Señores Honorables Magistrados

# Corte Constitucional

E. S. D.



Referencia: Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 382 y el aparte del artículo 626 de las derogaciones expresas, mediante el cual se deroga el artículo 49 inciso 2º de la Ley 675 de 2001 de la Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso.

## Respetados Magistrados:

Protegido por Habeas Data . mayor de edad identificado con la C.C.N° Protegido por Habeas Data Bogotá, vecino y residente en la Protegido por Habeas Data de la ciudad de Bogotá, en uso de mis derechos y deberes ciudadanos consagrados en los artículos 40 de numeral 6° y 95 numeral 7° de la Constitución Política, me dirijo a ustedes para interponer acción pública y demandar por inconstitucionalidad el artículo 382 y el aparte del artículo 626 de las derogaciones expresas, mediante el cual se deroga el artículo 49 inciso 2° de la Ley 675 de 2001, de la Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso por medio del cual se adoptan unas reglas especiales de procedimiento para adelantar el trámite de la demanda de Impugnación de actos de asambleas, juntas directivas o de socios, en cuanto el legislativo al proferir esta norma sobrepasó el mandato constitucional estatuido en el numeral primero del artículo 150 de la Constitución Política.

### PRIMERA SECCIÓN -

PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

### 1.1 NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto legal demandado, subrayando los apartes de la disposición respecto de los cuales se cuestiona la constitucionalidad.

Me permito describir esta solicitud de la siguiente manera:

Transcribo a continuación las normas acusadas, en las cuales se resalta en negrillas y subrayado el texto demandado:

Artículo 382. Impugnación de actos de asambleas, juntas directivas o de socios

La demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas de derecho privado, solo podrá proponerse, so pena de caducidad, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del acto respectivo y deberá dirigirse contra la entidad. Si se tratare de acuerdos o actos sujetos a registro, el término se contará desde la fecha de la inscripción.

En la demanda podrá pedirse la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado por violación de las disposiciones invocadas por el solicitante, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado, su confrontación con las normas, el reglamento o los estatutos respectivos invocados como violados, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. El demandante prestará caución en la cuantía que el juez señale.

El auto que decrete la medida es apelable en el efecto devolutivo



Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso- **Artículo 626.** Derogaciones.- Deróguense las siguientes disposiciones:

 c) A partir de la entrada en vigencia de esta ley, en los términos del numeral 6 del articulo 627, queda derogado el Código de Procedimiento Civil expedido mediante los Decretos 1400 y 2019 de 1970 y las disposiciones que lo reforman; el Decreto 508 de 1974; artículos 151, 157 a 159, las expresiones "mediante prueba cientifica" y "en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001" del 214, la expresión "En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera" del 217, 225 al 230, 402, 404, 405, 409, 410, la expresión "mientras no preceda" y los numerales 1 y 2 del artículo 757, el 766 inciso final, y 1434 del Código Civil; artículos 6º, 8º, 9º, 68 a 74, 804 inciso 1º, 805 a 816, 1006, las expresiones "según las condiciones de la correspondiente póliza" y "de manera seria y fundada" del numeral 3 del artículo 1053, y artículos 2027 al 2032 del Código de Comercio; artículo 88 del Decreto 1778 de 1954; artículos 11, 14 y 16 a 18 de la Ley 75 de 1968; artículo 69 del Decreto 2820 de 1974; el Decreto 206 de 1975; artículo 25 de la Ley 9 de 1989; artículo 36 del Decreto 919 de 1989; el Decreto 2272 de 1989; el Decreto 2273 de 1989; el Decreto 2303 de 1989; artículos 139 al 147 y 320 a 325 del Decreto-ley 2737 de 1989; la expresión "Los procesos de disolución y liquidación de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, se tramitará por el procedimiento establecido en el Título XXX del Código de Procedimiento Civil y serán del conocimiento de los jueces de familia, en primera instancia." el artículo 7º y 8º parágrafo de la Ley 54 de 1990; artículos 10, 11, 21, 23, 24, 41, 46 al 48, 50, 51, 56 y 58 del Decreto 2651 de 1991; artículos 7º y 8º de la Ley 25 de 1992; artículos 24 al 30, y 32 de la Ley 256 de 1996; artículo 54 inciso 4º de la Ley 270 de 1996; el artículo 62 y 94 de la Ley 388 de 1997; artículos 2º a 6°, 9°, 10 al 15, 17, 19, 20, 22, 23, 25 a 29, 103, 137, y 148 salvo los parágrafos 1° y 2° de la Ley 446 de 1998; artículos 43 a 45 de la Ley 640 de 2001; artículo 49 inciso 2º, el parágrafo 3º del artículo 58, y la expresión "Será aplicable para efectos del presente artículo, el procedimiento consagrado en el artículo 194 del Código de Comercio o en las normas que lo modifiquen, adicionen o complementen" del artículo 62 inciso 2º de la Ley 675 de 2001; artículos 7º y 8º de la Ley 721 de 2001; la Ley 794 de 2003; artículos 35 a 40 de la Ley 820 de 2003; el artículo 5º de la Ley 861 de 2003; artículo 111 numeral 5 Ley 1098 de 2006; artículo 25 de la Ley 1285 de 2009; artículos 40 a 45 y 108 de la Ley 1306 de 2009; artículos 1º a 39, 41, 42, 44, 113, 116, 117, 120 y 121 de la Ley 1395 de 2010; el artículo 80 de la Ley 1480 de 2011; y las demás disposiciones que le sean contrarias.

### 1.2 NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

Me permito señalar la normativa constitucional infringida:

Artículo 13. C.P. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por



leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal. le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

# 1.3 CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

1.3.1.- Sea lo primero indicar que en cumplimiento a lo normado en el artículo 47 de la ley 675 de 2001<sup>1</sup>, se tiene que "Las decisiones de la asamblea se harán constar en actas firmadas por el presidente y el secretario de la misma, en las cuales deberá indicarse si es ordinaria o extraordinaria, además la forma de la convocatoria, orden del día, nombre y calidad de los asistentes, su unidad privada y su respectivo coeficiente, y los votos emitidos en cada caso." esto es, elaborar el acta correspondiente, suscribirla y proceder a su publicación, con el fin de garantizar que toda persona habitante, residente o integrante de la persona jurídica, conozca las decisiones que en cualquier sentido puedan afectarlo, por lo cual no es pertinente ni legalmente admisible que se contabilice el término de la caducidad de la acción desde la fecha de celebración de la asamblea, si no desde la publicación del acta de la misma.

Entre los requisitos de carácter adjetivo y de orden legal que debe contener el acta, está el aval o firma del Presidente y Secretario de la Asamblea. Así mismo, para garantizar que pueda ser oponible a terceros, se requiere la publicación del acta en los términos del artículo mencionado, teniendo en consideración que este documento constituye la prueba tanto para su exigibilidad cómo para poder demandar las decisiones tomadas.

1.3.2.- Establece la norma de la Ley 675 de 2001, que la publicación debe efectuarse dentro de un lapso no superior a veinte (20) días hábiles contados a partir de la fecha de la reunión. El administrador debe poner a disposición de los propietarios del edificio o conjunto copia completa del texto del acta en el lugar determinado como sede de la administración e informar tal situación a cada uno de los copropietarios. Igualmente dejar constancia en el libro de las actas sobre la fecha y lugar de la publicación.

En cuanto a la posibilidad de impugnar, cuando las decisiones de la asamblea general de propietarios no se ajusten a las prescripciones legales o al reglamento de la propiedad horizontal; el administrador, el revisor fiscal o los

<sup>1</sup> Artículo 47 de la ley 657 de 2001. Actas. Las decisiones de la asamblea se harán constar en actas firmadas por el presidente y el secretario de la misma, en las cuales deberá indicarse si es ordinaria o extraordinaria, además la forma de la convocatoria, orden del día, nombre y calidad de los asistentes, su unidad privada y su respectivo coeficiente, y los votos emitidos en cada caso.

En los eventos en que la Asamblea decida encargar personas para verificar la redacción del acta, las personas encargadas deberán hacerlo dentro del término que establezca el reglamento, y en su defecto, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de la respectiva reunión.

