

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

BOLETIN No. 007 – Noviembre 2012

PRESENTACIÓN

En cumplimiento al compromiso adquirido con la comunidad jurídica, consistente en poner en su conocimiento el fruto de la facultad de administrar justicia con que han sido revestidos los Magistrados de este Cuerpo Colegiado, presentamos a ustedes el Boletín N° 7 correspondiente al mes de Noviembre de la anualidad en curso, agradeciendo a quienes han contribuido a su construcción su pronta disposición para informar sobre la actividad judicial desarrollada, y a sus lectores por la acogida y glosas que sobre el mismo puedan realizar.

Las puertas académicas de esta Corporación siguen abiertas para recepcionar inquietudes y sugerencias que propendan por su mejoría, pues estamos convencidos que el debate jurídico siempre debe ser enriquecido, y tal cometido solamente es alcanzable en la medida en que todos los actores sociales seamos oferentes de ideas que atiendan las demandas que el mismo exige a quienes una vez decidimos navegar, mas no naufragar, por los inmensos océanos del mundo jurídico. Esperamos, que éste instrumento pueda ser una Carta de Navegación que permita direccionar nuestro timón hacia puerto seguro.

JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Presidente Tribunal Superior

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

BOLETIN No. 007 – Noviembre 2012

1. SALA CIVIL-FAMILIA

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL–Daños producidos por la suspensión del servicio de energía eléctrica/ **CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES**–Es de adhesión y se restringe la autonomía privada de las partes/**CONFESIÓN DEL INCUMPLIMIENTO** – Se produce cuando la demandada admite que por error libró la orden de corte del servicio y posteriormente ordena la reconexión/ **PERJUICIOS MATERIALES**–Su falta de demostración y cuantía hace nugatoria esta pretensión/**PERJUICIOS MORALES**–Deben ser resarcidos por la tristeza y aflicción padecida por el actor para la época de fiestas decembrinas.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR. Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS

Causa fáctica. En el presente caso, la parte actora pretende el resarcimiento del daño derivado de la suspensión – que considera injustificada– del servicio de energía eléctrica en el inmueble de su propiedad durante los días 24 a 26 de diciembre de 2003, actuación imputable a la empresa prestadora de tal servicio, toda vez que se debió a un error de la demandada, razón por la cual persigue le sean indemnizados los perjuicios causados.

Extractos. “Con todo, volviendo a la tradicional e histórica distinción entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, para el caso sometido a estudio, para el Tribunal resulta incontrovertible, que éste debe juzgarse a la luz de la responsabilidad civil contractual, pues, es cierto que entre las partes para el momento de los hechos estaba vigente y en ejecución el contrato de condiciones uniformes bajo las cuales la demandada Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., prestaba el servicio de energía eléctrica al demandante Wilson Mazenett Guido, contrato que desde ahora se afirma, con fundamento en las pruebas que militan en el plenario, fue incumplido injustificadamente por la empresa demandada.

A manera tangencial se recuerda que, en estos contratos de condiciones uniformes, el principio de autonomía de la voluntad privada se restringe como quiera que son negocios jurídicos contractuales de adhesión, y por lo mismo su régimen particular debe aplicarse sin deterioro o negación de los derechos de la parte débil que generalmente asume la posición de usuario o consumidor, restricción de autonomía que la Corte Suprema ha delineado así:

(...)

Aquí, el actor a efectos contractuales con la demandada, tiene como número de identificación del contrato o NIC. 2116171, según se aprecia en la factura incorporada al plenario (folio 24 cuaderno principal), en la comunicación remitida al demandante por la demandada adiada 13 de enero de 2004, (folio 28 cuaderno principal), en el acta de suspensión, corte o reconexión consecutivo 1627898 (folio 29 cuaderno principal), contrato cuyo texto se aportó por la demandada al contestar la demanda (folios 68 a 79 cuaderno principal), situación fáctica pacífica e indiscutida por los litigantes.

En concreto, existiendo entre las partes litigantes la relación contractual mencionada restaría por averiguar la presencia o no de su incumplimiento, la imputabilidad del hecho generador del incumplimiento, y, la existencia y extensión de daños resarcibles a efectos de predicar la responsabilidad civil contractual.

El incumplimiento de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., del contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio de energía eléctrica ajustado con el demandante, está probado en forma contundente como bien se concluye por la sentencia combatida.

En efecto, la factura numero 11100312009775, a cargo del demandante, quien se identifica para efectos contractuales con el NIC. 2116171, expedida por Electricaribe S.A. E.S.P., el 4 de diciembre de 2003, con fecha de pago oportuno hasta 15 de diciembre de 2003, por valor de \$ 125,740,00, (folio 24 cuaderno principal), fue cancelada el día 10 de diciembre de 2003, de tal suerte que por el periodo facturado, comprendido, entre el 4 de noviembre y el 4 de diciembre de 2003, el usuario demandante se encontraba al día en el pago del señalado servicio de energía, y por lo mismo cumplía cabalmente su principal obligación contractual de pagar oportunamente las facturas de cobro expedidas por Electricaribe S.A. E.S.P., a tenor de la cláusula décima cuarta (14), numeral 1 del contrato de condiciones uniformes que milita como prueba en el proceso (folio 71 vuelto, cuaderno principal), y, parece cierto afirmar con rotundidad que, la demandada no podía legalmente ordenar el corte del suministro de energía eléctrica al inmueble habitado por el demandado, el día 24 de diciembre de 2003, como ocurrió en esa fecha tan significativa en nuestro país. Y, según lo explicado, en armonía con el clausulado del contrato de condiciones uniformes, se repite, la demandada incumplió, sin justificación alguna, su principal obligación de prestar el servicio de energía eléctrica en forma continua y con la calidad establecida en la normatividad que regula la materia, vale decir, Electricaribe S.A. E.S.P., incumplió la cláusula décima tercera (13), numeral 1 del contrato celebrado con el demandante, que contiene las llamadas por el contrato “obligaciones generales de Electricaribe”, (folio 71 vuelto cuaderno principal), incumplimiento que la demandada curiosamente reconoce expresamente en la comunicación remitida el 13 de enero de 2004, al demandante, en los términos siguientes: “... *Por inconsistencias presentadas en nuestro sistema de gestión comercial, la factura por la irregularidad, salió a corte, razón por la cual se procedió a generar orden de reconexión N° 8352651, se procedió a la reinstalación del servicio, por lo cual agradecemos su espera y le ofrecemos nuestras más sinceras disculpas por los inconvenientes causados...*” (Folio 28 cuaderno principal), expresiones que comportan a efectos probatorios una verdadera confesión del incumplimiento del contrato celebrado entre las partes.

Finalmente, nótese que la demandada no podía válidamente suspender el servicio al inmueble del profesional demandante, porque si bien es cierto que el usuario había sido multado por presuntas irregularidades en cuantía de \$ 400.910.00, tal multa para la época de los hechos, es decir, 24 de diciembre de 2003, no estaba en firme como quiera que frente a la misma sanción pecuniaria se tramitaban recursos ordinarios en vía gubernativa ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, según se admite por la misma demandada en la comunicación de enero 13 de 2004,

dirigida al señor Wilson Mazenett Guido, demandante en esta causa (folio 28 cuaderno principal), situación de litis pendencia sobre la multa que impedía, según el contrato, la suspensión del servicio de energía eléctrica.

En punto de los perjuicios materiales y morales reclamados por el demandante, derivados del corte de energía eléctrica en su inmueble durante los días 24 a 26 de diciembre de 2003, imputables a la demandada, por el incumplimiento del contrato, el Tribunal, respalda parcialmente la decisión del juzgado de conocimiento, en el sentido de absolver a la empresa demandada de los daños materiales alegados por el actor, pues, ciertamente, no existe prueba idónea de su existencia y de su cuantía, debiendo haberse satisfecho tal carga probatoria sobre el daño, por el demandante, a tono con lo señalado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, empero, condenará, según explicación que seguidamente se ofrece, a la demandada, al pago de perjuicios morales o inmateriales causados al abogado demandante por el corte injustificado de energía para la época navideña de 2003, daño imputable a Electricaribe S.A. E.S.P., como ha quedado demostrado.

(...)

No sobra decir que el incumplimiento de un contrato no sólo genera daños patrimoniales o materiales sino también que tal incumplimiento negocial puede afectar o dañar bienes inmateriales de la persona humana, y, por tanto, en estos casos se abre paso el resarcimiento del daño moral o inmaterial derivado, se repite, de un incumplimiento contractual.¹

En la especie de esta litis está probado que la demandada, sin justificación alguna, cortó el servicio de energía eléctrica en la casa de habitación del demandante por los días 24, 25 y 26 de diciembre de 2003, y que tal hecho implicó que una fiesta navideña programada por el abogado demandante no tuviese un desarrollo normal, según lo informan con claridad los testigos Álvaro Mozo Gallardo (Folios 109 a 112, cuaderno principal), Eduardo Arbini Carbonell (Folios 128 y 129, cuaderno principal), Jairo Manases (Folios 130 y 131, cuaderno principal), y Eduardo Alvarado Ciodasro (Folios 138 a 140, cuaderno principal), situación particularmente frustrante, generadora de impotencia y desasosiego para cualquier persona en Colombia, si se repara que se trataba de la celebración del día o víspera de navidad, época trascendente en nuestro entorno cultural.

Y en efecto, analizando los testimonios recaudados en primera instancia, esta Sala tiene certeza del grado de aflicción en que se sumió el demandante, señor Mazzenette Guido, como producto del corte abrupto del servicio de energía, pues los invitados a la fiesta programada por el demandante dan fe de ello. Por su parte, el señor Eduardo Ignacio Arbini Carbonell, señala que arribó a eso de las 11:00 p.m. a la casa del demandante *“el Dr. Wilson estaba sentado en una escalerita, todo decaído”*². A su turno, el señor Jairo Manases Marrugo, sobre el estado de ánimo del demandante, declaró que *“se encontraba bastante molesto porque era una falta de respeto, ya que el pagaba sus recibos a tiempo”,* y, más adelante, el mismo testigo acotó que en broma le manifestó *“que era el colmo que no hubiere pagado la luz, que se había vuelto conejero...que era mala paga”*³. Por su parte, el señor Eduardo Alvarado Ciodaro, afirmó categóricamente *“el honor del cuñado quedó por el piso, todo el mundo lo trató de pícaro, porque era moroso con Electricaribe, todos sus amigos, compañeros de labores lo molestaron el rato que compartiendo allí con él”*.

¹ Entre nosotros la indemnización de perjuicios morales derivados de incumplimiento contractual se reconoce expresamente por el Legislador, caso concreto, para el contrato de transporte, según los términos del artículo 1006 Código de Comercio, y se admiten, pacíficamente, por jurisprudencia, para el incumplimiento del contrato de prestación de servicios médicos u hospitalarios.

² Ver folio 129 del cuaderno principal

³ Ver folio 130 del cuaderno principal

En suma, a juicio de la Corporación, el incumplimiento contractual de la demandada traducido en la suspensión del servicio de energía eléctrica en el inmueble del actor en la época navideña del año 2003, si produjo daño inmaterial que debe ser resarcido por la empresa prestadora del servicio público, como quiera que, sin hesitación alguna, tal hecho genera afectación en la esfera íntima de la persona humana, entre otras cosas, incide en su buen nombre, su tranquilidad, y porque no, en su derecho a la sana diversión y esparcimiento con sus amigos y familiares en época tan relevante en nuestro país.”

FUENTE NORMATIVA: C.S.J. Casación civil de 30 de agosto de 2011, Ref. 1999- 01957-01, M.P. William Namén Vargas, artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, Sentencia Caso Villaveces, Corte Suprema, Sentencia de 21 de julio de 1922

DEMANDANTE: Wilson Mazonett Guido

DEMANDADO: Electricaribe S.A. E.S.P.

FECHA: Veintinueve (29) de octubre de dos mil doce (2012)

RADICACIÓN: 08-001-31-03-008-2005-00065-01/36.510

DECISIÓN: Revoca Decisión De Primera Instancia. Condena Al Pago De Perjuicios Morales

SEPARACIÓN DE CUERPOS POR MÁS DE DOS AÑOS–Constituye causal objetiva para decretar la cesación de los efectos civiles del matrimonio eclesiástico/**DIVORCIO**–Quien resulte ser cónyuge culpable será condenado a suministrar alimentos/**INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE PADRE Y ESPOSO**–Como circunstancias que producen la ruptura de la comunidad marital

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: DRA. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ

Causa Fáctica. En el presente caso, la parte actora solicita que se decrete la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico por considerar que han transcurrido más de dos (2) años de su separación de cuerpos. Empero, la parte demandada si bien asiente esta afirmación, también informa que el demandante dio lugar a la comunidad de vida marital en razón a sus continuos incumplimientos de sus deberes como padre y esposo,

Extractos. “El demandante en el libelo incoatorio afirmó que desde hace más de dos (2) años contados en relación con la fecha de presentación de la demanda, se encuentra separado de hecho de su esposa, por razón de los maltratos físicos, verbales y psicológicos que de ésta recibía; en tanto que ésta en la contestación de la demanda contestó ser cierto el hecho de la separación de hecho por tiempo superior a dos (2) años, pero indica que ello se originó por razones diversas a las informadas por el demandante, puesto que ello ocurrió por el incumplimiento del actor de sus deberes de esposo y padre; con lo cual en principio puede considerarse que dadas las afirmaciones de los sujetos procesales, ninguna duda cabe acerca de que los cónyuges han estado de hecho, separados de cuerpo, por un lapso de tiempo superior a dos (2) años.

No obstante haberse allanado la demandada a este hecho, en declaración de parte rendida ante el juzgado del conocimiento desdice de lo afirmado en la contestación de demanda, para asegurar en la declaración de parte mencionada, que la separación ocurrida en el año 2007, fue interrumpida como un (1) año antes de dicha declaración, rendida en Diciembre 12 de 2011 (fls.44-50), por haberse producido una reconciliación privada con su cónyuge, como en el mes de Julio de 2010 hasta el mes de diciembre de ese mismo año. No obstante, la testigo citada por la demandada,

señora XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX manifiesta que los esposos se separaron en el año 2007 cuando el esposo abandonó el hogar y se fue a vivir donde una hermana de él en el municipio de Malambo, y a finales de ese mismo año intentaron reconciliarse, pero ello no fue posible dado que el señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX ya había formalizado una unión de hecho con otra señora.

