TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

Henry Moreno Macias

R e l a t o r

B O L E T I N 01

2017

2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
R E L A T O R I A

B O L E T I N 01
2017

SALA DE GOBIERNO 2017 -2018

Presidente	**Dr. Julián Alberto Villegas Perea**
Vicepresidente	**Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz**

SALA CIVIL

Presidente	**Dr. Jorge E. Jaramillo Villarreal**
Vicepresidente	**Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes**

SALA DE FAMILIA

Presidente	**Dr. Juan Carlos Angel Barajas**
Vicepresidente	**Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos**

SALA LABORAL

Presidente	**Dr. Ariel Mora Ortiz**
Vicepresidente	**Dr. Martín Fernando Jaraba Alvarado.**

SALA PENAL

Presidente	**Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya**
Vicepresidente	**Dr. Carlos Antonio Barreto Perez**

Magistrados que integran la Corporación.

SALA CIVIL

Carlos Alberto Romero Sanchez. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes
Ana Luz Escobar Lozano Jorge E. Jaramillo Villarreal
César Evaristo León Vergara Homero Mora Insuasty
Hernando Rodriguez Mesa José David Corredor Espitia
Julián Alberto Villegas Perea

Secretaria: María Eugenia García Contreras

RESTITUCION DE TIERRAS.

Aura Julia Realpe Oliva Gloria del Socorro Victoria Giraldo
Nelson Ruiz Hernández.

Secretaria: Gloria Lucía Zapata Londoño

SALA DE FAMILIA

Katherine Andrea Rolong Arias Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos
Gloria Montoya Echeverry Juan Carlos Angel Barajas.

Secretario: Katherine Gomez

SALA LABORAL

Antonio José Valencia Manzano Carlos Alberto Carreño Raga
Aura Esther Lamo Gómez Luis Gabriel Moreno Lovera
Martin Fernando Jaraba Alvarado. Carlos Alberto Oliver Gale
Germán Varela Collazos Ariel Mora Ortíz
Carlos Freddy Aracú Benítez Leomara del Carmen Gallo Mendoza
Elcy Jimena Valencia Castrillón Henry Alberto Dueñas Barreto

Secretario: Jesús Antonio Balanta

SALA PENAL.

Víctor Manuel Chaparro Borda Orlando de Jesús Pérez Bedoya
Orlando Echeverry Salazar María Consuelo Córdoba Muñoz
Socorro Mora Insuasty Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear
Roberto Felipe Muñoz Ortíz Juan Manuel Tello Sánchez
Carlos Antonio Barreto Pérez

Secretario: María Cristina Paz

Henry Moreno Macías
Relator

COLABORADORES

José Enrique Molineros Domínguez	Abogado Universidad Santiago de Cali
María Angélica García Gereda	Abogada Universidad Javeriana de Cali
Juan José Andrade Arce	Estudiante Universidad Javeriana Cali
Ana María Mafla Arcila	Estudiante Universidad Javeriana Cali
Lilian Lorena Libreros Castro.	Estudiante Universidad Cooperativa de Col.
Diego Alexander García Llanos.	Estudiante Universidad Cooperativa de Col.

SALA CIVIL

DESISTIMIENTO TACITO. Responsabilidad civil médica. **Parte activa no logró la notificación de la demanda en su totalidad a todos los demandados.**

"El desistimiento tácito es una forma anormal de terminación del proceso, que se sigue como consecuencia jurídica del incumplimiento de una carga procesal a cargo de la parte que promovió un trámite, y de la cual depende la continuación del proceso, pero no la cumple en un determinado lapso, con la cual se busca sancionar no solo la desidia sino también el abuso de los derechos procesales. No todo desistimiento tácito significa la terminación del proceso, ya que la decisión judicial a tomar dependerá de la clase de trámite que este pendiente de adelantarse, según lo manifestado por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-1186 de 2008.

Así las cosas, le correspondió a este despacho analizar el presente proceso, ver si le asiste la razón al A-quo, o si comparte la razón por la cual el recurrente instauro el recurso de alzada en contra del auto No.925 del 07 de septiembre de 2016

El desistimiento tácito es la consecuencia jurídica que ha de seguirse, si la parte que promovió un trámite debe cumplir con una carga procesal de la cual depende la continuación del proceso y no la cumple en un determinado lapso. Así ocurre, por ejemplo, y de acuerdo con la propia ley, cuando la inactividad se torna indispensable para continuar el trámite en garantía del incidente, o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte y no se realiza.

Se desprende entonces, que en el caso concreto la parte demandante no cumplió con lo requerido por el A-quo, es decir, no realizo las notificaciones pertinent4es a los demandados en su totalidad en el lapso de 30 días, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 291 del C.G.P. siendo el recurrente a quien le incumbe la continuación del proceso.

Este despacho comparte el criterio del A-quo, respecto a que, se deba garantizar los derechos fundamentales de la parte pasiva como realizar los actos tendientes a lograrlo, como él envió de la comunicación artículo 291 del C.G.P. notificación por aviso artículo 292 del C.G.P. o en su defecto solicitud de emplazamiento acorde al artículo 293 del C.G.P., pues de esta manera se podrá dar continuidad al litigio, situación que no ocurrió en este asunto.

El recurrente desconoce que la figura del desistimiento tácito entro a regir a partir del 01 de octubre de 2012 es decir mucho antes de que se rigiera aquí en la ciudad de Cali el código general del proceso; es cierto que la vigencia del C.G.P. es del 01 de enero de 2016, pero también es cierto que ese precepto jurídico viene operando desde mucho antes.

Es menester del despacho dejar claro que, no le asiste razón al apelante cuando afirma que se le han vulnerado sus derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y al debido proceso, toda vez que la corte constitucional en sentencia 1186 del 2008 de cierta manera lo permite cuando expresa que: "*La medida legal limita los derechos fundamentales y, por eso, es caracterizada a menudo como una sanción, que pretende disuadir a las partes procesales de acudir a prácticas dilatorias – voluntarias o no-, en el trámite jurisdiccional, pero no establece limitaciones excesivas de los derechos constitucionales, toda vez que la afectación que se produce con el desistimiento tácito no es súbita, ni sorpresiva para el futuro del afectado, pues este es advertido previamente por el juez de su deber de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia. Además recibe de parte del juez una orden específica sobre lo que le incumbe hacer procesalmente dentro de un plazo claro previamente determinado. De esta forma, la carga procesal (i) recae sobre el presunto interesado en seguir adelante con la actuación; (ii) se advierte cuando hay omisiones o conductas que impidan garantizar la diligente observancia de los términos (iii) se debe cumplir dentro de un término de (30) días hábiles, tiempo amplio y suficiente para desplegar una actividad en la cual la parte se encuentra interesada".*
Finalmente, de acuerdo a los numerales anteriores y de acuerdo a la normatividad vigente y la jurisprudencia, este despacho le otorga la razón al A-quo y confirma su decisiones, puesto que es evidente que la parte demandante no logro en su totalidad la notificación de todos los demandados de acuerdo a la normatividad vigente y dentro del término de 30 días de acuerdo al numeral (1º) del artículo 317 del código general del proceso. Más aun cuando esta notificación es absolutamente necesaria para la continuación del proceso, además, el termino de 30 días hábiles es más que suficiente para la respectiva notificación o para que el demandante se pronuncie de alguna manera u otra.

En mérito de lo íntegramente expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en Sala Singular de Decisión administrando justicia en nombre de la Republica de y por Autoridad de la Ley CONFIRMA el auto objeto de apelación de fecha 07 de septiembre de 2016 proferido por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Cali por medio del cual se decretó la terminación del proceso por desistimiento tácito, instaurado"
Rad.013-2015-00461-01 (13-12-2016) M. S. Dr. Julián Alberto Villegas Perea

---

RECURSO DE QUEJA. CESIÓN DE CRÉDITO. Proceso ejecutivo hipotecario
"En el sub lite el fallador de primera instancia negó el recurso de apelación interpuesto contra el auto No 340 del 12 de mayo de 2015, que resolvió aceptar la cesión de crédito y ordeno tener a partir de la fecha como nuevo acreedor al cesionario de los derechos del crédito en los términos que su antecesor; pues bien, se observa de un análisis armonioso que con vocación de sucesor procesal el particular Carlos Buendía Manrique que funge como cesionario de la entidad Alianza Fiduciaria S.A. fue admitido como tal dentro de la litis.
El inciso 4 del artículo 60 del C.P.C norma aplicable para el caso en autos, reza que e4se proveído (el que admitía o rechazaba a un sucesor procesal) es apelable, luego entonces hizo mal el juez A-quo cuando le negó la apelación a la parte demandada, zanjándose así

los problemas jurídicos demandante, sino también aceptación virtual por parte del despacho del cesionario como sucesor procesal
Se incluye que el auto No 502 del 22 de junio de 2015 expedido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali, que en el numeral 2 del resuelve negó el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto contra el auto 340 de mayo de 2015, no se ajusta a derecho, por lo que se estima mal denegado el recurso, actuación que conlleva a CONCEDER la apelación contra esta última providencia."
Rad. 005-2001-00432-02 (13-12-2016) M. S. Dr. Julián Alberto Villegas Perea

---

EJECUTIVO SINGULAR. Títulos valores facturas de venta. Requisitos. No es menester de acuerdo al C.G.del P. determinar el valor de cada una de las pretensiones para determinar la cuantía, la sumatoria de todas las pretensiones y demás emolumentos al momento de su presentación basta.

"Para el caso *sub iudice*, se trasluce que la parte demandante allego escrito en el cual determinaba la cuantía del capital y de los intereses de las facturas que la juez de conocimiento no rechazo como base de la ejecución, y que dicho manuscrito resulta diáfano que la competencia del asunto se asienta en aquella funcionaria por la sumatoria del capital e intereses, recayendo en ella el deber de impartirle el tramite adecuado; todavía más, de la lectura de la demanda y de los documentos aportados se puede establecer la fecha en la cual se hicieron exigibles los intereses de cada una de las facturas, se insiste en lo ya dicho, no es menester de acuerdo al C.G.P. determinar el valor de cada una de las pretensiones para determinar la cuantía, la sumatoria de todas las pretensiones y demás emolumentos al momento de su presentación basta; corolario de lo anterior, habrá de revocarse también el auto No 833 del 17 de agosto del 2016 que negó el mandamiento de pago
Se concluye que el numeral 1 del auto No 740 del 15 de junio de 2016 que se abstuvo de librar el mandamiento de pago sobre las facturas descritas en el punto uno de la parte considerativa de esa providencia, y el auto No 833 del 17 de agosto de ese mismo año, que negó el mandamiento de pago de las restantes facturas, ambos proferidos por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Cali, no se ajustan a derecho, situación que conlleva a este despacho a REVOCAR tanto el numeral 1 de la primera providencia recurrida, como el segundo proveído en su totalidad, tal como se dispondrá en la parte resolutiva."

Rad. 013-2016-00206-01 (09-12-2016) M.S. Dr. Julián Alberto Villegas Perea

---

EJECUTIVO SINGULAR. Facturas al carbón con firma y sello impuestos en original.
"En el caso, el juez a quo encontró que en cada una de las "FACTURAS DE VENTA" que se trajo para ejecución se lee la leyenda "Copia", por ello concluyo que carecen de ejecutividad al no tratarse de títulos valores; en el recurso de apelación la parte ejecutante comparte la decisión respecto de que únicamente las facturas originales son títulos valores, mas alega que las facturas que aporta son originales porque cuentan con firma y sello impuestos en original.

Pues bien, a efectos de tomar la decisión correspondiente la Sala debe decir que ciertamente es labor oficiosa del juez en la sentencia ejecutiva volver sobre el título base de la ejecución, siendo que "la orden de impulsar la ejecución, objeto de las sentencias que se profieran en procesos ejecutivos, implica el previo y necesario análisis de las condiciones que le dan eficacia al título ejecutivo, sin que en tal caso se encuentre el fallador limitado por el mandamiento de pago proferido al comienzo de la actuación procesal; por lo tanto, no funda la falta de competencia la discrepancia que pueda seguir entre la liminar orden de

pago y la sentencia que, con posterioridad, decida no llevar adelante la ejecución por reputar que en el titulo aportado para la misma no militan las condiciones pedidas por el art. 488 del C de P.C."(G.J. CXCll, 131)". de ahí que la Sala no encuentre reparo en el análisis que hizo el a quo dirigido a verificar la eficacia de la títulos valores traídos a cobro judicial en el presente asunto, sin que afecte la validez del negocio jurídico que dio origen a los títulos.

Dicho lo anterior, la Sala no encuentra razón para fallar de forma diferente o como se hizo en primera instancia como quiera que las facturas traídas por la parte ejecutante son copias y por lo tanto carentes de mérito ejecutivo, en efecto, la sociedad ejecutante trajo 11 facturas visibles a folios 13 a 23 del cuaderno principal, las cuales de forma clara y preimpresa fueron identificadas como "copia" por la misma sociedad ejecutante de conformidad con el artículo 3 del Decreto 3327 de 2009, ante tan contundente hecho no cabe alegar que se trata de facturas originales porque en ellas el Hospital plasmo firma y sello originales, pues es claro que en el marco de la normatividad actual que regula la materia parcialmente transcrita, la característica fundamental para determinar si una factura es original o copia, es la identificación a cargo del emisor o prestador del servicio por medio de anotación, la leyenda "copia" o una equivalente.

Rad.012 2013 00142 01 (31 05 2016) Acta 036.MP Dr. Jorge Jaramillo Villarreal.

EJECUTIVO SINGULAR. Titulo con espacios en blanco. Pagaré llenado sin seguir fielmente las instrucciones. Amparo de pobreza.
Extracto:

"En el caso, previo a precisar que quien llenó los espacios del pagaré fue el Banco xxxxxxxxx y no el Grupo Consultor Andino S.A., en tanto que la fecha de endoso a este último es posterior a la del vencimiento del pagaré (25-IV-12, 13-XII-13), a pesar que el Grupo Consultor Andino S.A. no fue quien llenó los espacios en blanco, tal endosatario está llamado a soportar las excepciones planteadas por el demandado incluyendo las que tienen fundamento en la integración abusiva del título (Art. 622 del C.Co.), ello es así porque tal "endoso" produce efectos de cesión ordinaria a voces del artículo 660 ibídem, porque tal causahabiencia "no transmite al cesionario más derechos que los radicados en cabeza del cedente. Especialmente el crédito, al no surgir alteración alguna con la cesión, no se purga de los vicios o irregularidades que tenía ni adquiere cualidades de que carecía. De consiguiente, todas las objeciones o excepciones que el deudor podía alegar contra el cedente, puede alegarlas contra el cesionario, salvo las excepciones personales del cedente".

