



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 09 DEL 31 DE MAYO DE 2012**

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

**1.1.1.
1.1. Sala Civil**

“TRATÁNDOSE DE ACCIDENTE OCURRIDO EN LA EXPLOTACIÓN DE ACTIVIDAD PELIGROSA, CUAL APARECE EN EL PRESENTE LITIGIO, AL DEMANDANTE LE BASTA DEMOSTRAR EL DAÑO SUFRIDO Y QUE ÉSTE TUVO ORIGEN EN ACCIÓN U OMISIÓN DEL DEMANDADO; EN LA MEDIDA EN QUE LA PERSONA QUE SUFRE EL DETRIMENTO, EN LA HIPÓTESIS DEL ARTÍCULO 2356 DEL CÓDIGO CIVIL, ESTÁ RELEVADA DE DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DEL FACTOR CULPA Y, SERÁ EL DEMANDADO PARA LIBERARSE DE RESPONSABILIDAD QUIEN CORRE CON LA CARGA DE PROBAR UNA CAUSA EXIMENTE COMO SERÍA EL CASO FORTUITO, LA INTERVENCIÓN DE UN ELEMENTO EXTRAÑO, O LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA O DE UN TERCERO.. (...)

El problema jurídico a resolver por la Sala se centra en verificar si existe un eximente como sería el caso fortuito, la intervención de un elemento extraño, o la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero a favor de Gas Natural S. A, E. S. P.

a) La Demanda

Magda Lorena Ramírez Ospina, Hernán Ramírez Vargas, Edelmira Ospina Sandoval, Alexandra, María Fernanda, y Eduar Ramírez Ospina a través de apoderado judicial formularon demanda en contra de Gas Natural S.A. E.S.P. y Ruby Guanes Cortés para que previos los trámites del proceso Ordinario se hagan los siguientes pronunciamientos:

3.1.1. Declarar que los demandados son civil, extracontractual, y solidariamente responsables de los daños, perjuicios y las lesiones físicas, psíquicas, mentales, deformación de sus miembros superiores e inferiores sufridos por Magda Lorena Ramírez Ospina, como consecuencia de los hechos acaecidos el 23 de septiembre de 2005 en las circunstancias de tiempo, modo, y lugar, que dan cuenta los hechos de la demanda.

(...)

b) Los Hechos

El 5 de enero de 2005 Hernán Ramírez Vargas tomó en arrendamiento el apartamento 302 de la diagonal 145 número 32 A-38 de Bogotá a la señora Ruby Guanes Cortés, con el ánimo de establecer la residencia de su hija Magda Lorena Ramírez Ospina quien cursaba quinto semestre en la carrera de Mercadeo en la Universidad Jorge Tadeo Lozano.

En el mencionado inmueble, además de los servicios públicos pertinentes se había instalado gas natural para la estufa, el calentador de agua etc.; ubicado el último, en

la parte superior de la cocina, que era utilizado para calentar el agua para el baño diario, y una vez terminado, se apagaba.

En marzo de 2005, cuando Magda Lorena salió a vacaciones de semana santa, desconectó todos los servicios, incluido el de gas natural, cerró puertas y ventanas. De regreso en compañía de su novio Carlos Andrés Cabrera Macías (q.e.p.d.) domingo de pascua, cenó, y minutos después sin que su prometido se hubiere retirado del apartamento, se desmayó y convulsionó, como consecuencia de la acumulación de monóxido de carbono en el piso donde se ubica el bien.

El 21 de septiembre de 2005 la demandante permaneció con su novio, y según relata, al día siguiente, por el frío que hacía no se abrieron las ventanas, estuvieron en el inmueble. En la noche cuando dormía se cayó de la cama, sus músculos no funcionaban, le dio vomito y diarrea, Carlos Andrés la llevó al baño y la metió en la ducha, ahí perdió el conocimiento, despertó cinco o seis días después en una clínica que según le dijeron era la Clínica Country, donde se enteró que él había muerto y todo lo demás ocurrido.

El grado de intoxicación que sufrieron fue del 85%, y según los expertos, para morir tan sólo se requiere el 45%.

Como consecuencia de lo anterior, Magda Lorena perdió la mano derecha, la izquierda está más delgada y día a día empeora, sin que ello se pueda controlar según dice el neurólogo que la trata. Le practicaron una cirugía en la pierna derecha debido a que el músculo se infectó internamente, perdió la memoria pues tiene dificultad para recordar cosas, sufrió descontrol hormonal irreversible, no duerme, no come bien, sufre depresión, epilepsia, y secuelas permanentes.

En el lugar donde se hallaban instalados los gasodomésticos no se cumplían las condiciones técnicas de aireación, las cuales son revisadas y autorizadas por Gas Natural S.A. E.S.P., lo que produce acumulación de monóxido de carbono en niveles superiores a los tolerados por el ser humano siendo esta la causa eficiente de la intoxicación y por supuesto, de los daños a la demandante. Agregó que no existió interventoría –y si la hubo– no fue la adecuada y, como se indicó, no cuenta con los ductos para la debida aireación, por consiguiente, no debía autorizarse la instalación del servicio por Gas Natural S. A. E.S.P., dado que ella es la causa por la que, se presenta acumulación de monóxido de carbono...

Agotada la audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, vencido el término probatorio, y surtido el traslado para alegar de conclusión, se profirió sentencia de instancia el 2 de mayo de 2011 contra la cual se formuló recurso de apelación que se concedió por auto del 24 de junio del año en curso, adicionado el 21 de julio de los cursantes...

LA SENTENCIA IMPUGNADA

...declaró civil y extracontractualmente responsable a la sociedad Gas Natural S.A. E.S.P., por los daños ocasionados a Magda Lorena Ramírez Ospina, la condenó a pagar, a título de daño emergente \$25'687.753.00 y el equivalente a 100 SMLMV por concepto de daño moral. A favor de cada uno de los restantes demandantes 50 SMLMV por concepto de daño moral; por último, absolvió a la demandada Ruby Guanes Cortés y realizó las correspondientes condenas en costas procesales.

CONSIDERACIONES

...La súplica del libelo genitor expuesta en los antecedentes de esta providencia judicial se soportó en los artículos 2341, 2356 y concordantes del Código Civil atinentes a la responsabilidad civil extracontractual por los daños ocasionados a la demandante Magda Lorena Ramírez Ospina y que, ultimó secuelas irreversibles en su humanidad; por supuesto, los restantes integrantes del extremo actor, igualmente, piden el resarcimiento de los daños ya reseñados.

Uno de los *ítems* argumentativos de Gas Natural S. A. E.S.P., se soportó en la forma como la Jueza de Conocimiento en primera instancia calificó el tipo de responsabilidad que le endilgó, especialmente, porque –según su sentir– no todo suceso o acontecimiento que ocasiona un perjuicio o daño a otra persona es la causa eficiente de éste, en otras palabras, el daño no es el resultado de la actividad peligrosa. Bajo esa directriz realizó una diferenciación entre transporte, distribución, consumo y/o utilización del gas natural, para afianzar su argumento en que, la labor u oficio del recurrente en esa cadena o proceso es la de –actividad de distribución– y que en Colombia la ejerce en Bogotá, Cundinamarca y Boyacá.

En tanto que, el consumo y utilización es desplegado por el usuario final y/o suscriptor; en fin, ello para dilucidar que la empresa de servicios públicos, no interviene en lo que atañe a la red interna de distribución del gas natural, bien que tildó de propiedad –se reitera– del usuario y/o suscriptor, por consiguiente, estimó que se pretende extender su injerencia al consumo; es más, se confundió la *distribución* de gas natural con la distribución de monóxido de carbono.

Cabe anotar que, sin lugar a dudas, el tipo de responsabilidad escogida por la parte actora es la que mueve la pretensión derivada, no de la labor de distribución, menos aún, de la actividad que realiza el consumidor final en su red interna, que sí, de la inadecuada instalación del servicio del gas natural en la unidad residencial (apartamento 302) y por ende en el Conjunto situado en la diagonal 145 número 32-A-38 de esta ciudad; como también las revisiones o pesquisas técnicas y, esta es la razón o causa eficiente de la generación de los daños ocasionados de acuerdo con lo enunciado por los demandantes. (Hechos 16 y 16^a)

De otra parte, nótese que aquí no se están cuestionando aspectos atinentes al Contrato de Condiciones Uniformes para la Prestación del Servicio Público Domiciliario de Gas Combustible que pudiese generar que deba resolverse con miramiento en tal negocio jurídico, de manera que, debe dirigirse la óptica jurídica de manera extrínseca y ubicarla en la responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas con apoyo normativo en el artículo 2356 del Código Civil.