Esta única prueba testimonial corrobora lo afirmado por el demandante en la demanda, aceptado por la demandada al contestarla, esto es, que los esposos se separaron de hecho desde el año 2007, que a finales de ese año intentaron reconciliarse y al no lograrse ese objetivo, se abandonaron definitivamente, sin reconciliación alguna, con lo cual se cumple el requisito previsto por el numeral 8° del art. 154 del Código Civil, modificado por el art. 6° de la ley 25 de 1992 para acceder a la cesación de efectos civiles del matrimonio católico entre éstos, puesto que en el proceso judicial no basta con que los sujetos procesales afirmen un hecho para tenerlo por demostrado, sino que es necesario demostrarlo a través de alguno de los medios probatorios aceptados, conforme lo previene el art. 177 del C.P.C., y en este caso, la demandada no comprobó el hecho que alegó en la declaración de parte, contradiciendo lo que previamente había admitido en la contestación de la demanda, por lo cual, en este aspecto, la sentencia de primer grado habrá de ser confirmada.

Ahora bien, aunque es cierto que la causal por la que se accede a declarar la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, esto es, la separación de cuerpos que ha perdurado por más de dos (2) años, es objetiva y por ende para su prosperidad no resulta necesario indagar acerca de cuál de los cónyuges propició la separación, también es cierto que en aquellos casos en que una de las partes solicite imponer las condenas que devienen de la culpabilidad en la configuración que dio origen a la separación de cuerpos, la circunstancia de que se trate de una causal objetiva, no impide que se realice tal examen en orden a establecer si el cónyuge que solicita alimentos, tiene derecho a percibirlos, como ha quedado establecido con la jurisprudencia citada en párrafos anteriores.

En este orden de ideas, encontramos que el demandante afirmó que la separación se produjo por los maltratos que recibía de su esposa; sin embargo nada demostró al respecto. La demandada en cambio, alegó que la separación se produjo por el grave y continuo incumplimiento del demandante, de sus deberes de esposo y padre; y al efecto allegó con la contestación de la demanda los Actas de audiencia de conciliación surtida en Octubre 17 de 2006 entre las partes ante la Comisaría Cuarta de Familia de Barranquilla, para el suministro de los alimentos del actor a su menor hija XXXXXXXXXXXX, y de audiencia de conciliación efectuada entre demandante y demandada el día 17 de Septiembre de 2007 ante el Fiscal Octavo Local de Barranquilla, para establecer la cuota alimentaria a cargo del actor y a favor de la menor hija común XXXXXXXXXXXX; además la testigo XXXXXXXXXXXX en su declaración jurada rendida en la audiencia del 12 de Diciembre de 2011 confirma lo revelado por las aludidas pruebas documentales, esto es, que el demandante no cumplía con su obligación de sostenimiento de su hija XXXXXXXXXXXX, puesto que desde antes de producirse la separación tuvo que ser demandado para que le suministrara alimentos; y tampoco cumplió su deber de solidaridad y ayuda mutua con su esposa XXXXXXXXXXXX, pues en una noche la expulsó y a su menor hija del hogar que compartían y luego la abandonó y se fue a vivir con una hermana de él en el Municipio de Malambo.

Así las cosas, ha de imponerse al cónyuge que dio lugar a la separación de cuerpos la sanción que establece el art. 411, modificado por el art. 23 de la Ley 1ª de 1976, según el cual se deben alimentos *“A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa”*; por lo que en este aspecto se revocará el numeral 5° de la parte resolutive de la sentencia impugnada, y en su lugar se condenará al demandante a suministrar a la demandada el equivalente al 10% del salario y demás prestaciones sociales que devengue en calidad de trabajador de la empresa

TEMPO-ULTRA, donde labora según lo certifica la empresa MUEBLES JAMAR, que lo tiene trabajando en su industria, en calidad de trabajador suministrado por TEMPO-ULTRA.

En relación con los alimentos a favor de la menor XXXXXXXXXXX se modificará el punto 4° de la sentencia apelada, para condenar al demandante a suministrarlos en cuantía equivalente al 20% de los salarios y demás prestaciones sociales que percibe en calidad de trabajador de la empresa TEMPO-ULTRA o de cualquier otra que llegare a emplearlo, dado que se evidencia en el plenario que el padre y ahora demandante ha incumplido de manera sistemática con la obligación de aportar los recursos económicos necesarios para el sustento de su menor hija.”

FUENTE NORMATIVA: artículos 113, 152 modificado por la Ley 25 de 1992, 154 numeral 8° del Código Civil, Corte Constitucional, sentencias C-985 de Diciembre 2 de 2010 y C-1495 de Noviembre 2 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

FECHA: 24 de Septiembre de 2012

RADICACIÓN: 08-001-31-10-006-2011-00343-01/00025-2012-F

DECISIÓN: Confirma parcialmente la sentencia, modifica y revoca puntos de condena de alimentos.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL MÉDICA-Deviene del consentimiento informado prestado por el paciente/**PROTOCOLO MÉDICO**- Es aquel que debió seguir la entidad demandada al asumir la patología del paciente/**DAÑO MORAL**-No existe en la legislación y jurisprudencia una forma de tasación en razón a que el perjuicio que origina es de orden inmaterial.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. LILIAN PÁJARO DE DE SILVESTRI

Causa Fáctica. En el presente caso, el actor acude a la IPS de la red de prestadores de la EPS a la cual se encuentra afiliado, por un fuerte dolor en la región testicular, frente a lo cual resulta ser tratado con analgésicos y medios de diagnóstico que resultaron insuficientes para atender adecuadamente la dolencia que lo aquejaba, lo cual en último terminó con la extirpación de uno de sus testículos, que se encontraba en estado de necrosamiento.

Extractos. *“En el caso bajo examen, de los hechos narrados en la demanda y de los documentos allegados al expediente, se hace clara la existencia de un consentimiento por parte del señor JOSE FERNANDO ESTRADA REALES y de la obligación de la FUNDACION MEDICO PREVENTIVA CLINICA DEL PRADO.*

Esclarecido así el carácter contractual de la relación, resta por definir el tipo de obligación de la cual la Fundación Médico Preventiva Clínica del Prado, resultaba deudora.

(...)

Para efectos de probar la falta de cuidado de la demandada, allegó el señor José Fernando Estrada Reales.

- Copia del carnet que lo acredita como usuario de la EPS Salud Total, entidad que a su vez tenía contrato de prestación de servicios con la entidad demandada;

- Historia clínica de urgencias de la primera vez que llegó a la pluricitada clínica (folio 9 C.P.), con orden de remisión de Salud Total, donde se advierte la presencia de dolor a la digitopresión en el testículo izquierdo, acompañado de edema, y se establece como posibles diagnósticos Epididimitis o torsión testicular, recomendándose ecografía testicular y aplicación de dipirona y diclofenaco. No hay diagnóstico de egreso.
- Informe de enfermería donde se describe la estadía del paciente en la clínica, informándose que luego de la aplicación de los medicamentos el paciente había expresado sentirse mejor, siendo dado de alta con un diagnóstico de litiasis renal. Prescripción de analgésicos y control por consulta externa.
- Ecografía testicular realizada en la entidad demandada que da como resultado: “ambos testículos der e izq se observan de forma, tamaño y ecogenicidad habituales.
No hay proceso inflamatorio ni CIA a nivel de parenquima testicular.

Existe mínima retención de líquido en ambas bolsas (especialmente la Izquierda).

Ambos elidimos der e Izq son ecográficamente normales.

(...)

I Dx: Ligera retención líquida en ambas bolsas escrotales”

- Formato único de referencia y contrareferencia de la EPS Salud Total, con fecha enero 9 de 2001, observándose en su parte legible (folio 12 vuelta) la siguiente impresión:
“Antecedente varicocelectomía izquierda en febrero de 2000.

Ahora inflamación testicular derecha. Esta inflamación inició con dolor testicular derecho el día viernes 5. I 2001 ***** a ***** fue egresado y luego vuelto a valorar por Urólogo y le inician tto para posible orquiepididimitis.

Al examen físico encuentra dolor leve y pérdida de homogeneidad típica de torsión testicular tardía.

Se ordena ecografía testicular Doppler urgente.”

12.1.01

Valora Paciente con Ecografía Doppler que muestra torsión testicular con signos de necrosis y ausencia de flujo en zona periférica y central.

Se envía urgente a Clínica afiliada para urgencias.”

- Ecografía realizada en el Centro de Diagnóstico Ultrasonográfico e Imágenes Cediul, que arroja como impresión ecográfica:
 1. Consideramos que se trata de una torsión del testículo y del epididimo derecho, con aumento de su tamaño y signos de necrosis.
 2. Hay ausencia de flujo sanguíneo arterial tanto en la zona periférica como central del testículo y del epididimo derecho.
 3. Hay edema reactivo del escroto derecho.
 4. Testículo y epidídimo izquierdo son normales”

- Documentos manuscrito que muestra el diagnostico de necrosis testicular derecha y el plan de orquidectomía radical derecha.
- Informe de Patología realizado luego de la cirugía, que arroja
 1. Parenquima testicular con.
 - a. Necrosis hemorrágica global.
 - b. Estudio negativo para malignidad.

2.2.2. La Clínica demandada argumenta en su defensa, a través de apoderado judicial:

- Que el paciente fue atendido por urgencias, siendo evaluado de acuerdo a las directrices trazadas en el POS respecto a lo que se considera una urgencia y en determinado momento “pudo ser egresado de la institución para que su médico tratante por consulta externa le autorizara los exámenes diagnósticos que la Clínica no podía autorizar”.
- Que la clínica actuó con diligencia, de acuerdo con el POS, itera, y que no puede autorizar exámenes diagnósticos autónomamente pues en muchos casos se necesita autorización de la EPS, tal como aconteció con el demandante.
- Que al demandante se le practicaron los exámenes diagnósticos que acorde a la cobertura del nivel de atención de su caso legalmente le correspondían.
- Que “el demandante debió padecer malestares en sus testículos con antelación al momento de la consulta por urgencias ante la Clínica el Prado, hecho que nos indica de acuerdo a lo establecido en el POS que no se trataba de una Urgencia Vital, sino de una sintomatología derivada de **un posible descuido por parte del mismo en continuar con el tratamiento médico** y los controles que su caso requiere, **y que una vez evaluado diagnosticado y estabilizado, acorde al protocolo médico podía dársele de alta para que continuase su tratamiento** con el médico familiar por consulta externa y fuese remitido a un especialista...” (folio 72 C.P.) (Resaltado fuera de texto)
- **Que si al paciente no se le practicaron exámenes diagnósticos más complejos y avanzados es por que no caso no lo ameritaba**, razón por la cual es egresado y remitido al médico general para que el mismo autorizara su remisión al urólogo, procedimiento este exclusivamente inherente a la EPS.

2.2.3. Abierto el proceso a pruebas, se recepcionó el interrogatorio del señor José Fernando Estrada Reales, quien relató:

“...El día 5 de Enero del año 2001, como a las doce del medio día (12.00 M) sentí un fuerte dolor en el testículo derecho, por lo cual me presenté en Salud Total en las dependencias de la CLINICA DEL PRADO-2° Piso, donde el Dr. Que me atendió de Salud Total cuyo nombre no recuerdo me examinó, me colocó unos calmantes, pero éste dolor nunca se me desapareció en vista de esto el Dr. Decidió remitirme a Urgencias de la Clínica del Prado en el 1° Piso en donde los médicos que me atendieron me examinaron otra vez, me colocaron una serie de calmantes y en vista de que el dolor no se me quitaba y el testículo derecho no se me desinflamaba optaron por hacerme una ECOGRAFIA NORMAL, a colocarme otro calmante y remitirme para la casa a eso de las 11 P.M. diciéndome que ese dolor y la inflamación del testículo derecho se me iban a desaparecer con unos desinflamatorios y unos calmantes, los cuales nunca me hicieron efecto y dado esto me vi obligado a pedir una cita a SALUD TOTAL donde el médico que me atendió cuyo nombre no recuerdo, viendo el testículo en la inflamación y el color que presentaba decidió remitirme al UROLOGO Dr. JAVIER MOLINA de la E.P.S. (SALUD TOTAL), este me comentó que tenía que hacerme una ECOGRAFIA DOPPLER, urgente ósea el día 11 de Enero de 2011, es decir el mismo día que me atendió, porque debido a la forma en que estaba el testículo y los días que habían transcurrido tenía el temor de que tuviera que perder el testículo y dañara el otro testículo izquierdo; que tenía que llevar la mencionada ecografía al día siguiente en horas en que él estaba laborando y sin cita previa, todo esto debido a la gravedad del asunto. Esta ECOGRAFIA realizada en el CENTRO DE DIAGNOSTICO ULTRASONOGRAFICO E IMÁGENES (CEDIUL) arrojó que el TESTICULO DERECHO

ESTABA MUERTO y el Dr. JAVIER MOLINA UROLOGO DE SALUD TOTAL, procedió a intervenirme quirúrgicamente al ver la gravedad del testículo derecho y no lo pensó ni un instante más, es decir que él vio la ECOGRAFIA DOPPLER aproximadamente a las cinco (5.00 P.M.) del día 12 de Enero de 2.001 y me operó a las 8 de la mañana (8.00 A.M.) del día 13 de Enero de 2.001 sin programarme por la urgencia del caso. En vista del daño que presentaba el TESTICULO DERECHO LO RETIRO EXTIRPANDOLO, de ahí decidió mandar a PATOLOGÍA el resultado de la operación que afortunadamente gracias a Dios no sucedieron hecho lamentables como es un cáncer y la pérdida del otro testículo izquierdo, pero si quedé inhábil para trabajar en trabajos pesados o en cualquier otro trabajo; por éste motivo me vi en la obligación de demandar a la CLINICA DEL PRADO por no tratarme a tiempo con los elementos necesarios en el momento en que presenté el fuerte dolor y no me dieron un diagnóstico exacto de lo que yo sentía como tampoco me hicieron una ECOGRAFIA DOPPLER que si la hubieran hecho quizás no estuviera pasando por este lamentable suceso, ya que en el estado en que yo me encuentro con un solo testículo y haber perdido el otro no puedo LABORAR EN NINGUNA EMPRESA debido a esta impase....”

El Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, definió la patología del demandante, describiéndola, conforme la literatura médica consultada, así:

“El dolor testicular agudo es una de las urgencias que requieren rápida actuación por parte del especialista médico. Fundamentalmente existen tres (3) entidades clínicas que puedan ocasionar un cuadro de dolor agudo testicular, los cuales son: 1) Orquiepididimitis (infección del testículo). 2) Torsión testicular. 3) Torsión de una hidátide de Morgagni.

La torsión testicular es la mas grave de las tres, es más frecuente en recién nacidos o en adolescentes y el diagnóstico precoz es fundamental, consiste en el giro (torsión) del testículo sobre los elementos del cordón espermático (vasos testiculares y deferentes), esta torsión compromete el aporte de sangre al testículo y si no se corrige en las primeras 4-6 horas de dolor, se puede producir la necrosis irreversible del testículo. El tratamiento debe ser quirúrgico, procediéndose a la distorsión del teste y así se recupera su vascularización, se procede a su fijación para prevenir nuevas torsiones. **Solo la gamagrafia escrotal en las primeras horas y/o la ecografía doppler que nos puede medir el flujo de sangre arterial al testículo, podrán asegurarnos el diagnóstico. Dada la gravedad de esta entidad clínica, cuando no sea posible descartarla con los medios disponibles se recomienda la exploración quirúrgica con el objeto de “salvar el testículo” (resaltado fuera de texto)**

Luego, después de hacer una transcripción de la historia clínica allegada, el médico forense genera unos interrogantes que a su juicio deben ser absueltos por un especialista en urología, expresando la imposibilidad de llegar a una conclusión objetiva y termina contestando varias preguntas, entre las cuales se encuentra

¿Cuál debió ser el manejo médico para la situación del paciente?

RESPUESTA: 1. Examen clínico. 2- Examen de laboratorio, cuadro hemático, parcial de orina. 3- Examen paraclínico, ecografía doppler testicular. 4- examen de especialista por urología. 5- definir conducta según el caso (médico o quirúrgico)

Ante la necesidad de contar con el criterio de un urólogo, tal como lo expresa el médico forense adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal, se decreta tal peritazgo, el que no pudo ser muy amplio debido a la remisión de información incompleta. Sin embargo, al primer interrogante, se contestó como a continuación se transcribe:

¿Si una ecografía escrotal o testicular es igual o no de útil en comparación a una ecografía Doppler testicular, en cuanto a precisión del diagnóstico de torsión testicular. Teniendo en cuenta que en el primer ingreso a urgencia el 05 de enero de 2001, el paciente tenía como diagnóstico presuntivo: Epididimitis y torsión del testículo interrogado dos veces?

R/ El escroto agudo y en especial la torsión, se caracteriza por presentar una historia clínica cuyo diagnóstico diferencial es bastante inespecífico, lo mismo que los hallazgos en el examen físico, los cuales se oscurecen con el transcurrir del tiempo. Algunos exámenes pueden contribuir al diagnóstico diferencial.

La ecografía doppler testicular tiene una sensibilidad cercana al 85% y una especificidad cercana al 75%, pero tiene un número importante de falsos positivos y más grave aún de falsos negativos, sin embargo, ofrece grandes ventajas sobre la ecografía testicular, teniendo en cuenta que permite observar el flujo sanguíneo. **POR LO TANTO NO SE RECOMIENDA UNA ECOGRAFIA TESTICULAR SIN ANALISIS DOPPLER PARA DESCARTAR O CONFIRMAR UNA TORSIÓN TESTICULAR***
(Resultado fuera de texto)

2.2.4. Ello relieves que existieron errores en el protocolo médico seguido, por cuanto, a pesar de considerar la torsión testicular como un posible diagnóstico, como viene de verse en la historia clínica recabada, no se realizaron al paciente los exámenes idóneos para descartarla, conforme dictamen de especialista en urología, entre los que se encuentra la ecografía doppler, que determina el flujo de los vasos sanguíneos a los tejidos.

Ahora, no es de recibo el argumento de la entidad demandada en lo que se refiere a la falta de tecnología del año 2001, pues bien viene de verse que la ecografía doppler donde se evidenció el proceso necrótico del testículo derecho, fue realizada tan solo 6 días después de practicada la ecografía testicular normal, lo que demuestra que la tecnología existía y ante el dolor manifiesto del señor José Fernando Estrada, debió practicarse al considerarse una urgencia.

2.2.5. Argumenta en segunda instancia, que el señor Estrada Reales no pudo tener Torsión testicular al momento de arribar a la Clínica del Prado, pues es una lesión con evolución de 24 horas. En tal razón, no es factible que hayan transcurrido 8 días entre su inicio y la necrotización del tejido.

Al respecto, se aclara al apoderado de la parte demandada, que no fueron ocho días de evolución, como lo expresó en sus alegatos de segunda instancia, pues el paciente salió de la Clínica del Prado a las 11 de la noche del 5 de enero de 2001 y acudió a las instalaciones de salud total por segunda vez el 9 del mismo mes debido al agravamiento de su dolor, siendo intervenido luego de realizada la segunda ecografía (doppler) el 11 del mismo mes.

Que para fundamentar su alegato de inexistencia de torsión testicular al momento de llegar a la clínica, la demandada trae a colación literatura médica de origen desconocido, pues omite señalar el autor de tales conceptos especializados, sin detenerse a probar por medios idóneos, que el proceso de necrosis se dio por causas ajenas al motivo de la consulta, y transcurrió 6 días después, y no antes, carga que le correspondía.

2.2.5.1. Conforme Oscar Eduardo Henao Carrasquilla⁴, la carga de la prueba es la situación jurídica en que la ley coloca a cada una de las partes, consistente en el imperativo de probar determinados hechos en su propio interés, de tal modo que si no cumplen con ese imperativo se ubicarán en una situación de desventaja respecto de la sentencia que se espera con arreglo a derecho.

⁴ Comentarios al Código de Procedimiento Civil

En el ámbito de la responsabilidad médica el carácter de la carga de la prueba, es dinámico, de acuerdo con las circunstancias de hecho y las características del caso, conforme lo establece la Corte Suprema de Justicia.

En el caso bajo examen, cumplió el demandando con su carga, allegando la copia de la historia clínica y demás documentos que demostraron su arribo a la institución hospitalaria, los exámenes realizados y la posterior extirpación de su testículo derecho.

Por su parte, la actividad defensiva de la Clínica del Prado fue pobre, quedando claro con las experticias realizadas que no se desplegó sobre el paciente la atención que su caso demandaba, concluyéndose que se pudo prever la agravación de su patología, de haberse aplicado el protocolo determinado.

3. En cuanto a los daños deprecados, es realidad que no milita en el informativo prueba que demuestre cual fue la disminución patrimonial sufrida por el actor en razón de la extirpación de que fue objeto, así las cosas se confirmará la decisión del A quo que negó tal pretensión indemnizatoria del **daño material**.

Respecto del **daño moral**, no tienen un sistema o procedimiento para su evaluación en la ley colombiana. En principio, eran considerados como no indemnizables. Sin embargo, en 1936 el Código Penal comenzó a mencionarlos, y con posterioridad el Código Penal de 1980 estableció en su artículo 103 que el hecho punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan, de igual forma el artículo 106 estableció que si el daño moral ocasionado por el hecho punible no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podría fijar el Juez prudencialmente su indemnización.

Anotado lo anterior, podemos concluir que la legislación colombiana acepta la necesaria indemnización de los perjuicios morales, y su respectiva división en objetivados y subjetivos, refiriéndose los primeros a las repercusiones económicas de las angustias o impactos psicológicos, y los segundos a la angustia, dolor y malestar que se sufre por el impacto emocional del daño, este concepto creación inicialmente de la Jurisprudencia francesa, ha sido utilizada en innumerables ocasiones por parte del Consejo de Estado y posteriormente por la Corte Suprema de Justicia.

(...)

En ausencia de mandato legal al respecto, la Sala tendrá en cuenta para la evaluación de la apreciación monetaria dada a la indemnización de las accionantes, los toques máximos que ha venido señalando la jurisprudencia, dentro de los cuales debe moverse el monto de la compensación por el perjuicio moral.

Acogió el A quo el límite máximo que la H. Corte Suprema de Justicia prevé para indemnizar tal daño moral por muerte de la víctima, sin detenerse un instante a analizar que el actor había solicitado menos del valor otorgado, aunado que no falleció, quedando con una limitación física que no impide el desarrollo de su vida sexual y reproductiva; perjuicio que en equidad se reduce a \$10.000.000.00, suma que se ordenará pagar”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de Septiembre 12 de 1985 y 12 de Julio de 1987, artículo 103 y 106 Código Penal de 1980.

FECHA: Octubre 24 de 2012

DEMANDANTE: Jose Fernando Estrada Reales

DEMANDADO: Fundación Médico Preventiva Clínica El Prado

RADICACIÓN: 08-001-31-03-013-2005-00069-01/36226

DECISIÓN. Modifica parcialmente y confirma sentencia de primera instancia.

2. SALA LABORAL

CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA DE DESPIDO–Corresponde al trabajador demostrar el hecho del despido y al empleador la justa causa que se configura para su desvinculación/ **QUEJA POR ACOSO LABORAL**–Eficacia del despido que se produce en el periodo de gracia que concede el legislador/ **HOSTIGAMIENTO LABORAL**–Concepto en la doctrina internacional/**PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES**–Deben cancelarse al trabajador cuyo despido resulta ineficaz por haberse realizado dentro de los seis (6) siguientes a la interposición de querrela por acoso laboral sin previo permiso del Ministerio del Trabajo

MAGISTRADO SUSTANCIADOR. Dr. JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ALVÁREZ

Causa fáctica. En el presente caso, la parte actora pretende ser restituido a su puesto de trabajo, pues considera que fue desvinculado encontrándose en el período de gracia que la Ley 1010 de 2006 (acoso laboral) prevé en favor de los trabajadores que interponen quejas contra su patrono por hostigamiento laboral, sin haber mediado permiso del Ministerio de Protección Social.

Extractos. “En el caso que nos ocupa, la conducta que se atribuye al demandante y que fuera considerada como falta grave para que el empleador finalizara el contrato de trabajo, fue plasmada en la carta de terminación del mismo (fls. 21 y 22). En este tipo de casos, al distribuirse la carga de la prueba al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y el derecho para que sus pretensiones sean acogidas, mientras que el empleador debe acreditar que éste no tiene derecho a lo que implora, ya que el despido se dio al configurarse una justa causa.

(...)

Pues bien, observa esta Colegiatura que entre los argumentos esbozados por el recurrente para derruir la sentencia de primer grado se expone el hecho que el a–quo desconoció que el actor se encontraba amparado con garantías legales establecidas en el artículo 11 de la ley 1010 de 2006, <Ley de Acoso Laboral>, dispuestas precisamente para evitar las actitudes retaliatorias del empleador cuando se presenta queja por el trabajador en tal sentido, y fue así que su despido se produjo dentro de los seis (6) meses siguientes a la presentación de la querrela por acoso laboral formulada por éste, y sin que para ello la empresa demandada hubiera solicitado autorización o permiso del Ministerio de la Protección Social, conducta violatoria de tales garantías legales, amén de que su petición fue verificada por la respectiva autoridad administrativa, quien le impuso sanción constitutiva de multa a la empleadora a raíz de la denuncia formulada.

Sobre el particular, es del caso anotar con relación a la ley 1010 de 2006, que la misma regula el tema del acoso laboral o *mobbing*, estableciendo en su artículo 2º que se entiende por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable encaminada a infundir al trabajador miedo, intimidación, terror y angustia, a causar un perjuicio laboral, generar desmotivación en su labor, o la dejación de su puesto de trabajo.

Según el Profesor Heinz Leymann⁵, quien es considerado el autor del concepto del *mobbing* con el cual se designa genéricamente el hostigamiento laboral en la doctrina internacional, el acoso puede definirse como “*Un conjunto de acciones de comunicación negativa dirigidas por una muchas personas en contra de otra, que salen a relucir con mucha frecuencia y durante mucho tiempo y en las que la relación entre el autor y la víctima se hace evidente*”. El mal ambiente de trabajo o cuchicheos y chismes no entran dentro del concepto de acoso laboral.

(...)

Por su parte, el artículo 11 de la citada ley estableció garantías para quienes acuden a la administración o a la justicia para denunciar el acoso laboral, precepto normativo que señaló, entre otras:

“Artículo 11. Garantías contra actitudes retaliatorias. *A fin de evitar actos de represalias contra quienes han formulado peticiones, quejas, y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, establezcan las siguientes garantías:*

- 1. La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima de acoso laboral, que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran, dentro de los seis meses (6) siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente, verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento. (Subraya la Sala).(…)”*

Descendiendo al *sublite*, resulta inobjetable que se vulneró por parte de la accionada las garantías de las que gozaba el trabajador una vez formuló la queja por acoso laboral ante el entonces Ministerio de la Protección Social. En efecto, resulta visiblemente claro que una vez impetrada por el trabajador la respectiva queja no podía ser despedido dentro de los seis (6) meses siguientes, como lo establece la citada norma, directriz que se incumplió por la convocada a juicio, toda vez que en la calenda del **27 de Noviembre de 2006** el gestor del proceso radicó bajo el N° 7267 querrela por acoso laboral⁶ contra el representante de la empresa, y se le dio por terminada la ligazón laboral que lo unía a su empleadora el día **18 de Diciembre de 2006** sin que mediara autorización por parte del Ministerio respectivo, es decir, cuando aún no habían transcurrido el término al que hace alusión la norma, razón suficiente entonces para que por este Juez Plural se declare **ineficaz** el despido acaecido, con las consecuencias propias de esa ineficacia, esto es, el que se entienda que la relación laboral vinculante se desarrolló sin solución de continuidad y por tanto hay lugar a ordenar la restitución del trabajador a las labores que venía desempeñando antes del acto ineficaz o inane, y a condenar a la accionada al pago de los salarios dejados de percibir desde el momento en que fue terminado su vínculo hasta cuando sea restituido en sus funciones; ello de conformidad a lo establecido en el artículo 140 del Código Sustantivo de Trabajo, que consagra: “*Durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del patrono*”, y como quiera que en el presente caso la ausencia en la prestación efectiva de las labores contratadas por parte del trabajador es imputable al empleador, es procedente entonces tal condena.