En cuanto a la manera como fue lleno el pagaré la Sala constata que en el mismo título en la parte inferior como instrucción se escribió que debía contener "los rubros que conforman la cuantía definida en el numeral anterior, es decir el valor que correspondiere a capital, producto, intereses de plazo, y/o intereses de mora, comisiones, seguros y demás gastos ocasionados por los referidos créditos y/o garantías a nuestro cargo y a favor del Banco", lo cual evidentemente no se cumplió porque no se atendió para nada la instrucción, no se determinaron los rubros discriminadamente y su cuantía sino que se englobó una suma, por otra parte, la suma que se indica como capital en parte se llenó con el valor de obligaciones que el demandado ya había pagado, tal como lo demuestran los extractos correspondientes a las tarjetas de crédito Visa Platinum No. 4016940000110461 (4.11.) y Mastercard Platinum No. 5466920000015037 (4.12) los cuales tienen fuerza demostrativa de conformidad con el artículo 252 del C.P.C. , amén que tales créditos fueron relacionados en la comunicación original dirigida al demandado por el Banco xxxxxxx vista a folio 43

(4.6.), todo ello hace entonces concluir que al día en que se señaló como vencimiento del título (13 de diciembre de 2011), el señor Tascón Reyes ya no debía la suma de $49.576.807,29 porque había sido pagada el 16 y 29 de noviembre de 2011, de todo lo cual se deduce que el demandado probó que las instrucciones fueron diferentes y que el pagaré fue llenado por el Banco xxxxxxx sin ser fiel a ellas ni al verdadero monto de la deuda.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia se ha encargado de precisar que aunque el título haya sido diligenciado sin seguir a cabalidad las instrucciones, este inexorablemente no pierde su validez cambiaria sino que pervive de acuerdo con lo que realmente se haya convenido por las partes. Al respecto se ha considerado:

"[…] [A]cerca de las atribuciones para llenar los espacios en blanco la Sala en fallo de 8 de septiembre de 2005, expediente 1100122030002005-00769-01, consideró que "la interpretación plasmada por el Tribunal fue acertada, por cuanto la inobservancia de las instrucciones impartidas para llenar los espacios en blanco dejados en un título valor no acarrea inexorablemente la nulidad o ineficacia del instrumento, toda vez que de llegar a establecerse que tales autorizaciones no fueron estrictamente acatadas, la solución que se impone es ajustar el documento a los términos verdadera y originalmente convenidos entre el suscriptor y el tenedor, como , verbigracia, reduciendo el importe de la obligación cartular al valor acordado o acomodando su exigibilidad a la fecha realmente estipulada..", y en el de 15 de diciembre de 2009, expediente 05001-22-03-000-2009-00629-01, estimó que "el hecho de que se hubiera demostrado que en un comienzo no hubo instrucciones para llenar los espacios en blanco de la referida letra, era cuestión que por sí sola no le restaba mérito ejecutivo al título".

De ahí que, en el asunto pese a que quedó demostrado que el pagaré fue llenado sin seguir fielmente las instrucciones, tal situación no implica el decaimiento total del proceso porque la obligación de pagar una suma de dinero sobrevive en $15.189.176.71, la cual es la cantidad que resulta de restar de $64.765.984 que figura en el pagaré como capital, los pagos acreditados con los extractos bancarios por valor de $24.835.263,52 y $24.741.543,77 realizados antes del 13 de diciembre de 2011, fecha de vencimiento del título valor; no sobrando aclarar que el descuento de los pagos debe hacerse respecto del capital del pagaré que se está ejecutando y no sobre el monto que refleja una relación de las obligaciones externas al título como lo hizo el a quo sin observar los extractos, siendo necesario precisar que si bien ellos prueban los abonos, no significa que el título sea complejo como lo quiere hacer entender el demandado en la apelación, el pagaré traído a cobro es suficiente para adelantar la ejecución sin necesidad de otro documento para afianzar la claridad, expresividad y exigibilidad, cosa distinta es la prosperidad parcial de la excepción de pago como quedó explicado.

Por último, la Sala advierte que el demandado fue amparado de pobreza razón por la cual es improcedente la condena en costas que hizo el juez (Art. 163 C.P.C.),tampoco las habrá a su favor por la prosperidad parcial de las pretensiones lo mismo que del recurso (Art.392 C.P.C.)."

Rad.003 2012 00297 01 (1466) (14 07 2016) Acta No. 49 M.P. Dr. Jorge Jaramillo Villareal.

INCIDENTE DE LEVANTAMIENTO DE SECUESTRO. Bien vacante. Proceso verbal declarativo.

"Por sabido se tiene que los términos procesales tienen por objeto regular el impulso procesal, con el fin de que las distintas etapas del proceso se desarrollen de manera progresiva, asegurando por ese camino el respeto por el debido proceso de las partes, al tenor del cual, tano las partes como el juez, deben actuar conforme a las reglas

preestablecidas, a fin de garantizar al ciudadano, a lo largo de la actuación, una recta y cumplida administración de justicia.

En ese orden, el legislador procesal civil sometió los procedimientos de esta naturaleza al principio de preclusión, señalando que las oportunidades para realizar los actos del proceso son perentorias e improrrogables, con lo que, además propende por principios como los de seguridad jurídica y económica procesal, imponiendo a los interesados, actuar en las ocasiones señaladas para el efecto.

Por ese camino, establece el artículo del C.G del P. (en el cual se reproduce el contenido del artículo 138 del C. de P.C), que el "juez rechazara de plano los incidentes que no estén expresamente autorizados por este código y los que se promuevan fuera de termino o en contravención a lo dispuesto en el artículo 128"

Descendiendo al caso bajo estudio, de entrada se advierte que la decisión de instancia será revocada, pues le asiste razón al recurrente en cuanto a que el término aplicado para rechazar el incidente respectivo no es aplicable al caso, conforme a las razones que pasan a exponerse.

"Por sabido se tiene que el Código General del Proceso, previó un régimen que regula la transición normativa respecto de aquellos procesos iniciados bajo la vigencia del código de procedimiento civil. Dicho régimen, en tratándose de procesos verbales establece que "una vez agotado el trámite que precede a la audiencia de que trata el artículo del código de procedimiento civil, se citara a la audiencia inicial prevista en el artículo 372 del código general del proceso, y continuara de conformidad con este" (Literal a) del numeral 2 del artículo 625 del C.G del P.).

Se sigue de lo anterior que esta clase de asuntos, de conformidad con el mentado régimen, se rigen por la anterior legislación hasta cuando se produzca el vencimiento del "término del traslado de la demanda, el de las excepciones de mérito, cuando se hubieren propuesto, y decididas las excepciones previas, si fuere el caso", momento en el cual, debía fijarse fecha para la audiencia de que trata el artículo 432 del C. de P.C., por disposición del artículo 430 ibídem.

Igualmente, por virtud del mentado régimen (numeral 5 del artículo 625 del C. de P.C), se tiene que "(…) los términos que hubieren comenzado a correr, (…) se regirán por las leyes vigentes cuando (…) empezaran a correr los términos (…)".

De cara a lo anterior, se advierte que si bien para cuando se adelantó la diligencia de secuestro del predio de marras, esto es, para el 20 de abril de 2016 (Fl. 46 C. Copias), ya tenía plena vigencia el código general del proceso, por virtud del régimen de transición, el proceso aún estaba tramitándose bajo las reglas del código de procedimiento civil, pues en ese momento todavía no se encontraba vencido el termino de traslado concedido a la curadora ad litem de la parte demandada para contestar la demanda, de tal forma que, según viene de verse, no se había agotado el trámite que antecede a la audiencia del artículo 432 ibídem, y por ende no había lugar a la aplicación del nuevo estatuto procesal.

En ese orden, por disposición del mismo régimen de transición (numeral 5 del artículo 625), los términos que empezaron a correr con la realización de la diligencia, deben regirse por la normativa anterior, pues, se itera, a riesgo de fatigar, era la vigente al momento de su práctica. Por supuesto, esos términos, en lo pertinente a este asunto, no son otros que aquellos concedidos al eventual poseedor del bien que no estuvo presente en la diligencia o que no fue asistido en el misma por un apoderado judicial, para que presente la solicitud de levantamiento de secuestro, pues con independencia de la legislación que se aplique, el plazo debe contabilizarse a partir de la fecha de la diligencia, acto que marca el puntual inicial temporal para el efecto.

Así las cosas, resulta evidente que por las características concretas del caso en estudio, aun cuando para el momento en que se adoptó la decisión (1 de junio de 2016), ya se encontraba vigente el C.G. del P. (razón por la cual, el recurso se tramito bajo sus normas) dado que se encontraba vencido el termino de traslado de la demanda (sin que se hubieran propuesto excepciones), lo que aconteció el 3 de mayo de 2016, no era posible acudir a tal estatuto para definir si el incidente propuesto fue oportuno, pues el termino con que contaba el interesado para su interposición es aquel consagrado en la normativa procesal anterior, por haber empezado a correr en vigencia de la misma.

Sentado ello, se establece que, conforme adujo el recurrente el termino aplicable a su caso es de veinte días, a partir de la fecha de diligencia, pues el numeral 8 del artículo 687 del C. de P.C., prevé que procede el levantamiento del secuestro "en los siguientes casos: (…) si un tercero poseedor que no se opuso a la práctica de la diligencia de secuestro, solicita al juez del conocimiento, dentro de los veinte días siguientes, que se declare que tenía la posesión material del bien al tiempo en que se practicó, y obtiene decisión favorable. (…) lo dispuesto en los incisos anteriores se aplicara igualmente al tercero poseedor que se opuso a la diligencia de secuestro, pero no estuvo representado por apoderado judicial."

Surge de dicha normatividad que, contrario a lo que sucede en el nuevo régimen procesal, no se contempla un término diferente para el tercero poseedor que no asistió a la diligencia y aquel que asistió pero no fue representado judicialmente, siendo a ambos aplicable el termino de veinte días, lapso que respeto la parte interesada, quien incluso aludió a las normas anteriores en su escrito, pues como aseguro la a quo presento el mismo, dieciséis días después de adelantada la diligencia, esto es, el 13 de mayo de 2016 (Fl. 13 C. tribunal)

Por ende, como ya se advirtió, será revocada la decisión, para que la juez de instancia tramite el incidente propuesto, obviamente, teniendo en cuenta que para cuando este se propuso (13 de mayo de 2016), el proceso ya había hecho tránsito a la legislación prevista en el código general del proceso.

Igualmente, se exonera a la autoridad judicial para que adopte las decisiones que considere pertinentes con miras a atender lo previsto en el artículo 383 del C. G del P., conforme a la cual, la demanda de declaración de bien vacante debe dirigirse contra las personas "conocidas como poseedoras" del bien objeto del debate.

RESUELVE: REVOCAR la decisión objeto de recurso, conforme a las razones expuestas, para que en su lugar la juez de instancia proceda con el trámite que corresponda frente al incidente de levantamiento de secuestro propuesto por el recurrente, atendiendo la salvedad efectuada frente a la legislación aplicable al mismo.

Igualmente, se exhorta a la autoridad judicial para que adopte las decisiones que considere pertinentes con miras a atender lo previsto en el artículo 383del C.G del P., conforme a la cual, la demanda de declaración de bien vacante debe dirigirse contra las personas conocidas como poseedoras del bien objeto del debate."

RAD: 03-014-2015-00369-01 (29 11 2016) **M.S:** Carlos Alberto Romero Sánchez

---

NULIDAD DE CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA. Resolución por incumplimiento bilateral.

Extracto:

"Como la parte demandante se duele que no se haya fijado la hora precisa para la realización de la escritura pública en la Notaria pactada, debemos responder que tal

exigencia no reclama la ley, aunque en términos de precisión y de no perder mucho tiempo en la notaria, lo más apropiado es que así sea, la exigencia legal se cumple si el plazo aparece determinado como en este caso, evidentemente, habiéndose pactado que la escritura pública se llevaría a cabo el 19 de diciembre de 2013 (4.5.1.) se ve cumplida la exigencia normativa, no hay lugar entonces a la declaración de nulidad por la omisión de los requisitos formales que las leyes prescriben a la que principalmente apunta la parte demandante (art.1741 del C.C.); además, el día 19 de diciembre de 2013 las partes promitentes concurrieron y se encontraron en la Notaria 16 del Circulo Notarial de Cali que fue a la oficina fedante a quien correspondió el reparto de la escritura en razón de la intervención en el contrato de un ente público como lo es xxxxxxx; decir que ese encuentro fue casual como lo pregona el abogado del demandante para afianzar su pretensión de nulidad, no es más que una afirmación anodina que carece de lógica circunstancial en el contexto de la conducta contractual de las partes.

La parte demandante alega que el 19 de diciembre de 2013 ante la no realización de la escritura pública en la Notaria 16 del Circulo Notarial de Cali acordó verbalmente con el representante legal de xxxxxxx realizarla al día siguiente, la parte demandada niega el acuerdo de tal prórroga. No obstante que dos de los testigos reseñados con anterioridad (4.5.9.3. y 4.5.9.4.) declaran que ese pacto existió, no existe prueba escrita que lo respalde, recuérdese que para modificar un contrato que se pactó por escrito y que por su naturaleza debe hacerse así (art.89 de la ley 153 de 1887), cualquier modificación o prorroga , amén de ello, en las declaraciones de los dos comerciantes que testimoniaron no se aprecia una contundente credibilidad porque en ellos se observa interés en el contrato, al punto que xxxxxxxxxxxx en las veces en que se refirió al promitente comprador, habla de nosotros; en tales circunstancias no puede tenerse como válida la prorroga que para hacer la escritura pública al otro día del pactado (20 de diciembre de 2013) dice el demandante que ocurrió.

Lo que aquí se ve claro es que hasta el 19 de diciembre de 2013, fecha pactada por los promitentes contratantes para suscribir la escritura pública por medio de la cual se perfeccionaría el negocio jurídico prometido el 05 de septiembre de 2013, habían cumplido con el programa contractual, el promitente comprador (demandante) pagando la totalidad del precio ($260.000.000), hecho sobre el cual no hay discusión y lo aceptan ambas partes, no obstante, en el momento de empezar a extender la escritura pública, al acercarse el demandante a pagar en la caja de la notaria los gastos notariales y los demás necesarios que comporta la realización de una escritura de compraventa de inmueble a los cuales se había comprometido, surgió el inconveniente que la notaria no le recibió cheque, tarjeta de crédito ni débito para sufragarlos porque la notaria no recibía esos medios de pago, por esa razón, no tuvo lugar la realización de la escritura de compraventa , tal y conforme dan cuenta las actas de comparecencia allegadas por cada una de las partes (4.5.2.).

El demandante critica tales actas de comparecencia porque fueron expedidas al día siguiente por otra persona diferente a quién el día anterior fungía como notario, no obstante ello, está de acuerdo en su contenido, que la escritura no pudo llevarse a cabo porque no llevo efectivo para cubrir los gastos que debía sufragar, ciertamente, la actitud de la notaria puede ser criticable no por no recibir distintos medios de pago diferentes al efectivo sino por no facilitar la realización de la escritura pública convenida y que las partes fueron a cumplir, claro está, que en la demanda nada se pretende en contra de la notaria ni del notario por el servicio notarial, sino por el comportamiento contractual de la parte demandada.

Aceptado fue por ambas partes que la escritura no pudo realizarse porque la notaria no recibía otros medios de pago sino efectivo para el pago de los derechos notariales y demás gastos necesarios para realizar la escritura pública que la entidad fedante debe recibir, de ahí que, si bien la contundencia probatoria formal de las actas de comparecencia se vea afectada en su producción por haber sido realizada un día después de cuando debió

levantarse y por otro funcionario quien directamente no presenció lo ocurrido, lo cierto es que lo que se dice en ellas fue lo que pasó, tampoco el demandante tachó de falsa el acta, por el contrario también allegó la suya que coincide con la que presentó el demandado, las partes están de acuerdo que así fue lo que sucedió.

Ubicados en el sitio y en el momento preciso de la realización de la escritura pública -19 de diciembre de 2013 a las 3:15 de la tarde-sitio y momento en el que las partes habían acudido a la realización de la escritura pública de compraventa, la sala observa el incumplimiento reciproco y simultaneo de las partes , o, como dice el demandante , el incumplimiento bilateral; efectivamente , repasadas las normas que regulan la realización de las escrituras públicas y la función notarial, sabemos que el notario ejerce sus funciones a solicitud de los interesados tal y como lo dispone el Art. 2 del Decreto 2148 de 1983;la compraventa de un inmueble por escritura pública se desenvuelve en varios pasos sucesivos consistentes en : la recepción, la extensión, el otorgamiento y la autorización, así lo describe el artículo 13 del decreto 960 de 1970 y las siguientes normas explican tales pasos; el notario únicamente debe autorizar el instrumento con su firma en último lugar, una vez se cumplan con los requisitos formales y los comprobantes necesarios para la realización escritural – artículo 40 del decreto 960 de 1970-, los notarios pueden abstenerse de autorizar las escrituras públicas hasta cuando reciban la totalidad de los emolumentos que corresponden por la prestación de los servicios notariales; existen disposiciones normativas supletivas – artículo 230 del decreto 960 de 1970 y 142 del decreto 2148 de 1983- de cómo debe sufragarse los costos notariales y los demás gastos para la realización de una escritura pública a falta de estipulación diferente de los interesados, aquí, es claro y contundente que conforme a la cláusula séptima del contrato de promesa tales erogaciones quedaron a cargo del promitente comprador, sobre esto no hay discusión ni puede haberla frente a diáfana estipulación.

