



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

RELATORIA

Henry Moreno Macias

Relator

BOLETIN 06

2018





TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

Sala de Gobierno 2017 2018

Presidente Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

Vicepresidenta Dra. Gloria Montoya Echeverry

SALA CIVIL

Presidente Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes

Vicepresidente Dr. Homero Mora Insuasty

SALA DE FAMILIA

Presidente Dr. Franklin Ignacio Torres Cabrera

Vicepresidente Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos

SALA LABORAL

Presidente Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya

Vicepresidente Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

SALA PENAL

Presidente Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez

Vicepresidente Dra. Socorro Mora Insuasty

SALA ESPECIALIZADA

RESTITUCION Y FORMALIZACIÓN

DE TIERRAS.

Presidente Dr. Carlos Alberto Trochez Rosales

Vicepresidenta Dra. Gloria del Socorro Victoria Giraldo



FUNCIONES DEL RELATOR

El Relator deberá divulgar y mantener actualizadas las providencias que emitan los despachos de los magistrados y de igual forma las decisiones de gran relevancia jurídica a través del sistema jurisprudencial de la Rama Judicial.

SALA CIVIL

Ejecutivo Singular. Indebida representación.

Caso: La socia gestora suplente y el socio comanditario de la sociedad XXX presentaron demanda ejecutiva en contra de la socia gestora principal de la misma sociedad, para que se libre mandamiento de pago en su contra y a favor del referido ente social. El a quo libró mandamiento de pago, y, en razón al recurso de reposición interpuesto por la parte demandada, en el que se alegaba la indebida representación de la parte demandante, el juzgador de primera instancia revocó el mandamiento por encontrar configurada dicha excepción, motivo por el cual, la parte demandante interpuso recurso de apelación. En merito a lo expuesto entra la Sala a analizar si, efectivamente se configuró la excepción de indebida representación.

Extracto: “Resulta entonces claro que para que pudiera ser adecuada la representación del ente social, en su calidad de demandante, el mismo debió comparecer al trámite a través de la referida administradora o del representante judicial delegado o designado por la misma. Sin embargo, como refulge de los antecedentes de esta providencia, el ente compareció a voluntad de los señores XXX, XXX y XXX, quienes acorde con los estatutos de la sociedad ostentan la calidad de socios comanditarios, y por ende no “pueden ejercer funciones de representación de la sociedad sino como delegados de los socios colectivos y para negocios determinados”, acorde con lo previsto en el artículo 327 de la codificación mercantil.

De esta forma, evidencia la Sala Unitaria que la decisión de instancia debe confirmarse, pues en definitiva la sociedad ejecutante no se encuentra debidamente representada en el proceso, pues ha comparecido al mismo, a través de socios que por su condición de comanditarios, como viene de verse, no pueden representar legalmente a la misma.

No varía la anterior conclusión frente a las alegaciones del apoderado recurrente, atinentes a que la sociedad puede ser representada por la socia XXX, en su calidad de socia gestora suplente, debido a que ni la señora XXX ni el señor XXX, pueden representar al ente social, en tanto se encuentran inmersos en un conflicto de intereses derivado de su calidad de demandados.”

(...)

“De esta manera, emerge que, como su nombre lo indica, la suplencia opera cuando es necesario suplir al representante legal principal, por presentarse una falta



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

absoluta o temporal del mismo que le impida ejercer sus funciones; y lo anterior, impide establecer que la señora XXX se encuentra habilitada para actuar como representante suplente del ente social, pues al margen del alcance que pueda darse a la cláusula donde se prevé esa condición, lo cierto es que la principal se encuentra en pleno ejercicio de sus funciones, sin que se haya evidenciado o demostrado condición que permita establecer la existencia de una evidente falta temporal y mucho menos absoluta de la misma.

En sentido opuesto, aflora del plenario que representó a la sociedad en el proceso verbal de impugnación surtido ante el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Cali, y que ha sido ratificada la vigencia de su calidad, tanto por la Cámara de Comercio como por la Superintendencia de Industria y Comercio; lo que *prima facie* corrobora su aptitud legal y su capacidad física y mental para intervenir en este tipo de asuntos.”

La Sala soporta su decisión en un pronunciamiento de la Superintendencia de Sociedades en el que esta entidad precisa cuál es el objetivo de la suplencia, el cual (...) “no es otro que el de reemplazar a la persona que ejerce la titularidad de la representación legal de una compañía en sus faltas temporales y absolutas (...) para que el representante suplente pueda desempeñar el cargo, se requiere, no la ausencia material del titular, sino la imposibilidad de desempeñar las funciones que le han sido asignadas, a menos que estatutariamente o por un pronunciamiento del máximo órgano social, se le hayan asignado al representante legal suplente, facultades especiales para representar a la sociedad sin necesidad de que se dé la circunstancia anterior.(...) Mientras el principal se encuentre en uso de sus funciones, no hay lugar a que el representante legal lo supla, por lo tanto, mientras no actúe como suplente del principal, el suplente no será considerado administrador de la compañía, por lo tanto, no le asisten los derechos ni las obligaciones que la ley y los estatutos confieren al representante legal principal.”¹

En razón a lo expuesto, la Sala Civil de Decisión resuelve confirmar la providencia recurrida.

Rad. 012 2016 00228 01 (14 01 2018) M.S.Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez

Responsabilidad civil contractual. Contrato de mandato.

Extracto. “Conforme con lo expuesto, ante el planteamiento jurídico en discusión, y analizada la prueba documental, en especial las obrantes entre folios 178 a 229, queda demostrado que la sociedad demandada si recibió del señor XXX las sumas de \$200 y \$50 millones para que los mismos fueran invertidos en XXX, conforme a los documentos que obran a folio (fl.189 y 197) en los cuales se indicó “XXX, obrando en nombre propio, hago entrega a XXX (sociedad demandada), recursos por valor de... \$200 millones”, así como los \$50 millones, demostrándose con ello, que efectivamente los dineros si se canalizaron a través de la empresa demandada a los favorecidos del mutuo. Dineros que fueron objeto de reinversiones con el mismo cliente entre noviembre de 2007 y diciembre de 2008. Seguimiento transaccional

¹ Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-087352 de 10 de junio de 2014. En el mismo se citan los Oficios No. 220-142234 de 26 de noviembre de 2010 y No. 220-001192 de 17 de enero de 2002.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 06 2018

que quedó soportado en los libros de la sociedad demandada, en cumplimiento del mandato.

En el comportamiento de las partes, descrito anteriormente, claramente se ve la vinculación de aquellas a través del contrato de mandato, obrante entre folios 59 a 61; pero el reproche perseguido “conducta omisiva al deber de información” atendiendo su condición de experta en el mercado de capitales, llevan a establecer una responsabilidad, pues llevó a su mandante a realizar un mutuo, con mayores riesgos, con una sociedad que no tenía capacidad de pago, pues se encontraba embargada en sus activos desde antes que se le recomendara tal inversión, ocasionándole la pérdida del dinero entregado.

Ahora bien, para la Sala, si bien éste conflicto no fue fácil, pues se discutieron varias figuras contractuales, lo cierto es, que entre unas y otras, se da una intermediación, la cual no desaparece por el hecho que el contrato de mandato sin representación—o corretaje como lo manifiesta la demandada—no se haya convertido en uno de intermediación financiera, atendiendo sus particularidades tan disimiles, pero si influyó, es decir, intermedió para que el negocio de mutuo lo realizara el mandante, sin advertirle cuando era su deber legal y profesional, la situación jurídica del beneficiario del préstamo, el cual llevaba a un mayor riesgo del retorno del dinero invertido.”

(...)

“No es de recibo, para la Sala admitir que la obligación del mandante siendo la de conseguir negocios rentables para el mandatario, se de vida a un negocio que desde el inicio iba a tener un resultado negativo, dadas las condiciones financieras de ese deudor. Si la relación del actor lo fue con un tercero que se comunicaba con ellos, según lo sostiene el representante de la pasiva, y su relación con la sociedad XXX fue referente a cobrar comisión por su gestión de corretaje, siendo que las decisiones del negocio fueron tomadas por el mandante, carece de sentido, innecesario se tornaba su participación en esa actividad comercial, no puede comprenderse que se limite solo al cobro de comisiones sin tener ninguna otra participación diferente a ese cobro; al contrario, se evidencia que si se obligó como se infiere de la clausula transcrita. Significa lo anterior y así se infiere del contrato, que la sociedad intermediaria si adquirió obligaciones y se responsabilizaba del éxito del negocio y para ello debía cerciorarse de la idoneidad moral y financiera de quien recibiría el dinero.

Por otra parte, tal y como se observa en la prueba documental obrante a folio 106 del plenario, se desprende claramente que la sociedad demandada era quien construía las cartas de instrucción en referencia al mandato para que el mandante las firmara y poder renovar operaciones, asistiéndole razón al recurrente al aducir que quienes elaboraron toda la documentación que firmó su representado y dar la apariencia de que el que daba las instrucciones era XXX y no precisamente aquel, naciendo desde éste aspecto la responsabilidad que se reclama, pues si bien del contrato de mandato sin representación no se desprende como obligación del mandatario auscultar los sistemas de riesgos con quien el mandante celebrara el mutuo, ello no le resta esa responsabilidad, pues recuérdese que aquellos son especialistas en el mercado y recomendaron al beneficiario del mutuo, siendo de su resorte, bajo la teoría del deber objetivo de cuidado con un comportamiento de un buen padre de familia, darle la información completa a su mandante de los clientes que le referencia para que se



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 06 2018

haga negocios, pues aquel tiene un deber de lealtad (Art.2175 C.C.), pues de su actuar omisivo e irresponsable que genere perjuicio le acarrea culpa (Art.2155 C.C.).

Con todo lo antes dicho, si bien no puede decirse que el demandado haya aceptado en el interrogatorio de parte o en la prueba anticipada la referida “intermediación financiera”, como lo aduce el recurrente, tal manifestación no le resta la responsabilidad de la demandada que atrás se explica, pues se repite, en el acto negocial que intervino no actuó frente a su mandante como un buen padre de familia, no tuvo un cuidado objetivo pese a ser experto en el mercado y no suministró la información completa que necesitaba saber el mandante para efectos de realizar el negocio, conducta que aquí se reprocha.”