Además, y con relación a las prestaciones sociales reclamadas, es del caso anotar que para la Sala hay lugar a su reconocimiento y pago por cuanto si bien no se prestó el servicio por parte del trabajador demandante a órdenes de su

⁵ Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Consejo Superior de la Judicatura, Derecho Laboral Individual; primera edición, 2007, página 130.

⁶ Folio 26

empleadora, tal situación se generó como consecuencia de la decisión adoptada por ésta y que como se señaló en líneas precedentes es ineficaz por vulnerar las garantías con que contaba el trabajador una vez interpuesta la querrela por acoso laboral.

Y es que tal y como lo ha sostenido la doctrina especializada laboral⁷ a esta clase de despidos, <los ineficaces>, la ley niega cualquier eficacia jurídica, esto es, que se tienen por no hechos, sin la necesidad teórica de que lo declare así la justicia laboral, distinguiéndose estos de los *anulables* que son aquellos que acontecen en circunstancias que si bien no los hacen ineficaces, si dan lugar a una acción del trabajador que le permite solicitar su anulación a la justicia laboral.

Nuestro ordenamiento jurídico laboral, enlista dentro de los despidos catalogados como ineficaces, verbigracia: i) El despido de trabajadoras menores de edad cuando se encuentren en estado de embarazo o durante la lactancia sin la autorización del funcionario que controlan el trabajo de los menores (Código de Menores) ii) el producido durante el período en el cual la trabajadora está disfrutando de los descansos remunerados que la ley le otorga por su estado de embarazo, o de licencia por enfermedad motivada por ese mismo estado, (C.S.T Art 241), iii) Los despidos realizados a trabajadores desde que presentan pliego de peticiones hasta que se resuelva el conflicto, (*Fuero circunstancial*), evento este último en el cual se ha sostenido por la jurisprudencia que el efecto no puede ser la indemnización consagrada en el artículo 6° de la Ley 50 de 1990 que subrogó el artículo 8° del decreto 2351 de 1965, precepto que establece a favor de los trabajadores despedidos una indemnización por despido sin justa causa, sino que el mismo supone la continuidad del vínculo contractual con las consecuencias propias, entre otras, el pago de los salarios de acuerdo a lo establecido en el artículo 140 del C.S.T, y de los derechos prestacionales que la ley señala a cargo del empleador y las obligaciones de éste frente a la seguridad social en relación con el trabajador correspondiente.

Como el despido que se prohíbe mediante la garantía legal consagrada en el artículo 11 de la Ley 1010 del 2006, comporta la misma ineficacia en el sentido de que no produce efecto legal alguno cuando se realiza dentro de los seis (6) meses siguientes a la presentación de la queja de acoso laboral ante la respectiva autoridad administrativa y que la entidad haya verificado tal circunstancia, tenemos que llegar a la misma consideración de los casos de despidos anteriormente explicitados, es decir, que el patrono efectúa un acto viciado por que va en contra de expresa prohibición legal; y por ende, no produce consecuencia alguna, ya que contraría lo dispuesto en los artículos 13 y 43 del Código Sustantivo del Trabajo, relativos al mínimo de derechos y garantías que tiene a su favor el trabajador subordinado y a las cláusulas ineficaces del contrato de trabajo, ante la principalística de que en materia laboral son ineficaces los actos ilícitos o aquellos que desconozcan los derechos de los trabajadores.

(...)

Así las cosas, al estimarse ineficaz el despido del trabajador demandante, por haber sido desvinculado de sus labores antes del vencimiento del plazo de los seis (6) meses siguientes a la presentación de la queja por acoso laboral, y sin autorización del Ministerio de la Protección Social quien era en últimas el órgano encargado de determinar si había o no lugar a su retiro, amén que la entidad gubernamental hizo verificación de la comisión de los hechos puesto en conocimiento por el actor sancionando con multa a la empleadora; por lo que reitera la Sala, que al tenor de lo dispuesto en el Parágrafo del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, lo pertinente será la revocatoria de la sentencia de primera instancia para en su lugar declarar la ineficacia del despido acaecido en la calenda del 18 de Diciembre de

⁷ Revista Actualidad Laboral N° 56. Despidos Anulables, Ilícitos e Ineficaces, Consecuencias Jurídicas. Francisco Escobar Henríquez. Editorial Legis.

2006, y en consecuencia a ordenar la restitución del trabajador al cargo que venía desempeñando como Jefe de Tripulación de la empresa demandada, sin solución de continuidad en la relación laboral; condenando a la entidad demandada al pago de los salarios dejados de percibir por el trabajador desde cuando fue desvinculado hasta cuando se produzca su reinstalación de conformidad a lo establecido en el artículo 140 del C.S.T, como también al pago de las prestaciones correspondientes a ese período, debidamente indexados, al igual que las obligaciones que en materia de seguridad social tenga frente al trabajador.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 2º, 11, 15 de la ley 1010 de 2006, artículo 140 C.S.T.

FECHA: 17 de octubre de 2012

DEMANDANTE: Alexander Pineda Manjarrez

DEMANDADO: Transportadora de Valores Atlas Ltda

RADICACIÓN No. 47.326 – A

DECISIÓN: Revoca sentencia de primera instancia. Declara ineficaz despido del trabajador, ordena restitución al puesto de trabajo, condena al pago de salarios y prestaciones sociales.

FACULTADES EXTRA Y ULTRA PETITA–Para su ejercicio debe el juzgador ajustarse a los presupuestos que establece el artículo 50 del CPTSS/ **INDEXACIÓN O CORRECCIÓN MONETARIA**–Resulta aplicable este concepto cuando no existe una compensación por mora/ **RENDIMIENTOS FINANCIEROS**–Son los que generan una rentabilidad mínima para los aportes en las cuentas del régimen de ahorro individual

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: DRA. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ

Causa fáctica. En el presente caso, la parte actora solicitó al fondo de pensiones la devolución de saldos de su cuenta de ahorro individual, al considerarse que no cumplía con los requisitos mínimos para acceder a su pensión de vejez, petición que estimó debía hacerse con los dineros más los intereses, que se hubieren causado.

Extractos. “Primeramente se advierte por la Sala, que inexplicablemente el A quo dispuso la indexación de las sumas que ordenó devolver por concepto de “saldos y rendimientos”, sin que tal valorización monetaria haya sido solicitada por la demandante en su libelo de demanda, ni mucho menos haya indicado la Jueza los argumentos en que se sustenta para imponer a mutuo propio dicha condena, lo que refleja un fallo extra petita sin ajustarse a los precisos lineamientos del artículo 50 del C.P.T.S.S.

De manera, que no puede el fallador de primera instancia como lo hizo, abordar una temática que no se ventiló a lo largo del proceso, que no se formuló como pretensión en las oportunidades legales previstas, esto es en la demanda o en su adición <art. 28 del C.P.T>, dado que con ello no solamente se viola el derecho al debido proceso y de defensa que le asiste a la enjuiciada, sino que incluso llega a romper la congruencia de la sentencia, pues si bien es cierto que el Juez laboral tiene facultades extra y ultra petita, no es menos cierto que las mismas tienen como exigencia el que los hechos se hayan planteado, discutido y demostrado, luego la pretensión no puede incoarse o transformarse en el transcurso del proceso, por el contrario ella tiene que estar claramente definida desde los inicios de la relación jurídico procesal ya que con respecto a los límites dados por el accionante se admitirá o rechazará.

(...)

Precisado lo anterior, se debe clarificar por la Sala que la indexación o corrección monetaria ha sido decantada en nuestra jurisprudencia <Sent.20 de mayo de 1992, Rad.4645>, para aquellos eventos en que una acreencia laboral no tiene otro tipo de compensación de perjuicios por la mora, ya que de no ser así el trabajador estaría afectado en sus ingresos patrimoniales al recibir al cabo del tiempo el pago de una obligación en cantidad que resulta en la mayoría de las veces irrisoria por la permanente devaluación de la moneda en nuestro país.

Lo anterior no acontece en el caso examinado, habida razón de que el capital acumulado en las cuentas de ahorro individual en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, producen rendimientos financieros, los cuales tiene su génesis en el precepto constitucional contenido en el inciso final del artículo 48 de la C.P., que reza: *“(...) La Ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”*.

En desarrollo de este precepto constitucional, el legislador en el artículo 101 de la Ley 100 de 1.993, modificado por el artículo 52 de la Ley 1328 de 2009, estableció una rentabilidad mínima para los aportes en la cuentas de ahorro individual, al expresar:

“La totalidad de los rendimientos obtenidos en el manejo de los Fondos de Pensiones, una vez aplicadas las comisiones por mejor desempeño a que haya lugar, será abonada en las cuentas de ahorro pensional individual de los afiliados, a prorrata de las sumas acumuladas en cada una de ellas y de la permanencia de las mismas durante el respectivo período.

Las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones deberán garantizar a los afiliados una rentabilidad mínima de cada uno de los Fondos de Pensiones, la cual será determinada por el Gobierno Nacional.(Subrayado fuera de Texto)

En igual forma, deberán garantizar a los afiliados a los Fondos de Cesantías una rentabilidad mínima de cada uno de los portafolios de inversión administrados, que será determinada por el Gobierno Nacional.

En el caso de los Fondos de Cesantías, tratándose del portafolio que se defina para la inversión de los recursos de corto plazo destinados a atender las solicitudes de retiros anticipados, la rentabilidad mínima deberá tener como referente la tasa de interés de corto plazo o un indicador de corto plazo que el Gobierno Nacional determine, en los términos y condiciones que el mismo establezca.

En aquellos casos en los cuales no se alcance la rentabilidad mínima, las sociedades administradoras deberán responder con sus propios recursos, afectando inicialmente la reserva de estabilización de rendimientos que el Gobierno Nacional defina para estas sociedades.

PARÁGRAFO 1o. Cuando en cualquier disposición se haga mención a la rentabilidad mínima del fondo o Fondos de Pensiones, se entenderá que la misma está referida a la rentabilidad de cada uno de los Fondos de Pensiones cuya gestión se autoriza a las sociedades administradoras.

PARÁGRAFO 2o. Para todos los efectos, cuando en la normatividad se haga mención a la reserva o cuenta especial de estabilización de rendimientos de los Fondos de Pensiones, se entenderá que se hace referencia, indistintamente, a la o las reservas de estabilización que determine el Gobierno Nacional al momento de establecer las normas pertinentes para la gestión del esquema de “multifondos”, para todos o cada uno de los Fondos de Pensiones.

Igualmente, en los casos en que la normatividad haga mención a la reserva de estabilización de rendimientos de los Fondos de Cesantía, tal referencia se entenderá hecha a la o las reservas de estabilización que para todos o cada uno de los portafolios de inversión de los Fondos de Cesantía señale el Gobierno Nacional. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Como se observa, la rentabilidad mínima de que trata el anterior artículo tiene establecidas unas garantías, que consagra la regulación legal del Sistema de Seguridad Social Integral para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, lo cuales se encuentran establecidas en el artículo 99 de la Ley 100 de 1.993, por lo que frente a ellos en principio no opera la indexación o cuando menos se acredite que los mismos fueron inferiores a IPC prueba que brilla por su ausencia en el expediente.

La Jueza no solo desatendió esta normativa, sino que además, dejó de apreciar las certificaciones de aportes en pensiones consignadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante que militan a folios 40 a 43, donde se verifica que las cotizaciones obligatorias efectuadas por la demandante por valor de \$8.228.206, han generaron rendimientos de \$6.378.865,14, más intereses de \$91.880, pruebas documentales que de haberlas valorado le hubiese impedido imponer una condena que se debe revocar en esta instancia, máxime cuando dichos aportes por disposición legal se seguirán generando rendimientos e intereses hasta la fecha en sean efectivamente devueltos al afiliado.

(...)

Adicionalmente, no se debe perder de vista que la indexación se considera como un mecanismo directo de ajuste de la obligación, para mitigar la devaluación del capital durante la mora, que no es al caso para los capitales acumulados en las cuentas de ahorro individual porque estos producen como ya se ha dicho rendimientos que permiten mantener el poder adquisitivo de manera constante de los recursos, por lo que aunque los saldos sean devueltos de manera tardía los mismos no se descapitalizan ni pierden la rentabilidad que genera por encontrarse la garantía normativa contenida en el Sistema General de Seguridad Social.

Descendiendo al caso sub-examine, como la demandante solicita la devolución de saldos de su cuenta de ahorro individual, por no acumular el capital necesario para financiar una pensión mínima, dicho capital como ya se ha visto tiene garantías normativas para que produzcan rendimientos mínimos para que no se encuentren por debajo del incremento del índice de precios al consumidor, por incluir estos los intereses y rendimientos financieros, circunstancias que no hacían viable el reconocimiento de la indexación de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, como erróneamente lo dispuso el A quo.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 28 y 50 del C.P.T.S.S., Sent.20 de mayo de 1992, Rad.4645, Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, artículo 48 constitucional, artículo 101 Ley 100 de 1993.

FECHA: 30 de octubre de 2012

DEMANDANTE: Mayra Ospino de Caro

DEMANDADO: ING Pensiones y Cesantías S.A.

RADICACIÓN: 08-001-31-05-010-2011-00053-01/ 48.173-A

DECISIÓN: Modifica parcialmente decisión de primera instancia

NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA EN EL PROCESO LABORAL–La existencia de norma especial desplaza la aplicación de las ritualidades contenidas en el Código de Procedimiento Civil/**INDEBIDA NOTIFICACIÓN**–Genera nulidades y violación al debido proceso de la parte enjuiciada/**INTERPRETACIÓN POR ANALOGÍA**–Sólo es aplicable cuando existen vacíos o lagunas jurídicas/**NULIDADES SANEABLES**–Si la parte afectada no la alega oportunamente se entenderá subsandada.