En realidad, la norma en cita prevé: “...Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta...” y, ella refiere a la responsabilidad en actividades peligrosas. De otro lado, necesario resulta recordar la existencia de una presunción de culpa en quienes se dedican a este ejercicio, pues no es la víctima sino el demandado quien crea la inseguridad de los asociados al adelantar una labor que, aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños. La culpa, entonces, se presume en tanto los hechos pongan al descubierto que éste, con su obrar, ha creado la inseguridad de los asociados.

De otro lado, es de resaltar que el transporte, distribución y manipulación del gas natural es en sí, una práctica de esta naturaleza, en la medida que puede, en determinado momento, causar daño a los asociados, de ahí, que ese deber de prestación está asignado a personas jurídicas especializadas, es más, esa calificación de la actividad no es extraña a la demandada Gas Natural S. A. E.S.P., cuando en el escrito de sustentación del recurso de apelación expresó: "... , pues si bien indudablemente Gas Natural S. A. ESP ejerce una actividad peligrosa, la cual es la distribución de gas natural combustible,...". En consecuencia, no existe sombra de duda que la distribución no puede ser ejecutada por cualquier persona que sí por un ente especializado en la materia; y, tratándose del suministro de gas destinado a usos residenciales y comerciales, ahí sí, que el oficio del experto debe ser aún más celoso, dado que existe para Colombia una norma técnica de inexorable aplicación.

Ahora, la pasiva Gas Natural S. A. E.S.P., quiere por todos los medios quitarse la responsabilidad endilgada, asumiendo una posición irreverente en cuanto al proceso de consumo y/o utilización del gas natural, así mismo, en tratar de indagar sobre quién se cierne la propiedad de la acometida interna de ese gas combustible, para de esa manera tratar de estructurar su argumento de apelación sobre quién propició la actividad peligrosa.

Recuérdese que, cualquiera sea el tipo o naturaleza de la responsabilidad, debe darse plena demostración de los elementos que la estructuran, los que la jurisprudencia ha determinado en: El daño de la víctima, la culpa del demandado y la relación de causalidad entre uno y otra; pero la culpa no siempre debe ser probada, ya que se presume legalmente cuando quien causó el daño lo hizo al ejercitar una actividad peligrosa, pues es él, quien voluntariamente hace correr a los demás asociados el riesgo de ser lesionados.

Tratándose de accidente ocurrido en la explotación de actividad peligrosa, cual aparece en el presente litigio, al demandante le basta demostrar el daño sufrido y que éste tuvo origen en acción u omisión del demandado; en la medida en que la persona que sufre el detrimento, en la hipótesis del artículo 2356 del Código Civil, está relevada de demostrar la existencia del factor culpa y, será el demandado para liberarse de responsabilidad quien corre con la carga de probar una causa eximente como sería el caso fortuito, la intervención de un elemento extraño, o la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero.

De igual forma, ha sostenido la jurisprudencia que el carácter peligroso de una actividad no puede, sin embargo, tomarse con criterio absoluto, sino relativamente a la naturaleza propia del acto y a las precisas circunstancias en que se realizó. La culpabilidad se presume, sí, pero en aquellos casos en que el daño proviene de un hecho que la razón natural permite imputar a la incuria de su autor.

Centrará entonces la Corporación su atención en los aspectos relevantes relacionados con la acometida de la instalación del gas combustible en el apartamento 302 de la Diagonal 145 número 32-A-38 de esta ciudad:

En la visita que practicó la Superintendencia de Industria y Comercio, llevada a cabo el 27 de septiembre de 2005, es decir, dos (2) días después del fatídico suceso, encontró:

Requisitos de idoneidad de instalaciones para suministro de gas en edificaciones residenciales y comerciales según la resolución 14471 de 2002:
(...)

Significa lo anterior, que la unidad residencial presentaba una falencia técnica de ventilación, primeramente porque se calificó como “no confinada” y era confinada y en segundo lugar la ventilación no cumplía con las especificaciones técnicas, circunstancias que debieron ser advertidas en la revisión técnica periódica que realizó en el año 2003 el inspector de Gas Natural S. A. E.S.P.

Así entonces, considera este Tribunal que Gas Natural S. A. E.S.P., fue negligente al momento que realizó la visita técnica periódica 04-12-2003, pues de haber advertido la situación real del apartamento 302 en términos de ventilación, debió informar al usuario y/o suscriptor de las falencias encontradas, para que fueran colocadas a tono con la NTC 3631 y, es que este aspecto era tan relevante que muy seguramente para el día 22 de septiembre de 2005 cuando aconteció el hecho de flujo de CO, la ventilación permitiera una suficiente aireación para que el monóxido de carbono saliera del apartamento 302 por las aberturas permanentes y no quedara diluido en el ambiente..., es más, bien pudo permitir que la concentración de CO fuera menos a la encontrada cuando se hizo la lectura con el detector.¹

6.8. En conclusión, estima esta Colegiatura que si bien el consumo y utilización del gas combustible tiene otros agentes consecuenciales a los de distribución, lo que se buscó con las Normas Técnicas Colombianas expedidas por el Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación –ICONTEC– fue una labor de prevención...

...Ello para indicar que la labor de distribución de Gas Natural S.A. E.S.P., no culmina con poner el gas combustible por redes, -en este caso residencial-, en la forma como se indica en la NTC 2505...

...Todo lo contrario, exige una labor de seguimiento que realiza el ente especializado por conducto de sus agentes, a las instalaciones y acometidas del gas combustible en las unidades residenciales, precisamente de cara a observar si las circunstancias iniciales han variado y en qué medida la adecuación debe cambiar o modificarse y, es que el artículo 5.23 de la Resolución 067 de 1995² es notoriamente nítido...

Así las cosas, estima esta Corporación que la relación de causalidad entre el daño a la víctima y la culpa de Gas Natural S. A. E.S.P., está suficientemente acreditada, por cuanto existió una revisión técnica periódica el 04-12-2003 la que en últimas resultó inadecuada y a futuro, dadas otras circunstancias que se estudiarán a continuación, conllevó a la producción del daño, en el *sub-lite*, a Magda Lorena Ramírez Ospina. En otras palabras, el extremo pasivo no quebró la relación de causalidad entre el daño de la víctima y la culpa, imponiéndose la indemnización a que haya lugar.

El Tribunal no desconoce que es importante identificar qué persona fungía como guardián de la cosa³ y, para efectos del *sub-examine*, no queda margen de duda que tal estaba en cabeza de quien ocupaba el inmueble (apartamento 302) por ser la que tenía el uso y goce del bien raíz y que, podría extremar las alertas de cara a evitar situaciones que llegaran a afectar su salud o la integridad de las personas que habitaban ocasionalmente el mismo.

El guardián, como es bien sabido, no se releva de su obligación pretextando una responsabilidad de un tercero, así lo ha definido ampliamente nuestra doctrina colombiana al puntualizar:

¹ Superó los 999 ppm e indicó fuera de rango. (folio 58 cuaderno 5)

² Por la cual se establece el Código de Distribución de Gas Combustible por Redes.

³ En el proceso de consumo y/o utilización del gas combustible.

“...A primera vista, puede pensarse que el guardián de una actividad peligrosa podría invocar el *hecho de un tercero* con base en que el constructor, el arrendador o el distribuidor de los objetos por medio de los cuales se ejerce la actividad que generó el daño, ha sido el culpable del vicio interno de ellos; sin embargo, mediante diferentes argumentos jurídicos, los tratadistas manifiestan que, en tal caso, el guardián de la actividad no puede invocar la causal de exoneración alegando *hecho de un tercero*. RENÉ SAVATIER, basándose en la teoría del riesgo, manifiesta que:

‘(...) en todos esos casos, los riesgos de los cuales el guardián asume la responsabilidad hacia los terceros, comprende precisamente los vicios de la cosa guardada, aunque haya tenido por origen la culpa del otro...’⁴

Importante discernimiento, si se tiene en cuenta que en el caso colombiano, resulta que si el daño surge de la peligrosidad de la actividad, poco o nada, interesa que esa peligrosidad esté determinada o no por un vicio interno. Pero lo que sí resulta de entidad, es analizar si en el *sub lite*, existió alguna actividad que generase una atenuación en la responsabilidad de Gas Natural S. A. E.S.P., ya ampliamente determinada y, de ser así, debe existir una minimización en las condenas que surgen de las pretensiones.

No cabe duda, que la pareja Ramírez-Cabrera manipuló el artefacto CP, tan es así, que en el informe ejecutivo FPJ2 se determinó “...teniendo como punto referencial la entrada de la cocina se observa un calentador de paso que al momento de la diligencia se encuentra el piloto encendido y bajo este casi a ras de piso y sobre la pared posterior a la entrada de la cocina se detalla una rendija de ventilación...”, quiere ello decir, que el calentador fue prendido por las personas que estaban en el inmueble y después de su uso, no tuvieron la precaución de apagar el piloto para evitar la combustión del gas que generaba el monóxido de carbono (CO), circunstancia que torna en una falta de cuidado que amerita una atenuación de la condena que se le imponga a Gas Natural S. A. E.S.P., por cuanto es responsabilidad del usuario y/o suscriptor la manipulación de los gasodomésticos de la unidad residencial. (CGEG 067/95).

Hasta aquí, entonces, se tiene que están dados los supuestos sustantivos de la responsabilidad civil extracontractual para la condena a cargo de Gas Natural S. A. E.S.P., empero, también, existió cierta actividad de la demandante Ramírez Ospina que atenúa la condena impuesta a la demandada.

Otro de los puntos materia de apelación, expuesto por la parte demandante se refiere a que debió condenarse a la señora Guanes Cortés solidariamente, persona que conocía los riesgos a partir de la instalación del gas combustible y, además era conecedora de una instalación defectuosa.

En realidad, en este argumento no le asiste la razón a la parte actora, pues si bien, esta persona fungía como titular de derecho de dominio del inmueble donde ocurrieron los hechos y que, es responsabilidad del suscriptor y/o usuario el mantenimiento de las redes internas, lo que aconteció es que se despojó de su condición de guardián al suscribir contrato de arrendamiento con Hernán Ramírez Vargas el 4 de enero de 2005; de otro lado, para cuando se instaló el servicio de gas combustible en el año de 1999 las condiciones de instalación estaban dadas y no había argumento válido para que la señora Ruby Guanes Cortés se opusiera a su consecución, todo lo contrario ella misma fue la que elevó la solicitud y, en todo caso,

⁴ Jaramillo Tamayo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, tomo II, Legis, página 133.

la acometida no es asunto que quede al conocimiento de una persona común, por cuanto ello sugiere un aspecto cognoscitivo especializado.

La parte actora cuestionó lo dispuesto en el ordinal tercero de la parte resolutive, en lo desfavorable, por concepto de daño emergente, respaldada en los valores indicados en las pretensiones de la demanda, con su correspondiente indexación.

La funcionaria, condenó a Gas Natural S. A. E. S. P., a pagar \$25'687.753,00 por daño emergente, más un seis por ciento (6%), en tanto, en la demanda se pidió por ese concepto \$1.500'000.000,00.

El juzgado de conocimiento para llegar a determinar la cantidad que fijó por daño emergente, encontró en la prueba pericial serias falencias, es decir, no se acreditó que la demandante Magda Lorena Ramírez Ospina fuese estudiante de mercadeo de la Universidad Jorge Tadeo Lozano; también halló que se allegó un documento que refiere unas erogaciones por gastos de enfermería que incumplió el íter probatorio; también se habla de unas facturas en otro idioma no traducidas y finalmente, se refirió a que la víctima trabajaba como encuadernadora con un salario de \$650.000,00 hecho que tampoco encontró probado la señora Juez de primera instancia.

Así, de la prueba pericial y de los valores en ella incluidos a folios 240 y 241, descontó \$1'063.198,00 y \$32'150.792,00 por concepto de gastos de enfermería, "...quedando como monto total por el referido concepto \$25'687.753, el cual fue acreditado por los documentos acompañados con el libelo introductorio, que dan cuenta de los gastos médicos que se asumieron para el tratamiento de Magda Lorena Ramírez Ospina..." (folio 469).

Recuérdese que corresponde a la parte demandante acreditar suficientemente la razón de su dicho, carga que le impone con meridiana claridad el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil en armonía con el 1757 del Código Civil, sin embargo, de cara al daño emergente fue incumplida cuando no demostró el perjuicio material en la cifra de \$1.500'000.000,00 que se reseña en la pretensión segunda del libelo genitor; por esta razón esta parte de la argumentación no encuentra respaldo probatorio.

(...)

Obsérvese entonces como Magda Lorena Ramírez Ospina, sin duda, no podrá volver a ser la persona que era antes del accidente del 22 de septiembre de 2005 y deberá conciliar con su nueva apariencia por el resto de su existencia. En otros términos, no podrá tener matices especiales, extraordinarios, singulares o personalísimos predicables de una persona con aptitudes, destrezas, hábitos, inclinaciones o talentos particulares o si los tiene estarán mermados por su nueva fisionomía, es por ello, que esta Corporación considera que debe repararse completamente el perjuicio padecido y en ese sentido reconocerá la cantidad de \$50'000.000,00 como daño a la vida de relación, cifra que ya tiene descontado el 20% atendiendo lo prevenido en el *ítem* 6.9., de estas motivaciones. Por ende en ese punto se reformará el fallo de primera instancia.

Como punto final, en cuanto a la condena, se precisa que la cantidad de \$32'363.464,00 será disminuida en un 20%, luego, se reconocerá \$25'890.771,00. Por supuesto, que el daño futuro cifrado en la incapacidad de trabajar no puede reconocerse, puesto, que no se probó tal situación.

Por su parte el argumento concerniente a las costas procesales, no tiene asidero jurídico, por cuanto, las pretensiones relacionadas con la señora Guanes Cortés

fueron desestimadas, circunstancia, que al tenor del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, impone dicha condena a favor de la parte victoriosa. En los otros aspectos no se motivó por qué era violatoria del Acuerdo 1887 de 2003”.(...)

FUENTE NORMATIVA	: ARTÍCULOS 1757, 2341y 2356 del C.C.
	: ARTÍCULOS 101, 177, 315 a 320 y 392 del CPC.
	: ARTÍCULOS 5 a 23 RESOLUCIÓN 067 DE 1995
	: ACUERDO 1887 DE 2003. NTC 2505, 3631. RESOLUCIÓN 067 DE 1995, RESOLUCIÓN 14471 DE 2002.
FECHA	: 2012-02-29
PROCESO	: ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
PONENTE	: Dra. CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA
DEMANDANTE	: MAGDA LORENA RAMÍREZ OSPINA Y OTROS
DEMANDADO	: GAS NATURAL S.A. E.S.P. Y OTRO
RADICACIÓN	: 110013103041200600453 01
DECISIÓN	: MODIFICA ADICIONA Y CONDENA

1.2.1
Sala de Familia

“PROCEDE ENTONCES LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES *“EN LOS EXCEPCIONALES EVENTOS EN QUE LAS MISMAS SEAN EL PRODUCTO DE UNA VÍA DE HECHO, ESTO ES, CUANDO EN LUGAR DE TENER FUNDAMENTO OBJETIVO, SE SUSTENTAN EN EL SOLO CAPRICH O ARBITRARIEDAD DEL FUNCIONARIO Y CAUSAN DESMEDRO EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”*.⁵

NAZLY XIMENA GUERRERO, actuando en nombre de su menor hijo JESÚS ANDRÉS OCHOA GUERRERO, por medio de apoderada judicial, presentó demanda de tutela en contra de la JUEZ DIECISIETE DE FAMILIA DE BOGOTÁ, para que, previos los trámites legales, se amparen los derechos fundamentales de su menor hijo **JESÚS ANDRÉS OCHOA GUERRERO**, razón por la que solicita revocar la sentencia proferida el 8 de octubre de 2010 en el proceso de permiso de salida del país que promovió contra WILLIAM DE JESÚS OCHOA TORRES y, en su lugar, conceder la pretensión de permiso de salida indefinida del país del menor JESÚS ANDRÉS OCHOA GUERRERO, para que pueda residir con su progenitora en la ciudad de Toronto – Canadá- o, en su defecto, ordenar a la juez accionada que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, proceda a dictar una nueva sentencia teniendo en cuenta las pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso.(...)

La petente junto con el progenitor de su menor hijo **JESÚS ANDRÉS OCHOA GUERRERO**, acordaron que, por motivo del viaje de la madre a Canadá, el padre autorizaba la salida del país del menor a partir del primero (1º) de junio de 2008 y hasta el mes de enero de 2009; que la custodia del niño quedaba temporalmente a cargo de la madre –fl. 71 a 72 cdno Inst-; aclarando que, ante la coacción que ejerció el padre del menor para acceder al permiso de salida del país de hijo, la madre se vio obligada a aceptar las condiciones impuestas por él.

Señaló la accionante que, al momento de presentar la demanda de permiso de salida del país, se encontraba residenciada con su menor hijo en Toronto – Canada-, pero que la demanda la instauró con la finalidad de que mediante decisión judicial el menor JESUS ANDRÉS OCHOA GUERRERO, pudiera ingresar y salir libremente del país, sin

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de octubre de 1.999.

necesidad de acudir al permiso del padre, quien frente al tema cambia de opinión constantemente.

(...)

La gestora del amparo señala que, la juez accionada incurrió en una vía de hecho cuando profirió la sentencia, negando pretensiones, por que no tuvo en cuenta las pruebas practicadas en el proceso, en las cuales se acredita la necesidad de conceder el permiso de salida indefinida del país, para que el menor permanezca en Toronto – Canadá-; no analizó la entrevista rendida por el menor, quien manifestó que *“no tiene interés de regresar a Colombia al lado de su padre”*; no tuvo en cuenta la confesión ficta o presunta a la que se hizo acreedor el demandado, al no comparecer al interrogatorio decretado, como tampoco la no comparecencia de los testigos de la parte demandada, situación con la cual quedó en evidencia el poco interés que tiene el padre sobre su hijo, además; se extralimitó en sus funciones al ordenar el retorno del menor al país, cuando dicha decisión es de competencia del juez del lugar del domicilio del menor en aplicación del Convenio de la Haya, sobre restitución de menores de edad.

(...)

Respecto de la procedencia de la acción de tutela contra actuaciones judiciales, se tiene que no obstante haberse declarado la inexequibilidad del artículo 40 del decreto 2591 de 1991, ello no debe interpretarse como la radical improcedencia de esta acción contra las decisiones de los jueces, porque si está destinada a denunciar aquellos actos ilegítimos que bajo la denominación de providencias judiciales, adolecen de arbitrariedad manifiesta como es el caso del desconocimiento de las formas del juicio, el juzgamiento por Juez o Tribunal incompetente etc. (Art. 29 de la C.N) se abre el camino a la referida acción porque esos actos arbitrarios se convierten en vías de hecho; pero la prosperidad de la acción depende de que no existan otros medios de defensa judiciales que pongan término a la situación que amenaza o vulnera los derechos fundamentales, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar perjuicios irremediables.

(...)

*De manera que, según quedó precisado, cuando el Juez omite el cumplimiento de una actuación procesal que por virtud de la ley está obligado a realizar, incurre en vía de hecho y por ello el derecho fundamental que quebranta y cuya protección tiene cabida es el debido proceso, sobre el que es necesario destacar que ha sido concebido como la más clara demostración del Estado de Derecho, puesto que protege a los ciudadanos de la arbitrariedad al darle al Juez las formas y ritualidades bajo los cuales debe cumplir sus diversas actuaciones jurisdiccionales, por lo que procede en estos eventos la acción de tutela, tal es el caso, por ejemplo, cuando el Juez omite valorar los medios de prueba allegados por los extremos del proceso, que de alguna manera resulta determinante en las resultas del proceso. Sobre este tópico, tiene dicho la jurisprudencia constitucional⁶: **“Para la Corte es claro que, cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela.***

Con el fin de determinar si en este caso se incurrió en las vías de hecho alegadas por la accionante en la demanda de tutela, es preciso hacer referencia a la actuación desarrollada dentro del proceso de permiso de salida del país promovido por la señora NAZLY XIMENA GUERRERO GONZÁLEZ, progenitora del menor JESÚS ANDRÉS OCHOA GUERRERO en contra de WILLIAM DE JESÚS OCHOA.

(...)

⁶ Sent. T-329 del 25 de julio de 2006

La Sala estima que la fundamentación del fallo objeto de censura no se encuentra suficientemente motivada, por que la juzgadora se apartó tanto de los hechos de la demanda de permiso de salida del país, que fue presentada a reparto el 19 de diciembre de 2008 –fl. 97 cdno ppal-, los cuales dan cuenta de la serie de inconvenientes surgidos con el padre del menor, a la hora de otorgar un permiso de salida del país, lo que motivó a la demandante a buscar una solución por las vías legales -hecho 37 de la demanda- y, porque omitió observar que, la demanda fue presentada cuando el menor se encontraba fuera del país debidamente autorizado por el padre, hasta el 1º de enero de 2009, autorización que luego fue extendida por el padre, hasta el 31 de julio de 2009–fl. 150 cdno ppal-; aspecto que no consideró en la sentencia –fl. 362 cdno ppal- y, porque la negación de las pretensiones de la demanda, no es el producto de una valoración completa de las pruebas del proceso, de los hechos de la demanda, y en especial del interés superior del menor JESÚS ANDRÉS OCHOA GUERRERO, sino que es el resultado de la valoración de un hecho que se presentó en el transcurrir del proceso, consistente en que había expirado el término del permiso otorgado por el padre antes de presentarse la demanda y que fue ampliado en la audiencia de conciliación, dentro del proceso objeto de censura, sin tener en cuenta que al presentarse la demanda, el menor contaba con el permiso del progenitor, pues obsérvese que las pretensiones de la demanda van encaminadas, a obtener el permiso de salida del país de manera indefinida, precisamente para regularizar su situación en el país donde actualmente se encuentra y al que migró debidamente autorizado por el padre.

Y, si algún reparo existiera sobre la expiración del plazo otorgado por el padre, que eventualmente se tradujera en una permanencia ilegal del niño en el extranjero, esa inconformidad toca con un asunto propio de la restitución internacional de menores, que remite a una actuación especial y diferente en desarrollo de lo previsto en el Convenio Internacional de la Haya y demás instrumentos internacionales, así como de lo consagrado en el Código de la Infancia y de la Adolescencia- ley 1098 de 2006.
(...)

Por tal razón, se tutelaré el derecho al debido proceso invocado, sin más consideraciones, por no ser ellas necesarias y como consecuencia, se declarará sin valor ni efecto la sentencia proferida el ocho (8) de octubre de dos mil diez (2010) y se ordenará a la Juez accionada que proceda dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, proceda a señalar fecha y hora para celebrar audiencia, la cual debe ser comunicada oportunamente a las partes, en donde deberá proceder a dictar una sentencia debidamente motivada, teniendo en cuenta los hechos y pretensiones de la demanda, independientemente de la conclusión a la que arribe, pero analizando todos los medios de prueba aportados al proceso”. (...)

FUENTE NORMATIVA :	ARTÍCULO 40 DECRETO 2591 DE 1991
	: ARTÍCULO 29 C.P.
	: ARTÍCULO 439 DEL C.P.C.
	: CÓDIGO DE LA INFANCIA Y ADOL. LEY 1098 DE 2006
	: SENT. T-329 25-07-2006 Y C.S.J. 12-10-1999
FECHA	: 2010-11-08
PROCESO	: ACCIÓN DE TUTELA
PONENTE	: Dr. IVAN ALFREDO FAJARDO BERNAL
ACCIONANTE	: NAZLY XIMENA GUERRERO GONZÁLEZ
ACCIONADO	: JUZGADO 17 DE FAMILIA DE BOGOTÁ D.C.
RADICACIÓN	: 1501
DECISIÓN	: TUTELA EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

1.3.1.
Sala Laboral

“ASÍ LAS COSAS, DESCENDIENDO A LA CONFIGURACIÓN DE CADA UNO DE ESTOS ELEMENTOS, TENEMOS QUE, EN PUNTO DE LA IMPUTACIÓN DE RIESGOS LABORALES AL EMPLEADOR, O LO QUE ES LO MISMO, LA CULPA PATRONAL EN LA OCURRENCIA DEL RIESGO. SOBRE LA VALORACIÓN MORAL DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES EN RELACIÓN DE TRABAJO BAJO LOS PRINCIPIOS DE LA BUENA FE, HA CONCLUIDO LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA⁷, ACUDIENDO A LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE LA GRADUACIÓN DE LA CULPA QUE: “TODA VEZ QUE EL CONTRATO DE TRABAJO REPORTA EN BENEFICIO RECÍPROCO PARA LAS DOS PARTES, PARA QUE EXISTA RESPONSABILIDAD PATRONAL EN LA OCURRENCIA DEL ACCIDENTE DE TRABAJO, BASTA CON QUE EXISTA CULPA LEVE. ESTO ES, LA FALTA DE DILIGENCIA Y CUIDADO QUE LOS HOMBRES EMPLEAN ORDINARIAMENTE EN SUS NEGOCIOS PROPIOS”.

(...)

Así las cosas, circunscribe su objeción el accionante al hecho de que el A –quo, hubiese considerado que no era procedente la indemnización solicitada bajo el amparo de lo señalado en el artículo 216 del C.S.T., por considerar que no estaba suficientemente demostrada por parte de quien alegaba la responsabilidad, la culpa imputada al empleador; y de manera subsidiaria, no se encontraban demostrados los perjuicios ocasionados, ya que la existencia de unas meras patologías no constituían hechos generadores de responsabilidad.