(...)

“Finalmente es de precisarse que no toda responsabilidad del infortunio del negocio deba achantarse al mandatario, especialmente al omitir su deber de información y cerciorarse de que el negocio produjera “la obtención de una rentabilidad económica”, tal como se pactó, puesto que claro es según lo confiesa el propio actor que se cataloga como un experto en el mercado, “...” Por ende, aquel pese a la confianza que depositó en su mandatario, tenía la posibilidad de auscultar, de verificar, de exigir la información, previo al desembolso, de la situación jurídica de quien se iba a beneficiar del mutuo, pues la cantidad desembolsada no es e poca monta. De tal manera que tal conducta igualmente negligente, que le hace igualmente responsable, hace que se disminuya la del actor, por lo que la condena se disminuirá en un 40%, así se establecerá a cargo del mandatario el 60% del reembolso de los dineros dados en mutuo con los respectivos intereses pactados, dese la fecha en que debió producirse el pago hasta la fecha de ésta sentencia, debiéndose pagar intereses moratorios a partir del plazo que ha de concederse para el cumplimiento del fallo.”

En merito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil resuelve revocar la sentencia apelada por la parte demandante.

Rad. 002 2011 00214 01 (06 02 2018) acta 011. M.P.Dr. José David Corredor Espitia.

Proceso de pertenencia.

Extracto. “De tal manera entonces, deficiencias como estas que evidentemente no atañen con la aptitud formal de la demanda, porque ésta desde tal perspectiva, reunió las exigencias previstas por la ley procesal, en cuanto que en ella se reseñaron unos linderos del inmueble con miras a especificarlo (cumplimiento del requerimiento normativo de índole estrictamente formal), pero que sí afectan la sustancialidad del derecho reclamado pues indican que os demandantes no lograron demostrar que los predios que dicen poseer son los mismos a los que se refiere la demanda pues ni la inspección judicial ni el peritaje presentado lograron verificar tal afirmación (siento esta una de las condiciones legales de la posesión – artículo 762 del Código Civil-), hacen inviable la prosperidad de sus aspiraciones procesales.

En conclusión, verificado que en el presente asunto no s encuentran demostrados los elementos propios de la usucapión en ninguna de sus formas, la Sala confirmará la sentencia apelada.”



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

En el acápite de presupuestos jurisprudenciales, la Sala citó una sentencia de la Corte que se pronunció respecto a la identidad de la cosa en la que pretende el demandante tener un derecho: *“Para poder afirmar que alguien posee un bien determinado, que tiene la tenencia de él con el ánimo de señor y dueño, precisa saber de qué bien se trata: mas si resultare, como en el caso de autos, que el bien no puede identificarse, palpase en su contenido, no puede atribuirse, en principio posesión alguna, porque esta sólo puede predicarse de los entes que se conozcan o se ven, ya que la posesión material, se comprueba con hechos perceptibles por el sentido de la vista y como atributo de algo corporal, delimitado e identificado, perceptible en su realidad externa”* (G.J.L. Pág.416).

Radicación.003-2011-00372-01 (13 02 2018) M.S. JULIÁN ALBERTO VILLEGAS PEREA.

Responsabilidad civil contractual. Indebida atención en el servicio médico asistencial.

Antecedentes. Los demandantes pretenden se declare que las demandadas son solidaria y civilmente responsables por los perjuicios materiales, morales y a la vida en relación causados a los mismos, con ocasión a la indebida atención en el servicio médico asistencial, por no haberle suministrado anticoagulante a tiempo para tratar las graves lesiones sufridas por la señora XXX.

Extracto. En suma, la Sala observa que la parte demandante consideró erróneamente y sin respaldo probatorio que la culpa médica de la Clínica demandada era fehaciente y que se desprendía del mero hecho de la omisión de haber suministrado anticoagulantes y de haberla dado de alta de la Clínica, tanto así que ni siquiera solicitó dictamen pericial para demostrar la culpa médica o que dada la característica de la lesión debió suministrarse anticoagulantes para evitar trombos, junto a que los demandados explicaron sus actuaciones y dieron razones profesionales de ellas, sin que haya opinión científica en contrario, todo indica que hubo una gran actividad médica especializada para atender a la paciente, quien ante el imponderable de la complejidad del cuerpo humano sufrió un tromboelismo que la llevó al lamentable deceso, riesgo que se corre frente a cualquier intervención altamente invasiva. Dada la ausencia de prueba de la culpa medica como presupuesto genético de la responsabilidad deprecada deviene inevitable el fracaso de las pretensiones y la confirmación de la sentencia de primer grado.”

En merito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali resuelve confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Cali.

Radicación No. 76001-31-03-009-2012-00347-01 (1811) (15 08 18). M.P. JORGE JARAMILLO VILLARREAL.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 06 2018

NULIDAD. Fallo inhibitorio. Indebida representación.

Extracto. “Bajo esos derroteros se considera que el fallo inhibitorio que dictó el juez Diecisiete Civil del Circuito de Cali respecto del interés jurídico ser señor XXX, es un típico caso de negación de justicia y entraña defecto procedimental, sustantivo y desconocimiento de precedente jurisprudencial, toda vez que quebranta los preceptos de estricto raigambre constitucional acabados de citar.

La autorización de poder o autorización legal de la demandante XXX, para constituir apoderado a favor de su hijo XXX, para acceder a la jurisdicción, no emerge como justa causa para proferir un fallo inhibitorio, más aun si en la actual codificación procesal está absolutamente proscrita semejante decisión.

(...)

Entonces, no era procedente para el *a quo* que dictó sentencia, declararse inhibido para fallar sobre el interés jurídico del demandante en condición de debilidad manifiesta. Su deber legal ineludible según concordancia de los artículos 42 núm. 12 y 132 del CGP, era el de facilitar las medidas procesales pertinentes para garantizar la debida representación del señor XXX y evitar un fallo inhibitorio, que vuelve a iterarse, en la actual ley procesal está absolutamente proscrito.

En consecuencia, corresponde declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia y de todo lo actuado respecto del señor XXX, quedando a salvo todo lo actuado por las otras dos demandantes y devolver el proceso al juez que la profirió para que adopte las medidas procesales pertinentes a efecto de materializar el derecho a la igualdad y de acceso a la administración de justicia del actor procesal afectado con la nulidad.”

En merito de lo expuesto la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, resuelve declarar la nulidad de la sentencia antes mencionada, y de todo lo actuado respecto del señor XXX, quedando a salvo todo lo actuado por las otras dos demandantes.

Radicación No. 003-2014-00041-01 (18-20) (02 03 2018) M.S. ANA LUZ ESCOBAR LOZANO.

Proceso ordinario de simulación. Carencia de legitimación en causa por activa.

Caso. La señora XXX y su hija XXX presentan demanda ordinaria de simulación en contra del señor XXX, con la pretensión de que se declare la simulación del contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública No xxx del 17 de abril de 2009. No obstante lo anterior, la señora XXX, el día 11 de noviembre de 2010 presentó ante el juzgado un memorial en el que de manera expresa manifestó su deseo de desistir de la acción ordinaria instaurada contra el señor XXX, documento que fue aceptado por el juzgado mediante auto interlocutorio. Posteriormente, el juzgado decide vincular a la señora XXX al proceso como litisconsorte necesario, decisión que es dejada sin efecto por el mismo.

La Sala se propone a resolver los siguientes problemas jurídicos.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 06 2018

- 1) ¿Le asistía a la señora XXX la capacidad procesal para comparecer al litigio?
- 2) ¿Está legitimada para pretender la simulación del contrato de compraventa quien solo tiene la expectativa de un derecho hereditario sobre el bien?
- 3) ¿Se extralimitó el juez de instancia al dejar sin efecto el auto de 19 de febrero de 2009 por el cual se integró a la señora XXX como litisconsorte necesario?

Extracto. “En relación con el presupuesto de capacidad para comparecer al litigio, y que ocupa nuestro primer problema jurídico la Sala señala:

La señora XXX menciona que su madre XXX estaba enferma, padecía Alzheimer, y que en dicha condición manifestó su deseo de renunciar o desistir de sus pretensiones frente al demandado XXX, no obstante lo anterior ninguna prueba presentó al respecto, no obra material probatorio que apunte hacia la existencia de dicha incapacidad.

(...)

Siendo ello así, tenemos entonces que se cumplen a cabalidad todos los presupuestos procesales. De igual forma la demanda principal, como las actuaciones de ella derivadas, reúnen los requisitos formales y no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.”

(...)

En relación con el segundo problema la Sala señala:

“Resulta entonces que el derecho de la señora XXX no es actual, sino futuro y por lo tanto al no haber derecho adquirido no hay interés jurídico para demandar, toda vez que con el acto que origina la acción no se le había causado, hasta la fecha de presentación de la demanda, ningún perjuicio.

(...)

Corolario de lo anterior, es que para que los herederos de quien participó en el acto simulado, puedan ejercer la acción encaminada a develar la verdadera intención de los contratantes debe haber nacido su derecho a heredar y ello solo se produce con la muerte del causante; de manera que en este caso como ya se dijo, si la señora XXX no ha fallecido, ningún derecho hereditario le asiste a su hija XXX y por lo tanto no le asiste legitimación para adelantar el presente proceso, de manera que en este punto es acertada la decisión recurrida.”

(...)

En relación con el tercer problema la Sala señala:

“Esa manifestación inequívoca de la voluntad de la señora XXX, de no querer continuar con el proceso de simulación en contra de su hijo, era suficiente para descartarla como demandante, de manera que no se hacía necesaria su vinculación como litisconsorte y menos en la calidad de necesario.

(...)

El juez *a quo* entonces no se extralimitó ni procesal ni sustancialmente cuando en la sentencia dejó sin efecto el auto de 19 de enero de 2011, por el contrario, enmendó el error de tipo procesal que en antes se había incurrido.”