MAGISTADO SUSTANCIADOR: VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO

Causa fáctica. En el presente caso, la parte actora pretende la revocatoria de la decisión del A quo de tener por no contestada la demanda, por cuanto, según la demandada se siguió un procedimiento de notificación diferente al especial consagrado en el CPTSS.

Extractos. “En virtud del principio de integración analógica, el artículo 145 del CPTSS permite acudir a otras normas análogas en los casos de lagunas o vacíos jurídicos en el procedimiento laboral.

No obstante lo anterior, lo cierto es que el procedimiento laboral tiene regulación propia para el caso de las notificaciones. En efecto, el artículo 41 del CPTSS, literal A, num 1º, consagra que las notificaciones se harán en forma personal al demandado respecto del auto admisorio de la demanda. A su vez, el artículo 29 ibidem consagra el trámite a seguir para los eventos en que el demandante manifiesta bajo juramento desconocer el domicilio del demandado, o cuando éste no es hallado o se impide la notificación.

Sobre el tema puesto a nuestro estudio, en reciente fecha la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral⁸, dijo:

“(…)

Así las cosas, **la notificación del auto admisorio de la demanda de revisión deberá surtirse al demandado personalmente, como lo dispone el numeral 1º, del literal A, del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en la forma como fue modificado por el artículo 20 de la mentada Ley 712 de 2001, o bien de manera directa, como tratan los numerales 1 y 2 del artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por las razones atrás anunciadas, o bien de manera indirecta cuando se ignora su domicilio --artículo 29 del C.P.T. y de la S.S.--, no comparece a notificarse al despacho judicial respectivo -- artículo 315-3 C.P.C.--, o no es hallado o se impide su notificación, a través de curador ad litem, en observancia de lo ordenado para el proceso del trabajo por el artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en la forma como fue modificado por el artículo 16 de la referida Ley 712 de 2001.**

Y lo dicho, en criterio de la Corte, por cuanto el mencionando artículo 29 mantiene plena vigencia, dado que en manera alguna ha sido derogado o subrogado por norma posterior, y respecto de él, en juicio de constitucionalidad, la Corte Constitucional lo declaró executable

⁸ Auto del 17 de abril de 2012, Rad. 41.927, M.P. Dr. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS.

por sentencia C-1038 de 5 de noviembre de 2003, fecha muy posterior, por supuesto, a la de la entrada en vigencia de la Ley 794 de 2003 --abril 9 de 2003--, que por medio del artículo 149 modificó el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, contemplando la notificación al demandado, cuando no se puede realizar personalmente, mediante forma de aviso que contenga su fecha y la de la providencia que se notifica, el juzgado que conoce del proceso, su naturaleza, el nombre de las partes y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino, como es que parece ha asumido en el presente caso la notificación al demandado la Secretaría de la Sala, habida cuenta de los informes obrantes a folios 28 y 99 del cuaderno 2.

No sobra advertirse por la Corte que en los procesos del trabajo la única notificación de naturaleza personal que no pudiere hacerse de manera directa al demandado, o de manera indirecta a través de curador ad litem, es la prevista para las entidades públicas por el Parágrafo del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en la forma como fue modificado por el artículo 20 de la Ley 712 de 2001, situación que obviamente no es la atinente al presente asunto, por tratarse aquí a quien la ley tiene como demandado del trabajador que obtuvo a su favor la sentencia dictada por la Corte cuya anulación pretende la recurrente en revisión. También, que siendo el artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social una norma especial frente a las que prevén similares actos procesales en el Código de Procedimiento Civil, prevalece sobre aquéllas, además de no resultar aplicables éstas al asunto, por no darse el supuesto de que trata el artículo 145 de la dicha codificación, que es el único en el que procede la aplicación analógica de los dichos preceptos del estatuto procedimental civil.

Ante una situación similar a la aquí estudiada, en reciente providencia de 13 de marzo de 2012 (Radicación 43.579), dispuso esta Sala de Casación:

“8. Dado que, mientras conserve vigencia el artículo 29 del CPTSS, no es procedente la notificación por aviso en el ámbito laboral –salvo el caso previsto por el parágrafo del artículo 41 ibidem, las advertencias al respecto hechas por la secretaria en las comunicaciones remitidas a los demandados carecen de efecto.

“9. Por lo anterior, previa verificación en el expediente, la secretaria de la Sala, y, en guarda del debido proceso, deberá remitir el aviso previsto por la parte final del inciso tercero del artículo 29 del CPTSS a los demandados que recibieron la comunicación para que comparecieran a notificarse del auto admisorio de la demanda, y no hay constancia de no haber recibido aquélla (fl. 240, excluyendo a Marco Tulio Carpintero González, pues a fl. 87 –reverso, sticker- consta la inexistencia de la dirección), con la advertencia específica que para el ámbito laboral la norma contempla: el nombramiento de curador, con quien se surtirá la notificación y se continuará el trámite del recurso”.

En consecuencia de lo discurrido, y habida consideración de no haberse surtido aún en el asunto del a referencia la notificación en debida forma de la demanda que sustenta el recurso extraordinario de revisión a quien funge como demandado, se ordenará que por la Secretaría

se dé estricto cumplimiento a lo ordenado al efecto por las normas de que se ha hecho abundante cita. (...). *Negrillas para resaltar.* -

Como causal de nulidad tenemos la atinente a la indebida notificación del demandado respecto del auto que admite la demanda (art. 140 CPC, No. 8o), la cual sólo podrá alegarse por la persona afectada (art. 143, inciso 3º ibídem).

Así mismo, el inciso 6º del mencionado artículo 143, dispone que “Tampoco podrá alegar las nulidades previstas en los numerales 5º a 9º del artículo 140, quien haya actuado en el proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla”, consonante con los numerales 1º y 3 del artículo 144, que dicen: “1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente”, y “3. Cuando la persona indebidamente representada, citada o emplazada, actúa en el proceso sin alegar la nulidad correspondiente”.

En el sub lite, es obvio que el Juzgado erró en el procedimiento adoptado para efectuar la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado.

En efecto, cierto es que le comunicó al demandado sobre el trámite que se venía adelantando y la necesidad de su comparecencia para el surtimiento de la notificación, en la forma señalada en el art. 315 del CPC, y ante su reticencia a comparecer, se actuó como lo indica el No. 3º de la mencionada norma, en concordancia con el art. 320 ibídem, notificando por aviso, el cual fuere recibido por la empresa accionada⁹. No obstante lo anterior, tal como lo ha expresado la Corte en el auto transcrito en líneas precedentes, existiendo forma propia para el trámite de las notificaciones en el proceso laboral, mal podría el inferior seguir lo indicado en las normas procesales civiles sobre el particular, motivo por el que muy a pesar que el art. 320 del CPC estipule que la notificación del auto admisorio de la demanda se entiende surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar del destino, no es dable desconocer que el art. 41 del CPTSS es claro al consagrar que la misma se hará en forma personal al demandado.

En ese orden de ideas, no habiéndose logrado la comparecencia del demandado para la notificación personal del auto admisorio de la demanda después del envío de la comunicación del art. 315 del CPC, correspondía entonces seguir lo normado en el art. 29 del CPTSS¹⁰ que establece el procedimiento para los eventos en que se impide la notificación del demandado.

En el caso bajo examen, se palpa que en el aviso enviado¹¹ no se informó al demandado que debía concurrir al juzgado dentro de los diez (10) días siguientes al de su fijación para notificarle el auto

⁹ Fls. 92-98

¹⁰ “...Cuando el demandado no es hallado o se impide la notificación, también se aplicará lo dispuesto en los incisos anteriores, previo cumplimiento de lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. En el aviso se informará al demandado que debe concurrir al juzgado dentro de los diez (10) días siguientes al de su fijación para notificarle el auto admisorio de la demanda y que si no comparece se le designará un curador para la *litis*”.

¹¹ Fl. 98

admisorio de la demanda, ni tampoco se le previno que si no comparecía se le designaría un curador para la litis; a contrario sensu, en él se dice que la notificación se entiende surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar del destino <el aviso fue entregado el 6 de marzo de 2012, fl. 96-97, se entendió surtida por el juzgado el 8 de los mismos, contabilizándose desde esta fecha los 10 días, venciendo el 22 de ese mes y año> y por consiguiente, como quiera que la demandada eleva memorial de contestación el 28 de marzo de la anualidad, el inferior considera dar por no contestada la demanda bajo el fundamento de su extemporaneidad.

En consecuencia, no existe asomo de duda que se presentó una indebida notificación del demandado respecto del auto admisorio de la demanda, situación que es constituyente de una causal de nulidad, la cual en el sub examine ha de entenderse por saneada, puesto que la parte afectada actuó en el proceso después de su ocurrencia sin haberla alegado, haciéndolo sólo al interponer los recursos de reposición y subsidiario de apelación contra el auto que tuvo por no contestada la demanda, siendo que debió invocarla al momento de dar contestación a ésta.

Por tanto, aún siendo reprochable el procedimiento adoptado para efectuar la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, no le queda otra alternativa a la Colegiatura que confirmar la providencia del 30 de abril de 2012.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 145 del CPTSS,

DEMANDANTE: Niella Margarita Sabbatino Nieto

DEMANDADO: Uribe & Largacha Abogados S.A.S.

FECHA: 1 de octubre de 2012

RADICACIÓN: 08-001-31-05-014-2011-00428-01/48030

DECISIÓN: Confirma auto apelado.

3. SALA PENAL

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO-Características del tipo penal/**CONSUMACIÓN DEL DELITO**-Se produce cuando se efectúa la atestación falsa o se verifican la omisión o la alteración/**USO DE DOCUMENTO FALSO**- Debe entenderse perfeccionado cuando llega a su destinatario natural, es decir, a la persona o entidad sobre la cual se hace valer/**CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA GRAFOLÓGICA**-Debió solicitarse en la etapa procesal pertinente y como argumento en la alzada

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, pretenden los recurrentes que se revoque la sentencia de primera instancia que los condenó por el delito de falsedad ideológica en documento público y uso de documento falso,

manifestando que las escrituras públicas contentivas de la mencionada espuria no reúnen los requisitos de validez consagrados en el Decreto 960 de 1970, amén de considerar que quien debió ser procesado penalmente fue el Registrador de Instrumentos Públicos y no el notario que extendió el documento cuestionado.

Extractos. “El tipo penal de falsedad ideológica en documento público está descrito en el artículo 286 del Código Penal de la siguiente forma:

“El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad...”

Este delito consiste en el hecho del funcionario que, al aceptar o formalizar un acto en ejercicio de sus funciones: (i) atesta falsamente que un hecho ha sido realizado por él o que se ha efectuado en su presencia; (ii) o atestigua como recibidas por él declaraciones que no se le han hecho; (iii) u omite o altera declaraciones recibidas por él; (iv) o de algún modo atesta en falso hechos cuya verdad está destinado a probar el acto.

El objeto de este tipo penal es la necesidad de tutelar la fe pública, aun respecto a la veracidad del contenido de los actos, en la parte intelectual que tiene en ellos el funcionario público y por lo tanto el agente es únicamente el funcionario público o el empleado encargado de un servicio público.

La Sala advierte que existe un yerro por parte del Juez de primera instancia, al condenar a Alejandro Augusto Lanza Casalins en calidad de autor de esta conducta, debido a que este tipo penal exige que el autor sea un funcionario público, calidad que este procesado no ostenta, sin embargo, la conducta de Lanza Casalins es la de determinador, en base a lo consagrado en el artículo 30 del Código Penal, el cual establece que quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Lo anterior en base a la norma ya citada y ha lo que ha planteado la Corte Suprema de Justicia, la cual ha sostenido que:

“...Por tanto, al determinador de un delito, con o sin la condición exigida para el sujeto activo, le corresponde la pena prevista para la infracción; al cómplice de un delito propio, que obviamente no necesita condición alguna y en definitiva careciendo o no de ella, le corresponde la pena prevista para la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad¹²...”

Bajo este contexto, se observa que éste inculpado actuó como determinador del punible de falsedad ideológica en documento público, y por tanto se confirmará la pena que le fue impuesta por el *a quo*.

Así las cosas, para esta Colegiatura aparece acreditada la falsedad cometida por el ciudadano Alejandro Augusto Lanza Casalins, en calidad de determinador, quien de forma consciente y voluntaria, compareció a la Notaría Única de Santo Tomás por intermedio de un poder falso conferido a la doctora María Ángela Villalobos Barandica y tramitó sucesión en la cual se le adjudicó el bien denominado el “Trebol” y en la cual no realizó manifestación respecto de la existencia de otros herederos legítimos, lo que fue autorizado por Manuel Salvador Domínguez Charris a través de escritura pública número 1525 del 29 de noviembre del 2003.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de marzo de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz.

No contento con lo anterior, el ciudadano Lanza Casalins la inscribió en la Oficina de Instrumentos Públicos y posteriormente transfirió a título de venta el derecho de dominio sobre el inmueble “Trebol”, a favor de los señores Abneer José Andrade Quintero y Silvia Marina Palacio Betancourt.

Asimismo, para la Sala existe certeza de la responsabilidad penal del ciudadano Manuel Salvador Domínguez Charris, quien de acuerdo a las pruebas arrimadas al proceso, tenía conocimiento de la falsedad que se contempló en la escritura mencionada.

En el caso *subexamine* la escritura No. 1525 del 29 de noviembre de 2003 por medio de la cual se adjudicó al ciudadano Alejandro Lanza, el inmueble denominado el Trébol, fue expedida por Domínguez Charris, en calidad de Notario, en donde se consignó un trabajo de partición y adjudicación falso por parte de la profesional del derecho María Ángela Villalobos Barandica como quedó consignado en la prueba grafológica.

“CONCLUSIÓN

De lo expuesto anteriormente téngase a la firma cuestionada estampada en la escritura y poder inserto dentro de la misma escritura, como NO uniprocedentes con las muestras suministradas de la señora MARÍA ANGELA VILLALOBOS BARANDICA”. (Folio 92- Cuaderno Original Fiscalía).

Se equivocan ambos defensores a manifestar que la escritura no tiene validez jurídica porque es la misma resolución de la Superintendencia de Notariado y Registro que así lo afirma y siendo así, se les recuerda a los profesionales del derecho que la consumación de este delito se verifica apenas se efectúa la atestación falsa o se verifican la omisión o la alteración. En el caso bajo estudio se dio la verificación por lo tanto no es admisible este argumento.