Pero el interrogante que surge es: por qué tal escritura no se llevó a efecto si el promitente comprador había pagado totalmente el precio y las partes se encontraban en la notaria y su intención era cumplir?, la respuesta es porque ninguno de los contratantes pidió que la escritura se llevara a cabo y que el pago de los gastos se hiciera al día siguiente o el mismo día momentos después, si bien se conoce y se probó en este proceso, que el promitente comprador tenía disponibilidad de dinero en su cuenta bancaria personal (4.5.8.), entonces, bien podía cualquiera de ellos pedir que la escritura pública se llevara a efecto y dejar pendiente su autorización, pues los notarios pueden abstenerse de autorizar la escritura o expedir copias de documentos hasta tanto no se les pague la totalidad de los derechos por la prestación de los servicios notariales, así lo permite el artículo 143 del decreto 2148 ibídem, más aun, estando pagado todo el precio, bien podía el promitente vendedor suscribir la escritura pública; pues bien se entiende que todo lo demás puede ocurrir después, la lectura del artículo 10 del decreto 2148 de 1983 cuando dispone que: “Cuando transcurridos dos meses desde la fecha de la firma del primer otorgante no se hayan presentado alguno o algunos de los demás declarantes, el notario anotará en el instrumento lo acaecido, dejará constancia de que por ese motivo no lo autoriza y lo incorporará al protocolo”, así lo hace entender; en esa medida, si ninguno de los contratantes que habían comparecido pidió al notario la extensión y el otorgamiento del título siendo una función rogada – artículo 2 del decreto 2148 de 1983- , ambos incumplieron simultáneamente tal obligación, esta situación posteriormente se tornó trascendente por la actitud intransigente de las partes, xxxxxxx creyó que unilateralmente podía dar por incumplido el contrato por el promitente comprador, volverle el dinero pagado por el inmueble dejándose el valor de las arras, y , el promitente comprador, pretextar que convino una prorroga que resulta invalida para que le vuelvan todo su dinero con intereses y corrección monetaria.

Todo indica que el comportamiento posterior al 19 de diciembre de 2013 de los contratantes no ha sido otro sino de resolver el contrato y no de buscar el cumplimiento, claro está, cada uno queriendo sacar ventaja de lo que ocurrió, a fe que es el demandante el que pide la

resolución y que el demandado a pesar de que se oponga a esa pretensión, con su conducta ha dado muestras de que quiere la resolución pero dejándose las arras para sí, de ahí que ofició al demandante informándole que ha dado por resuelto el contrato, que se acerque a retirar el dinero descontando las arras y los impuestos bancarios de la transacción y que si no se acerca a retirar en las oficinas de xxxxxxx, le harían un depósito judicial como en efecto lo hizo en el Banco Agrario (4.5.5., 4.5.6. y 4.5.7.), amen que, en el proceso pidió la liberación de la inscripción de la demanda en el registro de instrumentos públicos de Cali para transferirlo al municipio de Cali el cual se accedió en esta instancia.

Entendiendo el sentido de la demanda y la voluntad genuina de las partes se comprende que el incumplimiento bilateral pedido por el demandante se refiere al mutuo disenso, que refulge del comportamiento de las partes y la génesis del litigio, siendo el mutuo disenso(arts. 1602 y 1625 del C.C.) una manera de extinguir las obligaciones de las partes para dar por finalizado el efecto temporal y transitorio que tiene la promesa de compraventa, pues no es posible llegar a una justicia material sin dicha declaración para permitir que el contrato de promesa siga produciendo efectos cuando las partes inequívocamente ya no desean la compraventa (4.4.3.).

La misma Corte Constitucional citando a la Corte Suprema de Justicia ha orientado la necesidad de su declaración cuando existe "un abandono recíproco de las prestaciones a cargo de las partes contratantes, evitando que las mismas queden en un estado de indefinición permanente. En este sentido ha manifestado la Corte Suprema "es necesario asimismo hacer ver que por obra de aquella circunstancia [, el mutuo incumplimiento,] no siempre ha de quedar atascada la relación derivada del negocio y sometida en consecuencia "…a la indefinida expectativa de que –en algún tiempo- pueda ejecutarse o resolverse el contrato no cumplido por iniciativa exclusiva de aquella de las dos que considere derivar mayores ventajas del incumplimiento común, o de que la acción implacable del tiempo le da vigencia definitiva a través de la prescripción… (G. J. Tomo CXLVIII, pág.246).

"Por esta razón, la intención de atribuir efectos jurídicos al mutuo incumplimiento en los contratos bilaterales resulta acorde con el eficiente tráfico de los negocios jurídicos y la dinámica negocial de las relaciones privadas, que es contraria a indefiniciones que generen zozobra y que pongan en suspenso la aplicación del principio de seguridad jurídica en estos casos (…)"; así mismo ha dado solución la doctrina frente al incumplimiento mutuo o bilateral, cuando el contrato no se ejecuta por causa imputable a ambas partes, el mutuo disenso es el medio adecuado para poner solución al desequilibrio que genera, no permitiendo que una parte saque beneficio del incumplimiento reciproco, porque resulta insensato mantenerlas en un estado de indefinición, tal y conforme se citó en la base teórica de este pronunciamiento (4.4.3.).

Existen razones jurídicas que llevan a sostener que xxxxxxx no pueda retener unilateralmente las arras así se hayan pactado exclusivamente a su favor, siendo claro que la legislación colombiana consagró dos clases de ellas, las confirmatorias y las que se entregan como garantía de celebración o de la ejecución del contrato confiriendo la facultad de retractarse bajo su pérdida (arts. 1859,1861 y 1932 del C.C.); las que aquí se pactaron en el 10% del valor del inmueble ($26.000.000) lo fueron arras simples que son las que dan derecho a la retractación , pues en el contrato se pactó que "(…) en caso que el PROMITENTE COMPRADOR desista de continuar con el negocio, se retracte o llegare a incurrir en cualquier tipo de incumplimiento, el presente documento de promesa de compraventa faculta al PROMITENTE VENDEDOR para que retenga a su favor dicha suma, sin que para ello medie ningún tipo de declaración judicial y se entenderá resuelta de pleno derecho, (…)" aquí, lo que ocurrió fue el incumplimiento reciproco y simultaneo de las partes, no el uso del derecho de retractación, amen que después de trascurridos dos meses subsiguientes al convenio si los contratantes no fijaron plazo dentro del cual pudiere

ocurrir la retractación, no es posible que esta ocurra, como tal término no se pactó, corre entonces el término legal de los dos meses; siendo que el contrato de promesa se celebró el 05 de septiembre de 2013 para el 19 de diciembre del mismo año, fecha del incumplimiento reciproco, el término de dos meses ya había corrido con creces – artículo 1860 del C.C.

Ante el incumplimiento reciproco y el subsecuente mutuo disenso no hay lugar al cobro de perjuicios en los que se entienden incluidos los intereses del dinero(art.1617 y 2232 del C.C.): en cuanto a restituciones mutuas tampoco hay necesidad de pronunciarse sobre la devolución del inmueble porque este nunca fue entregado, tampoco a la devolución de la suma de $233.064.000 por parte de xxxxxxx al demandante porque este ha tenido tal cantidad a su disposición desde antes de la admisión de la demanda; como se sabe: "Ante el incumplimiento mutuo de las partes del contrato surgen consecuencias para las obligaciones derivadas del contrato, pues en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos predican las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente"

La sala ve necesario pronunciarse sobre la devolución de los $26.000.000 que el demandado también recibió como parte del precio a título de arras y no ha devuelto, los que deben reintegrarse con corrección monetaria por la erosión del dinero teniendo en cuenta la variación del Índice de Precios al Consumidor desde el 05 de septiembre de 2013 en que fueron entregados a xxxxxxx (114.22579) hasta la última fecha disponible de la variación del IPC según tablas del Banco de la República –diciembre de 2015 – (126.14945), no de intereses porque el incumplimiento fue bilateral y simultaneo como quedó explicado.

Como el demandante depositó el resto del precio descontado las arras, equivalente a $234.000.000 el 05 de diciembre de 2013, (Fls. 13 y 14 del C.Pal) y la comunicación de que los $233.064.000 estaban disponibles a favor del demandante fue realizada el 14 de marzo de 2014, sobre los $234.000.000 se deberá reconocer corrección monetaria conforme a la variación del IPC (Índice de diciembre de 2013 – 113.98254; índice de marzo de 2014 – 115.71358); como la parte demandada cuando puso a disposición del demandante la suma de $233.064.000 y dijo descontar al cuatro por mil por la transacción bancaria, o sea, el equivalente a $936.000, tal cantidad por tratarse de un impuesto que no aprovecha a ninguna de las partes, deberá ser sufragado por mitades, esto es, xxxxxxx deberá reintegrar al demandante la suma de $468.000 con corrección monetaria desde el 14 de marzo de 2014 (115.71358) hasta la última fecha disponible de la variación del IPC según tablas del Banco de la República (diciembre de 2015 – 126.14945)."
La Sala revocó la sentencia proferida y negó la pretensión principal de nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa.
Rad. 000 2014 00302 00 (01 02 2016) Acta No. 02 M.S Dr. Jorge Jaramillo Villareal.

NULIDAD. Causal art. 140 num. 9. de P. Civil. Falta de legitimación por activa. Lesión enorme. Contrato de compraventa.

"No cabe duda que el poder que faculto al apoderado actor para iniciar y llevar hasta su terminación el proceso que nos ocupa, es claro en indicar que la señora X.X.X.X.X.X , actúa en su calidad de apoderada general del señor X.X.X.X.X.X.X . Siguese entonces que no actuaba para sí o en defensa de un derecho propio sino a nombrí de su poderdante.

Tampoco cabe duda que el profesional de derecho que la represento judicialmente, pidió para ella, pero no puede ser ese el sustento legal para negar las pretensiones por una

supuesta falta de legitimación por activa, en la medida en que es obligación del juez interpretar la demanda, por supuesto sin llegar a desnaturalizarla, como aquí no se hace.

Por lo mismo, acerca de esta particular cuestión, de antaño tiene dicho la Corte Suprema de Justicia que cuando el lenguaje de la demanda, sin ser indescifrable por completo, no se ajusta a la claridad y precisión indispensables en tan delicada materia para "no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal, el juzgador está obligado a interpretarla en busca de su sentido genuino sin alterarlo ni sustituirlo, consultando la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos", realizando "un análisis serio, fundado y razonable de todos sus segmentos, mediante su interpretación racional, lógica, sistemática e integral" (cas. Civ. Sentencia de 27 de agosto de 2008, [SC-084-2008], "siempre en conjunto, porque la intención del actor esta muchas veces contenida no solo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho", bastando "que ella aparezca claramente en el libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda.." (SC No. 145 de octubre de 2006).

En ese orden de ideas, si de la lectura atenta el poder obrante a folio 1 del cuaderno principal (que por lo general, lo elabora el profesional de derecho) e integrante obligatorio para este especifico caso del libelo introductorio, no se puede deducir algo diferente a que la citada señora X.X.X.X.X.X.X. no actuó en nombre propio, sino como apoderada judicial del señor X.X.X.X.X.X.X.X. , cree la sala, haber la juez de primera instancia incurrido en un exceso de ritual manifiesto al deducir aquí una falta de legitimación en la causa por activa, pues es lo cierto que aquel hizo parte del negocio jurídico cuya lesión enorme se pretende, y siendo ello asi, la interpretación que debía darse a la demanda era que la señora X.X.X.X.X.X pedía para su poderdante y no para ella.

Cuestión diferente es [y a ello se contrae la nulidad que ahora se decreta], que no haya sido únicamente el señor X.X.X.X.X.X.X quien perfecciono mediante apoderada, el contrato de compra venta instrumentalizado en la Escritura Publica 1922, otorgada en la Notaria Sexta de Cali, el 31 de mayo de 2006.

En efecto, tal como se aprecia en la anotación No. 7 del certificado de tradición que obra a folios 2 y 3 del cuaderno principal, los propietarios del inmueble trabado en el proceso, eran los señores X.X.X.X.X.X.X.X y X.X.XX.X.X.X.X.X.X, mismos que mediante Escritura Pública No. 1812 del 06 de mayo de 2005 de la Notaria Sexta de Cali (folios 35 a 37 cdo. 1º), constituyeron como su apoderada general de la señora X.X.X.X.X.X.X.X.

En uso de tal poder, la señora X.X.X.X.X.X, el 31 de mayo de 2006, otorgó en la Notaria Sexta de Cali, la Escritura Pública No. 1.922 por la cual, a nombre de sus mandantes, transfirió a titulo de venta y enajenación perpetua y a favor del señor X.X.X.X.X.X.X.X, el mismo inmueble del cual eran titulares del derecho de dominio de los señores X.X.X.X.X.X y X.X.X.X.X. (folios 4 a 6 cdo. 1º).

Ahora bien, como de lo que se trata en la demanda es rescindir dicho contrato por lesión enorme, era imperativo que la demanda la iniciara quienes concurrieron a la elaboración de dicho contrato, y de no se asi, como aquí no lo fue, era también una obligación del Juzgado, integrar el contradictorio de oficio o a petición de parte, antes de dictar sentencia de primera instancia, en atención a lo dispuesto en el artículo 83 del C. de P. Civil. Recuérdese, tal como lo afirma el inminente jurista Jairo Parra Quijano, que el litisconsorcio es impuesto por la relación material o por la ley (esta ordena en determinados casos su integración como sucede en el proceso divisorio en el que es imperativo demandar a todos los comuneros); es una imposición de la relaciono material con vigencia en la relación procesal, no para su existencia o validez, sino para que se pueda dictar sentencia de merito.

Dicha figura surge cuando la relación material o de derecho sustancial sobre la cual ha de pronunciarse el juez, está integrada por una pluralidad de sujetos, bien se activos o pasivos, los cuales corren la misma suerte, en forma tal que no es susceptible de rescindirse aisladamente atendiendo individualmente a quienes participaron en su formación. Dicho de otra manera, tal relación sustanciarlo material no puede existir para unos y no existir para otros. No puede anularse para uno y seguir vigente para otros ya que es indivisible frente al conjunto de los sujetos que concurrieron a su perfeccionamiento, de tal forma que solo estando presentes en el respectivo proceso todos o y cada uno de los sujetos de la relación sustancial, queda debidamente integrada la relación procesal y por ello mismo, puede ahora si el juez realizar un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión debatida en el proceso.

Recuérdese que en el litisconsorcio necesario existe una pretensión única pero con varios sujetos legitimados para que sea impuesta por ellos, o que lo sea en contra de ellos, no contra unos, sino necesariamente contra todos, de ahí porque disponga el articulo 83 antes citado que el supuesto de no demandarse a todos o no demandar todos, "…el juez en el auto que admite la demanda, ordenara dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con los términos dispuestos para el demandado…", de no proceder de esa manera, se configura la nulidad prevista en el numeral 9º del artículo 140 del C. de P. Civil (vigente para la fecha de presentación de esta demanda), la cual puede ser declarada incluso en el trámite de la segunda instancia.

Sobre este especifico tema es ya pacifico el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia según la cual: "…Sobre el punto importa recordar que de antaño ha predicado esta corporación, con apoyo en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, que cuando por inadvertencia del juez de la primera instancia y de las partes, el fallador ad quem se encuentra que no están presentes todas las personas a quienes les correspondería formular o contradecir las pretensiones de la demanda, "…lógicamente ya no podrá hacer uso de los poderes de saneamiento consagrados en el artículo 83, por cuanto aquellos se agotan con la decisión de primera instancia; tampoco la sentencia podrá ser de fondo…"; quedando como única posibilidad que se dictara fallo inhibitorio.