En merito de lo expuesto la Sala resuelve confirmar la sentencia objeto de apelación.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

Radicación No. 008 2010 00430 0 (8733) (15 02 2018) M.P. FLAVIO EDUARDO CÓRDOBA FUERTES.

VERBAL TRADENTE AL ADQUIRENTE.

Extracto:

Se procede a estudiar la decisión tomada por el A-quo en la cual rechazó la oposición. Sea menester primero mencionar que la figura de la oposición a la entrega de bienes está demarcada para que solo personas con específicas características puedan ejercerla; el articulado de la codificación adjetiva es claro: debe además de tener el inmueble en su poder, ser una persona contra la cual no produzca efectos la sentencia, ni tenedor a nombre de alguien a quien la sentencia le afecte.

Fijado lo anterior, no hay que dilatarse en razonamientos para establecer superficialmente la calidad que ostentan los opositores como tenedores del demandado, puesto que este no es el escenario para zanjar de fondo la discusión sobre la posesión que ellos alegan, máxime cuando ya los opositores han interpuesto demanda pretendiendo la declaratoria de pertenencia del inmueble.

Esta instancia basa la anterior enunciación en las mismas declaraciones del opositor en la audiencia del 20 de septiembre del 2017, en la que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx menciona que recibió el bien de parte del demandado quien lo adquirió a título de compraventa, para que viviera con su señora esposa, reconociendo el opositor la propiedad de aquel, las demás pruebas arrimadas por los opositores, como las constancias de las mejoras realizadas al inmueble y el pago de servicios públicos ya mencionados, son actos que en este caso deben tomarse como deberes por habitar el inmueble.

Por otra parte, las declaraciones rendidas por los testigos en la diligencia de entrega y el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, pierden su eficacia y valor por los mismos dichos del opositor quien reconoció a su hijo (xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx) como dueño del bien, expresando que el inmueble les fue entregado en una especie de usufructo vitalicio, siendo meros tenedores, sin observarse interversión del título, aún más cuando el transcurrir del tiempo no muda la tenencia en propiedad, por lo anterior habrá de confirmarse la decisión del A quo que rechazó la oposición a la entrega, por ser los opositores tenedores a nombre del demandado.

Se observa que la decisión del Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de Cali fue de rechazar *de plano* la oposición, lo cual no es lo más preciso, como quiera que tras haber tramitado copiosamente la oposición, lo adecuado sería decretar su rechazo sin uso de la expresión *de plano*, por lo tanto, se CONFIRMA la providencia atacada por este recurso pero con la precisión de la expresión técnica que corresponde al caso.

Rad. 010 2016 00100 02 (23 04 2018) Dr. Julián Alberto Villegas Perea



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

EJECUTIVO SINGULAR

Extracto:

En el caso, la Sala que en la Resolución No. 389 del 7 de junio de 2016, el liquidador de la Corporación declaró el desequilibrio financiero de la entidad por no tener activos suficientes para cubrir las obligaciones de quinta clase ni las obligaciones litigiosas por condenas judiciales en su contra, en efecto, en la Resolución se lee: “se advierte que la CORPORACIÓN COMFENALCO VALLE UNIVERSIDAD LIBRE EN LIQUIDACIÓN, a la fecha no tiene activos suficientes para pagar los créditos de Quinta Clase, así como tampoco sería posible pagar o constituir reserva de ningún tipo para el pago de condenas en firme por concepto de procesos ejecutivos, ordinarios y sancionatorios reclamados o no en el proceso liquidatorio. Lo anterior, en razón al agotamiento total de sus activos, configurándose un DESEQUILIBRIO ECONÓMICO entre los **ACTIVOS Y LOS PASIVOS DE LA ENTIDAD EN LIQUIDACIÓN**”, en consecuencia, declaró insolutos los créditos de quinta clase y la imposibilidad de constituir ningún tipo de reserva para pagar condenas de procesos judiciales por el agotamiento total de los activos.

Desde ahí el trámite de liquidación prosiguió hasta su culminación, el liquidador aportó al proceso copia del Acta No. 20 del 12 de julio de 2016 por la cual la asamblea extraordinaria de la Corporación aprobó el informe final del liquidador y ordenó la cancelación de la personería jurídica publicada el 9 de agosto de 2016 en la *Gaceta Departamental del Valle del Cauca*, así como la Resolución No. 183 del 29 de diciembre de 2016 expedida por el Departamento Administrativo Jurídico de la Gobernación del Valle del Cauca por la cual ordenó la cancelación de la personería jurídica y la terminación de la existencia legal de la Corporación, publicada el 5 de enero de 2017 en la *Gaceta Departamental del Valle del Cauca* (Fls. 30 a 36 C. Tribunal).

La Sala advierte que la a quo pese a que fue informada de la extinción de la Corporación demandada ordenó continuar la ejecución en contra de la “Corporación Comfenalco Valle – Universidad Libre en Liquidación” simplemente argumentando que era deber del liquidador haber constituido las reservas para las obligaciones por condenas litigiosas como la presente y que si no lo hizo podría haber incurrido en responsabilidad, siendo claro que ha omitido valorar lo que el liquidador ha venido informando sobre la imposibilidad de constituir la reserva por agotamiento total de los activos de la Corporación, tampoco explicó los efectos de la inexistencia sobrevenida de la Corporación demandada de cara al proceso ejecutivo.

Así pues, no admite duda que a la fecha del fallo de primera instancia la Corporación se había liquidado y extinguido, toda vez que la Gobernación del Valle del Cauca decretó la cancelación de la personería jurídica, de igual forma se encuentra acreditado que el liquidador informó sobre la imposibilidad de pagar los créditos de quinta clase y de constituir una reserva adecuada para solventar los eventuales condenas en procesos judiciales.

Rad. 014 2015 00467 01 (1868) (08- 05-2018) M.P. Jorge Jaramillo Villareal.



PERTENENCIA

Extracto:

Así las cosas, la afirmación contenida en el hecho primero de la demanda, en el sentido de que la actora ha tenido la posesión real y material del 25% que le corresponde al demandado en el inmueble de marras, aparece como carente de soporte jurídico y fáctico, en tanto que en primer lugar, la posesión que ejerce deviene de una comunidad, y al ser posesión de comunero, como se dejó reseñado, en principio su utilidad es pro indiviso, es decir para la misma comunidad, sin que sea predicable y menos comprobado que desde el año 2001 al producirse la liquidación de la sociedad conyugal que le otorgó el señalado porcentaje al condómino demandado en el bien, tal posesión se haya sentado o radicado en esta cuota de manera exclusiva, autónoma y excluyente de la comunidad a la cual accede, pues como atrás se advirtió, en este asunto se está en presencia de varias personas que de igual forma que la demandante ejercen posesión en su condición de propietarios inscritos de cuotas o de partes alícuotas definidas pero abstractas, esto es, que no se radican de manera particular y concreta en parte definida del bien.

Por manera que, si en tales condiciones la demandante pretende prescribir, se encuentra con la seria limitante de que en su accionar confluyen los derechos y el ejercicio posesorio sobre el mismo bien, de los otros condueños xxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, hecho que descarta la posesión individual, autónoma, independiente y excluyente de la comunidad, aún a pesar de la ausencia del condómino demandado, cuyo derecho se acompasa a la coposesión de los demás copartícipes sobre el bien común, la que ni por asomo aparece desvirtuada o excluida.

No se cumple entonces, el presupuesto de que trata el artículo 407, numeral 2º del C. de P.C., vigente para la fecha de la demanda, como hoy lo regula el art. 375 del C.G.P., de que la “(...)pertenencia podrá pedirla el comunero **que con exclusión de los otros condueños...**”, como tampoco se resuelve afirmativamente el problema jurídico planteado por el juez a quo, en cuanto si la demandante “probó la calidad de poseedora de la cuota parte que se reclama”, cuando el mismo juez en forma contradictoria afirmara en su sentencia que “la posesión ha sido ejercida por ella [la demandante] y sus hijos ... hasta la actualidad”, y que “en la diligencia de inspección judicial se evidenció la posesión de la demandante y del otro demandado xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx”, para luego tener por identificado “el bien”, porque en tal diligencia “se constató la posesión de la demandante y la correspondencia del bien pretendido con el poseído, la nomenclatura, la ubicación, área, linderos, construcción existente, según lo dicho en la demanda”. Basta con preguntarse la Sala, de qué forma es que se constató la correspondencia de lo poseído por la actora con el 25% indiviso que le corresponde al demandado en el inmueble, sin desmedro de los derechos de los demás copropietarios, para denotar la sinrazón de tal razonamiento.

Por supuesto que, los llamados “actos de señorío” señalados por el a quo, tales como el pago de impuestos y valorización, y servicios públicos que corresponden a la totalidad del inmueble y las reparaciones locativas, no son indicativos de la posesión exclusiva y excluyente de cosa singular que se echa de menos, pues solo reflejan la detentación del predio y el ejercicio del derecho de propiedad (uso) del que son titulares sus ocupantes.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

Conforme a lo anterior, queda sin sustento la ligera conclusión del juez a quo, de que a partir de la ejecutoria de la sentencia aprobatoria del trabajo de partición del Juzgado 5 de Familia entró a operar de pleno una coposesión del bien, por lo que *solo a partir de allí debe operar la mutación exigida y convertirse en una posesión única de la demandante*, es decir, con exclusión total del comunero demandado, para reclamar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio ...respecto de la cuota proindiviso que se reclama en la demanda”.

De esta forma, el juzgador sin abonar razones, entró a suponer lo que debía ser objeto de plena y cabal demostración en el proceso, como es que por el término previsto en la ley, la demandante ejecutó actos de posesión de tal trascendencia que no quede asomo de duda de que los ejecutó con **“carácter exclusivamente propio y personal, desconociendo por añadidura el derecho a poseer del que también son titulares `pro indiviso` los demás copartícipes sobre el bien común”**, siendo que por el contrario, lo demostrado en el proceso tan solo dice relación con el ejercicio de la posesión conjunta entre copropietarios o cotitulares del derecho de dominio del bien pretendido.

Rad.001 2015 00141 01 (14-03-2018) Acta 019 M.P. Carlos Alberto Romero Sánchez.