Debieron los defensores encaminar sus argumentos a desvirtuar la responsabilidad penal de los procesados y no por el contrario tratar de trasladar la responsabilidad a otras personas como lo hizo el profesional del derecho Octavio Jesús Peña Cervera, ya que si este considera que el Registrador de Instrumentos Públicos tiene responsabilidad penal en el asunto debió manifestarlo ante la Fiscalía y formular la respectiva denuncia y no utilizar esta instancia procesal.

(...)

Respecto al delito de uso de documento falso el artículo 291 del Código Penal establece que:

“El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba...”

Así pues, el verbo determinante del tipo penal descrito es *usar*, consistente en utilizar o emplear el objeto material para fines que tengan relevancia, o hacerlo válido y eficaz.

Por lo tanto, el uso debe entenderse perfeccionado cuando el documento falso llega a su destinatario natural, es decir, a la persona o entidad sobre la cual se hace valer, ya sean autoridades jurisdiccionales, administrativas o personas privadas, por lo tanto, la infracción queda consumada cuando el objeto material sale de la esfera de custodia o disposición del agente, para ser aplicado a finalidades con relevancia jurídica.

Del acervo probatorio, la Sala infiere que la conducta del encartado Manuel Salvador Domínguez Charris no se ajusta al tipo penal antes descrito, en virtud que él incurrió en la falsificación, sin embargo, no ejecutó el verbo rector (*usar*), a raíz que fue el ciudadano Alejandro Lanza Casalins quien utilizó indebidamente la escritura espuria y la inscribió en la

Oficina de Instrumentos Públicos y posteriormente transfirió a título de venta el derecho de dominio sobre el inmueble “Trebol”, a favor de los señores Abneer José Andrade Quintero y Silvia Marina Palacio Betancourt..

Por lo anterior, esta Colegiatura se aparta de la postura del Juez de Primera Instancia y absolverá al encartado por este punible.

Así las cosas, en virtud que se revocará parcialmente la sentencia de primer grado y por lo tanto, se absolverá al ciudadano Manuel Salvador Domínguez Charris, del delito de uso de documento falso, y que el *a quo* le aumentó por esta conducta 12 meses a la fijada por el punible de falsedad ideológica en documento público, esta Corporación fijará finalmente la pena de prisión a este procesado en 58 meses de prisión correspondientes a la pena de prisión que tasó el Juez de primera instancia por el delito del que fue encontrado penalmente responsable, esto es, sólo por la falsedad ideológica en documento público.

Las demás propuestas de la censura, no tienen asidero debido a que si los defensores consideraron que se violentó el derecho al debido proceso de los procesados por no correr traslado en la etapa de instrucción al examen grafológico realizado, debieron poner de presente ese asunto en el momento procesal indicado y manifestar la inconformidad respectiva y no en esta instancia procesal en razón del principio de preclusividad.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, artículo 232 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), artículo 30, 286 y 291 del Código Penal, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de marzo de 2007, M.P. Javier Zapata Ortíz.

FECHA: 16 de octubre de 2012

RADICACIÓN: 2012-00217-P-MC.

DECISIÓN: Revoca parcialmente decisión de primera instancia. Absuelve a Notario. Confirma en lo demás.

NULIDAD CONSTITUCIONAL–Se advierte cuando se arrima al expediente prueba con violación al debido proceso/**PRUEBA PERICIAL**–No constituyó en el presente caso prueba sobreviniente por cuanto era conocida por sujetos procesales/**FISCALIA GENERAL**–Debe acompañar con su escrito de acusación todos los elementos materiales probatorios que le permitan una eventual condena/**JUEZ EN EL SISTEMA ACUSATORIO**–Su función cambia totalmente y no puede coadyuvar a ninguna de las partes en el proceso

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa Fáctica: En el presente caso, se advierte que la Juez A quo condenó al procesado por el delito de fabricación, porte o tráfico de estupefacientes, con base en una prueba que consideró sobreviniente, empero, al analizar su contenido se advirtió que esta fue conocida por las partes, razón por la cual, debía ser sometida al escrutinio y contradicción, pues actuar en contrario constituye una flagrante violación al debido proceso.

Extractos: “En primer lugar, si bien es cierto que al interior de la carpeta se acreditó el dictamen pericial No. DRNR-LAES-01903-2011 de fecha 02 de Diciembre de 2011, a través del cual se determina por parte del Profesional Especializado Forense Gustavo Trespalacios Acosta, que la sustancia incautada en la celda No. 1, pasillo 3, del Pabellón “B” de la Penitenciaría del Bosque de la Ciudad de Barranquilla es concluyente para positivo de marihuana.

Lo cierto es que la misma fue arrimada al juicio de forma ampliamente irregular e improcedente, y no precisamente por las elucubraciones mentales que plasma el recurrente en su alzada e inclusive al momento del traslado frente a la admisibilidad de la misma, ya que aparece cierto que en el párrafo final del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, se le permite al funcionario judicial –Juez de la República– que en cualquier momento del juicio, ante la **eventualidad de una prueba sobreviviente**, y la misma de mostrarse muy **significativa** para el esclarecimiento de los hechos, venga a resultar excepcionalmente admisible, por fuera de los términos o momentos indicados para la aducción, acreditación y solicitud de los medios probatorios; por lo que no sería ni desfasada ni trasgresora de los postulados que invoca el apoderado judicial del procesado en razón de la admisión del experticio y de su connatural testigo de acreditación – por cuanto ningún efecto o validez tendría el uno sin el otro–, siempre y cuando efectivamente fuera una prueba sobreviviente, que en este caso no lo es.

Señala la Real Academia de la Lengua la siguiente definición para la palabra sobrevinir¹³:

Sobrevinir.

(Del lat. supervenire)

1. intr. *Dicho de una cosa. Acaecer o suceder además o después de otra.*

2. intr. *Venir improvisamente.*

3. intr. *Venir a la sazón*

Es decir, aquella prueba sujeta a la admisión adicional de que habla en la codificación procedimental, debe estar sujeta a una situación de sorprendimiento procesal, no para una sola de las partes, sino para todos los intervinientes en la actuación.

Aquí el experticio definitivo o la necesidad del mismo sobre la comprobación cabal de la naturaleza de la sustancia alucinógena era conocido por la fiscalía, inclusive por el Juez y por la defensa o por lo menos existía una expectativa frente al mismo, situación ésta que puede ser corroborada por el audio de la audiencia preparatoria o de la acusación misma, y en la misma sentencia impugnada cuando la falladora manifiesta “...*el juzgado se pronunció en decisión de fecha 25 de octubre de 2012, considerándose que se estaba ante una prueba que si bien la fiscalía la adicionó a la acusación, y luego la enuncio en la preparatoria, pero no la solicitó por cuanto no se contaba con ese elemento material, se consideró atendiendo la solicitud de la fiscalía, con fundamento en el artículo 344 del CPP, aceptar el descubrimiento...*”, de lo que se extrae sin lugar a hesitación, que el dictamen pericial definitivo de la sustancia no viene a ser una prueba sobreviviente, sino un elemento material probatorio que pese a ser anunciado no fue recolectado y ni siquiera solicitado y presentado en tiempo y oportunidad por parte del funcionario adscrito al ente acusador, cosa que tampoco hubiera permitido su descubrimiento anticipado o en tiempo, que diera la oportunidad a los demás sujetos procesales para intentar su controversia, máxime que se trataba de una prueba pericial que tiene una regulación específica para la cual hay que acreditar unos informes previos, por tanto si a bien lo tenían las partes hubieran podido objetar o solicitar ampliaciones, oportunidad que se pretermitió, violentándose entonces de paso el principio de igualdad de armas y debido proceso de partes, pues aquí el juzgado usurpó o asumió casi que oficiosamente la responsabilidad de la aducción de la prueba y de paso la asumisión temporal de la acción penal, permitiendo entonces la aducción tardía de la prueba de cargo contundente, pero con manifiesta inclinación en favor de la fiscalía con desmedro de la defensa, cosa que no le era posible ni permitida.

¹³ <http://lema.rae.es/drae/?val=sobreviniente%20>

Debe hacerse la aclaración de que no por el solo hecho de que la expedición del documento esté fechado 02 de diciembre de 2011, es decir *a posteriori* a la evacuación de la audiencia de formulación de la acusación o inclusive la preparatoria, ya da lugar a revestir el documento de la calidad de medio o prueba sobreviniente, por cuanto la existencia del elemento material probatorio **ya se conocía**, amén de la necesidad del mismo, aquí lo que la Fiscalía debía procurar era la de esperar para tener en su poder ese resultado para presentarlo acompañando el escrito de acusación, por cuanto además del hecho de contar con términos procesales suficientes, ya que la audiencia de formulación de imputación se llevó a cabo el día 09 de Agosto de 2011 y el escrito de acusación se presentó el 26 del mismo mes y año, no dejándose pasar por parte del delegado ni siquiera 20 días para lo propio, cuando según los términos del numeral 4° del artículo 317 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 61 de la ley 1453, el periodo con el que se cuenta para ello hoy por hoy es de 90 días, inclusive contaba con la ventaja de que el procesado se encontraba recluido de la libertad por otro asunto.

No queriéndose sugerir con esto que siempre deba esperarse a que fenezca el espacio procesal – temporo espacial para que la fiscalía proceda a presentar la acusación una vez imputado los cargos a un ciudadano, no, lo que se quiere significar es que ante la posibilidad de acusar integralmente, se debe dar oportunidad a la recolección de la totalidad de los elementos materiales probatorios **necesarios** para que soporten la misma y en el juicio se acreditará la materialidad del hecho basada en las pruebas recaudadas en tiempo, este experticio era y es el punto de partida para una eventual condena ciertamente, pero lo pretendido por el delegado de ente acusador aquí, sería casi que lo mismo que solicitar una condena por un delito de homicidio, sin tener la certeza efectiva de que existiere el occiso.

(...)

Correspondiendo entonces a esta instancia procesal de manera casi que oficiosa imprimirle la debida legalidad a la actuación, procediendo a rechazar el experticio definitivo sobre la sustancia alucinógena que fuere aducido al juicio en audiencia celebrada a fecha del 15 de febrero del 2012, indicándose que se plantea casi que de manera oficiosa, por cuanto si bien es el defensor en su alzada lo menciona no profundiza en la referida nulidad, no especifica que se pretendería con la misma, ni aclara ¿nulidad de qué? Cuando la misma procede de los actos procesales precedentes y si es así, habría que señalar ¿hasta que etapa?, o si ¿sería la nulidad de la decisión a través de la cual se admite la prueba sobreviniente? de ser así, ¿qué efectos se generarían a su sentir con ocasión a la misma?

(...)

No obstante y a pesar de lo anterior, es menester retirar del acervo probatorio el experticio técnico evacuado extemporáneamente sobre la sustancia alucinógena, por cuanto el mismo fue aducido inobservando las formas moduladoras de la actuación procesal en el nuevo sistema penal acusatorio, debiendo recaer entonces la nulidad sobre la decisión que a través de la cual se admitió la pluricitada probanza, y por ende dársele aplicabilidad al artículo 346 que cita que el funcionario judicial está obligado a “*rechazar*” las pruebas que debían ser descubiertas en los términos pertinentes y no se procedió de conformidad.

Aquí entonces, aludimos al artículo 29 de la Constitución Nacional que en su acápite final señala que, será nula de pleno derecho toda prueba aducida o recaudada de manera irregular, por lo tanto con esta sola la Sala adquiriría el merito decretar la decisión absolutoria que viene anunciada, ya que mal se podría sancionar a una persona como autor responsable del delito de Fabricación, Tráfico o Porte de Estupefacientes cuando no existía una prueba concluyente

sobre la identidad química o la naturaleza que demuestre que la sustancia incautada corresponde precisamente a marihuana o su principio activo conocido científicamente como cannabis.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, numeral 4° del artículo 317 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 61 de la ley 1453, artículo 29 de la Constitución Nacional

FECHA: 9 de octubre de 2012

RADICACIÓN: 08001-60-01055-2011-04437-01/ 2012-188-P-CR

DECISIÓN: Decreta nulidad constitucional. Revoca sentencia de primera instancia. Absuelve al procesado.

REBAJA DE PENAS EN CASO DE FLAGRANCIA- Es aplicable en cualquier etapa procesal en la que el procesado tenga la oportunidad de allanarse a los cargos/**PRINCIPIO DE LA REFORMATIO IN PEJUS-**Deber del Juzgador al momento de resolver la apelación/ **ARTÍCULO 57 DE LA LEY 1453 DE 2011-**Estudio de Constitucionalidad expresa que la norma se encuentra ajustada a la Carta Superior/**RANGOS DE MOVILIDAD DE LA PENA-** Criterios para su tasación

MAGISTRADO SUSTANCIADOR. Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora apela el quantum punitivo impuesto como quiera que el procesado fue hallado en circunstancia de flagrancia, razón por la cual, la apoderada de la defensa solicita que este sea modificado, amén que en su sentir el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 tiene vicios de inconstitucionalidad.

Extractos: “La Sala en particular ha considerado que no se encuentra méritos en los argumentos de la defensa por cuanto la discusión sobre la constitucionalidad de tal norma fu resuelta por sentencia C-645 de 2012, por medio de la cual se declaró finalmente exequible las modificaciones que introduce el artículo 57 de la ley 1453 de 2011 al artículo 301 de la ley 906 de 2004, enseñando la Corte que la disminución de la pena en el rango fijado en el párrafo es aplicable a cualquier etapa procesal en la que aun el procesado cuente con la posibilidad de allanarse a los cargos imputados y; en segundo lugar, que tal modificación normativa no riñe con los parámetros y postulados condensados en la carta política pues adujo que colaboración que presta a la persona aprehendida en flagrancia es menor que quien no se encuentra en esa situación de manera que el rango de descuento partiendo del quantum de ciento cuarenta (140) meses, de una cuarta parte (1/4) de la rebaja equivaldría a un veinticinco (25) por ciento de la misma.