Un nuevo examen de la cuestión permite ver que dicha conclusión no tiene efectivo respaldo en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, el cual manda que: "Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de la cuales, por su naturaleza o por disposición legal, **no fuere posible resolver de merito** sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas", y dispone a renglón seguido las medidas que debe tomar el juez con el fin de que se logre la plena integración de las partes, bien en el auto admisorio de la demanda o bien después, de oficio o a petición de parte, pero siempre "**mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia",** preclusión esta que en combinación con la imposibilidad de resolver de merito a que alude el precepto, ha dado pábulo a que en segunda instancia, ante la falta de conformación del litisconsorcio necesario, se dicten fallos inhibitorios, como única solución emergente posible.

Empero, un entendimiento lógico e integrado con todo el ordenamiento procesal civil permite afirmar, primero, que es cierto que todas las medidas de integración del litisconsorcio necesario deben surtirse en el trámite de la primera instancia; y segundo, que, en cambio, no es cierto que una vez superada tal instancia el sentenciador superior, de continuar la deficiente conformación de aquel, no le queda otro camino que abstenerse de proveer sobre el fondo del asunto puesto a su consideración. En efecto, lo único que en esta hipótesis impide el precepto es "resolver de merito", lo que indudablemente deja espacio para que el juzgador ad quem pueda adoptar cualquier medida procesal, legalmente admisible, que conduzca a solucionar la anómala situación, mientras no

resuelva de fondo que es lo único que en verdad se le prohíbe; mucho más, si precisamente, como se dijo, es deber ineludible del juez evitar los fallos inhibitorios.

Ahora bien, la medida procesal que le corresponde adoptar al fallador de segunda instancia está dada por la consagración de la causal 9ª del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, la cual se produce, entre otros eventos, cuando se deje de notificar o emplazar a una de "las demás personas que deban se citadas como parte", situación que atañe con los litisconsortes necesarios, quienes deber ser citados al proceso justamente para que se pueda resolver de merito sobre la cuestión litigiosa; situación que se da tanto frente aquellos litisconsortes que mencionados en la demanda y en el auto admisorio de la misma no fueron notificados de este; como frente a quienes deben ser citados, y no lo han sido, a pesar de que la ley o por la naturaleza del litigio deben demandar o ser demandados; todo en aplicación de lo dispuesto en al artículo 83 del Código de Procedimiento Civil.

Desde luego que, cuando asi suceda, el decreto de la nulidad solo comprenderá el tramite adelantado en la segunda instancia y la sentencia apelada u objeto de consulta, puesto que abolida esta se restituye la posibilidad de disponer la citación oportuna de las personas que debieron formular la demanda o contra quienes se debió dirigir esta, para los fines que atañen con la defensa de sus intereses; se dan asi unas ventajas practicas de valor apreciable, con relación al fallo inhibitorio, consistentes en que subsiste el mismo proceso, se evita que se pierda tiempo y la actividad procesal producida hasta ese momento, se mantienen los efectos consumados de las normas sobre interrupción de la caducidad y prescripción; y, por sobre todo, se propende porque de todos modos se llegue al final a la composición del litigio…".

En el caso que nos ocupa, como a la formación y perfeccionamiento del contrato de compraventa cuya rescisión por lesión enorme se pretende (vertido en la escritura pública No. 1.922 del 31 de mayo de 2006, otorgada en la Notaria Sexta de Cali), concurrieron los señores X.X.X.X.X.X.X.X y X.X.X.X.X.X.X.X.X como vendedores y el señor X.X.X.X.X.XX. como comprador, eran entonces todos ellos los que debieron conformar la relación jurídica procesal tanto por activa como pasiva y no solo uno de ellos como aquí ocurrió.

Siendo ello asi, ante la imposibilidad de vincular al ausente en el trámite de la segunda instancia, se impone entonces declarar ahora la nulidad prevista en el numeral 9º del artículo 140 del C. de P. Civil el cual comprenderá la sentencia objeto del recurso asi como lo adelantado en la segunda instancia, ordenando al juez A quo disponer la citación del señor X.X.X.X.X.X.X.X para que, si a bien lo tiene, ejerza su derecho como parte integrante del contrato que se pretende rescindir."

Rad. 005 2009 00530 01 (28 03 2016) MS Dr.Julián Alberto Villegas Perea

---

PERTENENCIA. Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. Unidad Residencial República de Venezuela.
Extracto:

"Visto el recaudo probatorio dentro del asunto se sabe que en razón de la explosión de seis camiones cargados con 42 toneladas de dinamita acaecida el 7 de agosto de 1956 en la ciudad de Cali que lamentablemente causó la muerte de miles de víctimas y cuantiosas pérdidas materiales , se creó la Fundación Ciudad de Cali como una institución pública de utilidad común organizada por los Decretos 133 y 170 de 1957 , cuyo objeto fue reparar a las víctimas por los perjuicios causados por la explosión, su actividad está regulada por la Ley 179 de 1959 y por el Decreto Reglamentario No. 1085 de 1960, dentro de sus

competencias estuvo tramitar por vía extrajudicial y administrativa las indemnizaciones respectivas , el artículo 5º de la Ley 179 de 1959 (en concordancia con el artículo 3º del Decreto 170 de 1957) previó que el patrimonio de la Fundación estaría formado por la Unidad Residencial República de Venezuela, el artículo 37 del Decreto 1085 del 26 de abril de 1960 reglamentó que: "Las habitaciones y los locales comerciales de la comunidad residencial República de Venezuela se adjudicarán en propiedad a los damnificados, de conformidad con las estipulaciones de la Ley 179 de 1957, y del presente decreto. Si no existiere suficiente número de damnificados en capacidad de Adquirir en propiedad la totalidad de los inmuebles, la Junta de la FUNDACIÓN CIUDAD DE CALI, podrá darlos transitoriamente en arrendamiento, y adjudicarlos con posterioridad, a medida que se presenten damnificados que reúnan las condiciones requeridas para tener derecho a ser adjudicatarios".

La Unidad Residencial República de Venezuela fue propiciada por una donación del gobierno venezolano como acto de solidaridad por la explosión del 7 de agosto de 1956, la unidad está conformada por un edificio de quince plantas, capilla, edificio de comercio, kindergarden, pasillos y andenes, campos de baloncesto y fútbol, parques infantiles, parqueaderos para automóviles, prados y jardines (4.2.2.1.1 a 4.2.2.1.5.), la Unidad fue construida en terrenos de la sociedad Hijos de Adolfo Bueno Madrid y Cia. Ltda., por Escritura Pública No. 3590 del 6 de octubre de 1956 la sociedad donó el inmueble a la Secretaría de Acción Social y Protección Infantil – Sendas, sin embargo , en Escritura Pública 3204 del 31 de octubre de 1957 de la Notaría Octava de Bogotá la Secretaría Nacional de Atención Social – S.A.S. (antes Sendas) se declaró que la donación adolecía de graves defectos jurídicos por falta de insinuación judicial y por faltar poder para su otorgamiento motivos por los cuales no fue registrada, en la misma escritura pública la Secretaría Nacional de Atención Social cedió a título gratuito los derechos reales y personales que hubiera podido adquirir por virtud de la donación (4.2.2.1.4.), de modo que la transferencia de la propiedad del lote de terreno en donde se encuentra construida la Unidad Residencial legalmente no ocurrió por faltar la tradición del inmueble (Art. 756 C.C.).

Por Escritura Pública No. 2057 del 16 de mayo de 1958 de la Notaría Primera del Círculo de Cali, la Gobernación del Valle del Cauca en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 170 de 1957 y por autorización del Gobierno Nacional, cedió el edificio denominado Unidad Residencial República de Venezuela con todas sus construcciones y zonas complementarias a la Fundación Ciudad de Cali, sin embargo, consciente de que la propiedad del lote de terreno no se había transferido legalmente al Municipio de Cali, excluyó la totalidad del terreno de la cesión (4.2.2.1.5.), este último acto aparece registrado en el folio de matrícula inmobiliaria No. 37082462 en tal folio con anotación No. 1 aparece registrada la cesión con la anotación de que se excluye el lote (4.2.2.1.6.), de lo anterior se sabe que la Fundación Ciudad de Cali no le fue transferida la propiedad del lote de terreno donde se encuentra la Unidad Residencial República de Venezuela ni de las zonas aledañas como parqueaderos, jardín infantil, campos deportivos, prados y jardines.

La Fundación que inició este proceso pretende que se la declare propietaria del lote de terreno por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio alegando haberlo poseído durante el tiempo exigido por la ley, pretensión que la Sala no ve próspera si se considera que de las pruebas arrimadas al asunto se conoce que su condición fue de tenedora para cumplir un fin específico (Inc. 2º Art. 775 C.C.), amén que la Fundación Ciudad de Cali siempre fue consciente del dominio ajeno del lote de terreno en el cual fue construida la Unidad Residencial Venezuela el cual al parecer se encontraba en cabeza de la sociedad Hijos de Adolfo Bueno Madrid y Cia. Ltda., así se constata de las comunicaciones que la Fundación sostuvo con esa sociedad sin que se haya concertado la transferencia de la propiedad pues todo indica que por la ineficiencia de la Fundación tal acto definitorio nunca se llevó a cabo a pesar de los requerimientos de la empresa que había prometido donar (4.2.2.1.11 a 4.2.2.1.13), tal predicado también se hace notorio en

las escrituras de los apartamentos a los damnificados dejando claro que no tenía el dominio del lote de terreno donde se encuentra la unidad residencial aclarando que en la venta quedaba incluida la cuota de derecho que sobre los bienes comunes pueda corresponder al comprador, una vez la Sociedad Hijos de Adolfo Bueno M. Ltda. Transfiera a la Fundación el lote de terreno que prometió donarle y que comprende la totalidad de la Unidad Residencial República de Venezuela (4.2.2.1.8.), de manera que: la Fundación (actualmente Luis Carlos Robayo Ferro cesionario), siempre tuvo consciencia de que el dominio del predio era ajeno siendo su condición la de mera tenedora y sus funciones las de intermediaria para la asignación de las donaciones a las víctimas de la explosión de 1956 de acuerdo con la normatividad que la creó y estableció sus objetivos.

En el asunto no obra prueba que permita a la Sala captar que la condición de la Fundación haya cambiado a poseedora, el mismo apelante se encarga de definir que "el conjunto material probatorio no es suficiente para reconocer que la entidad inicialmente demandante FUNDACIÓN CIUDAD DE CALI , acredite los elementos que identifican la declaratoria de pertenencia por prescripción extraordinaria de dominio", evidentemente, en el asunto no existen pruebas que acrediten claramente que la Fundación ejerce actualmente la posesión sobre el lote de terreno donde se encuentra construida la Unidad Residencial referente a todo el sector aledaño del edificio al que nos venimos refiriendo, los mismos testimonios que fueron vertidos a su instancia declararon que en la actualidad no ejerce posesión sobre el predio (4.2.2.1.16.a y 4.2.2.1.16.b).

Ahora bien, en la apelación el cesionario de los derechos litigiosos de la Fundación en liquidación como último recurso alega una "posesión especial" que dice tener fundamento en la normatividad por la cual fue creada y regulada la entidad, lo cual evidentemente carece de sustento, por sabido se tiene que la usucapión como modo de adquirir el dominio de bienes corporales (muebles o inmuebles) así como los demás derechos reales, cuando han sido detentados en la forma y por el tiempo que el legislador ha previsto (Art. 2518 C.C.), tiene como presupuesto esencial la posesión con animó de señor y dueño (Art. 762 del C.C.), de ahí que si no demuestra esa manera de detentar un inmueble no resulta posible adquirir a través de la usucapión; no sobra agregar que a título de alegación la xxxxxxxxxxx trajo copias de las sentencias de primera y segunda instancia del proceso reivindicatorio planteado con posterioridad a la demanda de este proceso (26 de febrero de 2001), por la Fundación aquí demandante principal , contra la Asociación (aquí demandante ad excludendum), en el que reconoce la posesión de esta última alegando ser propietaria que finalmente no probó.

En punto a la demanda de la Asociación de Copropietarios de la Unidad Residencial República de Venezuela quien también persigue la adquisición del inmueble por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, es menester definir el momento en que esta entidad empezó a existir como quiera que por lógica elemental solamente desde ese momento es posible que haya ejercido la posesión del inmueble, siendo que tal entidad se constituye por voluntad de una o varias personas naturales o jurídicas, pues solamente desde su creación el ente ficticio es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones pudiendo ser representada judicial y extrajudicialmente por quien se designe (Art. 633 del Código Civil y art. 27 de la ley 57 de 1887);según la Corte Suprema: "La persona natural por el hecho moral requiere para vivir un acto de la autoridad que autorice su existencia como sujeto capaz de derechos y obligaciones (…) Al lado de esa capacidad de derecho o de goce, empleando la palabra que la doctrina usa con alguna impropiedad se mueve la capacidad de ejercicio o de voluntad , que no puede desempeñar directamente la persona jurídica, sino sus representantes, o mejor, sus órganos de acuerdo también con la teoría que más favor ha recibido últimamente tanto en la doctrina como de la jurisprudencia y los modernos códigos civiles .(…). La asociación o corporación es una especie de persona jurídica no lucrativa (C.C., art. 363), porque persigue fines elevados de bienestar humano, y las cooperativas pertenecen a esta especie; su capacidad de derecho es plena, según lo

ya expuesto; la capacidad de obrar se conjuga en los estatutos aprobados por el Estado, teniendo presente que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción como acaba de decirse (Sent., 6 mayo de 1954, LXXVII, 556). (…) La calidad de persona jurídica, se adquiere por creación legal o por reconocimiento administrativo. (Sent., S de N.G, 7 noviembre 1955 LXXXI, 922)".

En el caso la Sala observa que la existencia de la Asociación de Copropietarios de la Unidad Residencial República de Venezuela tiene como antecedente la comunidad formada por los propietarios de los apartamentos que conforman el edificio habitacional de la Unidad Residencial República de Venezuela, así se evidencia de las declaraciones contenidas en las Escrituras Públicas Nos. 1986 del 31 de diciembre de 1958 y 884 del 24 de abril de 1959 protocolizadas en las Notarías Cuarta y Tercera del Círculo de Cali en las que se declaran donatarios y que entre ellos existe una comunidad (4.2.2.2.15); aquí, lo que se conoce es que la Asociación fue reconocida legalmente como tal, el 20 de noviembre de 1980 mediante Resolución No. 01510 de esa fecha emitida por el Departamento Administrativo Jurídico División, Asuntos Delegados de la Nación de la Gobernación del Valle del Cauca, la cual ahora se encuentra registrada en la Cámara de Comercio de Cali (4.2.2.2.1.).

Entendido el momento de creación de la Asociación (20 de noviembre de 1980), es claro que solo desde ese punto temporal pudo haber iniciado la posesión que afirma haber ejercido sobre el inmueble, pues antes lo fue por la comunidad de copropietarios, no por la Asociación, aspecto definitivo a efectos de determinar si desde ese entonces cumple con el tiempo que la ley exige para adquirir el inmueble que pretende se la declare dueña por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio (Arts. 762, 2531 del C.C.), en este punto tenemos que aunque la Asociación trajo numerosos medios de prueba que demuestran actos de aprehensión material del inmueble con ánimo de señora y dueña, tales como la celebración de distintos contratos de arrendamiento, obras civiles, pago del impuesto predial, mantenimiento de las zonas comunes de la unidad residencial, venta de derechos de posesión, reparaciones, entre otros (4.2.2.2.20, 4.2.2.2.22 a 4.2.2.2.31), estos solo dan cuenta de actos posteriores al 24 de junio de 1982 con la celebración de un contrato de arrendamiento de la caseta de la unidad residencial con la que ya aparece la asociación como ente jurídico (4.2.2.2.20), los documentos con fecha anterior a la creación de la Asociación no son útiles para verificar la posesión pues a esas fechas la Asociación no existía, debe destacarse que el contrato de arrendamiento firmado el 23 de junio de 1980 además de ser anterior a la creación de la Asociación, fue suscrito como arrendadora una persona natural que no dijo representar a la Asociación (4.2.2.2.19); por otra parte , los testimonios recibidos nada dicen respecto de cuando empezó a actuar para la Asociación en calidad de poseedora a través de sus órganos directivos (4.2.2.2.31.a – 4.2.2.2.31.d).

