el caso del "desconocimiento de firmas" obstructivo por parte del ejecutado dentro del trámite de preparación de la vía ejecutiva.- Dicha loable disposición procura en la medida de lo posible, atenuar las consecuencias del desconocimiento malicioso de la autenticidad de una firma.- Compárese la solución, dicha con el temperamento seguido por otros ordenamientos legales (8) que ante igual hipótesis dejan inerme al ejecutante, el que debe conformarse con acudir a la vía del proceso de conocimiento respectivo.

Puede siquiera, por un momento ponerse en tela de juicio que el legislador ha calificado -tácita pero evidentemente- como abusivo el proceder en la especie del ejecutado, aplicándole las correspondientes sanciones aflictivas?.-

Pero seremos más concretos y, entonces, traeremos a colación el artículo 208 C.P.N. (9); normas que explícitamente contempla el supuesto de abuso del derecho en el campo procesal civil, más precisamente en el ámbito de lo cautelar (cautelar trabada sin derecho) y lo hace con todas las letras y sin retaceos. No podía ser de otro modo. Desde antiguo y aún en defecto de norma legal expresa (y ello resulta particularmente destacable para apontocar la línea argumental que venimos exponiendo) se ha aceptado la reprochabilidad de ciertos embargos por ser abusivos (10).-

Pero hay más, Ival Rocca ha elaborado un extenso listado de disposiciones del C.P.N. en las que expresa o implícitamente y a veces previendo y otras sancionando, se hace lugar al ideario del abuso del derecho (11).-

Más razones concurren a modo de fundamentación.- Hoy es innegable el imperio del principio de moralidad en el proceso civil (12), y también que cuando el legislador se refiere a los deberes procesales de obrar con lealtad, probidad y buena fe (13) no está haciendo otra cosa que materializar el susodicho principio de moralidad (14). Y ya tampoco hay duda respecto de que el tenor de las normas legales que consagran dichos deberes son reveladoras de que se está reconociendo a los jueces y tribunales el poder-deber de prevenir y sancionar los actos abusivos perpetrados dentro del debate judicial (15).-

Con lo dicho, pensamos que es suficiente para llegar a la conclusión (análoga a la que arribaron los civilistas "clásicos en su hora") de que el

abuso del derecho es un verdadero principio del proceso civil que encuentra cabida en los anchos pliegues del artículo 16 del Código Civil y en la referencia a los principios generales del proceso formuladas por algunos códigos procesales (16). Además, debe consignarse que, de todas maneras, siempre podría predicarse del mismo que es un principio consecuencial (17) y derivado del unánimemente reconocido "principio de moralidad".-

III. Criterios para identificar al abuso de las vías procesales.

Son conocidos los distintos criterios propuestos para identificar cuándo se está, realmente, ante una hipótesis de abuso del derecho. Así desfila el que exige la intención de dañar, el del ejercicio del derecho sin interés para su titular, el del ejercicio culposo de un derecho y, entre otros más, el llamado concepto funcional conforme al cual un acto sería abusivo -más allá de toda injerencia" de un proceder doloso o culposo- cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento; concepción esta última muy próxima al pensamiento de Josserand.-

Ahora bien: cuál elegir cuando se trata de un acto abusivo procesal?. Creemos que la respuesta adecuada ha resultado oscurecida por el hecho de que, un tanto inadvertidamente, el eje de la atención general ha pasado en el punto por la cuestión de responsabilidad derivada de la realización de actos procesales abusivos, perdiéndose así de vista que la institución es multifacética, no agotándose con el análisis de la apuntada responsabilidad aquiliana resultante (18). La verdad de lo expresado se podrá comprobar "**in fra**", en ocasión del examen que se llevará a cabo acerca de las consecuencias del acto procesal abusivo.-

Sentado lo anterior, nos pronunciamos por el criterio funcional o instrumental antes mencionado. O acaso, el proceso civil no es una institución cuya razón de ser es la de "servir" para que el derecho material prometido por los códigos de fondo, se torne realidad viva y actuante? (19). Porqué, entonces, no reconocer igual funcionalidad o instrumentalidad a la caracterización de uno de los más importantes principios (el de la proscripción del abuso del derecho) que lo regulan y explican?.

Cierto es que se registran disertas opiniones (20) que se inclinan por exigir una suerte de intencionalidad dañosa (21) o por lo menos la presencia

de algún factor subjetivo (22) como recaudo necesario para tener por perfeccionado un supuesto de abuso del proceso. Por nuestra parte, pensamos que ello no es menester habida cuenta que tal requerimiento viene a estrechar injustificadamente, el campo de acción de la figura en estudio.- Igual posición tuvimos ocasión de asumir al analizar la "acción de nulidad de sentencia firme" (también conocida como pretensión autónoma nulificante de desviaciones procesales), que está por verse si no es un capítulo del abuso de las vías procesales (23).- Respecto de esta última, consideramos inconveniente reclamar la presencia de factores subjetivos (dolo, culpa) para permitir su funcionamiento (24) puesto que muy bien se pueden producir "desviaciones procesales" sin que medie culpa o malicia de nadie.-

Lo arriba señalado no debe mover a error, puesto que hacemos expresa abstracción del caso en el cual se reclama el resarcimiento de la responsabilidad aquiliana derivada de la consumación de un acto abusivo procesal. Sobre el particular, hemos apuntado lo siguiente: "Con lo dicho no queremos significar que descartamos la incidencia del factor subjetivo dentro del abuso del Derecho en la vía procesal. Así, pensamos que si, verbigracia, existiera una actuación procesal, abusiva "dolosa", ello se deberá tener en cuenta -conforme con los principios generales en materia de responsabilidad aquiliana- en punto a la extensión del daño resarcible. No creemos, empero, que la intención de perjudicar constituye un elemento esencial de la figura del abuso del proceso" (25).-

En la materia, en la actualidad parece prevalecer el criterio contrario a aquél conforme al cual se estimaba (en especial con referencia a la interpretación del artículo 208 C.P.N.) que la responsabilidad aquiliana que fuera consecuencia de actos procesales abusivos está regida por principios estrictamente procesales, por lo que no era menester invocar y probar dolo o culpa dado que aquélla era la resultante del riesgo inherente al pedido y dictado de, vgr., una medida cautelar (26). Efectivamente: hoy se ha impuesto el criterio según el cual la "responsabilidad procesal" tiene las mismas exigencias que la responsabilidad civil en general (dolo o culpa del agente, daño, relación causal entre uno y otro); siendo de aplicación los principios que informan los artículos 1067, 1068 y 1069 Código Civil (27). En cuanto a la relación causal mencionada, debe señalarse que la misma debe reunir las características requeridas por la denominada "teoría de la causalidad adecuada" (28).-

Asimismo, compartimos las fecundas reflexiones de Vescovi sobre el particular cuando subraya: "...que la circunstancia del ejercicio de una pretensión o de la realización de un acto procesal abusivo que en definitiva causa un perjuicio, genera responsabilidad, independientemente de que, entre el pedido del responsable y la realización del acto, exista una resolución judicial intermedia. Esto es, que la circunstancia de que el juez haya convalidado el acto de la parte, no por ello se descarga a ésta de responsabilidad, independientemente la que, por lo demás, pueda caber al magistrado. Es importante señalarlo, pues alguna doctrina, en especial la que sostiene la tesis negativa de la responsabilidad por abuso del derecho en el proceso, ha usado como argumento el de que el acto judicial (que da andamiento a la pretensión, decreta el embargo, etc.) exonera de responsabilidad al solicitante, lo cual carece de fundamento" (29)

Antes de finalizar la cuestión aquí abordada, nos asalta una duda ¿Las consideraciones que hemos efectuado respecto de la responsabilidad derivada de "abusos procesales", podrían hacer creer al lector que somos de la idea de que para que éstos se den es suficiente con que medie una desviación de los fines asignados por el ordenamiento al acto o actuación procesal correspondiente?. Nos parece que la respuesta puede llegar a ser afirmativa. Se impone, pues, esclarecer la cuestión.