***ARTÍCULO 351. MODALIDADES.** <Artículo **CONDICIONALMENTE** exequible> La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.*

Acorde con el párrafo del artículo 301 señala que el descuento será de una cuarta (1/4) parte del beneficio del artículo 351, deberá entenderse que la proporción a reducir es partiendo de la oportunidad procesal en la que se acoja el imputado.

(...)

La rebaja no es de la pena total sino de una cuarta (1/4) parte del beneficio que se adquiere con ocasión al allanamiento a cargo.

Luego entonces rebajar una cuarta parte (1/4) de la pena constituiría un error.

No obstante lo anterior, en atención a que el principio de la no *reformatio in pejus*, dado que fue la defensora la única apelante con motivo de esta limitante la Sala se abstiene de reducir aun mas la rebaja de pena es decir de agravar la situación del procesado.

Sin embargo, también se observa que el juzgado al establecer el ámbito de movilidad de la pena de prisión por parte del fallador de instancia, lo hizo dentro del primer cuarto previamente discriminado, ubicándose en el rango del veinte punto siete por ciento (20.7%), de la pena mientras que para establecer la pena multa, se bien se ubicó simplemente se ubica en el primer cuarto, aplicándolo en un rango de doce punto tres por ciento (12.3%), lo que rompe el equilibrio de las penas y la legalidad.

Se tiene que el primer cuarto es de ciento veintiocho (128) a ciento ochenta y seis (186) meses de prisión, y la diferencia o rango existente entre ellos es de cincuenta y ocho (58) meses, dentro de los cuales le es dable moverse al fallador, se ubicó en el doceavo (12°) mes, así que siendo cincuenta y ocho (58) meses el cien por ciento (100%), el doceavo (12°) mes viene a resultar el veinte punto siete por ciento (72.7%) de la pena imponible dentro del respectivo cuarto.

Por tanto la sanción de multa no puede rebasar ese presupuesto así que los (1334) salarios mínimos legales mensuales vigentes impuestos viene a ser el trece mil quinientos punto cincuenta (13500.50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así que el rango de doce mil ciento sesenta y seis punto cinco (12166.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes viene a ser el cien por ciento (100%) del rango de movilidad por lo que habiéndose fijado la sanción pecuniaria en mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, encontramos que la pena impuesta en un porcentaje del doce punto tres por ciento (12.3%).

Con base en lo que antecede, salta a la vista que esta multa no fue equitativa, entonces se corregirá de la siguiente manera.

Ubicándose en el primer cuarto de movilidad, que va de ciento veinte ocho (128) a ciento ochenta y seis (186) meses de prisión, no sin antes reafirmar que en punto de ser equivalentes en la proporción, expresada en porcentajes, la pena de prisión y de multa, no serán superiores al doce punto tres por ciento (12.3%) del respectivo cuarto punitivo, es decir, llevaremos la pena de prisión a la misma proporción de la pena multa, de forma tal que teniéndose como el cien por ciento (100%) del primer cuarto como de cincuenta y ocho (58) meses y el doce punto tres por ciento (12.3%) de este viene a ser siete punto ciento treinta y cuatro (7.134) meses, o lo que es lo mismo siete (7) meses y tres (3) días.

Por lo tanto, en principio la pena de prisión a imponer al procesado quedará en un total **ciento treinta y cinco (135) meses y tres (3) días de prisión**, que viene a ser el resultado de la sumar del cuarto mínimo de movilidad –ciento veintiocho (128) meses– más el doce punto tres por ciento (12.3%) del respectivo cuarto punitivo, es decir siete (7) meses y tres (3) días.

Quantum al que se le aplica el descuento de una cuarta parte (1/4) que viene concedido por el fallador de instancia con ocasión al allanamiento a cargos y, por cuanto no se puede modificar la pena en peor por lo tanto, al restarle a la pena de **ciento treinta y cinco (135) meses y tres (3) días de prisión** el porcentaje antes aludido, viene a arrojar un total y definitivo de pena de prisión a imponer de **ciento un (101) meses, nueve (9) días y dieciocho (18) horas de prisión**. Favoreciéndose así la situación del sindicado

Debe recalcar aquí, que la operación se hace en punto de conservar el equilibrio en las sanciones, y como quiera que es nuestro deber exponer las razones por las cuales se mantiene incólume el porcentaje a una y a otra, debemos manifestar que ello obedece a que el Funcionario Judicial afirmó que en la conducta del encausado no concurrieron causales de mayor o menor punibilidad, pero que con su proceder generó un daño real al bien jurídico de la Salud Pública y la Seguridad Ciudadana, por lo tanto, siendo que el tiempo de sanción esta dentro del cual le estaba dado moverse al juzgado, solamente que desfaso los porcentajes de pena o de sanción impuesto en una y otra condena.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, artículo 361 del C.P.P.

FECHA: 9 de octubre de 2012

RADICACIÓN: 08001-60-01055-2011-06242-01/ 2012-189-P-CR

DECISIÓN: Modifica parcialmente la decisión de primera instancia. Modifica la pena de prisión.

4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES–Inexistencia de las causales excepcionales de procedencia/**DERECHO DE PETICIÓN**–Resulta vulnerado por la omisión de la Fiscalía General de la Nación al dar respuesta a las diversas solicitudes del tutelante dentro del proceso penal/**REGISTRADOR DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS**–No se encuentra dentro de sus funciones cuestionar la voluntad de los otorgantes de una escritura pública ni la naturaleza del negocio en que se fundamentó

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ, Sala Penal

Causa fáctica. El accionante manifiesta que adquirió, mediante escritura pública, el derecho de posesión sobre un inmueble, título que inscribió en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, como constancia de una falsa tradición. Informa que inició la demanda de prescripción adquisitiva de dominio, como habían sugerido los vendedores, a efectos de que le fuera concedido el derecho de propiedad, como posteriormente fue declarado a su favor en el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Soledad. De igual manera, confiesa que firmó una escritura de compraventa simulada a favor de la hija de sus iniciales vendedores y a pesar ello, se inscribió la escritura pública de venta, irregularidad que, a su juicio, permitió que presentaran un proceso ejecutivo, y en donde se ha ordenado el remate del bien inmueble con matrícula inmobiliaria N° 040-19-87-42 que, afirma, le pertenece.

Extractos: “Del contenido fáctico de la presente acción de tutela, se evidencia que el problema jurídico se contrae a establecer si las entidades accionadas, han vulnerado o puesto en peligro los derechos fundamentales invocados en la demanda de tutela, para lo cual deberá establecerse si: (i) El Juzgado 14° Civil del Circuito de Barranquilla, vulneró los derechos fundamentales del actor al fijar fecha para el remate de un bien inmueble que afirma le pertenece, dentro de un proceso ejecutivo en el que no se constituyó como parte o tercero interesado; (ii) si la Fiscalía 52 Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, ha omitido proferir una decisión de fondo dentro de la investigación que adelanta en contra de los señores Fabio Camacho Pineda, Rosa Puentes de Camacho, Gabriel Velandia Puentes y otros, por la presunta comisión de los delitos de Falsedad en Documento Privado y Fraude Procesal; y (iii) si la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, vulneró su derecho fundamental al Debido Proceso, al registrar la anotación N° 9, sobre la

compraventa del inmueble mediante escritura pública de 19 de octubre de 1999, cuando a esa fecha no existía en cabeza suya la propiedad del inmueble.

En primer lugar, advierte esta Sala de Decisión que por los mismos hechos, el accionante ya había presentado acción de tutela en contra del Juzgado 14° Civil del Circuito de Barranquilla; ocasión en la cual la Sala Civil de este Tribunal, mediante decisión de agosto 2 de 2012, denegó la protección invocada a los derechos fundamentales; sin embargo, no se declarará la temeridad de esta acción de tutela en vista que también se propone en contra de la Fiscalía 52 delegada ante los Jueces Penales del Circuito.

No obstante, en esta ocasión y frente a las pretensiones deprecadas dentro de la actuación del Juzgado 14° Civil del Circuito de Barranquilla, debe precisarse, desde ya, que no se observa el cumplimiento de los requisitos excepcionales, *generales y específicos*, de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que, como reiteradamente lo ha explicado esta Corporación, epígonos de los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, exigen un análisis cuidadoso por parte del operador judicial como quiera que buscan salvaguardar la seguridad jurídica de las decisiones emitidas por otras autoridades; así pues, que si llegare a prosperar, sea porque se evidencia la providencia atacada se encuentre pervertida por algún *defecto* sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental, o porque se haya inducido en error al funcionario fallador, la decisión carezca de motivación, desconozca el precedente o viole la Constitución Nacional.¹⁴

Pero antes de ello, debe estudiarse si la acción de tutela cumple con los *requisitos generales de procedencia*, es decir, que el asunto central del debate este revestido de relevancia constitucional, se cumpla con los principios de subsidiariedad e inmediatez, si se trata de una irregularidad procesal que el actor señale su potencial incidencia en la decisión y delimite claramente los supuestos de violación, y que no se proponga en contra de sentencias de tutela.

Así, entonces, teniendo en cuenta que el accionante se duele de la decisiones judiciales que el *Juzgado 14° Civil del Circuito de Barranquilla*, profirió dentro del Proceso Ejecutivo de marras, y por las cuales se ha señalado fecha de remate del bien inmueble, que afirma es de su interés, es claro que contaba con otros medios judiciales idóneos para hacer valer los derechos que considera tiene sobre el bien, tal como la Demanda de Simulación que aún hoy se encuentra en trámite, y la oposición al secuestro al momento de la práctica de esa diligencia, no obstante, esta Sala deduce que el actor pretermitió la oportunidad procesal para poner en conocimiento del Juzgado su situación, por lo que es claro que ahora no puede revivir términos ya fenecidos; por otra parte, no se observa dentro del trámite del proceso ejecutivo irregularidad alguna que permita inferir que el funcionario judicial que dirige las actuaciones ha incurrido en vías de hecho que vulneren los derechos fundamentales del actor.

Ahora bien, en lo relacionado con la denuncia penal asignada a la *Fiscalía 52° delegada ante los Jueces Penales del Circuito*, debe aclararse que no es de competencia de este Tribunal, ni de ninguna autoridad judicial, intervenir en la acción penal que es de su exclusiva titularidad. Se sabe inicialmente la ley 906 de 2004, no delimitó un plazo para que la Fiscalía adelantara la indagación preliminar, sin embargo, mediante el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011, de Seguridad Ciudadana, se definió un término máximo de dos años, contados a partir de la recepción de la noticia criminal, para formular imputación u ordenar el archivo de la indagación, en excepción de los delitos de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializado, para quienes se amplía dicho término a 3 años; en vista de lo anterior,

¹⁴Sentencia C- 590 de 2005. Corte Constitucional. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

no puede afirmarse que el fiscal a cargo de la indagación preliminar se encuentre en mora de proferir una decisión de fondo, y mucho menos que se encuentre vulnerando el Debido Proceso, cuya protección deprecia el actor en su demanda de tutela.

No obstante, refulge con claridad que el actor ha presentado varios memoriales petitorios a la Fiscalía 52 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, con ocasión a la denuncia de la que tiene conocimiento, sin que exista prueba – pues el ente instructor no dio respuesta al traslado que se hiciera de la presente acción de tutela –, de que se hubiere respondido de manera diligente a las solicitudes del apoderado del accionante, por ejemplo cuando pide que se convoque a audiencia preliminar para resolver la solicitud de suspensión del poder dispositivo sobre el inmueble objeto de debate, máxime cuando es ostensible que el accionante ha puesto de presente la urgencia de la intervención por parte de la Fiscalía, para hacer cesar la presunta comisión de las conductas punibles o de sus efectos. Se aclara que con lo expuesto, no se pretende que se acceda a lo que el accionante peticiona ante la Fiscalía General de la Nación, pero sí que se garantice la efectividad del derecho que le asiste de participar en las decisiones que lo puedan afectar por medio de la petición, conforme al artículo 23 de la Constitución Nacional. En consecuencia, se tutelaré este derecho fundamental y se ordenará a la Fiscalía 52 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Barranquilla, que emita resolución de fondo, clara y precisa a la petición donde el señor Humberto Manuel Rodríguez Charris, solicita que se convoque a audiencia preliminar, misma que fuere recibida el 28 de agosto de 2012.

Por otra parte, y en lo que respecta a la actuación de la *Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla*, no observa esta Sala que exista acción u omisión que genere la vulneración de los derechos fundamentales del actor; pues si bien el Registrador de Instrumentos Públicos, registró en debida forma el título presentado por la señora Nancy Marisol Katiana Camacho Puentes, lo hizo en observancia de la suscripción por parte del accionante de la escritura N° 3494, otorgada en la Notaría Décima de Barranquilla, en la que le transfería a aquella el derecho de dominio y la posesión material sobre el bien inmueble con matrícula inmobiliaria N° 040-198742; contrario a lo manifestado por el accionante, no era deber del funcionario registrador entrar a cuestionar la voluntad de los otorgantes de la escritura, ni la naturaleza del negocio en que se fundamentó, sino que para poder inscribir la escritura, conforme al artículo 52 del Decreto 1250 de 1970, debía *“indicar la procedencia inmediata del dominio o del derecho respectivo, mediante la cita del título antecedente, con los datos de su registro. Sin este requisito no procederá la inscripción, a menos que ante el Registrador se demuestre la procedencia con el respectivo título inscrito.”*, tal como lo efectuó, pues con la anotación N°8, era claro que mediante sentencia judicial se había declarado la pertenencia por prescripción adquisitiva de dominio al actor Humberto Rodríguez Charris, quien era, justamente, la persona que transfería el dominio a Nancy Marisol Katiana Camacho Puentes.

De suerte que, el Registrador de Instrumentos Públicos, no tenía forma de descubrir las presuntas irregularidades señaladas por el accionante, máxime cuando la fecha de la escritura inscrita es irrelevante para proceder o no a su registro, como quiera que el legislador solo ha impuesto un límite en el tiempo para que una persona pueda acudir a la Oficina de Instrumentos Públicos a inscribir un documento, y esto es, cuando se trate de Hipotecas y Patrimonios de Familia, situación que no es la del presente asunto en el que se registró una escritura de compraventa que, a pesar de estar otorgada tiempo atrás, no impedía su registro en cualquier tiempo, sin que fuera descabellado o sospechoso por parte del funcionario que en ese sentido procedió. Por todo ello, no se encuentra vulneración alguna a sus derechos fundamentales por acción u omisión de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Conclusión, se denegará la protección de tutela sobre los derechos fundamentales invocados por el señor Humberto Rodríguez Charris, frente a las actuaciones del Juzgado 14° Civil del Circuito de Barranquilla y la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; de otra parte, se concederá la tutela del derecho fundamental de Petición, ordenando a la Fiscalía 52 Seccional delegada ante los Jueces Penales del Circuito, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas de una respuesta de fondo a la solicitud de convocatoria a audiencia preliminar, que fuere presentada ante esa entidad el 28 de agosto de 2012, independientemente de su sentido.