EJECUTIVO SINGULAR. Contrato de Promesa de Venta

Extracto:

Con todo, aunque se tuviera por cierto que las partes acordaron prorrogar el respectivo plazo, tampoco en ese caso sería posible establecer que concurre el presupuesto de exigibilidad de la obligación, pues lo cierto es que las partes, como aseguraron tanto la actora como su hijo, no lograron fijar una nueva fecha o plazo para el cumplimiento de la respectiva obligación (firma de la escritura pública); ello en verdad impide al juez del ejecutivo, determinar que la obligación se hizo exigible en una nueva fecha, y sobretodo establecer que ello ocurrió con antelación a la presentación de la demanda.

Debe agregarse que aunque la demandada (en su contestación) aseguró que las partes dejaron abierta la fecha de suscripción de la escritura (a la espera de un tercero comprador), esta es manifestación que no puede tenerse como confesión de la existencia de una obligación pura y simple y que resulta insuficiente para la presente ejecución, pues en este caso puntual, el título y la prestación en sí misma, obedecen a un contrato de promesa de venta, negocio que por virtud de la ley, se encuentra sometido a solemnidades, tales como su constancia por escrito y la claridad en cuanto al plazo o condición a que queda sometida la suscripción del contrato prometido, las cuales no pueden pasar desapercibidas por la Sala.

Y en adición a lo expuesto, se advierte que las mismas partes acordaron que “solo se podrá prorrogar el término para el cumplimiento de las obligaciones que por este contrato se contraen, cuando así lo acuerden las partes mediante cláusula que se agregue al presente instrumento, firmada por ambas partes por lo menos con dos días hábiles de anticipación al término inicial señalado para la extensión de la escritura pública.” (Clausula Sexta. Fl. 6 c.1). De esta forma, es claro que ningún



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 06 2018

efecto puede darse a las afirmaciones de la demanda, en cuanto a la existencia de un plazo “indefinido o abierto” para la suscripción de la respectiva escritura.

Con fundamento en todo lo anterior, aflora evidente que aunque en la decisión de instancia, se incurre en una falencia de motivación entorno al examen probatorio, lo cierto es que el mismo, contrario a lo que se aduce en apelación, no evidencia el cumplimiento del requisito de exigibilidad echado de menos por el *a quo*, y por el contrario, expone que este no se encuentra ni al capricho del juzgador ni a la prevalencia del derecho formal, sino al cumplimiento de una obligación en cabeza suya que debe desplegarse incluso de manera officiosa.

De allí se colige que la sentencia debe ser confirmada, pues no lograr desvirtuar la decisión los reparos izados por la parte recurrente, relativos al indebido análisis probatorio y el desconocimiento de principios superiores, debiéndose precisar que las referencias probatorias atinentes a la forma en que se llevó a cabo el contrato objeto de ejecución y los pormenores de la misma, relacionados con la verdadera intención de los contratantes, el verdadero propietario o propietarios del bien, la partición de bienes de la sociedad patrimonial surgida entre la ejecutada y el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, entre otros, son cuestiones reservadas a otros escenarios judiciales en los cuales pueda debatirse ampliamente la legalidad de las conductas asumidas por las partes (en donde se incluye lo atinente al intento de negociación surgido en el curso de este proceso), debate que en verdad escapa a la naturaleza del trámite coercitivo que nos convoca.

Rad.004 2011 00419 01(14-03-2018) Acta 019 M.S. Carlos Alberto Romero Sánchez.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. Actividad Bancaria.

Extracto:

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, actuando como heredero de su madre xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, pide condenar al banco BBVA Colombia S.A., al pago de la suma de \$66.291.655, al que tenía derecho la fallecida por concepto de cesantías definitivas, y que por error de los funcionarios de la entidad le fue cancelado a una delincente, violando la normatividad establecida en el sistema bancario para efectuar tal pago.

Por su cuenta, el ente demandado se opuso a las pretensiones alegando, en lo pertinente, que actuó en forma prudente y diligente y que no se presentó irregularidad de su parte al momento de pagar los dineros reclamados en la demanda, ni contribuyó al perfeccionamiento del delito de un tercero inescrupuloso que falsificó los documentos de identidad de la beneficiaria.

El juez de primera instancia denegó las pretensiones incoadas, tras advertir, sin abonar razones, que nos encontramos ante una actividad calificable como peligrosa, por lo que el demandado puede exonerarse acreditando una causa extraña como el hecho de un tercero, la cual encontró probada advirtiéndose que en el evento influyó la conducta de un sujeto que hizo incurrir en error al banco. Adicionalmente, estableció que el material de prueba evidencia que no se pasaron por alto los requisitos y procedimientos para el pago materia de reclamo.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 06 2018

Inconforme con la decisión, el demandante recurrió la misma en alzada, básicamente insistiendo en que sí se presentaron falencias por parte del banco demandado y procedió a enlistar las mismas.

El accionante censura la conducta de la funcionaria xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, como violatoria de las normas bancarias, empero, como antes se reseñara, ningún señalamiento se hace de las normas vulneradas o desconocidas, centrandó su argumentación en la omisión de sendas llamadas telefónicas a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Secretaría de Educación Municipal de Cali, a fin de constatar la autenticidad de los documentos exhibidos por quien se acercó a cobrar las cesantías.

Ahora bien, la prueba documental traída por el propio demandante deja sin piso la pretendida obligación de la entidad bancaria para exigirle la tarea que el recurrente echa de menos, cuando es la misma Superintendencia Bancaria, la que a través de su Dirección Jurídica ha expresado su posición institucional a través de los conceptos del 23 de abril de 2009 y 15 de febrero de 2013, según los cuales la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante oficio 2166 del 25 de octubre de 2005, expresó que la contraseña expedida por ella sirve temporalmente como documento de identificación mientras se expide la cédula laminada, y por tanto, es válida para ejercer actos civiles. De otro lado, emerge del segundo concepto que al entregarse un cheque de gerencia para ser pagado al primer beneficiario, el banco depositario identifica al último tenedor, y si es su cliente, según los acuerdos interbancarios, “garantiza la autenticidad de su firma, lo cual le da certeza al banco librado sobre la persona que presenta el título para su cobro”. Véase como la entidad demandada entregó cheque de esta naturaleza y con sello restrictivo de pago al primer beneficiario.

De lo dicho hasta aquí surge que si la contraseña exhibida a la cajera xxxxxxxxxx es válida para la identificación de las personas, y tal documento no adolecía de los elementos de seguridad que, a voces de la Registraduría, el mismo debía contener, a saber: “el código de barras en la parte superior, los datos del solicitante, la fecha y el lugar de nacimiento, el número de preparación, al dorso la firma del Registrador Municipal, la impresión del índice derecho y la fotografía del titular”; como así se hizo, conforme se acredita de los copias obrantes en autos, no era dable exigir a la entidad bancaria la heterodoxa labor “precautelativa” o “cautelar” de hacer pesquisa adicional en la Registraduría a fin de constatar la veracidad del documento, que siendo público se presume.

Por la manera en que se presentaron los hechos, en donde se avizora la maquinación de un tercero que la misma Fiscalía General de la Nación no ha podido identificar, que abarcó desde el proceso de reconocimiento y orden de pago de las cesantías, la expedición de cheque de gerencia con sello restrictivo, hasta su disposición final en cuenta abierta en otro banco con esa finalidad, ha de decirse que la entidad demandada pese al agotamiento de las medidas de autocontrol que la Sala considera en el caso concreto como razonables y eficaces para impedir la producción del daño, no tuvo forma de evitar la consumación de la suplantación que conllevó el apoderamiento de los dineros reclamados.

En este asunto conforme al caudal probatorio no se acredita obrar con desidia, descuido, negligencia, despreocupación o impericia del banco demandado, de donde no es posible comulgar con la tesis del recurrente de que “el hurto se realizó por responsabilidad total del banco BBVA”, dado que su actuación estuvo



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

determinada por el hecho de un tercero en las condiciones relatadas en el proceso, circunstancia que se escapa a la diligencia que le era exigible , y que por tanto lo exonera de responsabilidad.

Rad. 004 2012 00406 01(14-03-2018) Acta 019. Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

DIVISORIO VENTA DEL BIEN COMÚN. Incidente de nulidad y la oposición a la diligencia de secuestro.

Extracto:

Procede la Sala a definir en primer lugar, si el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx actuando sin la representación de un apoderado judicial y quien dice ser poseedor del bien, podía o no formular el recurso de apelación, respecto de la decisión de la comisionada de seguir con la diligencia de secuestro, para lo cual es necesario referirnos en principio al artículo 229 de la Constitución Política , el cual señala que la ley indicará los casos en los cuales se podrá actuar sin la representación de un abogado ; teniendo como base dicho artículo, la ley estableció en el artículo 27 del Decreto 196 de 1971 (aludido en los presupuestos normativos de esta providencia punto 3.1.2.) dichos casos, y dentro de los cuales no se encuentra que una persona sin la debida representación de un abogado pueda interponer recursos en las diligencias de secuestro, puesto que si bien puede oponerse a ella (como se establece en el punto 3.2.1.) , no se indica que por ello pueda interponer recursos contra las decisiones tomadas allí, por lo cual en respuesta al problema jurídico formulado se deduce básicamente que el recurso de apelación no podía ser formulado por el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx por sí mismo, ya que dicho pronunciamiento entraña un acto previo de *ius-postulandi*, y por ende el recurso debía ser interpuesto por su respectivo apoderado judicial.

