



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 05 DE 22 DE MARZO DE 2013**

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1 Sala Civil

Dos problemas jurídicos aborda la Sala, el primero en determinar si en el presente caso es válido el acuerdo inhibitorio de la competencia pactado entre las partes como consecuencia de la venta de unas acciones de la sociedad, cuya finalidad no era evitar o reducir la competencia, sino evitar la competencia desleal y el segundo si el demandado incurrió en actos contrarios al principio de la buena fe consagrado en el artículo 7° de la Ley 256 de 1996 Prohibición general.

“DE CARA A LA CAUSAL ESTUDIADA DEBE DECIRSE QUE EL NOMBRE CON EL QUE FUERA BAUTIZADA ES INADECUADO, TODA VEZ QUE LA DESVIACIÓN DE LA CLIENTELA DE UN COMPETIDOR ES UN FIN LÍCITO Y NATURAL AL COMERCIO, LO QUE ES REPROCHABLE ES QUE ESA DESVIACIÓN SE PRODUZCA DEBIDO A LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS DESLEALES, ES DECIR CUANDO ELLO ES FRUTO DE UNA PRÁCTICA CONTRARIA A LAS COSTUMBRES MERCANTILES O A LOS USOS HONESTOS EN MATERIA INDUSTRIAL Y COMERCIAL, CASOS EN LOS CUALES EL DEMANDANTE TENDRÁ QUE PROBAR LA EXISTENCIA DE LA COSTUMBRE O DEL USO Y QUE LA PRÁCTICA ES CONTRARIA A LOS MISMOS.

EN EL CASO CONCRETO NADA DE ESO ACREDITÓ EL DEMANDANTE, POR LO QUE PARA LA SALA NO SE CONFIGURÓ UN CASO DE COMPETENCIA DESLEAL POR DESVIACIÓN DE LA CLIENTELA, LO QUE NO IMPIDE AFIRMAR QUE LA PARTE DEMANDADA SÍ INCURRIÓ EN CONDUCTAS DE DESLEALTAD Y QUE ESTÁ INCURSA EN LA PROHIBICIÓN GENERAL SEÑALADA EN EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY 256 QUE FUERA INVOCADA POR LA ACTORA EN SU DEMANDA (FL. 39 C. 1).”(…)

a) Demanda:

La sociedad Montacargas y Equipos Su Servicio S.A. demandó a la empresa Máquinas y Montacargas Equiparse S.A.S. para que por medio del trámite del proceso verbal se declare que ésta última ha incurrido en varios actos de competencia desleal en su contra y, en consecuencia, se le condene al pago de \$800'000.000.00 por los perjuicios causados, los cuales estimó bajo la gravedad del juramento.

Las pretensiones del libelo se sustentaron en la siguiente versión de los hechos:

a) La empresa Montacargas y Equipos Su Servicio S.A. afirmó que hasta el mes de diciembre de 2009 era de propiedad de los siguientes socios: de una parte los señores Alba Rocío Blanco, Gabriel Carrillo junto con sus menores hijos Gabriel y

Daniel Carrillo; y, de otra parte, los señores Carlos Eduardo Hernández, Lina María Giraldo y Lucy Montesdeoca. A partir de tal fecha los señores Alba Rocío y Gabriel, junto con sus hijos menores, cedieron todas sus acciones a los demás accionistas (Carlos, Lina, y Lucy), quienes son los actuales propietarios de la sociedad.

b) En el contrato de cesión que fue suscrito, los cedentes se comprometieron a abstenerse de realizar negociaciones directas con 19 empresas descritas en el libelo de la demanda – fl 34 y 35 c.1 – por un término de 3 años, haciendo la salvedad que la cesionaria demandante podía subcontratar con Gabriel Carrillo o la empresa que éste tuviere a bien constituir, para atender los 19 clientes mencionados.

c) Igualmente, en dicho acuerdo, la parte cedente se obligó a mantener absoluta confidencialidad del material y la información manejada en la sociedad Montacargas y Equipos Su Servicio S.A. y a no utilizar, sin autorización, la información técnica y comercial de la misma.

d) Posteriormente, los señores Alba Rocío Blanco, Gabriel Carrillo y sus hijos menores Gabriel y Daniel Carrillo constituyeron una nueva sociedad denominada Máquinas y Montacargas Equiparse S.A.S., con un objeto social similar y una página web parecida a la de la entidad demandante tanto en su diagramación como en su contenido, actos con los cuales se desvió y se confundió a la clientela de la empresa Montacargas y Equipos Su Servicio S.A.

e) Adicionó la demandante que, de forma ilegal, los accionistas de la entidad demandada se llevaron información en varios computadores y que han realizado negociaciones con algunas compañías sobre las cuales habían pactado que, por tres años, se abstendrían de contratar, incurriendo así en la causal de inducción a la ruptura contractual.

f) Con las anteriores conductas la sociedad Montacargas y Equipos Su Servicio S.A. consideró que la accionada incurrió en actos de desviación de la clientela, de desorganización, de imitación, de explotación de la reputación ajena, de violación de secretos, de inducción a la ruptura contractual y violación de normas.

CONSIDERACIONES

El primer punto que analizará la Sala es la validez de la cláusula.

Al plenario se acompañó documento denominado “de transacción”, por medio del cual Gabriel Carrillo (en nombre propio y en representación de sus hijos Gabriel Antonio Carrillo Blanco y Daniel Carrillo Blanco) y Alba Rocío Blanco Meneses se comprometieron a ceder las cuotas que tenían en la sociedad demandante en los términos que se mencionan en el convenio obrante a folio 16.

Dicho acuerdo es sin lugar a dudas un contrato, que se constituye en ley para las partes y, por tanto, a sus cláusulas deben estas sujetarse.

En la cláusula tercera los contratantes cedentes se comprometieron a que durante los tres años siguientes a su firma se abstendrían de realizar negociaciones directas con las empresas allí mencionadas y de las cuales la demandante es contratista.

Tal compromiso no puede tildarse de ineficaz, pues ello contraría el principio de conservación de la eficacia de la voluntad que se manifiesta a lo largo de las

normas de interpretación negocial, como la señalada en el artículo 1620 del Código Civil que dispone que las cláusulas oscuras han de entenderse en el sentido en que puedan producir algún efecto y no en aquel en que sean privadas de todo efecto.

Sostener que la cláusula en mención es ineficaz porque contraría la libre competencia señalada en la Constitución Política desconoce las diferencias que existen entre la libre competencia y la competencia desleal, figuras jurídicas que se presentan bien diferenciadas y que tutelan bienes jurídicos distintos.

En efecto, la Constitución protege la libertad y competencia económica como modelo benéfico para la sociedad, de tal suerte que la ley ha reprimido las prácticas restrictivas de la competencia buscando proteger la libertad en el acceso y permanencia en el mercado, pero a su vez, también la misma ley, se ha encargado de regular la competencia desleal a fin de que no se utilicen medios desleales por los participantes en el mercado; en otras palabras, si bien la Constitución protege la libertad o posibilidad de participar en el mercado en igualdad de condiciones con los demás competidores, en la competencia desleal se sanciona la deslealtad en los medios para atraer la clientela, protegiendo principalmente a los competidores y no a la competencia.

En relación con la diferencia entre las prácticas restrictivas de la competencia y la competencia desleal, la Corte Constitucional, en sentencia C-535 de 1997, al analizar el artículo 19 de la Ley 256 de 1.996 sobre “*pactos desleales de exclusividad*”, expresó lo siguiente:

En su mayor número los actos constitutivos de competencia desleal descritos en la Ley 256 de 1996, no quedan comprendidos dentro del derecho a libertad de empresa garantizado por la Constitución Política. La conducta denominada “acto de engaño”, consistente en inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos - por ejemplo -, no puede considerarse bajo ningún respecto que hace parte del derecho a la libertad de empresa, al cual se refiere la Constitución con las expresiones “libertad económica”, “actividad económica libre” o “libre iniciativa privada”. De la misma manera pueden analizarse los restantes comportamientos desleales, tales como los llamados actos de confusión, descrédito, violación de secretos, inducción a la ruptura contractual, violación de normas, entre otros.

Así, ese tipo de cláusulas, llamadas de no competencia, son pactos incluidos en un contrato, por el que una persona asume la obligación de no competir en cierto mercado con otra, es decir a no vender o producir ciertas mercancías o prestar determinados servicios, durante un tiempo y en un territorio delimitado, lo que es usual en tratándose de un contrato de venta sobre una empresa o de sus activos, para que el vendedor no compita con el comprador de la misma empresa.

De acuerdo con el principio de la libertad contractual las cláusulas de no competencia son válidas en cuanto son expresión de ese principio, siempre y cuando no sean contrarias a las leyes de orden público.