Dentro de un lapso no superior a veinte (20) días hábiles contados a partir de la fecha de la reunión, el administrador debe poner a disposición de los propietarios del edificio o conjunto, copia completa del texto del acta en el lugar determinado como sede de la administración, e informar tal situación a cada uno de los propietarios. En el libro de actas se dejará constancia sobre la fecha y lugar de publicación.

La copia del acta debidamente suscrita será prueba suficiente de los hechos que consten en ella, mientras no se demuestre la falsedad de la copia o de las actas. El administrador deberá entregar copia del acta a quien se la solicite.

Parágrafo. Todo propietario a quien se le niegue la entrega de copia de acta, podrá acudir en reclamación ante el Alcaide Municipal o Distrital o su delegado, quien a su vez ordenará la entrega de la copia solicitada so pena de sanción de carácter policivo.



- propietarios de bienes privados, <u>podrán intentar la impugnación dentro de los</u> dos (2) meses siguientes a la fecha de la comunicación o publicación de la respectiva acta.
- 1.3.3.- Quiere decir lo anterior que conforme a esa normativa, es partir de la fecha en que se realice la publicación del acta que comenzaría a correr el término de caducidad de la acción para impugnar las actas de esta clase de copropiedades, tal como lo prevé el artículo 49 de la ley 675 de 20012.
- 1.3.4.- Ahora bien, conforme a lo establecido en esa normativa, se tiene que si la comunicación o la publicación del acta no se realiza dentro de ese término y es publicada de manera extemporánea, de conformidad con lo establecido, ello no la invalida, sino que significa el incumplimiento de los procedimientos y trámites normativos por parte de la Copropiedad.
- 1.3.5.- Habida cuenta que consideramos que el término para impugnar se cuenta desde la fecha en que se publique o comunique el acta, al no cumplirse con tal obligación, se estaría coartando la posibilidad de quienes inconformes con las decisiones tomadas, pudieran impugnar ante la autoridad competente, al tenor de lo dispuesto por el artículo 49 de la Ley 675 de 2001, norma que establece un plazo de dos (2) meses para impugnar las decisiones, plazo que se debe contar desde el momento en que se publique o comunique el acta que contiene la decisión a impugnar. Queda claro entonces que los 2 meses no se cuentan desde la fecha en que se realiza la asamblea de copropietarios sino desde la fecha en que se publique o comunique el acta, fecha que en el caso de las copropiedades, suele ser muy posterior a la realización de la asamblea de copropietarios, de ahí que se justifique el tratamiento diferenciador con el caso de otras acciones de impugnación previstas en la norma citada.
- 1.3.6.- El artículo 47 de la ley 675 de 2001, consagra un plazo de 20 días contados desde la fecha de la asamblea al administrador para que ponga a disposición de los copropietarios el acta respectiva, y es a partir del recibo de dicha acta cuando se empiezan a contar los dos meses que tiene el copropietario para impugnar alguna de las decisiones contenidas en el acta comunicada y no desde la fecha de la celebración de la asamblea.
- 1.3.7.- En todo caso, si el administrador se toma más de 20 días para comunicar el acta, de todos modos los dos meses se empiezan a contar desde la fecha en que se comunique el acta, puesto que el artículo 49 de la ley 675, claramente señala que los dos meses se cuenta desde la fecha en que se comunique el acta, y nada dice respecto a las actas comunicadas extemporáneamente, estos es, después de transcurriros los 20 días que el artículo 47 le da al administrador para que las comunique o publique.
- 1.3.8.- Conforme a lo previsto en el artículo 47 de la Ley 675 de 2001, Las decisiones de la asamblea se pueden impugnar dentro de los dos (2) meses siguientes a la comunicación o publicación del acta en la que consta la decisión a impugnar. Esto significa que los dos meses no se cuentan desde la fecha en que se celebró la asamblea, sino desde la fecha en que se comunica o publica el acta respectiva, lo cual no se hace sino hasta que el acta ha sido aprobada, y el acta no siempre se aprueba en la misma fecha en que se realiza la asamblea.

<sup>2</sup> Artículo 49 de la ley 657 de 2001. Impugnación de decisiones. El administrador, el Revisor Fiscal y los propietarios de bienes privados, podrán impugnar las decisiones de la asamblea general de propietarios, cuando no se ajusten a las prescripciones legales o al regiamento de la propiedad horizontal. La impugnación sólo podrá intentarse dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de la comunicación o publicación de la respectiva acta. Será aplicable para efectos del presente artículo, el procedimiento consagrado en el artículo 194 del Código de Comercio o en las normas que lo modifiquen, adicionen o complementen.

Parágrafo. Exceptúanse de la disposición contenida en el presente artículo, las decisiones de la asamblea general, por medio de las cuales se impongan sanciones por incumplimiento de obligaciones no pecuniarias, que se regirán por lo dispuesto en el Capítulo Segundo, del Título II de la presente ley.



- 1.3.9.- Es importante entonces examinar el concepto de la caducidad de la acción, tema que fue tratado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 11 de julio de 2011, rad. 2011-01067-00, acerca del citado fenómeno procesal, en la que se memoró:
  - (...) En relación [a] la caducidad ha dicho la Corte que 'comprende la expiración (o decadencia) de un derecho o una patestad, cuando no se realiza el acto idóneo previsto por la ley para su ejercicio, en el término perentariamente previsto en ella. (...) Por consiguiente, desde esta perspectiva es inherente y esencial a la caducidad la existencia de un término fatal fijado por la ley (...), dentro del cual debe ejercerse idóneamente el pader o el derecho, so pena de extinguirse.
  - 'O, para decirlo en otros términos, ocontece que la ley, sin detenerse a consolidar explícitamente una particular categoria, consagra plazos perentorios dentro de los cuales debe realizarse a cabalidad el acto en ella prevista con miras a que una determinada relación jurídica no se extinga o sufra restricciones, fenómeno que, gracias a la labor de diferenciación emprendida por la doctrina y la jurisprudencia, se denomina caducidad.
  - [...] El legislador, pues, en aras de la seguridad jurídica, pretende con los términos de caducidad finiquitor el estado de zozobra de una determinada situación o relación de Derecho, generado por las expectativas de un posible pleito, imponiendole al interesado la carga de ejercitar un acto específica, tal la presentación de la demanda, en un plazo apremiante y decisivo, con lo cual limita con precisión, la oportunidad que se tiene para hacer actuar un derecho, de manera que no afecte más allá de lo razonablemente tolerable los intereses de otros.
  - 'Nôtese, por consiguiente, cómo la caducidad descansa, en últimas, sobre imperativos de certidumbre y seguridad de ciertas y determinadas relaciones jurídicas, respecto de las cuales el ordenamiento desea, de manera perentoria, su consolidación, sin que ella deba concebirse como una sanción por abandono, ni haya lugar a deducir que envuelve una presunción de pago o cumplimiento de la obligación, como tampoco pretende interpretar el querer del titular del derecho.
  - 'De ohí que la expresión: 'Tanto tiempo tanto derecho', demuestre de manera gráfica sus alcances, esto es, que el plazo señala el comienzo y el fin del derecho o potestad respectivo, por lo que su titular se encuentra ante una alternativa: o lo ejercitó oportunamente o no lo hizo, sin que medie prorroga posible, ni sea viable detener la inexorable marcha del tiempo '[Sentencia del 23 de septiembre de 2002, exp. 6054, reiterado en la de 4 de agosto de 2010, exp. 2007-01946-00, y en la de 31 de octubre de 2012, exp. 11001-0203-000-2003-00004-01].
- 1.3.10.- Así las cosas es determinante clarificar si para el caso de la impugnación de actas de asamblea de copropiedades, el término de caducidad se debe contabilizar desde la fecha de celebración de la asamblea o desde el momento de la publicación del acta.

Al respecto debemos analizar de manera objetiva la situación que se presenta respecto del acta donde constan las decisiones objeto de impugnación, pues aun cuando existen otros medios probatorios que puedan acreditar dicho evento, lo no es menos cierto que en el caso de las copropiedades, las decisiones que se impugnan normalmente constan en dicho documento, lo cual haría imposible que se pudiera accionar antes de contar con el acta de la asamblea de copropietarios.