En segundo lugar, si la causal de nulidad invocada por el apoderado del demandado en mención, la cual tiene como base el no pronunciamiento por parte de la comisionada sobre la oposición efectuada, y respecto de la concesión o negación de los recursos interpuestos, debe decirse de entrada que el *a-quo* dio por entendido que efectivamente existían errores de actividad procesal por parte de la comisionada, y por ello decidió resolver y aclarar estos defectos así:

Primero con respecto de la oposición rechazándola de plano mediante auto fechado el 30 de octubre del 2017, estableciendo que “si bien es cierto que el demandado xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, se opuso a la diligencia de secuestro, también lo es que la misma fue resuelta allí mismo de manera negativa, como igualmente le fue negado el recurso de apelación: de tal suerte que la diligencia de secuestro se llevó a cabo, haciéndole entrega real y material del inmueble a la secuestre xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx” además de eso argumentó que “En cuanto a la nulidad de la diligencia de secuestro que ahora alega el mismo demandado xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, a través del apoderado recurrente, señalando que no fue atendido su pedimento de oposición , debe indicarse que, conforme a lo indicado en el numeral 2º del artículo 596 del C.G.P. , a esta oposición se aplica , en lo pertinente , lo dispuesto en relación con la diligencia de entrega, contemplada en el artículo 309 ibídem , el que claramente señala en su numeral 1º que, **el Juez rechazará de plano la oposición formulada por persona contra quien produzca efectos**



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

la sentencia, o por quien sea tenedor a nombre de aquella.” Y por último señaló que siendo así “bien hizo el comisionado al rechazar la oposición al secuestro formulada por el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en tratándose de uno de los demandados, contra quien ciertamente produce efectos la sentencia, máxime que en aquel momento actuó en causa propia, lo que no le era dado en tratándose de un proceso de mayor cuantía para lo que debía hacerse representar por apoderado judicial. Pero además, porque resulta plenamente válido el argumento que en la diligencia expuso el comisionado, de no ser el momento procesal para alegar una posesión material, pues ello lo debió hacer el citado demandado cuando dio la venta en pública subasta del bien material de la división (mediante auto interlocutorio N° 416 del 31 de julio de 2014, Fols. 230-233 c.1) decisión que se encuentra legalmente ejecutoriada”.

Y segundo, concediendo el recurso de apelación ante esta superioridad mediante auto fechado el 11 de diciembre del 2017, no sin antes reiterar que “en cuanto el recurso de apelación que dice haber interpuesto el demandado xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx en la diligencia de secuestro, debe tenerse en cuenta que en este proceso no le es dado actuar en causa propia : luego no era procedente atender los recursos que allí puedo proponer; no obstante, si la funcionaria atendió la diligencia no lo indicó expresamente si lo hizo de manera tácita al continuar la diligencia, negando sus reclamos , pues cierto se tiene que aquella dio estricto cumplimiento a la comisión. Declarando debidamente secuestrado el bien, manifestación que a la postre debe entenderse como rechazo a la alzada presentada.

Con todo, se negará la reposición del auto recurrido y, como el recurrente interpuso en subsidio el recurso de apelación, éste se concederá en el efecto devolutivo, de conformidad con lo indicado en el numeral 5 del artículo 321 del C.G.P., aclarando que el recurso comprende los puntos nuevos tratados en el auto recurrido (rechazo de la nulidad e incidente de oposición al secuestro), como en efecto se resolverá.”

Establecido lo anterior, la Sala considera que mediante dichas decisiones las falencias en las que había incurrido la comisionada quedaron subsanadas por el propio Juzgado comitente, y por ende existe carencia de estudio de dichas irregularidades al ya existir un pronunciamiento conforme a derecho por parte del *a-quo*.

Al ser así, y respecto del recurso de apelación interpuesto contra el rechazo de plano de la nulidad planteada, anteriormente descrita y la cual no está fundada en ninguno de los hechos que establece el artículo 133 del C.G.P. , es de manifestar que en el punto de nulidades procesales en Colombia desde la vigencia del código ritual del año 1970 , rigen los principios de especificidad, protección y convalidación. Para detenernos luego un poco más en el primero, cabe recordar que el segundo consiste en la necesidad de detectar la nulidad con el fin de proteger a la parte cuyo derecho le fue cercenado por causa de la irregularidad; y radica el tercero en que la nulidad, salvo contadas excepciones, desaparece del proceso por virtud del consentimiento expreso o implícito del litigante perjudicado con el vicio.

Siendo así, las nulidades procesales en orden a la protección de la garantía ciudadana del debido proceso (artículo 29 Constitución Política), tienen por finalidad entonces, la de amparar los intereses de las partes para que no sean objeto de arbitrariedades con actuaciones desarrolladas ignorando las ritualidades que reglan la conducta de los sujetos que intervienen en el proceso. Dichas nulidades, aluden a irregularidades que ocurren dentro del trámite del proceso en sí; las causales de dichas nulidades



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

están taxativamente enumeradas en el artículo 133 del C.G.del P. para todos los procesos.

Este señalamiento taxativo de los vicios que constituyen nulidades procesales, es lo que la doctrina ha definido como el principio de la especificidad, según el cual, no hay defecto capaz de estructurar nulidad, sin ley que expresamente la establezca, premisa que conlleva a que el fallador no puede acudir a las reglas de la analogía para predicar vicios de nulidad, como tampoco extender ésta a defectos diferentes a los señalados en la ley.

En respuesta al último problema jurídico formulado, y con respecto al recurso de apelación interpuesto contra el rechazo de la oposición, se establece que al encontrarse que el intento de mutación de “poseedor comunero” al de “poseedor exclusivo” fracasó (por lo establecido en el punto anterior) la oposición realizada no varía su efecto, y al ser el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx parte del proceso se somete a las mismas reglas del artículo 309 del C.G.del P., y por ende debe tenerse en cuenta que:

La figura de la oposición al secuestro está demarcada para que solo personas con específicas características puedan ejercerla; el articulado de la codificación adjetiva es claro: debe además de tener el inmueble en su poder, ser una persona contra la cual no produzca efectos la sentencia, ni tenedor a nombre de alguien a quien la sentencia le afecte.

Fijado lo anterior, no hay que dilatarse en razonamientos, la oposición al secuestro es el medio defensivo que poseen únicamente los terceros para evitar ser afectados con una medida que no están obligados a sobrellevar.

En el caso *sub-examine*, al ser el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx demandado dentro del proceso de referencia, es claro que la sentencia tendrá efectos contra él, por lo cual al no ser un tercero ajeno del proceso, su oposición no está llamada a prosperar y se reafirma la decisión del Juzgado cognoscente de rechazar de plano la oposición planteada.

Así las cosas, y resueltos en su totalidad los problemas jurídicos formulados, se establece básicamente que tanto la oposición al secuestro como la solicitud de nulidad son improcedentes, y por ello se confirmará el auto apelado.

Rad. 013 2013 00104 02 (05-04-2018) M.S. Julián Alberto Villegas Perea.

RENDICIÓN PROVOCADA DE CUENTAS. Contrato de cuentas en participación.

Extracto:

Mediante demanda de rendición provocada de cuentas formulada en contra de la sociedad xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx la demandante xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, solicitó que se ordene a la demandada que rinda cuentas del contrato de cuentas en participación suscrito entre las partes el 2 de enero de 2008, cuyo objeto radicaba en el desarrollo y estructuración de la unidad de negocio denominada “*Unidad de Neurodesarrollo – Neurokids*”.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

En este punto vale la pena señalar que de acuerdo con la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las partes “cuentas en participación”, definido doctrinariamente como una forma de cooperación económica que difiere con un contrato de sociedad, surge a cargo del gestor la necesidad de llevar cuentas independientes de su gestión respecto del negocio celebrado, la cual sobra decir, debe ser diferente de las cuentas o balances generales de su actividad principal. La anterior obligación se desprende de la interpretación del previamente citado artículo 512 del Código de Comercio que estipula el derecho que le asiste al partícipe de revisar en cualquier tiempo, “*todos los documentos de la participación y que el gestor le rinda cuentas de su gestión*”, del cual, a pesar de la generalidad de su regulación, surge con claridad la obligación del gestor de llevar documentos específicos de la actividad de la participación, sustentada en libros de comercio y contabilidad permanente actualizados en virtud del carácter mercantil objeto del contrato celebrado –artículo 507 Código de Comercio-. Lo anterior, máxime cuando, conforme lo pactado por las partes en la cláusula cuarta del contrato de cuentas en participación, dentro de las obligaciones de la sociedad gestora se pactó la de “ordenar a quien corresponda la realización de la operación de la Unidad de Negocio, **a través de una contabilidad separada** a fin de dar la transparencia requerida de la negociación.” (Negrilla de la Sala).

De esta manera entonces, partiendo de la base de que dentro del presente asunto se encuentra probado que no existe una contabilidad específica en el que se discriminen las operaciones contables relacionadas con el contrato de cuentas en participación celebrado con la actora, y que los documentos presentados no resultan ser suficientes para que sirvan como cuentas efectivamente presentadas a la actora, pues no discriminan independientemente la unidad de negocio objeto de contrato, ni cuentan con los soportes contables o financieros que demuestren de manera clara y detallada el ejercicio contable, es dable concluir que en el presente asunto no se encuentran debidamente las cuentas rendidas del contrato de cuentas en participación objeto de la Litis.

Finalmente, tampoco encuentra acertada la Sala la posición expuesta por la Juez de tener por probada las cuentas rendidas a la demandada, fundada en el indicio de que aquella aceptó los valores expuestos en su momento como cuentas definitivas del ejercicio contable correspondiente, como quiera que dicha acción no excluye la posibilidad de solicitar por esta bien la presentación de los soportes contables que sustentaron la liquidación, y que como ya quedó visto, no existe prueba de que la entidad demandada hubiese cumplido con su deber contractual previsto en el numeral 5, literal A de la cláusula cuarta del contrato de cuentas en participación previamente señalada.

En conclusión, verificado que en el presente asunto la entidad demandada debe rendir las cuentas solicitadas en el término señalado en precedencia, la Sala revocará en su integridad la Sentencia apelada, y ordenará a la demandada sociedad xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx que, conforme su deber legal y contractual, rinda las cuentas derivadas del contrato de cuentas en participación suscrito con la demandante xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx el 2 de febrero de 2008, de la unidad de desarrollo denominada UNIDAD DE DESARROLLO NEUROKIDS para los años 2008,2009 y hasta abril de 2010.

Rad.010 2016 00195 01 Acta No. 1025 (02-05-2018) M.S. Julián Alberto Villegas Perea.



ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. Responsabilidad civil solidaria.