Así las cosas, desde el inicio del primer acto de posesión que aparece probado por la asociación (24 de junio de 1982), hasta la presentación de la demanda, no había transcurrido el tiempo necesario de posesión que exige la ley para adquirir el dominio por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio que para el caso es de veinte años (1.3 – Art. 1 ley 50 de 1936), tampoco con la demanda se acude a la suma de posesiones ni en el proceso se prueba que ella ocurrió.

Las pretensiones de la PARROQUIA xxxxxxxxxxxx no merecen distinta suerte que las de otras demandantes en tanto tampoco demuestra cumplidos los presupuestos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio sobre el predio que disputa, quedó demostrado en el asunto que la Capilla, sus construcciones complementarias y zonas aledañas fueron construidas junto con la Unidad Residencial República de Venezuela de la cual hace parte, con el fin de dar acompañamiento espiritual a las víctima de la explosión del 7 de agosto de 1956 ocurrida en Cali, la Arquidiócesis de este lugar el 18 de octubre de 1957 creó la Parroquia de xxxxxxxxxxxx que se instaló en la capilla que queda dentro de lo que puede decirse es la Unidad Residencial República de Venezuela (4.2.2.3.1.), para la

Sala no es factible advertir de ese hecho que la Parroquia ingresó al templo con la convicción de dominio puesto que era consciente de que la construcción se había realizado para acompañar espiritualmente a los damnificados , de ahí que se pueda afirmar que la Parroquia ha tenido convicción del dominio ajeno lo cual devela su condición de tenedora (Inc. 2º Art. 775 C.C.), la Sala no puede compartir la inferencia del a quo respecto de que para la época de la construcción de la Unidad Residencial el Estado Colombiano era confesional de la religión católica y de esa circunstancia hacer desprender una supuesta intención de dar la capilla y sus anexidades a la Parroquia xxxxxxxxxxx, nada en el expediente permite afirmar que la parroquia ingresó con ánimo de señora y dueña.

Establecido esto, es claro que para el éxito de sus pretensiones la Parroquia debía demostrar la interversión del título de mera tenedora a poseedora en tanto el simple paso del tiempo no muda la tenencia en posesión (Art.776 C.C.), no bastaba con probar que desde el año 1957 ejercía el ministerio religioso con la celebración de misas, bautizos, primeras comuniones y matrimonios (4.2.2.3.6 y 4.2.2.3.14) pues esas actividades nada dicen sobre el ánimo de dueña de la capilla ni del terreno donde se asienta, cabe agregar, que los testigos de la Asociación de Copropietarios de la Unidad Residencial República de Venezuela no hablan de la posesión que alega la Parroquia (4.2.2.1.18, 4.2.2.1.19 y 4.2.2.2.31),xxxxxxxxxxx quien fuera sacerdote y por lo tanto comprometida su declaración, razón por la que no ofrece eficacia en favor de la posesión de la misma, no da cuenta que la parroquia se haya opuesto al cerramiento con muro que hizo la Asociación de Copropietarios dejando el Templo dentro de la Unidad Residencial República de Venezuela (4.2.2.3.14ª), de otra parte, las facturas de servicios públicos a excepción del teléfono llegan a nombre de la Unidad Residencial República de Venezuela (4.2.2.3.7 y 4.2.2.3.8), los recibos que trae relativos a materiales y servicios expedidos desde el 16 de marzo de 1998 hasta el 23 de febrero de 2004 (4.2.2.3.5) no permiten ver más allá de que fueron actos necesarios para el mantenimiento del inmueble sin que de ellos se logre extraer que la tenencia gratuita que ha mantenido haya mutado a posesión.

La Sala no deja de ver que para acceder de forma parcial a las pretensiones de la Parroquia el a quo tuvo como fundamento el acta No. 298 del 25 de mayo de 1979 de la Junta Directiva de la Fundación Ciudad de Cali que fue aportada por la testigo Ana Milena Cerón en la que se aprobó ceder “la Capilla” a la Arquidiócesis de Cali (4.2.2.1.19), empero, tal documento fue aportado en copia simple por lo cual carece de todo valor probatorio de conformidad con el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991 y el art. 254 del C.P.C.

Corolario de lo expuesto las pretensiones de la demandante y de las intervinientes ad excludendum no prosperan (Arts.174 y 177 del C.P.C., Art. 1757 del C.C.). “

Rad. 009 1997 14225 01 (06 05 2016) Acta 033.M.P. Dr. Jorge Jaramillo Villarreal.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Contrato de prestación de servicios de vigilancia a conjunto residencial. Hurto de bienes.

“En el asunto, el daño que acusan los demandantes comprende el menoscabo patrimonial que dicen sufrieron al ser despojados de diversos bienes muebles hurtados.

Pues bien, del examen holístico del material probatorio, es claro que en el asunto los demandantes no lo probaron siendo su carga (Arts. 177 CPC), no lograron acreditar que los bienes relacionados fueron efectivamente sustraídos entre los días 2 y 3 de agosto de 2003 de su casa de habitación No. 34 de la Ciudadela Pasoancho Sector II P.H.; contrario a lo afirmado por los apelantes, el hurto no fue probado.

Par llegar a esa conclusión, la Sala observa que como lo advirtió el a quo, las facturas originales y en copia, recibos de compra y mantenimiento de algunos equipos, las constancias y certificaciones expedidas por terceros antes y después de la ocurrencia de los hechos y las fotografías, efectivamente permiten saber que dichos bienes existían con anterioridad al 2 y 3 de agosto de 2003, fechas en las que dice ocurrió el hurto, sin embargo, la Sala no pasa por alto que muchos de los recibos y facturas figuran a nombre de X.X.X.X.X.X.X. y no de los demandantes.

Pero lo fundamental frente a lo ocurrido es que no se puede tener por lo acreditado que tales bienes se encontraban en la casa No. 34 de la Ciudadela Pasoancho Sector II P.H. para tales fechas, no es suficiente prueba la denuncia penal por el hurto hecha por X.X.X.X.X. para tenerlo como probado, amen que la señora X.X.X.X.X.X.X.X. quien para ese entonces fungía como administradora del conjunto residencial, sin mayor explicación hablo de $ 600.000.000 como valor de los bienes hurtados notoriamente superiores al valor declarado por los demandantes en la demanda (6.4) , de ahí que la administradora no se vea consecuente con lo que puede ser la verdad, en esa misma dirección la carta suscrita por ella dirigida a la agencia de seguros de fecha 29 de agosto de 2003, a pesar de informar el hurto, nada dijo sobre la perdida de los bienes, en ella se limitó a decir que "al parecer" los delincuentes habían entrado a la casa forzando una claraboya del garaje y que cuando entro a la casa encontró todo en desorden, en la misma, informa que el hurto recae sobre "elementos por valor aproximado de $ 150.000.000", valor distante de que había afirmado en la denuncia penal (6.8). En general, todos los documentos por los cuales se da parte del posible hurto (6.4 a 6.9 y 6.18), no tiene la aptitud para concluir que los bienes que se enlistan en la demanda hayan sido sustraídos en los días 2 y 3 de agosto de 2003.

Contextualmente, la sola afirmación de los demandantes no puede servir de base para dar por probado cual fue el daño, pues el solo dicho de una parte no puede servir de prueba, nótese además que en las actas de descargo suscritas por los vigilantes que prestaron su servicio durante la época en que se dice ocurrió el hurto, no aludieron que el vehículo de marca Mitsubishi de propiedad del demandante se haya encontrado en el conjunto o se lo haya observado salir (6.14, 6.15 y 6.16), los vigilantes lo ratifican cuando dan a conocer lo sucedido expresando simplemente que se encontró una claraboya del garaje forzada y una chapa dañada , pero ninguno dijo saber sobre la preexistencia de los bienes que los demandantes tenían en casa, los porteros niegan haber observado que el vehículo salió del conjunto en esos días, la única prueba que da cuenta de la presencia del vehículo en el conjunto residencial es la declaración rendida por la administradora ante la Fiscalía 65 Seccional de Cali, más de ella no se aprehende que constato la presencia del automotor sino que le contaron otros habitantes del conjunto residencial que ninguno fue llamado a declarar a este proceso (6.5); la testigo X.X.X.X.X.X , vecina de los demandantes, tampoco dice saber sobre los bienes que tenían en la casa para la época en que se afirma ocurrió el hurto (6.27.1).

Por otra parte, si bien en la noticia del siniestro por parte del gerente de Seguridad Comercial de Colombia Ltda. A su agente de seguros, habla de que hubo negligencia del personal de vigilancia, en la misma la pone en duda cuando afirma "se presume que obraron automáticamente al abrir la puerta vehicular sin observar quien iba manejando dicho vehículo", en el interrogatorio de parte practicado en el asunto, aunque el gerente reconoció haber firmado ese documento, aclara que ninguno de los porteros en los descargos rendidos ante la empresa de vigilancia, afirmo haber visto salir el vehículo de la propiedad (6.9 y 6.23).

Lo que si resulta relevante para este proceso, es que sobre la investigación del hurto llevado a cabo por la Fiscalía Seccional 65 Delegada, en la que al parecer decidió abstenerse de abrir investigación penal (el juzgado dejo constancia de ello en la inspección judicial – 6.28),

pone en duda la ocurrencia del delito, a este proceso ninguna información se trajo de esa investigación, entendiéndose que el demandante X.X.X.X.X.X.X.X , no mostro interés en ella, así lo hace entender cuando hablas de su desconocimiento sobre el estado del proceso penal en el interrogatorio de parte (6.26), por otro lado, el señor X.X.X.X.X.X. no fue quien presentó la denuncia penal sino que lo hizo X.X.X.X.X.X. (administradora) , de quien por cierto dijo que era administradora del conjunto residencial desde hace varios años atrás, afirmación desmentida por ella misma en declaración ante la Fiscalía Seccional 65, cuando dijo desempeñarse como administradora desde mayo de 2003 (3 meses antes del hurto), circunstancia corroborada por las actas del conjunto residencial del año 2003 (6.4 y 6.5).

Si bien puede entenderse como acreditado que alguien entro a la casa el día que se dice hubo el hurto, de ello no es posible concluir, como efectivamente no lo hizo el a quo, cuales bienes fueron sustraídos, las declaraciones de renta presentadas a la DIAN, si bien muestran una disminución de los activos de año 2003 frente al año 2002 (6.29), de tales documentos con fines tributarios, no se puede deducir los bienes hurtados.

Sobre el dictamen pericial buscado por los demandantes, la Sala ya tuvo oportunidad de precisar que no es el perito quien debe definir si los demandantes demostraron o no que fueron privados de los bienes que se dicen hurtados (Fls. 27 a 31 C. Tribunal), tal tarea es de competencia exclusiva del juez de acuerdo con las pruebas traídas y procuradas por las partes, de modo que, al no encontrarse acreditado el daño, el dictamen pericial sobre valores pierde toda utilidad.

En estricto resumen, en el asunto no se ve la prueba del daño, más aún si se tiene en cuenta que a quien se demanda no es el autor del hurto sino a la copropiedad y a la compañía encargada de la vigilancia, a quienes los demandantes no encargaron los bienes que dicen guardaban en la casa; claro que las empresas de vigilancia y los condominios están para disminuir el riesgo del hurto y la inseguridad de sus moradores , y, en ciertas circunstancias, dependiendo de la labor contratada y de la conmutatividad del contrato, deben responder , pero ello no significa que como si fuera una labor de resultado siempre deban responder aun sin respaldo probatorio.

Por último, basta decir que definida la improsperidad de las pretensiones indemnizatorias no es necesario el pronunciamiento sobre la relación sustancial entre la demandada Ciudadela de Pasoancho Sector II P.H., Seguridad Comercial de Colombia Ltda. Con Seguros Colpatria S.A. a quien se llamó en garantía (art. 57 del C.P.C.).”

Rad. 003 2005 00160 01 (24 11 2016) Acta 086. M.P. Dr Jorge Jaramillo Villarreal

---

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL BANCARIA. Contrato de cuenta corriente. Entrega de chequera y cheques a persona no autorizada.

Extracto:

“Observadas las pruebas antes reseñadas, la ley y la base teórica legal antecedente, para la solución del conflicto judicial planteado es menester reparar en los siguientes aspectos:

Vista la demanda, la ley, las pruebas en su conjunto y la base teórica doctrinal y jurisprudencial parcialmente transcrita que resulta aplicable al caso, lo mismo que la respuesta a la demanda, no hay duda sobre la relación contractual de las partes a través de un contrato de cuenta corriente suscrito, tampoco la hay sobre la ocurrencia de los hechos entre los días 28 de noviembre y 05 de diciembre de 2005, es decir, sobre la entrega de la chequera y el pago de varios cheques (12) pertenecientes a xxxxxxx , que no

procedían de las personas autorizadas por el cuentacorrentista para librar cheques contra la cuenta corriente No. 404221139-8.

También se sabe que quien dijo ser xxxxxxx se presentó al Banco con una carta de autorización para obtener una chequera con destino a xxxxxxx, que a la postre resultó falsa, así mismo, que fueron cobrados por ventanilla varios cheques (12) a favor de diferentes personas que suman la cantidad de $85.234.800, que también a la postre resultaron falsos; así mismo, que existieron varios cheques falsos que fueron depositados en cuentas bancarias y que estaba para canje que no fueron pagados cuando se trató de confirmarlos y que ese mismo día (14 de diciembre de 2005) el representante legal de xxxxxxx se presentó al Banco enterándose de lo que ocurría por lo cual presentó denuncia penal y reclamación formal al Banco; también se sabe que desde el 06 de enero de 2006 xxxxxxx presentó varias reclamaciones al Banco con el fin de que le respondiera por el importe descargado fraudulentamente, pidiendo copia autentica del contrato de cuenta corriente lo mismo que del reglamento interno sobre el procedimiento de entrega de chequeras y pago de cheques, pero como el Banco no entregó, la cuentacorrentista tuvo que acudir a una tutela y hasta incidente de desacato, logrando que le entreguen de un modelo de contrato de cuenta corriente, copias de los estudios técnicos y fotocopias de varios cheques pertenecientes a la cuenta de xxxxxxx.

En la alzada, la parte demandante centra su disconformidad en la falta de reconocimiento de la corrección monetaria y del lucro cesante que demandó pidiendo que se le reconozcan los intereses moratorios a la tasa máxima efectiva anual; por su parte, la entidad demandada insiste en que debe exonerársele de responsabilidad, porque no tiene responsabilidad en el ilícito del cual fue víctima xxxxxxx, que las firmas y sello de la carta de autorización para el retiro de chequera lo mismo que de los cheques que resultaron falsos no son apreciables a simple vista que el Banco obró conforme a lo pactado, hace hincapié en la falta de notoriedad de la falsedad y que para la fecha del retiro de la chequera y del pago de los cheques el teléfono de xxxxxxx se encontraba fuera de servicio.

Para definir la cuestión sometida a conocimiento de la Sala, debemos reiterar que en principio la responsabilidad en la entrega de la chequera y el pago de los cheques recae en el Banco y que este queda liberado si demuestra culpabilidad o negligencia del cuentacorrentista, sus representantes o factores, tal y como quedo explicado con las normas transcritas y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ciertamente, los bancos son las únicas instituciones autorizadas para el recibir depósitos por medio de contratos de cuentas corrientes a través de las cuales el cuentacorrentista puede disponer de los depósitos que ha hecho mediante el giro de cheques (Art.1382 del C. de Co.), de esa manera, bien puede afirmarse que la actividad del Banco frente al manejo de cheques es una actividad exclusiva y netamente profesional con un deber general tácito de seguridad y garantía, haciendo suyas las contingencias inherentes a este especial contrato de depósito (C.S.J. del 16 de junio de 2008).