El tratadista Joaquín Garrigues¹ se refiere expresamente a las prohibiciones contractuales de no competir, señalando que estos pactos se hacen: en operaciones de venta o arrendamiento de una empresa como complemento de la obligación de transmitir la cartera de clientes; con motivo de la separación de un

¹ Garrigues, Joaquín, Curso de derecho mercantil, Bogotá Temis 1987.

socio o un empleado de la empresa para evitar la competencia desleal contra la misma empresa y entre empresas dedicadas al mismo ramo para evitar la competencia entre sí. Tales pactos son admisibles siempre y cuando se limiten en el espacio y en el tiempo.

Ahora bien, las restricciones pactadas entre las partes en los acuerdos de cesión de una empresa o de cuotas sociales, pueden revertir en beneficio del comprador o del vendedor. En línea de principio prima la necesidad de protección del comprador dado que éste debe tener garantías de que obtiene el valor íntegro de la empresa adquirida. El comprador debe gozar de algún tipo de protección frente a la competencia del vendedor que le permita fidelizar la clientela, aunado a asimilar y explotar los conocimientos técnicos.

La cláusula pactada entre las partes es lo que en derecho europeo de la competencia se conoce con el nombre de cláusulas inhibitorias de la competencia, que están concebidas para garantizar la cesión al comprador del valor íntegro de los activos transferidos, de tal suerte que sin ellas no sería posible la venta de la totalidad de la empresa o parte importante de ella.

Estas cláusulas están justificadas cuando su duración, su ámbito geográfico de aplicación, su contenido y las personas sujetas a ellas no van más allá de lo razonablemente necesario para lograr dicho objetivo.

Por otro lado, este tipo de cláusula no son una forma indebida de vedar el ejercicio de la libertad de trabajo, pues se trata de una cláusula libremente convenida y querida por aquel que la acepta, de modo que no constituye una prohibición impuesta sobre la persona en contra de su voluntad, sino una limitación conocida y querida por ella misma. Así debe entenderse que una cláusula como la discutida no constituye una restricción a la libertad del trabajo, sino a la competencia en actividades limitadas y durante un término fijo.

En derecho europeo estas cláusulas están justificadas durante un máximo de tres años, su ámbito geográfico se limita a la zona en la que el vendedor ofrecía el producto o servicio antes del traspaso, y se limitan a los productos y servicios que constituyan la actividad económica de la empresa traspasada.²

En Colombia no hay normatividad que regule cuándo estos pactos son válidos, lo que no impide afirmar, siguiendo el criterio usualmente seguido en otros países, que aquellos lo son siempre y cuando estén limitados en cuanto a: a) las personas que quedan obligadas a no competir; b) el territorio donde se excluye la competencia; c) los productos o servicios a que se refieren; y, d) el tiempo de vigencia.

En ese orden de ideas, el pacto suscrito entre las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad es válido, ya que se limitó a un periodo de tres años y su contenido, de cara al hecho de que la demandada aceptó abstenerse de realizar negociaciones directas con las empresas señaladas en el acuerdo, no es irrazonable; antes bien, se trata de un pacto cuyo sentir no podía ser otro que proteger a la demandante frente a la competencia del vendedor y garantizarle el valor íntegro de los activos transferidos, lo que se lograba limitando su radio de acción futuro frente a la empresas de las cuales Montacargas y Equipos Su servicio S.A. era contratista.

² Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin. Tomado del diario oficial de la Unión Europea 5.3.2005

Para la Sala, las partes convinieron que se limitaría la libertad de acción en el mercado de los cedentes, quienes no podrían contratar con las empresas señaladas en el acuerdo en un término de tres años, conducta efectivamente realizada por éstos y la que no solamente se erige como un incumplimiento contractual, sino también como un acto de competencia desleal, como se verá más adelante.

El segundo punto que abordará la Sala es el relativo a la existencia de actos de competencia desleal.

La Ley 256 de 1996 estableció una cláusula general de competencia desleal en los siguientes términos:

“ARTICULO 7.- PROHIBICION GENERAL: Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones, el principio de la buena fe comercial.

En concordancia con lo establecido por el numeral 2º del Artículo 10 bis del Convenio de París ³ aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.”

Esta norma contiene una cláusula general de competencia que establece, en forma categórica e imperativa, la prohibición de incurrir en actos de competencia desleal, lo cual sucede cuando un participante en el mercado incumple con su deber de respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia industrial y comercial

El artículo 7 no distingue qué faltas al principio de la buena fe comercial, a las sanas costumbres o a los usos honestos son constitutivas de competencia desleal, sino que ordena que ese deber de respeto lo deben seguir en todas sus actuaciones los participantes en el mercado.

Ahora bien, el artículo 7 es una norma de carácter general prohibitiva, en tanto que las conductas señaladas en los numerales 8 a 19 son enunciativas de competencia desleal, aquella es una norma que contiene la noción de competencia desleal, noción que “se irradia y se encuentra incursa en la esencia de todos los casos que contemplan los artículos 8 a 19, siendo apenas obvio, por no decir necesario, que cada vez que se infrinja una de esas disposiciones, se infrinja también el artículo 7, sin que haya una sola norma que impida que se

³ El numeral 2º del Artículo 10 bis del Convenio de París establece:

2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.”

apliquen simultáneamente las dos disposiciones que se consideran transgredidas, si así lo solicita el accionante. Es de anotar que en estos casos no prima la aplicación de la norma especial sobre la general, pues para que dicho principio de aplicación de la ley sea operante, se requiere que las disposiciones sean incompatibles entre sí⁴, lo cual no sucede en el caso de la ley 256 de 1.996, pues nada impide que una actuación infrinja una de las conductas previstas por los artículos 8 a 19 y a su vez sea contraria a la buena fe comercial.”⁵

Así, la noción de lealtad contenida en el artículo 7 conlleva el respeto de los participantes en el mercado de la buena fe, de tal suerte que se incurre en un acto de competencia desleal cuando se viola dicho deber.

Lo anterior porque la competencia desleal tiene un contenido jurídico, pero también eminentemente ético como lo señalara la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia del año de 1958⁶, al decir que actuar lealmente es obrar de conformidad con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado *standard* de usos sociales y buenas prácticas mercantiles.

La buena fe comercial que señala el artículo 7 se refiere a la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones.⁷

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de junio de 1958, señaló como los conceptos de lealtad y buena fe se interrelacionan en providencia que conviene recordar. Dijo la Corte:

“... La expresión "buena fe" (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del derecho social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátase de una lealtad (buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente.

... Obrar con lealtad, es decir, con buena fe, indica que la persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas costumbres.

Los usos sociales y buenas costumbres que imperan en la sociedad, son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso

4 Ley 57 de 1887, artículo 5.

5 Jorge Jaeckel

6 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Arturo Valencia Zea. Bogotá, 23 de junio de 1.958.

7 MONROY Cabra Marco Gerardo. Op. Cit. Pág. 289. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-469 del 17 de julio de 1.992. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-524/95 del 16 de noviembre de 1.995, Magistrado Ponente : Carlos Gaviria Díaz. VALENCIA Zea, citado por ORTEGA Torres Jorge, Código Civil Comentado. Editorial Temis, 16º Edición Bogotá 1.983. Pág. 329.

concreto la buena fe, su alcance y la ausencia de ella. La buena fe no hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad.

*Así, pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fe será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, con el de la mala fe. En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. El hombre de buena fe trata de obtener ventajas, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre.*⁸

En el caso concreto, quedó debidamente acreditado el contrato de transacción realizado el 16 de diciembre de 2009, en el que se convino la cesión de cuotas de algunos de los socios de la demandante, al igual que el hecho de que se constituyó la sociedad Máquinas & Montacargas Equiparse SAS el 25 de enero de 2010, de la cual es representante legal el señor Gabriel Carrillo Romero, pues así quedó delimitado en la audiencia de fijación de hechos (fl. 177 c. 1).

Del certificado de existencia y representación arrimado, junto con la demanda, se infiere que la sociedad Máquinas y Montacargas Equiparse S.A.S tiene un objeto social muy parecido al de la demandante, como lo es la exportación, importación y comercialización de todo tipo de maquinaria y la prestación de servicio de mantenimiento, así como que a nombre de esa sociedad figura matriculado en la cámara de comercio un establecimiento de comercio (fl. 5 c. 1).

También quedó acreditado que pese a la cláusula de que los cedentes se abstendrían de realizar negociaciones directas con las empresas señaladas en el acuerdo de transacción (fl. 17), la sociedad Máquinas y Montacargas prestaba servicios a las empresas Supla S.A. (antes Almacénar S.A), PGI Colombia y Dispapeles, todas incluidas en aquel listado, incluso, frente a ésta última empresa desde el mes de marzo de 2010, esto es, a tan solo tres meses después de la celebración del contrato mencionado. Lo anterior como dan cuenta las respuestas emitidas por tales entidades y que fueron incorporadas legalmente al proceso (fls. 9 y 17 c. 2 y 200 c. 1).