Por supuesto que nuestra posición contraria a la exigencia de concurrencia de dolo o culpa para que pueda existir un abuso en la vía procesal (excepción hecha de los reclamos por responsabilidad aquiliana derivada de actos o actuaciones procesales abusivas), no significa que no requiramos la presencia de un daño computable para reputar configurado un "casus" de abuso procesal. La plena de sentidos frase de Couture: "el proceso no es una misa jurídica", posee resonancia en todos los sectores procesales y no sólo en materia de nulidades porque, en verdad, todo el proceso es un organismo teleológico pensando por y para fines y que, por ende, no admite soluciones tendientes a restablecer el ordenamiento formalmente conculcado y a pesar de que no hubiera mediado perjuicio para nadie.-

Cierto es que por sus peculiaridades el "daño procesal" muchas veces no es fácilmente identificable (de todos modos, vaya como contribución en tal sentido decir que habitualmente el acto abusivo redunda en una demora y alongamiento de un trámite que de por sí; es decir, "in re ipsa", ya puede invocarse como un perjuicio procesal computable).-

Que quede, entonces, claro que si bien somos partidarios -como regla- del criterio objetivo funcional en la materia, no por ello dejamos de reclamar que concurra un perjuicio procesal computable para que el acto o actuación respectiva se torne claudicable.-

IV. Consecuencias de la Declaración Judicial acerca de que ha mediado abuso de las vías procesales

El desarrollo de la cuestión del epígrafe pone de manifiesto como la centralización del estudio del "abuso procesal" desde la perspectiva de su reparabilidad, ha venido a dejar en penumbras otras ulterioridades no menos importantes y en algunos supuestos más trascendentes.

Veámos. Hace más de tres décadas, un señero voto de Llambías comprobaba que "las consecuencias del abuso del derecho se operan en dos direcciones: a) en primer lugar, el abuso compromete la responsabilidad del titular del derecho que ejerce sus facultades abusivamente, obligándolo al resarcimiento del daño ajeno; b) el abuso es una causa legítima de paralización del derecho desviado de sus fines regulares, de manera que el acto jurídico obrado en tales condiciones, será inválido y la acción judicial que pueda deducirse no será admisible" (30). Trasvasando en lo pertinente lo anterior al recinto de lo procesal tenemos que, entre otras ulterioridades posibles, cuando se pretende ejercitar una facultad procesal de modo antifuncional (es decir, contrariamente a los fines fijados por el ordenamiento), dicha atribución no puede ser válidamente actuada y sí, pese a todo lo fuera, ello no podría generar posteriores desventajas para la contraria.-

Aportaremos ahora un ejemplo de "trasvasamiento" bien hecho, de las mencionadas ideas al seno de lo procesal civil. Se trataba de una audiencia de absolución de posiciones suspendida y reanudada cuatro veces ("cuartos intermedios" mediante) para dar lugar a numerosísimas interrogaciones ampliatorias formuladas al absolvente (pese a que el pliego original constaba sólo de dos preguntas); todo mediante la invocación por parte del ponente de los textos de los artículos 161 del C.P.C. y 165 C.P.C. santafesino que, efectivamente, no establecen el número máximo de preguntas a realizar. El juez interviniente entendió que en el caso mediaba un abuso en las vías procesales y sin que interesara si concurría dolo o culpa, de todas maneras existía un accionar "desmedido" del ponente que debía quedar

sujeto al control judicial y que bajo ningún concepto podía convalidarse la utilización antifuncional de las prerrogativas otorgadas al ponente por el ordenamiento procesal (31). Vale decir que pese a que la prerrogativa existía y a que el ordenamiento no le fija un límite máximo al número de interrogantes a formular al absolvente, se interpretó que el límite existe y que debe primar un criterio de prudencia y de razonabilidad en la especie.-

En realidad, no faltan ejemplos donde pese a concederse ciertas facultades procesales irrestrictamente se ha entendido que su empleo debe ser funcional y como tal acorde con los fines de la institución respectiva, so pena de que su ejercicio sea descalificado como abusivo.- Así, puede citarse el caso de la interpretación que ha merecido el mal uso que suele hacerse del artículo 15 C.P.C. (32), que frecuentemente es blandido para demorar la sustanciación de la causa mediante recusaciones manifiestamente improcedentes (33).- Sobre el particular se ha consignado que: "El artículo 15 del C.P.C. de Santa Fé establece que, denegada por el juez la recusación sin expresión de causa, éste elevará el incidente al superior para que lo decida. No es éste el momento oportuno para exponer respecto de las ventajas que ha aportado la figura de la recusación sin necesidad de expresar los motivos de la misma, pero lo que sí resulta indudable es que un mal uso de la misma sirve únicamente para alongar y entorpecer el trámite. Estimo que los jueces santafesinos pueden hacer perfecta aplicación de la teoría del abuso del derecho, cuando se advierta una utilización indebida de tal tipo de recusación, a fin de poner coto al exceso" (34). La misma línea ha sido mantenida cuando se ha declarado judicialmente -para así evitar recusaciones a repetición "entorpecedoras del trámite en la alzada"- que... "los Vocales designados para integrar el Tribunal "ad hoc" que dirime los conflictos entre pares por recusación o excusación rechazadas (primera parte del inc. 2 art. 33, ley 10.160) no pueden ser recusados por las partes ni pueden excusarse invocando motivos relacionados con ellas" (35). En realidad, desde siempre y en distintos sectores, se han registrado recusaciones abusivas.-

Y qué decir de la proscripción de la tacha testimonial intentada dentro del incidente de tacha? (36), donde magüer que explícitamente no se incluye tal prohibición, la doctrina judicial la acepta porque, en caso contrario, se podrían ver favorecidas maniobras obstructivas.-

Por parecidos motivos, también se han proscripto- como regla- la "revocatoria de la revocatoria" (37) y la "rescisión de la rescisión (38), allí donde existe este último recurso con que cuenta el declarado rebelde.-

Asimismo en materia recursiva proliferan los ejemplos de acciones abusivas (39), aunque ello no debe hacer caer a los órganos judiciales en la tentación de restringir indebidamente la actividad recursiva a través, por ejemplo, de declaraciones de deserción del recurso de apelación lindantes con el "exceso ritual" (40),-

Con lo expuesto no termina el catálogo de posibles consecuencias del acto o actuación procesal reputada abusiva. Vale decir que aparte de la imposibilidad de ejercitar válida y eficazmente una facultad procesal cuando ello pudiera resultar abusivo, existen otras hipotéticas ulterioridades.- Se puede así mencionar que, -como se ha visto- el "abuso procesal" está prohibido y lo prohibido es nulo (41). Ergo, la declaración de nulidad deviene también procedente en la especie (42) Las opiniones concuerdan en el punto. Así, se ha sostenido que: "Según el caso, la declaración judicial de acto abusivo puede traer como consecuencia la declaración de nulidad del acto, y de los que sean consecuencia inmediata del mismo -artículo 124, 126 y 129 del C.P.C. santafesino; y artículo 169 (que expresamente se refiere a la declaración de nulidad por su antifuncionalidad) 172 y 174 del C.P.N."(43)

Además, y como ya tuviéramos ocasión de expresar, "el exceso en el empleo de las vías procesales puede dar lugar a perjuicios cuyo resarcimiento puede peticionarse por el afectado" (44). Por añadidura, es menester subrayar que el proceder procesal abusivo puede dar lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias (memórese que quien abusa, está infringiendo el deber de lealtad procesal), según doctrina uniforme (45)

V. Apostillas Procedimentales

1. Procede la declaración oficiosa de que media "abuso procesal"?

La respuesta debe ser afirmativa, pero con reservas. Esto último porque no debe perderse de vista que el proceso civil nacional sigue siendo predominantemente dispositivo, por lo que la viabilidad de soluciones oficiosas como la examinada debe ser ponderada prudencialmente y decretada con extremada mesura. Podría, quizás constituir un buen ejemplo de procedencia el supuesto consistente en el pedido de parte de que se trabe derechamente un "embargo de caja" sin previamente intentar (y ni tan

siquiera alegar que existe imposibilidad de postular otra medida cautelar o que la misma sería infructuosa) alguna otra medida precautoria. Es que las connotaciones propias del "embargo de caja" se presta a maniobras extorsivas a las que se suele "consentir" para no empañar la imagen comercial o empresarial del cautelado.-

La doctrina parece bastante pacífica acerca de la procedencia de dicha declaración oficiosa (46), resultando el campo de lo cautelar un terreno especialmente propicio para la perpetración de maniobras abusivas (47) y para las consiguientes declaraciones oficiosas. Aparte de estos argumentos, resulta especialmente convincente aquél conforme el cual corresponde declarar oficio amenté un "abuso procesal" en función de textos legales que, expresa o implícitamente, mandan que los órganos judiciales no sólo "repriman" sino también que "prevengan" todo tipo de abusos (48) aparentemente, el novísimo Código Procesal de Perú se inclina también por la respuesta afirmativa enunciada (49).-