De ahí que con buen juicio y de manera puntual, el legislador de la época hubiere consagrado un término diferente para la contabilización de la caducidad de la acción de impugnación para el caso de las actas de asamblea de copropiedades y este es el de dos (2) meses contados a partir de la fecha de publicación del acta de la asamblea.

- 1.3.11.- Al entrar en vigencia la norma demandada (artículo 382 de la ley de la Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso) la cual contiene la previsión de que la demanda de impugnación de actas "solo podrá proponerse, so pena de caducidad, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del acto respectivo y deberá dirigirse contra la entidad", se tiene que nos coloca en la imposibilidad de poder acceder a la jurisdicción habida cuenta que la reticencia de la demandada coloca a los pretendidos accionantes en un escollo imposible de superar, pues la omisión en publicar el acta en el lapso de tiempo referido por la norma demandada, blinda a las copropiedades de la posibilidad que se puedan impugnar o controvertir la asamblea y le bastaría solamente diferir la publicación del acta durante el lapso de tiempo señalado por la norma demandada, para impedir la prosperidad de cualquier reclamación judicial por parte de los coproprietarios.
- 1.3.12.- De ahí que el legislador de la época, haya consagrado (con buen juicio), un término especial y diferente para esta clase de procesos al señalar en el artículo



- 49 de la ley 675 de 2001 que se "podrán impugnar las decisiones de la asamblea general de propietarios, cuando no se ajusten a las prescripciones legales o al reglamento de la propiedad horizontal. La impugnación sólo podrá intentarse dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de la comunicación o publicación de la respectiva acta. Será aplicable para efectos del presente artículo, el procedimiento consagrado en el artículo 194 del Código de Comercio o en las normas que lo modifiquen, adicionen o complementen."
- 1.3.13.- Así las cosas, se tiene que para el caso de la impugnación de actas de copropiedades, existía una norma especial y particular que indica que el plazo de la caducidad para interponer la acción de impugnación de actas, empezaba a contabilizarse no a partir de la fecha de la celebración de la asamblea sino desde cuando se realiza la publicación, lo anterior con independencia de que la Administración de la misma no cumpla con su compromiso legal de realizar la publicación del acta dentro de los 20 días siguientes a la realización de la Asamblea.
- 1.3.14.- Ahora bien, se tiene que con la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) que modificó el artículo 49 de la Ley 675 de 2001 y derogó el inciso segundo de esta norma, reemplazándola por el artículo 382 del C.G. del P.3, se ha generado no solo una controversia sino una incongruencia que ha conllevado a que si se tiene en cuenta como término de caducidad de la acción de impugnación, el de la celebración de la asamblea objeto de impugnación, en muchas ocasiones no se cuenta con el acta de la asamblea, lo cual conlleva a que se venza ese término, debido a que no realiza la publicación del acta objeto de impugnación.
- 1.3,15.- La norma demandada, desconoce el carácter especial y preponderante que regula el trámite de la impugnación de actas de asamblea de inmuebles sometidos a propiedad horizontal, por cuanto para este caso se debió tener en cuenta la fecha de la publicación del acta, como término a partir del cual empieza a contabilizarse la caducidad, pues sin contar con el acta de la asamblea objeto de impugnación, no es posible acceder a la jurisdicción para impugnar la asamblea, previsión que es desconocida en la norma demandada, pues si bien es cierto que el procedimiento propugna por controvertir la actuación de la asamblea, se debe contar con el acta de la misma donde constan las decisiones objeto de impugnación.
- 1.3.16.- Lo que si es cierto es que con la entrada en vigencia del Código General del Proceso se modificó el proceso a través del cual se llevará el proceso ante el juez, pues conforme al Código de Procedimiento Civil, para el proceso de impugnación de actos de asamblea se contemplaba el procedimiento abreviado, y ahora se debe tramitar esta acción, mediante el procedimiento verbal, pero los otros cambios impiden el efectivo ejercicio de la acción de impugnación de actos de asamblea de copropiedades.
- 1.3.17.- Es necesario considerar que el régimen de propiedad horizontal es un sistema jurídico en el cual se regula la normativa de las propiedades sometidas a este régimen y en ella confluyen múltiples normas, pero en cuanto al caso particular de la impugnación de actas, el Código General del Proceso, desafortunadamente desentonó con las previsiones que regulaban la materia, modificando ese acápite, a pesar de ser una norma preferente debe entenderse que esta es una norma general que regula diferentes actos de objeto de impugnación, pero para el caso de las decisiones de asamblea de copropietarios, se debe tener en consideración que aun cuando las actas no son las que se impugnan, sino las decisiones de la asamblea general, cuando no se ajusten a la ley o al reglamento de propiedad horizontal, por requerirse

<sup>3</sup> Artículo 382. Impugnación de Actos De Asambleas, Juntas Directivas o de Socios. La demanda de Impugnación de actos o decisiones de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas de derecho privado, solo podrá proponerse, so pena de caducidad, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del acto respectivo y deberá dirigirse contra la entidad. Si se tratare de acuerdos o actos sujetos a registro, el término se contará desde la fecha de la inscripción.



como prueba ese documento, se deberá contabilizar el termino (como lo prevé la Ley 675 de 2001), desde la fecha de publicación del acta.

1.3.18.- Lo que sucede es que para impugnar, necesariamente se requiere copia del acta publicada, para adjuntar como prueba de las decisiones que se pretenden controvertir, es por ello que el artículo 49 ibídem, indica: "La impugnación solo podrá intentarse dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de la comunicación o publicación de la respectiva acta", por lo que se insiste en que para este caso en particular, se debe distinguir el término de caducidad de los demás actos objeto de impugnación.

Lo anterior obedece a que en ese documento se consignan los aspectos que serán objeto de reclamación judicial, lo cual lo torna en indispensable para los fines de las pretensiones incoadas.

1.3.19.- La norma demandada, desconoce el hecho que, habiendo sesionado la asamblea, la copropiedad, debe dar cumplimiento a lo normado en el artículo 47 de la ley 675 de 2001, esto es, elaborar el acta correspondiente y proceder a su publicación, con el fin de garantizar que toda persona habitante, residente o integrante de la persona jurídica, conozca las decisiones que en cualquier sentido puedan afectarlo, como la norma establece que la publicación debe efectuarse dentro de un lapso no superior a veinte (20) días hábiles contados a partir de la fecha de la reunión. El administrador debe poner a disposición de los propietarios de la copropiedad una copia completa del texto del acta en el lugar determinado como sede de la administración, e informar tal situación a los copropietarios. Igualmente dejar constancia en el libro de las actas sobre la fecha y lugar de la publicación.

De lo anterior se colige que en cuanto a la posibilidad de impugnar las decisiones de la asamblea general de propietarios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o al reglamento de la propiedad horizontal; se debe tener en cuenta que la misma se debe poder demandar dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de la comunicación o publicación de la respectiva acta, pues al no cumplirse con tal obligación, se estaría coartando la posibilidad de quienes inconformes con las decisiones tomadas, pudieran impugnar ante la autoridad competente, al tenor de lo dispuesto por el artículo 49 de la Ley 675 de 2001.

Si bien es cierto que los requisitos de forma o de fondo consagrados en las leyes procesales, se deben aplicar bajo la premisa de que su sentido último es el de hacer efectivo el derecho sustancial, esta finalidad obliga al juez a excluir posturas puramente formalistas que sacrifican el derecho material por exigencias carentes de todo significado y utilidad. Con el objeto de prevenir la indebida obstaculización del derecho de acceso a la justicia, oponiendo a ella formalismos enervantes, sin causa legal o aplicados de manera irrazonable y desproporcionada, la Corte ha insistido en la necesidad de interpretar toda suerte de requisitos y condiciones procesales en el sentido de promover al máximo el ejercicio de las acciones y recursos consignados en la ley (interpretación pro actione), lo cual no quiere decir que las formas procesales puedan preterirse a voluntad del juez o de las partes, sino que ellas tienen un ámbito propio y una utilidad específica, más allá de los cuales no se pueden hacer valer, pero las mismas deben ser consideradas de manera amplia a efecto que su implementación no constituyan un obstáculo para el debido y oportuno acceso a la jurisdicción.