En relación con la empresa Tecnoquímicas, si bien el documento obrante a folio 6 del segundo cuaderno da cuenta de que esta empresa solo ha contratado con Tecnosur S.A., lo cierto es que la demandada está creada como proveedor de aquella desde el 18 de junio de 2011, es decir en el periodo de tiempo limitado en el acuerdo.

Igualmente se probó que tres empleados de la sociedad demandante pasaron a prestar sus servicios a la sociedad demandada durante el año 2010. Los documentos que así lo demuestran fueron aportados por la misma parte

⁸ Corte Suprema de Justicia . Sala de Casación Civil, sentencia de junio 23 de 1958. M.P. Arturo Valencia Zea.

demandada y están debidamente incorporados al proceso (fl. 287). Estos documentos, de conformidad con el inciso 2 del art. 277 del C. de P.C., pueden ser apreciados y por tanto tienen eficacia probatoria. Y si bien los trabajadores relatan que fueron ellos los que contactaron a la sociedad demandada para prestar allí sus labores, tales declaraciones podrían –en principio– contrarrestar la inducción a la ruptura contractual, que no encontrara probada el a-quo, pero no impiden inferir que su traslado a dicha sociedad se dio en virtud de los actos de deslealtad de ésta, dada la calificación que ostentaban de técnicos mecánicos indispensables para el desarrollo del objeto social de la recién creada empresa y que estaban en busca de mejores condiciones laborales.

Esos actos antes señalados permiten inferir a la Sala que la demandada incurrió en actos contrarios a la buena fe comercial, en tanto que se violó el deber de lealtad consagrado en el artículo 7 de la Ley 256 y, por consiguiente, incurrió en conductas típicas de competencia desleal que deben ser sancionadas.

Por otro lado, para la Sala, tales actos no tienen la virtualidad de constituir actos de desviación de la clientela en los términos del artículo 8 de la Ley 256 de 1996, pues para que se tipifique tal conducta se requiere que “ tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre y cuando sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial”, aspectos éstos últimos que no se encuentran probados.

De cara a la causal estudiada debe decirse que el nombre con el que fuera bautizada es inadecuado, toda vez que la desviación de la clientela de un competidor es un fin lícito y natural al comercio, lo que es reprochable es que esa desviación se produzca debido a la utilización de medios desleales, es decir cuando ello es fruto de una práctica contraria a las costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial y comercial, casos en los cuales el demandante tendrá que probar la existencia de la costumbre o del uso y que la práctica es contraria a los mismos.

En el caso concreto nada de eso acreditó el demandante, por lo que para la Sala no se configuró un caso de competencia desleal por desviación de la clientela, lo que no impide afirmar que la parte demandada sí incurrió en conductas de deslealtad y que está incurso en la prohibición general señalada en el artículo 7 de La ley 256 que fuera invocada por la actora en su demanda (fl. 39 c. 1).

Así las cosas, concluye la Sala que la sentencia impugnada debe modificarse por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia, con la aclaración de que la conducta que se sanciona como desleal es la consagrada en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996. (...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULOS 7°, 8° Y 19 LEY 256 DE 1996

: ARTÍCULO 277 inciso 2° C.P.C.

: ARTÍCULOS 46 Y 47 DECRETO 2153 DE 1992.

: ARTÍCULOS 1620 Y 1662 DEL C.C.

: ARTÍCULO 333 C.P.

: ARTÍCULO 10 BIS NUM. 2° CONV. DE PARIS LEY 178 DE 1994

: C.S.J. Sent. 23 de junio de 1958 M.P. Arturo Valencia Zea

: Monroy Cabra Marco Gerardo. Op.cit.pág.289

: c.c., Sent. C-524/95 16 de noviembre de 1995 M.P. Carlos Gaviria

: Díaz VALENCIA Zea citado por ORTEGA Torres Jorge, Código Civil

: comentado Ed. Temis, 16° ed. Bogotá 1983 pág. 329 C-535 de 1997

: Garrigues, Joaquín, Curso de derecho mercantil, Bogotá, Temis 1987

FECHA	: 2013-01-30
PROCESO	: VERBAL (COMPETENCIA DESLEAL)
PONENTE	: Dra. LIANA AIDA LIZARAZO VACA
DEMANDANTE	: MONTACARGAS Y EQUIPOS SU SERVICIO S.A.
DEMANDADO	: MÁQUINAS Y MONTACARGAS EQUIPARSE S.A.S.
RADICACIÓN	: 01 2011 68902 01
DECISIÓN	: MODIFICA Y ADICIONA

1.2. 1

Sala de Familia

El problema jurídico por resolver la Sala se centra en verificar si debe confirmarse la declaración de rescisión de la renuncia de gananciales hecha por el difunto ROBERTO CORTÉS ROBAYO a favor de los demandados y como consecuencia de esto ordenar la restitución de los mismos a la sucesión de aquel, con sus frutos civiles y naturales.

“SIN EMBARGO, NO ES LO ANTERIOR LO QUE LLEVARÁ LA SALA A LA DECISIÓN QUE SE ADOPTARÁ Y QUE TIENE QUE VER CON QUE, EN REALIDAD, NO EXISTIÓ LA “RENUNCIA” DE GANANCIALES, SINO UNA VERDADERA CESIÓN DE ESE DERECHO, PUES AQUELLA (LA RENUNCIA) SE HACE A FAVOR DEL OTRO CÓNYUGE O DE SU SUCESIÓN Y NO A FAVOR DE UNO O DE UNOS HEREDEROS EN CONCRETO, Y EN CASO DE HACERSE ESTO ÚLTIMO, NO CABE DUDA ALGUNA QUE ELLO IMPLICA LA ACEPTACIÓN DE LOS GANANCIALES Y LA CESIÓN DE LOS MISMOS A TALES CAUSAHABIENTES EN FORMA DIRECTA (LO CUAL IMPLICA QUE NO PASABAN A ENGROSAR EL HABER RELICTO DE LA CAUSANTE, AL PUNTO DE QUE ELLOS –POR LA CESIÓN MISMA– NO PODRÍAN CONSIDERARSE PARA EL CÁLCULO DE LA PORCIÓN CONYUGAL QUE, TEÓRICAMENTE, PUDIERA CORRESPONDERLE AL SOBREVIVIENTE), PARA CUYA VALIDEZ ES NECESARIO EL LLENO DE TODAS LAS FORMALIDADES PREVISTAS EN LA LEY, ENTRE LAS QUE SE CUENTA LA DE HACERSE POR ESCRITURA PÚBLICA, SEGÚN LO TIENE ESTABLECIDO DE ANTAÑO LA JURISPRUDENCIA (C.S.J., SENT. 31 DE OCTUBRE DE 1922, G.J. T. XXIX, P. 277-280), APARTE DE EXIGIRSE LA INSINUACIÓN DE TAL DONACIÓN, REQUISITOS AD SOLEMNITATEM, CUYA AUSENCIA CONLLEVA LA NULIDAD ABSOLUTA DEL ACTO O CONTRATO, SEGÚN SE PREVÉ EN EL ARTÍCULO 1741 DEL C.C..”. (...)

a) La Demanda

A través de apoderado judicial debidamente constituido, la señora ANA MARÍA CORTÉS GÓMEZ promovió proceso ordinario en contra de los señores EMMA, ROBERTO, MARINA, MARIO y ROSA MARÍA CORTÉS BARBOSA, ALICIA CORTÉS DE CADENA y BEATRIZ CORTÉS DE TORO, a efecto de que, en sentencia, se accediera a las siguientes pretensiones:

“1.- Que con fundamento en la falta de los requisitos formales, error y lesión grave se **DECLARE LA RESCISIÓN de la renuncia hecha por el causante ROBERTO CORTÉS ROBAYO a parte de los gananciales en la liquidación de la sociedad conyugal formada en el matrimonio de este con la señora ROSA BARBOSA DE CORTÉS**, a favor de sus hijos MARIO CORTÉS BARBOSA, MARINA CORTÉS BARBOSA, BEATRIZ CORTÉS DE TORO, ROSA MARÍA CORTÉS BARBOSA, ALICIA CORTÉS DE CADENA, EMMA CORTÉS BARBOSA y ROBERTO CORTÉS BARBOSA manifestada mediante escrito dirigido al Notario 23 del Circulo (sic) de Bogotá, que obra anexo a la escritura N°. 4.272 de la Notaría 23

del Circulo (sic) de Bogotá, de fecha 20 de Noviembre del año 2.002, escritura correspondiente a la liquidación de la sucesión de la causante ROSA BARBOSA DE CORTÉS.