Por otra parte y ante lo expresado por el Notario 10° de Barranquilla, en lo referente a la posible irregularidad presentada al momento de suscribir la escritura entre los señores Fabio Camacho Pineda, Rosa Puentes y el señor Rodríguez Charris, y la escritura de hipoteca abierta a favor de otra persona; se compulsará copia de la presente acción, ante la Fiscalía General De la Nación, para que investigue la posible comisión de un delito al momento de realizar las respectivas escrituras.”

FUENTE NORMATIVA: Ley 906 de 2004, artículo 49 de la Ley 1453 de 2011, Sentencia C- 590 de 2005. Corte Constitucional. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, artículo 52 del Decreto 1250 de 1970.

FECHA: 25 de octubre de 2012

ACCIONANTE: Humberto Rodríguez Charris

ACCIONADO: Juzgado 14 Civil del Circuito de Barranquilla, Fiscalía 52 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, Registrador de Instrumentos Públicos de Barranquilla

RADICACIÓN: 08-001-22-04-000-2012-00384-00

DECISIÓN: Concede protección al derecho de petición. Niega la protección al derecho al debido proceso.

PROGRAMA DE PROTECCIÓN A TESTIGOS- Su exclusión se debe al actuar negligente del actor/**REGLAS DE CONVIVENCIA-**Parámetros obligatorios para las personas que se someten a la protección y custodia de la Fiscalía General de la Nación en calidad de colaboradores/**PERSONAS DE ESPECIAL SUJECCIÓN FRENTE AL ESTADO-**Deben acatar todas las disposiciones a que se someten en su condición de testigos protegidos

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JULIO ANTONIO OJITO PALMA, Sala Penal

Causa Fáctica: En el presente caso, el actor pretende que a través del ejercicio de la acción de tutela se le ordene a la Fiscalía General de la Nación-Programa de Testigos, se le restituyan las garantías y beneficios de que venía gozando, prebendas que perdió por haber incurrido en falsedad de documentos de uno de los integrantes de su núcleo familiar (hijo), amén de hacer pasar su actual compañera sentimental como su esposa, quien fue la inicialmente atendida por el programa.

Extractos: “El problema jurídico que se propone en esta ocasión, a través de esta acción de tutela, se contrae a establecer si la Fiscalía General de la Nación, a través de la Oficina de Protección de Testigos y Víctimas, incurrió en conductas conculcadoras a los derechos fundamentales del actor, al decidir la exclusión del señor ROBINSON ENRIQUE ROA RAMOS, del programa de protección.

La presunta omisión que denuncia el actor se extracta en la decisión unilateral que lo excluyó de recibir la protección que le había sido otorgada, sin darle la oportunidad de ejercer su defensa dentro de una actuación administrativa.

Sea lo primero indicar, que el derecho alegado por el actor, al Debido Proceso, constituye una garantía constitucional que se extiende a todas las actuaciones judiciales y administrativas, buscando con ello que las competencias propias de los funcionarios públicos se desarrollen en los términos y condiciones establecidas en la Constitución y la ley, comprendiendo garantías tanto sustanciales como procedimentales de los individuos involucrados en determinada actuación, en el caso que nos ocupa, dentro de unas actuaciones administrativa.

El accionante, en vista de la presunta vulneración al Debido Proceso, estima vulnerado el derecho fundamental a la Vida, como quiera que fue retirada la protección que se brindaba por la Fiscalía General de la Nación.

Con relación a la presunta vulneración, la entidad accionada adujo que se inició un proceso penal, donde se puso en conocimiento la falta del accionante, en el que, considera, puede ejercer su defensa y se observaran las garantías procesales del caso. Insiste en que se trató de una falta al acta de protección condicionada, donde el accionante conocía cada una de las causales de exclusión.

En ese orden de ideas, analizado el contenido fáctico que informa la presente acción, la Sala se aparta del criterio del actor y acoge lo expuesto por la entidad accionada ya que: (i) no se observa la configuración de alguna vía de hecho en la actuación de la Fiscalía; y (ii) si el señor ROBINSON ENRIQUE ROA RAMOS, fue excluido del programa de protección a testigos se debió a su propia actitud negligente y poco consecuente con el Estado y el programa al que pertenecía. En efecto:

a. El actor ingresó al programa en mención en el 25 de octubre de 2010, por petición de una Fiscalía de apoyo, que consideró que ROBINSON ENRIQUE ROA RAMOS, se encontraba en riesgo inminente. En el acta que firmó ese ciudadano al ingresar al programa se comprometió a cumplir con los lineamientos que el Estado le fijara, so pena de ser excluido y perder los beneficios que se le entregaban.

b. En el acta respectiva se establecieron como obligaciones del ahora actor dentro del programa de protección a testigos las siguientes: (i) colaborar con la administración de justicia; (ii) asumir que las labores que se adelantan en atención al programa deben realizarse con reserva; (iii) acatar las recomendaciones que en materia de seguridad le impartan; (iv) utilizar correctamente las instalaciones y recursos que se le entreguen; (v) no realizar conductas que atenten contra la seguridad; (vi) no consumir bebidas alcohólicas o sustancias psicodependientes; (vii) mantener un comportamiento ejemplar; y (viii) no contar con elementos de peligro como armas de fuego o municiones.

c. Ahora, esta Colegiatura encuentra que la decisión adoptada por la Dirección del Programa no fue arbitraria sino que se fundamentó en la actitud incorrecta del actor frente a los compromisos que había adquirido desde el momento en que ingresó a la institución. Las faltas se relacionan así: (i) convivió con otra persona en el lugar donde se encontraba protegido sin la autorización de los agentes; (ii) falsificó el nacido vivo de su hijo, haciéndolo pasar por hijo de LINEYS CORTES, y no de MAIRENA RAMOS CADENA, quien era la madre biológica del menor; y porque (iii) permitió el abandono de su anterior compañera LINEYS CORTÉS de quien se desconoce su paradero, a pesar que fue inicialmente incorporada al Programa.

d. No resulta admisible que el actor pretenda inculpar al Estado, en esta ocasión en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, de los errores que él mismo cometió ya que el único responsable de su expulsión del programa de testigos, al haber desconocido las reglas de convivencia que se le fijaron al ingresar al programa de protección a testigos.

Desafortunadamente no es posible que la Sala como Juez de tutela, emita orden dirigida a proteger unos derechos que fueron terminados por la responsabilidad directa de mismo accionante.

Las anteriores conclusiones encuentran eco en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que al resolver un caso similar por vía de tutela precisó lo siguiente:

“...Es decir, el individuo que ingresa a un programa de protección ha de partir de la base de que se coloca en una situación de especial sujeción ante el organismo estatal encargado de su amparo. Y este hecho implica, incluso, que el testigo puede verse sometido a restricciones en el ejercicio de algunos de sus derechos fundamentales, restricciones sobre las cuales cabe advertir que no deben afectar el núcleo esencial de los derechos y han de mantenerse dentro de los cauces de lo razonable y lo proporcional. Todo lo anterior justifica que en el inciso final del artículo 65 de la Ley 104 de 1993 se haya establecido que ‘las personas que se acojan al programa de protección se sujetarán a las condiciones que establezca la Fiscalía General de la Nación’¹⁵

En síntesis la Sala, se abstendrá de tutelar el derecho al Debido Proceso y la Vida, reclamado por el ciudadano ROBINSON ENRIQUE ROA RAMOS, porque se estima que fue el único responsable de su expulsión del programa de protección a testigos de la Fiscalía General de la Nación.”

FUENTE NORMATIVA: Art. 86 Constitución Política, Art. 32 Decreto 2591 de 1991, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-242 de 1997. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CLASE DE PROCESO: Tutela de Primera Instancia

ACCIONANTE: Robinson Enrique Roa Ramos

ACCIONADO: Oficina de Protección a la Víctima y Testigos de la Fiscalía General de la Nación

RADICACIÓN: 08-001-22-04-000-2012-00321-00

DECISIÓN: Niega la protección constitucional a los derechos fundamentales a la vida y debido proceso

JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO

RELATORA

Revisión: Dra. Lilian Pájaro De De Silvestri

¹⁵CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-242 de 1997. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 007 – NOVIEMBRE DE 2012

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA.

CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA DE DESPIDO–Corresponde al trabajador demostrar el hecho del despido y al empleador la justa causa que se configura para su desvinculación/ **QUEJA POR ACOSO LABORAL**–Eficacia del despido que se produce en el periodo de gracia que concede el legislador/ **HOSTIGAMIENTO LABORAL**–Concepto en la doctrina internacional/**PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES**–Deben cancelarse al trabajador cuyo despido resulta ineficaz por haberse realizado dentro de los seis (6) siguientes a la interposición de querrela por acoso laboral sin previo permiso del Ministerio del Trabajo. *Página 13.*

FACULTADES EXTRA Y ULTRA PETITA–Para su ejercicio debe el juzgador ajustarse a los presupuestos que establece el artículo 50 del CPTSS/ **INDEXACIÓN O CORRECCIÓN MONETARIA**–Resulta aplicable este concepto cuando no existe una compensación por mora/ **RENDIMIENTOS FINANCIEROS**–Son los que generan una rentabilidad mínima para los aportes en las cuentas del régimen de ahorro individual. *Página 16.*

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO–Características del tipo penal/**CONSUMACIÓN DEL DELITO**–Se produce cuando se efectúa la atestación falsa o se verifican la omisión o la alteración/**USO DE DOCUMENTO FALSO**– Debe entenderse perfeccionado cuando llega a su destinatario natural, es decir, a la persona o entidad sobre la cual se hace valer/**CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA GRAFOLÓGICA**–Debió solicitarse en la etapa procesal pertinente y como argumento en la alzada. *Página 22.*

NULIDAD CONSTITUCIONAL–Se advierte cuando se arrima al expediente prueba con violación al debido proceso/**PRUEBA PERICIAL**–No constituyó en el presente caso prueba sobreviniente por cuanto era conocida por sujetos procesales/**FISCALIA GENERAL**–Debe acompañar con su escrito de acusación todos los elementos materiales probatorios que le permitan una eventual condena/**JUEZ EN EL SISTEMA ACUSATORIO**–Su función cambia totalmente y no puede coadyuvar a ninguna de las partes en el proceso. *Página 25.*

NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA EN EL PROCESO LABORAL–La existencia de norma especial desplaza la aplicación de las ritualidades contenidas en el Código de Procedimiento Civil/**INDEBIDA NOTIFICACIÓN**–Genera nulidades y

violación al debido proceso de la parte enjuiciada/**INTERPRETACIÓN POR ANALOGÍA**–Sólo es aplicable cuando existen vacíos o lagunas jurídicas/**NULIDADES SANEABLES**–Si la parte afectada no la alega oportunamente se entenderá subsandada. *Página 19.*

PROGRAMA DE PROTECCIÓN A TESTIGOS– Su exclusión se debe al actuar negligente del actor/**REGLAS DE CONVIVENCIA**–Parámetros obligatorios para las personas que se someten a la protección y custodia de la Fiscalía General de la Nación en calidad de colaboradores/**PERSONAS DE ESPECIAL SUJECCIÓN FRENTE AL ESTADO**–Deben acatar todas las disposiciones a que se someten en su condición de testigos protegidos. *Página 33*

REBAJA DE PENAS EN CASO DE FLAGRANCIA– Es aplicable en cualquier etapa procesal en la que el procesado tenga la oportunidad de allanarse a los cargos/**PRINCIPIO DE LA REFORMATIO IN PEJUS**–Deber del Juzgador al momento de resolver la apelación/ **ARTÍCULO 57 DE LA LEY 1453 DE 2011**–Estudio de Constitucionalidad expresa que la norma se encuentra ajustada a la Carta Superior/**RANGOS DE MOVILIDAD DE LA PENA**–Criterios para su tasación. *Página 28*

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL–Daños producidos por la suspensión del servicio de energía eléctrica/ **CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES**–Es de adhesión y se restringe la autonomía privada de las partes/**CONFESIÓN DEL INCUMPLIMIENTO** – Se produce cuando la demandada admite que por error libró la orden de corte del servicio y posteriormente ordena la reconexión/ **PERJUICIOS MATERIALES**–Su falta de demostración y cuantía hace nugatoria esta pretensión/**PERJUICIOS MORALES**–Deben ser resarcidos por la tristeza y aflicción padecida por el actor para la época de fiestas decembrinas. *Página 2*

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL MÉDICA–Deviene del consentimiento informado prestado por el paciente/**PROTOCOLO MÉDICO**– Es aquel que debió seguir la entidad demandada al asumir la patología del paciente/**DAÑO MORAL**–No existe en la legislación y jurisprudencia una forma de tasación en razón a que el perjuicio que origina es de orden inmaterial. *Página 7*

SEPARACIÓN DE CUERPOS POR MÁS DE DOS AÑOS–Constituye causal objetiva para decretar la cesación de los efectos civiles del matrimonio eclesiástico/**DIVORCIO**–Quien resulte ser cónyuge culpable será condenado a suministrar alimentos/**INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE PADRE Y ESPOSO**–Como circunstancias que producen la ruptura de la comunidad marital. *Página 5*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES–Inexistencia de las causales excepcionales de procedencia/**DERECHO DE PETICIÓN**–Resulta vulnerado por la omisión de la Fiscalía General de la Nación al dar respuesta a las diversas solicitudes del tutelante dentro del proceso penal/**REGISTRADOR DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS**–No se encuentra dentro de sus funciones cuestionar la voluntad de los otorgantes de una escritura pública ni la naturaleza del negocio en que se fundamentó. *Página 30*