1.3.20.- Ahora, sobre el sentido y alcance del término para impugnar, la doctrina ha señalado que:

"La ley coloca (sic) como término de caducidad de la acción impugnatoria el de dos meses contados a partir de la notificación o publicación del acta de la asamblea general. La publicación, según se desprende del inciso 3º del articulo 47 de la Ley 675 de 2001 consiste en la inserción del texto completo de la acta en el lugar determinado como sede de la administración, y la comunicación es la información escrita dada por el administración a coda uno de los



propietarios sobre la circunstancia de colocación del texto del acta en el lugar de la administración. La expresión "cada uno" utilizada por la ley, implica la personalización de la comunicación, sin que se puedo deducir como tal un oviso colocado en todo el edificio dando conocimiento de la publicación del acto. Aunque la ley no lo diga, por sentido común hay que concluir que es primero la publicación del acta y después la comunicación. Ningún administrador comunicará a los propietarios sobre la existencia de un acta que na aparezca publicada. Existe sobre este punto la siguiente inquietud: Si el acta se publica el 2 de marzo y se comunica a un propietario el 15 del mismo mes, ¿empezará a correr el término de caducidad para ese propietario en esta última fecha? La expresión "o" utilizada por la ley ("Comunicación o publicación") da a entender en principio que si primero ocurre la publicación, como es lo obvio y natural, a partir de eso fecha empieza a correr el término de caducidad sin que la comunicación a cada propietario tenga importancia."4

De lo anterior se puede extractar que, es preciso tener en cuenta que para verificar, ya sea la fecha de publicación, o bien la de la comunicación del acta de asamblea, se requiere prueba fehaciente del hecho. Es decir, que no se puede con supuestos, sacar conclusiones definitivas, ya que se trata de términos legales de caducidad que, por lo mismo, y por el efecto que sobre el derecho pueden tener, deben estar plenamente demostrados en el plenario.

- 1.3.21.- No debe olvidarse que "Forma... parte central de la motivación de las providencias judiciales y en especial de las sentencias, la que tiene que ver con el "examen crítico de las pruebas" que han servido para llevar la certeza al juez respecto de los hechos que, por probados, serán la base del sentido de su decisión pues si así no sucede otro deberá ser el alcance de la determinación a tomar."<sup>5</sup>. En otras palabras, para tomar una decisión, el funcionario debe tener el máximo grado de certeza, y para ello se exige que la valoración probatoria se realice en conjunto, de manera razonada y crítica (Art. 176 C.G.P.), tanto más cuando se está en los albores del proceso, porque no se ha trabado la Litis, dado que en esta fase el acervo probatorio puede ser precario y, por lo mismo, es más benéfico para el proceso esperar a que se acopien las pruebas que, con contundencia, permitan calificar que el paso del tiempo dio al traste con el ejercicio de la acción. Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Pereira. Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo, febrero diecisiete de dos mil dieciséis. Expediente 66001-31-03-002-2015-00351-01 (Resaltado nuestro).-
- 1.3.22.- Sobre este particular, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, ha señalado que la propiedad horizontal está concebida como un régimen jurídico especial de derecho de dominio en el cual los copropietarios tienen reguladas sus obligaciones y derechos en el Reglamento de la Copropiedad y en la Ley; en tales preceptivas también se encuentran señalados los órganos de administración y dirección que deben guiar sus actuaciones, su composición, funcionamiento y forma de tomar decisiones. La jurisprudencia ha dispuesto que los órganos de administración y decisión de la copropiedad por razón de los intereses sociales que regentan, se asimilan a autoridades, pues toman decisiones que afectan a los copropietarios y residentes. Como autoridades pues, los órganos de administración en el ámbito de la copropiedad, están obligados a observar los procedimientos que dicta el reglamento y la ley para el trámite de las decisiones, de manera que inobservarlos puede afectar el derecho a un debido proceso.

La jurisprudencia de esta entidad, ha sostenido que como la copropiedad tiene sus propios procedimientos establecidos en la ley, quienes la representan deben observar tales mandatos bajo pena de violar el derecho al debido proceso. En los casos en que no se elabore, firme y/o publique el acta de la asamblea en el tiempo que dispone la Ley y en consecuencia no pueda ser impugnada, se infringe de esa manera el derecho fundamental al debido proceso, que supone aún para los particulares el deber de obedecer al conjunto de trámites y normas que regulan una determinada actividad o procedimiento. Como lo ha sostenido la jurisprudencia de esa Corporación, no es simplemente una garantía exigible del Estado sino que los particulares, están obligados por la Constitución a observar las reglas del debido proceso, siendo un derecho fundamental de la persona.

<sup>4</sup> VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. La Propiedad Horizontal en Colombia. Editorial LEYER, Tercera Edición. Bogotá. 2005. Pág. 328-329

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo 3. Pruebas. Ediciones DUPRE. Segunda Edición. Bogotá. 2008. Pág. 81.



1.3.22.- Concepto de derecho a la igualdad art 13 CP. La Corte ha reconocido que existen tres diferentes dimensiones del derecho a la igualdad. En efecto, la Corporación ha dicho que de la cláusula de protección del artículo 13 de la Constitución se derivan; i) una regla de igualdad ante la ley, comprendida como el deber estatal de imparcialidad en la aplicación del derecho frente a todas las personas[1]; ii) una prohibición de discriminación[2], que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato discriminatorio a partir de criterios sospechosos construidos a partir de -entre otras- razones de sexo, raza, origen étnica, identidad de género, religión u opinión política; y iii) un mandato de promoción de la igualdad de aportunidades o igualdad material[3], entendido como el deber público de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones concretas o cambios en el diseño institucional (acciones afirmativas[4]).

En otras palabras, hablar de igualdad o desigualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica (como la contenida en el artículo 13 de la Constitución Política), tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: i) ¿lgualdad entre quiénes?; ii) ¿lgualdad en qué?; y iii) ¿Igualdad con base en qué criterio? Las dos primeras preguntas se pueden responder simplemente acudiendo a los argumentos de la demanda. Los ciudadanos sostienen que el artículo 184 ofrece un trato desigual entre los ciudadanos que presentan un recurso de casación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y la oportunidad que tienen éstos para que su petición sea seleccionada por dicho Tribunal. En efecto señalan que la norma crea dos grupos de ciudadanos, los que presentan un recurso que cumple con los requisitos de forma pero no logran probar que su petición de selección busca cumplir alguno de los fines de la casación y los que presentan sin el cumplimento de los requisitos pero la Corte Suprema, en razón de la situación particular del peticionario o las características del proceso, puede seleccionar para revisión por considerar que se podrían vulnerar dichos fines.

Sin embargo, este argumento no encuentra asidero, puesto que no es posible diferenciar realmente a dos grupos de personas y menos aún percibir que existe un trato discriminatorio en el acceso al recurso de casación. La interpretación que hacen los actores de la norma acusada simplemente anticipa un resultado posible frente al recurso de casación pero no explica cómo el mismo es una manifestación de un criterio sospechoso pues la constitucionalización del derecho penal ha hecho que la efectividad material del derecho -uno de los fines de la casación-se convierta en un requisito tan o más importante que los tradicionalmente aceptados y que responden a una aproximación clásica y literal del recurso extraordinario.

## Oposición al concepto de la no necesidad de aportar el acta demandada.

Si bien es cierto que algunos tratadistas como el ilustre Dr. Ramiro Bejarano Guzmán han puesto de presente que no es necesario aportar el acta de la asamblea objeto de impugnación<sup>6</sup>, nos apartamos de ese simplista concepto, por cuanto lo cierto es

<sup>(1)</sup> Ver, entre otras sentencias, T-644/98; T-670/99; C-836/01; y C-1101/01.

<sup>[2]</sup> Ver, entre otras sentencias, A-268/10; C-293/10; T-628/12; y C-605/12.

<sup>[3]</sup> Ver, entre otras sentencias, C-371/00; C-613/13 y C-504/14

<sup>[4]</sup> La Corte ha definido las acciones afirmativas como aquella "discriminación que se sustenta en medidas normativas cuyo criterio diferenciador es uno de los criterios prohibidos por el artículo 13 de la Constitución pero que se fundamenta en el deber del Estado de tomar las medidas adecuadas para proteger a grupos históricamente marginados como el grupo de las mujeres, entre otros" (Corte Constitucional, Sentencia C-534/05. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto).

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Aportación del acto acusado - Ramiro Bejarano Guzmán (Director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia) Ámbito Jurídico. 08 de Marzo del 2018 -

Un aspecto que sigue suscitando controversia en la baranda judicial es el relativo a si en el proceso de impugnación de actos de asambleas, juntas de socios o directivas o de cualquier otro órgano directivo de una persona privada, el demandante está obligado a aportar como anexo de la demanda, copia de la decisión impugnada. Algunos despachos judiciales reclaman al demandante aportar copia del acto demandado y es muy frecuente que inadmitan la demanda, determinación que en mala hora quedó a salvo de cualquier recurso, según lo previsto en el inciso 3º del artículo 90 del Código General del Proceso (CGP). En efecto, como hoy no es posible controvertir el auto que



que para poder acreditar en debida forma el fundamento de la impugnación, es indispensable dicho documento para poder sustentar los hechos en que se fundamenta la demanda, y no se puede dejar como aleatorio o supeditado a que la demandada, sea quien lo aporte, pues lo cierto es que con la demanda se deben allegar los documentos en que se fundamente la impugnación del acto demandado, para poder dar cabal cumplimiento a los presupuestos procesales de demanda en forma y los probatorios.

### 1.4 FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Fundamento la presente demanda, poniendo de manifiesto que el derecho fundamental del acceso a la justicia, cuya eficacia se materializa en el derecho de acción en su sentido abstracto puede servir de fundamento para la construcción conceptual del derecho fundamental al acceso efectivo a la administración de justicia, puesto que solo bajo dicha concepción es posible afirmar que todo sujeto de derecho, tenga o no la razón desde el punto de vista del derecho sustancial, tiene que ser escuchado en el proceso. Así las cosas, este derecho fundamental deja de ser una simple institución teórica o formalista, para convertirse en un elemento esencial al Estado de derecho, pues legitima al proceso judicial como genuino instrumento institucionalizado de solución pacífica de controversias (heterocomposición), al contribuir con la proscripción de la justicia por mano propia.

1.4.1.- El artículo 229 de la C.P., garantiza a toda persona el derecho de acceso a la administración de justicia. Este derecho tiene íntima relación con el derecho fundamental al debido proceso (CP, art. 29), hasta el punto que suele tratarse como perteneciente a este último. Conviene, sin embargo, distinguir la pretensión dirigida a poner en movimiento el aparato judicial, de las garantías que se aplican específicamente a la actuación judicial. El derecho a acceder a la administración de justicia, denominado en otras latitudes derecho a la tutela judicial efectiva, tiene naturaleza prestacional, en cuanto que lo que se busca es que el Estado despliegue la actividad judicial, respondiendo, a través del proceso, a las pretensiones que se le formulan, las que deben resolverse con base en el sistema de fuentes establecido y de manera independiente, imparcial y en un término razonable, mediante una decisión de fondo motivada, salvo que concurran causales legítimas de inadmisión (CP, arts. 228, 229 y 230).

inadmite una demanda, esa falta de control ha multiplicado las providencias inadmisorias y, por ende, el retiro de demandas, aspecto sobre el cual será necesario debatir ampliamente.

Pero retomemos la idea central. En principio, el demandante de un acto proveniente de un digano directivo debería aportarlo con su demanda, pues tal documento resulta axial para que el juez pueda controlar si la demanda se presentó a tiempo, si quien demanda está legitimado para formularla por tratarse de socio ausente o disidente y si es o no viable la medida cautelar de suspensión del acto acusado. No obstante, es preciso advertir que quien se ve en la necesidad de demandar un acto emanado de una sociedad o de cualquiera otra persona juridica de derecho privado es normalmente el socio minoritario, a quien las mayorias suelen imponerle barreras para todo, inclusive, para suministrarle copia del acta que contiene el acto por demandar. Con esa estrategia dilatoria notoriamente desleal, lo que se busca es impedirle al demandante formular su acción dentro de los dos meses siguientes, como lo manda el inciso 1º del artículo 382 del CGP, y provocar la caducidad de la acción. Esa circunstancia debería pesar para que no se inadmitan estas demandas, imponiendo al accionante la carga mayúscula de tener que aportar en el término de cinco días copias de un acto que le será imposible conseguir:

El artículo 382 del CGP no impone al demandante el deber de aportar con su demanda copia del acto acusado, por lo cual es evidente que el actor legalmente está relevado de cumplir esa exigencia. Entonces, ¿cómo ha de proceder el juez para que ese documento determinante para surtir la primera fase del proceso sea allegado oportunamente, de tal manera que esté en capacidad de adoptar las decisiones urgentes en ese momento? Tales decisiones son la de admitir o inadmitir la demanda, rechazarla por caducidad o pronunciarse sobre la improcedencia o procedencia de la medida cautelar de la suspensión del acto acusado, las cuales, se repite, el juez no puede adoptarlas sin conocer el documento de marras. Por fortuna, existe solución legal clara y categórica para resolver esta situación, como se explica a continuación.

En efecto, el inciso 1º del artículo 90 del CGP prevé que el juez admitirá la demanda y le imprimirá el trámite que legalmente corresponda, aun cuando el actor se haya extraviado al indicarlo y "en la misma providencia el juez deberá integrar el litisconsorcio necesario y ordenarle al demandado que aporte, durante el traslado de la demanda, los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante".

Así las cosas, cuando el demandante en un proceso de impugnación de actas le resulte imposible anexar a la demanda el acto acusado, en ella deberá solicitarle al juez que le imponga a la entidad demandada el deber de aportar tal documento dentro del término del traslado de la demanda.

Si la demandada desatiende la orden de aportar el acto acusado dentro del término de traslado de la demanda, el juez debe apreciar esa actitud como un indicio en contra suya, al tenor de lo previsto en el artículo 241 del CGP, es decir, debe asumir que el desacato a su perentorio mandato de que la parte pasiva le alfegue copia del acto acusado que está en su poder, debe interpretarse en el sentido de que ese documento si tiene cabal existencia y en los términos referidos por el actor en su libelo.

No proceder de esta manera sería concederíe al demandado patente de corso para obstaculizar el proceso.



1.4.2.- El artículo 229 de la Constitución Política Colombiana de 1991 establece el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia, pero treinta años antes, en redacción similar, la Constitución española de 1978 ya había consagrado ese mismo derecho fundamental bajo el nombre de "derecho a la tutela judicial efectiva", por lo que una mirada a dicho ordenamiento jurídico puede contribuir a su mejor entendimiento en nuestro país.

La experiencia española muestra que la indeterminación conceptual de este derecho fundamental ha sido aprovechada en forma irregular por litigantes en todo tipo de procesos judiciales (civiles, mercantiles, laborales, etc.), ora para dilatar las decisiones judiciales ordinarias (interponiendo acciones de amparo) o para hacerse dar la razón a toda costa, a punto de considerarse como una clara fuente de congestión judicial (cerca del 80% de los asuntos de los que conocía el tribunal constitucional a 2008 se refería a este derecho, y en la mayor parte tales causas no prosperaban a fatta de trascendencia constitucional?).

1.4.3 Concepto de acceso a la justicia.- Al tratar el derecho conductas humanas, y al evolucionar la humanidad de acuerdo a las épocas, decimos que el derecho es dinámico; y por lo tanto, el concepto de acceso a la justicia también ha variado conforme a las ideas imperantes de cada época de la humanidad, así como también ha evolucionado el sentido que tiene el proceso.