“2.- Que como consecuencia de la declaración **de rescisión por falta de los requisitos formales, error y lesión grave de la renuncia a parte de los gananciales hecha por el causante, se declare la invalidez** (sic) **de la adjudicación del 64.54% hecha a favor de los demandados** MARIO CORTÉS BARBOSA, MARINA CORTÉS BARBOSA, BEATRIZ CORTÉS DE TORO, ROSA MARÍA CORTÉS BARBOSA, ALICIA CORTÉS DE CADENA, EMMA CORTÉS BARBOSA y ROBERTO CORTÉS BARBOSA, mediante la escritura 4.272 de la Notaría (sic) 23 del Circulo (sic) de Bogotá, del 20 de noviembre del año 2.002, correspondiente a la sucesión de ROSA BARBOSA DE CORTÉS, ya que el 64.54% aludido, hace parte de los gananciales a que tenía derecho en (sic) causante ROBERTO CORTÉS ROBAYO en la liquidación de la sociedad conyugal formada por razón del matrimonio que este contrajo con la señora ROSA BARBOSA DE CORTÉS y por lo mismo, deben constituir el acervo (sic) hereditario de la sucesión de ROBERTO CORTÉS ROBAYO en la cual tiene interés la demandante.

“3.- Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a los demandados EMMA CORTÉS BARBOSA, ALICIA CORTÉS DE CADENA, ROBERTO CORTÉS BARBOSA, BEATRIZ CORTÉS DE TORO, MARINA CORTÉS BARBOSA, MARIO CORTÉS BARBOSA Y ROSA MARÍA CORTÉS BARBOSA a restituir a la demandante ANA MARÍA CORTÉS GÓMEZ y para la sucesión de su difunto padre ROBERTO CORTÉS ROBAYO que se tramita en el Juzgado 10º. de Familia de Bogotá bajo el Nro. 0024 del año 2.003 la totalidad de los bienes que constituyen el 64.54% que hacen parte del 50% de los gananciales a que este tenía derecho en la sociedad conyugal conformada con la señora ROSA BARBOSA DE CORTÉS los cuales le fueron ilegal e indebidamente adjudicados en la sucesión de ROSA BARBOSA DE CORTÉS que tramita (sic) en la Notaría 23 del Circulo (sic) de Bogotá.

“4.- Que se condene a los demandados a restituir a la demandante y para la sucesión del causante ROBERTO CORTÉS ROBAYO los frutos naturales y civiles de los bienes que les fueron ilegal e indebidamente adjudicados mediante la escritura pública (sic) N°. 4.272 de la Notaría (sic) 23 del Circulo (sic) de Bogotá, correspondiente a la liquidación de la herencia de ROSA BARBOSA DE CORTÉS, desde el momento en que les fueron adjudicados o entregados los dichos bienes, hasta la fecha de su restitución, frutos que se avalúan en la suma de \$550.000.000.

b) Los Hechos

Por providencia dictada el 11 de Febrero del año 2.005 por el Juzgado 17 de Familia de la ciudad de Bogotá, mi poderdante ANA MARÍA CORTÉS GÓMEZ fue reconocida como hija natural con efectos patrimoniales del causante ROBERTO CORTÉS ROBAYO, providencia que fue anotada en el registro de nacimiento de la demandante.

“2.- Durante su vida ROBERTO CORTÉS ROBAYO padre de la demandante y por razón del matrimonio contrajo con la señora ROSA BARBOSA DE CORTÉS se (sic) constituyo (sic) una sociedad patrimonial cuyos bienes y activos según consta en la escritura 4.272 de la Notaría (sic) 23 del Circulo (sic) de Bogotá correspondiente a la liquidación de la herencia de la causante ROSA BARBOSA DE CORTÉS asciende a la suma de \$621.763.000 los cuales de conformidad con la ley sucesoral y de liquidación de las sociedades conyugales le correspondía al cónyuge sobreviviente el 50% del activo ilíquido (sic) de la sociedad que en el presente caso era la suma de \$310.881.500.

“3.- Al hacer la liquidación de la herencia de la señora ROSA BARBOSA DE CORTÉS ante la Notaría 23 del Circulo (sic) de Bogotá, por la escritura pública N°. 4.272 del 20 de Noviembre (sic) del año 2.002, inexplicablemente se anexo (sic) a esta (sic) un escrito apócrifo, presuntamente

suscrito por el causante ROBERTO CORTÉS ROBAYO en el que manifiesta 'renuncio **a parte de mis gananciales** en la liquidación de la sociedad conyugal, que estaba formada en razón del matrimonio con la señora ROSA BARBOSA DE CORTÉS a favor de mis hijos' (hasta aquí el texto transcrito luego aparece el nombre de los aquí demandados: EMMA CORTÉS BARBOSA, ALICIA CORTÉS DE CADENA, ROBERTO CORTÉS BARBOSA, BEATRIZ CORTÉS DE TORO, MARINA CORTÉS BARBOSA, MARIO CORTÉS BARBOSA Y ROSA MARÍA CORTÉS BARBOSA, sin que en el redarguido (sic) escrito se halle señalada proporción o porcentaje que limite la renuncia de los susodichos gananciales, al tiempo que omitió incluir en el documento a su hija natural y también heredera ANA MARÍA CORTÉS GÓMEZ aquí demandante, quien por este error resulta gravemente lesionada en su legítima (sic) herencial.

"4.- En el documento escriturario N°. 4.272 del 20 de Noviembre del año 2.002 de la Notaría (sic) 23 de Bogotá, por la cual se liquidó la sucesión de la causante ROSA BARBOSA DE CORTÉS y se hizo la correspondiente asignación y adjudicación de los bienes herenciales a los demandados, éstos (sic) agregaron al derecho herencial de la causante el 64.54% de los gananciales que en la sociedad conyugal le correspondían al entonces cónyuge sobreviviente ROBERTO CORTÉS ROBAYO quien como se manifestó en el hecho anterior, en el escrito que se anexa a la escritura de liquidación de la herencia de la causante, no determino (sic) cuantía o porcentaje de renuncia lo que hace que el porcentaje del 64.54% que los herederos tomaron de los gananciales del cónyuge sobreviviente sea ilegal, por cuanto se desconoció el derecho de uno de los herederos de ROBERTO CORTÉS como lo es ANA MARÍA CORTÉS GÓMEZ.

"5.- La suma de \$200.642.920 que es la cantidad que fue indebida e ilegalmente apropiada de los gananciales del cónyuge sobreviviente para adjudicarse los (sic) bienes a que se refiere la liquidación de la herencia tantas veces mencionada, por parte de los demandados, constituye al mismo tiempo una violación al derecho que tiene la demandante a percibir el legado de su padre ROBERTO CORTÉS ROBAYO que va en grave e injustificado detrimento de su derecho que como hija en igualdad de condiciones con los hijos legítimos del causante tiene, pues esta ilegal apropiación representa mas (sic) del 50% del (sic) los bienes de la herencia que de acuerdo a la ley deben ser distribuidos en partes iguales entre todos los herederos del señor ROBERTO CORTÉS ROBAYO.

"6.- La anormal apropiación de los bienes del causante constituye una lesión enorme a los bienes sucesorales del señor ROBERTO CORTÉS ROBAYO, que consiguiente (sic) mente, lesiona en forma grave el derecho sucesoral de la demandante, quien de conformidad con las normas sucesorales concurre en igualdad de condiciones con los demás (sic) herederos, el desconocimiento de hecho, de un heredero que esta (sic) en igualdad de derechos con los demás (sic) elaborado a sus expensas, en forma inconsulta lesionando todos los derechos de la parte ofendida, constituye, de la (sic) otra parte, un enriquecimiento sin causa; todos estos elementos concurren a la ilegalidad del documento por el cual se declara la renuncia a parte de los gananciales, lo que hace que el mismo instrumento se encuentre afectado de ilegalidad siendo que el documento en cuestión además puede ser una simulación.

"7.- Por otra parte la sesión (sic) por la cual el causante renuncio (sic) a parte de los gananciales adolece del lleno (sic) de los requisitos formales establecidos por la ley para estos casos ya que la misma no fue elevada a escritura pública como corresponde de acuerdo a la cuantía de la cesión.

"8.- El hecho del desconocimiento de un heredero en la cesión de los bienes por error del causante, es ilegal y va en detrimento de su legítima (sic) rigurosa (sic) que de acuerdo a la ley y en igualdad de condiciones le corresponde.