Extracto:

El señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, a través de apoderado judicial, promovió proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual, en contra de xxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxx, para que se declarara la responsabilidad de las demandadas y se les condenara a pagar los perjuicios, en virtud al hecho dañoso del 7 mayo del 2000, que le ocasionó lesiones físicas, y que se describe a continuación.

El señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxx transitaba en motocicleta por la carrera 1 con calle 40 de la ciudad de Cali, aproximadamente a las 9:00 pm, hasta que dio con escombros que reposaban sobre esa vía, producto de una obra de infraestructura a cargo de xxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxx, sufriendo una caída que le significó graves heridas.

Ahora bien, si bien la pluricitada obra adolecía de la señalización correspondiente, también lo es que el conductor de la motocicleta pudo reaccionar a la colocación de los escombros, pues a pesar de que la iluminación del lugar no era buena, la vía no carecía totalmente de ésta y el vehículo que conducía contaba con las luces que le permitían divisar las alteraciones sobre la vía, así también se entiende que, de acuerdo a las reglas de la experiencia, siendo una vía de flujo vehicular continuo, era muy probable que, bajo una actitud de cuidado y en atención a las acciones de los demás conductores que transitaban por ahí, advirtiera la presencia de la obra en la vía, aun a una distancia de la misma, que pudo significar la disminución, o incluso la anulación de los efectos dañosos que sufrió.

Se puede concluir que el conductor de la motocicleta debió haber venido a una velocidad tal que le impidió reaccionar a tiempo para esquivar escombros o frenar y evitar la colisión, teniendo en consideración también que de acuerdo al croquis allegado al plenario, se observa que se plasmó en él las huellas de arrastre que se imprimieron sobre el asfalto por parte del vehículo involucrado en el insuceso, lo que revela el esfuerzo intempestivo (e infructuoso) de prevenir el choque.

Entonces, en una mirada panorámica del *factum*, estaríamos tentados a decir, de cara a las condiciones del lugar (particularmente en lo que hace a una vía que de frente al obstáculo contra el cual fue a dar el motociclista no tiene objetos que lo oculten, lo escamoteen o invisibilicen, sino todo lo contrario desde una distancia bien considerable puede el mismo clara o medianamente atisbarse), que la conducta del motociclista es de tal imprudencia y carente de cuidado debido, que se convierte en la causa eficiente de la producción del daño, y por ende es su unívoca fuente siniestral.

Empero igual, ante el *factum* que nos circunda, en donde está presente una entidad que presta un servicio público (xxxxxxxxxxxxxxxxx a través del contratista xxxxxxxxxxxx y subcontratista xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx) que efectúa labores de trabajos en la vía pública que pueden comprometer la seguridad de los habitantes, el incumplimiento de las normas que le ordenan precaver y evitar eventuales accidentes por dichos



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

trabajos o por el efecto de los mismos, la hace acreedora *per se* a tener que pagar, o concurrir a ello, por el daño en el que una persona o entidad se vea afectada, independientemente de la averiguación de la causa eficiente de ese daño.

Se encuentra entonces que, aunque la causa eficiente del hecho dañoso fue el actuar del conductor de la motocicleta, la desatención de la normatividad por parte de las demandadas en la señalización de la obra también le impone responsabilidad en la producción del daño, por lo que la Sala estima que dada la concurrencia de culpas la condena que pasa a imponerse se hará a cargo de la parte demandante en un 50% y a cargo de la parte demandada en un 50%, que es el grado de participación en la ocurrencia del daño de las partes envueltas en el accidente de tránsito.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que en el presente asunto hay lugar a declarar la responsabilidad compartida de las partes en la producción del daño, procederá la Sala a analizar conforme el porcentaje de participación de cada una de ellas, el monto de la condena que será impuesta, antes de resolver los demás problemas jurídicos.

Rad.009 2005 00281 01 (3654) Acta No. 1014 (16-03-2018) M.P. Julián Alberto Villegas Perea.

DECLARATIVO DE PERTENENCIA. Vehículo automotor.

Extracto:

Mediante demanda declarativa de pertenencia por prescripción ordinaria adquisitiva de dominio formulada en contra de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, la parte demandante solicita se declare que adquirió por prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, la propiedad del vehículo automotor de placas VCA-972, clase automóvil marca Daewoo, carrocería sedán, línea Taxi Lanos S, Color amarillo, motor No. 15SM420941B, cilindraje 1498, pasajeros 5, modelo 2002, servicio público.

Por lo anterior, paladina surge la equivocación en la que incurre la apelante al considerar que el embargo decretado sobre el vehículo materia de la Litis, practicado dentro de un proceso ejecutivo, en el que se resalta no es parte la actora, tuvo como efecto que la posesión ejercida por está se hubiera interrumpido naturalmente, de la manera especificada en el numeral 2º del artículo 2523 del Código Civil, toda vez que, como quedó suficientemente establecido, la referida medida no está establecida en la ley como generadora de esa forma de interrupción de la prescripción adquisitiva, ni tampoco cabe dentro de las específicas hipótesis desarrolladas por el precitado artículo; equivocación que por sí sola conduce a la improsperidad del reparo.

En conclusión, verificado que en el presente asunto, el Juez no erró al encontrar satisfechos los elementos de acción de prescripción ordinaria de dominio en cabeza de la demandante, la Sala confirmará la Sentencia apelada y condenará en costas de esta instancia a la recurrente.

Rad. 003 2012 00343 01 (19-01-2018) Acta 1002. M.S. Julián Alberto Villegas Perea.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

DECLARATIVO DE PERTENENCIA. Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de vivienda de interés social.

Extracto:

Mediante demanda de pertenencia por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de vivienda de interés social formulada en contra de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y demás personas inciertas e indeterminadas , los demandantes xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx , haciendo uso de la figura procesal de acumulación de pretensiones, solicitan que se declare que adquirieron por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, la propiedad de los inmuebles ubicados en la Calle 15 Oeste No. 4^a-47 y Calle 15 Oeste No. 4^a-23 del Barrio Bellavista de Cali, respectivamente , los cuales hacen parte de un predio de mayor extensión registrado bajo folio de matrícula inmobiliaria No. 370-164464 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali.

En efecto, cuando el objeto de la pretensión, es un bien raíz, como el que en este caso se involucra, es preciso determinarlo de tal manera que no haya lugar a dudas de que el mismo que se reclama en la demanda, es aquél sobre el cual se han ejercido los actos de señorío por el usucapiente; máxime cuando lo reclamado es una porción de terreno que hace parte de otro mayor extensión, pues en este caso uno y otro deben identificarse plenamente a fin de lograr una cabal individualización del inmueble a prescribir. En tal sentido, el requisito establecido en el otrora artículo 76 del Código Adjetivo , es claro y fundado, al exigir que haya identidad entre la cosa sobre la que pretende el demandante tener un derecho y que aspira se le reconozca o declare en la sentencia y aquella respecto de la cual ejerce titularidad el demandado, así lo señaló la Corte en la providencia citada en precedencia.

En consecuencia, al demandante no sólo le basta detallar en su demanda un bien, sino demostrar la correspondencia de éste con aquel al que se refiere la matrícula inmobiliaria y el efectivamente poseído, señalando además , para casos como el presente en donde el bien pretendido hace parte de uno de mayor extensión, la ubicación exacta del bien dentro del predio global, así como sus dimensiones y cabida.

Examinada la concurrencia del presupuesto antedicho en el sub lite , se tiene que, ninguno de los bienes sobre los cuales tanto los cónyuges xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, como el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx pretenden usucapir quedó debidamente identificado e individualizado, lo que con diáfana claridad no emerge de las probanzas aducidas.

Si bien los demandante arrimaron el certificado especial del Registrador de Instrumentos Públicos de Cali, que señala que la matrícula inmobiliaria No. 370-370164464 fue asignada a un lote de terreno con un área de 360.000 metros cuadrados ubicado en el Municipio de Cali, y que como propietaria inscrita allí se registra a l señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx (folios 3 y 4), el certificado de tradición no registra dirección del predio, sólo señala que es un predio urbano y lo identifica como “lote y casa” e indica unos linderos generales.

La obligada inspección judicial se surtió en los inmuebles con las nomenclaturas señaladas en la demanda; no obstante, en los linderos de los que dejó constancia el señor Juez en el acta, no hizo relación a los linderos generales del predio de mayor extensión.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

A lo dicho se agrega que en la experticia rendida, respecto de la cual ninguna objeción se presentó, el perito no delimitó ni ubicó dentro del predio de mayor extensión los inmuebles pretendidos en usucapión, omitiendo relacionar los linderos del predio global, sólo indicó los linderos especiales y área del inmueble ubicado en la Calle 15 Oeste No. 4^a-47, y de manera incompleta los del inmueble ubicado en la Calle 15 Oeste No. 4 A-23 pues no señaló la distancia entre los puntos cardinales que lo delimitan, ni tampoco su área, mucho menos indica cuál es el área a segregarse, pasando por alto, como lo señala la misma demanda y consta en el certificado especial expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos que obra en el expediente que el área del inmueble de mayor extensión sufrió modificaciones como consecuencia de la segregación parcial registrada en la anotación No. 17 del certificado de tradición.

En este punto debe indicarse que, ni siquiera aún frente al requerimiento realizado por el Juzgado, dicha experticia logró determinar con exactitud el área de los inmuebles pretendidos, en tanto reporta dos datos del área del inmueble ubicado en la Calle 15 Oeste No. 4^a-47. Obsérvese cómo en el informe pericial inicialmente presentado el perito asigna al bien un área de 118.78M, y en la aclaración realizada por orden del Juzgado indica que el mismo bien tiene un área de 116 M2, esto se insiste con aquiescencia del silencio de la parte interesada.

De tal manera entonces, deficiencias como estas que evidentemente no atañen con la aptitud formal de la demanda, porque ésta desde tal perspectiva, reunió las exigencias previstas por la ley procesal, en cuanto que en ella se reseñaron unos linderos del inmueble con miras a especificarlo (cumplimiento del requerimiento normativo de índole estrictamente formal), pero que sí afectan la sustancialidad del derecho reclamado pues indican que los demandantes no lograron demostrar que los predios que dicen poseer son los mismos a los que se refiere la demanda pues ni la inspección judicial ni el peritaje presentado lograron verificar tal afirmación (siendo esta una de las condiciones legales de la posesión – artículo 762 del Código Civil-), hacen inviable la prosperidad de sus aspiraciones procesales.