Sobre el tema de la responsabilidad laboral es importante tener en cuenta la evolución de la figura, que ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, cuanto anota:

“... Al respecto, importa a la Corte recordar que la noción de ‘accidente de trabajo’, su protección social y su regulación normativa, aparecen en el mundo jurídico a mediados del siglo XIX. Fue así como, en Alemania entre 1884 y 1885 nace el seguro obligatorio de accidentes, por medio del cual se reconoce el principio de responsabilidad objetiva del empresario por los accidentes de trabajo que afectan a su trabajadores, bajo el entendido de que “allá donde está la autoridad, allá también debe estar la responsabilidad”. Posteriormente, esa tesis es acogida en Australia (1887), Inglaterra (1895), Italia y Francia (1898), superándose la de la denominada “culpa o responsabilidad contractual”, que se refería a que el empleador no estaba obligado a reparar los perjuicios ocasionados por un accidente de trabajo, salvo que el afectado demostrara que la causa del mismo era imputable a aquél o fuere constitutiva de culpa.

“En Colombia, como bien se anotó en la sentencia de marzo 30 de 2000 (Radicación 13,212),

“la primera regulación específica ‘sobre reparaciones por accidentes del trabajo’ se hizo mediante la Ley 57 de 1915, en la que se definió como accidente de trabajo ‘un suceso imprevisto y repentino sobrevenido por causa y con ocasión del trabajo, y que produce en el organismo de quien ejecuta un trabajo por cuenta ajena una lesión o una perturbación funcional permanente o pasajera, todo sin culpa del obrero’, conforme lo dispuso el artículo 1º de dicha ley, en la que igualmente se estableció que se entendía ‘por patrono toda persona, natural o jurídica, dueña de las industrias, obras o empresas en que por sí o por interpuesta persona se esté verificando un trabajo, y por obrero, a toda persona cuyo salario no exceda de seis pesos oro semanales, que ejecute trabajo por cuenta del patrono’.

“En el artículo 2º textualmente se dispuso que ‘el patrono era responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo del trabajo que realicen y en el ejercicio de la profesión que ejerzan, a menos que el accidente sea debido a culpa del obrero, o fuerza mayor extraña al trabajo en donde se produzca el accidente, o a imprudencia o descuido del operario, o ataque súbito de la enfermedad que lo prive del uso de las facultades mentales o de las fuerzas físicas o a violación de los reglamentos de la empresa’ y en el artículo 3º se consideró como culpa, imprudencia o descuido ‘el arrojo innecesario, la embriaguez, la desobediencia a órdenes expresas de los superiores o a los reglamentos de la empresa o fábrica, y en general, todo acto u omisión que produzca consecuencias desgraciadas y en el que resulte culpable el trabajador’.

“Aunque dicha ley constituyó un indiscutible avance en la legislación social y colocó a Colombia en una posición de vanguardia al presumir la culpa del patrono en el accidente de

⁷ Gnecco Mendoza, Gustavo. Tendencias jurisprudenciales sobre accidentes de trabajo e indemnización plena de perjuicios. En obra colectiva: Desarrollo jurídico del sistema de riesgos profesionales. Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social, Bogotá, 1997, p. 58.

trabajo, tomaba en consideración su 'culpa' y lo exoneraba de responsabilidad cuando del suceso era culpable el obrero o era debido a cualquiera otra de las hipótesis previstas en la norma como exculporias. Esta situación se mantuvo hasta cuando se consagró la 'teoría del riesgo profesional', acogida inicialmente en el Decreto Legislativo 2350 de 1944 y posteriormente en la Ley 6a. de 1945, estatutos en los que, sin referencia a la culpa, se dispuso que entre las prestaciones a cargo de los patronos se contaban las indemnizaciones por accidentes de trabajo en proporción al daño sufrido y de conformidad con la tabla de valuaciones correspondiente, mientras asumía el riesgo la seguridad social.

"Pero la Ley 6a. de 1945 también estableció en su artículo 12 la responsabilidad ordinaria por perjuicios en los casos de enfermedad profesional y de accidentes de trabajo 'por culpa comprobada del patrono', norma que fue recogida por los redactores del Código Sustantivo del Trabajo y se plasmó en el artículo 216".

"Luego, se dictaron varias disposiciones relativas al tema, entre ellas, el Acuerdo 155 de 1963 del I.S.S.--aprobado por el Decreto 3170 de 1964--, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 1848 de 1969, hasta llegar a la expedición de la vigente Ley 100 de 1993, que creó el sistema general de riesgos profesionales --asumiendo las contingencias generadas por accidentes de trabajo y enfermedad profesional--, reglamentada por los Decretos 1295, 1771, 1772, todos de 1994, el primero de los cuales, por ser declarado parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional por sentencia C-452 de 12 junio de 2002, dio lugar a que el Congreso expidiera la Ley 776 de 2002, por medio de la cual "se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del sistema general de riesgos profesionales", recogiendo en términos similares los apartes declarados inexecutables del Decreto 1295 de 1994 por vicios de forma.

"A su vez, la jurisprudencia y la doctrina, como fueron evolucionando las disposiciones normativas, adoptaron la tendencia a reconocer una verdadera responsabilidad objetiva en la ocurrencia de los llamados infortunios laborales.

"Así, en sentencia de casación de febrero 16 de 1959, se dijo por la Corte:"La teoría del riesgo profesional creado, ad usum principalmente en el contrato laboral, se enuncia diciendo que, en mayor o menor grado según la naturaleza del oficio, todo trabajador está sometido a un cúmulo de siniestros eventualmente sobrevinientes en la prestación de su servicio, riesgo que padece morigeraciones o agravaciones de acuerdo con circunstancias de tiempo y lugar vinculadas a su trabajo. La doctrina legal acoge el principio de que, por regla general, el patrono responde por los eventos accidentales causados por el riesgo creado, y --por excepción- el trabajador se responsabiliza cuando el accidente padecido por él sobreviene por su culpa grave".

"Más delante, la Sala razonó:

"Desde la legislación de 1945, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional han sido considerados como fuente de responsabilidad para el empleador en razón de ocurrir por el riesgo creado con su actividad empresarial. Dentro de tal marco, la legislación y los reglamentos del Seguro Social procedieron a desarrollar la teoría del riesgo profesional o responsabilidad objetiva".

"La jurisprudencia de manera uniforme ha respaldado esta teoría, no solo porque emana del contenido de las disposiciones legales de la época mencionada sino porque muestra un contraste con los antecedentes que descansaron en la responsabilidad subjetiva del derecho común que imponía al afectado la carga de la prueba del elemento culpa.

"Dichos antecedentes normativos supusieron para el trabajador la asunción de la prueba de la culpa del empleador, del daño (lesión orgánica, perturbación funcional, invalidez, muerte), así como también la demostración de la relación causal entre uno y otro y la prueba de los perjuicios. Era la época del sometimiento del contrato laboral al derecho común, que significó, como lógica consecuencia, que el juez descartara la culpa del empleador cuando se encontrara en presencia de un accidente ocasionado por el hecho del trabajador, el hecho de un tercero o la fuerza mayor.

"La aplicación de la teoría del riesgo profesional o responsabilidad objetiva en cierto sentido hizo a un lado la noción de culpa del empleador, que por ello dejó de ser indispensable para comprometer o no la responsabilidad del mismo, de donde surgió, como lógica consecuencia de esa teoría, la obligación de reparar el daño ocasionado por el riesgo profesional, aunque mediara el hecho del trabajador (salvo el doloso o gravemente culposos), el hecho de un tercero o la fuerza mayor; y el legislador tarifó el resarcimiento del daño. Por eso ahora, si el accidente ocurre por causa o con ocasión del trabajo, aunque ese

acontecimiento corresponda a un imprevisto o suceso repentino al que es imposible resistir, el empleador, aún así, queda comprometido en su responsabilidad”⁸

Sobre la diferencia en la naturaleza de la responsabilidad de la entidad de la seguridad social y la del empleador, la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 08 de mayo de 2006, radicación 20186, MP Luis Javier Osorio López, ha señalado que la segunda obliga al resarcimiento de todos los perjuicios ocasionados con la enfermedad o el accidente a favor del trabajador o de sus causahabientes, según el caso, exigiendo perentoriamente que quien se considere beneficiario, la demostración plena de la culpa del empleador en la causación de la desgracia. En este tipo de responsabilidad es necesario entonces examinar con rigor el incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo y de las disposiciones legales de prestar protección y seguridad a sus subordinados, que implica el deber especial de entregarles los elementos de seguridad necesarios, ubicarlos en locales apropiados, y de prevenir cualquier riesgo que pueda perjudicarlos.