2. Calidad excepcional de la concurrencia de un supuesto de "abuso procesal"

Esta "calidad excepcional" de algún modo está relacionada y explica el porqué debe declararse oficiosamente con extrema circunspección que un acto o actuación procesal es "abusiva". Es que "a) prevalece la opinión según la cual debe presumirse juris tantum que no ha existido un abuso de las vías procesales. Gelsi Bidart enseña que "Presunción de legitimidad. Es un instrumento (alude al proceso) eminentemente jurídico, en su programación, en los elementos constitutivos, en el objeto que trata, en las finalidades que persigue, por tanto, debe presumirse, en principio, la regularidad, la adecuación de su uso, que es menester destruir, en cada caso concreto, para que pueda, en él, funcionar la teoría del abuso del proceso. Aquí también se subraya la ya aludida especialidad y excepcionalidad del abuso del proceso (50), tesis que también sustenta Maurino (51)"

VI. Resumen

1. El abuso del derecho es una figura ya operativa en el ámbito del proceso civil. Ello en función, entre otros motivos, de constituir un principio consecuencial del unánime aceptado principio de moralidad.-

2. En materia procesal civil, rige el denominado criterio "funcional" para identificar cuándo se está ante una actuación procesal abusiva; no siendo menester -como regla- para el perfeccionamiento de un "abuso en las vías procesales" la concurrencia de factores subjetivos como el dolo o la culpa. Si el "abuso procesal" perpetrado ha generado perjuicios y se pretende su resarcimiento, sí entran en juego los principios comunes de la responsabilidad aquiliana.-

3. Por más que se reconozca que el daño computable tratándose de un caso de "abuso procesal" puede estar signado por peculiares características, igualmente aquél siempre debe estar presente para que pueda predicarse que existe este último. La declaración huera (es decir, sin que concurra perjuicio) de que existe un acto procesal abusivo, no es viable.-

4. La declaración judicial de que se registre un "abuso procesal" puede -alternativa o acumulativamente- generar las siguientes ulterioridades: a) declaración acerca de que una facultad o prerrogativa no puede ser ejercida en el caso o, a lo menos del modo que lo pretende el postulante; y también acerca de que, consiguientemente, la contraria de éste no puede quedar incursa en una situación procesal desventajosa como consecuencia del accionar abusivo en cuestión: b) reputar nula el acto o actuación procesal correspondiente; c) Hacer pasible al autor del "abuso procesal" correspondiente, del pago de la indemnización aquiliana del caso y/o de la satisfacción de las sanciones disciplinarias pertinentes.-

5. Sólo excepcionalmente se puede declarar "ex-oficio" que se registra un abuso en las vías procesales, debiendo en la materia actuar el órgano judicial con toda mesura y prefiriendo, en la duda, no emitir dicho pronunciamiento.-

Notas

(1) Josserand, L., "Derecho Civil", Bs.As.1950, Tomo I, Vol 1, pág.154.-

(2) Artículo 1071 del Código Civil Argentino "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que

aquélla tuvo en mira el reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.-

(3) López de Zavalía, Fernando, "Teoría general de los contratos", passim.-

(4) Vallejo, Eduardo, "El del derecho en el ámbito del derecho procesal civil", en el "Libro de Ponencias presentada al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal", pág. 254.-

(5). Morello, Condorelli, Maurino, Gozaíni y muchos otros se encolumnan en las filas de los que defienden la figura del "abuso procesal"

(6) Segovia, Lisandro, "El Código Civil de la República Argentina con su explicación y críticas bajo las formas de notas", Bs.As.1981.-

(7) Artículo 528 C.P.N.: "Desconocimiento de la firma-Si el documento no fuere reconocido, el juez, a pedido del ejecutante, previo dictamen de un perito designado de oficio, declarará si la firma es auténtica. Si lo fuere, se procederá según lo establece el art. 531 y se impondrá al ejecutado las costas y una multa equivalente al 30% del monto de la deuda, que aquél deberá dar a embargo como requisito de admisibilidad de las excepciones. Si no las opusiere, el importe de la multa integrará el capital a los efectos del cumplimiento de la sentencia de remate.- La resolución que declara la autenticidad de la firma e impone la multa será apelable en efecto diferido"

(8) Así, el C.P.C. de la Provincia de Santa Fe (ley 5531).-

(9) Artículo 208 C.P.N.: "Responsabilidad-Salvo en el caso de los arts. 209, inc. 1 y 212, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiese solicitado. La determinación del monto se sustanciará por el trámite de los incidentes o por juicio sumario, según que las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento a criterio del juez, cuya decisión sobre este punto será irrecurrible.-

(10) Conf. J.A. 1944-i, pág. 231 L.L. Tomo 33, pág. 235; J.A. T.49, pág. 496.-

(11) Rocca, Ival, "El abuso del derecho en el ámbito del derecho procesal civil", en "El libro de Ponencias presentadas al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal", pág.243.-

(12) Peyrano, Jorge W., "El proceso civil. Principios y fundamentos", Bs.As.1978, Editorial Astrea, pág.174.-

(13) Así, por ejemplo, los artículos 34 del C.P.N. y 24 del C.P.C. santafesino.-

(14) Peyrano, ob.cit.pág.175.-

(15) Vide: Spota, Alberto, "La comprensión judicial de las normas legales y el principio del abuso del derecho", en J.A. año 1954, Tomo I página 304.- y de Adrio Giovannoni "El abuso del derecho en el proceso" en el "El Libro de Ponencias presentadas al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal", pág.239.

(16) Así, el art. 693 del C.P.C. Santafesino (ley 5531).-

(17) Peyrano, ob.cit.pág.42.-

(18) Conf. "Responsabilidad derivada del abuso del derecho en el ámbito del proceso civil santafesino", por Jorge W. Peyrano, en "Tácticas en el proceso civil", Santa Fe 1984, Editorial Rubinzal Culzohi, Tomo II, pág.153 y ss.-

(19) El art. III del título preliminar del Excelente y novísimo Código Procesal Civil de Perú establece que "El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de interés o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia..."

(20) Véscovi, Enrique, "El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil", en El "Libro de Ponencias presentadas al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal", pág.266.-

(21) Condorelli, Epifanio, "El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil", en el Libro de Ponencias presentadas al XI Congreso Nacional de Procesal", pág. 201.

(22) Gozaíni, Osvaldo, "La conducta en el proceso", Bs.As.1988, Editorial Platense, página 109: "...De nuestra parte pensamos que el abuso de por sí significa elevarse a un propósito desmedido, exceso éste que puede ser culpable o doloso o simplemente actuado con imprudencia, de manera que la actitud subjetiva del agente ha de constituir una de las normas más singulares para perfilar el instituto, adunada con la elección del medio para llevarlo a cabo".-

(23) Peyrano, Jorge W. "El proceso civil. Principios y fundamentos" Bs.As. 1978, Editorial Astrea, pág.206.-

(24) Peyrano, Jorge W. "Acción de nulidad de sentencias firme", en "El Proceso Atípico "-Parte Segunda,Bs.As.1984, Editorial Universidad, pág 39.- "Creemos erróneo -por estrecho- el usual criterio de acceder a revisar la sentencia firme, en tanto y en cuanto medie "fraude"...Consideramos equivocada tal tesitura. Es que, por ejemplo, la emisión de una sentencia sin el aporte de un elemento probatorio decisivo cuya ausencia no obedece a la ingerencia maléfica de nadie, traiciona la voluntad del ordenamiento de la misma manera que otra pronunciada merced al dolo procesal de una de las partes".-

(25) Peyrano, "Responsabilidad derivada del abuso del derecho ...", pág.156.-

(26) Conf. de Augusto Morello y colaboradores "Códigos Procesales comentados y anotados", T.III, pág.120/6.-

(27) Fassi, Santiago y César Yañez, "Código procesal civil y comercial de la Nación u demás normas procesales vigentes", Comentado, anotado y concordado," 3a. edición, Bs.As. 1989, Editorial Astrea T.2 pág.73 y ss.-

(28) Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", 2da. edición, Bs.As.1960, Editorial/Omeba, pág. 70 y ss.-

(29) Véscovi, ob.cit.página 267.-

(30) Conf. La Ley T.101, pág. 635 y ss.-

(31) Conf. decisorio del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de Rosario, recaído en los caratulados: "ALBANESE" Jorge J c. Humberto N. Goglucci s. Disolución y/o liquidación de sociedad de hecho (Sentencia Firme) y espigado en Zeus, Boletín del 31 de marzo de 1993.-

(32)Artículo 15 del C.P.C. Santafesino (ley 5531): "Negada por el juez la causal de recusación invocada o denegada la recusación sin causa, éste elevará el incidente al superior para que la decida, sin otro trámite que la apertura a prueba por diez días si fuere necesaria. Igual procedimiento se adoptará para la recusación en segunda instancia".-

(33) Peyrano, Jorge W., "Una rémora intolerable: la recusación sin expresión de causa utilizada como alongadera", en Juris, Tomo 60, pág.283.-

(34) Giovannoni, ob.cit.pág.236.-

(35) Vide Acuerdo no.22 del 30 de abril de 1992 de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario.

(36) Peyrano, Jorge W. "El proceso civil. Principios y fundamentos" Bs.As. 1978 Editorial Astrea, pág. 42 al pie.-

(37) Ibañez Frocham, Manuel, "Tratado de los recursos en el proceso civil" Bs.As. 1963, Editorial Omeba, página 169.-

(38) Rivera Rua, Néstor, "El recurso de rescisión", en Revista de Estudios Procesales No.11 página 75 y ss.-

(39) Gozaíni, ob.cit.pág. 118.-

(40) Morello, Augusto, "Acerca del abuso en la declaración de deserción de la apelación" J.A. 1978-III, pág. 750.-

(41) Así, el artículo 124 del C.P.C. Santafesino (ley 5531) prescribe que"... la disposición prohibitiva está asimilada a la nulidad expresa".-

LA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL Y LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Gilberto Martínez Rave *

La ley de seguridad social y la indemnización de perjuicios Servicios de salud Sistema de pensiones Pensión de vejez Pensión de invalidez por enfermedad comun Pensión de sobrevivientes Riesgos profesionales Que sucede en el campo laboral

La Ley de Seguridad Social y la Indemnización de Perjuicios:

Mediante la ley 100 de Diciembre 23 de 1993, "POR LA CUAL SE CREA EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES" se le dio un vuelco manifiesto a la seguridad social que desvertebrada y anémicamente se prestaba en el país. Esa reforma, de vital importancia en la historia de Colombia, tocó algunos aspectos relacionados con la indemnización de los perjuicios que serán materia de estos comentarios.

Importa precisar, inicialmente, que el SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL que crea la ley 100 de 1993 y reglamentan posteriores decretos, enfoca la seguridad social desde tres puntos de vista:

---

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

a) El relacionado con LOS SERVICIOS DE SALUD, que pretende dar oportunidad a toda la población colombiana para acceder al servicio en todos los niveles de atención, que tiene como principios rectores, la equidad, la obligatoriedad, la protección integral, la libre escogencia, la calidad, no solo a través de entidades de derecho público sino a través de entidades de derecho privado y mixtos.

b) La organización de UN SISTEMA DE PENSIONES, que garantice que las personas que por vejez, invalidez de origen no profesional o incapacidad por enfermedad común, no pueden seguir trabajando reciban pensiones que les permita vivir decentemente. Pensiones que podrán continuar recibiendo sus herederos cuando falten los titulares y que denomina de sobrevivientes. Se regulan así las pensiones de VEJEZ, INVALIDEZ Y SOBREVIVIENTES.

c) La organización del SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES, que se hace a través del decreto 1285 del 22 de Junio de 1994, que conforman entidades públicas y privadas dedicadas a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades profesionales y de los accidentes de trabajo. Que crea prestaciones económicas y pensiones de invalidez, muerte y sobrevivientes cuando se originan en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Servicio de Salud:

Con el nombre de SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, organiza la forma en que se prestaran los servicios de salud a tres tipos de usuarios: a) los del régimen contributivo; b) los de régimen subsidiado y c) Los simplemente vinculados. Los primeros deben contribuir totalmente a la financiación del sistema mediante un porcentaje de su salario, que puede llegar hasta el 12% del cual el patrono contribuye con las dos terceras partes, esto es con el 8% y el trabajador con la tercera parte, o sea el 4% del salario. Para los segundos el Estado, a través de un FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIAS, financia total o parcialmente el sistema. Para los del tercero grupo crea mecanismos especiales de ayuda financiados por el Estado. Mantiene la posibilidad de seguir prestando los servicios de salud a través de entidades públicas, como el Instituto de los Seguros Sociales y además permite que puedan ser prestados, a elección del interesado, por instituciones privadas que se organicen para tal efecto.

Divide los organismos encargados de este servicio en PROMOTORAS DE SALUD Y PRESTADORAS DE SALUD, que podrán ser oficiales, privadas, mixtas o solidarias. El servicio que debe prestarse incluye la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación, así como la atención médico-quirúrgica, drogas, exámenes.

La gran innovación en este campo es que extiende la protección en salud a todos los colombianos cuando había venido sirviendo solo a un porcentaje muy reducido de la población, que conformaba parte de los trabajadores y empleados al servicio de las entidades privadas y públicas. Ahora, no solo incluye el servicio médico familiar que protege a todos los familiares del afiliado, sino que faculta a los trabajadores independientes a vincularse al sistema y lo más importante extiende el servicio a otros colombianos que no han tenido protección por carecer de capacidad económica para hacerlo a través de un FONDO DE SOLIDARIDAD que se financia con participación de los trabajadores que cotizan y con partidas del presupuesto nacional. Por lo demás crea el servicio de RIESGOS CATASTROFICOS que pretende que, sin costo para las víctimas, puedan recibir servicios médicos de las instituciones públicas o privadas que tengan establecimientos de salud y cuyo valor cubrirá el Estado a través de la subcuenta especial del fondo llamado de enfermedades catastróficas y accidentes de tránsito que se crea con el nombre de FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA. En los casos de urgencia por catástrofes naturales, por actos terroristas, por explosión de artefactos, impone a todos los establecimientos de salud la obligación de prestar el servicio, que no será gratuito pues su valor será atendido por el fondo ya mencionado. Y no solo se atenderán los de salud sino que además podrá atenderse indemnización por incapacidad permanente, por muerte, por gastos funerarios, por gastos de transporte entre el lugar de los hechos y los establecimientos de salud.

Concreta el PLAN OBLIGATORIO DE SALUD que establece el mínimo de beneficios que los usuarios del sistema deben recibir de las instituciones que prestan los servicios de salud.

Crea servicios y ayudas especiales para los ANCIANOS INDIGENTES y para las personas de LA TERCERA EDAD que se encuentren desprotegidas.

En los arts. 206 y 208 se refiere a la forma como se atenderá a las incapacidades resultantes de las enfermedades comunes y de las enfermedades profesionales y de los accidentes de trabajo.

Sistema de Pensiones:

Reestructura el sistema de pensiones de vejez, invalidez y de sobrevivientes, que se encontraba a la deriva en el país pues su pago para la pequeña parte de la población que tenía derecho a ellas, era tardío, insuficiente y los mecanismos de financiación establecidos para garantizar su pago estaban en crisis inminente, no solo en el ISS sino en las demás instituciones que debían cancelarlas. Estableció dos regímenes pensionales diferentes:

a) UN REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA, con prestación definida que se nutre de un fondo común y público al cual llegan las cotizaciones de patrono y trabajador y continuará manejando el I.S.S..

b) UN REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, que manejan SOCIEDADES PRIVADAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES, a través de una cuenta de ahorro pensional individual e independiente para cada afiliado, que cobran comisión por el servicio, están vigiladas por el Estado, el cual asume la obligación de atender a las pensiones en caso de insolvencia o incapacidad económica de esos fondos privados.

Y aunque la afiliación al sistema de seguridad pensional integral es obligatoria para los que están laborando y voluntaria para los trabajadores independientes, el interesado puede escoger entre uno u otro regimen, pero necesariamente tiene que aportar un porcentaje de su salario en forma mensual según lo acordado con el fondo (si quiere una pensión mayor a la legal o en menor tiempo) o lo dispuesto por la ley. Para el pago de las pensiones, en cualquiera de los dos regímenes, se tendrá en cuenta la edad (57 años para las mujeres y 62 para los hombres para el de ahorro individual; 55 para las mujeres y 60 para los hombres en el de régimen solidario de prima media) y el número de semanas cotizadas (1150 para el de ahorro individual y 1000 para el de regimen solidario de prima media). En ambos regímenes, el fondo común como las cuentas individuales destinadas al pago de las pensiones, son inembargables. Se eliminan las preexistencias para ser acreedor a las pensiones. Se establece la incompatibilidad entre los dos regímenes en el sentido de que no se podrá estar afiliado simultáneamente a los dos para los mismos servicios, pero si se podrán tomar los servicios de salud en uno, los de pensiones en otro y el de riesgos profesionales en otro.

Se crea un FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL, que tiene como función ampliar la cobertura de las pensiones a los grupos de población que por sus características socioeconómicas no puedan cotizar a

los sistemas de seguridad social, como los campesinos, los indígenas, los trabajadores independientes, los artistas, los deportistas y las madres comunitarias. Este fondo se conforma con un uno por ciento más que deben cotizar los trabajadores que devenguen por encima de cuatro salarios mínimos legales, con partidas dispuestas en el presupuesto nacional y con las contribuciones que voluntariamente se quieran hacer a el, entre otros recursos.

Los trabajadores independientes pueden vincularse al sistema atendiendo al pago de los aportes completos, esto es los totales sumando los que correspondan a patrono y trabajador.

Pero como este comentario pretende analizar lo que sucede cuando, en el campo indemnizatorio, el perjudicado o la víctima de un delito o una culpa civil están recibiendo o recibirán pensiones de invalidez o de sobrevivientes, si se deben descontar del monto que se fije como indemnización para reparar un daño cometido con un delito o una culpa civil, nos interesa conocer lo establecido por los arts. 33, 34, 35, 37, que se relacionan con la pensión de vejez, los arts. 38, 39, 40, 41, y 45 que se refieren a la pensión de invalidez resultante de enfermedad común o accidentes diferentes a los de trabajo y los arts. 46, 47, 48 y 49 que se relacionan con la pensión de sobrevivientes, en el regimen solidario de prima media con prestación definida, que administra el Instituto de Seguros Sociales y los arts. 64, 65, 68 que se refieren a la pensión de vejez, los arts. 69 y 70 que se relacionan con la pensión de invalidez, los arts. 73, 74, 77 que se refieren a las pensiones de sobrevivientes en el regimen de ahorro individual con solidaridad que serán manejadas por las sociedades administradoras de fondos de pensiones, como instituciones privadas y los artículos 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 34, 40, 46, 49, del decreto 1295 de Junio 22 de 1994.

Las anteriores disposiciones nos permiten concluir que para tener derecho a las pensiones, ya sean de vejez, invalidez o de sobrevivientes, en cualquiera de los dos regímenes, es indispensable que el trabajador haya aportado durante un número de semanas fijado por la ley o convenido con el fondo, con un porcentaje de su salario. Se exceptúan los casos en donde la pensión se atiende por el FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL que subsidia el Estado, total o parcialmente y en los riesgos profesionales.

Esa clara y precisa exigencia fortalece la tesis que hemos sostenido según la cual cuando un pensionado o sus herederos reciben pensiones de invalidez, de viudez y orfandad (como se han venido llamando) o de sobrevivientes como se llamaran de ahora en adelante, la suma que recibe

por este motivo no es descontable ni disminuye el valor de la indemnización que debe cubrir quien cometa un delito o un hecho dañoso en contra de su integridad. Es claro que el origen o causa que impone al I.S.S. y a los fondos privados a pagar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, es el aporte o contribución que mensualmente el pensionado hace o en otras palabras el ahorro que por determinado tiempo va acumulando. En cambio la obligación indemnizatoria que adquiere el causante del daño tiene como fuente el delito, o la culpa civil que motivó el perjuicio. Por ser dos fuentes o causas completamente distintas no se da enriquecimiento sin causa cuando se reciben los dos pagos porque las pensiones no son indemnizatorias y por lo tanto no tienen poder liberatorio para terceros. Para los efectos indemnizatorios el pago de esas pensiones deja subsistente el daño como elemento necesario para la declaratoria de responsabilidad civil. Sería ilógico, iría contra las más elementales normas de la equidad, el que el causante del daño pudiera beneficiarse de las pensiones (al descontarse del monto de su obligación indemnizatoria) que le fueron reconocidas al pensionado o a sus sobrevivientes por los aportes o ahorro que mensualmente hizo la víctima o perjudicado con el hecho dañoso.

No hay, como ya lo expresamos, enriquecimiento sin causa de la víctima o perjudicado por que el doble pago que recibe tiene fuentes o causas jurídicas diferentes. Por el contrario si habría enriquecimiento sin causa para el autor del daño si se descontara esa suma del valor de la indemnización fijada por el delito o el daño pues el pasivo del patrimonio del causante se disminuiría sin ningún motivo legal, con los aportes hechos por la víctima. Bien sabemos que hay enriquecimiento sin causa cuando el activo del patrimonio aumenta sin una causa jurídica que lo justifique pero también cuando el pasivo del patrimonio disminuye sin una causa jurídica que lo valide.

Veamos más a espacio cuales son las sumas de dinero que las personas que reciben una pensión tienen que aportar o ahorrar para tener derecho a ellas y cual el monto que como pensión van a recibir:

Pensión de Vejez:

Para ser acreedor a esta pensión se deben acreditar dos requisitos: a) la edad y b) el haber aportado un número mínimo de semanas en el regimen de prima media y el número acordado en el regimen de ahorro individual, sin importar la empresa o el patrono con el cual este o haya estado vinculado.

a) En el sistema de REGIMEN DE SOLIDARIDAD DE PRIMA MEDIA, que administra el Instituto de los Seguros Sociales, se requiere fuera de la edad que debe ser superior a los 55 años si es mujer y 60 si es hombre, haber aportado durante mil semanas (casi veinte años). Los que han aportado quinientas bajo las normas anteriores tienen derecho a ella. Para 1994 el porcentaje a cotizar sera el 8% sobre el salario devengado, para 1995 el 9% y para 1996 el 10%. De ese porcentaje el 75% debe aportarlo el patrono (para 1994 el 6%, para 1995 el 6.75% y para 1996 el 7.50%) y el trabajador el 25%, (para 1994 sera el 2%, para 1995 sera el 2.25% y para 1996 el 2.50%) sobre el salario. Si devenga más de cuatro salarios mínimos debe aportar un 1% más para el fondo de solidaridad. Recibirá como pensión mensual una suma que tendrá como base inicial el 65% del salario promedio de los diez últimos años, que se incrementara teniendo en cuenta las semanas cotizadas por encima del mínimo, pero no podrá ser superior al 85% del salario base ni inferior al salario mínimo legal.

Si la persona muere antes de cumplir el tiempo mínimo de cotización sus supervivientes recibirán una indemnización sustitutiva en proporción al número de semanas cotizadas.

b) En el regimen DE AHORRO INDIVIDUAL. El aporte sera por mil ciento cincuenta semanas y podrá aspirar, si cotiza solo lo que la ley ordena (pues puede convenir con el fondo cotizar sumas mayores para una mejor pensión o en menor tiempo) a una pensión mensual que represente el ciento diez por ciento del salario, reajustado anualmente según la variación del I.P.C. En éste regimen la pensión se fija teniendo en cuenta lo aportado por el patrono (6%), lo aportado por el trabajador (2%), lo recibido por bonos que representan las sumas pagadas al ISS o a otros establecimientos para obtener una pensión antes de la vigencia de la ley 100 y los rendimientos financieros de esas sumas durante el tiempo que ha venido cotizando o capitalizando. Por eso la pensión no es fija pues puede ser mayor o menor según los rendimientos financieros. De allí que no pueda definirse desde un comienzo su monto y sea incierta. Su valor resulta de lo que aparezca en la CUENTA INDIVIDUAL DE AHORRO PENSIONAL, que se le lleva independientemente en el fondo de pensiones y en la cual se acreditan su ahorro mensual, el aporte del patrono y los rendimientos financieros de esas sumas.

Pensión de Invalidez por enfermedad común:

Se concede en los casos en que por circunstancias comunes (enfermedad común, accidente diferente a los de trabajo, etc) el afiliado pierde por lo menos el cincuenta por ciento de su capacidad laboral o productiva, según calificación que haga la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, que funcionará en cada capital de departamento y con fundamento en unas tablas que se expedirán posteriormente.

a) En el regimen de PRIMA MEDIA, que administra el Instituto de los Seguros Sociales, se debe aportar un mínimo de 26 semanas, o sea seis meses. Se cotiza el 3.5% sobre el salario recibido, del cual corresponde el 75% al patrono y el 25% al trabajador, o sea el 2.62% del salario al patrono y el 0.87% del salario al trabajador. De este porcentaje se cubren los gastos de administración y de las primas que se deben cubrir a las compañías de seguros para atender los excedentes que faltan para completar las pensiones cuando muere el afiliado sin haber cotizado el mínimo exigido. Recibe como pensión una suma mensual equivalente al 45% de su salario aumentado en un 1.50% por cada cincuenta semanas adicionales de cotización por encima de las primeras quinientas, si la incapacidad fluctúa entre el 50% y el 66% de su productividad. El 54% del salario base más el 2% por cada cincuenta semanas cotizadas por encima de las primeras 800. Su máximo no podrá ser superior al 75% del salario base ni podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente para la fecha del otorgamiento.

Si la persona no alcanza a cotizar el mínimo de semanas recibirá una indemnización sustitutiva teniendo en cuenta el número de semanas que cotizó.

b) En el regimen de AHORRO INDIVIDUAL. Se exigen las mismas semanas de cotización y el mismo porcentaje. Si no alcanza a cotizar las 26 semanas no recibe pensión sustitutiva sino la devolución de lo ahorrado por el afiliado más los rendimientos financieros.

Pensión de Sobrevivientes:

Se establece en beneficio de los herederos del trabajador que al morir estaba recibiendo la pensión de vejez o de invalidez o cumplía los requisitos para hacerse acreedor a ella. La cónyuge, los hijos matrimoniales o

extramatrimoniales menores de 18 años, o de 25 si se encuentran estudiando de tiempo completo, o de por vida si son inválidos, la compañera o compañero permanente (entendiendo por tal a la persona que ha convivido con el pensionado por lo menos dos años o que tiene hijos con ella si el tiempo de convivencia es inferior). Si no hay hijos ni cónyuge o compañera la reciben los padres. Si no hay hijos ni padres la reciben los hermanos inválidos que dependan del pensionado.

a) En el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, que administra el ISS, los supervivientes reciben el ciento por ciento de la pensión que recibía el pensionado al morir. Si quien muere era solamente afiliado, que todavía no había recibido la pensión pero cumplía los requisitos de edad y aportes, sus herederos reciben igualmente el ciento por ciento de la que correspondería al afiliado. Si quien muere es un afiliado que no había alcanzado a cotizar el tiempo suficiente reciben una indemnización proporcional a las semanas que cotizó el afiliado.

b) En el REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, que administran los fondos privados, todo es igual. La posibilidad para reclamarla no alcanza a los hermanos inválidos del pensionado. Solo se desplaza hasta los padres. Pero si quien muere es un afiliado que no ha alcanzado a cotizar el número mínimo de semanas exigido por la ley se les entregarán los saldos de las sumas que se encuentren en la cuenta de pensiones del causante con sus rendimientos financieros.

Las pensiones de VEJEZ, INVALIDEZ Y SOBREVIVIENTES, puede darse en tres formas distintas: a) DE RENTA VITALICIA INMEDIATA, según la cual el pensionado recibe de una compañía de seguros que el escoge y que recibió una suma concreta y única del fondo de pensiones, una renta mensual hasta su fallecimiento, que se trasmite, como pensión de sobrevivientes, a los herederos que tiene derecho a ella. b) DE RETIRO PROGRAMADO, que permite fijar con anticipación la fecha y la cuantía en que empezara a recibir la pensión y c) DE RETIRO PROGRAMADO CON RENTA VITALICIA DIFERIDA, en la cual se conviene que el fondo de pensiones pagará al pensionado una renta mensual, a partir de determinado momento y hasta su muerte y con la posibilidad de convertirse en pensión de sobrevivientes en favor de sus herederos.

Si se trata de personas que no trabajan pero pertenecen a los grupos que la ley clasifica como incapaces para atender al pago de las cotizaciones por carecer de recursos (artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros,

mujeres microempresarias, madres comunitarias, discapacitados físicos, síquicos, sensoriales, miembros de cooperativas de trabajo asociado, etc) las pensiones serán subsidiadas total o parcialmente por el FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL y los beneficiarios tendrán derecho a recibir las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes.

Riesgos Profesionales:

Se incluyen en estos riesgos los de invalidez o muerte que resultan de LOS ACCIDENTES DE TRABAJO y de las ENFERMEDADES PROFESIONALES. Su regulación legal se hizo mediante el decreto 1285 del 22 de Junio de 1994, vigente a partir del 1o de Agosto de 1994, que regula y crea el SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES, el cual define como "el conjunto de entidades públicas y privadas, las normas y los procedimientos destinados a PREVENIR, PROTEGER Y ATENDER a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y de los accidentes que pueden ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo". El decreto, que tiene noventa y nueve artículos deroga expresamente los arts. 199, 200, 201, 203, 204 y 214 del código sustantivo del trabajo y en forma implícita o tácita el resto de normas que regulan lo relacionado con las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo especialmente el decreto 3170 de 1964 que aprobó el reglamento general del seguro obligatorio de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, expedido por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, mediante el acuerdo número 155 de Diciembre 118 de 1963, que había venido regulando esta clase de pensiones hasta el 1o de Agosto de 1994.

De acuerdo con el art. 4o del citado decreto las cotizaciones de este riesgo corresponden única y exclusivamente a los empleadores. Es decir que el trabajador no cotiza para los riesgos profesionales pues ellos corren exclusivamente de cuenta de los patronos.

Los arts. 8o y siguientes definen los riesgos profesionales, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional en forma más amplia a la que se venía utilizando. Se determinan las cotizaciones, su monto y la forma de hacerlas.

Se crean las ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE RIESGOS PROFESIONALES y se autoriza a los patronos para escoger la que estimen mas adecuada a sus necesidades. Se permite el cambio de entidades administradoras de riesgos profesionales no mas de una vez por año.

En los arts. 36 y siguientes señalan las prestaciones económicas que se deben reconocer al trabajador por INCAPACIDAD TEMPORAL, por INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL, por pensión de INVALIDEZ, Y por AUXILIO FUNERARIO. Así mismo regulan las PENSIONES DE SOBREVIVIENTES en su cuantía y forma de pago.

El monto de la cotización para estos riesgos puede fluctuar, dependiendo de la clase de riesgos en que se clasifique la empresa, entre el 0.348% y el 8.700% del salario del trabajador, dependiendo de los mayores o menores riesgos laborales de la actividad que se cumple en la empresa o por el patrono. Se hace un aumento sobre las que venían rigiendo hasta Agosto 1o de 1994.

Son estos riesgos profesionales distintos a los que se protegen con la pensión de invalidez y de sobrevivientes que resultan como consecuencia de enfermedad común o de accidente distinto al laboral, como los de tránsito por ejemplo. El patrono puede contratar con una compañía aseguradora el cubrimiento de estos riesgos en forma independiente o conjunta con los de enfermedad común. Pero siguen siendo distintos e independientes.

Del análisis anterior podemos concluir que, con excepción de las subsidiadas por el FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL, la persona que disfrute de una pensión de invalidez o de sobrevivientes (en la primera personalmente en la segunda su causante) que no corresponda a los RIESGOS PROFESIONALES, debió haber cotizado mensualmente un porcentaje de su salario o ingreso y su patrono un porcentaje mayor.

Por eso no es equitativo que cuando recibe la contraprestación a sus aportes o ahorro mensual se beneficie (rebajándola del monto indemnizatorio que le corresponde pagar) a la persona que ocasiona un daño o perjuicio, con un delito o una culpa civil, en su persona.

No hay enriquecimiento sin causa cuando recibe el doble pago (la pensión que corresponde a sus ahorros por una parte y el monto de la indemnización por los perjuicios sufridos por la otra) pues, insistimos, la fuente de cada una de las obligaciones es distinta. El daño, como elemento integrante de la responsabilidad civil, continúa subsistente así haya recibido o este recibiendo las pensiones de invalidez o de supervivencia.

Que Sucede en el Campo Laboral:

Y esto que es tan claro y evidente en relación con los responsables de daños y perjuicios resultantes de delitos o de culpas civiles, se complica cuando se trata de las pensiones de INVALIDEZ Y SOBREVIVIENTES consecuencia de los RIESGOS PROFESIONALES, es decir de los ACCIDENTES DE TRABAJO O ENFERMEDADES PROFESIONALES y la indemnización se reclama del patrono que actuó culposamente.

Cuando tratamos el tema de la RESPONSABILIDAD CIVIL ORDINARIA EN EL CAMPO LABORAL explicamos nuestra tesis en el sentido de que son DOS RESPONSABILIDADES DISTINTAS las que pueden surgir en el desarrollo del contrato de trabajo: a) la que denominamos RESPONSABILIDAD LABORAL, que la incluimos dentro de las indemnizaciones automáticas, es decir de aquellas que no exigen ni requieren prueba del elemento subjetivo o de la culpa del causante y que por ello el monto o cuántum de la indemnización se encuentra limitado por la ley, según tablas que se regulan en el art. 209 del Código Laboral, que solo incluyen los perjuicios materiales y excluyen los morales, que corresponde a los riesgos ordinarios o comunes de la actividad que se cumple, y b) LA RESPONSABILIDAD CIVIL ORDINARIA, que establece expresamente el art. 216 del estatuto laboral, que no es automática y por lo tanto exige la prueba del factor subjetivo o culpa del patrono, su monto indemnizatorio no esta regulado o limitado por ninguna tabla, pues debe atenderse al monto total del perjuicio que se acredite, incluyendo los perjuicios materiales, en sus manifestaciones de daño emergente y de lucro cesante, y los morales en sus manifestaciones de objetivados o subjetivos, que resulten probados como consecuencia del daño o perjuicio y que no la generan los riesgos ordinarios del trabajo sino los que resultan de la culpa, descuido, negligencia o imprudencia del patrono.

No han faltado quienes sostienen que al entrar a regir la ley 100 de 1993 quedo sin vigencia el art. 216 del C. laboral y por ello desapareció la responsabilidad ordinaria, la civil, del contrato de trabajo y que solo está vigente la laboral. Esto no es cierto. La misma ley establece en sus arts. 249 y 255 que las pensiones correspondientes a los riesgos profesionales continúan rigiéndose por las normas que las regulaban en el momento de su expedición. Y para mayor claridad el decreto 1285 del 22 de junio de 1994, que derogo expresamente los arts. 199, 200, 201, 203, 204 y 214 del Código Sustantivo del Trabajo no incluyo el 216 indicando con ello que continúa vigente..

En síntesis continúan existiendo jurídicamente las dos responsabilidades, la laboral y la ordinaria o civil, dentro del desarrollo del contrato de trabajo. Mientras la LABORAL, se refiere a los riesgos comunes y ordinarios de la actividad, no exige prueba del factor subjetivo o culpa del patrono pues opera automáticamente, su monto esta limitado y regulado por el art. 209 del C. Laboral, no incluye dentro de la indemnización la que corresponde a los perjuicios morales, LA CIVIL u ordinaria, surge de los riesgos extraordinarios o diferentes a los comunes, normales de la actividad que se cumple, es decir a los que resultan por fuera de los riesgos ordinarios y normales, que se fundamentan en la imprudencia, negligencia o imprevisión del patrono, que exige prueba del factor subjetivo o culpa de aquel en el accidente o enfermedad, su monto no está limitado porque depende del que se acredite en el proceso e incluye la indemnización de los perjuicios morales. Por lo tanto continúa vigente el art. 216 del C. Laboral al tenor de lo dispuesto por los arts. 249 y 255 de la ley 100 de 1993 que se complementa con el art. 98 del decreto 1295 de Junio 22 de 1994, que derogo las disposiciones anteriores y entra a regular todo lo relacionado con los riesgos profesionales, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, a partir del primero de Agosto de 1994.

Se discute si en estos casos, es decir cuando se impone al patrono la obligación de atender a la indemnización ordinaria de los perjuicios ocasionados por su culpa se debe descontar del monto a que fue condenado el valor de las pensiones de invalidez o de sobrevivientes que recibe el trabajador o sus herederos cuando falta aquel, del ISS al considerar que el único que cotiza para ese riesgo es el patrono y el I.S.S. lo sustituyó en esa obligación.

El decreto 3170 de 1964, que estableció el Reglamento de los Riesgos Profesionales que atendía el ISS y que tuvo vigencia hasta el 1o de Agosto de 1994, en su art. 83 disponía: "El otorgamiento de las prestaciones establecidas por el presente decreto por parte del instituto, exonera al patrono de toda otra indemnización según el Código Sustantivo del Trabajo o según el derecho común por causa del mismo accidente o enfermedad profesional. Pero si el riesgo se hubiere producido por acto intencional o por negligencia o culpa del patrono o sus representantes, o de un tercero y diere lugar a indemnización común, el instituto procederá a demandar el pago de esa indemnización, la que quedará a su favor hasta el monto calculado de las prestaciones que el instituto acordare por el accidente o enfermedad,

debiendo entregar a los beneficiarios el saldo, si lo hubiere. Lo dispuesto en el inciso anterior no es obice para que la víctima o sus causahabientes instauren las acciones pertinentes de derecho común para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas por el instituto de acuerdo con las normas de este reglamento."

Esa disposición reglamentaria dió pie a diferentes interpretaciones que sostenían que se debía deducir del monto indemnizatorio fijado por la responsabilidad civil ordinaria con culpa del patrono, el monto de lo reconocido por aquel o por el seguro social como consecuencia de la responsabilidad laboral, es decir los montos regulados por las tablas del art. 209. Sinembargo se debe aclarar que las pensiones de invalidez y sobrevivientes pagadas por el instituto de los Seguros Sociales no eran indemnizaciones como lo exigía el art. 216 del C. Laboral para poderlas descontar. El reglamento del ISS sobrepaso la norma del código laboral que autorizaba el descuento, confundiendo los conceptos de indemnización y de pensión.

El art. 216 del Código Laboral en su segundo inciso, autorizaba un descuento pero muy diferente. Establece expresamente: "CULPA DEL PATRONO". Cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo en la enfermedad profesional, esta obligado a la indemnización total y ordinaria de perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las PRESTACIONES EN DINERO PAGADAS EN RAZON DE LAS NORMAS CONSAGRADAS EN ESTE CAPITULO." Cuando se expidió el Código Sustantivo del Trabajo no se habían creado ni regulado las pensiones que posteriormente estableció el ISS. Por eso siempre entendimos que lo que se debía descontar era lo que el trabajador había recibido como indemnización por la responsabilidad laboral, o sea las sumas recibidas dentro de los topes o límites máximos que fija el art. 209 del C. Laboral. El art. 216 dispone el descuento de las "sumas recibidas" por concepto de la responsabilidad laboral. No incluye en ese concepto las sumas o prestaciones surgidas de las contingencias o consecuencias surgidas de la conducta imprudente, negligente, imprevista del patrono, que están por fuera de la responsabilidad laboral.

Pero nuestra jurisprudencia fue de tumbo en tumbo en este tema. La sala de Casación Laboral no tuvo una posición definida al respecto. En unos casos acepta que si se debe descontar, en otros que solo hasta el monto de

lo efectivamente pagado lo que no incluye lo que se pagaría en el futuro y ahora últimamente que se debe descontar hasta el valor calculado de las pensiones que se reciben o se recibirán en el futuro mientras dure la pensión.

En sentencia de Marzo 10 de 1993, determinó que el valor a descontar es el de las pensiones calculadas hasta el final del reconocimiento. Consideramos ésta determinación un grave error financiero por cuanto las pensiones futuras que paga el ISS se actualizan o proyectan teniendo en cuenta en su valor calculado los incrementos necesarios para corregir la pérdida del valor adquisitivo del dinero durante cada año. Esto es que nominalmente aumentan entre el 20 y el 25% anual. En cambio el monto de la indemnización ordinaria se calcula con fundamento en un salario que no se incrementa hacia el futuro. Por lo tanto hay un desfase notorio y manifiesto. O se actualizan hacia el futuro los dos elementos, es decir, el salario que va a servir como base de la indemnización ordinaria que debe crecer anualmente durante el tiempo de su pago futuro y debe proyectarse actualizado hasta el tiempo calculado de supervivencia o duración de la obligación por un lado y la pensión que va a pagarse en el futuro por el ISS año tras año. O se actualizan los dos o no se actualiza ninguno. Pero actualizar las pensiones futuras y no actualizar el salario base que se utiliza para liquidar la indemnización ordinaria nos parece un grave error financiero.

Pero la ley 100 de 1993 nos dio la razón a quienes sostenemos que no deben descontarse las pensiones futuras que reconoce el ISS, por corresponder a dos fuentes o dos obligaciones completamente distintas. Los artículos 253 y 256 se refieren a esa situación en los siguientes términos:

Art. 253. "-DEVOLUCION DE SALDOS. Cuando un afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad se invalide por ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD PROFESIONAL, además de la pensión por invalidez que cubre la cotización a cargo del empleador, se le ENTREGARA LA TOTALIDAD del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional y en este caso no habrá a lugar a bono pensional."