"9.- En el Juzgado 10 de Familia de Bogotá se tramita el sucesorio del padre de la demandante ROBERTO CORTÉS ROBAYO en el que solo ha sido denunciado como activo del causante el 35.46% de sus bienes, de donde resulta

que la lesión que sufrirá la demandante por causa de la apropiación indebida por parte de los demás herederos del 64.54% será de muy grandes proporciones.

“10.- Los bienes indebidamente apropiados por parte de los demandados, han venido generando beneficios tanto Civiles como Naturales de los cuales se han avaluado en la suma de \$550.000.000 que los demandados están obligados a restituir a la demandante para la sucesión del causante ROBERTO CORTÉS ROBAYO pues deben hacer parte del haber partible entre los herederos de la intestada.

“11.- Así mismo los demandados están en la obligación de restituir el derecho apropiado ilegalmente, en forma indexada al momento en que tenga lugar la restitución de los mismos.

“12.- De conformidad con la ley, los hijos extramatrimoniales tienen igualdad de derechos sucesorales con los legítimos.

“13.- En el Centro de Conciliación de la Personería de Bogotá el día 12 de Junio del año 2.006, se realizo (sic) la correspondiente audiencia para agotar el requisito de procedibilidad establecido por la ley para adelantar la acción correspondiente, sin que se haya logrado acuerdo alguno como consta en el acta respectiva” (el uso de las mayúsculas y de la puntuación es del texto). (...)

DE LA APELACIÓN

El día 22 de agosto de 2008, el juzgado del conocimiento pronunció la correspondiente sentencia de instancia, acogiendo las súplicas del libelo, fallo que se revisa en vía de apelación, recurso interpuesto por los demandados, en vista de que tal decisión les fue adversa.

c) Consideraciones

Según se puede inferir de las declaraciones y condenas impetradas en la demanda, a través de ésta pretende su promotora que, por la justicia, se declare la rescisión de la renuncia de gananciales hecha por su difunto padre ROBERTO CORTÉS ROBAYO a favor de los demandados y que se ordene la restitución de los mismos a la sucesión de aquel, con sus frutos civiles y naturales.

En torno a la renuncia de gananciales tiene dicho la doctrina:

“En segundo lugar, **la renuncia de gananciales**, por su parte, es aquel negocio jurídico unilateral mediante el cual el cónyuge voluntariamente extingue desde ahora y hacia el futuro (y no retroactivamente, como ocurre con la repudiación hereditaria) el derecho de gananciales que había adquirido con el matrimonio y concretado por su disolución, caso en el cual dicha cuota de gananciales acrece al otro cónyuge, aún en el caso de renuncia de gananciales por uno de los varios herederos del cónyuge fallecido, puesto que ‘las porciones de los que renuncian acrecen a la porción del marido’ (o de la mujer) que acepta (Art. 1841 del C.C.). Sin embargo, **el negocio jurídico de renuncia de gananciales** requiere como (requisitos de) validez, de una parte, que proceda de cónyuges capaces o, en su caso, de herederos capaces, o, en caso contrario de los representantes legales con autorización judicial (Art. 1837 inc. 1 del C.C.); que el consentimiento esté libre y exento de los vicios de error, dolo o violencia (Arts. 1838, inc. 2, y 1513 y 1514 del C.C.); y que previamente no se haya aceptado también en forma expresa, o bien en forma tácita, tal como ocurre en este último caso cuando ha adquirido y tiene en su poder ‘alguna parte del haber social a título de gananciales’ (Art. 1838, inc. 1 del C.C.). Por ello, dispone el Art. 1838 que ‘podrá la mujer (o el cónyuge, como sería hoy) renunciar mientras no haya entrado en su poder ninguna parte del haber social a título de gananciales. Hecha una vez la renuncia, no podrá rescindirse, a menos de probarse que la mujer o sus herederos han sido inducidos a renunciar por engaño o por un justificable error acerca del verdadero estado de los negocios sociales. Esta acción rescisoria prescribirá en cuatro años contados desde la disolución de la sociedad’.

“Finalmente, en todo lo demás nos remitimos a lo que se expuso en su oportunidad sobre el derecho de opción o velación, aceptación y repudiación, etc., en materia sucesoral” (PEDRO LAFONT PIANETTA, “Derecho de Familia”, T. I., Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2010, p. 841-842).

Ahora bien: conforme con lo prescrito en el artículo 1285 del C.C. “no se puede aceptar una parte o cuota de la asignación y repudiar el resto”, esto es, que la aceptación y repudiación son indivisibles (cons. MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, “Derecho Sucesorio”, Ed. Nascimento, Santiago de Chile, 1983, p. 461).

En el caso presente, en el escrito de renuncia de gananciales don ROBERTO CORTÉS dijo “...en pleno uso de mis facultades, y como un acto de mera voluntariedad renuncio a parte de mis gananciales en la liquidación de la Sociedad Conyugal que estaba formada en razón del Matrimonio con la Señora ROSA BARBOSA DE CORTÉS, a favor de mis hijos:

- “•EMMA CORTÉS BARBOSA C.C. #20.174.572 de Bogota
- “• ALICIA CORTÉS DE CADENA C.C. #41.353.724 de Bogotá
- “• ROBERTO CORTÉS BARBOSA C.C.# 17.091.783 de Bogotá
- “• BEATRIZ CORTÉS DE TORO C.C. #20.342.982 de Bogotá
- “• MARINA CORTÉS BARBOSA C.C. # 41.376.702 de Bogotá
- “• MARIO CORTÉS BARBOSA C.C. # 19.267.912 de Bogotá
- “• ROSA MARÍA CORTÉS BARBOSA C.C. # 41.722.215 de Bogotá”,

de modo que en una primera hipótesis podría concluirse que, al no determinar don ROBERTO cuál era la “parte” de que se desprendía, no existe o no se determinó el objeto del negocio (renuncia); y una segunda, que la voluntad del renunciante de abdicar de su derecho no existió, por lo menos en forma plena, esto es, que tan solo pretendía, en efecto, hacerlo en forma parcial, lo cual le estaba vedado, según se prevé en la disposición dicha.

Sin embargo, no es lo anterior lo que llevará la Sala a la decisión que se adoptará y que tiene que ver con que, en realidad, no existió la “renuncia” de gananciales, sino una verdadera cesión de ese derecho, pues aquella (la renuncia) se hace a favor del otro cónyuge o de su sucesión y no a favor de uno o de unos herederos en concreto, y en caso de hacerse esto último, no cabe duda alguna que ello implica la aceptación de los gananciales y la cesión de los mismos a tales causahabientes en forma directa (lo cual implica que no pasaban a engrosar el haber relicto de la causante, al punto de que ellos –por la cesión misma– no podrían considerarse para el cálculo de la porción conyugal que, teóricamente, pudiera corresponderle al sobreviviente), para cuya validez es necesario el lleno de todas las formalidades previstas en la ley, entre las que se cuenta la de hacerse por escritura pública, según lo tiene establecido de antaño la jurisprudencia (C.S.J., sent. 31 de octubre de 1922, G.J. T. XXIX, p. 277-280), aparte de exigirse la insinuación de tal donación, requisitos ad solemnitatem, cuya ausencia conlleva la nulidad absoluta del acto o contrato, según se prevé en el artículo 1741 del C.C..

En efecto: don ROBERTO CORTÉS cedió, a título gratuito, sus gananciales, por medio del escrito que aparece a folio 28 del primer cuaderno, sin que con el mismo pueda suplirse la exigencia de la escritura pública para efectuar tal acto (cons. Lafont, ob. cit., pág. 837); por otro lado, la cesión se hizo sin contraprestación alguna de los cesionarios, esto es, a título gratuito, de modo que se requería la insinuación o autorización judicial para hacerla, ya que el monto de la misma, aun partiendo de lo que le correspondió a cada uno de los donatarios, según el mismo avalúo que consignaron en la partición correspondiente, sobrepasaba, con creces, los 50 salarios mínimos mensuales que se prevén como límite en el artículo 1458 del C.C., en la redacción del 1º. del decreto 1712 de 1989.

En el caso sometido a consideración de la Sala, entonces, es forzoso concluir que la cesión adolece de nulidad absoluta, la que debe declararse aún de oficio, según el artículo 1742, pues aparece de manifiesto que no se cumplieron las formalidades dichas, a lo cual puede procederse oficiosamente, en primer lugar, por esta última circunstancia, esto es, por ser patente la omisión de las formalidades que se dijeron; en segundo, porque el acto o contrato fue invocado como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y en tercero, porque al proceso concurrieron todas las personas que intervinieron en el negocio o sus sucesores “...en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron” (C.S.J., sentencia de 22 de octubre de 1952, G.J. T. LXXIII, 395, citada por JORGE ORTEGA TORRES, “Código Civil”, 16ª. ed., Ed. Temis, Bogotá, 1983, p. 751-752, notas al art. 1742).