Es así como en nuestra Legislación, el artículo 216 del C.S.T. dispone que:

“Cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo”.

Es claro que uno de los aspectos de mayor interés en punto de la reparación de los riesgos del trabajo es el relacionado con la indemnización plena y ordinaria de perjuicios; misma que supone como requisito fundamental, la prueba de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio. Ahora bien, fundada la responsabilidad en un factor psicológico (como lo es el dolo o la culpa), y que da origen a la denominada responsabilidad subjetiva, es claro que para su operación se requiere de la configuración de 4 elementos⁹: **(I)** Una conducta humana, expresión que empleamos para referirnos a las circunstancias de que un hecho ilícito es imputable a una persona, sin tener en cuenta la intervención de su voluntad en la causación del hecho, situación ésta que se traduce, para efectos del sub lite, en la ocurrencia de una enfermedad profesional que produzca al trabajador una lesión orgánica, perturbación o estado patológico permanente o pasajero, derivados del hecho del trabajo¹⁰; **(II)** Que el autor del daño haya obrado con dolo o culpa (elemento subjetivo de origen psicológico) en la ocurrencia del mismo; **(III)** Un daño o perjuicio, derivado por la víctima y sus consecuencias de orden moral y material; y **(IV)** un nexo causal entre el daño y la culpa, es decir, que el daño o perjuicio debe ser efecto o resultado de la culpa patronal en el hecho de que ocurre por causa o con ocasión del trabajo¹¹.

De igual forma señaló la H. Corporación¹² que el entendimiento del grado de culpa por el cual responde el patrono en caso de accidentes de trabajo conforme al artículo 216 del C.S.T., resulta acorde con lo que ha interpretado la jurisprudencia al respecto con apoyo en las disposiciones civiles concretamente el artículo 63 que define la culpa leve como la falta de diligencia que los hombres emplean en sus negocios propios y el artículo 1604 que se refiere a que los contratos conmutativos, es decir, aquellos que se hacen para beneficio recíproco de las partes, condición de la cual participan los contratos de trabajo, el deudor es responsable hasta de la culpa leve.

En punto de la demostración de un daño, se tiene que de acuerdo con el Decreto 1295 de 1994, se considera enfermedad profesional todo estado patológico permanente o temporal que sobrevenga como consecuencia obligada y directa de la clase de trabajo que desempeña el trabajador, o el medio en que se ha visto obligado a trabajar, y que haya sido determinada como enfermedad profesional por el Gobierno Nacional.

⁸ C.S.J. Cas. Lab., sentencia del 25 de agosto de 2005, radicación 23.202.

⁹ Véase Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Tomo III. De las obligaciones. Quinta Edición. Editorial Temis, 1978, p. 204.

¹⁰ Véase Arenas Monsalve, Gerardo. El Derecho Colombiano de la Seguridad Social, Editorial Legis, Tercera Edición, 2011. P. 697

¹¹ Ibídem.

¹² C.S.J. Cas. Lab., sentencia del 16 de marzo de 2005, radicación 23489, MP Gustavo José Gnecco Mendoza.

La recurrente afirma que le fue diagnosticado SINDROME DEL TUNEL CARPIANO, mismo que le fue intervenido quirúrgicamente sin evolución favorable y “hologado a síndrome del túnel del carpo severo”, generándole una incapacidad permanente parcial del 26.32%. Así las cosas, se observa en el expediente de folios 123 a 129, dictamen practicado a la señora SONIA BEATRIZ PAVA MORENO, por la Junta Regional de Calificación de invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, con ponencia del Doctor José Humberto Mejía Alfaro, en el que se establece, en efecto, la existencia del padecimiento indicado, con fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del 31 de agosto de 2011, y calificación del origen de la enfermedad, de acuerdo con lo establecido en el decreto 917 de mayo de 1999, como Profesional.

Frente a la exigencia denotada en precedencia frente a la existencia de un nexo causal entre el daño y la culpa, es decir, que el daño o perjuicio debe ser efecto o resultado de la culpa patronal en el hecho de que ocurre por causa o con ocasión del trabajo; la accionante en el libelo introductorio manifiesta que desempeñaba para la accionada el cargo de operaria e indica que la accionada omitió su responsabilidad de prevenir y controlar los riesgos profesionales que genera el desarrollo de tal actividad y de igual forma no efectuó acciones preventivas para que no le asistiera una mayor disminución funcional a raíz de las labores encomendadas.

A folio 25 del expediente, reposa examen médico de retiro de la accionante suscrito por el doctor JOSE LUIS MARTINEZ NIÑO, de fecha 26 de abril de 2010, en el que se anota que existen síndromes doloroso en miembros superiores en estudio, en el que se dispone como manejo, remisión a EPS por posible enfermedad profesional. De igual forma, de folios 128 a 129 del expediente se informa en la ponencia suscrita por el Doctor José Humberto Mejía Alfaro, de la Junta Regional de Calificación de invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, que la accionante presenta concurrentemente cambios osteoartrosicos, nódulos de Heberden en mano derecha, disminución de fuerza prensil y cambios vaso motores asociados; arribando a la conclusión de que el síndrome del túnel del carpo es una enfermedad expresamente listada en la tabla de enfermedad profesional, siendo los operarios de ensamble trabajadores en quienes típicamente se desarrolla la enfermedad reclamada, de igual forma, concluye el profesional, que la ausencia de información en el caso de estudio respecto del puesto de trabajo, no es motivo suficiente para determinar la enfermedad como de origen común.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la accionada no desconoce que la trabajadora desarrolló la labor indicada en el cargo de operaria, y manifiesta que la actora ha tenido el tratamiento correspondiente a la enfermedad que reconoce padecía, pues oportunamente pago los aportes a riesgos profesionales; y de acuerdo a lo señalado en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca es claro que estamos en presencia de la culpa de un contratante que dentro de la ejecución del contrato laboral, le causo al otro contratante un perjuicio, y que por ministerio de la Ley, origina ya no la indemnización por el riesgo creado (que seria propia del accidente de trabajo) sino la indemnización total y ordinaria del perjuicio causado.

En efecto, de acuerdo con lo afirmado por la accionante, y revisadas las diligencias; no existe prueba en el plenario que demuestre que el empleador, cumplió someramente la diligencia que debe desplegar en la administración de sus negocio, lo que para el sub judice se traduce en la observancia de los deberes de protección y seguridad como son la existencia de manuales de procedimientos, programas de prevención, y demás elementos constitutivos de un correcto plan de salud ocupacional como medida de prevención y control frente a la frecuencia de padecimientos de enfermedades de índole profesional de origen osteomuscular que se derivan del desarrollo de funciones como la ejecutada por la señora PAVA MORENO; y que por el contrario la ausencia de la misma, se erige como prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral

De igual forma, no puede olvidarse que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”, tal y como lo señala el artículo 1604 del Código Civil, por lo que, amén de los demás supuestos, probada como esta la omisión del empleador en sus deberes de protección y seguridad (lo que no solamente se traduce en la afiliación a un sistema de riesgos profesionales), es decir, en sus deberes de cuidar a su trabajador; es palmario el deber que le asiste de indemnizar al empleado en los perjuicios causados, y, si LEGRAND DE COLOMBIA S.A., hubiese pretendido cesar en su responsabilidad debió asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla.

Así lo ha indicado la H. Corte Suprema de Justicia¹³, cuando señala:

¹³ C.S: de J., Cas. Lab., sentencia del 03 de mayo de 2006, radicación 26126, MP. Francisco Javier Ricaurte.

Los deberes de protección y seguridad que tiene el empleador con su trabajador le imponen comportarse y conducirse en el desarrollo y ejecución de la relación de trabajo de conformidad con los intereses legítimos del trabajador, los cuales, a su vez, le demandan tomar las medidas adecuadas, atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo, tendientes a evitar que aquél sufra menoscabo de su salud o integridad a causa de los riesgos del trabajo. Cuando ello no ocurre así, esto es, cuando se incumplen culposamente estos deberes que surgen del contrato de trabajo emerge, entonces, la responsabilidad del empleador de indemnizar ordinaria y totalmente al trabajador los daños causados. Indemnización que, a diferencia de la tarifada en el Sistema General de Riesgos Profesionales, por ser de carácter ordinario y pleno, similar por tanto a la responsabilidad contractual civil, comprende tanto el daño emergente como el llamado lucro cesante, como lo señala el artículo 1613 del Código Civil."