En conclusión, verificado que en el presente asunto no se encuentran demostrados los elementos propios de la usucapión en ninguna de sus formas, la Sala confirmará la Sentencia apelada.

Rad. 03 003 2011 00372 01 Acta No. 1007 (13-02-2018) M.S. Julián Alberto Villegas Perea.

RESPONSABILIDAD MÉDICA.

Extracto:

De esta manera, partiendo de la base que la paciente no presentó signos de alteración en el proceso de parto o alarma que pudieron ser pasados por alto por el personal médico a cargo, y que aún en caso de monitoreo constante de la evolución del parto, no existe una fibialidad absoluta de los métodos de vigilancia fetal –reclamados por la demandante-, que hubiesen sido determinantes para prever las alteraciones del trabajo de parto durante las 12:10 y las 17:10 horas del día 13 de mayo de 2007, es claro que no podría hallarse responsable a la entidad demandada por el “*diagnóstico*



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 06 2018

tardío” planteado por el abogado de la parte demandante en la apelación , así como tampoco de la condición que ocasionó el *“sufriamiento fetal”* cuyo principal signo de alarma para los médicos se tradujo en la expulsión de meconio y su presencia en el líquido amniótico, el cual, como quedó visto fue tratado de manera inmediata una vez se manifestó. Esto máxime cuando, de acuerdo con lo dicho por la perito en la experticia *“algunos autores afirman la asociación entre asfixia fetal y liberación de meconio y sugieren que este es un evento patológico , mientras que otros solo han establecido una asociación entre edad gestacional avanzada y líquido amniótico teñido de meconio y no con asfixia fetal, sugiriendo un rol fisiológico (a mayor edad gestacional , mayor frecuencia de meconio en el líquido amniótico)”* (Negrilla de la Sala).

Ahora bien, en cuanto a la censura referente al tiempo transcurrido entre la detección de las complicaciones del parto y la práctica de la cesárea , se tiene que conforme el dictamen pericial que obra en el expediente, *“una cesárea de urgencia debe ser realizada dentro de los 75 minutos siguiente a la toma de la decisión”* , y teniendo en cuenta que la decisión del personal médico de realizar la cesárea se dio a las 17:45 horas, luego de practicar el procedimiento de aminoinfusión (recomendado para diluir el meconio y disminución significativa del síndrome de aspiración meconial) y obtener el resultado del monitoreo fetal que sugerente SFA, resulta evidente que los galenos adscritos a la entidad practicaron la cesárea dentro del término fijado por lo protocolos médicos para tal efecto. Así lo señaló la perito, quien al respecto señaló : *“el tiempo transcurrido entre la detección del estado fetal no tranquilizador (58 minutos) y el parto (cesárea) se encuentra dentro del límite sugerido para cesárea de urgencia”*.

Desacertada también resulta la imputación formulada en la apelación, en donde el recurrente sugiere que la causa del *“sufriamiento fetal”* que presentó el menor se produjo como consecuencia de los *“medicamentos”* aplicados a la demandante durante el trabajo de parto, los cuales afirma que *“empeoraron”* su condición (sin mencionar cuáles), pues partiendo de la base de que conforme a lo que consta en la historia clínica, el medicamento suministrado a la paciente fue oxitocina , ante las contracciones uterinas irregulares que presentaba, su aplicación resultaba *“adecuada” para regularizar la actividad uterina y permitir el avance de la dilatación cervical del trabajo de parto”*.

Vistas de esta manera las cosas, ante la falta de existencia del elemento de la responsabilidad *“nexo causal”* entre la conducta del personal médico que atendió la labor de parto y el hecho mismo que finalmente produjo el daño padecido por el menor, aspiración de líquido amniótico con meconio espeso e hipoxia neonatal secundaria, se debe concluir que la presunta falta de vigilancia del trabajo de parto de la demandante no fue la causa eficiente del daño, y que por el contrario, cuando existió un síntoma que sugería un estado fetal no tranquilizador, -meconio espeso en líquido amniótico y monitoreo fetal con presencia de desaceleraciones-, el personal médico de la institución demandada actuó dentro de los tiempos previstos por los protocolos médicos para el manejo de tal condición clínica, esto es, practicó una aminoinfusión y llevó a cabo la cesárea dentro de los 75 minutos siguientes a la toma de la decisión, como lo indica la perito.

En conclusión, teniendo en cuenta que la decisión del juez de primera instancia de No tener por acreditado el nexo causal entre el hecho y el daño padecido por los demandantes, resulta acertada, se impone la confirmación de la providencia apelada y la condena en costas a la parte demandante.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 06 2018

Rad. 003 2012 00287 01 (3675) Acta No. 1023 (27-04-2018) M.S. Julián Alberto Villegas Perea.

PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES. Responsabilidad Médica.

Extractos:

La juez *a quo* declaró la responsabilidad médica pretendida en cabeza de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, tras establecer que la historia clínica de la paciente, evidencia que los diferentes médicos que atendieron a la misma, centraron sus esfuerzos en menguar su dolor pero no hicieron ninguno para establecer el origen del mismo, dejando de practicar los exámenes básicos que resultaban pertinentes (radiografía de tórax), no obstante, la persistencia del dolor, su predominio en la región torácica, no compatible con escoliosis ni fibromialgia, y la ausencia de mejoría con los tratamientos otorgados.

Señaló que el dolor, realmente derivado de un cáncer de pulmón, llevó a la víctima a la muerte, sin que la misma hubiera tenido la oportunidad de recibir un tratamiento adecuado y a tiempo, perdiendo así la oportunidad de sobrevivir, lo que permite descartar la culpa exclusiva alegada, máxime cuando los médicos nunca hicieron cuestionario de toxicología y el Dr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx (fisiatra) si verificó la dificultad para respirar que presentaba la paciente.

Precisó que acorde con la jurisprudencia nacional, la EPS demandada es solidariamente responsable de las fallas enrostradas; y que debe excluirse a la médica fisiatra dado que los yerros se presentaron en la atención de los médicos de base.

Finalmente, procedió con la correspondiente tasación de perjuicios (previa interpretación de la demanda) y advirtió procedente el llamamiento en garantía incoado, al no estar probado ni el dolo ni la culpa grave.

Sentado lo anterior, para definir la alzada propuesta contra la resumida entrada que no aparece justificación para modificar la misma. Pues bien, por sentado se tiene que, en materia civil, para la tasación de esta tipología de daño es “admisible que el juez ejerza prudente arbitrio al estimar el monto de la competencia por el perjuicio moral”, puesto que “el dolor experimentado y los afectos perdidos son irremplazables y no tienen precio que permita su resarcimiento, `razón por la cual] queda al prudente criterio del juez dar, al menos, una medida de compensación o satisfacción, normalmente estimable en dinero, [eso sí] **de acuerdo a criterios de razonabilidad jurídica y de conformidad con las circunstancias reales en que tuvo lugar el resultado lamentable que dio origen al sufrimiento”**.

Por ese camino, se establece que no luce inadecuada la tasación que se efectuó en la primera instancia (distinta para el compañero y los hijos de la víctima), pues los montos fijados, emergen como suficientes y razonables para amortiguar el sufrimiento causado por la pérdida de un ser querido, de tal cercanía, siendo además ajustados a la intensidad del perjuicio que en verdad puede considerarse como mayor en el caso de los hijos, quienes perdieron a su madre de manera temprana y luego de verla padecer una enfermedad catastrófica. Cumple anotar que, como ya se dijo, opera en esta especialidad la regla del arbitrio judicial por lo que no pueden



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

atenderse precedentes de otras especialidades para imponer una condena equitativa entre hijos y compañero permanente, lo que en todo caso, implicaría aumentar la condena en favor de este último (justamente en razón a la pérdida sufrida) y no rebajarla, como se pretende por la EPS apelante.

Respecto de los perjuicios reconocidos en favor de los hermanos de la causante xxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, se advierte que como lo aduce la propia recurrente, la jurisprudencia nacional tiene por sentada la presunción de sufrimiento en cabeza de las personas que ostentan tal cercanía con la víctima, por ser parte del núcleo familiar de la misma, lo que implica que correspondía a la parte demandada, desvirtuar tal situación tal situación, carga que no fue atendida en este caso, y que no puede tenerse como cumplida con la mera inasistencia de los aludidos demandantes a la audiencia inicial, pues esta conducta (cuyas sanciones están establecidas en el campo procesal), no da cuenta de la ausencia de sufrimiento en cabeza de los mismos.

Lo propio sucede en relación con la discusión atinente a las costas y agencias en derecho, pues de un lado se establece que la primera inexorablemente debía imponerse a cargo de la EPS demandada, como vencida en el trámite, acorde con lo establecido en el numeral 1º del artículo 365 del C.G. del P.

De otro lado, se tiene que la discusión sobre el monto fijado por concepto de agencias en derecho debe adelantarse a un escenario procesal distinto al que nos convoca, pues ese rubro sólo puede “controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”, de conformidad con lo previsto en numeral 3º del artículo 366 íbidem.

Definidos los reparos –que fueron objeto de sustentación– propuestos por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, se procede a resolver sobre los alegatos de la entidad llamada en garantía, ente que circunscribió sus reparos a la interpretación que se hizo de las pretensiones y a la existencia de dolo y culpa grave cuyo amparo se encuentra excluido en la correspondiente póliza, temática a la que se limitará la Sala según las pautas previstas en los artículos 322 y 327 del C.G. del P.

Pues bien, en relación con la interpretación de la demanda, basta anotar que en reciente proveído, la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil), estableció que el juez accionado había incurrido en conducta contraria al debido proceso porque “**no realizó la interpretación de la demanda**, sino que de manera automática y sólo teniendo en cuenta la denominación de la acción que hizo la parte indicó que era la de responsabilidad extracontractual y por ende, denegaba las pretensiones al ser improcedente la mismas” (STC 6507 de 11 de mayo de 2017. Radicación N° 2017-00682-01).