Entonces, como la declaración de nulidad absoluta hace desaparecer del mundo jurídico la fermentada “renuncia” de gananciales, por sustracción de materia, no es necesario entrar a analizar dicho fenómeno en este caso concreto y, simplemente, se procederá a la revocatoria del ordinal primero de la sentencia apelada para declarar la existencia del referido vicio y a revocar parcialmente el segundo y el tercero, para precisarlos en lo pertinente, para los efectos de lo dicho en este fallo, y confirmar el de primera, en todo lo demás, sin más consideraciones, por no ser ellas necesarias”. (...)

FUENTE NORMATIVA	: ARTÍCULOS 1285, 1458, 1513, 1514, 1741, 1837, 1837 a 1842 del C.C. : ARTÍCULO 101 del C.P.C. : ARTÍCULO 1º DECRETO 1712 de 1989 :(PEDRO LAFONT PIANETTA, “Derecho de Familia”, T.I., Librería ediciones del Profesional, Ltda., Bogotá, 2010, p. 841-842) :(cons. MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, “Derecho Sucesorio”, -Ed. Nascimento, Santiago de Chile, 1983, p. 461) : (C. S. J., sent. 31 de octubre de 1992, G.J.T. XXIX, p. 277-280) : (C.S. J., sent. 22 de octubre de 1952, G.J.T. LXXIII, 395, citada por -JORGE ORTEGA TORRES, “Código Civil”, 16ª. ed., Temis, Bogotá, 1983, p. 751-752, -notas al art. 1742)
FECHA	: 2010-10-13
PROCESO	: PROCESO ORDINARIO (APELACIÓN SENTENCIA)
PONENTE	: Dr. CARLOS ALEJO BARRERA ARIAS
DEMANDANTE	: ANA MARÍA CORTÉS GÓMEZ
DEMANDADO	: EMA CORTÉS BARBOSA Y OTROS
RADICACIÓN	: 1100131100052006900 01
DECISIÓN	: REVOCA PARCIALMENTE Y CONFIRMA SENTENCIA

1.3.1.
Sala Laboral

Problema jurídico por resolver: debe la Sala determinar si en la presente relación laboral se reúnen los requisitos del contrato de trabajo o los de un convenio de prestación de servicios.

“IGUALMENTE DEL MATERIAL PROBATORIO RESEÑADO EN EL ENCUADERNAMIENTO, LA SALA ENCUENTRA PRESENTE LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 24 DEL C.S.T., EL CUAL PRESCRIBE QUE SE “PRESUME QUE TODA RELACIÓN DE TRABAJO PERSONAL ESTÁ REGIDA POR UN CONTRATO DE TRABAJO; PRESUNCIÓN RESPALDADA EN EL POSTULADO CONSTITUCIONAL DE “PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE FORMALIDADES ESTABLECIDAS POR LOS SUJETOS DE LAS RELACIONES LABORALES AMPARADO EN EL ARTÍCULO 53 DE NUESTRA CARTA POLÍTICA.

LO ANTERIOR LLEVA A CONCLUIR, QUE SI BIEN FORMALMENTE LA RELACIÓN DE TRABAJO ESTUVO REGIDA POR UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, LA REALIDAD DEMUESTRA QUE LOS SERVICIOS PRESTADOS POR EL DEMANDANTE CONSTITUYERON UNA VERDADERA RELACIÓN CONTRACTUAL LABORAL, PUES LA LABOR EJECUTADA, NO COMPORTABA AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA EN SU EJECUCIÓN, ES DECIR, EL CONTRATISTA QUE PRESTÓ SUS SERVICIOS PERSONALES A LA DEMANDADA, NUNCA CONTÓ CON ESE MARCO DE LIBERTAD BAJO EL CUAL FUE CONTRATADO, SIGNO INDICATIVO QUE SIEMPRE ESTUVO BAJO LA CONTINUADA DEPENDENCIA DE LA CLÍNICA VIDELMEDICA.”(...)

a) Demanda:

El señor TITO OCTAVIO MACIAS CORREDOR demandó a VIDELMEDICA INTERNACIONAL S.A (folios 2 a 9), para que se declarara que entre el demandante y la demandada existió un contrato de trabajo sin solución de continuidad, desde el 4 de noviembre de 2009 hasta el 18 de abril del año 2011; que como consecuencia de dicha declaración la demandada debe pagar al demandante, por todo el tiempo laborado: el valor de las cesantías, intereses a las cesantías, sanción moratoria por no consignación de cesantías; al igual que las vacaciones, prima de servicios; la indemnización moratoria, por no pago de salarios y prestaciones sociales; al pago de \$10.800.000 o la suma que se pruebe, como valor de los salarios correspondientes al tiempo que le faltaba para cumplir el plazo estipulado en el contrato de trabajo, el cual se denominó convenio civil de prestación de servicios y honorarios profesionales, el cual tenía como vigencia desde el 4 de noviembre del año 2010 hasta el 3 de enero de 2012, según el artículo 6 del C.S.T.; se condene a la demandada a reembolsar al actor las sumas que canceló con sus propios recursos para el pago de su seguridad social integral; al pago de perjuicios y costas, incluyendo los honorarios profesionales. (fls. 4 a 6)

b) Hecho

Como fundamentos fácticos de las pretensiones afirmó, que el demandante prestó sus servicios personales mediante un contrato de trabajo denominado Convenio Civil de Prestación de Servicios y Honorarios Profesionales; que el contrato tuvo vigencia desde el 4 de noviembre de 2009 hasta el 3 de noviembre de 2010; que suscribió un nuevo contrato en la misma modalidad desde el 4 de noviembre de 2010 hasta el 3 de enero del año 2012; que en dichos contratos se desempeñó en el cargo de auxiliar de enfermería; que se le suspendió el último contrato de forma ilegal y sin justa causa, mediante misiva de fecha 18 de abril de 2011; que el cargo que desempeñaba era subordinado; que el salario básico que devengó entre el 4 de noviembre de 2009 al 3 de noviembre de noviembre del 2010 fue de \$1.150.000,00 y el devengado entre el 4 de noviembre de 2010 y el 18 de abril de 2011 de \$1.200.000,00; cumplía un horario de lunes a domingo entre las 7:00 pm hasta las 7:00 am; que la demandada nunca lo afilió a ninguna institución del Sistema de Seguridad Social Integral; tampoco pago el auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima legales, ni vacaciones; que el demandante so pena de la terminación del contrato, durante su vinculación laboral debió asumir con sus propios recursos el pago al Sistema de Seguridad Integral, al igual que asumir el pago de una póliza a favor de la demandada, como garantía del contrato; que los convenios denominados de prestación de servicios y honorarios profesionales, fueron utilizados por la demandada para simular verdaderos contratos de trabajo y evadir el pago de las prestaciones legales y extralegales; que la demandada le adeuda la indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones sociales, al igual que la sanción por no consignación

oportuna de las cesantías y sus respectivos intereses; e igualmente le adeuda la indemnización por despido sin justa causa..(...)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda la accionada (folios 29 a 39), se opuso a todas y cada una de las pretensiones y condenas. Frente a los supuestos fácticos aceptó como ciertos los hechos 2, 18 y 19; frente a los demás manifestó no ser ciertos o serlo parcialmente. Propuso como excepciones de merito, la de: inexistencia de la obligación, de la relación laboral y por consiguiente cobro de lo no debido; terminación del convenio civil de prestación de servicios y honorarios profesionales, por parte del demandante de manera unilateral. (fl. 34)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA En audiencia pública de juzgamiento celebrada el 2 de marzo de 2012, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia (CD 3 Min. 00:01) en la que **RESOLVIÓ** (CD 3 MIN 26:45): **ABSOLVER** a la empresa demandada VIDELMEDICA INTERNACIONAL S.A de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el demandante TITO OCTAVIO MACÍAS CORREDOR, **CONDENAR**, en costas a la parte demandante señalándose como agencias en derecho la suma de \$400.000 pesos.

RECURSO DE APELACIÓN El demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (CD 3 MIN. 27:23). Señala que la base de la absolución fue el documento que se encuentra visible a folio 110, consistente en una carta de permiso por una posible cirugía del señor Tito Octavio Macías Corredor la cual fue anexada al proceso en las declaraciones que se rindieron el día 28 de febrero de la corriente anualidad, documento que se allegó sin ceñirse al principio de contradicción por parte de Juzgado por cuanto del mismo nunca se le corrió traslado como queda constancia en el audio.