"Así, puede decirse que, en tanto, las indemnizaciones o prestaciones previstas por el sistema tarifario o 'forfatorio' contemplado actualmente en el llamado 'Sistema de Riesgos Profesionales', expresan una relación o proporción entre el monto del salario del trabajador y la incapacidad laboral; las indemnizaciones o prestaciones contempladas por el sistema común de responsabilidad laboral del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, comprenden la totalidad del daño sufrido por el trabajador, esto es, toda clase de perjuicios, ya sean materiales o morales."

"Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de 'culpa suficiente comprobada' del empleador."

"Esa 'culpa suficiente comprobada' del empleador o, dicho en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, a éste compete 'probar el supuesto de hecho' de la 'culpa', causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley 'culpa leve' que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' en la administración de sus negocios."

"De suerte que, la prueba del mero incumplimiento en la 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, para estos casos, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral y, por ende, de la responsabilidad de que aquí se habla, en consecuencia, de la obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador."

"La abstención en el cumplimiento de la 'diligencia y cuidado' debidos en la administración de los negocios propios, en este caso, las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios."

"No puede olvidarse, además, que 'la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo', tal y como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil."

"En términos similares a los expuestos, lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala de tiempo atrás, y más recientemente, en sentencia de 16 de marzo de 2005 (Radicación 23.489), lo destacó de la siguiente manera:

"La sociedad recurrente asume que la parte demandante tenía la carga de la prueba de la culpa y no que ella tuviera que probar que agotó todos los medios de prevención y que tuvo el esmerado cuidado que debía observar frente a su subordinado para precaver esta clase de riesgos. Pero en la culpa por abstención no se sigue forzosamente ese método."

"No hay dos pasos, sino uno solo, la prueba de la culpa es el incumplimiento de la obligación, en este caso de índole legal, que le impone al empleador ofrecerle a su trabajador medidas de seguridad. Nada más. Probado el incumplimiento, el empleador, como todo deudor, sólo se

libera de responsabilidad si acredita que obró con mediana diligencia en la adopción de las medidas de seguridad.”

“Recientemente al explicar cómo opera la carga de la prueba de la culpa de un empleador a quien se le reprocha su negligencia y memorar el criterio de antaño expuesto sobre ese asunto por el Tribunal Supremo del Trabajo, precisó esta Sala de la Corte en la sentencia del 10 de marzo de 2005, radicación 23656:

“Ciertamente, una vez se demuestra que la causa eficiente del infortunio fue la falta de revisión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente, como medida de seguridad adoptada al efecto por la empresa, la carga dinámica de la prueba se traslada a ésta, dada su calidad de obligada que no cumple satisfactoriamente con la prestación debida, de conformidad con el artículo 216 del CST en concordancia con las normas que regulan la responsabilidad contractual.”

(...)

“Bien ha entendido la jurisprudencia que cuando el artículo 216 del C.S.T. exige para que proceda la indemnización plena que la culpa sea suficientemente comprobada por el trabajador; pero esta regla no supone una modificación en contra suya de las relativas a la carga probatoria, de manera que, tratándose del deber de prueba de la diligencia contractual, ha de valer la que impone el artículo 1604 del C.C. según la cual la prueba de la diligencia incumbe al que ha debido emplearlo. Inferir del artículo 216 el deber del trabajador de allegar las pruebas sobre la diligencia del patrono contraría no sólo el expreso sentido de la citada norma civil sino el sentido común que la inspira”. (Subrayado fuera del texto)

Finalmente, es preciso traer a colación el literal a) del artículo 2 del Decreto 1295 de 1994, el cual establece como objetivo del Sistema General de Riesgos Profesionales, el de *“Establecer las actividades de promoción y prevención tendientes a mejorar las condiciones de trabajo y salud de la población trabajadora, protegiéndola contra los riesgos derivados de la organización del trabajo que puedan afectar la salud individual o colectiva en los lugares de trabajo tales como los físicos, químicos, biológicos, ergonómicos, psico-sociales, de saneamiento y enfermedad profesional.”*

En punto de la indemnización de perjuicios solicitada por la accionante, señaló la juez de instancia, que aun cuando en gracia de discusión se admitiera la presencia de la culpa del empleador, no se encontraban acreditados en el plenario, los perjuicios irrogados por la parte demandada, ni de índole moral ni material, pues debía probarse el monto de la misma.

Por su parte el apoderado de la accionante, manifiesta que el daño se encuentra probado de forma suficiente en el plenario, con la pérdida de capacidad laboral del 26.36%, lo que quiere decir, que la accionante no cuenta una integridad física del 100%, así las cosas, en ultimas jurisprudencias de la Corte Suprema De Justicia, se ha determinado la forma de cuantificación de los perjuicios materiales, que se concentra en una simple formula matemática en que se tiene en cuenta el monto de la invalidez, el salario devengado, y el incremento anual que establezca la Ley, Sobre los perjuicios materiales, a partir del año 2001, ha señalado que la sola ocurrencia del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional generan automáticamente un perjuicio que debe ser calculado de acuerdo a las formulas establecidas por el mismo juez, y a las que debe proceder a cuantificar el mismo juez.

El artículo 216 del C.S.T., al ordenar al empleador culpable de un riesgo profesional la indemnización “total”, quiere significar que la reparación debe cubrir todos los aspectos o perjuicios sufridos; sin que en el mismo en ninguna parte imponga la necesidad de individualización o discriminación de tales o cuales clases de perjuicios. Por el contrario, para efectos de su determinación, ha señalado la jurisprudencia nacional, que ni el precitado articulo ni ninguna otra normatividad laboral obliga a tener en cuenta un determinado salario base de su liquidación.

(...)

De la Tasación de perjuicios morales

En lo que respecta al perjuicio moral, es criterio jurisprudencial que la ocurrencia de un accidente de trabajo en el que se ocasiona la muerte del trabajador genera un dolor moral para sus familiares que, aunque imposible de ser resarcido totalmente, sí es posible paliarlo mediante el reconocimiento de una suma de dinero, que a falta de parámetros ciertos, como ocurre con el perjuicio material, su tasación está deferida al arbitrio del juez.

(...)

Dadas las circunstancias que rodearon el retiro de la accionante de su lugar de trabajo, el cual se celebró a término fijo inferior a un año, pero fue sucesivamente prorrogado y aun así le fue dado por terminado con el argumento de que el mismo se daba por terminado por el vencimiento del plazo, aunque la misma demandada reconoce que el mismo comenzó en fecha 21 de mayo de 1996; esta Sala considerando de antemano que es cuestionable la forma en que de acuerdo a los autos se deduce se causo el retiro de la trabajadora sometida al padecimiento ya definido, estima bajo su sana critica que el valor en que se deben fijar esta clase de perjuicios es de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época en se efectúe el pago”.(...)

FUENTE NORMATIVA :	ARTÍCULOS 64 Y 216 DEL C.S.T.
	: ARTÍCULO 66ª C.P.L.
	: ARTÍCULO 178 C.C.A.
	: LEYES 57/1915, 6ª/1945, Y 776/2002
	: ACUERDO 155 DE 1963 ISS
	: LEY 100 DE 1993
	: DECRETOS 3135/68, 1848/69, (1295, 1771, 1772 DE 1994
	: SENTENCIAS 7 OCT. 99 EXP. 5002, 14 SEP 2000 EXP. 5260,
	: 26 FEB. 2004 EXP. 7069 Y 5 OCT. 2004 EXP. 6975. S.C.C.C.S.J.
FECHA	: 2012-04-18
PROCESO	: ORDINARIO LABORAL
PONENTE	: Dra. SONIA MARTÍNEZ DE FORERO
DEMANDANTE	: SONIA BEATRIZ PAVA MORENO
RADICACIÓN	: 31-2011-00465-01

SALA PENAL

1. PROVIDENCIAS DE ÉSTA CORPORACIÓN

1.1. M. P. RODRÍGUEZ ROA LUIS MARIANO Rad. 11001600002820070079803 (22-03-12)
MOTIVO ABYECTO O FÚTIL – Para que se configure la causal de agravación debe acreditarse la relación de causalidad entre el motivo y la comisión de la conducta.

4º. Decisión. Culminada la verificación de la realidad procesal, no tienen prosperidad las pretensiones de nulidad del recurrente, como tampoco sus argumentos encaminados a la revocatoria del fallo o al reconocimiento de alguna circunstancia favorable para su prohijado, por lo que en vez de ello, éste será confirmado, salvo lo que atañe a la causal de agravación del homicidio prevista en el artículo 104.4 del estatuto penal, cuando en el hecho media un **motivo abyecto o fútil** y que también rechaza el censor en su apelación por considerar que no se tipifica, criterio con el que se identifica este Colegiado.