Conforme a la ideología liberal posterior a la Revolución Francesa, el derecho de acceso a la justicia (o a la jurisdicción) era limitado porque no era facultad del Estado ocuparse de los conflictos entre las personas ni de brindarles la posibilidad de ejercer el derecho o de acceder a las instituciones; por lo que la igualdad era someramente formal. Posteriormente, tras la Declaración de los derechos humanos y del Ciudadano, se dio reconocimiento pleno al derecho de las personas y entre los derechos sociales; se determinó que el derecho de acceso a la administración de justicia debía ser real y no formal, buscando así que la igualdad de las personas se concretase en hechos que lo hiciesen tangible, por lo que el estado debía minimizar la brecha existente entre la norma y la realidad para que el acceso a la justicia fuese acorde a la realidad y adecuado. Al monopolizar el Estado la potestad de solucionar conflictos entre personas, sin importar su naturaleza, es su deber permitir el fácil e indiscriminatorio acceso a la jurisdicción cuando las personas consideran que sus derechos han sido violados, amenazados o negados, y darle solución prevista en el ordenamiento jurídico.

En esa evolución del derecho a la administración de justicia y basados en la teoría del procesalista uruguayo Couture<sup>8</sup>, los constituyentes encargados de la Reforma Constitucional de 1991 le dieron apoyo constitucional a ésta situación jurídica permitiendo que los ciudadanos puedan solicitarle al Estado Colombiano que intervenga y dirima los conflictos entre las partes; es decir, que los ciudadanos tengan el "derecho a la prestación de la jurisdicción".

Pero como no bastaría con el hecho de poder hacer uso del derecho de solicitar el acceso a la administración de justicia si ésta no es efectiva, por lo que es necesario exista una real posibilidad de acceder a ella para que el Estado cumpla con el deber de salvaguardar los intereses de las personas y los derechos fundamentales tutelados, así como la defensa del orden constitucional. Para ello, el Estado debe garantizar que el principio procesal de "igualdad de armas?" no sea una igualdad utópica sino real, por lo que debe valorar todos los obstáculos que puedan presentarse en la concreción del derecho.

1.4.4.- El Estado regula la vida humana, por ello dicta normas de carácter general para

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> En 2008, ingresaron 10.410 asuntos, de los cuáles 9.118 fueron recursos de amparo en los que se invocaba la vuineración del derecho a la tutela judicial efectiva (dato a noviembre de 2008): [Intp://www.tribuna/constitucional.es/es/tribunal/es/adiaucas/Paginas/defaulc.aspx].

<sup>\*</sup> Se recuerda para tal fin el día 3 de febrero de 1903 en la universidad de Bolonia, fecha en la que GIUSEPPE CHIOYENDA pronunció su ensayo "L'azione nel sistema dei diritti", aun cuando para esa época ya los alemanes Windscheid y Muther habían debatido en torno a la acción. Ver S. SENTÍS MELENDO, Teoría y práctico del proceso, t. I, Buenos Aires, Ejea, 1959, 230-231.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Cfr. Ramírez Arcila, C., Derecho procesal, Bogotá, Librería del Profesional, 2001, 25, y Devis Echandía, ob. clt., 175.



dirimir los conflictos o controversias, porque se suscita una duda sobre el derecho de las partes; y donde existe el riesgo inminente de que la persona que se siente afectada recurra a la fuerza que el mismo Estado le vedó.

Por ello, el Estado tiene el deber de brindar a las personas el derecho a acceder a un tribunal donde las partes puedan:

- a) Ser oídos, donde se escuche de manera efectiva y cierta su reclamación.
- b) Presentar su caso sin importar la naturaleza o el resultado del mismo.

1.4-5.- La distinción teórica entre el derecho subjetivo y del derecho al proceso judicial: antesala al derecho de acción.- En todo proceso judicial es posible distinguir entre el derecho subjetivo que se quiere hacer valer (derecho de crédito, derecho a obtener una declaración y condena, etc.) y el derecho a obtener su satisfacción mediante una sentencia judicial. Esta diferencia conceptual fue expuesta por la doctrina italiana a comienzos del siglo xx y constituyó el punto de partida para dar autonomía al derecho procesal<sup>10</sup> respecto de otras ramas del derecho. Y tras esa primera escisión, siguieron otros ejercicios conceptuales en torno al proceso y a la jurisdicción, cuya elaboración aspiró a plasmarse en las codificaciones procesales. En sus orígenes, la relación surgida entre el sujeto (usuario de la justicia) y el Estado (administrador de justicia) podría explicarse en los siguientes términos: lesionado el derecho de un individuo, ese derecho se ponía en movimiento haciendo legítimo ejercitar una demanda ante el Estado paro hacer valer su propio interés privado, aun a costa del sujeto pasivo. De esta concepción emergen dos rasgos que vienen a caracterizar la incipiente noción de derecho de acción: 1) su carácter dependiente del derecho sustancial y 2) su preponderante esencia privada.

En efecto, si solo el titular de un derecho subjetivo tiene derecho a acudir a los tribunales<sup>11</sup>, ello implica que el acceso a la jurisdicción está reservado para quien "tenga la razón", pero para saber quién tiene la razón se debe tramitar un proceso y emitir una sentencia, de tal manera que, bajo esta concepción, el "derecho a la acción" no es más que un apéndice del derecho sustancial. De otro lado, como en el estado liberal la acción constituye el instrumento para garantizar la efectividad de las posiciones sustanciales que el Estado burgués le confiere a los ciudadanos<sup>12</sup>, como los provenientes del mercado, de la propiedad y del derecho de crédito, la jurisdicción se deja en manos del querer del sujeto, librado a su autonomía, lo que limita el papel del Estado<sup>13</sup>.

A partir de esta distinción, la acción asumió una configuración propia, cuyas características son: i) Se trata de un derecho público por cuanto se ejercita ante el Estado (personificado en el juez), y 2) Es un derecho abstracto en tanto derecho "continente" y no de "contenido, y autónomo respecto del derecho subjetivo que se pretende hacer valer en juicio". Pero aun dentro de este concepto amplio (abstracto) de acción hubo que definir si este habría de entenderse: 1) Como un "Derecho subjetivo procesal de las partes" o, 2) Como un "Poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión".

La nota distintiva entre las anteriores definiciones estriba en su naturaleza jurídica, esto es, depende de si la acción es un derecho o un poder jurídico. La tesis más plausible consistió en considerar, como lo hizo Chiovenda, que la acción era una especie intermedia entre uno y otro, lo que denominó, con base en ZITELMANN, un derecho potestativo, lo cual explica cómo, a pesar de que toda persona sea titular de la acción, solo la voluntad (potestad) del sujeto determina su puesta en marcha.

Otro rasgo asumido por la acción consistió en descubrir su faceta "pública", la que se explica al entender que en el proceso judicial convergen distintos intereses: 1) "El derecho subjetivo material que tiene por contenido la prevalencia del interés en litis,

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> CFR. Marinoni, G., El derecho fundamental de acción en la constitución brasileña, Trad. Abraham Luis Vargas, en Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal n.\* 34, 2008, 4.

<sup>11</sup> SORMAN, G., El Estado mínimo, Buenos Aires, Atlántida, 1986, 16.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Teoría de la acción. Cfr. Couture, E. Introducción al estudio del proceso civil, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1953, 12.

<sup>13</sup> CFR. MONTERO AROCA, I., El derecho procesal en el siglo XXI, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, 66.



y por sujeto pasivo, a la otra parte", y 2) "El derecho subjetivo procesal que tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la lítis, y por sujeto pasivo, al juez". Esta distinción hace posible identificar dos relaciones jurídicas que se desenvuelven en él: 1) Una relación de naturaleza privada suscitada entre las partes contendientes, y 2) Otra relación de naturaleza pública, que tiene lugar entre las partes respecto del Estado.

En virtud de la primera relación, el demandante se dirige en contra del demandado para la satisfacción de su pretensión; y como consecuencia de la segunda relación, se acciona frente al Estado para que ejerza la función jurisdiccional, lo que también corresponde a dos ideologías concretas, a saber: 1) Una liberal, fundada en la prevalencia del interés de la persona en ver realizado su derecho sustancial, y 2) Una ideología autoritaria, que da mayor trascendencia a la función jurisdiccional del Estado, que concibe al proceso como la oportunidad para confirmar su autoridad. Bajo esta explicación, pronto hubo de desvelarse que en la resolución de litigios es también preponderante el interés público.