Que los convenios de prestación de servicios, en sus cláusulas 4ª y 5ª numeral 1º le quitan la autonomía que debería tener el actor como supuesto contratista; que se debe tener en cuenta una bitácora que existía para todo el personal, de la cual se deduce junto con el testimonio rendido por la señora Nelsy Prieto Ortegon que servía para que la jefe de personal, ejerciera control; que igualmente se debe tener en cuenta lo que dice la deponente señora Emilce Buitrago quien brinda un testimonio en el mismo sentido.

Que se demostró que existían Auxiliares de enfermería que estaban vinculados mediante contrato de trabajo, lo que deja en evidencia la existencia de discriminación en cuanto a la forma de contratación si se tiene en cuenta que el mismo señor Alejandro Martínez cumplía exactamente el mismo horario, las mismas funciones y los mismos turnos del señor Tito Octavio Macías Corredor como se prueba en lo afirmado por la señora Luz Estela Bolaños.

Que en aras de conservar su empleo, solicitó la suspensión del contrato y el Juez no puede por el hecho de haber pedido esa suspensión desechar de un solo tajo la existencia de un verdadero contrato de trabajo.

Igualmente señala, que la señora Emilce Buitrago afirmó que siempre les tocaba justificar las ausencias del turno con la epicrisis, con una incapacidad u otros documentos y describe que el señor Tito Octavio Macías Corredor dejó de trabajar por que no le pagaban a pesar de que ya le habían suspendido su contrato el día 17 de abril del año 2011.

c) Consideraciones:

Encuentra la Sala, que la censura se contrae al hecho de que el A-quo no valoró en debida forma el material probatorio, y no encontró probado el elemento de la subordinación dentro de la relación de trabajo, encontrando no demostrado el contrato de trabajo que se solicita en la acción laboral.

Al respecto, de forma reiterada la jurisprudencia ha sostenido que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo de otros de naturaleza jurídica distinta, es la subordinación jurídica a la que se encuentra sometida la persona que presta su fuerza de trabajo por una contraprestación, entendiendo que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

El tema debe analizarse con fundamento en el principio de la primacía de la realidad, que establece que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero

Como es sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto para que aquel se configure se requiere la existencia de tres elementos a saber: la existencia de la prestación personal del servicio, es decir, que el trabajador ejecute la labor por sí mismo, la continuada subordinación, consistente en la facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador sobre el modo, tiempo y cantidad de trabajo y la obligación para este de acatarlas; y la remuneración como contraprestación del mismo, es decir, la retribución directa por el servicio prestado como salario.

La subordinación es el factor determinante del contrato de trabajo, en cambio, en el contrato de prestación de servicios la actividad se desarrolla independientemente, no existe el elemento de subordinación laboral o dependencia.

Del análisis comparativo de estas dos modalidades contractuales (contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo), se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

Pues bien, una vez determinado el punto de discusión, se tiene que en esencia lo que determina la existencia de un contrato de trabajo y lo diferencia de uno de prestación de servicios de carácter civil o administrativo, es la subordinación. (...)

Igualmente del material probatorio reseñado en el encuadernamiento, la Sala encuentra presente la presunción del artículo 24 del C.S.T., el cual prescribe que se *"presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*; presunción respaldada en el postulado constitucional de *"primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales"* amparado en el artículo 53 de nuestra Carta Política.

Lo anterior lleva a concluir, que si bien formalmente la relación de trabajo estuvo regida por un contrato de prestación de servicios, la realidad demuestra que los servicios prestados por el demandante constituyeron una verdadera relación contractual laboral, pues la labor ejecutada, no comportaba autonomía e independencia en su ejecución, es decir, el contratista que prestó sus servicios personales a la demandada, nunca contó con ese marco de libertad bajo el cual

fue contratado, signo indicativo que siempre estuvo bajo la continuada dependencia de la Clínica Videlmedica”.(...)

FUENTE NORMATIVA	: ARTÍCULOS 6°, 24, 62, 63 Y 65 DEL C.S.T.
	: ARTÍCULO 53 C.P.
	: ARTÍCULOS 17 Y 22 DE LA LEY 100 DE 1993
	: ARTÍCULO 99 LEY 50 DE 1990
FECHA	: 2012-07-25
PROCESO	: ORDINARIO (APELACIÓN SENTENCIA)
PONENTE	: Dr. GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA
DEMANDANTE	: TITO OCTAVIO MACIAS CORREDOR
DEMANDADO	: VIDELMÉDICA INTERNACIONAL S.A.
RADICACIÓN	: 110131050 18 2011 00695 01
DECISIÓN	: REVOCA PARCIALMENTE LA SENTENCIA Y CONDENA

Sala Penal

1.4.1

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M. P. ROGELES MORENO LEONEL Rad. 11001600004920080810103 (06-02-13) PRESCRIPCIÓN - Relación frente a la absolución - EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Eximente de responsabilidad y prevalencia de los derechos de los niños - Medida de protección adoptada debe ser proporcional a la amenaza.

“En efecto, el fenómeno jurídico de la prescripción está regulado en los artículos 82 a 86 de la Ley 599 de 2000, la cual ocurre en un tiempo equivalente al máximo de la pena privativa de la libertad señalada para el delito endilgado y comienza a correr a partir de la comisión de éste cuando se trata de conductas instantáneas y en cuanto a las tentadas o permanentes a partir del último acto. El término prescriptivo no puede ser inferior a 5 años ni superior a 20, excepto en casos de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado en los que la acción penal prescribe en 30 años, pero que no es el asunto materia de las presentes diligencias.

Ahora, conforme con el artículo 292 de la Ley 906 de 2004 la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación, para comenzar a correr nuevamente por un término igual a la mitad de la pena máxima señalada para el delito, sin que sea inferior a tres años.

El delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad tipificado en el artículo 230 A del Código Penal, adicionado por el 7º de la Ley 890 de 2004, por el cual fue acusada **R. J.**, consagra un máximo punitivo de tres (3) años de prisión.

En este caso, como ya se indicó, la formulación de imputación se llevó a cabo el **13 de marzo de 2009** ante el Juzgado 15 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, momento a partir del cual el término de prescripción se interrumpe, para comenzar a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del máximo de la pena fijada para el citado delito, sin que sea inferior a tres años, esto es, que en el presente caso es aplicable el mínimo, el cual se cumplió el día **13 de marzo de 2012**, por lo que ha operado el fenómeno prescriptivo.

No obstante, teniendo en cuenta que respecto de **M. P. R.** 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, 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, dígame la absolución, tiene mejor fortuna en ese cometido⁹.

(...)

Bajo las circunstancias anotadas el Tribunal encuentra que contrario a lo afirmado por el apoderado de la víctima, la prueba recopilada en juicio oral sí lleva al convencimiento de que la acusada actuó bajo una justificación jurídicamente atendible como lo es la establecida en el numeral 7º del artículo 32 del Código Penal, el cual establece: ***“Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:.....7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar. El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte de mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible....”***.

Lo anterior denota que evidentemente existió un conflicto entre dos bienes jurídicos, en el cual uno de ellos fue sacrificado con el fin de salvaguardar el otro, en este caso el interés superior de los menores al amparo del artículo 44 de la Constitución Política, ante el peligro grave e inminente de la posible ocurrencia de un abuso sexual respecto de S. por parte de su padre, con lo cual, posiblemente se evitó que se transgrediera y/o se continuara vulnerando su libertad, integridad y formación sexuales.

El *a quo* también fue atinado al indicar que era necesario salvaguardar los derechos de los mencionados menores y que en ese momento no existía un medio alternativo “efectivo” para proteger el bien jurídico amenazado, por el contrario lo más lógico y acertado que pudo haber hecho la madre fue retirar todo tipo de contacto entre el padre y los niños mientras se verificaba la veracidad de las manifestaciones hechas por S., y la autoridad administrativa profería el respectivo acto por medio del cual se le restringía legalmente a G. E. el acercamiento a L. A. y a S..

De igual forma observa la Colegiatura que la medida adoptada fue proporcional a la amenaza independientemente de que se demuestre el daño efectivo al interés que se busca salvaguardar, lo cual conlleva a inferir que el actuar desplegado por **M. P.** no tuvo el propósito de atentar contra el bien jurídico de la familia y en cambio actuó en procura de la satisfacción de la integral protección de sus menores hijos, cuyos derechos fundamentales son prevalentes, máxime que ella tenía la custodia y por ende la posición de garante en relación con los citados menores, por lo tanto tenía el deber legal de obrar para impedir que se produjera un resultado típico que era evitable.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

1.2. M. P. ROGELES MORENO LEONEL Rad. 110016000055201200044-01 (18-12-12)ALLANAMIENTO - Naturaleza y objetivo de la terminación anticipada del proceso por vía de aceptación de cargos - Principio de lealtad- Nulidad solicitada lleva implícita la retractación de la aceptación.