Tal motivo lo hace consistir la acusación y la sentencia en que la muerte violenta se perpetró por el insignificante hecho de negarse Taladier Murcia a pagar el precio del comestible que se cayó al piso y de donde se originó la discusión y posterior reyerta en la que se cometió el homicidio. Sin hesitación, el planteamiento sería válido siempre y cuando hubiese existido una relación de causalidad entre el motivo y el delito. Pero la verdad es que no se acredita por parte alguna del plenario que el acusado Néstor Arbey Contreras haya conocido siquiera la causa que originó el incidente y desencadenó la reyerta.

Obsérvense las atestaciones de Harold Sneider Vega Russi y su hijastra Rudy Julieth González, quienes coinciden en que inclusive ya se había iniciado la pelea cuando intervino el grupo del procesado Néstor Arley Contreras. Sostuvo el primero que cuando se hizo presente el grupo del que formaba parte el comprador de la empanada:

“...uno de ellos o sea el que está muerto me pegó dos puños en el pecho y otro o sea el que resultó herido trataba de evitar los problemas, **de un momento a otro varios sujetos que estaban a la entrada del billar se vinieron hasta donde estaban los del problema** y empezaron a decir “ tan aprovechados se van a tragar al chino”, cuando la persona terminó de hablar el que está muerto le pegó un puño y le rompió el labio entonces el sujeto sacó una navaja de la chaqueta y empezó a puñalearlo...”¹⁴ –Negrilla fuera de texto-.

A su vez Julieth Rudy González Rodríguez, en análogo relato cronológico refirió en la entrevista que se le recibió:

¹⁴ Fl. 163 vlto. carpeta

“...el tipo se fue y volvió con otros como con ocho y llegaron a montársela a HAROLD y al que mataron empezó a pegarle puños en el pecho a HAROL; HARIOLD no peleó con él, sólo se metió en las cabinas, entonces creo que el tío del muchacho llegó a mediar para que no pelearan y HAROL decía “ no hermanito no voy a pelear por una empanada, **en eso pasaron dos ladrones de los que la pasan todas las noches en esas cuadras y uno de ellos que le dicen ARBEY dijo “ HAY TAN VALIENTES CINCO CONTRA UNO “ entonces el muchacho** que mataron cogió una botella y le iba a pegar a ARBEY y entonces ARBEY sacó una navaja y lo puñaleó en el corazón...”¹⁵ -Destaca la Sala-.

Similar sentido se desprende de la restante prueba testimonial permitiendo concluir que la presencia del grupo del aquí procesado fue sobreviniente a la discusión y reyerta que ya se desarrollaba y por ende es dable concluir que el trivial motivo abyecto o fútil fue determinante en la iniciación de la riña mas no de la muerte violenta que por demás acometió el acusado de manera unilateral y por su propia iniciativa en las condiciones que quedan analizadas, debiendo responder entonces por un homicidio simple, el previsto en el tipo penal del artículo 103 del código penal y ello conlleva a enmendar la pena impuesta.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

1.2. M. P. RODRÍGUEZ ROA LUIS MARIANO Rad. 11001600000020080040201 (31-05-12) ORDEN DE CAPTURA – No es necesario que la sentencia esté en firme para ordenar la captura: La regla general es disponer la captura inmediata, decisión contraria es excepcional y debe argumentarse razonablemente.

“Por otra parte y en relación con la decisión adoptada por el *a quo* en punto de hacer efectiva la captura del procesado hasta tanto quede en firme el fallo, conviene recordar que el artículo 450 de la Ley 906 de 2004 prevé que “*Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.*”

Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento.” (Negrilla fuera de texto).

Situación analizada por la Corte Suprema de Justicia, al considerar que “(...) *cuando un acusado en contra de quien se anuncia un fallo de condena que conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no tiene que ser suspendida, los jueces deben cumplir la **regla general** consistente en disponer su captura inmediata para que empiece a descontar la sanción impuesta. Y si tal mandato lo incumple el a quo se debe impartir el correctivo por el ad quem.*”

Excepcionalmente el juez podrá abstenerse de ordenar la captura inmediata. En este caso recae sobre el servidor judicial una carga argumentativa conforme la cual debe justificar amplia, razonada y razonablemente, conforme lo cual debe quedar suficientemente explicado el por qué le resulta innecesaria la orden de detención inmediata. Esto podría presentarse, por ejemplo, cuando aparece debidamente demostrado que el acusado padece una grave enfermedad.

En todo caso cada situación deberá ser analizada en forma concreta; muy probablemente no estarán cubiertas por la excepción (i) aquellas personas que han rehusado su comparecencia ante los jueces, (ii) quienes se han escondido o dificultado las notificaciones a lo largo de la actuación, (iii) los que han utilizado estrategias dilatorias en busca de beneficios, (iv) los procesados que han tenido que ser conducidos policialmente para que hagan presencia en la actuación, y (v) en general cuando se den las mismas circunstancias que ameritan la imposición de una detención preventiva.”¹⁶ (Subrayado fuera de texto).

Lo anterior resulta plenamente aplicable al presente caso, pues pese a que el procesado fue afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva,¹⁷ hasta el momento su captura no se ha hecho efectiva y atendiendo la gravedad de los hechos, es dable predicar del mismo que constituye un peligro para la sociedad.

Considerado entonces el carácter concurrente más no excluyente de los mencionados requisitos,¹⁸ concluye el Colegiado en la necesidad de hacer efectiva la aprehensión de César Augusto Bernal Vargas, por lo cual, se

¹⁵ Fl. 159 vltm. ídem

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 30 de enero de 2008. Rad. 28918. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

¹⁷ Fl. 92 Carpeta.

¹⁸ “(...) *lo que la ley exige es el análisis individual del caso, de acuerdo a las particularidades que presente, para determinar si el procesado comparecerá al proceso; no ocultará, destruirá, deformará o entorpecerá la actividad probatoria; y **no pondrá en***

dispone modificar parcialmente el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de ordenar su captura **en forma inmediata**, a fin de que comience a descontar la pena impuesta en el sitio de reclusión que determine el Director del INPEC, a quien se le enterará de esta decisión.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

**1.3 M. P. RODRÍGUEZ ROA LUIS MARIANO Rad. 110016000015200704924 01
(03-05-12) ABSOLUCIÓN – Prevalece sobre la declaratoria de prescripción, por resultar más favorable y garantizadora de los derechos fundamentales del acusado.**

“1º. Como atrás se reseñó, Andrés Aníbal Cadavid Alfonso fue favorecido con sentencia absolutoria. Empero al mismo tiempo se advierte que en este evento, como bien lo mencionó la defensa, la acción penal se encuentra prescrita, incluso desde que arribó a esta corporación¹⁹.
(...)

No obstante, teniendo en cuenta que respecto de Andrés Aníbal Cadavid Alfonso se profirió fallo absolutorio, ha sido prevalente dar trámite al recurso propuesto frente al fenómeno de la prescripción, pues tal decisión sin duda consulta en mejor forma sus intereses.

Así lo concibe la Corte Suprema de Justicia al precisar que la decisión de decretar la cesación de procedimiento por prescripción, no debe surgir automática a la verificación objetiva del paso del tiempo, cuando en un caso como este es posible una evaluación previa que parta por auscultar la protección de los legítimos derechos del procesado, si resulta claro que otra opción, dígase la absolución, tiene mejor fortuna en ese cometido²⁰.
(...)

Conclusión. Coherente con lo señalado, el Tribunal no puede auspiciar una sentencia de condena edificada en un comportamiento no constitutivo de infracción penal y entonces, se itera, impera la confirmación del fallo absolutorio proferido respecto de Andrés Aníbal Cadavid Alfonso por cuanto, como ya quedó precisado, si bien la acción penal se encuentra prescrita, no puede equipararse esa pérdida de potestad del Estado de continuar adelantando la investigación, por el simple paso del tiempo, a que una vez examinado el asunto de fondo se concluya en su absolución, en virtud a que tal decisión resulta más favorable para el acusado, dado que de alguna manera detiene el daño que la persecución penal pudo causar en los derechos fundamentales, entre otros, a su dignidad, honra y buen nombre.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

ÓSCAR MAESTRE PALMERA
Presidente

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora

peligro a la comunidad mediante la continuación de su actividad delictual, ya que de aparecer acreditado que uno solo de dichos requisitos no logra cumplimiento, constitucionalmente se justifica la imposición de la medida y el mantenimiento del procesado en establecimiento carcelario, o en su morada, según el caso.” (Negrilla fuera de texto).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 17 de enero de 2002. Rad. 17.392. MP. Fernando E. Arboleda Ripoll.

¹⁹ Recibida el día 05/12/2011, según consta en el acta individual de reparto obrante a folio 2 C. Tribunal.

²⁰ C. S. J. Sala de Casación Penal, sent. 16/05/2007, rad. 24374.