La asimilación de las mencionadas ideas respecto de la acción (y en particular la tesis de Chiovenda) se resalta en este punto, porque a la postre contribuyó al ulterior entendimiento del AEAJ, pues en virtud de este derecho toda persona puede ejercer la acción (en sentido abstracto) para poner en marcha la función jurisdiccional con miras a resolver un litigio.

1.4-6.- Dimensión constitucional del derecho de acción.- Paralelo a lo anterior, ya en el ámbito constitucional, la acción comenzaba a ser concebida como una especie dentro del genérico "derecho fundamental de petición" ejercido ante las autoridades judiciales, lo que permitió encuadrarla desde entonces como derecho cívico, inalienable, inherente a la personalidad, a través del cual se pone en relación a los particulares con el Estado, generando la obligación correlativa de este último de conceder una respuesta a lo solicitado y caracterizado por su desarrollo legislativo, en especial mediante normas relativas a la organización del poder judicial y a la responsabilidad judicial. Lo anterior allanó el camino hacia la concepción actual del derecho al AEAJ, en cuya virtud se entiende que "el derecho de Acción, o sea el derecho a dirigirse a los órganos judiciales para obtener justicia (el derecho de obrar en sentido abstracto), así como el derecho inviolable de defensa, entran directamente en el campo constitucional, entre los derechos fundamentales reconocidos a todos". Las transformaciones sociales suscitadas a comienzos del siglo XX llevaron a configurar el estado moderno como social y democrático de derecho, dando prevalencia a los derechos fundamentales y a sus mecanismos de protección, lo que sin duda afectó el concepto del derecho de acción, la función judicial y la forma como las personas, ya no subordinados, sino protagonístas de la acción estatal, interactúan con el Estado.

Las principales características del Estado de derecho y de sus distintos mátices, que hicieron posible la entrada del derecho de acción en el ámbito constitucional, pueden contraerse a: 1) Considerar que el poder público está al servicio de la persona humana, quien pasa de súbdito del Estado a destinatario final de sus actuaciones; 2) El sometimiento de todos los poderes públicos al derecho y la proscripción de la arbitrariedad; 3) La obligación del Estado de ir más allá de la consagración formal de los derechos, imponiendo a la función jurisdiccional su satisfacción material; 4) El principio democrático que favorece la participación de las personas en la creación, ejecución y aplicación de las leyes, que obliga a los jueces a escuchar los argumentos de las partes en el ejercicio de sus intereses y 5) La primacía de los derechos fundamentales y la creación de instrumentos para su protección propia del Estado social de derecho.

En síntesis, "el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva es de aplicación en toda sociedad democrática accidental. En realidad, analizado desde una perspectiva jurídica, es un elemento indispensable del concepto de Estado de derecho. Siempre que un derecho subjetivo sea contemplado por un ordenamiento



jurídico, el Estado de derecho exige que tal derecho pueda ser judicialmente protegido y, eventualmente, ejecutado cuando sea ignorado o transgredido". Este fue el contexto idóneo para que el derecho de acción cobrara mayor autonomía respecto del derecho de petición, esta vez como derecho fundamental independiente a acceder a la justicia, lo que ocurre en el contexto de "la consagración constitucional de los nuevos derechos económicos y sociales paralela a la del estado-providencia, [lo que] transformó el derecho del acceso efectivo a la justicia en un derecho bisagra, un derecho cuya denegación acarrearía la de todos los demás".

Este derecho fundamental al AEAJ se plasmó en los textos constitucionales a lo largo del siglo XX, dentro de la dinámica de la constitucionalizarían de la garantía procesal de acceso al proceso judicial, textos entre los que debe destacarse: 1) La enmienda VI de la Constitución Norteamericana, que establece: "En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho a ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial", y 2) El artículo 24.2 de la Constitución española, que reza: "Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado".

Se consagró también en normas internacionales tales como: 1) La declaración universal de derecho humanos de 1948, artículos 8: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los Tribunales nacionales competentes", y 11: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad"; 2) La Convención europea de derechos del Hombre de 1950, en su artículo 6.1, establece: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial"; 3) La Convención Americana de derecho Humanos (Pacto de San José de Costa rica), en el artículo 8, relativo a las "garantías judiciales". dispone: "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter", bajo el entendido de que "es a través del proceso como se refleja el correcto funcionamiento de cualquier estado de derecho"; 4) La Carta de Niza de 2000, en su artículo 45, mandaba: "Todo individuo tiene derecho a que su causa sea examinada equitativa y públicamente y dentro de un término razonable por un juez independiente e imparcial preconstituido por la ley. Todo individuo tiene la facultad de hacerse asesorar, defender y representar".

El propósito de tal movimiento también fue asegurar la eficacia de los derechos sustanciales, reforzando su protección procesal frente a los posibles abusos del poder ejecutivo y legislativo, lo que explica la consagración del AEAJ en países como Italia, España y México.

En el ordenamiento español, del cual es tributario el constitucionalismo colombiano, el Art. 24 de la Constitución tiene la virtualidad de consagrar como derechos fundamentales de la persona lo que al mismo tiempo son garantías generales de los demás derechos y libertades, de tal manera que el ciudadano no sólo se encuentra hoy con que la forma natural de protección de sus derechos fundamentales es la de acudir a los Tribunales por vía de un proceso rodeado de determinadas garantías, sino que esas mismas garantías son proclamadas igualmente como derechos susceptibles de infracción y a su vez, de la protección constitucional específica que proporciona el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional<sup>14</sup>.

1.4-6.- La distinción conceptual entre el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia.- El derecho fundamental al debido proceso, originariamente concebido como la prohibición de sufrir prisión, confiscación o destierro, salvo celebración de un juicio previo, ha venido extendiéndose como una

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Garrido Falla, F., Comentarios a la Constitución, Madrid, Civitas, 1985, 460.



de las mayores garantías contra la arbitrariedad estatal en la formación de las decisiones jurisdiccionales, administrativas y legales. Es actualmente un derecho de participación que ... confiere a los individuos o grupos contra los cuales las decisiones gubernamentales operan, la chance de participar en el proceso en el cual esas decisiones son tomadas; esa oportunidad significa un reconocimiento de la dignidad de las personas que participan de dicho proceso. El debate procesal representa un valor de interacción humana en la cual la persona afectada experimenta al menos la satisfacción de participar en la decisión que vitalmente le concierne y la expectativa de recibir una explicación de las razones sobre la decisión que la afecta<sup>15</sup>.

A pesar de su cercanía con el derecho fundamental al AEAJ, es conveniente enfatizar su distinción, por cuanto su origen y desarrollo es diverso, aun cuando en los tiempos que corren estas nociones conviven en las constituciones de los países occidentales. En efecto, distingue Díez Picazo: .... el derecho de acceso a los tribunales es una creación del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX y tiene como objetivo elevar a la categoria de derecho fundamental una exigencia inherente a la idea de estado de derecho, a saber: que todos los derechos e intereses legítimos -esto es, cualesquiera situaciones jurídicamente relevantes- pueden ser, llegado el caso, defendidos ante un genuino órgano judicial, de manera que no existan supuestos de denegación de justicia<sup>16</sup>.

La explicación más plausible para dar cuenta de la relación entre el derecho al AEAJ y el debido proceso es considerar que aquel es presupuesto de este, pues "para qué hablar de debido proceso si antes no se garantiza el acceso a las Cortes y Tribunales" 7. Se recalca que el debido proceso tiene mayor amplitud al aplicarse a todo tipo de procesos administrativos, legales y judiciales (con especial trascendencia en el proceso penal), en tanto la AEAJ se aplica solo para el proceso judicial. Esta última distinción es evidente en el caso español, donde la tutela judicial efectiva y el debido proceso se regulan en parágrafos separados del artículo 24, lo que indica su distinción conceptual, pero también su interdependencia práctica de cara a brindar una mejor administración de justicia. En ese sentido, el Tribunal Constitucional español precisó:

El artículo 24 de la Constitución, en sus dos epígrafes, previene dos supuestos intimamente relacionados entre sí, pero que merecen un tratamiento diferenciado, ya que el segundo de ellos apunta preferentemente a las llamadas garantías procesales [...] mientras que el primero, al proclamar el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos previniendo que nunca pueda producirse indefensión, establece una garantía, previa al proceso, que lo asegura, cuando se dan las circunstancias requeridas al efecto<sup>18</sup>.