Como dijimos el Banco puede liberarse de su responsabilidad profesional si demuestra negligencia o culpabilidad en el manejo de la cuenta corriente por el cuentacorrentista (Arts. 732 y 1391 del C.Co.);en este proceso no se ve demostrada la responsabilidad de este, el hecho de que hayan quedado sin servicio o desviadas las líneas telefónicas de xxxxxxx para los días en que tuvieron ocurrencia los ilícitos, a través de las cuales se podía confirmar tanto el retiro de la chequera como el pago de cheques, no implica necesariamente la responsabilidad de xxxxxxx, si no se demostró la del representante legal, de quienes estaban autorizados para el manejo de la cuenta o de alguno de sus agentes o dependientes, tampoco la justicia penal ha reportado nada al respecto a pesar de que existieron cheques falsos que fueron detectados en el canje; lo que se infiere, es que los delincuentes fueron personas ajenas tanto al demandante como al demandado, bien podía el Banco con la tecnología y la disposición de personal que posee, procurar la confirmación

a través de otros medios , y mucho más cuando se trata de la entrega de chequeras en la que se deben ultimar las medidas de seguridad que dispone el Banco, aquí, el formulario de autorización que viene en el talonario de cheques ni siquiera fue diligenciado (4.4.3.), bastó una carta de autorización aparentemente legítima que un desconocido presentó como procedente de xxxxxxx para que el Banco le entregue una chequera sin que la directora de la oficina del Banco se haya enterado de esto ni del pago de los cheques que a la postre resultaron falsos (4.4.12.2.); aunado a ello, el comportamiento del Banco frente a su perjudicado cliente no fue el más diligente , lo cierto es que no se le facilitaron los cheques originales, la copia auténtica del contrato de cuenta corriente ni del reglamento de seguridad en el manejo de las cuentas corrientes, constituyéndose en un indicio endoprocesal que desfavorece al Banco.

Visto lo anterior, siendo la actividad bancaria un servicio público confiado a los particulares que tienen capacidad de manejo de los recursos de los particulares, el Banco asume los riesgos inherentes a la organización y ejecución del servicio, pues la actividad financiera es una actividad esencial para el desarrollo económico y se funda en un pacto intangible de confianza, "esa confianza está a su vez cimentada (…) en la convicción pública de que las entidades que hacen parte del sistema están vigiladas técnica y profesionalmente. Esa confianza ha de ser permanente, continua y totalmente extendida para que el sistema funcione , para esta sala, es obligación del Banco responder por los perjuicios causados por la entrega irregular de la chequera perteneciente a xxxxxxx y el mal pago de los cheques objeto de falsificación por no haber demostrado la culpabilidad del cuentacorrentista y bajo el entendido que "el costo económico de tener que pagarlos se compensa sin duda con el lucro que para los bancos reporta el cúmulo de operaciones que en éste ámbito llevan a cabo" a voces de la Sala Civil de la Corte Suprema.

Sobre el reclamo de los intereses del valor de los cheques falsificados que pago el Banco que hace la parte demandante y que la parte demandada pide se mantenga la decisión del Juzgado en caso de que en segunda instancia se decida condenar al Banco, esto es, que solamente pueden pagarse una vez se ejecutorié la sentencia, huelga repetir que aquí se trata del análisis de una obligación nacida de un contrato de cuenta corriente, eminentemente comercial y que los intereses contractuales tienen que ver con la mora del deudor, en consecuencia, esos serán los parámetros a tener en cuenta para la decisión.

Pues bien, en esa dirección cabe repasar que a través del contrato de cuenta corriente, una vez depositados los fondos por el cuentacorrentista, este puede disponer del saldo mediante el giro de cheques, aquí, no se ha probado que el Banco haya negado el pago de uno o alguno de ellos considerando los $85.234.800 que para el cuentacorrentista tenía en su cuenta, de ahí que, la fecha cierta para el conteo de la mora sea la notificación del auto admisorio de la demanda en tanto esta por mandato legal produce los efectos de requerimiento judicial (Art.90, incs. 2 del C.P.C.), lo cual, en este proceso ocurrió el 28 de enero de 2008 (Fol.195 del C.Pal) fecha desde cuando correrán los intereses comerciales moratorios sin que haya lugar a corrección monetaria porque tal concepto queda inmerso en ellos (Arts. 65 de la Ley 45 de 1990 y 884 del C.Co.), tal y como antecedentemente se citó: "cuando los jueces condenan al pago de intereses de esta naturaleza se están remitiendo a una tasa que, también, comprende el resarcimiento por la pérdida del poder adquisitivo del dinero".

Cabe apreciar que con la demanda xxxxxxx pretendió la responsabilidad contractual que aquí se declara y no otra, la cual se deduce del incumplimiento contractual, ajena a la responsabilidad extracontractual, que ciertamente, como lo dice el Banco, cuando se declara esa responsabilidad la sentencia es constitutiva, en cuyo caso los intereses de la obligación corren desde cuando queda ejecutoriada la sentencia, claro está, si la misma no ha señalado otra fecha.

Como ambas partes apelaron y el recurso le prospera parcialmente a la parte demandante, se condenará en costas en un 50% fijando como agencias en derecho la suma de un millón de pesos ($1.000.000) en favor de la parte demandante (Art.392 C.P.C.).”

La Sala confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Descongestión de Cali.

Rad. 001 2007 00225 01 (02 08 2016) Acta 054. M.P.Dr. Jorge Jaramillo Villarreal.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL MÉDICA. Cirugía de herniorrafia. Prueba pericial. La parte demandante con los alegatos de primera instancia aporto una serie de documentos originales y copias simples provenientes de la EPS, empero, tales documentos no pueden ser valorados como pruebas validas como quiera que fueron aportados por fuera de las oportunidades previstas por el ordenamiento objetivo y mucho de ellos sin certeza sobre quien los expidió por no estar suscritos.

“Vistas las pruebas en su conjunto frente a la base teórica transcrita sobre las normas aplicables al caso, la demandada y las respuestas de las demandas, no hay duda que entre el demandante y la EPS existe una relación contractual, así mismo es un hecho aceptado por la Cruz Blanca PES S.A. que el 16 de septiembre de 2002 el señor X.X.X.-X.X. fue sometido a una cirugía denominada “herniorrafia” y que posteriormente al intervención quirúrgica presento: “meralgia parestesica en el miembro inferior izquierdo”, “síndrome doloroso ganglionar”, “síndrome doloroso regional complejo tipo ll” y “dolor neuropatico secundario en el miembro inferior izquierdo” además de secuelas físicas y psicológicas habiéndole realizada procedimientos de “bloque nervioso periférico”, “bloqueo de los nervios iliohipogastrico e ilioinguinal izquierdos” y “bloqueo simpático lumbar izquierdo” (4.4.1), así mismo, se tiene que el demandante ha tenido que sufragar algunos gastos económicos relativos a medicamentos y transporte a las instituciones de salud donde ha recibido tratamiento (4.4.2 y 4.4.3).

No obstante todo lo anterior, la parte demandante no concreta cual fue la falla en la cirugía de “herniorrafia” que acusa incurrió la Dra. X.X.X.X.X.X.X.X. , de la que cabe decir tampoco demostró que ella haya sido quien realizo la intervención quirúrgica, lo que existe es prueba que en la Fundación Valle del Lili se ha brindado tratamiento médico desde el año 2003 con posterioridad a una cirugía que acusa le causo las dolencias que padece, el demandante se ha limitado a afirmar y alegar la mala práctica médica en la EPS demandada y que ella le ha causado todos los males de salud que padece sin que haya probado tales aseveraciones, no existe prueba de que hubo rompimiento de la malla que dice le colocaron en el intestino ni que esa sea la causa de sus dolencias, no es suficiente mencionar hechos en una demanda sino que deben probarse.

En efecto, solamente en la apelación el abogado del demandante repara y se duele de la falta del dictamen pericial, sin que haya mostrado un mínimo de preocupación para su recaudo cuando el proceso permaneció por más de un año en etapa probatoria siendo que tal prueba fue decretada a instancia de ambas partes (auto del 24 de octubre de 2011), ciertamente no es a través del recurso de apelación el medio para solventar la incuria del procurador judicial del demandante, las pruebas en segunda instancia tienen que pedirse dentro del término de ejecutoria que admite el recurso y cuando decretadas se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, o, cuando versan sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedirlas, o, cuando se trata de documentos

que no pudieron aducirse por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria, o, cuando el termino ya indicado, todas las partes piden de común acuerdo (art. 361 del C.P.C.), no cuando se le ocurra al demandante ni cuando la parte a favor de quien se decretó no las procuro habiendo sido decretadas.

Los procesos civiles solamente se promueven a iniciativa de quien reclama justicia (art. 2 del C.P.C.) , salvo contadas excepciones el juez puede actuar oficiosa e inquisitivamente (art. 581, 446, 659-2 del C.P.C.) las partes tienen la carga de sufragar los gastos de la actividad procesal que realizan (art. 1 ibídem), en el procedimiento civil campea el principio dispositivo, los asuntos se tramitan generalmente a instancia de parte y ellas tienen el deber de colaborar con la prueba a riesgo de que su falta sea apreciada como indicio en contra (art. 71, numeral 6 ibídem), quien persigue el derecho debe probar el supuesto de hecho que la norma sustantiva de derecho consagra (art. 177 ibídem), téngase en cuenta que los procesos civiles no son investigativos ni se puede demandar indiscriminadamente para que el juez busque la transgresión de la ley y al responsable, el juez debe atenerse a la actividad de las partes sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar procesos o a establecer la verdad para saber de parte de quien esta la razón en la afirmación de los hechos.

La parte demandante infiere sin razón que con los documentos que aporto con la demanda y con la sola ocurrencia del daño ha demostrado la mala práctica médica que endilga a las demandadas, no se encamino a demostrar la conducta activa o pasiva de la galena ni menos la causalidad de esta con el daño que padece, el demandante debió probar quien realizo el comportamiento culposo o doloso en los tratamientos o intervenciones que recibió, el abogado del demandante se limitó a reclamar sobre un daño a la salud que efectivamente padece su procurado sin indicar puntualmente cual fue la culpa de la médica que dice lo opero, a última hora se duele y reclama que no se haya recaudado la pruebe pericial sobre la cual en su oportunidad no se ocupó, espera que alguien llegue al rescate de lo que no pudo probar y acepta que es indispensable.

La Sala no pasa por alto que la parte demandante con los alegatos de primera instancia aporto una serie de documentos originales y copias simples provenientes de Cruz Blanca EPS S.A., empero, tales documentos no pueden ser valorados como pruebas validas como quiera que fueron aportados por fuera de las oportunidades previstas por el ordenamiento objetivo y mucho de ellos sin certeza sobre quien los expidió por no estar suscritos. Las pruebas deben pedirse, aportarse y recibirse de la manera como la ley lo ordena en garantía de principio constitucional de la legalidad de la prueba (Art. 29 C.Pol., art. 174 C.P.C.), que garantiza la legalidad del proceso y el derecho de defensa. Las pruebas no pueden llegar como centellas al proceso sin formalidad y sin explicación alguna.

Así las cosas, ante la pigricia probatoria de la parte demandante no da otra opción que concluir que no se encuentran probados los elementos que estructuran la responsabilidad civil que reclama, en esa medida la Sala no ve otro camino que confirmar el fallo de primera instancia condenando en costas al apelante a favor de la EPS demandada que estuvo atenta en el recurso de apelación."

Rad. 001 2012 00333 01 (07 06 2016) Acta 038. M.P. Dr. Jorge Jaramillo Villarreal

---

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL MÉDICA. Abandono del paciente a tratamiento postoperatorio hizo imposible determinar su actuación futura.
"Vistos integralmente los hechos frente a las pruebas recaudadas especialmente las historias clínicas y las declaraciones de los oftalmólogos X.X.X.X.X.X.X.X (4.410.1 a 4.4.10.4) no se determina que el glaucoma secundario y el lente intraocular subluxado padecidos por el señor X.X.X.X.X.X.X.X.X.X hayan sido el resultado de una mala práctica

médica oftalmológica en la cirugía de cataratas del ojo derecho del paciente; ciertamente, no se cuenta con concepto de experto que así lo afirme, por el contrario, el médico oftalmólogo (testigo técnico) Dr. X.X.X.X.X.X.X.X. , de su declaración permite entender que: "posterior a la intervención de catarata normalmente ocurren cambios en la presión ocular, las más de las veces de tipo hipertensivo, ya que concurren factores biológicos tales como la reacción a los materiales que utilizamos para implantar lentes intraoculares entre ellos los viscoelasticos; adicionalmente el factor inflamatorio propio del acto quirúrgico puede concomitar en el desarrollo de un glaucoma faquico, con el cual estamos familiarizados todos los cirujanos de catarata" (Resultado de esta providencia -4.4.10.2.).

Así mismo, la declaración del médico oftalmólogo Dr. X.X.X.X.X.X.X.X.X.X., cuyo conocimiento directo de los hechos es de importancia cardinal para el asunto, por cuanto fue el quien finalmente intervino quirúrgicamente al paciente en dos ocasiones para superar el glaucoma secundario y la luxación del lente intraocular, permite aprehender como respuesta a lo ocurrido que: "cuando se habla de riesgo en cirugía, nos referimos a que no siempre se puede hacer lo que se planeó hacer. En cirugía de catarata, la complicación más frecuente se llama ruptura capsular y se acompaña casi siempre de perdida de vitrio. La capsula es la lámina que va a sostener el lente intraocular que se inserta como parte de la cirugía y el vitrio es el gel interno […] El oftalmólogo usa el viscolastico que considere necesario para resolver el problema que se le está presentando, y la complicación se genera no por cuanto uso sino por cuanto quedo dentro del ojo. El viscolastico se debe retirar en su totalidad pero esto no siempre es posible y en algunas circunstancias se hace necesario dejar viscolastico dentro del ojo, en forma intencional y en otros circunstancias, según la visibilidad, puede quedar viscolastico en el interior del ojo de forma no intencional, este es un gel transparente que se confunde muy fácilmente con el gel natural y por eso puede ocurrir lo anteriormente mencionado" (4.4.10.4).

De las anteriores explicaciones se ve claro que el glaucoma secundario y el lente intraocular sableado que padeció el señor X.X.X.X.X.X.X.X.X.X , son la "complicación más frecuente" en ese tipo de cirugías, Riesgo del cual era consciente el demandante inmerso en el acuerdo que suscribió antes de la cirugía del cual se lee: "He sido adecuadamente informado del procedimiento quirúrgico y/o terapéutico que me va a practicar, así como de sus riesgos y/o complicaciones" (4.4.4), esto permite entender que en la intervención de cataratas no hubo impericia ni negligencia ni falta de información por el Dr. X.X.X.X.X. X.X. , pues tales complicaciones son propias de esa clase de cirugías a voces de los médicos oftalmólogos y que no pueden imputarse al médico en el grado de culpa que requiere probar para deducir la responsabilidad civil por perjuicios en una intervención como la realizada al señor X.X.X.X.

Ahora bien, la historia clínica da cuenta que el médico demandado brindo tratamiento y consulta por 14 días posteriores a la cirugía (17 al 31 de agosto de 2006) y no un mes como intenta mostrarlo el apelante, lapso durante el cual el paciente mostro dolor pero en ocasiones mejoría (4.4.5), hasta cuando fue el mismo X.X.X.X.X.X.X. quien decidió abandonar el seguimiento médico y se fue a consultar con otros especialistas, primero en la Fundación Clínica Valle del Lili y luego a la Clínica de Oftalmología de Occidente a través del Dr. X.X.X.X.X.X quien después de dos intervenciones quirúrgicas logro superar las complicaciones (4.4.6,4.4.7 y 4.4.8).

En este punto la Sala debe memorar que el contrato de prestación de servicios médicos tiene la característica de ser intuitu personae dada la relación de confianza entre médico y paciente, lo que "implica que las partes del contrato ad libitum, pueden dejar sin efectos la relación negocial ex tunc), ora en forma unilateral , ora de común acuerdo (mutuo disenso), habida cuenta que si se pierde-o mina- la confianza reinante, no hay razón válida para que se debe permanecer atado negocialmente, so pretexto del principio de la fuerza vinculante del negocio jurídico (pacta sunt servanda). De ahí que, ad nutum, legítimamente, cada una

esté en posibilidad –in futurum- de interrumpir su eficacia, salvo la materialización de las excepciones pertinentes, de acentuada importancia en punto tocante a la actividad medica".

Aquí, el señor X.X.X.X.X.X.X tenía la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato que pacto con visión 20/20 S.A. y con el Dr. X.X.X.X.X.X.X. ya para la cirugía de cataratas o para el postoperatorio como efectivamente ocurrió, cuando el demandante perdió la confianza en su tratante en el postoperatorio, pero tal falta de confianza, no significa la mala praxis en la intervención quirúrgica o en el tratamiento postoperatorio que antepone como causas de sus padecimientos, como se vio, aquí lo que ocurrió fueron los riesgos inherentes a la naturaleza de la intervención quirúrgica que normalmente pasan según lo explican los oftalmólogos que declararon.

El paciente al abandonar el tratamiento postoperatorio que estaba siendo dispensado por Dr. X.X.X.X.X.X.X.X volvió imposible determinar su actuación futura, bastante diciente resulta la declaración de la oftalmóloga Dra. X.X.X.X.X.X.X.X , quien trato al demandante en la Fundación Valle del Lili, cuando dice: "supongo que si el paciente no hubiera ido a la Fundación Valle del Lili y la Clínica de Oftalmología, el paciente hubiera seguido su control con el médico tratante, quien también hubiera visto la situación[…] hubiera tomado la conducta pertinente, no puedo asumir que el médico tratante no le hubiese remitido para intervención como lo están sugiriendo, por lo que él lo vio 2 semanas", la misma facultativa revela que en el tratamiento postoperatorio brindado por el Dr. X.X.X.X.X.X.X no había mala práctica, pues el mismo dependía: "si la córnea está clara o edematizada. Si tiene edema podría n o verse claramente hacia el interior del ojo. A las 2 semanas era evidente pero no se desde cuando se podía ver bien" (4.4.10.3); de acuerdo con la historia clínica de LAFAM, desde el 22 hasta el 31 de agosto de 2006 el paciente registro "corneas con edema", "edema corneal" y "Edema LIO visible en pupila", de ahí que afirmar que Dr. X.X.X.X.X.X.X.X tenía que haber llegado al diagnóstico en el tiempo que trato al paciente y haber realizado la intervención quirúrgica que practico el Dr. X.X.X.X.X, , no pasa de ser una conjetura de la parte demandante, pues no se puede asegurar que de haber seguido el control el tratamiento postoperatorio con el Dr. X.X.X.X.X.X. no se hubiera logrado sanar, pues mientras estuvo con él, no se podía ver claramente hacia el interior del ojo por la inflamación y el edema propios del acto quirúrgico.

Lo anterior lleva a la Sala a concluir que no se demostró la mala práctica médica del Dr. X.X.X.X.X. , y por contera de la sociedad Visión 20/20 S.A. , está probado que las complicaciones y dolencias del demandante son riesgos naturales inherentes a la cirugía de cataratas de los cuales el paciente había dado su consentimiento informado; si el demandante interrumpió unilateralmente el tratamiento postoperatorio con el Dr. X.X.X.X.X. hace imposible saber si de haber continuado se hubiera hecho o no lo medicamente adecuado porque estaba en observación y seguimiento hasta poder mirar al interior del ojo, solamente así se podía saber sobre la necesidad de las intervenciones que finalmente practico el Dr. X.X.X.X.X.

Bajo tales premisas, se ve el fracaso de la apelación habida cuenta que los presupuestos de la responsabilidad civil que se endilga a los demandados no fueron demostrados siendo que la intervención quirúrgica de cataratas y el tratamiento postoperatorio a los que fue sometido el demandante, no pueden verse fuera de la ética médica, los medios fueron cumplidos hasta que el demandante los abandono para confiarse legítimamente a otro profesional.

No hay lugar a condenar en costas contra la parte apelante como quiera que la parte demandada no intervino en esta instancia (Art. 392 C.P.C.).

Rad. 002 2009 00116 01 (31 08 2016) Acta 061. M.P. Dr. Jorge Jaramillo Villarreal

SIMULACIÓN.

Extracto:

"Pues bien, a la demostración de los negocios fingidos generalmente no se llega mediante prueba directa o de contraescritura, sino que la prueba se deduce y construye a través de los indicios extra y endoprocesales, en los primeros cuentan : una causa para la simulación o causa simulandi, el parentesco o el afecto entre los contratantes , la noticia o conocimiento de la situación, el carácter en las personas de los contratantes, la subfortuna o falta de capacidad económica del comprador, los movimientos bancarios, el precio exiguo o vil, el precio confesado, precio diferido, la inversión del precio recibido, la retención de la posesión de la cosa después de la venta , el tiempo en que se contrató, el silencio, la insidia o aprovechamiento, la falta de prevención, la necesidad de contratar, la insolvencia del vendedor después de la venta; en cuanto a los indicios endoprocesales admitidos por la jurisprudencia a partir de la debida interpretación del Artículo 187del Código de Procedimiento Civil, tocan con la normalidad, tono , coyuntura, conducta oclusiva, conducta omisiva, conducta dubitativa, conducta mendaz, conducta excriminativa , entre varios, dependiendo de las particularidades del caso, con fundamento en el artículo 249 ejusdem ;más aún, en dirección de la búsqueda de la verdad y de la justicia material, el Código General del Proceso cuando dispone sobre el contenido de la sentencia, en el artículo 280 ordena que : "El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ello"; tal disposición se entiende a través del deber de las partes de ser leales y colaborar con la justicia.

Si bien se echa de menos prueba de la capacidad económica y de la manera como se aportó capital o bienes por los demandados xxxxxxx para conformar y modificar el capital de la sociedad "Marulanda & Cia.Ltda", varios son los indicios que convergen para entender que efectivamente los bienes que adquirió la sociedad, fueron de la exclusiva propiedad de xxxxxxx.

Xxxxxxx, en el contexto demandatorio hace saber cómo causa de simulación que su padre xxxxxxx con su conducta simulatoria trató de proteger a sus hijos de matrimonio, para que una vez fallecido él, su patrimonio fuera repartido entre ellos evitando que el demandante tenga acceso a la herencia; ciertamente, tal comportamiento se ve altamente probable, pues solamente de tener tal argumento explicativo como probable, puede deducirse la existencia de la simulación dado que no es verosímil urdir un engaño sin causa, bien expresa Ferrara que la causa simulandi ha de ser siempre el punto de partida para levantar el edificio de la prueba.

Si bien los tres demandados en sus declaraciones de parte (4.5.14.), son directos o dan a entender que a su hermano xxxxxxxxx no lo conocían antes del fallecimiento de su padre, y , que xxxx explica que antes de que su padre se casara con xxxxxxx él vivió con su progenitor y abuela paterna, hecho no corroborado en este proceso por ninguna otra prueba, pero que en la sentencia del Juzgado de Familia tal situación si se considera avalada por sobrinas de xxxxxxx, las cuales sirvieron de refuerzo a la prueba genética, lo cierto es que xxxxxxxxx tenía pleno convencimiento de la existencia de su hijo, de ahí las sentencias de primera y de segunda instancia que declaró la paternidad en comento, sin embargo, xxxxxxxxxx , trató de ocultar su existencia, pues otra cosa no se desprende de la carta traída a este proceso, no desconocida por los demandados, en la que le contesta una petición de ayuda, expresándole que tiene la intención pero que le pide reserva (4.5.4).

Otro hecho fuertemente indicador de la simulación viene a ser el parentesco y la relación siempre cercana de la familia xxxxxxxxxxxx contrastado con la negación parental de los hermanos xxxxxxxxxx y la omisión de su padre de reconocer a su hijo xxxxxxx, tanto , que este último solamente se atrevió a demandar una vez fallecido su progenitor.

Diciente de simulación también resulta que en los primeros años de la sociedad "Marulanda & Cía. Ltda." Xxxxxxxxxxxx le hiciera venta a su favor de la empresa de la casa donde habitaba xxxxxxx con su familia xxxxxxx , sin que los demandados se hayan ocupado de explicar de alguna manera que hizo xxxxxxx con el precio de la venta, este hecho sin duda constituye un indicio de simulación por falta de inversión del precio recibido, amén que ningún bien propio se reporta en favor de xxxxxxx, de quien se sabe , desde 1968 recibía su pensión por haber laborado como Superintendente de planta de la Esso Colombiana S.A., tal y como lo informa en la declaración de parte del demandado xxxxxxxxxxxx (4.5.14)

Que xxxxxxxxx haya sido el dueño exclusivo de la casa ubicada en la Avenida 2 BN No.23-58 del Barrio Versalles con folio de matrícula No. 370-387730, de la bodega ubicada en la Calle 43No. 1-89 con folio de matrícula No. 370-57432 y del parqueadero ubicado en el Edificio Parqueadero ALHACH con folio de matrícula No.270-113289, todos de la ciudad de Cali, así se hayan puesto a nombre de la sociedad "Marulanda & Cia .Ltda" y que finalmente, se hayan adjudicado en la liquidación de la sociedad exclusivamente a sus hijos xxx, xxx y xxxxxxxxxx, a quienes había hecho aparecer como socios, reservándose el usufructo para él y su esposa de todos los bienes mientras vivan, no es descontextualizado entender que existió un ardid calculado por xxxxxxxxx para que xxxxxxxxxx, su hijo no reconocido en vida, no tuviera derechos sobre ellos, de ahí que,el demandante al expresar que su padre no dependía de nadie y que fue él quien manejaba sus bienes, no es lejano en el comportamiento natural de quien no quiso reconocer a un hijo, por presión familiar o guiado por el afecto con quienes estuvo cercano sus últimos años de vida; lo anterior, hace ver acreditado el indicio de la retención de la posesión del causante de todos los bienes propiedad de él, pues jamás se dio el desprendimiento personal de tales bienes y los detentó hasta el último día de vida, siendo tal retención un hecho indiciario universalmente reconocido cuando de probar la simulación de contratos se trata.

Por otro lado, de las declaraciones de parte recibidas a los demandados xxxx,xxx y xxxxxxxxx, emerge claro que no hubo aporte social o al menos no unos como tal, ciertamente, si bien , xxxxxxxxx dice haber trabajado y colaborado con la sociedad y hablando específicamente de una remodelación de la casa de su padre hace saber de su ayuda porque su padre estaba corto de dinero, tal afirmación no explica los aportes que un socio hace para constituir una sociedad, sino de la colaboración solidaria en el desenvolvimiento natural de una familia, que los tres invirtieron y ayudaron a la sociedad como lo dice xxxxx, no resulta afianzada en las otras declaraciones, pues xxxxx y xxxxxxx desprevenidamente fueron expresas y claras en decir que no hicieron ningún aporte.

Si realmente los tres demandados fueron socios de "Marulanda & Cia. Ltda", fácil les quedaba esclarecer la controversia probando de qué manera hicieron los aportes y el aumento de capital y se distribuyeron las utilidades, o, allegando actas, haciendo saber de dónde sacaron el dinero para el aumento de los aportes, que para la época (1990) ya resultaba representativo (total capital de la empresa - $15.000.000 – aportes de los tres demandados - $4.500.000 cada uno. – Indexación de $15.000.000 de 1990 a mayo de 2016 conforme a IPC = $216.904.109), nada de eso explican, todo indica que la verdad está contenida en la afirmación espontánea y desprevenida de xxxxx y xxxxxxxxxx quienes fueron explícitos en afirmar que no hubo aportes, hecho indicativo con visos de confesión del cual se desprenden los indicios de falta de precio, falta de movimientos bancarios y falta de notas contables en una sociedad comercial que por su misma naturaleza debió llevarlos, todo ello indica que en las escrituras correspondientes se dijeron cosas que no ocurrieron.

Contextualizado lo anterior y ante la conducta procesal de quienes conforman la parte demandada, oclusiva y omisiva en materia de prueba que se acaba de explicar, dubitativa cuando se les pregunta de la manera como aportaron a la sociedad tal como puede observarse en el CD de la audiencia de pruebas de primera instancia y explicado también por los mismos demandados que los bienes dejados por xxxxxxx no han sido explotados por ellos en razón del proceso de filiación y luego de simulación interpuesto por xxxxxxxxxxxx, tal como lo excepcionaron, se ve un conjunto de indicios concordantes y convergentes con la prueba documental e interrogatorios de parte, que hacen saber que evidentemente xxxxxxxxxxxx fraguó una simulación a través de la constitución de una empresa, de su modificación, disolución , liquidación y adjudicación de los inmuebles que aparecían como de propiedad de la misma, para dejar todos sus bienes a sus hijos xxxxxxxxxxxx excluyendo a xxxxxxxxxxxx , de quien tenía pleno conocimiento de su existencia (Arts.248,249 y 250 del C.P.C.), sin que se vea que ninguna de las excepciones propuestas por los demandados bajo la denominación de inexistencia de la simulación o presunción de legalidad puedan detenerla.

Respecto de los frutos civiles no hay lugar a reconocerlos porque el demandante no dijo en qué consisten y en qué proporción le corresponden en la herencia de su padre, no hizo ningún estimativo ni aportó prueba alguna, los demandados desde un inicio se opusieron porque la filiación del demandante ocurrió mucho después del fallecimiento del causante (fallecimiento 09 de febrero 2005 – Sentencia de Filiación de segunda instancia 07 de marzo de 2011), porque a pesar de que se sabe de la existencia de la sociedad conyugal xxxxxxxxxxxx, no se allegó el registro civil de matrimonio de xxxxxxxxxxxx con xxxxxxx, ni del fallecimiento de esta última, además, porque el proceso de sucesión de xxxxxxxxxxxx tendrá que abrirse, escenario procesal en el que el demandante tiene posibilidad de discutir sobre la administración de los bienes sucesorales y elaborar el inventario y avalúo de los mismos (Arts.595,599 y 600 del C.P.C.)

Por haber prosperado el recurso de apelación se deberá condenar en costas de primera y segunda instancia a la parte demandada, las agencias en derecho de primera instancia serán fijadas por el Juzgado y las de segunda en este fallo."

La Sala revocó la sentencia proferida por el Juzgado y declaró absolutamente simuladas las escrituras públicas.

Rad.015 2014 00233 (1514) (24 08 2016) M.P. Dr. Jorge Jaramillo Villareal.

SALA DE FAMILIA

UNION MARITAL DE HECHO. Sociedad patrimonial. Convivencia simultánea.
Extracto:

"Previamente es de rigor tener en cuenta que a voces del artículo 350 inciso segundo del C.P.C., la apelación, como todo medio de impugnación, es el instrumento que tiene a su alcance "la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia", a objeto de que el "superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme", de modo que si sólo el perjudicado con la decisión combatida es el legitimado para interponerla , no es el caso del heredero xxxxxxxxxx porque en las dos relaciones

procesales ocupa posición de demandado en su condición de heredero, esto es, de sucesor del causante xxxxxxxxx "en todos sus derechos y obligaciones transmisibles" (art. 1155 del C.C.),por lo que la denegación de las pretensiones deducidas en su contra no le representa ningún agravio, lo que en su momento debió derivar en la declaratoria de inadmisibilidad del recurso, de modo que los reclamos esgrimidos por estos sólo se examinarán de cara a la demandante xxxxxxxxxxx.

En desarrollo de ese propósito se aprecia que su alegación no se orientó a desquiciar las afirmaciones de prueba de la sentenciadora en torno de los testimonios de JHON JAIRO AVILA RAMIREZ Y YEFERSON RANGEL AVILA, concluyentes en su afirmada demostración de la ausencia de singularidad de la pretendida unión marital de hecho de xxxxxxxx y xxxxxxx, pues en su lugar su discurso se empeñó en sostener, como ya se reseñó en su lugar, que "los hechos, evidencias y antecedentes indican que [xxxxxxx] convivió en unión marital de hecho, bajo el mismo techo con el causante referido, por tiempo suficiente superior al mínimo legal establecido por la ley 54 de 1990", y que "en el expediente obran pruebas más que suficientes de orden documental y testimonial que dan fe de la convivencia marital formal y sólida que existió con el causante, donde inclusive la poderdante concibió un hijo que a la postre es ya mayor de edad", por lo que de la "prueba arrimada al expediente en el juicio emerge como conclusión que si (sic.) hubo una verdadera comunidad de pareja entre mi poderdante y el hoy causante", consecuentemente con lo cual así debe declararse, "indicando que la demandada (sic.) que represento cumple con los requisitos que la ley exige para la constitución y la liquidación de la sociedad marital de hecho".

Se trata aquí de un vacío de actividad, que conforme al precedente jurisprudencial citado no le es lícito enmendar al superior, por lo que su gestión impugnativa es insuficiente y deriva frustránea.

Las alegaciones de xxxxxxx focalizaron como centro del ataque la afirmada demostración de la simultaneidad de la convivencia afianzada en los testimonios de JHON JAIRO ÁVILA RAMÍREZ Y YEFERSON RANGEL ÁVILA, Las que el Tribunal despacha en el mismo orden en el que fueron expuestas y reseñadas antes, así:

Se cae de su peso la que denuncia que dichos declarantes no dieron ninguna prueba de su aseverada simultaneidad de convivencias, porque ellos no son partes a quienes les corresponda probar sus afirmaciones, sino los testigos con los que el juzgado estableció ese hecho.

Que sus dichos riñen con otras "pruebas que demuestran claramente" que el de cujus vivía permanentemente con xxxxxxx, con quien compartía techo, lecho y mesa, es alegación inane pues no dijo la recurrente cuáles fueron las no evaluadas por la juez que evidenciarían ese choque, contexto en el cual se advierte en la referencia al hecho de que xxxxxxx y xxxxxxx "se encontraban realizando un curso prematrimonial" ocho días antes del deceso de xxxxxxx, que con ello se aludió implícitamente a la certificación parroquial anexada a la demanda (fol. 55, cuad. 1), de modo de pretender darle valor probatorio, pero sin reparar en que ninguno le dio al juez ese documento y a los demás adosados al libelo, sobre la base de estimar que por provenir de terceros y ser copias simples lo impedía la disposición del artículo 254 del C.P.C. , apreciación ésta que debió ser combatida por la apelante si lo que quería era que sí se tuviese como prueba la referida certificación , de modo que desentendida de ello, en su lugar la apelante denunció su preterición al pasar por alto la demostrada realización del curso prematrimonial por la pareja xxxxxxx , hecho que en opinión de la impugnante indiciariamente –se entiende, porque tampoco lo dijo impediría arribar a la conclusión de la simultaneidad de la convivencia fundada en los referidos testimonios. Mas abstracción hecha de lo anterior, si para el 12 de junio hicieron ese curso, como en ese documento consta, ese sólo acto ocurrido poco más de un mes antes de la

muerte de xxxxxx, por sí sólo no autoriza asumir que sea inequívocamente indicador de que el cursillista xxxxxxxxxxxx no sostuviera a la sazón una convivencia marital con ella, paralelamente con la que los testigos refirieron que tenía establecida con xxxxxxx, pues cuando más indicaría que de las dos tenía preferencia por xxxxxxx, pero nada más.

Una vez más la falladora no precisó cuál fue la prueba que la juez habría preterido [dejó "de lado toda la prueba" ya existente], demostrativa de que xxxxxxx era la "única compañera permanente", vacío que el Tribunal no puede colmar.

Que de ese modo apoyó su determinación exclusivamente en los testimonios de JHON JAIRO AVILA RAMIREZ y YEFERSON RANGEL AVILA, lo que censuró por motivos que no apuntan a atacar los argumentos que la juez adujo, para fundamentar el mérito de convicción que les atribuyó, sino más bien, a exponer la personal apreciación que la recurrente hace de ellos.

En efecto , la sentenciadora predicó claridad y coherencia en la narración de unos hechos que asumió como directamente percibidos por quienes como hermano y sobrino del causante conocían los "detalles de su vida", en cuyos relatos no advirtió elementos comprometedores de su grado de credibilidad, ni sugestivos de parcialidad en beneficio de xxxxxxx, descartada porque no eludieron afirmar que su convivencia fue concurrente con la sostenida con xxxxxxx, de modo de inferir que dijeron verdad acerca de que las dos mujeres compartía techo y lecho, amén de resaltar el parentesco de consanguinidad de los declarantes con ARCESIO AVILA, sumado al hecho no discutido de que YEFERSON vivió con su tío, conjunto de circunstancias que a la sentenciadora le hicieron ver "más nítida" la versión de dichos testigos, "pues su familiaridad y parentesco con el causante les permitió develar con mayor claridad las situaciones que en vida afrontaba xxxxx con xxxxxxx y xxxxxxx y su estilo de vida con cada una de ellas", consideraciones "suficientes para otorgarle mérito probatorio a estos dos testimonios, por cuanto son los familiares quienes mayores elementos de convicción pueden aportar al proceso, debido a la cercanía que, se presume, existió entre las partes".

La recurrente adujo que los deponentes son "dos personas totalmente ajenas a la vida de una pareja", con lo que desacertó si así quiso desvirtuar el directo conocimiento que de los hechos narrados afirmó de ellos la juez a causa del parentesco, en virtud del cual lo que significó la sentenciadora, y lo comparte el Tribunal, fue que esto les dio una natural posibilidad, como miembros de familia, de conocer los detalles de su vida personal, pero sin que hubiese dicho la falladora algo que fuese de aniquilar con aquella alegación que también se resiente de incompleta porque la apelante no dijo cuáles pruebas demuestran que no obstante el parentesco tan cercano con xxxxxxx , su hermano y sobrino eran "ajenos a la vida de una pareja", pues en lo que es más bien la personal apreciación que la recurrente hace de su poder suasorio, sostuvo que no porque el testigo JHON JAIRO AVILA RAMIREZ sea hermano del causante, se sigue que "supiera o le constatara" que su carnal "sostuviera una relación paralela" con xxxxxxx y xxxxxxx ; ahora bien, la juez no dijo del testigo RANGEL AVILA que él hubiese convivido siempre con la pareja xxxxxxx, pues a ese hecho no discutido probado por ese medio, evaluado conjuntamente con el testimonio de JHON JAIRO AVILA RAMIREZ, la juez le atribuyó la corroboración de lo apreciado por ella respecto de ambos en el sentido de haber conocido directamente los hechos.

Ahora bien, no precisó la apelante cuáles "interrogatorios recibidos por el despacho" son los que pidió tener en cuenta en orden a percatarse de lo dicho acerca de que tan pronto como se conoció la muerte de xxxxxxx, los cuestionados testigos irrumpieron en el apartamento donde "vivían juntos" con xxxxxxx, a quien presionaron para que les entregara objetos personales del muerto , como actitud de estos que determinaría "poca credibilidad" a sus testimonios, que según la recurrente fueron rendidos "en favor de xxxxxxx".

El dicterio así concebido no sólo es defectuosamente planteado, por no precisar cuál fue la prueba que la juez omitió ponderar que pudiese servir de fundamento a la demostración del hecho puesto de presente por la recurrente, quien indeterminadamente aludió a "los interrogatorios" recibidos por el juzgado, imprecisión no susceptible de enmendar por el Tribunal, de acuerdo con la jurisprudencia citada.

Mas abstracción hecha de lo anterior, en el propósito de no dejar sin solución el planteamiento , estima el Tribunal que de no darse el aludido defecto tampoco sería exitoso, en vista de que si la recurrente se refirió al segmento final de su interrogatorio de parte, en el que ella narró lo sucedido en su vivienda la noche del crimen de su pareja antes de enterarse de la noticia, se trataría de utilizar como prueba su propia afirmación, en contravía del principio de derecho probatorio que enseña que nadie puede darse su propia prueba.

Pero en gracia de discusión, para ir más allá, es de notar que los hechos allá narrados no sucedieron como los planteó la apelante, pues lo afirmado por xxxxxxx en su interrogatorio, no fue que los testigos JHON JAIRO AVILA RAMIREZ Y YEFERSON RANGEL AVILA hubieren sido los que acudieron esa noche a sacar documentos del difunto, sino que fue JULIAN,un primo de xxxxxxx, y su hijo quienes allí se presentaron con esa finalidad telefónicamente autorizada por JHON sin darle explicación alguna a ella, hecho cuya distorsionada presentación tampoco guarda coherencia lógica, al ser utilizado por la apelante con el propósito de sustentar un motivo de disminución de la credibilidad de lo declarado por JHON JAIRO y YEFERSON "en favor" de xxxxxxx , alegación con la que implícitamente los tachó de parcializados sin atacar la apreciación de la juez, que en el punto descartó dicho desvío a causa de advertir que los testigos afirmaron que xxxxxxxxx sostuvo convivencia simultánea con ambas, argumento atendible en vista de que si lo querido por ellos fuese dicho favorecimiento, tal íntimo designio los habría llevado a atestar que la averiguada unión marital de hecho fue vivenciada únicamente con xxxxxxx, y no con ambas, como coincidentemente lo dijeron.

Por último, la juez no pretirió los testimonios de AFRANIA AMPARO QUICENO, JULIO CESAR GUTIERREZ, HERMEN CASTRO LOPEZ, EDUAR ANDRES LUGO , e ISABEL CRISTINA GIRON MORENO , pues de ellos hizo la evaluación individualizada que la llevó a proclamar su convicción acerca de la existencia de la convivencia marital de xxxxxxx y xxxxxxx, prueba que por imperio del artículo 187 del C.P.C. evaluó conjuntamente con la testifical de JHON JAIRO AVILA RAMIREZ y YEFERSON RANGEL AVILA, de suerte que si con los primeros halló comprobado que xxxxxxx desarrolló los actos mencionados por la apelante, no podía desentenderse de lo afirmado por los segundos, demostrativo de que ello ocurrió en el contexto de una relación marital paralela con la vivenciada con xxxxxxx, lo que, como lo entendió la juez, ciertamente riñe con la singularidad característica de dicha fuente de conformación de la familia (art.42 C.N.). En ese sentido es ilustrativo traer a colación este pasaje de la sentencia de casación del 13 de agosto de 2005, dictada en el proceso de la radicación 47001-31-10-002-2009-00139-01: "La Corte a través de su jurisprudencia ha esclarecido que los únicos requisitos que al juzgador corresponde ponderar a la hora de determinar si se estructura o no una unión marital de hecho son, a saber (CSJ SC de 5 de agosto de 2013, Rad. 2008-00084-01): (i) "Una comunidad de vida (…...).—(ii) "La singularidad, en virtud de la cual no hay campo para compromisos alternos de los compañeros permanentes con terceras personas, toda vez que se requiere una dedicación exclusiva al hogar que se conforma por los hechos, ya que la pluralidad desvirtúa el concepto de unidad familiar que presuponen esta clase de vínculos. Además, con este requisito se pretende evitar la simultaneidad entre sociedades conyugales y de hecho, o varias de estas, no sólo por razones de moralidad sino también para prevenir una fuente inacabable de pleitos, según lo expuesto en la ponencia para el primer debate de la citada Ley 54 de 1990". – (iii) "La permanencia (…...)".

Como fruto de estas reflexiones, se sigue que la sentencia apelada debe confirmarse, con la sola adición de la orden de cancelación de la medida cautelar de inscripción de la demanda practicada en relación con los inmuebles de las matrículas 370-732979, 370-733014, 370-593722, y 370-241060."

Rad. 2010 00515 01 Acta No. 00020 M.P. Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos.

SALA PENAL

HURTO AGRAVADO. Coautoría. Informe policivo. Falsedad en documento privado, uso de documento falso, valor probatorio otorgado al informe policial… la defensa interpuso recurso de apelación, le corresponde a la sala resolverlo… **I)** la defensa expresa que en primera instancia se le dio calidad de prueba a el informe policial, conforme con la ley 600 de 2000, tal informe se tomara como un criterio orientador de la investigación; por tal razón las actividades realizadas por la policía judicial no adquieren la categoría de prueba hasta que no inicie formalmente la etapa de investigación, puesto que debe ser el funcionario judicial ya sea en sede de investigación y/o juzgamiento quien debe realizar el control jurídico de los aspectos relacionados con la legalidad, publicidad y contradicción de pruebas. En el caso concreto el informe fue realizado el 29 de agosto de 2005 es decir antes de la apertura de la investigación formal pues esta tuvo lugar el 6 de septiembre de 2005, se incurrió en error al otorgarle la calidad de prueba al informe de policía previo a la apertura de la investigación. **II)** el banco tenía unos procedimientos de seguridad, revisar con rigurosidad todas las transacciones y asegurarse que si estuviesen siendo realizadas por los propietarios de las cuentas, dichos requisitos fueron omitidos por el subdirector administrativo con el fin de materializar el hurto en la cuenta bancaria del afectado, basándose en las versiones de los acusados se advierto que el delito solo pudo haberse materializado con el acuerdo e intensión conjunta de los acusados. **III)** en primer medida quedo demostrado con los diferentes elementos de convicción arrimados al plenario y especialmente con las declaraciones rendidas por los acusados, la existencia de un acuerdo en la realización de la conducta ilícita, en el sentido que cada uno de los procesados estaban comprometidos a desarrollar la tarea que les correspondía en el plan con el fin de ejecutar la conducta criminal, teniendo en cuenta la relación laboral y de amistad existente, cada uno era consciente de la labor que debía realizar para lograr el cometido por lo tanto queda claro que existió una división el trabajo y que el aporte de cada acusado era fundamental para la comisión del delito.
"Así entonces, las actividades realizadas por policía judicial no adquieren la categoría de prueba hasta tanto se dé inicio formalmente a la etapa de investigación, puesto que debe ser el funcionario judicial ya sea en sede de investigación y/o juzgamiento quien debe realizar el control jurídico de los aspectos relacionados con la legalidad, publicidad y contradicción de pruebas.

En el caso sub examine, se advierte que el mencionado informe fue realizado el 29 de agosto de 2005 –folio 131 CO 1- es decir , antes del inicio formal de la investigación, dado que el auto de apertura de la misma tuvo ligar el 6 de septiembre de 2005 –folio CO 1-, son que desde dicha calenda se hubiese ordenado, ya sea por el ente instructor o por el juzgador de primer grado la ratificación del mismo a través de la declaración de su autor el XXXXXX, prueba que es echada de menos en el presente asunto. Circunstancia, que no fue advertida en sede de primera instancia al momento de erigir la sentencia condenatoria.

No obstante se incurrió en error al otorgarle calidad de prueba al informe de policía previo a la apertura de la investigación, este evento por sí mismo carece de la trascendencia para desnaturalizar ya sea el procedimiento seguido como la decisión adoptada en el presente asunto máxime, cuando los censores reconocen unánimemente que dicho informe se limitó a copiar textualmente el rendido por XXXXX, el cual fuera ratificado por el XXXXX, en la declaración jurada del 18 de marzo de 2011 –folio 133 del CO 3-.

De modo que otorgar valor probatorio al informe de policía, tratándose de un criterio orientador de la investigación es en todo caso, un dislate sin consecuencias, puesto que su contenido, que los defensores señalan idéntico al informe preliminar suscrito por el coordinador de investigaciones especiales del departamento de seguridad del banco XXXXX, fue válidamente allegado al proceso y los sujetos procesales pudieron ejercer los derechos de contradicción y defensa que le son propios, derivándose como consecuencia lógica, los mismo resultados al informe de policía judicial de haberse reputado válidamente como prueba.

De tal suerte, la hipótesis de la defensa no tiene vocación de éxito atendiendo al argumento explicado con suficiencia en los parrados anteriores."
RESUELVE: CONFIRMAR la sentencia condenatoria, emitida por el juzgado 12 penal del circuito de Cali.
Rad. 012 201400105 01 (30 01 2017) Acta 015. M.P.Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
R E L A T O R I A

B O L E T I N 01
2017

Palacio Nacional. Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Ubicado en la Plaza de Caycedo. Calle 12 No. 4-33

Boletin elaborado por Henry Moreno Macias, Relator del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.-