Art. 256. DEVOLUCION DE SALDOS POR MUERTE CAUSADA POR ACCIDENTES DE TRABAJO O ENFERMEDAD PROFESIONAL. En caso de muerte del afiliado al sistema de ahorro individual con solidaridad, derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, no habrá lugar a bono pensional, Y EL SALDO DE LA CUENTA DE AHORRO

PENSIONAL podrá utilizarse para incrementar el valor de la pensión que se financia con la cotización del empleador, si el afiliado así lo hubiere estipulado o los beneficiarios lo acuerden...- En caso contrario hará parte de la MASA SUCESORAL DEL CAUSANTE. Si no hubiere causahabientes dichas sumas se destinarán a la financiamiento de la garantía estatal de pensión mínima."

Así se definió, sin ninguna duda, la controversia pues determina que los dineros depositados en la cuenta individual de ahorro pensional no se pierden. El trabajador recibe la pensión que le corresponde por los aportes únicos del patrono para los casos de invalidez o muerte en accidente de trabajo o enfermedad profesional, y además las sumas que se encuentran en su cuenta de ahorro pensional, sin descuentos de ninguna clase. En síntesis recibe un doble beneficio (La pensión que corresponde a la cotización única del patrono y lo que se encuentra en su cuenta individual pensional) por tener diferentes causas generadoras.

Cuando se trata de sobrevivientes, al morir el causante, pueden recibir la pensión que se financia con la cotización única del patrono para los riesgos profesionales, y el valor o saldo que se encuentra en la cuenta individual pensional del de cujus que puede ser utilizado en dos formas: a) Para ajustar un capital que incremente el valor de la pensión que van a recibir con las cotizaciones del patrono cuando así lo hubiere estipulado el causante o lo acuerden los beneficiarios y b) Se llevará a la masa sucesoral del causante para ser repartido entre sus herederos. Pero en ambos casos sus ahorros o cotizaciones, las del empleador y sus rendimientos económicos continúan en el patrimonio del trabajador pues o le sirven para mejor la pensión que va a recibir con los aportes únicos del patrono o ingresa a la masa sucesoral para ser distribuido entre sus herederos, quienes también pueden recibir la pensión de sobreviviente que se financia con los aportes exclusivos del patrono.

Podrán sostener quienes no han compartido nuestras tesis que esas normas se aplican única y exclusivamente a los trabajadores que se encuentran afiliados al regimen de AHORRO INDIVIDUAL, como parecen indicarlo gramaticalmente los artículos citados, porque para el otro regimen, el de prima media que atiende el ISS, no se establece nada al respecto.

Para evitar esas diferencias tan notorias entre uno y otro regimen, el decreto 1295 del 22 de Junio de 1994, vigente a partir del 1o de Agosto del

mismo año, establece: "Art. 53. DEVOLUCION DE SALDOS E INDEMNIZACION SUSTITUTIVA. Cuando un afiliado al sistema general de riesgo profesionales se invalide o muera como consecuencia de una accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, ADEMAS DE LA PENSION DE INVALIDEZ O DE SOBREVIVIENTE que debe reconocerse de conformidad con el presente decreto, SE DEVOLVERA AL AFILIADO O A SUS BENEFICIARIOS: A) Si se encuentra afiliado al Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad LA TOTALIDAD DEL SALDO AHORRADO EN SU CUENTA INDIVIDUAL DE AHORRO PENSIONAL. B) Si se encuentra afiliado al Regimen Solidario de Prima Media con prestación definida, la INDEMNIZACION SUSTITUTIVA prevista en el art. 37 de la Ley 100 de 1993."

El art. 37 de la ley 100 de 1993, a que se remite, establece: "INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado."

O sea que se totalizan los ingresos recibidos por el trabajador durante el tiempo a liquidar y ese monto se divide por el número de semanas correspondientes resultando así el promedio aritmético de lo recibido como salario, que se convierte en el salario base de la liquidación. Multiplicamos ese salario base por el número de semanas cotizadas. Este resultado lo multiplicamos por el promedio ponderado del porcentaje sobre el cual cotiza el trabajador para el riesgo de vejez, que como vimos para 1994 sera 2% de su salario, para 1995 el 2.25% y para 1996 y años siguientes de 2.50%.

A simple vista parecería que el decreto habría unificado los dos regímenes en relación con la devolución de las cotizaciones por un lado y el otorgamiento de las pensiones que cotizó el patrono por el otro. Sinembargo al analizar los mecanismos o procedimientos señalados en el art. 37 de la ley 100 de 1993 se observa como se mantiene una gran diferencia entre los dos sistemas pues mientras en el de ahorro individual, que manejan las instituciones privadas, se devuelve al trabajador o a sus herederos la totalidad de

lo que aparece en su cuenta pensional individual, que incluye sus aportes, los del patrono y los rendimientos financieros, en el regimen solidario de prima media con prestación definida que maneja el ISS, solo se les devolverá al invalido o a sus herederos, el promedio de las sumas que cotizo, esto es que no incluirá las sumas que aporto el patrono ni los rendimientos financieros producidos por sus cotizaciones ni las del patrono. Esto significa que continua existiendo, legislativamente, una gran diferencia entre los dos regímenes en cuanto se refiere a las pensiones pagadas por riesgos profesionales y la devolución de las cotizaciones, que coloca en desventaja al trabajador afiliado al de prima media con prestación definida, que maneja el ISS.

Nos satisface que las nuevas normas hayan resuelto, aunque no en forma completa pero si parcialmente, las injusticias que se presentaban y contra las cuales veníamos argumentando. Ya el trabajador puede recibir, cuando se trata de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, los dos beneficios que contempla la ley, esto es las pensiones a que tiene derecho por la cotización única que hace el patrono y la devolución de los ahorros que ha venido haciendo en el sistema de ahorro individual o la indemnización sustitutiva en el regimen de prima media. En el primer regimen un beneficio económico mayor. En el segundo un beneficio reducido a un promedio de sus aportes sin incluir los del patrono y los rendimientos económicos.

Es importante precisar que el decreto 1295 de Junio 22 de 1994 derogó las disposiciones del código laboral y normas complementarias que se refieran a los riesgos profesionales. Dejo vigente el art. 216 pero no en su integridad. La última parte "Pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo" fue derogada implícitamente y por lo tanto no tiene aplicación.

Creemos que hay derogatoria tácita de esa parte del art. 216 porque: a) Ya no queda ningún artículo de ese capítulo que consagre prestaciones en dinero, que son las que ordena retener, pues el art. 98 del decreto 1295 los derogó a casi todos en forma expresa. y b) Las fuentes de las dos obligaciones que surgen de la aplicación del art. 216 son muy diferentes por lo tanto compatibles y por ello no se pueda deducir la una de la otra.

En síntesis a partir del primero de Agosto de 1994, cuando entro en vigencia el decreto 1295, que reguló totalmente todo lo referente a los

riesgos profesionales, no se podrá hacer ningún descuento a la indemnización ordinaria que debe reconocer el patrono cuando hay culpa comprobada suya en el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, por motivo de las pensiones o indemnizaciones que reciba el trabajador o sus herederos de parte del ISS, o de las entidades encargadas de atender las pensiones bajo el sistema de ahorro individual.

Es bueno precisar que a partir del 1o de Agosto de 1994 tanto los conceptos de accidente de trabajo, de enfermedad profesional, de pensiones y de indemnizaciones son los que contempla el decreto 1295 de Junio 22 de 1994, que derogó las normas del código laboral y demás complementarias que se habían expedido.

Pero no sólo las normas del código laboral referidas a los riesgos profesionales fueron derogadas sino muy especialmente el decreto 3170 de 1964 que recogió el acuerdo 115 del 18 de Diciembre de 1963 del Consejo Directivo del ISS, que reglamento en ese Instituto todo lo relacionado con los riesgos profesionales, desde su definición hasta las prestaciones y beneficios que originaban en el ISS. A partir del primero de Agosto de 1994 solo se aplica lo establecido en el decreto ya citado.

Impresión
Editorial Marín Vieco Ltda.
1994

El Centro de Estudios de Derecho Procesal, tiene por objeto la profundización en el estudio del derecho procesal, su divulgación y sostenimiento de su vigencia en la actividad forense, por cualesquiera medios lícitos como elaboración de trabajos individuales y colectivos, publicaciones, conferencias, cursos, etc.