“Atendiendo a que la inconformidad planteada por el defensor apunta a la vulneración del derecho de defensa de **R. B.** al no habersele informado adecuadamente por parte de la profesional del derecho designada por la Defensoría

⁹ C. S. J. Sala de Casación Penal, sent. 16/05/2007, rad. 24374.

Pública sobre la pena fijada por el legislador para el delito por el cual se le formuló imputación, el Tribunal debe adentrarse en el análisis del sistema penal con tendencia acusatoria, cuya esencia es que un juez imparcial decida en un juicio público con inmediación y controversia probatoria acerca de la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado, pero que también, eventualmente, da cabida, de una parte, a la aplicación del principio de oportunidad, y de otra, a trámites que permiten decidir anticipadamente sobre el objeto del proceso sin controversia probatoria ni juicio.

La aceptación de cargos es precisamente una de las modalidades de terminación abreviada del proceso, que obedece a una política criminal cuyo objetivo es lograr eficacia y eficiencia en la administración de justicia mediante el consenso de las partes, con miras a que el imputado resulte beneficiado con una rebaja en la pena a imponer, y así, el Estado ahorre esfuerzos y recursos en investigación y juzgamiento.

En tal actuación y en el marco del principio de lealtad que las partes deben acatar, por surgir la aceptación de cargos de un acto unilateral del procesado que decide allanarse a los que le fueron formulados en la audiencia de imputación con el fin de obtener una rebaja en el *quantum* de la pena –como ocurre en este caso–, no hay lugar a controvertir con posterioridad a la aceptación del allanamiento por parte del Juez la afectación del bien jurídicamente tutelado, o a aducir causales de justificación o de inculpabilidad, por lo tanto una vez el Juez de Control de Garantías acepta el allanamiento por encontrar que es voluntario, libre y espontáneo, el imputado se puede retractar en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales (artículos 131 y 293 de la Ley 906 de 2004)¹⁰.

Ahora bien, si la aceptación de los cargos se da en ese marco, y se produce dentro del respeto a los derechos fundamentales del imputado y que como tal suple toda actividad probatoria que permita concluir más allá de toda duda razonable que el procesado es responsable de la conducta, el Juez no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación.

La conexión entre el derecho penal sustancial y el instrumental, permite afirmar que éste solo puede ocuparse de la investigación de conductas previamente definidas en la ley, razón por la cual la imputación jurídica es esencial, máxime tratándose de la aceptación de cargos o de formas de terminación abreviada del proceso, lo cual garantiza el derecho de defensa, el conocimiento de los hechos que se atribuyen y sus correspondientes consecuencias jurídicas, y se permite que debido a ese conocimiento, libre y voluntariamente pueda el imputado optar por aceptar los cargos con miras a lograr una rebaja de la pena o continuar el juicio para discutir los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o contravirtiendo las que se aducen en su contra.

Así, la Colegiatura encuentra que en el presente caso el *a quo* en forma acertada optó por negar tanto la nulidad solicitada como la retractación de la aceptación de cargos que lleva implícita la petición formulada por la defensa, ya que verificado el audio de la audiencia realizada el 12 de marzo de 2012 ante el Juzgado Veintidós Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, se pudo establecer que el Fiscal de manera clara definió el marco fáctico, jurídico y la pena a imponer en caso de declararse culpable, tal como consta a los 56:06 minutos de la grabación, es decir, que le brindó una información adecuada de la punibilidad fijada por el legislador al delito por el que se le formuló imputación, de igual manera la Juez le enteró acerca de los derechos que le asistían, y previa suspensión de la audiencia por aproximadamente 15 minutos para que fuera asesorado por su defensora, **W. R.** asintió como se advierte de sus respuestas, (...)

¹⁰ Ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de mayo de 2012 emitida dentro del radicado 37668

Entonces, existe evidencia que lleva a la certeza de que **W. R.** optó por aceptar los cargos con pleno conocimiento de la situación fáctica, de la conducta delictual imputada y de las consecuencias jurídicas implícitas en ella, renunciando bajo esos preceptos al derecho a no autoincriminarse y a tener un juicio oral y público (artículo 350 numeral 2º de la Ley 906 de 2004), toda vez que la formulación de imputación efectuada por la Fiscalía fue clara y cumplió con los requisitos sustanciales exigidos por el legislador.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

1.3. M. P. ROGELIS MORENO LEONEL Rad. 110011310470120111666-01 (13-02-13) HOMICIDIO CULPOSO - Existencia legal de las personas naturales - Atipicidad de la conducta - LESIONES CULPOSAS AL FETO – Realizadas por profesional de la salud - Conlleva la violación del deber objetivo de cuidado

El artículo 109 del Código Penal señala “El que por culpa matare a otro...”. Etimológicamente la palabra “otro”, es el fundamento para la existencia del sujeto, y todo el conjunto de sujetos constituyen la sociedad desde el origen de la humanidad, lo cual lleva necesariamente a inferir que se trata de una persona, entendida como todo miembro de la especie humana susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

El artículo 90 del Código Civil Colombiano, señala que “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.”

El artículo 125 del Código Penal, señala: “El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término”.

Este delito se caracteriza por ser una conducta dolosa dirigida a causarle daño al feto con un resultado típico, que no se adecua al caso que aquí se analiza, toda vez que el procesado es un médico y la conducta desplegada por él, estuvo orientada a brindar la atención necesaria y urgente para preservar el bienestar del que estaba por nacer y de su madre.

Por su parte el artículo 126 de la misma obra enseña que “Si la conducta descrita en el artículo anterior se realizare por culpa, la pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años.

Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término”.

La conducta anteriormente descrita, precisa la violación del deber objetivo de cuidado, el cual enseña que siendo previsible el agente debió preverlo, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo, esto es actuando con imprudencia, negligencia o impericia. En el caso bajo estudio, es claro que la voluntad del médico estuvo dirigida a prestar la atención necesaria y urgente a la paciente, para la cual realizó los actos idóneos exigidos para salvaguardar la vida del que estaba por nacer, pero a pesar de su proactiva insistencia, la administración de la clínica Santa Isabel en cabeza del representante legal, hizo caso omiso de las reiteradas solicitudes de L. G., quien no contó con el personal necesario de apoyo para la cesárea en el momento oportuno, y su afán por la obtención de un resultado exitoso fue frustrada por circunstancias ajenas a su voluntad.

El médico cirujano que realiza un procedimiento quirúrgico para que el ser alojado

en el vientre de su madre nazca por cesárea, requiere básicamente de un anestesiólogo, quien debe aplicar la medicina adecuada para que la paciente no sufra por dolor, sin él no se puede efectuar dicho procedimiento. En el caso que analiza el Tribunal, el cirujano obró con el conocimiento de 17 años de especialidad, diligencia y prudencia, a tal punto que advirtió la necesidad de su traslado a una clínica de alto nivel, mas no fue oído.

Como quedó suficientemente probado en el plenario, el fruto de la gestación de Y. F. se obtuvo sin vida, porque al realizar el procedimiento quirúrgico, se encontró que el mortinato tenía el cordón umbilical blanco, no tenía fluido sanguíneo, ni palpitaciones, estaba flácido y no presentó llanto, seguidamente se entregó para reanimación sin resultados positivos.

Los dictámenes de medicina legal son concluyentes al señalar que la razón para que la criatura no naciera se atribuye a la presencia de meconio espeso, seco, en orificio nasal y en toda la extensión del intestino grueso se encontraron signos inespecíficos de hipoxia por congestión visceral, neumonía intrauterina y bronco aspiración de líquido amniótico, situación que de ninguna manera compromete la responsabilidad del médico ginecólogo, por lo cual este Tribunal advierte que el comportamiento endilgado por la Fiscalía resulta atípico a la luz del derecho sustancial penal; no hubo homicidio culposo pues el no nato alojado en el vientre de Y. F. no sobrevivió siquiera un instante, tampoco podría hablarse de lesiones culposas al feto porque el profesional de la salud desplegó sus conocimientos, su experiencia y utilizó todos los protocolos que exige la Lex Artis en el procedimiento adoptado.

(...)

Para la Sala es claro que no hubo homicidio culposo, pues como se dijo en precedencia, para que se pueda hablar de homicidio de una persona, esta debe existir, y se habla de existencia cuando el ser se separa completamente de su madre y ha sobrevivido a la separación aunque sea un momento, situación ajena al caso sub examine.

Respecto de las lesiones culposas que podrían predicarse en este caso, se demostró dentro del proceso que no se presentó ninguno de los generadores de la culpa -negligencia, imprudencia o impericia- por parte del profesional de la salud, pues las circunstancias que rodearon el infortunado suceso, fueron completamente exógenas a su voluntad.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Presidente

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora