

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

RELATORIA

Henry Moreno Macias

Relator

BOLETIN 03

2017



2016

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 3 DE 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 Ángel 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 Pérez

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 3 DE 2017.

Magistrados que integran la Corporación.

SALA CIVIL

Carlos Alberto Romero Sanchez.
Ana Luz Escobar Lozano
César Evaristo León Vergara
Hernando Rodríguez Mesa
Julián Alberto Villegas Perea

Flavio Eduardo Córdoba Fuertes
Jorge E. Jaramillo Villarreal
Homero Mora Insuasty
José David Corredor Espitia

Secretaria: María Eugenia García Contreras

RESTITUCION DE TIERRAS.

Aura Julia Realpe Oliva
Nelson Ruiz Hernández.

Gloria del Socorro Victoria Giraldo

Secretaria: Gloria Lucía Zapata Londoño

SALA DE FAMILIA

Franklin Torres Cabrera
Gloria Montoya Echeverry

Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos
Juan Carlos Ángel Barajas.

Secretario: Katherine Gómez

SALA LABORAL

Antonio José Valencia Manzano
Aura Esther Lamo Gómez
Jorge Eduardo Ramirez Amaya
Germán Varela Collazos
Carlos Freddy Aracú Benítez
Elcy Jimena Valencia Castrillón
Secretario: Jesús Antonio Balanta

Carlos Alberto Carreño Raga
Luis Gabriel Moreno Lovera
Carlos Alberto Oliver Gale
Ariel Mora Ortíz
Leomara del Carmen Gallo Mendoza
Elsy Alcira Segura Díaz

SALA PENAL.

Víctor Manuel Chaparro Borda
Orlando Echeverry Salazar
Socorro Mora Insuasty
Roberto Felipe Muñoz Ortíz
Carlos Antonio Barreto Pérez

Orlando de Jesús Pérez Bedoya
María Consuelo Córdoba Muñoz
Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear
Juan Manuel Tello Sánchez

Secretario: María Cristina Paz

Henry Moreno Macías
Relator

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 3 DE 2017.

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.

C O N T E N I D O

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL. Requisito de procedibilidad en asuntos civiles.

RAD. 014 2015 00117 01 (06 12 2016)

Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez

DERECHOS DE AUTOR, Propiedad intelectual. Requisito de originalidad. Prueba pericial. Una frase, refrán o adagio (paremia), que al ser de uso común de los habitantes de un idioma y estar institucionalizados sociolingüísticamente, su utilización no puede ser restringida por la protección de derechos de autor, pues tal consideración implica reservar para una sola persona el derecho sobre una expresión de dominio público.

Rad. 007 2013 00175 00 (13 01 2017) Acta 928.

Dr. Julián Alberto Villegas Perea

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Personas en situación de debilidad manifiesta. Entidad demandada no solicitó autorización del Ministerio de Protección Social para del despido.

Rad. 023 2017 00015 01 (06 04 2017) Acta 091.

Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz

PRUEBA TESTIMONIAL. Femicidio en grado de tentativa.

Rad. 193 2016 14764

Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL. Valoración de las prueba. Retracción de testigo

Rad. 193 2009 09396

Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.

LEGITIMA DEFENSA. Exigencias positivas. Requisitos negativos.

Rad. 193 2011 29974 (21 03 2017) Acta 056

Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

LESIONES PERSONALES CULPOSAS. Accidente de tránsito. Imposición de la prohibición para la conducción de vehículos. La imposición de la aludida pena como sanción principal no está a la particular condición personal, social o económica del procesado ni a una decisión facultativa de la Juez.

Rad. 196 2009 05307

Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

LIBERTAD CONDICIONAL. Valoración de la conducta punible. Estima la Sala que si bien el sentenciado presenta una historia de calificaciones poco plausibles, su cambio de conducta en el centro de reclusión es el deseable, pero debe solidificarlo a fin de procurar con posterioridad el sustituto en comento.

Rad. 005 2002 00026 01 (06 04 2017) acta 034.

M.P.Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya

LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Objeciones a la diligencia adicional de inventarios y avalúos.

Rad. 007 2014 00898 01

Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos

PENSIÓN DE JUBILACIÓN. Cosa Juzgada. Factores Salariales.

Rad. 005 2014 00341 01

Dr. German Varela Collazos

PRESUNCION DE INOCENCIA. Prueba testimonial

Rad. 190 2009 01583 (08 03 2017) Acta 088.

Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

PROMESA DE COMPRAVENTA. Demanda de reconvención. Cumplimiento del contrato de promesa de compraventa

Rad. 007 2012-00061-01 (22 03 2017)

Dr. Cesar Evaristo León Vergara

PRUEBA TESTIMONIAL. Valoración de la prueba testimonial. Credibilidad. Criterios generales de valoración: espontáneo, natural, consistente, personalidad, capacidad objetiva y subjetiva, reiterativo.

Rad. 193 2011 02001 (21 03 2017) acta 055.

Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

PRUEBA TESTIMONIAL Y PERICIAL. Admitir el argumento de la *a quo* para negar la prueba pericial a la defensa bajo la premisa de que su teoría del caso puede acreditarla a través del contrainterrogatorio a los testigos de la Fiscalía llevaría a sostener que los testigos de la defensa siempre resultarían impertinentes e innecesarios porque para ejercer los derechos de defensa y contradicción bastaría la confrontación de los testigos de cargo, lo cual resulta constitucionalmente inadmisibles dada la naturaleza eminentemente adversarial del actual sistema procedimental penal.

Rad. 193 2014 31170 (21 03 2017) Acta 057.

Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Protocolos Médicos. Imparcialidad del testigo. Testimonio de persona con dependencia laboral con la demandada.

Rad. 002 2012 00324 01 (22-03-2017) Acta 023.

Dr. César Evaristo León Vergara.

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Medidas Cautelares innominadas

Rad. 014 2016 00065 01

Dr. Cesar Evaristo León Vergara

RESTITUCION DE INMUEBLE. Posesión de inmueble adjudicado al Instituto de Bienestar Familiar – ICBF por la vocación hereditaria que la ley le otorga al Instituto en el quinto orden hereditario.

Rad. 015 2014 00500 00 01 (15 06 2016) Acta 000

Dr. Jorge Jaramillo Villarreal.

RETRACTACION DE TESTIGO VICTIMA. Impugnación de la credibilidad del testigo. Contradicciones en el contenido de la declaración. La Sala revocó sentencia absolutoria.

Rad. 190 2013 01574 01 (07 04 2017) Acta 114

Dr. Orlando Echeverry Salazar

VENTA DE BIEN COMÚN. Reconocimiento de mejoras

Rad.014 2008 00468 02-2673 (21 03 2017)

Dr. Homero Mora Insuasty

SALA CIVIL

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL. Requisito de procedibilidad en asuntos civiles.

“Por sabido se tiene que con el procedimiento conciliatorio extrajudicial obligatorio, se persigue brindar un espacio a las partes para que traten de hallar por si mismas la fórmula que les permita solucionar sus diferencias, antes de reclamar su composición al órgano jurisdiccional del Estado, exigencia que se tiene por satisfecha cuando se realiza ese intento, independientemente de su resultado.

Dicha etapa prejudicial en materia civil, se encuentra regulada en los artículos 35 y 38 de Ley 640 de 2001 (este último reformado por el artículo 621 del C.G. del P.), de los cuales se extrae que es necesario agotar el requisito de procedibilidad, para acudir a la jurisdicción civil, cuando: i) se trata de asuntos susceptibles de conciliación; y ii) se trata de procesos declarativos (exceptuados los de expropiación, divisorios y aquellos en los que de demande o deba citarse a indeterminados).

No obstante, dicha normatividad (artículo 35) exime la observancia del requisito, en aquellos eventos en los que se ignora el domicilio, lugar de habitación y de trabajo del demandado o se manifiesta que este se encuentre ausente y no se conoce su paradero. Lo propio sucede cuando en la demanda se solicita la práctica de medidas cautelares, al tenor del parágrafo primero del artículo 590 del C.G.P., norma según la cual “en todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad”.

Bajo la óptica de lo expuesto, evidencia la Sala Unitaria que la decisión de instancia debe confirmarse, pues como viene de verse la exigencia del requisito de procedibilidad, únicamente se exime ante la concurrencia de condiciones especiales que permiten acudir directamente a la jurisdicción, esto es, cuando se trata de proceso especial (expropiación o divisorio); se demanda a personas indeterminadas o se alega desconocer el paradero del demandado; y por último, cuando se pide alguna medida cautelar.

No obstante lo anterior, en el presente asunto, ninguno de tales eximentes se encuentra acreditado, debiéndose precisar, de cara a los motivos del recurso propuesto, que conforme advirtió la juez a quo ni en la demanda ni al subsanar la misma, se elevó petición de cautela alguna, siendo esta ultima la oportunidad precisa para presentar la solicitud pertinente, pues resulta evidente que al inadmitirse la demanda por ausencia del requisito de procedibilidad, bien pudo la parte actora responder al requerimiento judicial, con la solicitud de cautelas respectivas.

Con todo, cumple referir que ni siquiera en el escrito que contiene los recursos de reposición y apelación, fue elevada petición de medidas cautelares, habiéndose limitado el recurrente a señalar que, en caso de ser admitida la demanda, procedería a elevar la solicitud respectiva, conducta que acorde con la normatividad aplicable, comprende un verdadero contrasentido, pues al pretenderse usar las cautelas como eximente del requisito de procedibilidad, estas se convierten en presupuesto de la admisión de la demanda, de donde no resulta posible ni lógico, dar trámite al pleito sin que las mismas se hayan explicitado, tal como sucede en este caso.

Por ese camino, como se advirtió, se torna imperativa la confirmación del proveído recurrido, en tanto los argumentos izados para convertirla no resultan suficientes para determinar que la misma no se ajusta a los cañones legales que rigen la materia. En efecto, según la normativa en comento, se exime el requisito de procedibilidad entre la

existencia de solicitud de medidas cautelares y no la mera promesa de elevar solicitud de ese talante, conforme aconteció en este caso.

Por supuesto, es menester indicar que por ser este el tema único de apelación, al mismo se encuentra restringido el Tribunal, atendiendo las limitaciones previstas en el artículo 328 del C. de P.C., conforme al cual **“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante (...)”**.

RAD. 014 2015 00117 01 (06 12 2016) M.S. Carlos Alberto Romero Sánchez

DERECHOS DE AUTOR, Propiedad intelectual. Requisito de originalidad. Prueba pericial. Una frase, refrán o adagio (paremia), que al ser de uso común de los habitantes de un idioma y estar institucionalizados sociolingüísticamente, su utilización no puede ser restringida por la protección de derechos de autor, pues tal consideración implica reservar para una sola persona el derecho sobre una expresión de dominio público.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación contra la sentencia donde se declaró probada la excepción de falta de originalidad del título de la obra, negó las pretensiones de la demanda y condeno en costas el demandante.

I) “Legitimación en la causa

Por sabido se tiene que la legitimación es una figura de derecho procesal y tema de obligado estudio por parte del juzgador al momento de desatar la Litis como presupuesto material de la sentencia, y que, se traduce por activa en ser el titular conforme a la ley sustancial está llamado a reclamar el derecho violado o a satisfacer el interés que legalmente se tiene, y por lo pasivo, en la persona que, según la misma ley, es llamada a responder por tales derechos o intereses.

En línea de principio, está legitimado para pretender la indemnización de perjuicios toda persona a quien se causa un daño de manera directa. En el caso que nos ocupa, de acuerdo a los hechos narrados en la demanda, la legitimación por activa está en cabeza del demandante por ser el autor de la obra literaria frente a la cual reclama la reivindicación de la paternidad de la obra y protección del título como parte integrante de la misma.

En punto a la legitimación en la causa por pasiva, la demanda se dirige en contra de XXXX, personas quienes según el demandante, desconocieron los derechos de autor que este posee sobre la obra literaria XXXX, al titular una obra cinematográfica de su autoría y producción bajo el mismo nombre.

Para comenzar debe señalarse que, de acuerdo con el único reparo sustentado por el apelante, relacionado con la inadecuada valoración de la prueba pericial decretada, la Sala advierte que contrario a lo expuesto por el apelante, el A quo, con base en el dictamen rendido por la experta en filología, no erro al concluir que la frase “*perro come perro*” carece de originalidad, pues tal como fue expuesto por la perito frente a la variación de la paremia original “Perro no come perro”, *no hay prueba que certifique que el señor XXXX fue el primero en modificar la expresión fija “perro come perro” como hablante, no como creador intelectual*”; circunstancia que se recalca, no advierte que exista una inadecuada valoración del medio de prueba objeto de estudio.

En efecto, dentro de los apartes del dictamen pericial que el juez tuvo en cuenta al momento de evaluar las conclusiones y el mérito probatorio de las pruebas allegas por las partes, recalcó como determinante en su decisión la opinión técnica de la perito, quien concluyó que la frase “perro come perro” no es original, sino por el contrario catalogó como “*una modificación hecha por los hablantes*” la cual, al ser “*una creación anónima como frase, no tiene un autor*”.

Tal interpretación legítima, naturalmente, no comporta ninguna omisión o error por parte del juez, puesto que este se ciñó al concepto rendido por el perito filóloga, de cuya deducción se puede extraer con claridad que el título de la obra del demandante frente a la cual hoy reclama su reivindicación, no obedece a un concepto errado de valoración probatoria, sino que por el contrario el mismo encuentra asiento en el concepto pericial concatenado al presupuesto material de la originalidad de la obra, necesario para su protección.

De ahí que si bien el apelante señala que distinto a lo argüido por el juez, la perito indico que si se hace referencia al título “perro come perro” como una obra individual y originaria, dicho título si resulta ser *“originario y característico porque fue un producto de un proceso intelectual ideado por el señor XXXX para nombrar única y exclusivamente su obra literaria”*, lo cierto es que dicho argumento por sí solo no logra acreditar el cumplimiento del requisito de originalidad del cual carece una frase, refrán o adagio (paremia), y que al ser de uso común de los hablantes de un idioma y estar institucionalizados sociolingüísticamente, su utilización no puede ser restringida por la protección de derechos de autor, pues tal consideración implica reservar para una sola persona el derecho sobre una expresión de dominio público.

Luego, si la condición de originalidad del título es prevalente a la protección como obra literaria, no podría bajo ningún punto de vista inadvertirse que tal y como lo ha sentado la doctrina y la jurisprudencia en cita, el presupuesto primordial para que la creación humana merezca la consideración de obra, es que sea original, *“cuyo requisito, en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente; siendo original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador. La originalidad ha de apreciarse al momento de la creación de la obra; debe tener una relevancia mínima o altura creativa, y según el tipo de obra de que se trate la novedad puede radicar en la concepción de la obra, en su ejecución, o en ambas fases de su realización”*. Montserrat Real Márquez- El requisito de originalidad en los derechos de autor – Portal Internacional de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e intelectual y Sociedad de información. Alicante 2001.

Por lo anterior, ninguna de las acusaciones de estirpe probatoria elaboradas por el recurrente tuvo la aptitud de refutar las conclusiones a las que arribo el juzgado, porque al analizar la prueba señalada de manera individual y en conjunto, no es posible establecer la existencia de un error evidente y trascendente en su resultado, y en este sentido, no podría admitirse que el juez erró en su valoración probatoria, pues está comprobado que aquel desestimo la utilización de la variación de la estructura lingüística de un paremia como una obra original sujeto a protección de derechos de autor con base en la interpretación legítima del resultado de la prueba pericial.”

La Sala confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Cali, en audiencia llevada a cabo el día 12 de julio de 2016.

Rad. 007 2013 00175 00 (13 01 2017) Acta 0ç928. M.P. Dr Julián Alberto Villegas Perea.

PROMESA DE COMPRAVENTA. Demanda de reconvención. Cumplimiento del contrato de promesa de compraventa.

“1. Presentes como se encuentran la capacidad de las partes para acudir al proceso, la demanda en forma y la competencia del juez para tramitar y decidir la instancia, se tiene que al plenario confluyen los denominados presupuestos procesales, lo que aunado a la ausencia de vicio con idoneidad anulatoria, permite proferir la decisión que fulmine la instancia.

2. Como la sentencia solo fue apelada por la parte demandada, el Despacho, en desarrollo de lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 328 del C.G del P. procederá al examen del aspecto objeto de inconformidad.

Así el apelante señala que no había lugar a acceder a las pretensiones de la demandante y declarar la nulidad de la promesa de compraventa de 5 de noviembre de 2010, pues no fue la parte demandada Constructora xxxxxxx –prominente vendedora-, quien incumplió el contrato, sino por el contrario fue la sociedad demandante –prominente compradora- quien para el día 06 de mayo de 2011 (fecha estipulada en el texto contractual para la suscripción de la escritura pública del contrato de venta prometido), no había cancelado el valor total de la cuota inicial, ya que debía la suma de \$ 17.028.400 equivalentes a las cuotas de los meses de abril y mayo del 2011 y parte de la cuota del mes de marzo de esa misma anualidad y mucho menos había cancelado el 70% restante del precio del apartamento dado en venta.

Por lo anterior solicita se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda de reconvención y se declare el incumplimiento de la sociedad XXXXXXXX, en el contrato de promesa de compraventa de fecha 05 de noviembre de 2010, y se efectúen las declaraciones de rigor.

Recordemos que el A quo declaro la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa celebrado entre XXXXXX y XXXXXXXX como prominente compradora y XXXXXXXX en calidad de prominente vendedora, el día 05 de noviembre de 2010, ya que en su criterio la demanda dejo en absoluta indefinición la época en que habría de suscribirse el contrato prometido.

Pues bien, descritos como aparecen los fundamentos de la decisión del fallador de instancia y los argumentos que soportaran la inconformidad de la parte apelante, esta Sala se ocupara de establecer si en efecto la pretensión de nulidad absoluta y subsidiariamente la declaratoria de inexistencia en los términos del artículo 898 del C. de Co., en relación al contrato de promesa de compraventa que impetro la parte actora en la demanda principal tienen vocación de procedencia o si por el contrarios están llamadas a su desestimación.”

(...)

“Aquí, es del caso, enunciar que la parte demandante, no demostró que la prominente vendedora, hubiera dejado en indefinición la época en que debía firmarse la escritura de compraventa objeto de la promesa, según lo adujo en el libelo introductor la demanda, y como equivocadamente lo considero el A quo, pues la masiva calendada 18 de noviembre de 2010 obrante a folio 21 del cuaderno de la demanda principal, corresponde a una copia simple, la cual, contrario a lo dicho en la sentencia de primer grado, no está dirigida a la prominente compradora, sino de manera indeterminada a “APRECIADO CLIENTE PROYECTO PROVENZA”, además no aparece ningún recibo de la firma XXXXXXXXXX, por lo cual resulta dable concluir que la información allí contenida se refería a otros contratos de promesa de compraventa de inmuebles del proyecto Provenza.

Con todo, y si en gracia de discusión se admitiera que la aludida comunicación si hubiese sido dirigida y entregada a la firma demandante, la misma no tendría la capacidad de dejar en indefinición la época de celebración de la compraventa prometida, pues en dicha misiva si bien es cierto se informa que “debido a las constantes lluvias presentadas en los últimos meses, se ha generado un atraso en la obra” y por esta razón no es posible la entrega de los inmuebles y la suscripción de la escritura de compraventa en la fecha convenida, lo cierto es que en la misiva no se señala una nueva fecha para tal efecto, y en estas condiciones, seguía surtiendo todos los efectos jurídicos la fecha establecida en el contrato preparatorio, valga precisar el 06 de mayo de 2011.

Por ende, si efectivamente en la data señalada por los negociantes, la parte prominente vendedora, no hubiese acudido suscribir la escritura de venta de los inmuebles, y la prominente compradora hubiese cumplido con lo pactado a su cargo, existiría un incumplimiento por parte de la firma demandada, mas no se cumplirían los requisitos para

declarar la nulidad absoluta de la promesa, pues intereses, el plazo para firmar el contrato prometido, fue establecido y determinado claramente en el texto contractual.

Lo brevemente expuesto, pone en evidencia el desacierto de la decisión de instancia, cuando declaró la nulidad de la promesa de compraventa porque en su concepto la prominente compradora “dejo en la absoluta indefinición la época en que habría de darse cumplimiento a las cargas de hacer derivadas de la promesa de marras” cuando el mentado negocio gozaba de plena eficacia, por cuanto, como quedo visto, el mismo cumple a cabalidad las exigencias del artículo 89 de la ley 153 de 1887, al contener un lazo que fijo la época cierta en que había de celebrarse el contrato, dada la total determinación de la cláusula que con tal propósito se consignó en el contrato, y al no acaecer las condiciones que los contratantes habían establecido para adelantar a aplazar dicha fecha.

En lo relativo a la pretensión subsidiaria, esto es, que declare la inexistencia de la promesa de compraventa, baste anotar que dicha figura es propia del derecho comercial, y no del civil, y está regulada en el inciso 2º del art. 898 del C. Co., al establecer que “será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”

En el caso sub-lite es claro que no se da ninguno de los presupuestos analizados, pues la supuesta ausencia del plazo o condición que fijara la época en que habría de celebrarse el contrato, alegada por la parte demandante, ya que superada, por cuanto como viene de verse, se concluye que en el texto contractual de promesa quedo establecida claramente la fecha de celebración del contrato prometido, valga precisar, 06 de mayo de 2011 sin que haya sido modificada, y sin que se estructure entonces, la falta de solemnidades sustanciales y menos la ausencia de uno de sus elementos esenciales, indispensables para la procedencia de esta pretensión.

Revocada la decisión de primera instancia, debe la Sala de decisión, entrar a resolver sobre pretensiones de la demanda de reconvención en donde se derecha de manera principal el cumplimiento del contrato y subsidiariamente la resolución de la promesa de compraventa por incumplimiento de las obligaciones de XXXXXX y XXXXXXXXXX.

Sea lo primero remitirnos a la existencia y validez de la promesa de contrato, ya que no solo las partes reconocieron, al unísono, la existencia de la relación contractual, sino que, además, se arrió copia autenticada del contrato de promesa de compraventa materia de la discusión (fl. 9 a 17 c.1), en el que concurren las exigencias previstas en el artículo 1611 del código civil, modificado por el artículo 89 de la ley 153 de 1887, y por consiguiente produce obligaciones para sus contratantes.

Efectuadas las anteriores precisiones, debe decirse que de vieja data h sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tras interpretar el art. 1546 del Código Civil, que para la prosperidad de cualquiera de las dos acciones consagradas en dicha disposición, la resolución, ora el cumplimiento, ambas con indemnización de perjuicios , es necesario que se den estos requisitos: a) que el contratante contra quien se dirige la demanda haya incumplido lo pactado a su cargo que consiste en “no haberse retardado el cumplimiento”; y b) que el contratante que la proponga haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo, que estriba en que quien pide la resolución o el cumplimiento de la promesa no esté en mora de cumplir sus propias obligaciones, quiere ello significar, que necesariamente la parte que invoca cualquiera de las acciones tiene que haber cumplido o allanado a cumplir sus prestaciones y el demandado encontrase en mora de hacerlo para que salga triunfante en la litis, de lo contrario obtendrá un resultado adverso.

Por ello se hace necesario analizar e interpretar todas y cada una de las estipulaciones a que se comprometieron los contratantes, a efecto de determinar cómo deben cumplirse, es decir si recíprocamente o si en la convención se estableció un orden escalonado para el cumplimiento de las mismas, porque si las partes contratantes se imponen obligaciones cronológicas débanse cumplir en el orden y forma convenida, pues lo que se efectuó

desobedeciendo esos designios convencionales, repercutirá en la ejecución o inejecución de lo pactado, abriendo paso a las acciones de resolución o cumplimiento del contrato para el contratante que haya cumplido las suyas o que se haya allanado a cumplirlas en la forma y tiempo debidos; ahora, si las obligaciones son coetáneas o simultáneas el demandado está habilitado para proponer la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de contrato no cumplido, prevista en el art. 1609 ibídem.”

(...)

“En otras palabras, la suscripción de la escritura pública de transferencia del dominio, se encontraba supeditada a una condición, no solo lógica sino recomendable en todo caso, y era el pago de la cuota inicial y de la totalidad del precio de los inmuebles por parte de los prominentes compradore4s. Obviamente, si la condición no se cumplía, no surgía la obligación de suscribir la escritura pública por parte de la constructora XXXXXX, pues como viene de verse, así dejó específicamente establecido el texto contractual. (Cfr. Fl. 12 C.1).

Esclarecido lo anterior, se advierte el incumplimiento de las obligaciones por parte de la prominente compradora, como pasa a explicarse:

Los medios probatorios obrantes en el expediente, dan cuenta que XXXXXXXXXXXXXXX, cancelo las siguientes sumas de dinero: i. \$5.000.000 mediante cheque No. 742117 de Banco de Colombia, el día 11 de noviembre de 2010 /Fl 13 C.1) correspo0ndiente a la primera cuota, ii)\$18.277.001 correspondientes a las cuotas de diciembre de 2010, enero y febrero de 2011 y parte dela cuota de marzo de 2011 (Fl. 14 ibídem), pagos que la parte demandante en reconvencción nunca desconoció, es más, en la contestación a la demanda principal y en la demanda de reconvencción acepto la cancelación de dichos valores (Cfr. Folios 68 C.1 y 25 y 26 C.2)

No obstante lo anterior, la prominente compradora no acredito por ningún medio de convicción haber cancelado el saldo de la cuota de marzo, ni las cuotas de abril y mayo de 2011 previamente a la fecha acordada para la suscripción de la escritura de la compraventa (06 de mayo de 2011), a lo cual se había comprometido en el contrato de promesa, en tanto ante tal incumplimiento, no nació la obligación de suscribir la escritura pública a cargo de constructora XXXXXXXXX.

Por el contrario, la prueba documental aportada por la demandante en reconvencción, revela que XXXXX, siempre estuvo dispuesta a firmar la escritura pública de compraventa y efectuar la entrega de los inmuebles , una vez la prominente compradora, estuviera al día en el pago de sus obligaciones, atendiendo el parágrafo primero del clausula quinta del texto contractual que reza: “ EL PROMINETE VENDEDOR, se abstendrá de firmar la correspondiente escritura pública (sic), así como entregar los bienes inmuebles objeto del presente contrato hasta tanto EL PROMINENTE COMPRADOR se encuentre a PAZ Y SALVO por todo concepto, mientras tanto correrán interese4s de mora a cargo del PROMINENTE COMPRADOR hasta la fecha del pago total”.

(...)

“Así las cosas , las anteriores comunicaciones evidencian que ante la imposibilidad de la suscripción de la escritura de compraventa en la fecha acordada por los contendientes en la negociación, la prominente compradora, se pusiera al día con sus obligaciones, y por supuesto cumplir con las obligaciones de hacer a su cargo, en efecto se trató de comunicaciones tendientes a lograr un acuerdo, que siempre se debían reducir a escrito, él nunca se signó entra las partes, pues estos requerimientos nunca fueron respondidos por la prominente compradora.

En este orden de ideas, resulta palmario, que para el día 06 de mayo de 2011, XXXXXXX Y construcciones XXXXX0058XX demandante en la demanda principal-, y por lo tanto no surgió el deber de XXXXX-, de signar la escritura pública de tradición de los inmuebles objeto de la promesa, evidenciándose que hubo un incumplimiento de las obligaciones antecedentes por parte de XXXXX, con la suficiente entidad para solicitar el cumplimiento del contrato de promesa de compraventa, lo anterior, aunado a que la

demandante en reconvención siempre se allano al cumplimiento de sus obligaciones, determinara que se acojan las pretensiones relacionadas con que se ordene el cumplimiento de la promesa de compraventa involucrada en el presente asunto.

Ante la prosperidad de la demanda de reconvención, el despacho procede a pronunciarse en la relación a las excepciones propuestas por la demandada reconvendida de la siguiente manera:

En relación con las dos excepciones denominadas “excepción (sic) de no darse los presupuestos del incumplimiento (sic) invocado a cargo de la prominente compradora y correlativamente el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la prominente vendedora”, fundamentadas en que la promesa de compraventa suscrita entre las partes contenía obligaciones reciprocas a cargo de las partes negociantes, y que debido a que la prominente vendedora no asistió el día 06 de mayo de 2011 a las 2:00 p.m., fecha establecida en el escrito contractual, a suscribir la escritura de compraventa, evidencia el incumplimiento de sus obligaciones, no encuentra asidero jurídico, como se explica a continuación:

Como viene de verse, ante la falta de pago de la cuota inicial y del saldo del precio de los inmuebles objeto del contrato de promesa, por parte de XXXXXXXX y XXXXXXXXXX obligación antecedente-, no surgió el deber de constructora XXXXXXXX para asignar la escritura pública de tradición de los inmuebles objeto de la promesa, desvirtuándose así el presunto incumplimiento reciproco de las obligaciones de las parte4s en el que edifica la demanda en reconvención su defensa, y evidenciándose por el contrario que, hubo un incumplimiento de las obligaciones antecedentes de la firma XXXXXXXX, con la suficiente entidad para predicar el cumplimiento de la promesa de la compraventa solicitando por la prominente vendedora.

Por lo anterior, la presencia de la demandante en reconvención XXXXXXXX en la notaria 13 del Circulo de Cali, el 6 de mayo de 2011, era totalmente innecesaria, no solo porque la obligación antecedente había sido incumplida por XXXXXXXXXX, de donde se sigue que no surgió su obligación de firmar la escritura, sino también porque ese incumplimiento era un hecho enunciado con antelación a la fecha acordada, como viene verse al estudiar los medios probatorios recaudados en el presente proceso; lo anterior, aunado, a que XXXXXXXXXXXXXXXX siempre se allanaron al cumplimiento de sus obligaciones.

Frente a los medios defensivos denominados “no se dan los presupuestos del mutuo disenso” y “nulidad absoluta solicitada por la reconviente” esta Corporación no se referirá al respecto pues las pretensiones del “mutuo disenso” y “nulidad absoluta” se solicitaron de manera subsidiaria a la de cumplimiento forzado de la promesa de compraventa, y al acceder a la pretensión principal de la demanda de reconvención, no se considerar las demás, resultando inane pronunciamiento alguno en este sentido.”

Rad. 007-2012-00061-01 (22 03 2017) M.P. Dr. Cesar Evaristo León Vergara

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Protocolos Médicos. Imparcialidad del testigo. Testimonio de persona con dependencia laboral con la demandada.

Extracto:

“Dedúcese delo expuesto con antelación que, conforme a las probanzas arrimadas al proceso, no existió una mala práctica médica, pues, de una parte, las dolencias padecidas por la señora xxxxxxxxx se atendieron conforme a los protocolos médicos, que, por vía de ejemplo, en la primera etapa de su consulta, no suponían que la paciente padeciera “apendicitis aguda”, si no por el contrario, los resultados médicos arrojaron la presencia de una “infección urinaria” y “gastritis” con fundamento en lo cual fue tratada, además porque no presentaba la sintomatología asociada a esa patología.

Igualmente se advierte de la información recaudada que a la ahora demandante se le brindó una atención pronta, oportuna y acorde con la lex artis médica, debiéndose destacar que durante los periodos de tiempo en los cuales la paciente acudió a Clínica xxxxxxxxxxxx (entre el 7 y 8 de enero de 2010), fue valorada, examinada, se le realizaron los exámenes diagnósticos pertinentes, sin que se evidencie conducta culposa u omisión alguna atribuible a la demandada, quien, por el contrario, y según lo reporta la plurimencionada historia clínica, fue diligente en la prestación de todos los servicios médicos para la señora xxxxxxxxxxxx.

También observa la Sala que tanto los galenos como la Clínica demandada a la que ellos están adscritos hicieron todo lo que se encontraba a su alcance para detectar “la apendicitis” padecida por la señora xxxxxxxxxxxx en su etapa más temprana, lo que a la postre fue determinante en el éxito del tratamiento brindado a ella en la Clínica demandada; y que, contrario a lo afirmado por la recurrente, en la Clínica xxxxxxxxxxxx de propiedad de la Clínica xxxxxxxx se le practicó la laparotomía, intervención esta última que fue la efectivamente llevada a cabo por el doctor Páez, que le extrajo el apéndice y le realizó los lavados necesarios para tratar la peritonitis que presentó la paciente, sumado al uso de antibióticos necesarios para controlar la infección, y lograr su efectiva recuperación.

Con similar orientación, se destaca que la atención de xxxxxxxx fue diligente, oportuna y suficiente, pues se detectó a tiempo el padecimiento de la demandante y se tomaron las medidas necesarias para tratarlo y superarlo en la forma en que los galenos allí adscritos lo consideraron más conveniente, actuar que estuvo acorde con la lex artis médica.

No es de recibo para esta Sala de decisión, el argumento del apelante, según el cual, el juez a quo para su decisión no debía ampararse en el testigo JOSÉ HUMBERTO ARANGO CHANG, porque fue tachado de sospechoso por el extremo demandante, debido a su dependencia económica y laboral con Clínica xxxxxxxxxxxx, ya que, conforme lo establece nuestro Código General del Proceso, si bien es cierto: *“cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.” (art.211)*, también lo es que: *“El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”(Inciso 2 art. 211)*.

En este caso, se advierte que la parte activa, en audiencia de 15 de noviembre de 2011, tachó de sospechoso al testigo técnico JOSÉ HUMBERTO ARANGO CHANG, debido a la dependencia económica, laboral y contractual que sostiene con Clínica xxxxxxxxxxxx (Fl. 318 C.1), sin embargo, como viene de verse, el ordenamiento jurídico permite valorar la prueba testimonial, al momento de fallar conforme al caso concreto, y en este evento el sentenciador consideró que: *“no obstante su relación laboral con la clínica demandada la declaración que se recibió, fue natural y se interrogó tanto por la parte demanda[n]te como x quien solicitó el testimonio, no obrando una narración de hechos amañada, o parcializada de lo que obra en el plenario y de lo que se corrobora en la historia clínica [aportada], de acuerdo a lo anterior se corrobora que no hubo la responsabilidad por el acto médico”(min.1.36.18)*.

Sin que la Sala soslaye el hecho de que esta declaración testimonial haya advertido de su relación de dependencia laboral con la sociedad demandada, lo que impone analizar sus declaraciones como sospechosas, a la luz de la regla prevista en el artículo 211 del C.G.P., empero, no a rechazarla, porque ha sido clara la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que lo sospechoso del testigo no descarta lo veraz de su declaración, siempre que no existan objeciones contra ésta y que sus dichos hallen respaldo en el resto del acervo probatorio, lo que precisamente acontece en el caso de ahora, pues estas deposiciones coinciden con el mérito probatorio de los otros medios obrantes en el proceso (documental y testimonial).

Sobre este tópico ha dicho la Corte: “...Hoy, bien se sabe, la sospecha no descalifica de antemano –pues ahora se escucha al sospechoso-, sino que simplemente se mira con cierta aprensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después –acaso lo más prominente- halla respaldo en el conjunto probatorio” (CSJ, Cas. Civ. Sent. De 19 de septiembre de 2001, exp. No. 6624, M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez).

Tampoco encuentra prosperidad el argumento de la alzada consistente en que el juez de primera instancia debía valorar integralmente los elementos probatorios, es decir no podía menospreciar la prueba “documental” ante una testimonial o pericial, ya que esto podría conducir a una exoneración de responsabilidad, como se indica a continuación:

La prueba idónea para establecer esa relación causal es el dictamen pericial, pues la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre la importancia de este medio probatorio en los asuntos de responsabilidad médica, diciendo que: “el dictamen técnico de expertos médicos es indudablemente el medio probatorio que ofrece mayor poder de convicción cuando se trata de establecer las causas que produjeron el perjuicio de una persona por la actividad de otras...” (C.S.J. Sala Civil. Mayo 8 de 1.990. José Fernando Ramírez Gómez.)

En efecto, en este evento era necesario la práctica de un peritazgo para establecer la relación causal, ya que, según se aduce en la demanda, la causa de la peritonitis que presentó la Sra. XXXXXXXXX, corresponde a la presunta negligencia y culpa con que actuó el médico XXXXXXXXXXXX, cuando trató a la demandante y le brindó un diagnóstico, en criterio del apelante desacertado.

Sin embargo, esa carga no se satisfizo por el demandante dentro del presente proceso pues abdicó desde el momento que incoó la demanda la posibilidad de obtener un dictamen pericial, al no solicitarlo en ese instante, ni durante el transcurso del proceso, en las oportunidades diseñadas con dicho propósito.

Con todo, en aras de equilibrar las cargas y garantizar el principio de igualdad procesal, ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado, que ante la dificultad de acreditar la relación de causalidad en los asuntos de responsabilidad médica, la prueba indiciaria adquiere gran valor probatorio, siendo en todo caso obligación del demandante, acreditar al menos la existencia del hecho indicador. (Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 11 de mayo de 2011 Consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio)

Pero además, es lo cierto, que aun atendiendo el citado precedente, el acervo probatorio señala sin lugar a dudas, que no fue la negligencia o culpa de los médicos que trataron a la señora xxxxxx, al determinar su diagnóstico, lo que desencadenó en una “peritonitis y absceso pélvico”, sino por el contrario, los síntomas que presentó la paciente fueron tratados conforme lo indican los protocolos, y fue debido a la conducta diligente y oportuna, al realizar todos los exámenes diagnósticos, que los médicos acertaron en la enfermedad que presentaba la demandante, y desplegaron los actos propios para salvarle la vida.

En efecto encontramos que la paciente al ingresar al servicio médico conforme a la valoración del médico general no presentaba un dolor típico de una apendicitis, así se comprueba en la historia clínica, cuando se dejó consignado que no presentaba “dolor agudo” sino “dolor irradiado a todo el abdomen”(FI 33 C.1).

Acorde a lo anterior se le ordenaron unos exámenes médicos que determinaron la presencia de dos afecciones –gastritis antral e infección de las vías urinarias-, que para ese preciso instante determinaban la sintomatología que presentaba la paciente, lo que corrobora que el dictamen médico realizado por el médico general que la atendió en primera instancia en realidad fue acertado.

Ahora bien, el tratamiento para la gastritis antral demandaba la prescripción de analgésicos según las declaraciones médicas recaudadas en el transcurso de la

actuación y referidas anteriormente dentro de ésta misma providencia, y es de conocimiento general que la infección urinaria requiere ser tratada con antibióticos, así que de ninguna manera se puede pretender que tanto los exámenes como las prescripciones médicas fueran erradas, en tanto descubrieron las afecciones y se les dio un tratamiento acorde a la ciencia médica, teniendo siempre presente que fue el examen físico y las características del dolor que presentaba la paciente las que descartaron la presencia de una apendicitis.

Así las cosas, las guías continentales de protocolos médicos para la atención de pacientes con dolor agudo en el abdomen, no resultaban aplicables al caso de la señora xxxx, en tanto ella no presentaba dicho dolor, y por otra parte el dolor resultaba explicable en atención a las afecciones que fueron descubiertas al practicarse los exámenes clínicos al momento de ingresar a urgencias.

Consecuente con todo lo anterior, concluye la Corporación que los daños que alega haber padecido la demandante no tienen relación de causalidad con las conductas desplegadas por las demandadas, razón por la cual, se refrendará el fallo de primera instancia, condenando en costas a la parte actora.”

Rad. 002 2012 00324 01 (22-03-2017) Acta 023. M.P. Dr. César Evaristo León Vergara.

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Medidas Cautelares.

Extracto:

Con respecto a las polémicas planteadas en el recurso de alzada habrá de señalarse que la estructura normativa que consagra las medidas cautelares innominadas no establece como condición para su decreto que las medidas sean solicitadas al momento de la presentación de la demanda, como lo expresó el juzgado de primera instancia en el auto censurado, pues la temporalidad dispuesta para ello se encuentra expresamente contemplada en el numeral 1º del precitado artículo, esto es, desde la presentación de la demanda.

En tal virtud, corresponde al Juzgado verificar la concurrencia de todos los presupuestos y requisitos de las medidas cautelares que estableció el legislador en el literal c del artículo 590 del Código General del Proceso. Ello implica examinar si *el fumus boni iuris* y *el periculum in mora* se configuran, concreta y claramente en la causa, es decir, si se ha cumplido con la actividad instructiva correspondiente. “Los presupuestos de las medidas deben darse los dos, en forma concomitante. Sin embargo, corresponde destacar que, a diferencia de otras regulaciones, ambos presupuestos constituyen conceptos indeterminados, no definidos por la ley, que quedan, por ende, a la apreciación de los sujetos del proceso”.

Se insiste, las normas que consagran las medidas innominadas, a diferencia de las regladas o típicas, son de textura abierta, y es deber del Juez al momento de ordenar su decreto motivar su contenido, explicar porque razón estima suficiente la apariencia del derecho y el peligro que implica la demora del proceso, pues a su vez esa motivación, será la única que permita controvertir la decisión, o dicho en otras palabras, la falta de motivación al decretar las medidas cautelares innominadas conlleva la vulneración del debido proceso.

Básicamente la doctrina y la jurisprudencia a nivel de derecho comparado, se refiere a los antedichos requisitos de la siguiente manera:

- 1.) La apariencia de un buen derecho. El *fumus boni iuris*, un derecho verosímil, un derecho creíble, en varias de las acepciones que podría tener esta característica de las medidas innominadas, que predica la necesidad de estudiar por parte del Juez, al menos liminarmente, con los elementos de juicio que tenga al momento de estudiar la solicitud, el derecho involucrado en el litigio, puesto que sería del todo peligroso facultar a cualquiera de las partes para pedir una medida cautelar

sin que exhiba una apariencia sólida de su derecho; al igual que sería arbitrario autorizar al Juez tomar una medida cautelar sin reflexionar acerca de la existencia del derecho de quien reclama su decreto.

- 2.) El peligro de la demora. También denominado el periculum in mora. Es el riesgo que corre el derecho por la demora del proceso, es la imposibilidad de hacer efectiva la estimación de las pretensiones realizada por el Juez, como sucede v.gr, cuando el obligado con la sentencia se encuentre insolvente al momento de hacerla efectiva. Al fin de cuentas, la premisa de la cual parten las medidas cautelares no es otra diferente a asegurar los efectos de una sentencia futura, empero, para llegar al concepto de peligro en la demora, es necesario transitar un peldaño superior, para desde allí vislumbrar que el daño que se cierne sobre el litigio es inminente, y por lo tanto la medida deprecada adopta la característica de urgente, en el sentido de que si no se adopta, el daño se concreta.

Sobre la inminencia del peligro, como elemento esencial del peligro en la demora, autorizada doctrina ha expresado:

“Para aproximarse a una noción clara de Periculum in mora es preciso dar otro paso: no basta que el interés en obrar nazca de un estado en peligro y que la providencia invocada tenga por ello una finalidad de prevenir un daño solamente temido, sino que es preciso además que a causa de la inminencia del peligro la providencia solicitada tenga carácter de urgencia, en cuanto sea de prever, que si la misma se demorase el daño temido se transformará en daño efectivo o se agrava el daño ya ocurrido.”

Corolario, El Código General del Proceso, al indicar que el juez tendrá en cuenta la necesidad, es decir que exista riesgo que requiere pronta atención, que sea efectiva para cumplir cualquiera de los eventos plasmados en el inciso primero del literal c) del artículo en comentario, y además la proporcionalidad de la medida, es decir, debe hacer una ponderación teniendo en cuenta dos extremos opuestos: por un lado los derechos del demandado que todavía no ha sido vencido en juicio y, por otro, los del demandante que enfrenta el riesgo que cuando se produzca la sentencia, esta resulte completamente inútil, porque el daño fatalmente se produjo.

La exposición anterior es suficientemente ilustrativa acerca de cómo los requisitos precitados, tienen cumplida aplicación en nuestro ordenamiento procesal, encontrándonos ya lo suficientemente ilustrados para efectos del estudio del tema materia de la alzada.

4. Pues bien, aplicando las anteriores premisas al asunto sub lite, se concluye que no se encuentran cumplidos a cabalidad los requisitos analizados, porque aunque en principio podría inferirse la apariencia de buen derecho, aclarando que las resultas del proceso son inciertas, por cuanto penderán del acervo probatorio que en dicho proceso se recaude, no se encuentra acreditado **el peligro de la demora**, porque como acertadamente lo manifestó el a quo, los integrantes del extremo pasivo son personas con amplia operatividad comercial y capacidad financiera que en caso de una sentencia condenatoria, la parte actora no tendría dificultades en materializarla, además, de las actuaciones que obran en el plenario se evidencia que los demandados, han comparecido al proceso, para ejercer el derecho de defensa y contradicción que les asiste, es decir, la demanda y sus resultas no recaen sobre persona indeterminada o de quien se desconoce su paradero, sino de personas naturales y jurídicas quienes se encuentran bajo el imperio de la ley, por lo que no se encuentra un estado de peligro cuya consecuencia se pueda prevenir con las cautelas, y a falta de este no hay lugar a hablar de urgencia para evitar el daño temido o la agravación del daño ocurrido.

Además de lo anterior, las cautelas solicitadas no se encuentran indispensables para atender las resultas de una sentencia, aunado a que no se ajustan al caso concreto, pues no puede perderse de vista que los demandados no han sido condenados y le está vedado al juzgador, copiar de manera ciega y automática, las medidas consagradas en el artículo 593 del C.G.P., para aplicarlas a un proceso de naturaleza declarativa, pues esto conllevaría a convertirlo en un proceso ejecutivo pero sin título.

No debe pasarse por alto, que a partir de las normas contenidas en dicho precepto, el juzgador adquiere amplias facultades para decidir sobre el decreto o no de una cautela, al punto que puede decretar una menos gravosa o diferente a la solicitada. Con relación a la actuación del Juez de instancia, obsérvese que las medidas cautelares innominadas, no consisten en realizar una yuxtaposición de las medidas cautelares de los procesos ejecutivos al proceso ordinario, como lo pretende el apoderado de la parte actora, sino que el decreto de las cautelares innominadas, debido a la textura abierta de la norma, le exige una fundamentación de los requisitos consagrados legalmente. En resumidas cuentas, por esa circunstancia, debe entenderse que fueron bien apreciadas por el juez a quo las situaciones planteadas como fundamentos de la solicitud de protección cautelar, de donde deviene esencial su rol, pues el solicitante no esgrimió las razones que fundamenten dicha protección, en especial lo atinente al peligro en la demora, pues de haberse decretado, la medida hubiera quedado huérfana de sustento, pues aquí la cita de la norma es insuficiente para su decreto, por lo que la decisión del a quo fue acertada y es que el prenombrado artículo 590 otorga al juez en el caso de la cautela genérica un amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre esas medidas.

5. En virtud de lo expuesto, no hay lugar a revocar la providencia atacada, sin embargo, no puede pasarse por alto que el apoderado de la parte actora mediante escrito del 25 de julio del año 2016 (Fl. 596) pidió “inscribir las medidas solicitadas en los certificados de Cámara y Comercio de la Clínica xxxxxxxxxxxx y de Oncólogos de xxxxxxxxxxxx”, sin que obre en el plenario pronunciamiento respecto a tal solicitud y si bien, dicho escrito presenta algunas imprecisiones, se evidencia que el fondo de lo pretendido, son las medidas cautelares de que trata el literal b del numeral 1 del artículo 590 ibídem, expresamente consagrados por el legislador para los procesos en los que se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual como ocurre en este asunto. Por lo tanto, en usos de las facultades consagradas en la norma de estudio, que le permiten incluso sustituir la medida cautelar solicitada por la más acorde, deberá el a quo proveer sobre tal solicitud.

Rad. 014 2016 00065 01 (23-03-2017) M.P. Dr. César Evaristo León Vergara

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Medidas Cautelares innominadas.

Extracto:

“Con respecto a las polémicas planteadas en el recurso de alzada habrá de señalarse que la estructura normativa que consagra las medidas cautelares innominadas no establece como condición para su decreto que las medidas sean solicitadas al momento de la presentación de la demanda, como lo expresó el juzgado de primera instancia en el auto censurado, pues la temporalidad dispuesta para ello se encuentra expresamente contemplada en el numeral 1º del precitado artículo, esto es, desde la presentación de la demanda.

En tal virtud, corresponde al Juzgado verificar la concurrencia de todos los presupuestos y requisitos de las medidas cautelares que estableció el legislador en el literal c del artículo

590 del Código General del Proceso. Ello implica examinar si *el fumus boni iuris* y *el periculum in mora* se configuran, concreta y claramente en la causa, es decir, si se ha cumplido con la actividad instructiva correspondiente. “Los presupuestos de las medidas deben darse los dos, en forma concomitante. Sin embargo, corresponde destacar que, a diferencia de otras regulaciones, ambos presupuestos constituyen conceptos indeterminados, no definidos por la ley, que quedan, por ende, a la apreciación de los sujetos del proceso”.

Se insiste, las normas que consagran las medidas innominadas, a diferencia de las regladas o típicas, son de textura abierta, y es deber del Juez al momento de ordenar su decreto motivar su contenido, explicar porque razón estima suficiente la apariencia del derecho y el peligro que implica la demora del proceso, pues a su vez esa motivación, será la única que permita controvertir la decisión, o dicho en otras palabras, la falta de motivación al decretar las medidas cautelares innominadas conlleva la vulneración del debido proceso.

Básicamente la doctrina y la jurisprudencia a nivel de derecho comparado, se refiere a los antedichos requisitos de la siguiente manera:

1.-) La apariencia de un buen derecho. El *fumus boni iuris*, un derecho verosímil, un derecho creíble, en varias de las acepciones que podría tener esta característica de las medidas innominadas, que predica la necesidad de estudiar por parte del Juez, al menos liminarmente, con los elementos de juicio que tenga al momento de estudiar la solicitud, el derecho involucrado en el litigio, puesto que sería del todo peligroso facultar a cualquiera de las partes para pedir una medida cautelar sin que exhiba una apariencia sólida de su derecho; al igual que sería arbitrario autorizar al Juez tomar una medida cautelar sin reflexionar acerca de la existencia del derecho de quien reclama su decreto.

2.-) El peligro de la demora. También denominado el *periculum in mora*. Es el riesgo que corre el derecho por la demora del proceso, es la imposibilidad de hacer efectiva la estimación de las pretensiones realizada por el Juez, como sucede v.gr, cuando el obligado con la sentencia se encuentre insolvente al momento de hacerla efectiva. Al fin de cuentas, la premisa de la cual parten las medidas cautelares no es otra diferente a asegurar los efectos de una sentencia futura, empero, para llegar al concepto de peligro en la demora, es necesario transitar un peldaño superior, para desde allí vislumbrar que el daño que se cierne sobre el litigio es inminente, y por lo tanto la medida deprecada adopta la característica de urgente, en el sentido de que si no se adopta, el daño se concreta.

Sobre la inminencia del peligro, como elemento esencial del peligro en la demora, autorizada doctrina ha expresado:

“Para aproximarse a una noción clara de Periculum in mora es preciso dar otro paso: no basta que el interés en obrar nazca de un estado en peligro y que la providencia invocada tenga por ello una finalidad de prevenir un daño solamente temido, sino que es preciso además que a causa de la inminencia del peligro la providencia solicitada tenga carácter de urgencia, en cuanto sea de prever, que si la misma se demorase el daño temido se transformará en daño efectivo o se agrava el daño ya ocurrido.”

Corolario, El Código General del Proceso, al indicar que el juez tendrá en cuenta la necesidad, es decir que exista riesgo que requiere pronta atención, que sea efectiva para cumplir cualquiera de los eventos plasmados en el inciso primero del literal c) del artículo en comentario, y además la proporcionalidad de la medida, es decir, debe hacer una ponderación teniendo en cuenta dos extremos opuestos: por un lado los derechos del demandado que todavía no ha sido vencido en juicio y, por otro, los del demandante que enfrenta el riesgo que cuando se produzca la sentencia, esta resulte completamente inútil, porque el daño fatalmente se produjo.

La exposición anterior es suficientemente ilustrativa acerca de cómo los requisitos precitados, tienen cumplida aplicación en nuestro ordenamiento procesal, encontrándonos ya lo suficientemente ilustrados para efectos del estudio del tema materia de la alzada.

4. Pues bien, aplicando las anteriores premisas al asunto sub lite, se concluye que no se encuentran cumplidos a cabalidad los requisitos analizados, porque aunque en principio podría inferirse la apariencia de buen derecho, aclarando que las resultas del proceso son inciertas, por cuanto penderán del acervo probatorio que en dicho proceso se recaude, no se encuentra acreditado **el peligro de la demora**, porque como acertadamente lo manifestó el a quo, los integrantes del extremo pasivo son personas con amplia operatividad comercial y capacidad financiera que en caso de una sentencia condenatoria, la parte actora no tendría dificultades en materializarla, además, de las actuaciones que obran en el plenario se evidencia que los demandados, han comparecido al proceso, para ejercer el derecho de defensa y contradicción que les asiste, es decir, la demanda y sus resultas no recaen sobre persona indeterminada o de quien se desconoce su paradero, sino de personas naturales y jurídicas quienes se encuentran bajo el imperio de la ley, por lo que no se encuentra un estado de peligro cuya consecuencia se pueda prevenir con las cautelas, y a falta de este no hay lugar a hablar de urgencia para evitar el daño temido o la agravación del daño ocurrido.

Además de lo anterior, las cautelas solicitadas no se encuentran indispensables para atender las resultas de una sentencia, aunado a que no se ajustan al caso concreto, pues no puede perderse de vista que los demandados no han sido condenados y le está vedado al juzgador, copiar de manera ciega y automática, las medidas consagradas en el artículo 593 del C.G.P., para aplicarlas a un proceso de naturaleza declarativa, pues esto conllevaría a convertirlo en un proceso ejecutivo pero sin título.

No debe pasarse por alto, que a partir de las normas contenidas en dicho precepto, el juzgador adquiere amplias facultades para decidir sobre el decreto o no de una cautela, al punto que puede decretar una menos gravosa o diferente a la solicitada. Con relación a la actuación del Juez de instancia, obsérvese que las medidas cautelares innominadas, no consisten en realizar una yuxtaposición de las medidas cautelares de los procesos ejecutivos al proceso ordinario, como lo pretende el apoderado de la parte actora, sino que el decreto de las cautelares innominadas, debido a la textura abierta de la norma, le exige una fundamentación de los requisitos consagrados legalmente. En resumidas cuentas, por esa circunstancia, debe entenderse que fueron bien apreciadas por el juez a quo las situaciones planteadas como fundamentos de la solicitud de protección cautelar, de donde deviene esencial su rol, pues el solicitante no esgrimió las razones que fundamenten dicha protección, en especial lo atinente al peligro en la demora, pues de haberse decretado, la medida hubiera quedado huérfana de sustento, pues aquí la cita de la norma es insuficiente para su decreto, por lo que la decisión del a quo fue acertada y es que el prenombrado artículo 590 otorga al juez en el caso de la cautela genérica un amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre esas medidas.

5. En virtud de lo expuesto, no hay lugar a revocar la providencia atacada, sin embargo, no puede pasarse por alto que el apoderado de la parte actora mediante escrito del 25 de julio del año 2016 (Fl. 596) pidió “inscribir las medidas solicitadas en los certificados de Cámara y Comercio de la Clínica xxxxxxxxxxxx y de Oncólogos de xxxxxxxxxxxx”, sin que obre en el plenario pronunciamiento respecto a tal solicitud y si bien, dicho escrito presenta algunas imprecisiones, se evidencia que el fondo de lo pretendido, son las medidas cautelares de que trata el literal b del numeral 1 del artículo 590 ibídem, expresamente consagrados por el legislador para los procesos en los que se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual como ocurre en este asunto. Por lo tanto, en usos de las facultades consagradas en la norma de estudio, que le permiten incluso sustituir la medida cautelar solicitada por la más acorde, deberá el a quo proveer sobre tal solicitud.

Rad. 014 2016 00065 01 (23-03-2017) M.P. Dr. César Evaristo León Vergara

RESTITUCION DE INMUEBLE. Posesión de inmueble adjudicado al Instituto de Bienestar Familiar – ICBF por la vocación hereditaria que la ley le otorga al Instituto en el quinto orden hereditario.

“De las pruebas relacionadas en el acápite anterior, se sabe que el demandado X.X.X.X.X.X.X.X.X.X. llego a ocupar una habitación en la casa de las hermanas .X.X.X.X.X.X.X. quienes residieron en dicho inmueble hasta su fallecimiento, ultimo de las cuales ocurrió el 21 de enero de 1999 y que posteriormente a ello, X.X.X.X.X.X.X.X. Pidió que le declaren su pertenencia por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio sobre lo cual fracaso su intento, así mismo, que el demandado X.X.X.X.X.X.X. También intento la pertenencia pero que resultó fallida conforme a instancia por sentencia del 07 de abril de 2008 dictada por una Sala Civil de decisión de este Tribunal.

Igualmente se sabe que ante el Juzgado Cuarto de Familia de Cali se tramito el proceso sucesoral intestado de X.X.X.X.X.X.X.X.X.X., en el que por sentencia del 13 de octubre de 2011 registrada el 16 de marzo de 2012, el bien objeto de controversia fue adjudicado al Instituto Colombiano d Bienestar Familiar; así mismo, que en ese proceso, en el que se secuestró el inmueble, el demandado X.X.X.X.X.X.X. Acudió a oponerse a la cautela, sobre el cual, el 04 de octubre de 2010 termino con decisión de segunda instancia de una de Sala Unitaria de Familia de este Tribunal en la que se levantó de medida cautelar y se ordenó la entrega del inmueble al opositor quien tenía la posesión.

De lo visto y lo declarado se extrae que no se trata de un bien vacante, siendo que estos son “(...) inmuebles que, habiendo estado bajo el dominio del hombre, no tienen en la actualidad dueño aparente o conocido. Los terrenos vacantes no son baldíos y hay diferencia entre estas dos clases de bienes: el carácter de los primeros estriba en haber tenido dueño y haberlos este abandonado (...)”, aquí, lo que trasluce diáfano es que el inmueble ubicado en la carrera 9 # 2-73 del Barrio San Antonio de Cali, fue adjudicado al Instituto de Bienestar Familiar – ICBF por la vocación hereditaria que la ley le otorga al Instituto en el quinto orden hereditario, en la sucesión intestada de X.X.X.X.X.X.X. Quien falleció el 21 de enero de 1999.

Frente a lo ocurrido cabe considerar que esta Sala no ve contradicción entre lo decidido por la Sala Unitaria de Familia al resolver sobre el levantamiento de la medida cautelar en la sucesión, con lo resuelto en otra Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Cali; ciertamente, para cuando la Sala de Familia resolvió, el bien objeto de controversia no aparecía como de propiedad de una entidad pública, pues solamente con el registro de la adjudicación, este paso a ser propiedad del ICBF por la vocación hereditaria que le da el artículo 66 de la ley 75 de 1968, este hecho explica que con anterioridad al registro de la adjudicación, el inmueble que había sido de propiedad de X.X.X.X.X.X.X.X. , bien podía ser poseído por cualquier persona natural o jurídica; a su turno, que la Sala Civil haya resuelto que a X.X.X.X.X.X.X.X. no se podía declarar la pertenencia por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio porque no se probó el tiempo de la posesión en razón de la intervención del título siendo que inicialmente había entrado a ocupar el inmueble por el consentimiento de la propietaria, no implica la afirmación de que para el momento de cuando presento la demanda de pertenencia haya seguido siendo tenedor, aunque el mismo demandado en su declaración de parte acepte que “las tías .X.X.X.X.X.X.X.X vivieron en el inmueble hasta cuando fallecieron”.

La Jurisprudencia Civil de Corte Suprema de Justicia ha dado claridad sobre la naturaleza del proceso de pertenencia por cualquiera de sus modalidades de prescripción adquisitiva (ordinaria o extraordinaria) clasificándolo como un proceso puramente declarativo, “no es la sentencia sino la posesión exenta de violencia, clandestinidad o interrupción [...] la fuente de la prescripción”, de ahí que sea indispensable determinar si X.X.X.X.X.X.X.X.X.X. , por su posesión y el transcurso del tiempo, alcanzo o no a prescribir adquisitivamente el dominio del inmueble objeto de la controversia, antes de que fuera adjudicado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar siendo que el demandado ha venido alegando que detenta el bien con ánimo de señor y dueño con tiempo suficiente para usucapir, aquí, lo cierto es que nos encontramos frente a un bien sobre el cual al demandado se lo reconoció como poseedor y que a partir del 16 de

marzo de 2012, fecha del registro de la adjudicación del inmueble, paso a ser de propiedad de una entidad pública.

Para la Sala, es claro que los bienes de propiedad de las entidades de derecho público son imprescriptibles (Nral 4 del Art. 407 del C.P.C.), sin embargo, como nos encontramos frente a un demandado que entro en posesión del inmueble cuya condición fue reconocida cuando se opuso al secuestro del bien, la entrega del inmueble no puede pedirse a través de un proceso restitutorio sino del reivindicatorio propio de la recuperación del dominio, donde eventualmente pueda el demandado plantear la usucapión, si es que se dan los presupuestos que la Jurisprudencia Civil ha contemplado, en garantía de los derechos adquiridos como quedo anotado en precedencia (4.3), y, sin que se pueda afirmar que a partir del registro de la adjudicación del bien al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pueda seguir contando el termino para la usucapión.

Cabe observar que el mismo Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (aquí demandante), para el trámite de las reclamaciones de vocación hereditaria, el 31 de mayo de 2010 expidió la resolución 2200 con el fin de mejorar su gestión, exhortando que el ICBF no puede renunciar a las acciones sucesorales y reivindicatorias ni favorecer las prescripciones en curso de a quienes los define como “dueños aparentes”.

Bajo tales condiciones y siendo que el demandado entro en posesión del inmueble antes de la adquisición del bien por adjudicación de la propiedad a una entidad de derecho público, se negara la entrega del inmueble debiéndose condenar en costas de esta instancia de conformidad con el artículo 392 del C.P.C.”

Rad. 015 2014 00500 00 01 (15 06 2016) Acta 000.M.P. Dr. Jorge Jaramillo Villarreal.

VENTA DE BIEN COMÚN. Reconocimiento de mejoras

El censor no logró acreditar que los locales comerciales, ya estaban plantados previo a la administración del inmueble por la demandada, por lo tanto no puede pretender lucrarse de las mejoras efectuadas por la demandada, ya que aquellas no acrecientan el patrimonio de la comunidad, sino exclusivamente de quien las realizo, no de otra forma se explicaría el reconocimiento previo de mejoras a favor de L.V.G.

“El censor alega que la demandada no probó de modo irrefragable que hubiese efectuado mejoras al inmueble y por tanto debe revocarse la decisión. Para esta Sala de revisión del legajo probatorio que milita en el expediente, meridiano emerge que la demandada si efectuó obras constitutivas de mejoras en los términos reseñados.

Para el caso concreto, obra con la solicitud de reconocimiento de mejoras, prueba documental (fls 6 – 8), dando cuenta de las obras que se plantaron en el inmueble y básicamente consistentes en la construcción de dos locales comerciales, adecuación de la casa que implico cambio de piso, techo, tuberías, alcantarillado, muros, puertas y ventanas así como reforzamiento de la estructura del techo, versión que fue corroborada por G.G.N. quien testifico como constructor de las mismas y bajo las ordenes de L.V.G. se refirió además que las construcciones se hicieron bajo la modalidad denominada “todo costo” esto es que el contratista se hacía cargo no solo de la mano de obra, sino de la consecución de los materiales de construcción, describiendo la forma y las fechas aproximadas de realización de los trabajos, las que lucen concordantes con las declaraciones de L.V.G., en interrogatorio de parte y lo brevemente referido en la prueba pericial.

De modo opuesto, conforme los principios en materia probatoria advertidos, los reproches de censura son de un total ayuno probatorio, no existe ningún atisbo de que las obras ya se encontraban para el momento que la demandante asumió la administración del inmueble, el recurrente se limitó simplemente a un ejercicio retorico pretendiendo de esa manera evitar el reconocimiento de mejoras, no obstante, su laborío debía encaminarse a la acreditación de modo fehaciente de la inexistencia de mejoras efectuadas por la

demandada, no le bastaba con limitarse a señalar que era necesario el aporte de las facturas de los insumos empleados, para acreditar la fecha de su realización, por cuanto, el interés en probar que las mejoras ya estaban plantadas previamente a la administración de la demandada, radicaba en el demandante, mas no en la demandada, aunado a que no existe en nuestro ordenamiento una tarifa legal o un medio de prueba determinado para acreditar un hecho puntual.

A modo de epílogo, las pruebas aportadas dan cuenta que las obras efectuadas en el inmueble han aumentado su valor venal, conforme lo corrobora el dictamen pericial, además de su notoria utilidad, ya que la demandada refirió que el estado del inmueble previo a las obras era de singularidad precariedad. Por lo tanto la decisión en su parte axial debe ser confirmada.

Respecto de los frutos:

En similar a lo advertido en el acápite anterior, respecto a la figura de los frutos, es necesario acudir a las disposiciones concernientes a la reivindicación.

Así, a voces del inciso 3º del artículo 964 del código civil, “el poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; en cuanto a los percibidos después, está sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores”.

Los frutos civiles constituyen la utilidad que se obtiene de una cosa como equivalente del uso y goce que se da de ella a un tercero, el artículo 717 del C.C. menciona que se llaman “frutos civiles” los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido.

Para esta Colegiatura no devendría extraño al proceso el reconocimiento de frutos a favor del demandante, como lo sostuvo el A quo, empero, con similar juicio referente al tema de mejoras, el cargo elevado no tiene virtualidad de salir adelante, puesto que no encuentra eco probatorio alguno, de modo opuesto, conforme ya explicado, el censor no logra acreditar que los locales comerciales, ya estaban plantados previo a la administración del inmueble por la demandada, por lo tanto no puede pretender lucrarse de las mejoras efectuadas por la demandada, ya que aquellas no acrecientan el patrimonio de la comunidad, sino exclusivamente de quien las realizó, no de otra forma se explicaría el reconocimiento previo de mejoras a favor de L.V.G.

De otra parte, conforme una hermenéutica plausible del artículo 238 del C.P.C., la contradicción del dictamen debe efectuarse en los términos allí establecidos y que corresponden a normas de orden público y por tanto de obligatorio cumplimiento, luego no es el presente recurso, el escenario legalmente válido para plantear inconformidades en contra del dictamen, los reproches solo podían encaminarse a las conclusiones que deriva el juez para arribar a su decisión, por tanto el reparo formulado sobre la posible carencia del dictamen, deviene el extemporáneo.

Así mismo, no merece mayor glosa, el argumento construido sobre particular tesis que tratándose de “factores” (sic), debe aplicarse la regla de aproximación y por lo tanto, al demandado le correspondería un 8% del inmueble, deja al descubierto la confesión teórica sobre la cual edificó, ya que no resulta viable ni lógica su anodina tesis, puesto que no existe ningún sustento legal que avale esa postura, pretendiendo a través del proceso divisorio, modificarse sentencia ejecutoriada que estableció el porcentaje en el cual las partes ostentan la propiedad del inmueble, decisión que en este tipo de procesos resulta extraña. Por lo tanto no habrá lugar a pronunciamiento alguno.

Respecto al pago de impuestos constituye una expensa necesaria que “debería” ser restituida por el demandante, a fin de impedir que se genere en su favor un enriquecimiento sin causa.

Sin embargo no debe perderse de vista que si bien este concepto fue objeto de reclamo por la demandada, la decisión de primera instancia negó su reconocimiento sin que la parte afectada elevara ningún reproche y menos fuera objeto de apelación, mostrando

con ellos conformidad con lo dispuesto, por tanto en guarda del principio constitucional de la no *reformatio in pejus* veda a la Sala para que pudiera hacer algún pronunciamiento”.

Rad.014 2008 00468 02-2673 (21 03 2017) M.P. Dr. Homero Mora Insuasty

SALA DE FAMILIA

DESISTIMIENTO TACITO. Sucesión intestada acumulada. La figura del desistimiento tácito no es aplicable al trámite de las sucesiones.

Extracto:

En el desistimiento tácito la carga procesal que se estima necesaria para continuar con el trámite procesal, debe ser ordenada por el Juez mediante auto que se notificará por estado y se comunicará al día siguiente por el medio más expedito, en el presente caso esto ocurre y cumplir con los tramites de la Dian es una carga procesal que sin ella el juez no puede seguir adelante el proceso.

Si se decreta la terminación del proceso, como resultado del desistimiento tácito de la demanda, entonces ésta sólo podrá volver a intentarse después de pasados seis meses, contados desde la ejecutoria de la providencia que así lo haya dispuesto. Si el trámite se promueve por segunda vez y, dadas las hipótesis, se declara de nuevo el desistimiento tácito entre las mismas partes y en ejercicio de las mismas pretensiones, entonces se extinguirá el derecho pretendido. En este caso de procesos liquidatorios como el que se tramita que es una sucesión habrá que analizar najo ítem de ponderación, razonabilidad y proporcionalidad, aplicar esa sanción de que se extinguirá el derecho pretendido es decir esos herederos no podrán acceder a su herencia y esos bienes quedaran en un limbo jurídico, la Corte Suprema de Justicia ya se ocupó de esto y de ellos nos ocuparemos en líneas siguientes.

El desistimiento tácito no puede aplicarse en contra de los incapaces cuando carezcan de apoderado judicial. Asimismo, en los casos de fuerza mayor valorada por el juez, no sería razonable interpretar que la persona ha desistido tácitamente de su pretensión o solicitud, ni sería ajustado a la realidad estimar que la persona ha cometido un comportamiento desleal o dilatorio de los términos a sabiendas, que merezca ser sancionado, como tampoco se le puede exigir que mientras esté sometido a una fuerza que es irresistible e imprevisible, cumpla con una carga procesal que le es imposible realizar por razones ajenas a su voluntad, en estas razones no se analizó lo pedido por la parte cuando solicita una prórroga para conseguir la carga procesal solicitada.

Lo dicho en líneas anteriores obliga a que hay necesidad de determinar si las razones que justifican el no cumplimiento de una carga procesal sea suficiente y para ello en nuestro estado social de derecho se debe emplear los juicios de razonabilidad, de proporcionalidad, y ponderación entendidos como criterios de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales.

Sin perder de vista estas consideraciones, para el caso en estudio, baste con decir que la norma que invocó el juez a quo para aplicar el desistimiento tácito y que se mencionaron en el punto anterior perdieron vigencia a partir del 1º de octubre de 2012, pues así lo

dispuso de manera expresa el ordinal b) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, más conocida como el Código General del Proceso, con el que, entre otras normas, se derogó el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil; mientras que en su reemplazo, y a partir de esa misma fecha, es decir, a partir del 1º de octubre de 2012, entró a regir el artículo 317 del Código General del Proceso, por así disponerlo el ordinal 4º del artículo 627 del ya citado Código General del Proceso.

Así, debe tenerse claro que la norma aplicable al caso controvertido es el artículo 317 del Código General de Proceso, que si bien es cierto que consagra la figura procesal del desistimiento tácito, también lo es que esta regulación normativa es bastante diferente a la que establecía el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, aún con la modificación que en su oportunidad le introdujo el artículo 1º de la Ley 1194 de 2008.

Ya para resolver, sea lo primero indicar que en el presente caso se observa que una vez aprobada la diligencia de inventarios y avalúos, el juez a quo por solicitud del apoderado de los herederos reconocidos decretó la partición de los bienes y deudas de la sucesión de los causantes, corrió traslado de la misma, momentos procesales que en esa etapa del proceso no correspondían, toda vez que debió disponer por secretaría comunicación a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, como lo ordenó en el numeral 7º del auto de apertura del sucesorio pues la comparecencia de la DIAN a la sucesión intestada a la que fueron convocados resultaba obligatoria, por lo que una vez se hiciera parte la División de Cobranzas de la entidad administrativa prosigue con las etapas posteriores – partición- traslado como debió hacerse.

Rad.76 001 31 10 03 2013 00669 01 (02-03-2017) M.S. Dr. Juan Carlos Ángel Barajas

LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Objeciones a la diligencia adicional de inventarios y avalúos.

Extractos:

“Como cuestión previa, importa definir que en el tránsito de legislación operado con la entrada en vigencia del Código General del Proceso a partir del 1º de enero del año 2016, este asunto está regido íntegramente por las normas del derogado Código de Procedimiento Civil, por ser las que regían al momento de interponerse el recurso el 16 de octubre de 2015, acorde con lo establecido en el artículo 625-5 del C.G.P.

Ahora bien, la cuestionada determinación de excluir las **“prestaciones sociales, cesantías, bonificaciones y primas”** devengadas por el demandado **“tanto de la Tesorería Municipal de Jamundí, como de la Escuela Superior de Administración Pública de Estudios Tecnológicos”**, y los **2dineros depositados en AV Villas cuenta de ahorros No. 157-810636, a nombre del demandado”**, la adoptó la juez en ejercicio del control de legalidad de la diligencia de inventarios que como director del proceso se le imponía hacer en orden a definir su aprobación al momento de resolver las objeciones planteadas (art.601 -4 del C.P.C.), por lo que al materializarse allí, no cabe duda de que es susceptible del recurso de apelación (art. 351 -4 id.)

Vistos los reclamos de la apelante, es de ver que estos no controvierten la palmaria realidad de indeterminación de los valores de las partidas excluidas, pues se orientan a presentarla como la consecuencia de la negativa del juzgado a su petición orientada a cursarle solicitud a la Tesorería Municipal de Jamundí y a la Escuela Superior de Administración Pública de Estudios Tecnológicos, de información del valor de las **“prestaciones sociales, cesantías, bonificaciones y primas”** devengadas por el demandado, y al Banco AV VILLAS del saldo de la cuenta de Ahorros No. 157-810636.

Sentado lo anterior, el Tribunal tilda de precario el planteamiento defensivo que pugna por asimilar a la demanda el acto de parte promotor de la liquidación, a los fines de afirmar la necesidad de colmar sus presupuestos formales, incluida la petición de pruebas (art. 75-10 C.P.C.), puesto que de ser así ello tornaría anodina la previsión del artículo 626 ibídem, según el cual, para la liquidación de sociedad conyugal disuelta a causa de sentencia de

juez civil se debe seguir el procedimiento indicado en los numerales tercero y siguientes del artículo 625, con el agregado de que **“la actuación se surtirá en el mismo expediente en que se haya proferido dicha sentencia y no será necesario formular demanda”**, segmento subrayado de la disposición del que se sigue que no es difícil asumir que si para aquel propósito la legislación anterior expresamente eliminó dicha formalidad, consecuentemente con ello hay que aceptar que no habilitó espacio alguno para la solicitud de pruebas que en la demanda sí tiene cabida.

Con todo, dicha realidad debe conciliarse con el objetivo de lograr la denominada **“tutela judicial efectiva”**, como expresión del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, finalidad inmersa en la previsión del primer segmento del artículo 4º ibídem, según el cual **“al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”**, de modo de no perder de vista que en la especie de mérito lo pretendido por la actora es materializar en su caso el derecho contemplado en los numerales 1 y 3 del artículo 1781 del C.C., mediante la incorporación en el activo del inventario de bienes de la sociedad conyugal, en su orden, **“los emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio”**, y los dineros adquiridos por el demandado durante el matrimonio.

Puestas las cosas en dicho escenario, y de cara al segmento de los reclamos fundado en la omisión de respuesta de la juez a la solicitud de oficiar a las entidades guardianas de la información requerida, es de ver que por imperio del artículo 600-1 ibídem, **“el inventario será elaborado por los interesados bajo la gravedad de juramento y presentado por escrito para su aprobación en la fecha señalada, con la indicación de los valores que de común acuerdo asignen a los bienes”**, exigencia esta última de la que cabe precisar que aplica como regla general de la que deben exceptuarse los casos en los que el escrito de inventarios es confeccionado por uno solo de los interesados, sin posibilidad jurídica de acceso a la fuente de información de dichos valores por pertenecer a bases de datos o archivos dotados de reserva legal en favor de la contraparte, pues obrar de otro modo implicaría ir en contravía del principio general de derecho expresado en el aforismo **“ad impossibilia nemo tenetur”**, que enseña que a lo imposible nadie está obligado.

Tal situación es la precisamente concurrente en esta especie, en razón de que la demandante fue quien presentó dicho escrito en la audiencia del 2 de junio de 2015, celebrada en ausencia del demandado, en el que denunció como activo social las **“prestaciones sociales, cesantías, bonificaciones y primas”** devengadas por su contendor **“tanto de la Tesorería Municipal de Jamundí, como de la Escuela Superior de Administración Pública de Estudios Tecnológicos”**, y los dineros depositados en su cuenta de ahorros No. 157-810636 del Banco AV VILLAS, cuyos valores no tenía la denunciante manera de establecer, y tampoco le era lícito inventar por quedar sujeta a las consecuencias de la exigencia de hacer la denuncia **“bajo juramento”**, ni tampoco acudir al expediente de suponerlos, por ser indispensable establecer la real existencia de dichos activos en vista de ser el inventario la base de la partición en un asunto en el que no está de sobre indicar que no tiene cabida el juramento estimatorio contemplado en el artículo 211 del C.P.C.

Lo anterior determinó a la demandante a solicitar en ese memorial que por el juzgado se oficiara a las nombradas entidades para obtener la información faltante, respecto de lo cual no hubo pronunciamiento a pesar de que lo pedido tenía sustento en el hecho de que la necesaria determinación del valor de dichos rubros era carga que jurídicamente no podía satisfacer la actora, por concernir con materias vinculadas a la intimidad personal del demandado blindada con la reserva prevista en el artículo 15 de la C.N., materia sobre la cual es pertinente hacer estas precisiones:

La Ley 1437 de 2011 que la reguló fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-818/2011, por no haberse adoptado por la vía de una ley estatutaria, decisión que dispuso diferir sus efectos hasta el 31 de diciembre de 2014 **“a fin de que el Congreso, expida la Ley Estatutaria correspondiente”**, lo que significa

que ninguna norma legal regía para el 2 de junio de 2015, fecha de la primera diligencia de inventarios.

A virtud de dicho mandato fue expedida la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, cuyo artículo 24, numerales 3y5, ampararon con dicha restricción a las informaciones y documentos **“que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica”, y a “los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008”**, normas ya vigentes para el 28 de julio de ese año, cuando se diligenciaron los inventarios adicionales.

Puestas así las cosas, se observa de cara a la reiterada solicitud de la Promotora de la liquidación orientada a recabar la pertinente información a la Tesorería Municipal de Jamundí, la Escuela Superior de Administración Pública de Estudios Tecnológicos, y el Banco AV VILLAS, que para resolverlas la juez estaba abocada a pronunciarse respecto de un situación carente de regulación en el proceso liquidatorio, puesto que, como lo sostuvo , con excepción de la objeción a los inventarios, prevista con finalidades diversas en el artículo 601 id., en el proceso de liquidación no hay fase probatoria ni antes ni durante la diligencia de inventarios, por lo que en tal caso era forzoso ajustarse a la previsión el artículo 5º ibídem, según el cual **“cualquier vacío en las disposiciones de este código, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas con los principios constitucionales y los generales del derecho procesal”**.

Desde la indicada óptica, es de recordar que uno de los principios constitucionales es el que en el artículo 2º de la Carta enuncia como uno de los fines esenciales del Estado **“asegurar la vigencia de un orden justo”**, objetivo en pos del cual es del caso traer a cuento lo expuesto en la sentencia C-279/13 de la Corte Constitucional en el sentido de precisar que **“(…) las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya comisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables , como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso; las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones, de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables”**. No obstante, por el solo hecho de ser pertinente para un proceso no toda carga puede considerarse a priori ajustada a la Constitución, pues las consecuencias derivadas de una carga impuesta por el legislador, no deben ser desproporcionadas o irrazonables, en armonía con lo cual sostuvo también que **“la legitimidad de las normas procesales está dada en función de su proporcionalidad y razonabilidad ´pues sólo la coherencia y equilibrio del engranaje procesal permite la efectiva aplicación del concepto de justicia y, por contera, hace posible el amparo de los intereses en conflicto´. Así las cosas, la violación del debido proceso ocurriría no sólo en el supuesto de la omisión de la respectiva regla procesal o de la ineficacia de la misma para alcanzar el propósito para el cual fue diseñada, sino especialmente en el evento de que ésta aparezca excesiva y desproporcionada frente al resultado que se pretende obtener con su utilización”**. (Subrayado fuera del texto)

El rigor en la aplicación de la norma del artículo 600 del C.P.C. en el auto combatido, tuvo en este caso un doble efecto perverso: de un lado, porque derivó en la frustración de la efectividad del mandato sustancial del artículo 1781-1 del C.C. en detrimento de la demandante, y, del otro, porque por contera en línea de hipótesis pudo propiciar el correlativo enriquecimiento sin causa del demandado en el caso de existir las sumas de dinero por los conceptos indicados por la denunciante, extremo pasivo de quien destacarse que pudiendo aportar al proceso liquidatorio la información que él sí podía obtener , no la presentó en desmedro de la lealtad, ni tampoco objetó los inventarios, de

suerte que fue valido de esa estrategia como terminó por favorecerse de la cuestionada decisión de exclusión , que apreciada en ese contexto luce como una medida claramente desproporcionada, puesto que de ese modo se le sacrificó a la actora su derecho a la tutela judicial efectiva, en un caso en el que no medió como correlativa contraprestación la razonable necesidad de protección de otro derecho de rango similar con el que hubiese tensión, todo esto sin reparar, se insiste , en que la afectada carecía del poder jurídico de acceder a una información reservada.

Ahora bien, es de ver que si bien es verdad que para el 2 de junio de 2015 no había ley que puntualmente dotara a la juez de autoridad para fraquear la apuntada restricción, el vacío lo colmó la ley 1755 del 30 siguiente, cuyo artículo 27 dispuso que **“el carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales , legislativas, ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo”**, norma ya vigente desde cuando el 28 de julio de ese año se celebró la audiencia de inventarios adicionales, al que la actora compareció habiendo presentado previamente escrito en el que reiteró su desatendida petición.

Como fruto de estas puntuales reflexiones se sigue que la exclusión de las pluricitadas partidas del inventario no se soportó en este caso en el artículo 5º del C.P.C., aplicable ante el vacío que representa la inexistencia en ese estatuto de norma que puntualmente autorice al juez en los procesos liquidatorios en general, para solicitar información a terceros orientada a definir valores de los bienes enlistados en los inventarios, omisión proyectada en la consecencial inaplicación del principio constitucional como el de la tutela judicial efectiva, de modo que como así no procedió la a quo al proferir la orden de exclusión formalizada en el punto segundo resolutivo del auto del 28 de septiembre de 205, tal ordenamiento debe revocarse, y como consecuencia de ello proceder de la manera indicada en la parte resolutive.

Rad. 007 2014 00898 01 (28 03 2017) M.P. Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos.

SALA LABORAL

PENSIÓN DE JUBILACIÓN. Cosa Juzgada. Factores Salariales.

Extracto:

“De lo esbozado en el recurso de apelación la Sala encuentra que los problemas jurídicos a resolver son: (i) si debe o no declararse la excepción de Cosa Juzgada. En el evento en que si diga que no exista cosa Juzgada se resolverá lo siguiente, (ii) si el demandante ostenta la calidad de empleado público o de trabajador oficial; (iii) si se agotó o no la vía gubernativa en cuanto a la solicitud de status de pensionado y, (iv) si operó el fenómeno prescriptivo.

El legislador y la jurisprudencia pretenden con la interpretación de la figura de la cosa juzgada garantizar la seguridad jurídica en las diversas relaciones de derecho, ya que de no contarse con tal institución, los procesos judiciales se tornarían interminables y se daría paso a que el insatisfecho con una decisión judicial instaure tanto procesos como considere, que es precisamente lo que busca evitar la mencionada institución, así como que respecto de unos mismos hechos se produzcan fallos contradictorios.

En la demanda instaurada por el aquí demandante ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, (folios 17 al 23), se evidencia que no se realizaron las mismas pretensiones ni se indicaron los mismos hechos que en la que nos ocupa en el día de hoy. De ahí que, la sentencia del Juzgado, la del Tribunal Superior de Cali, (folios 25 al 28) y la de la Sala Laboral de Casación de la Corte Suprema de Justicia, (folios 30 al 40) es un proceso diferente al que nos ocupa. Las razones son las siguientes: **la primera**, en aquel proceso se decidió sobre el reajuste de salarios con fundamento en lo devengado convencionalmente, primas extralegales, extra de navidad, extra de vacaciones etcétera y se resolvió que el demandante no tenía derecho al citado reajuste por ser empleado público; mientras que en el presente caso se pide el status de pensionado y, en consecuencia su respectiva liquidación con fundamento en la naturaleza jurídica de trabajador oficial del demandante, dos cosas diferentes, en virtud a que es distinto pedir el reajuste salarial con fundamento en la convención colectiva de trabajo y otra cosa es pedir la pensión de jubilación con fundamento en la misma convención colectiva (...); **segunda**, los procesos tienen un sentido y una referencia diferente, lo que conlleva una significación distinta, esto es, que no hay identidad en los dos procesos y, por lo tanto, no hay cosa juzgada; en virtud a que en el proceso anterior al demandante se le negó el reajuste salarial por cuanto se consideró que éste era empleado público; mientras que en el proceso que nos ocupa el sentido es diferente por cuanto ya no se considera al demandante como empleado público sino como un trabajador oficial, con fundamento en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en el primer proceso, es decir, la orientación que se le da a los factores salariales convencionales es absolutamente diferente en los procesos mencionados, ya que una cosa es la naturaleza de empleado Público y otra la de ser trabajador oficial, razón para que no exista identidad en los mismos; **tercera**, lo precedente se podría explicar en términos lingüísticos con lo que tradicionalmente es conocido como denotación y connotación. La Sala lo explica de la siguiente forma: la denotación serían los factores salariales convencionales; pero la connotación del concepto de factores salariales es diferente por cuanto en el primer proceso se refieren al empleado público mientras que en este proceso se refieren al trabajador oficial, (...); **cuarta**, en todo caso, para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere: identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuencias de un derecho que no fueron declarados expresamente. Identidad de causa petendi, es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa

juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando demande los mismos hechos y la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el Juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la misma causa. Identidad de partes, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituyen cosa juzgada, así lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-774 de 2001. Requisitos que como se ha explicado anteriormente no se encasillan en este proceso para declarar la excepción de cosa juzgada. (...)

La pasiva alega que el demandante es un empleado público por cuanto fue nombrado mediante actos administrativos y que así se desprende del acta de posesión, argumento que no comparte esta Sala ya que los actos administrativos sólo se limitan a describir los cargos, pero no determinan cuáles son las actividades de dirección, confianza que pueden desempeñar personas que tengan la condición de empleados públicos, dicha exigencia se ha estipulado en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968; tampoco puede acreditarse tal calidad por un acta de posesión ya que dicha calidad no se acredita de acuerdo a su forma de vinculación sino a lo establecido en la Ley.

De los estatutos de xxxxxxx no se evidencia que el cargo del demandante sea de empleado público, por tanto, el argumento de que el demandante ostenta tal calidad no se sostiene por sí sólo, quedando evidente que nos encontramos frente a un trabajador oficial, se insiste. La posición precedente la sostiene la Sala trayendo a colación lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en procesos de similares circunstancias fácticas a las que aquí nos ocupan; contra xxxxxxx, basta ver las sentencias del 23 de agosto de 2005, radicación 24492; y del 12 de febrero de 2008, radicada 31977, ratificada en fallo del 14 de febrero siguiente, radicado 31317. En estas providencias se ha sostenido por el alto tribunal de justicia lo siguiente: “Como puede verse, el acto mencionado no señala las actividades de dirección y confianza que puedan ser desempeñadas por la empresa por personas que tengan la calidad de empleados públicos”. Hasta aquí se resuelve el segundo problema planteado.

Se queja la recurrente de que el demandante no agotó la vía gubernativa o reclamación administrativa. A folios 5 al 14 se encuentra documento calendado del 6 de febrero de 2014, dirigido al Gerente General de xxxxxxx, el cual tiene como referencia “AGOTAMIENTO VÍA GUBERNATIVA”, con sello recibido del Departamento de Gestión Laboral y como asunto tiene “DERECHO DE PETICIÓN REF AGOTAMIENTO VÍA GUBERNATIVA SOLICITUD RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE JUBILACIÓN (...)”. No hace falta hacer mayores comentarios al respecto, basta con leer el escrito para concluir que no es cierto lo manifestado por la demandada cuando arguye que el actor no agotó la vía gubernativa.

En cuanto a la prescripción, debe señalarse que el demandante solicitó la pensión de jubilación como erradamente lo entendió el a quo, pues es evidente que xxxxxxx nunca le ha reconocido la pensión de jubilación convencional al actor porque este derecho sólo vino a discutirse en el proceso que hoy nos ocupa. Además, se llama la atención a la jueza de primera instancia, tal como ya se ha hecho en otras ocasiones, para que en lo sucesivo realice la liquidación de las condenas impuestas, pues se le recuerda que la sentencia constituye un título en el que debe constar una obligación expresa, clara y exigible.

Así las cosas, se adiciona la sentencia apelada en el sentido de condenar a la demandada a pagar al demandante la pensión de jubilación desde el 07 de febrero de 2011 en cuantía de \$5.958.293. Valor calculado de conformidad con los salarios y prestaciones legales pagadas por xxxxxxx durante el último año de servicios y que obran a folios 414 y 415 del expediente, así como las primas extralegales que la demandada debió pagar de navidad, semestral y de antigüedad, de conformidad con lo establecido en los artículos 71,73 y 75 de la convención colectiva vigente para los años 1999-2000, aplicable en el caso, en razón a que el actor es beneficiario del régimen de transición

previsto en el artículo 48 de la convención colectiva 2004-2008. Se allega en esta diligencia la liquidación realizada por la Sala para que haga parte integral de la sentencia.

El retroactivo pensional asciende a la suma de QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL SEISCIENTOS TRECE PESOS (\$535.661.613) por las mesadas pensionales causadas a partir del 07 de febrero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2016, incluidas las mesadas adicionales y los reajustes anuales de ley. La demandada deberá continuar pagando la suma de \$7.554.074 por concepto de mesada pensional a partir del 1º de enero de 2017 sin perjuicio de los incrementos anuales de conformidad con el IPC certificado por el DANE.

Por último, la demandada manifiesta que la a quo no fundamentó la sentencia con normas legales de conformidad con lo establecido en el artículo 304 del C.P.C. No le asiste la razón en su reclamo porque, lo cierto es que después de concluir que el demandante ostentó la calidad de trabajador oficial de xxxxxxxxxxxx éste tiene derecho a los beneficios consagrados en la convención colectiva de trabajo, tal como lo señala el parágrafo 1º del artículo 1º de la convención colectiva de trabajo 1999-2000 al siguiente tenor: “La presente convención colectiva de trabajo se aplicará a todos los trabajadores oficiales de xxxxxxxxxxxx, cualquiera sea el sitio de prestación del servicio”, artículo que fue tomado en su contenido literal por la convención colectiva vigente para los años 2004-2008.

Rad.005 2014 00341 01(25-01-2017) Acta 015 M.P.Dr. Germán Varela Collazos.

SALA PENAL

HOMICIDIO CULPOSO. Accidente de tránsito. Culpa de la víctima. Valoración de la Prueba. Principio de selección probatoria. Víctima realizó un comportamiento peligroso al atravesar la vía sin mirar y por un lugar donde no había paso peatonal

Extracto:

“A juicio de la Sala, exigir al conductor de la buseta que evitara el accidente cuando éste se movilizaba por la única vía que tenía disponible para tal fin, sin que se haya demostrado que la velocidad en que se desplazaba sobrepasaba la permitida para esa zona, sería poner en sus hombros una carga desproporcionada carente de justificación, una responsabilidad objetiva, siendo evidente para la Colegiatura que el actuar imprudente de la víctima conllevó al desenlace fatídico, pues era ella quien, al momento de cruzar la vía, debía estar atenta a los vehículos que transitaban allí, con mayor razón si en ese lugar no estaba habilitado un paso peatonal, como lo advertía explícitamente el cartel que prevenía a las personas para que no corrieran riesgos haciéndolo por un sitio no señalizado.

Ahora bien, debido a lo exiguo de la prueba aducida, la Fiscalía no alcanzó a demostrar su teoría del caso ni pudo establecer qué fue lo que realmente sucedió, generándose una serie de dudas que no permiten tener la convicción de que por parte del conductor del vehículo hubo una actuación imprudente, negligente o incompetente determinante en el resultado lesivo atentatorio del bien jurídicamente tutelado.

Debe insistirse aquí que las pruebas allegadas no fueron concluyentes a la hora de establecer una responsabilidad adjudicarle a quien fue llamado a juicio, pues de ellas no se concluyó con certeza el punto vertebral del que debe partir el estudio referido a la responsabilidad penal del señor xxxxxxxxxxxc y que no es otro que la violación al deber objetivo de cuidado.

Frente a lo dicho, pertinente resulta recordar que, según las previsiones del Artículo 23 del Código Penal, se establecerá la conducta culposa en cabeza de un individuo cuando "...el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo".

Sobre el punto, dígase que la Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 8 de noviembre de 2007 radicado 27388, planteó que si bien la infracción al deber objetivo de cuidado se satisface con la teoría de la imputación objetiva, (que se refiere a atribuirle jurídicamente un hecho a quien con su comportamiento creó un peligro que no se enmarca dentro del riesgo permitido), esta misma teoría integra a su vez varios criterios limitantes, entre los que se cuentan, por ejemplo, la "conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa", que implica que la persona actúe dentro de los preceptos legales permitidos en determinadas actividades: en este caso , la actividad de conducción , pues se sabe que está se encuentra reglamentada de manera específica.

Mírese que la víctima realizó un comportamiento peligroso al atravesar la vía sin mirar y por un lugar donde no había paso peatonal.

Por toda lo anterior, a pesar de las alegaciones traídas por la Fiscalía, se confirmará, como ya se había anunciado, la Sentencia absolutoria, además porque muchos de los fundamentos del Ente Acusador no resultan acertados ni suficientes para derribar la presunción de acierto y legalidad en la que se encuentra soportado el fallo atacado.

Es lamentable para la justicia que en hechos donde se ve comprometida la vida de una persona no se logre establecer qué fue lo que en realidad aconteció; por ello, era fundamental haber contado con un Informe de Tránsito serio y completo para tener mayores elementos que nos permitieran recrear lo acontecido y así tener la convicción de la inocencia o responsabilidad del acusado, pero, ante la incertidumbre de lo realmente acontecido no queda otra salida que confirmar el pronunciamiento de primer nivel amparadas en la duda, al no haberse demostrado probatoriamente, por parte de la Fiscalía , cuál fue la causa del accidente , pues, aunque aduce que el procesado excedió el límite de velocidad conduciendo por un carril que no le era permitido , no logró acreditar tales circunstancias.

Se enfatiza que para proferir sentencia condenatoria debe existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda; descartándose la sospecha, la conjetura, el palpito y la corazonada como grado de conocimiento para el proferimiento de la máxima decisión; por ello, en favor de xxxxxxxxxxxx procede la aplicación del In Dubio Pro Reo, al no haberse desvirtuado su presunción de inocencia con las pruebas aducidas y debatidas en el juicio oral.

Ese conocimiento más allá de toda duda respecto de la responsabilidad del acusado exigido por el Legislador para la emisión de una sentencia condenatoria no refulge con nitidez en esta actuación, pues, como se indicó en precedencia, una sentencia no puede ser fundamentada en meras presunciones o sospechas, por ello "El proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no necesariamente para condenar. También cumple su finalidad cuando absuelve al sindicado: Es decir, a éste le asiste en todo momento el in dubio pro reo, que lleva a que mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado, éste acorazado con la presunción de inocencia debe ser absuelto".

Rad. 193 2008 83621 00 (24-02-2017) Acta 078.M.P. Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.

LESIONES PERSONALES CULPOSAS. Accidente de tránsito. Imposición de la prohibición para la conducción de vehículos. La imposición de la aludida pena como sanción principal no está a la particular condición personal, social o económica del procesado ni a una decisión facultativa de la Juez

Extracto:

Atendiendo la naturaleza adversarial del actual sistema procedimental penal; al carácter dispositivo del recurso de apelación y al principio de limitación que lo rige, la Sala tiene competencia para rever el fallo únicamente en el aspecto que puntualmente expone el apelante, motivo por el cual la Sala de ocupará del reparo que éste hace en relación con la prohibición de conducción de vehículos al aquí procesado.

La Sala tiene el deber jurídico de confirmar la sentencia materia del recurso porque, de un lado, la misma se aviene con la legalidad y, de otra, el argumento del apelante no desvirtúa las razones jurídicas en las que está fincada la decisión, motivo por el que las presunciones de acierto y legalidad que la amparan permanecen inmodificables.

El recurrente solicita a esta Sala que revoque la decisión exclusivamente en lo que hace a la imposición de la pena de privación del derecho a conducir automotores impuesta a su representado porque, en síntesis, su único sustento lo deriva precisamente de la prestación del servicio de transporte, razón por la cual, la suspensión de la licencia de conducción afectaría gravemente su mínimo vital en atención a que el oficio de conductor es lo único que sabe hacer.

Tal pretensión del recurrente carece de vocación de prosperidad porque:

- A. El art. 35 del C.P. establece que son **penas principales**, a más de la pena de prisión y la pecuniaria de multa, las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial y la pena de privación del derecho a conducir vehículos automotores constituye una pena principal pues así lo prescribe el inciso segundo del art. 120 del C.P.: ***“Lesiones culposas. (...) Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados (...) se impondrá igualmente la pena de privación del derecho a conducir vehículos automotores (...) de 16 a 54 meses”***. (Negrilla de la Sala).

Por lo mismo, la imposición de la aludida pena como sanción principal no está a la particular condición personal, social o económica del procesado ni a una decisión facultativa de la Juez sino al hecho que, habiéndose determinado la responsabilidad penal del aquí acusado por el delito imprudente, una de las consecuencias jurídicas que necesariamente tiene que asumir es la prohibición de conducir vehículos automotores pues fue precisamente en relación con dicha actividad riesgosa que lesionó el bien jurídico de la integridad personal de la víctima.

B.- El argumento sobre la violación al mínimo vital de su representado como consecuencia de la imposición de la referida pena, carece de trascendencia jurídica para hacer ceder el interés de la Ley en lo que concierne a las funciones de la pena –prevención especial y general positiva-, pues es claro que , de un lado, la aludida sanción tiene fundamento legal y constitucional legítimo y, de otro, la ejecución de tal pena no elimina la posibilidad de que el sentenciado realice trabajo distinto para satisfacer sus necesidades básicas.

C.- La determinación cuantitativa de las tantas veces mencionada sanción penal, se ajusta a los criterios de razonabilidad y necesidad de la misma pues la Juez, ante la ausencia de circunstancias que hicieran más reprochable el comportamiento del aquí acusado, le impuso el mínimo de la pena, esto es, 16 meses de prohibición para la conducción de vehículos automotores.

Rad. 196 2009 05307 (28-02-2017) Acta No. 035 M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

LIBERTAD CONDICIONAL. Valoración de la conducta punible. Estima la Sala que si bien el sentenciado presenta una historia de calificaciones poco plausibles, su cambio de conducta en el centro de reclusión es el deseable, pero debe solidificarlo a fin de procurar con posterioridad el sustituto en comento.

Conducta punible: Homicidio agravado.

Extracto:

Al revisar este asunto, la Sala encuentra que si bien el sentenciado alega que en los últimos 3 años ha tenido un comportamiento calificado como “ejemplar”, el análisis no puede realizarse de manera mecánica y desligado de la situación particular y por tanto la conclusión tampoco puede ser apresurada.

En efecto, en el caso concreto no puede dejarse de lado que durante 15 **periodos**, de reclusión intramural, el comportamiento de xxxxxxxxxxxx **fue calificado como “regular” y “malo”**, y, después que le fuera revocada la prisión domiciliaria **–precisamente por incumplimiento de sus obligaciones**, lo cual no deja de llamar la atención acerca de cuál es la razón para que las autoridades penitenciarias certificaran que su comportamiento ha sido ejemplar durante tres años- es decir, que después que el juzgado a quo ordenó como ejemplar, lo cual hace que por el momento no haya lugar a otorgar el subrogado reclamado.

En vista de lo anterior, no cabe duda que es meritoria la mejoría advertida en los últimos periodos de comportamiento de xxxxxxxxxxxx al interior del establecimiento carcelario; no obstante, por lo explicado, se hace aconsejable que, por el momento, continúe purgando pena, como lo viene haciendo pues aún existe necesidad de continuar con la ejecución de la pena.

En otras palabras, estima la Sala que si bien el sentenciado presenta una historia de calificaciones poco plausibles, su cambio de conducta en el centro de reclusión es el deseable, pero debe solidificarlo a fin de procurar con posterioridad el sustituto en comento.

En relación con lo anterior, es menester hacer alusión a que este subrogado está íntimamente relacionado con las funciones de la pena establecidas en el artículo 4 ibídem:

“La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.”

El ajusticiado con su comportamiento, demuestra que la pena, hasta ahora, no estaba cumpliendo con la función de prevención especial y por lo tanto con la prevención general, en esa medida deberá continuar purgando la pena que se impuso **hasta tanto se demuestre, por un margen de tiempo de calificación más extenso**, que el cambio o mejoría en su comportamiento al interior del Establecimiento Penitenciario Y Carcelario se muestra permanente, continuo e indefinido, lo cual permitirá reevaluar su situación bajo los lineamientos del artículo 64 –original- de la Ley 599 de 2000.

En consecuencia, se itera, en este caso, de conformidad con el precedente análisis, es del caso confirmar la decisión de primera instancia.”

Rad005 2002 00026 (06-04-2017) 01 Acta No. 034 M.P. Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL. Valoración de las prueba. Retracción de testigo.

Extracto:

“Así las cosas, la valoración de las pruebas se debe realizar de acuerdo a las reglas de la sana crítica, esto es, las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia; pues esa valoración armónica permite al juez singular o colegiado adquirir toda la dimensión del conocimiento para proferir un fallo según lo probado en el proceso. Esto, además de permitir el desarrollo de los contenidos de la Constitución Política Colombiana, asegura la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, ofrece la libertad necesaria para que las partes y el Juez procuren probar la verdad real y la justicia material. De esta manera se superan las ataduras a marcos de valoración preestablecidos de manera descontextualizada que se tenían respecto a las características propias de cada caso y cada necesidad probatoria que imposibilitaban una ponderación crítica.

La sana crítica exige del intérprete una labor intelectual inicialmente individual, pero que debe comprender un proceso analítico de confrontación con el universo probatorio válidamente aportado al proceso, con el constante objetivo de establecer la verdad procesal, “pues el grado de certeza no puede ser abstracto sino referido a un objeto determinado”.

En el caso sub examine, de entrada hay que advertir que acertada estuvo la conclusión a la que llegó la Funcionaria Judicial, pues la prueba aducida en la audiencia de juicio oral no satisface los requisitos del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, como se verá a continuación.

Lo primero que debemos precisar es que cuando la A quo manifestó que la tesis planteada por la Fiscalía se sustentó exclusivamente en el testimonio de Óscar Leandro Fernández, fue clara al explicar que eso así porque “ninguna otra prueba testimonial o documental viene a indicar que las cosas hayan ocurrido de ese modo”, sin que ello implique un desconocimiento de lo esbozado por los demás testigos, que, sea dicho de paso, fueron analizados de forma individualizada, tal y como se extrae del proveído, cosa distinta es que haya concluido que: “...el acervo probatorio obrante en autos no tiene la eficacia necesaria para desvirtuar sin posibilidad de incertidumbre la explicación del procesado, relativa, insistimos, a su no intervención consciente en el desplome del señor xxxxxxxxx que condujo a que se golpease la cabeza contra el suelo y sufriera la lesión que le causó su deceso...”

Ahora, como el busilis del asunto se concreta en la valoración que la Juzgadora le otorgó al testigo presencial de los hechos, quien compareció al juicio oral retractándose de la versión que inicialmente rindió ante la policía judicial cuando desplegaban los actos de investigación, la Sala procederá a traer a colación lo manifestado por él en las entrevistas, precisando que como sus dichos fueron objeto de análisis y debate al rigor de los principios de confrontación y contradicción, entraron a formar parte del testimonio que rindió en el juicio.

Al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha reiterado:

“Ahora bien : aunque conforme al último inciso del artículo 347 de la Ley 906 de 2004, la información contenida en las entrevistas o declaraciones juradas no puede tenerse como prueba, se trata de una prohibición hecha por el legislador bajo el supuesto de que sobre ellas no hayan ejecutado las partes el derecho de contrainterrogar. Pero si lo han ejercido, las manifestaciones anteriores utilizadas para la impugnación de credibilidad se integran al testimonio junto con las explicaciones aducidas por el declarante en torno a las razones de su contradicción. Así quedan satisfechos, respecto al contenido de la exposición anterior, los principios de inmediación, publicidad y contradicción, pudiendo en tales condiciones valorar el Juez la integridad de lo dicho.

Lo declarado en el juicio oral –entonces-, con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

RELATORIA

BOLETIN 3 DE 2017.

educadas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público.

El criterio de la Corte antes sintetizado, reafirmado en la sentencia de casación del 8 de noviembre de 2007 (radicación 26411) y más recientemente en el auto de casación del 20 de mayo de 2009 (radicación 31127), guarda perfecta correspondencia con la solución legal y jurisprudencial dada al problema en Puerto Rico y los Estados Unidos.”

El profesor Ernesto Chiesa, efectivamente, al examinar el tema escribe:

“La admisibilidad de cualquier declaración anterior del testigo como prueba sustantiva, tanto bajo la regla federal como bajo la Regla 63 de Puerto Rico, supone que el testigo en corte esté sujeto a contrainterrogatorio en relación con la declaración anterior. Si se trata de evidencia sustantiva contra un acusado, esto es imperativo del derecho constitucional a confrontación. El testigo debe estar sujeto a contrainterrogatorio no sólo sobre lo declarado en directo en el juicio, sino también sobre la declaración anterior y las circunstancias en que se hizo”.

Más adelante el tratadista, luego de referirse al caso Estados Unidos contra Owens, expresa:

“Tras Owens, si el testigo admite haber hecho la declaración y contesta preguntas sobre las circunstancias bajo las cuales se produjo la declaración anterior es verdadera, falsa o no recuerda sobre los hechos”.

Veamos, el testigo Óscar Leandro Fernández compareció a la vista pública el día 13 de diciembre de 2013, declarando que:

“...vi que había como una discusión entre dos señores , yo reconocí al señor xxxx y al señor aquí presente, yo lo distingo es de vista, se veía multitud más no escuchaba si era discusión o algo ... se veía una multitud como si estuvieran en una riña , como en una discusión, ... yo vi que una persona cayó al piso y pues escuché, reconocí que era el señor xxxxx, y lo levanté y me lo llevé pa'l hospital, (por qué cayó al piso esa persona) no sé bien por qué habrá caído al piso, (a qué distancia se encontraba usted) alrededor más o menos de unos 40 metros, (cómo era la visibilidad en ese sitio) en ese sitio la visibilidad es siempre oscuro, (si estaba a 40 metros, cómo hizo para distinguir que una de las personas era xxxxxxxx) porque escuché gritado que xxxx, escuché el nombre del señor(por qué distinguió que la otra persona era la persona que está aquí) porque cuando corrí a socorrer al señor xxxxxxxx vi al señor (qué hizo el señor que usted menciona) el señor pues estaba retirado (qué hizo después de que usted vio que xxxxx cayó al suelo) él se retiró, ...no le puse mucho cuidado pero sé que se retiró porque yo iba por el señor xxxxx a socorrerlo...”

Luego de lo anterior, se observa que el Fiscal procedió a impugnar la credibilidad del testigo, introduciendo la entrevista que rindiera ante un funcionario de Policía Judicial, en la que se resalta:

“...observé una pelea de dos sujetos, de ellos reconocí al señor xxxxx, el cual es conocido porque yo soy el amigo de la hija ...sobre el otro señor solo sé que es del barrio pero no me sé su nombre , ... ellos al principio comenzaron a provocarse entre sí, yo alcancé a ver que el otro señor le lanzó un golpe en el cual se le pegó en el rostro al señor xxxxxxxx y del cual él cae al suelo; la gente comenzó a gritar y yo, en compañía de otras personas , lo levantamos del suelo y lo montamos a un taxi, yo me vine para el hospital con el señor xxxxxxxx y al rato me di cuenta que el señor había muerto, en el cual también noté; al momento de la pelea yo estaba como a 3 metros aproximadamente y también noté que ambos estaban tomando ...”

Frente a sus contradicciones, explicó que en esos tiempos él consumía droga (marihuana), entonces, “podía estar consumido ese día”; que lo que declaró en esa oportunidad sí lo dijo, a la vez que señaló como el otro involucrado en esos hechos al aquí acusado.

El anterior ejercicio, si en cuenta se tiene que el testimonio debe analizarse en su conjunto o, en otras palabras, de manera integral, es decir, tanto la versión rendida ante la Policía Judicial como la expuesta en audiencia de Juicio Oral, con el fin de determinar cuál ofrece mayor credibilidad.

Frente a la apreciación de la prueba testimonial, abundante ha sido la jurisprudencia al indicar que:

“... el legislador previó una metodología expresa de acercamiento a la información revelada a través de este tipo de medio de convicción. Es así que el artículo 277 exige guardar especial atención respecto de “la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio”.

...

Frente a este fenómeno, denominado retractación, la Corte se ha ocupado en pacífica y reiterada jurisprudencia de adoctrinar sobre la obligación de ponderar con criterio racional las distintas aseveraciones de quien en declaración posterior varía diametralmente el contenido de su dicho, esto a fin de conferirle credibilidad a aquella declaración del testigo que corresponda a la realidad decantada a partir de otros medios de persuasión y muestre con meridiana claridad cuál fue el motivo que propició el cambio de versión.

En efecto, desde tiempos remotos, esta Corporación ha venido ilustrando que:

“La retractación, ha sido dicho por la Corte, no destruye per se lo afirmado por el testigo arrepentido en sus declaraciones precedentes, ni torna verdad apodíctica lo dicho en sus nuevas intervenciones. “En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir ordinariamente en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas como sucedieron, o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que sí percibió. De suerte que la retractación solo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso” (Cfr. Casación de abril 21/55 y noviembre 9/93, entre otras).”

Retomando este criterio, en sentencia del 12 de diciembre de 2000, radicación 13.407, la Sala predicó:

“(...) Es que ni siquiera la retractación del testigo, como lo ha expresado la Sala, es por sí misma una causal que destruya de inmediato lo que ha sostenido en sus afirmaciones precedentes, o que conduzca a su descrédito total, sino una circunstancia que debe llevar al establecimiento del motivo de las versiones opuestas, el cual debe ser apreciado por el Juez para determinar si le otorga credibilidad a alguna de ellas y con qué alcances, naturalmente teniendo en cuenta las demás pruebas del proceso.” (Subrayas fuera del texto original).

Con igual cometido, ha precisado que no es necesariamente viable otorgar mérito a la primera o a la última de las declaraciones entregadas por un testigo, sino que

mediante un proceso lógico se debe escoger la que involucre contenidos de credibilidad verificables a través de otros medios de convicción, lo que además se logrará determinando cuál fue la causa racional para que el deponente se apegara o faltara a la verdad en uno u otro momento.

En esa dimensión, entonces, de cardinal importancia resulta ser la elaboración de un examen riguroso del testimonio que sea capaz de identificar en cuál de las varias declaraciones el deponente se ciñó a la verdad y en cuál(es) mintió, así como los motivos fundados para haber procedido de una y otra manera...”

En sentencia del 18 de mayo de 2016, radicado 43.482, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, se dijo que:

“Cuando la persona desdice de su dicho sin explicación alguna o razones atendibles que lo justifiquen, en principio queda incólume su versión anterior en aquella materia de rectificación, siempre que sometida al tamiz de la sana crítica se ofrezca creíble y no haya motivos que le resten veracidad a lo aseverado inicialmente.”

En el caso sub examine vemos como el testigo se retractó parcialmente de la incriminación que, desde el mismo día de los hechos, realizó en contra del señor xxxxxxxxxxxx, toda vez que, aunque lo única en el teatro de los acontecimientos, luego de haber reseñado cómo a partir de un puño que éste le propinó al padre de una amiga suya, xxxxxxxx, cayó al suelo, por lo que lo auxilió trasladándolo al hospital, enterándose que falleció; refiere que no pudo observar lo que ocurría pues la multitud que presenciaba los hechos se ubicaba alrededor de los implicados y era un sector oscuro.

En este punto y en aras de establecer cuál de las dos versiones ofrece credibilidad y su alcance, la Judicatura considera de vital importancia recordar que a la pregunta de por qué reconoce al señor que señaló en la Sala como la persona que le propinó el golpe a Miro Sánchez, respondió que “porque observé que él se retiró”, a la vez que es reiterativa al indicar que escuchó que gritaban Miro, pero no lo que las dos personas involucradas en los hechos decían; que para esa fecha consumía sustancias estupefacientes y no recuerda las prendas de vestir de los involucrados; información que, concatenada con la suministrada al momento de atender las preguntas aclaratorias que le formuló la señora Juez, como que cuando iba camino a la cancha observó una multitud, siguió caminando hacia la esquina, cuando escuchó: Miro!, Miro!, y socorrió al señor; que no puede contestar si el señor Herminsul estaba embriagado porque centró su atención en el papá de su amiga; que cuando se le acercó al señor Miro vio que él tenía los ojos abiertos, (respiración fuerte?) sí, (vio herida?) no, (olor a tufo?) sí; lo que nos lleva a compartir el discernimiento que al respecto realizó la Funcionaria Judicial: “...no reviste la seriedad, la coherencia y la armonía necesarias para conducir a una certeza ajena a toda duda relativa a que la muerte de Miro Sánchez Gómez se produjo como consecuencia directa o indirecta de los actos cumplidos por el procesado y no por otra causa.”

A lo anterior se suma la falta de elementos que permitan establecer la distancia real que mediaba entre el testigo y las personas involucradas en los hechos que nos convocan que permitieran inclinar esa credibilidad sobre una de sus versiones.

Y es que ni el mismo señor José Raúl Jaramillo Zapata, dueño del establecimiento en el que se suscitaron los hechos, logró observar lo ocurrido, pues aunque expone los momentos antecedentes en que Miro llevaba agarrado del cuello de la camisa a xxxxxxxx y que éste le decía que lo soltara, que Miro le dio un golpe, por lo que xxxxxxxx reaccionó devolviéndole el golpe reventándole la nariz y que Julio los apartó; que después vio a Miro y a xxxxxxxx charlando al lado de un carro cuando, al rato, Miro le dio otro golpe y estrujó a xxxxxxxx, por lo que salieron a la calle y ya él se puso a recoger las sillas para guardarlas y cerrar “... cuando sentí que sonó algo muy duro y voltee a ver y estaba Miro en mitad de la calle de espaldas, entonces ya llegó un sobrino de Miro y lo cogió con otros muchachos y se lo llevaron para el Hospital.”

Ahora , contrario a lo manifestado por el recurrente, en el sentido que lo expuesto por el testigo Óscar Leandro Fernández es corroborado por la médico Lourdes Pardo, quien presenció, en el archivo correspondiente a la necropsia del obitado, las fotografías donde se veía la escoriación en la mejilla izquierda , esta Sala encuentra que de ninguna manera podría arribarse a tal conclusión , si en cuenta se tiene que, como bien lo dijo la Juzgadora, dicha profesional compareció a la vista pública para introducir y ratificar el contenido del informe de necropsia que en su momento realizó el doctor Andrés Darío Restrepo, y en el que nada se consignó sobre dicha lesión , como reiteradamente respondió la médico.

No se discute que, conforme a lo dispuesto en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004 , que consagra el principio de **libertad probatoria** , los hechos y circunstancias de interés para la solución del caso se pueden probar por cualquiera de los medios establecidos en dicho Código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole derechos humanos, sin embargo, el Legislador previó una serie de etapas procesales preclusivas, dentro de las cuales el Ente Acusador bien pudo haber hecho lo de su cargo, si es que tenía intención de introducir las mentadas fotografías y/o nuevos elementos materiales probatorios que acreditaran la lesión, y no esperar a que, en sede de contrainterrogatorio , la testigo terminara por mencionar algo que, ella misma admite , no está contenido en el informe pericial de necropsia y que no puede determinar sobre una foto, qué elemento ocasionó la escoriación.

Y es que de admitirse el testimonio de la doctora Lourdes Pardo, con fines distintos a los ya consignados, sería tanto como revivir etapas procesales que ya fueron superadas y que generaron situaciones jurídicas consolidadas , máxime cuando la señora Juez le planteó la posibilidad de solicitarla como prueba sobreviniente sin que ello haya sucedido.

Así, entonces, concluye la Sala que la tesis alegada por la Fiscalía con el fin de demostrar la responsabilidad penal del señor xxxxxxxxxxxx en el delito de Homicidio preterintencional, se basa en unos supuestos de hecho carentes de soporte, pues no podemos dejar de lado que, conforme a la declaración del implicado , el hoy occiso , quien se encontraba en estado de alicoramiento, lo persiguió más o menos unos 10 metros desde el interior del establecimiento, golpeándole , por lo que él quería evitar problemas y solo se defendía,”...el señor me sale por un lado a tirarme , entonces yo casi quedé de frente con él, cuando él me mandó el puño, él llegó y se cayó , pero yo estaba casi de frente de él... el señor por lo que estaba bastante embriagado, por eso fue que para mí fue que él se cayó, porque él, al tirar el puño, entonces llegó y, yo no sé, él pensó era que yo le iba a tirar, entonces él se tiró como hacia atrás a defenderse, a tirarse a la cara, entonces creo que la nuca o la cabeza se le llevó el cuerpo hacia atrás...(distancia en que se encontraban en ese último momento) unos 50 cmts...el señor llega y me tira y yo era a defenderme, yo le puse los brazos para que él no me fuera a pegar, porque él sí me hubiera pegado a mí, porque él era más alto que yo y más acuerpado, entonces él sí me había pegado bien en la cara, ... yo hice a defenderme nada más...”

En suma, la prueba allegada nos deja en la incertidumbre sobre la veracidad e imparcialidad de la misma, circunstancia polarizada que se resuelve reconociendo la duda en favor del implicado.

No olvidemos que el contenido del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 descarta la sospecha, la conjetura, el pálpito y la corazonada como grado de conocimiento para el proferimiento de la máxima decisión.

Ese conocimiento, más allá de toda duda, respecto de la responsabilidad del acusado, exigido por el Legislador para la emisión de una sentencia condenatoria, no refulge con nitidez en esta actuación, pues el acervo probatorio nos deja en la perplejidad.

“El proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no necesariamente para condenar. También cumple su finalidad cuando absuelve al sindicado: Es decir, a éste le asiste en todo momento el in dubio pro reo, que lleva a que mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la

responsabilidad del sindicado, éste, acorazado con la presunción de inocencia, debe ser absuelto.”

Son los anteriores fundamentos los que nos llevan a CONFIRMAR la ABSOLUCIÓN, aclarando que será así en estricta aplicación del apotegma universal del In Dubio Pro Reo que nos dice que toda duda debe resolverse en favor del procesado.

Rad.193 2009 09396 (10-02-2017) Acta No. 064 M.P. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.

LEGITIMA DEFENSA. Exigencias positivas. Requisitos negativos.

Conducta punible: Homicidio.

Extracto:

“Conforme lo analizado en precedencia, emerge claro que no le asiste la razón al recurrente cuando afirma que el Juez se equivocó al no reconocerle a su defendido la legítima defensa pues es claro que no se cumplen los requisitos positivos y negativos de la misma.

En efecto:

1.- Las exigencias positivas.- Determinan que para la configuración de la legítima defensa debe existir una situación de hecho o entidad objetiva determinada por el comportamiento humano voluntario, es decir, una agresión para un derecho propio o ajeno ; agresión que debe reunir cuatro condiciones: **a.-** debe ser actual *—el hecho se está verificando—* o inminente *—el ataque está a punto de verificarse indefectiblemente—*; **b.-** debe ser violenta *—capaz e idónea para causar daño al bien jurídico—*; **c.-** debe ser injusta *—contraria a derecho—* y, **d.-** debe acarrear situación de peligro para el bien jurídico, vale decir , debe constituir una situación de hecho que representa la posibilidad de un resultado temido que puede verificarse y que no se desea.

En el **sub judice**, la agresión actual o inminente, violenta, injusta y grave está apoyada únicamente en la versión del acusado, la cual fue refutada con el resto del acervo probatorio.

El juez al valorar las pruebas testimoniales determinó acertadamente que la vida del aquí acusado no se encontraba en situación de peligro ni sufrió agresión alguna por parte del hoy occiso capaz de destruir ese bien o el de la integridad personal porque entre éstos solo se presentó inicialmente un intercambio de palabras de palabras y fue el aquí procesado quien, luego de perseguir al adolescente que intentaba huir de la gresca que se suscitó, lo apuñaleó en el pecho causándole la muerte.

2.- Los requisitos negativos.- En contraposición a las exigencias positivas, para que se configure la legítima defensa se exige que no exista: **a.-** provocación de la agresión pues es natural que no actúa legítimamente quien da lugar al comportamiento del agresor; **b.-** evitabilidad de la agresión, lo cual lleva a que debe existir **necesidad de la defensa** para contrarrestar la agresión; requisito que debe valorarse en términos relativos; **c.-** irracionalidad de los medios empleados y, **d.-** desproporción entre el daño causado al agresor y aquel que habría ocasionado éste.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no se configuran dichos requisitos porque: **i.-** el que provocó e inició la situación que dio origen al altercado fue el aquí procesado; **ii.-** a pesar de que el hoy occiso se hallaba desarmado y huía del lugar, fue el implicado quien se dio a la persecución de éste y lo hirió mortalmente; **iii.-** era absolutamente innecesaria la utilización del cuchillo cuando el hoy occiso , se repite, se hallaba desarmado y el aquí procesado era consciente de ello dado que nunca sufrió amenaza o agresión por parte de la víctima con un adminículo igual o más letal y, **iv.-** el ataque con el cuchillo fue desproporcionado para repeler el desafío a golpes al que la víctima incitó al aquí encartado como forma de repeler la agresión de éste a su tío Orlando Castillo Benavides.

Así las cosas, no cabe duda que el a quo acertó en el juicio de derecho sobre el particular.”

Rad. 193 2011 29974 (21-03-2017) Acta No. 056 M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda.

NULIDAD DE PREACUERDO. Violación al debido proceso y legalidad de las penas. Dosificación de la pena.

Conducta punible: Concierto para delinquir agravado. Porte de armas. Hurto calificado agravado. Utilización de menores para la comisión de delitos y Extorsión.

“La colegiatura percibe que aún subsisten problemas de interpretación sobre los aspectos que determinan la mayor gravedad de un comportamiento delictivo según su naturaleza, haciendo carrera la equivocada idea de tomar punto de partida la pena en abstracto, o en otros casos el bien jurídico tutelado, y no la pena debidamente dosificada.

Se olvida que para observar los parámetros del artículo 31 C.P., es preciso individualizar cada una de las penas incluyendo todos aquellos tópicos que incidan en los extremos previstos en abstracto en los correspondientes tipos penales, por citar un ejemplo, la tentativa como dispositivo amplificador del tipo, o las circunstancias de atenuación punitiva.”

(...)

“Claramente, los términos del preacuerdo se reducen a la aceptación libre y consciente de los acusados sobre su responsabilidad en los hechos enrostrados degradándose su participación a título de cómplices, pactando la pena que, según las partes, toman como base el Hurto calificado agravado como delito más grave, degradándola primero por el fenómeno de la reparación y luego aumentándola en otros tantos por los comportamientos restantes, según se formuló imputación.

Ejercicio –reseñado en detalle en acápite propio de los antecedentes-, que deviene errado, pues la pena no puede observarse en abstracto –esto es, la establecida para cada comportamiento en el tipo penal- sino la dosificada en concreto para cada uno de ellos, teniendo en cuenta los fenómenos delictuales <v.gr. tentativa, complicidad, atenuantes, agravantes, etc.> y los post-delictuales <como la reparación y el allanamiento a cargos>.

Significa que los fenómenos post-delictuales, al no ser factores modificadores, no inciden en el establecimiento de los límites punitivos máximos y mínimos reglados en el art. 60 del C.P., y que la exigencia para la fijación de la pena ante la existencia de un concurso de delitos, implica no solo delimitar la sanción, sino tasarla en concreto para cada punible y según la punibilidad final restante, lograr identificar el delito base que será el que arroje el mayor valor numérico, y sobre este se hará el incremento hasta en otro tanto por los delitos concursantes, con la advertencia que no puede superar la suma aritmética de las penas individualmente dosificadas y concretadas de cada uno de los delitos.

Ello explica por qué un delito cuya sanción prevista en la ley está concebida en abstracto como la más alta, pueda resultar en concreto más baja respecto de otro delito que tenía prevista un castigo menor, como sucede cuando concursan el de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones con el Hurto calificado agravado frente al cual proceden, por ejemplo, los descuentos por la Circunstancia de atenuación punitiva descrita en el artículo 268 del C.P. (fenómeno delictual) y la reparación integral a la víctima prevista en el canon 269 ídem (fenómeno post-delictual), los cuales se aplican a la pena ya individualizada o concretada, determinándose como el delito base el de mayor gravedad, cuyo guarismo escogido será el referente para aplicar el incremento hasta en otro tanto por el o los comportamientos concursantes a las voces del artículo 31 penal sustantivo.

A modo de conclusión, no se escoge la sanción más alta abstractamente fijada por el legislador, sino más grave una vez concretada, sin prevalecer aquí los toques mínimos y máximos de la pena o lo que llama extremos punitivos, prevalece es la pena individualmente dosificada.

En este caso, en los preacuerdos aceptados la dosificación de la pena se finca sobre el delito de Hurto calificado agravado, estimado por el ente acusador como el más grave sin consideración a la reducción que la ley faculta en caso de reparación, que como hemos acotado constituye un craso error, pues la sanción inicial prevista para el tipo penal que oscila entre 12 a 28 años de prisión, se ve disminuida en proporción de la mitad (1/2) a tres cuartas (3/4) partes, al tenor de lo dispuesto en el precepto 269 sustancial, por el advenimiento de la figura de la reparación, según lo refirió la fiscalía tanto para dicho punible como para la Extorsión, por ser ambos ofensivos del Patrimonio económico.

Posteriormente, debe desconocerse en la dosificación de todos los delitos para aplicar la proporción que legalmente corresponde al degradar la participación de autor a cómplice – según lo acordado por las partes en este caso-, para después, concretada la sanción en esos términos, escoger la de mayor punibilidad y a ese monto, hacerle el incremento de “hasta por tanto” por los delitos concurrentes, teniendo presente que los hoy acusados no comparten la misma imputación jurídica.

Así las cosas, razón le asiste a la juez de oponerse a la aprobación de los preacuerdos que otrora fueron avalados por el funcionario que le antecedió en el cargo, por cuanto lesiona el principio de legalidad frente a la dosificación punitiva al convenir las partes una pena teniendo como base un delito que entre los enrostrados, no responde al de mayor gravedad según su naturaleza, siendo la decisión que se impone en derecho declarar su nulidad.

En esencia, son estas las razones por las cuales, la Sala de Decisión Penal confirmara en su integridad el auto apelado.

Se entiende entonces, que se reanudan los términos para que la actuación procesal continúe en sus etapas ordinarias, salvo que en ese interregno las partes persistan en preacordar siguiendo los lineamientos frente a la dosificación punitiva en el concurso de conductas punibles.”

La Sala Confirmó el auto proferido por el Juzgado que declaró la nulidad de los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y los procesados.

Rad.000 2015 00598 01 (31 01 2017) Acta 023.M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz

PRUEBA TESTIMONIAL. Femicidio en grado de tentativa.

Extracto:

A juicio de esta colegiatura, la decisión materia del recurso debe ser revocada en lo que fue materia de apelación porque el Juez desconoció que:

A.- El aquí procesado fue acusado por el delito de femicidio consagrado en el art. 104ª de C.P., que a la letra reza ***“Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses.”***

Dicho tipo penal establece en el literal e) circunstancias de orden contextual así como elementos descriptivos de la conducta tales como : ***“Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de***

género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no”, los cuales deben ser analizados para determinar la configuración o no de dicho tipo penal con miras a hacer más probable o menos probable la estructuración del ingrediente subjetivo del aludido delito.

B.- En el **sub examine**, los cinco testimonios solicitados por la defensa resultan conducentes, pertinentes y útiles para determinar el comportamiento anterior del aquí acusado relacionado con actos de violencia contra la mujer, pues:

1.- Con las declaraciones de María Fanoris Parra y Fanny de Jesús Ortega Riascos, ex parejas sentimentales del aquí implicado, se intentará demostrar que su trato hacia las mujeres siempre ha sido respetuoso y que nunca las agredió durante la relación;

2.- Con el testimonio de Virgelina Patiño Delgado, quien fue arrendataria del aquí procesado y vivió en el mismo inmueble con éste y una de sus ex parejas, se acreditará que aquélla nunca presenció o tuvo conocimiento de actos de violencia o de maltrato por parte de éste a su cónyuge de ese entonces y,

3.- Con las declaraciones de Juan Walter Ángel Zapata y Eudes Iván Rocha, amigos en común de la víctima y el aquí encartado se acreditará el buen trato que éste siempre le dio a ésta y, de otro, la actitud altanera que a veces la víctima tenía con el implicado.

Siendo ello así, la decisión del a quo resulta aquí jurídicamente desacertada, razón por la cual la Sala corregirá el yerro accediendo a la prueba testimonial denegada.

Rad. 193 2016 14764 (21-03-2017) Acta No. 058 M.P. Dr., Víctor Manuel Chaparro Borda.

PRUEBA TESTIMONIAL. Valoración de la prueba testimonial. Credibilidad. Criterios generales de valoración: espontáneo, natural, consistente, personalidad, capacidad objetiva y subjetiva, reiterativo.

Conducta punible: Homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego.

Extracto:

“En el presente caso, la Sala encuentra que el Juez acertó al otorgar credibilidad a las afirmaciones del testigo presencial Brayan Stiven Franco Ortiz a través quien señala al aquí procesado como el autor del homicidio de xxxxxxxxxxxx pues:

i.- Estuvo presente en la escena del crimen toda vez que el día, hora y lugar de los hechos andaba en compañía de la víctima recogiendo firmas en la comunidad para ayudar a un amigo en común que estaba en la Cárcel. Sostuvo el testigo de visu que el hoy occiso estaba unos metros más adelante; que escuchó los disparos y que cuando volteó a mirar vio al aquí procesado con un arma de fuego tipo 9 milímetros y que éste salió corriendo hacia la avenida donde lo esperaba en una moto “alias Danielito”; que pudo reconocer al aquí procesado como el homicida porque no tenía ningún obstáculo que impidiera verlo;

lo.- La afirmación del aludido deponente sobre la presencia del aquí procesado a la hora y en el lugar de los hechos fue corroborada por el testigo de la defensa Luís Alberto Taborda Taborda –empleador del implicado-, lo cual robustece y hace más creíble el señalamiento efectuado en contra del aquí procesado;

iii.- La tesis de la falsa incriminación por animadversión del testigo de cargo hacia el aquí procesado carece de respaldo probatorio pues lo único que afirmó el testigo de la defensa Anderson Lozano Tabiman es que existía cierta rivalidad entre ambos porque, al parecer, el aquí procesado cortejaba a la cónyuge del testigo de cargo, lo cual no constituye fundamento suficiente para concluir que el aludido sujeto de prueba tenía motivos suficientes para incriminar gratuitamente al aquí implicado como autor del homicidio y que, por consiguiente, su testimonio no es creíble.

La declaración del testigo de visu resulta verosímil debido a que se ajusta a los criterios legales de valoración establecidos en el Art. 404 de la L. 906/04, toda vez que:

- Es **espontáneo**, pues no se puede afirmar que el mismo sea producto de una preparación especial del deponente orientado a afirmar lo que no percibió.
- Es **natural**, ya que en desarrollo del interrogatorio narró los hechos de manera desprevenida y utilizando palabras que una persona de su nivel socio cultural emplea para comunicarse.
- Es **consistente**, pues no existe en sus relatos incoherencias o disonancias sustanciales y la explicación satisfactoria de la ciencia de su dicho impide aseverar que sus afirmaciones son contrarias a lo que realmente observó y escuchó el día de los hechos.
- Su **personalidad** es intachable pues, como ya se analizó, no existe el más mínimo elemento de juicio que permita concluir que por motivos de enemistad o de venganza se propuso incriminar gratuitamente al aquí acusado.
- Su **capacidad objetiva y subjetiva** eran óptimas en atención a que la defensa no demostró que el testigo padecía de algún tipo de afectación en su salud física y/o mental como para tergiversar la realidad; por el contrario, de su declaración se advierte que se trata de una persona en pleno uso de sus facultades físicas y mentales y estuvo en condiciones objetivas de conocer el hecho.
- **Carece de capacidad** de daño pues el deponente es sujeto sin reparo desde el punto de vista de su personalidad y, por lo mismo, no se puede sostener que es una persona tan indolente o inescrupulosa como para haber incriminado falsamente al aquí procesado por sentimientos de enemistad.
- El contenido de sus afirmaciones se ajusta a las características metajurídicas de la prueba testimonial pues entra en el ámbito del ordinario lógico; es posible en cuanto susceptible de ser o de existir en el mundo físico y es perceptible fácilmente por los sentidos.
- Es **reiterativo**, dado que en desarrollo de su testimonio el testigo con cada una de las respuestas que dio en el interrogatorio de la Fiscalía fue directo, claro y preciso en la narración de los hechos por é percibidos.

Ib.- Contrario a lo que sostiene el recurrente, los testimonios de Anderson Lozano Tabiman y Luís Alberto Taborda Taborda no acreditan la ajenidad del aquí procesado en el homicidio, pues ambos deponentes se contradicen frente a la presencia de éste a la hora y en el lugar del suceso. En efecto, mientras Anderson Lozano Tabima afirmó que el implicado no hizo presencia en el lugar de los hechos porque estudiaba y salía de clase a eso de las 8 u 8:30 de la noche, Luís Alberto Taborda Taborda afirmó sí estuvo ahí porque lo vio; otra cosa es que en su afán de liberar de responsabilidad al procesado se apresura a aclarar que venía de estudiar; afirmación que carece de credibilidad atendiendo a que este deponente inicialmente había indicado que el implicado estudiaba en la mañana y trabajaba en la tarde con él en la zapatería.

Siendo ello así, resulta infundada la tesis del apelante, según la cual, el aquí acusado es absolutamente ajeno al homicidio de xxxxxxxxxxxx.”

Rad. 193 2011 02001 (21-03-2017) Acta No. 055 M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

PRUEBA TESTIMONIAL Y PERICIAL. Admitir el argumento de la *a quo* para negar la prueba pericial a la defensa bajo la premisa de que su teoría del caso puede acreditarla a través del contrainterrogatorio a los testigos de la Fiscalía llevaría a sostener que los testigos de la defensa siempre resultarían impertinentes e innecesarios porque para ejercer los derechos de defensa y contradicción bastaría la confrontación de los testigos de cargo, lo cual resulta constitucionalmente inadmisibles dada la naturaleza eminentemente adversarial del actual sistema procedimental penal.

Conducta punible: actos sexuales con menor de 14 años.

Extracto:

“En el **sub examine**, el defensor fue claro en que el testimonio del psicólogo Carlos Alberto Vidal Reyes resulta necesario para su teoría del caso pues con el mismo controvertirá e intentará desvirtuar la conclusión sobre la existencia del abuso sexual a la que arribaron los psicólogos del ICBF y de Medicina Legal en tanto éstos, asegura, no realizaron las entrevistas a la menor víctima conforme a lo ordenado en los protocolos establecidos por el INML y la L. 1090/06 que rige la profesión de la psicología; prueba que resulta **conducente** en cuanto que el medio está autorizado en la ley procedimental penal como elemento de convicción; **pertinente**, pues guarda relación con los hechos, objeto y fines de la investigación y, **útil** en la medida que reporta beneficio para el esclarecimiento de los hechos pues la Juez tendrá más elementos de juicio para determinar la responsabilidad penal del aquí implicado por los hechos materia de acusación.

Admitir el argumento de la *a quo* para negar la prueba pericial a la defensa bajo la premisa de que su teoría del caso puede acreditarla a través del contrainterrogatorio a los testigos de la Fiscalía llevaría a sostener que los testigos de la defensa siempre resultarían impertinentes e innecesarios porque para ejercer los derechos de defensa y contradicción bastaría la confrontación de los testigos de cargo, lo cual resulta constitucionalmente inadmisibles dada la naturaleza eminentemente adversarial del actual sistema procedimental penal.

El testimonio de Édilson Huérfino Ordóñez también debe ser decretado pues la Juez perdió de vista que la pertinencia, conducencia y utilidad de tal testimonio está justificada en el hecho de que dicho ciudadano demostrará que el señor xxxxxxxxxxxx – *padre de la víctima*– pidió su intermediación ante el aquí acusado para que le colaborara con dinero para la compra de un taxi a cambio de no denunciarlo por abuso sexual contra su hija; propuesta a la que se negó xxxxxxxxxxxx. Luego, es claro que la declaración de esta persona como **testigo directo** de ese específico acontecimiento suministrará información útil para hacer más probable o menos probable la comisión del delito sexual; aspecto sobre el cual no podrá declarar la testigo Olivia Alegría Hurtado como equivocadamente lo concluyó la *a quo*.

Así las cosas, se ordenarán los testimonios del psicólogo Carlos Alberto Vidal Reyes, quien introducirá el informe base de su opinión pericial y Édilson Huérfino Ordóñez.

La improcedencia de las demás pruebas solicitadas.-

La decisión de la Juez de inadmitir como pruebas de la defensa la certificación del 26 de octubre de 2016 de la empresa Automarcali y los cuatro folios contentivos de los pantallazos del Facebook de la señora Ángela Ceballos debe ser **confirmada** porque el certificado de la empresa Automarcali ni los pantallazos del Facebook de la señora Ángela Ceballos guardan relación con los hechos en tanto que, el primero, certifica que la camioneta del aquí procesado estuvo en los talleres entre los meses de noviembre de 2014 a abril de 2015 y el abuso sexual ocurrió en **abril de 2014** y, el segundo, solo muestra comentarios de agradecimiento hacia el aquí procesado por su empresa familiar;

hecho que no hace ni más probable la materialidad del delito, razón por la cual tales elementos de prueba resultan impertinentes.”

Rad. 193 2014 31170 (21-03-2017) Acta No. 057 M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda.

PRESUNCION DE INOCENCIA. Prueba testimonial.

Conducta punible: Coautoría. Hurto calificado agravado. Porte de armas de fuego.

Extracto:

“Considera el Ente acusador como su principal testigo al patrullero Johnny Augusto Galvis Gómez, quien compareció a la vista pública dando cuenta de las reuniones y actividades que llevó a cabo la Teniente xxxxxxxxxxxx el día de los hechos y de los comentarios que le hizo, atinentes a la intención de compra de un automóvil y de un conocido que vendía televisores.

De la exposición que hizo el testigo refulge con nitidez su intención de adjudicar responsabilidad en cabeza de la Teniente xxxxxxxxxxxx o, por lo menos, eso es lo que se colige cuando, luego de describir pormenorizadamente esas labores conjuntas que realizaron –sin que perdiera oportunidad para cuestionar o sembrar cizaña frente a cada actuación o conversación de la implicada-, dijo que, cuándo se encontró con la Patrulla 25-5, ésta le increpó porque pensaban que iban escoltando las tractomulas –a lo que él respondió que estaba sano, y reafirma que eso ocurrió mientras la Teniente se encontraba durmiendo en la parte de atrás de la camioneta que él conducía-; que reconoció que la Patrulla 25-6 se encontraba fuera de su jurisdicción, lo que imposibilitaba la interceptación que le hicieron a la tractomula, que, presume, estaba involucrada en el hurto a la bodega, pues no existe prueba que así lo acredite, desconociéndose, de hecho, de cuáles tractomulas hablan; insiste en que todo se hizo anormal.

Sobre todo cuando era él quien en ese momento conducía la camioneta oficial, al punto que le respondía pitando a las tractomulas y decidió desobedecer la orden de la Teniente xxxxxxxxxxxx, al no avisarle cuando se encontró con la patrulla 25-5; mírese que a las preguntas de: i) si en la vía Cali-jumbo, autopista, es frecuente el paso de vehículos automotores tractomulas, camiones a altas horas de la noche, dijo que sí, ii) que si es frecuente que cuando ven a una patrulla policial, piten respondió que de vez en cuando.

Se pregunta esta instancia, qué necesidad tenía el patrullero de ocultarle a la Teniente la presencia de la Patrulla 25-5; recordemos que cuando ella se percató de su presencia y le indagó por qué no le había avisado si esa era una orden que le había dado, le mintió diciendo que le habían caído de sorpresa, -argumento que evidentemente ella no le creyó-, acaso no era porque supuestamente él sentía curiosidad de saber qué era lo que estaba pasando?, a qué se referían con las expresiones : dígame cómo es, o, si ya habían arreglado?, no será que los patrulleros tenían interés personal en las resultas de la interceptación a la tractomula?, después de todo y, según sus propios dichos, hasta ese momento se pensaba que lo que transportaba era contrabando y no se había recibido ninguna alarma que los alertara del hurto a las bodegas.”

(...)

“Cuando se le pregunta si las autoridades de Policía en Yumbo conocieron de la determinación del Coronel Bojayá de trasladar ese puesto de control frente a Cementos Argos, dijo:”... en la Y del CAI las Américas sí, eso fue a las 5:00 de la tarde, 5:55 de la tarde, en donde todo el grupo de tercer turno, en este caso el mismo grupo que trabajó en cuarto, primer turno del día lunes, escucharon la orden de mi J1, en este caso pues era mi Comandante de la Metropolitana, de trasladar ese puesto de control, era conocimiento por todos, hasta por el mismo mi Coronel Villar, que después de que él me dio la orden por

radio, y gracias a Dios quedó grabado, él me llama por teléfono y me manifiesta que yo porqué había vuelto a colocar el puesto de control o las unidades sobre la vía si él ya había dado la orden de que lo quitáramos de ahí; le manifesté que es más por prevención, más por hacer presencia de percepción de seguridad sobre la Autopista Sur para poder de que hubiese como más control de la zona, igual los dos policías estaban ahí, era más de estacionarios, a lo que él me manifestó: vaya quite los policías porque ya escuchó la orden de mi J1, y quítelos de ahí y los ubica donde él dice; eso fue lo que se cumplió la orden en donde todos los que estábamos en el turno y todos los que estábamos trabajando escucharon la orden de mi J1.”(01:14:56)

A la vista pública compareció el señor Juan Carlos Mejía Golondrino, quien tuvo a su cargo las trasliteraciones de las comunicaciones adiadas 11-10-09, sostenidas entre la Central de Radio, la Unidad de J1 ESA, que sería aparte del esquema de seguridad de J1: Comandante de la Policía Metropolitana de Cali y verde 25: Comandante de la Estación Yumbo, relacionadas con un Puesto de Control: “... J1: yo ordené no quitar el puesto de control ni acabarlo, ordené trasladarlo de ahí porque estaban rutinizados, pero deben colocarlo allá en la “Y de Yumbo”, allá debe quedar y quiero ver ese puesto de control, entonces transmita esta orden... CAI de las Américas ese de Sameco...”

A lo anterior se suma el hecho de que ni siquiera existe claridad en cuanto al número de personas que integraban la banda delincuencial.

No olvidemos que el contenido del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 descarta la sospecha, la conjetura, el pálpito y la corazonada como grado de conocimiento para el proferimiento de la máxima decisión.

Ese conocimiento, más allá de toda duda, respecto de la responsabilidad del acusado, exigido por el legislador para la emisión de una sentencia condenatoria, no refulege con nitidez en esta actuación, pues el acervo probatorio nos deja en la perplejidad.

“El proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no necesariamente para condenar. También cumple su finalidad cuando absuelve al sindicado: Es decir, a éste le asiste en todo momento el in dubio pro reo, que lleva a que mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado, éste, acorazado con la presunción de inocencia, debe ser absuelto.” Corte Constitucional. C-782-2005.

Son los anteriores fundamentos los que nos llevan a CONFIRMAR la ABSOLUCIÓN, no sin antes indicar que lo ideal es que se hubiera podido establecer, a ciencia cierta, si los implicados fueron responsables o inocentes, pero surgen dudas sobre la hipótesis planteada que conducen a la emisión de una sentencia absolutoria, aclarando que será así en estricta aplicación del apotegma universal del Indubio Pro Reo que nos dice que toda duda debe resolverse en favor del procesado.”

Rad.190 2009 01583 00 (08 03 2017) Acta No. 88 M.P.Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.

RETRACTACION DE TESTIGO VICTIMA. Impugnación de la credibilidad del testigo. Contradicciones en el contenido de la declaración. La Sala revocó sentencia absolutoria.

Conducta punible: Homicidio con circunstancias de Agravación en grado de tentativa.

Extracto:

“En consecuencia, en el asunto de instancia el Juez absolvió al procesado pues consideró que al testigo víctima no lo desacreditaron o impugnaron en su declaración rendida en juicio oral, pues no insistió en los motivos por los cuales cambio su versión frente a la dada cuando instauró la denuncia a los dos días de los hechos. Por otra parte el A quo

señala que no quedó claro porque el damnificado no informó a los policías que lo auxiliaron el día de los hechos sobre su identificación o hizo un señalamiento directo en contra de xxxxxxxxxxxxxxx alias PIOLO, sino que lo hizo luego en la denuncia. Sin embargo dijo en el juicio oral que recibió una llamada en la que se le informó que el autor del atentado era un alias PIOLO.

Este análisis lo hizo extensivo al investigador, MIGUEL ANGEL PEREZ CANTILLO, que recepcionó la denuncia y practicó los actos urgentes, pues la información sobre los hechos a este le llegó por intermedio de la víctima.

Revisados los registros contentivos de solo dos pruebas practicadas en juicio como son las declaraciones de la víctima e investigador, frente al primero fácilmente puede observar que en el desarrollo de su declaración el testigo manifestó que cuando ocurrieron los hechos recibió disparos en la espalda y no pudo ver o reconocer a los autores y que previo a la denuncia interpuesta ante la fiscalía recibió una llamada en la que le dijeron que el atentado había sido realizado por una persona conocida como "...piolo..".

(...)

"Lo anterior indica que el testigo estuvo en la vista pública y declaró sobre los hechos en los que resultó herido, por ninguna parte se observa que se haya negado a rendir declaración o que haya asumido una actitud hostil o de indisponibilidad, luego entonces el testigo estuvo disponible en la audiencia de juicio oral y en el desarrollo de su declaración se respetaron los principios de validez de las pruebas previstos en el artículo 16 del C. de P.P., en concreto los de contradicción y confrontación.

En efecto la defensa técnica estuvo en la Sala y si bien renunció a realizar el Contrainterrogatorio, lo que demuestran los registros es que se le permitió ejercerlo, de hecho la decisión de no hacer preguntas en el cruzado es un ejercicio del derecho de contradicción.

Como refulge de los registros el interrogatorio mediante el cual se introdujo al juicio la declaración anterior se realizó bajo la presencia de la defensa técnica y material, en inmediación del juez y las partes, de manera pública y garantizando la contradicción y la confrontación. Y si bien el defensor no hizo uso o ejercicio de tales potestades, las mismas estuvieron a su alcance, con lo que se colma la garantía del artículo 16 del Código Procesal Penal.

En ese entendido la declaración del testigo consta tanto de los dichos, inconsistentes, en el juicio oral como en el contenido de su declaración previa que fuera leído por él en la vista pública.

Así, en las circunstancias en que se realizó la prueba, la declaración anterior no es prueba de referencia y sí tiene vocación probatoria como declaración adjunta o complementaria de la rendida en el juicio oral, siendo, entonces, susceptible de valoración por parte del juez, según doctrina dominante de la Corte."

(...)

"Desde esa perspectiva se debe entender y analizar la situación acontecida en el caso de autos y en consecuencia valorar la declaración rendida en juicio oral acompañada de la declaración previa al juicio oral, tarea a la que se destina la Sala:

Contrario a lo que expuso el juez de instancia, lo que se aprecia de la declaración del testigo en el juicio oral en su deseo de no decir la verdad, de ocultarla y desdecir lo que imprimió en la denuncia de los hechos ante el investigador de la policía judicial. Nunca explicó con suficiencia y razonabilidad los motivos por los cuales cambió su versión sobre los autores del comportamiento que atentó contra su vida, lo que debió quedar claro en su testimonio posterior en el juicio oral, para poder dejar sin soporte lógico la declaración previa. Ella no aconteció.

Al paso que comparadas las declaraciones resulta creíble la primera por cuanto resulto orientada en tiempo y espacio, llena de lucidez y de verdad, como que indicó con lujo de

detalles que cuando subía hacia su casa en el sector de las Cruces en el municipio de Yumbo vio al procesado con otros, lo identificó, SIN NINGUNA DUBITACIÓN, con su nombre y apodo o alias, "...PIOLO...", lo que es indicante que lo conocía, como en efecto lo explica porque es del barrio y pertenece a un grupo de delincuencia que se dedica al tráfico de drogas. Mírese que no solo identifica con el apodo, sino que da su nombre completo y ubicación geográfica, amen que también lo individualizó con su fenotipo y características físicas.

En cambio, en su declaración inconsistente rendida en el juicio, dice que lo mencionó porque recibió una llamada en la que dijeron que el autor de los hechos es una persona conocida como "...piolo...", sin otros datos, por ello, explica que lo dijo en la noticia criminal. Según este dato trascendental, en la llamada nunca le mencionaron por donde vivía, cuál era su nombre de pila, a que pandilla pertenecía, entre otros datos.

Ocurre que también en juicio manifestó que nunca había visto al procesado, que no lo conocía y que tampoco conocía a las personas nombradas "...piolo..." y ".....xxxxxxxxxxxxxxxxxx...", último recurso en su mentirosa declaración desconocer al procesado en la Sala de audiencias.

Si bien la contundencia, espontaneidad y fluidez del testigo en su denuncia resulta evidente, el juez no lo percibió de esa manera y colocó dos premisas en contravía: Una, que no era razonable que nunca le mencionara a los policiales que lo socorrieron los nombres y datos del autor de los hechos como si lo hizo en la denuncia, lo que explica el juez que es razonable que la información sobre el autor sí proviniera de un tercero, y dos, que no se ahondó en el interrogatorio sobre los motivos para modificar su versión sobre los hechos.

Harto infundadas los razonamientos del juez, pues, primero, no se tiene conocimiento en el proceso sobre lo que les dijo la víctima a los policiales que lo socorrieron, pues sus dichos no entraron al juicio ni hacen parte del acervo o acopio probatorio a valorar por el juez, como tampoco se conoce en caso que no lo haya dicho, las razones por las cuales no comentó en caliente sobre el nombre de su agresor, quedando tal elucubración como una razón sin fundamento surgida del imaginario del juez.

Y, segundo, el Fiscal puso en práctica la técnica de impugnación de credibilidad del testigo, conforme con el art. 403-6 procesal penal, y si bien pudo quedar corto en cuanto a los motivos que tuvo en cuenta para modificar su versión y los pormenores, como los resaltados líneas atrás por la sala, lo cierto es que en el desarrollo de la prueba quedaron claramente las dos versiones del testigo que permiten sean valoradas por las instancias.

En consecuencia, resulta de supremo valor la declaración previa que fuera incorporada al juicio oral al través de la declaración del testigo que la hizo en la que de manera clara, contundente e indubitada señala al procesado xxxxxxxxxxxxxxxx, alias "...piolo..." como el autor de los disparos que atentaron contra su humanidad, quedando con esa prueba demostrado más allá de toda duda su responsabilidad, está por descontado que el hecho comportamental existió tal como fuera objeto de estipulaciones 2 y 3 (fl. 60 de la carpeta) y la valoración realizada en la sentencia de primer grado, respecto de lo cual no hubo ninguna oposición por las partes, según el contenido de los alegatos conclusivos.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia absolutoria y procederá de contera a determinar las consecuencias punitivas que correspondan de acuerdo con el principio de legalidad.

Como quiera entonces se ha acreditado el contenido del artículo 381 procesal penal siendo procedente proferir sentencia condenatoria en contra del señor xxxxxxxxxxxxxxxx como autor responsable del delito por el cual fuera acusado y cuya condena se solicitó por la Fiscalía General de la Nación, como es el delito de Homicidio Agravado en grado de tentativa (numeral 7 del artículo 104 y artículo 27 del Código Penal) en concurso con el delito de Fabricación, Tráfico o Porte de Armas de Fuego o Municiones (Artículo 365 del Código Penal).

TUTELAS

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Personas en situación de debilidad manifiesta. Entidad demandada no solicitó autorización del Ministerio de Protección Social para del despido.

Extracto:

“Es claro según la evaluación médica antes referida que la accionante se encuentra actualmente afectada en su salud a consecuencia de una patología que le provoca secuelas, situación que se torna suficiente para estimar que al momento de su desvinculación se encontraba en un estado de debilidad manifiesta, que la hacía titular de la protección especial otorgada por el derecho a la estabilidad laboral reforzada, figura que como se dijo en consideraciones previas ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, estableciéndola como una medida de protección especial y un derecho que garantiza la permanencia en el empleo a la persona que tiene una limitación física, sensorial o psicológica, protección que también se extiende a quienes por su condición física están en una circunstancia de debilidad manifiesta, respecto de quienes está probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que, como lo alega el accionado, exista una calificación previa de un porcentaje de su capacidad laboral que acredite una discapacidad, pues de así admitirse se desconocería los precedentes que en torno a tal aspecto se ha sentado mayoritariamente por la Corte Constitucional.

Al respecto ha de indicarse que la doctrina reiterada por la mayoría de las Salas de la Corte Constitucional y a pesar del enfoque diferente que algunos magistrados respecto a la estabilidad laboral reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta, en reciente pronunciamiento señaló:

“Con todo, para el caso concreto, esta Sala asume la posición mayoritaria que considera que la Ley 361 de 1997, armónica con principios constitucionales de la mayor importancia, le es aplicable a personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta bien sea porque su discapacidad haya sido calificada o porque su salud se encuentre afectada por una disminución física, sensorial o mental, sin que ello implique calificación y, por lo tanto, la protección del juez constitucional, de ser transitoria, sería la misma –reintegro y pago de indemnización...” T-141 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

De otro lado, también se puede afirmar que el Hospital xxxxxxxxxxxxxxxx, necesaria e indiscutiblemente conocía el estado de salud que afrontaba la accionante, puesto que fue la institución que contrató con la IPS Riesgo Cero Consultores Ltda. Para que realizaran las evaluaciones médico ocupacionales a los empleados de su planta personal, luego entonces, aun cuando es indiscutible que no se allegó medio probatorio que demuestre que en el 2015 y 2016 la demandante hubiera acudido a recibir valoraciones derivadas de su quebranto físico, si existe una evaluación que torna evidente el deterioro del estado de salud de la actora.

Adicionalmente y en consonancia con lo dicho, la señora xxxxxxxxxxxx, enfatizó que hizo una solicitud ante el Hospital accionado invocando las razones que la hacían merecedora a continuar vinculada a dicha institución, entre estas, lo referente al estado de salud que presentaba debido al diagnóstico de Síndrome de túnel del carpo, hecho éste que quedó demostrado con la respuesta que a su solicitud emitió la entidad demandada el 26 de Noviembre de 2016 (fls. 70 al 73), es decir, 9 días después de haberse practicado la evaluación por parte de la IPS contratada, por lo que no es lógico que incluso a esas alturas continuara desconociendo el estado de salud que aquejaba a la demandante.

De otra parte, es irrefutable que la entidad demandada no solicitó autorización del Ministerio de la Protección Social para el despido, porque en el expediente no se incorporó ninguna prueba que revele que dicha institución, no obstante conocer que la actora presentaba una patología que afecta su capacidad física, haya solicitado la autorización del Ministerio de la Protección Social, en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, por lo que acorde con dicha norma y con la jurisprudencia constitucional, si para el Hospital xxxxxxxxxxxx existía una justa causa de despido, aquella debió ser verificada por la autoridad laboral correspondiente. Dicho en otras palabras, si el empleador consideraba que tenía una justa causa para la desvinculación de la empleada, como lo planteó en ejercicio de su defensa –el proceso de reestructuración de la entidad y la supresión de cargos-, debió acudir a la autoridad competente para que avalara dicha situación, so pena de activarse la presunción de discriminación expuesta en las consideraciones previas, puesto que en términos de la sentencia C-531 de 2000, que declaró la constitucionalidad condicionada del anotado preceptiva normativa: “carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”

En ese orden de ideas, se presume que el vínculo laboral de la accionante fue terminado de manera unilateral por parte del empleador, en razón de las afecciones de salud que padece, con lo que se vulneró su derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada.

Con fundamento en lo hasta ahora expuesto y en las pruebas que se han citado, la Sala deduce que la desvinculación de la señora xxxxxxxxxxxx por parte de su empleador, es decir, el Hospital xxxxxxxxxxxx, desconoció los derechos fundamentales invocados y la garantía constitucional a la estabilidad laboral reforzada y en consecuencia, considera plausible confirmar la Sentencia de tutela No. 017 del 3 de Marzo de 2017 que profirió el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Cali, mediante la cual, concedió en forma transitoria, el amparo de tutela invocado por la señora xxxxxxxxxxxx.

Rad. 76001 31 04 023 2017 00015 01 Acta No. 091 (06-04-2017) M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz.

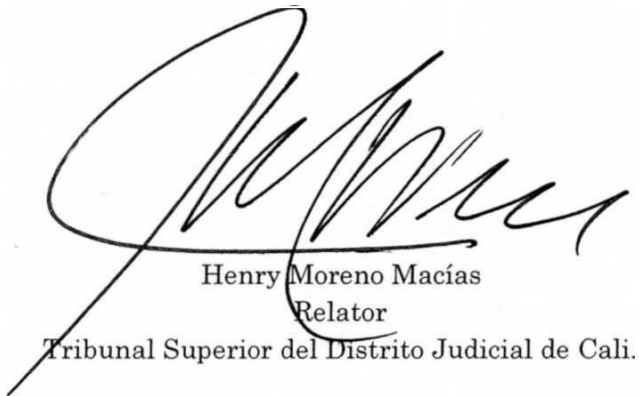
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA
BOLETIN 3 DE 2017.



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

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

Boletín elaborado por Henry Moreno Macías, Relator del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.-


Henry Moreno Macías
Relator
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.