Ello ocurre también en el caso colombiano, donde el "debido proceso" se erige en el extenso artículo 29 C.P. como derecho fundamental, mientras que tímidamente en el artículo 229 C.P. aparece el derecho a acceder a la administración de justicia, que por vía de interpretación doctrinal y jurisprudencial se erige en genuino derecho fundamental.

1.4.7.- El derecho fundamental al acceso efectivo a la administración de justicia, puede considerarse a partir de sus principales atributos, lo que permite distinguir entre las definiciones que entienden que este derecho impone una obligación al Estado de proveer un medio, y las que entienden que implica garantizar un resultado concreto. Los demás aspectos del derecho fundamental al AEAJ relacionados con el acceso al proceso, al recurso judicial o a la ejecución de la sentencia, también se encuentran condicionados al cumplimiento de requisitos de procedibilidad de la acción y a la inexistencia de causales de inadmisión o rechazo de la demanda.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia ha optado por un concepto de AEAJ en sentido amplio que permite: "acudir a la administración de justicia para la resolución de los conflictos particulares o para la defensa del ordenamiento jurídico" poniendo de relieve "que las decisiones que se tomen en ejercicio de éste deber constitucional, deben ser igualmente eficaces, es decir, que las mismas deben contener una resolución clara, cierta, motivada y jurídica de los asuntos que generaron su expedición" 20.

Lo anterior, a pesar de que la Constitución de 1991 erigió solamente el derecho a acceder al proceso judicial en su artículo 229, siendo el intérprete constitucional el

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> OTEIZA, E., "El debido proceso, evolución de la garantía y autismo procesal", en AA.VV., Debido proceso, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2005, 7-8.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Diez Picazo, L., Sistema de derechos fundamentales, 425.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Ramirez Gómez, Principios constitucionales, 136.

<sup>18</sup> Sentencia STC 46/1982 de 12 de julio (F.J. 2).

<sup>3</sup>º Corte Constitucional, C-1083/2005, de 24 de octubre, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

<sup>20</sup> Corte Constitucional, T-954/2006, de 17 de noviembre, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.



encargado de dotarlo de contenido, hasta el punto de que hoy se concibe como la "posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes<sup>12</sup>1.

Se debe considerar como plausible aquel concepto que más se acerque a la noción tradicional de la acción por cuanto, es sobre esta que recae el AEAJ. Se trata entonces de un derecho subjetivo procesal de toda persona a obtener del Estado una decisión judicial de fondo, que supone el agotamiento de sucesivas fases en las que se desenvuelve el proceso: 1) El derecho a acceder al proceso y a su desarrollo; 2) El derecho a que el proceso concluya mediante sentencia de fondo y el derecho a su impugnación, y 3) El derecho a su ejecución.

1.4.8.- Los hallazgos en torno a la teoría de la acción procesal pueden servir de fundamento para la construcción conceptual del derecho fundamental al AEAJ, que va mucho más allá de una institución teórica formalista, para convertirse en un elemento connatural al Estado de derecho, pues legitima al proceso judicial como genuino instrumento institucionalizado de solución pacífica de controversias (heterocomposición), al contribuir con la proscripción de la justicia por mano propia. Este derecho fundamental al AEAJ tiene como sujeto activo a todo sujeto de derecho, sea persona natural o jurídica, o a todo ente con capacidad para ser parte, e incluso a terceros, con tal que acrediten un interés legítimo para hacer valer en el proceso. Tiene a su vez, como sujeto pasivo o destinatario, al Estado, al cual se dirige la acción, por lo que no es posible hablar de su violación cuando la causa de la lesión sea el actuar negligente de quien la invoca y no la acción u omisión estatal.

1.4.9.- A pesar de su cercanía, el derecho fundamental al debido proceso no equivale a la garantía del AEAJ, por lo que la relación entre uno y otro puede explicarse en términos de condición previa: así, el AEAJ es un presupuesto del debido proceso.

1.4.10.- Expuesto lo anterior, podemos manifestar de manera palmaria como el AEAJ, se está viendo vulnerado con la norma demandada, pues siendo éste un derecho que no sólo se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, sino también en varios instrumentos internacionales de gran importancia, lo cual lleva a concluir que dicho derecho es necesario para permitir el AEAJ, de manera efectiva y cierta. Por otro lado, nos encontramos frente al deber estatal de protección de las personas de facilitar el acceso a la justicia como elemento indispensable para la materialización del derecho de acción de manera real y efectiva. Al ser objeto de una norma con defectos en sus límites materiales y temporales que conllevan a restringir el acceso a la AEAJ. En ese sentido, la libertad del legislador no es absoluta, siendo deber de la Corte determinar los lineamientos constitucionales que el órgano legislativo debe respetar al momento de determinar el contenido de las leyes. De esta manera, es el juicio de proporcionalidad el que permite analizar la constitucionalidad de las normas que impliquen restricciones frente a derechos de carácter fundamental. La aplicación del juicio de proporcionalidad en su modalidad intensa, implica que el análisis de la constitucionalidad de la norma que se acusa sea mucho más riguroso y exigente.

Al tenor del artículo 23 de la C.P., con todo respeto solicito a los Honorables Magistrados de la Corte Constitucional su pronunciamiento también sobre este punto.

## 1.1 PETICIÓN

De acuerdo con los cargos arriba expuestos, atentamente solicito a la Corporación declarar INEXEQUIBLE el artículo demandado, y por ende excluirlo de la legislación colombiana.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Corte Constitucional, C-426/2002 del 29 de mayo, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.



Se solicita a la honorable Corte Constitucional se declare INEXEQUIBLE el parágrafo tercero del Artículo 382 de la Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso por las razones que se exponen en la presente demanda. De manera subsidiaria, y en caso de que esta Honorable Corporación no encuentre motivos para declarar la inconstitucionalidad de la norma acusada, se solicita de la manera más respetuosa se declare la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de la norma, señalando la debida interpretación y aplicación que deberá realizarse de la misma.

## 2 SEGUNDA SECCIÓN

#### 2.1 ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

### 2.2 COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

De conformidad con nuestra Constitución Nacional, le corresponde a los Honorables Magistrados de la H. Corte Constitucional asumir el conocimiento de la presente demanda y decidir sobre ella, por cuanto nuestra Constitución en el artículo 241, numeral 4 dispone que a esa Corporación se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, al establecer como función la de "Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material, como por vicios de procedimiento".

El artículo 4º determina: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de compatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

Por su parte, el Decreto Legislativo 2067 de 1991 dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.

Son ustedes, entonces, competentes, Honorables Magistrados, para conocer y fallar sobre esta demanda.

### 2.3 Cosa Juzgada Constitucional.

No existe cosa juzgada en el presente caso, pues hasta la fecha la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la norma demandada, por lo cual procede un pronunciamiento de fondo al respecto.

#### 2.3 Trámite.

El trámite que debe seguir la presente demanda es el señalado en el Decreto 2067 de 1991 y las normas que la adicionen y complementen, así como las normas y actos administrativos que a la fecha se hayan proferido en relación con las demandas como la que se presenta contra las normas transcritas al inicio de la demanda.

## 2.4 Principio Pro-Actione.

Considero que la demanda cumple con los requisitos de admisión ya que las razones expuestas son claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, de acuerdo a los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional. En caso de que la Corte no considere que sea así, les solicitamos a los Honorables Magistrados aplicar el Principio Pro Actione.



## 2.5 NOTIFICACIONES

Protegido por Habeas Data

# 2.6 AUTORIZACIÓN ESPECIAL,-

Autorizo a Protegido por Habeas Data , identificada con Protegido por Habeas Data y/o a Protegido por Habeas Data , identificada con Protegido por Habeas Data , para que revisen el expediente, soliciten copias informales y reciban oficios, despachos comisorios, edictos, títulos de depósito judicial y para que en general realicen el trámite necesario que se requiera en el presente proceso. Agradezco la colaboración que se les brinde a las personas autorizadas para el mejor desempeño de su labor.

De los Honorables Magistrados, con todo respeto

Protegido por Habeas Data

Protegido por Habeas Data