Y más adelante se advirtió *mutatis mutandis* que “cuando una pretensión se soporta en una **causa petendi** (hechos) que puede encuadrarse en una responsabilidad contractual, el carácter único de la indemnización **no puede negarse bajo la excusa de que el actor se equivocó [al escoger la acción]** (...), calificación jurídica del instituto que lo regula. **Semejante grado de injusticia e inequidad no ha sido jamás defendido por jurista alguno, ni mucho menos podría llegar a ser admitido por la jurisprudencia.**” *Ibidem*.

Así mismo, frente al tema se ha señalado que “el juzgador ostenta la prerrogativa de buscar, **cuando ello es necesario**, el sentido y alcance que tiene una demanda” y que aunque no se trata de una facultad absoluta, debe ejercerse cuando se torna



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 06 2018

“inevitable por la falta de claridad, **precisión** o el carácter oscuro del citado libelo”. (CSJ. SC de 15 de julio de 2010. Exp. 2005-00265-01).

En ese orden, contrario a lo alegado por el apelante, hoy en día no se presenta discusión en cuanto a que la interpretación de la demanda, corresponde a un ejercicio que no sólo es procedente sino que resulta obligatorio para el juez de instancia ejerció tal facultad acorde con los parámetros antes aludidos, pues revisadas las pretensiones incoadas, aflora evidente que las mismas no fueron presentadas con claridad, pues al paso que se pide declarar a los demandados responsables del perjuicio generado a la causante, se solicita que se condene a los mismos al pago de aquellos causados a los demandantes (F.98).

Ello por supuesto habilitaba la necesidad de escudriñar el verdadero sentido de tal *petitum*, el cual se aclara con una revisión de los hechos que dan sustento a tales pretensiones, en los cuales se advirtió que la conducta de los demandados generó **en los demandante (no en la causante)** “un vacío moral”, “tristeza y dolor” (hecho No. 14 Fl. 96).

Adicionalmente, en las mismas pretensiones, aunque en forma poco ortodoxa, se planteó una pretensión subsidiaria en donde se hace referencia al perjuicio moral y material de manera general.

Para rematar, revisados tanto el poder con el que se dio origen al libelo (Fl. 1-2), como el encabezado de la propia demanda (Fl. 94), emerge claro que la intención de los actores era obtener el reconocimiento de los perjuicios propios que consideraban causados por la muerte de la causante.

Por último, debe mencionarse que si bien era esperable la aclaración de estas pretensiones, en la parte inicial del trámite, su ausencia resulta reprochable a quienes fungieron como contendientes de la demanda, pues ninguno de ellos, pese a contar con el mecanismo para ello, se manifestó al respecto, incluida la aseguradora llamada en garantía ahora apelante, quien no interpuso la excepción previa de inepta demanda, establecida justamente para solventar este tipo de circunstancias.

De otro lado, se advierte que acorde con lo manifestado por la juzgadora a *quo* no emerge acreditado el dolo o la culpa grave, alegados en alzada, pues en sentido opuesto a lo manifestado en la misma, no cualquier acto negligente es suficiente para tener por acreditadas las conductas calificadas excluidas del seguro.

En efecto, prevé el inciso 2º del artículo 63 del Código Civil, que “la culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo”.

Y sobre la interpretación de este precepto y su aplicación en materia de seguros, la jurisprudencia patria ha advertido que “en materia de seguros, la culpa grave –al igual que el dolo– constituye una situación excluyente ab initio de la cobertura asegurativa, razón por la cual en lo concerniente a su estructuración ostenta ciertos rasgos objetivos, que no pueden desdeñarse, ya que aun cuando no puede negarse que la culpa está configurada como ingrediente de una conducta, lo cierto es que igualmente opera como presupuesto constitutivo de una exclusión del amparo, proyectado conforme a las reglas de la técnica aseguradora que gobierna lo relativo a la delimitación del riesgo. Esto es, que desde esa óptica la culpa grave se evalúa en función de una pauta concreta: ‘la conducta media del hombre común’, pues es este



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

el dato que tomó en consideración el asegurador cuando estructuró la cobertura y calculó el monto de la prima; ciertamente, el asegurador en la delimitación de la cobertura del seguro lo que toma en consideración es la conducta media del hombre común de un grupo social determinado, concretamente del grupo social en el cual ese seguro deberá desenvolverse”.

Y por esa vía, se precisó que “es por esa razón que, en el ámbito de los seguros , la negligencia o la imprudencia que da lugar a la culpa grave debe revestir, **para que opere la exclusión de la cobertura, una magnitud caracterizada por la desmesura y la notoria infrecuencia.** No basta, pues , que se trate de actos de claro descuido , sino que, además, se requiere que tengan **un carácter palmariamente excepcional en el medio en el que se desenvuelve la respectiva actividad.** La negligencia habitual, aunque revista alguna gravedad, integra el contexto general tomado en cuenta al proyectar la cobertura, pues hace parte de las costumbres del grupo social que sirvió de referente a las estadísticas, base del cálculo tarifario. Ahora, el desplazamiento del suceso fuera de la cobertura no acontece sólo por virtud de un accionar intensamente imprudente o negligente del asegurado o beneficiario, **sino que igualmente requiere que haya centuado excesivamente la probabilidad del siniestro,** al punto que deba inferirse que este obedeció a esa conducta en extremo culposa. Con esa orientación es que autorizados doctrinantes han precisado que la culpa grave comporta **una negligencia, imprudencia o impericia extremas , no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales , descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes”.**

Bajo esta óptica, no basta con la conclusión a la que se llegó en primera instancia, en torno a la culpa organizacional de la demandada, para tener por probada la impericia , negligencia o imprudencia extremas o acentuadas en forma excesiva, que la exclusión del seguro abarca, conductas que debiendo ser probadas por la aseguradora interesada, no emergen acreditadas. Cumple precisar que aunque pueda establecerse la existencia de conductas evidentemente reprochables, ello no implica que las mismas afloren *per se* cómo extrañas a la negligencia habitual predicable en el campo médico que, según viene de verse, es la que se evalúa al momento de otorgar el seguro y que por ende, se encuentra cubierta por el mismo.

Finalmente, es claro que no aparece demostrada la intención de los galenos adscritos a la EPS demandada, de causar el daño sufrido por la paciente, conducta que por supuesto no emerge del análisis conductual efectuado, por lo que no es posible colegir la existencia del dolo alegado propiamente dicho, concepto alusivo a la “intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.” (Inciso final artículo 63 íbidem).

De esta forma, se impone confirmar la sentencia apelada, pues conforme se advirtió al anunciar el sentido de este fallo, el análisis de las piezas procesales y la aplicación de la jurisprudencia nacional, así lo imponen. Igualmente, compete confirmar la decisión cuestionada en cuanto respecta a la declaración de responsabilidad en cabeza de la EPS demandada, teniendo en cuenta que si bien dicho ente, propuso una serie de reparos relativos a la adecuada y pertinente atención médica recibida por la paciente fallecida, no es posible para la Sala, efectuar pronunciamiento alguno sobre tales puntos, en tanto fueron materia de sustentación en la respectiva audiencia.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

Rad.003 2015 00424 01 Acta No. 031 (18-04-2018) M.P. Carlos Alberto Romero Sánchez.

EJECUTIVO HIPOTECARIO. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA. Cancelación de las medidas cautelares vigentes.

Extracto:

Cumple añadir que no se evidencia en el presente asunto la existencia de otro acto en virtud del cual se hubiese presentado, con anterioridad de otro acto en virtud del cual se hubiese presentado, con anterioridad al momento en que se configuró la prescripción, la interrupción natural del respectivo término, conclusión que no varía frente a las manifestaciones de la parte actora, en cuanto a que adelantó el trámite de cobro, notificación y medidas cautelares, y que los demandados conocían de estos hechos.

En efecto, por sabido se tiene que, el periodo de tiempo establecido para la operancia del fenómeno prescriptivo, conforme a lo previsto en el artículo 2539 del C.C., “se interrumpe naturalmente por el hecho de **reconocer** el deudor, la obligación, ya expresa, ya tácitamente”.

De allí se advierte que al margen de que fueran ciertas las alegaciones en torno al conocimiento que tenían los demandados del cobro adelantado en su contra, ello no basta para tener por interrumpido el término prescriptivo, pues para ello era necesario que se acreditara que los deudores reconocieron la existencia de la deuda, hecho que no puede tenerse por demostrado con una mera relación de las gestiones de cobro adelantadas por la ejecutante o con el conocimiento que los mismos tuvieron de la diligencia de secuestro practicada en el curso del trámite.

Tampoco podría adoptarse conclusión distinta frente a los alegatos relacionados con la diligencia de la parte demandante, pues lo cierto es que para los efectos aquí estudiados, no bastaba con iniciar el trámite de notificación, llevar a cabo el cobro extraprocesal o adelantar las diligencias de medidas cautelares, pues lo que debía verificarse era la efectiva notificación de los deudores, en la forma prevista en la ley, lo que se itera, sólo aconteció hasta el mes de febrero de 2013, siendo claro que procede la aplicación de las sanciones previstas por el legislador ante la inactividad de la parte actora.

Lo propio resulta predicable frente al aludido descuento de algunos días por situaciones como el ingreso del proceso al Despacho, la vacancia judicial o el cese de actividades, pues como de antaño tiene sentado la jurisprudencia patria, el conteo de los términos aquí aplicables y, en particular, aquel consagrado en el artículo 90 del C.P.C., corresponde a un criterio objetivo y “*externo a las incidencias del proceso*”.

Aunado lo anterior, es claro que al lapso prescriptivo no caben hacerle descuentos como los aludidos por la parte actora, por cuanto la norma contempla el mismo en anualidades, las cuales deben computarse según el calendario, de conformidad con el artículo 70 del Código Civil (subrogado por el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal), en concordancia con el artículo 829 (ordinal 3º) del Código de Comercio.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 06 2018

A ello se añade que bien sea aplicando el artículo 121 del C de P. C. , o atendiendo el artículo 118 del C.G del P. , la vacancia judicial y los días en que por cualquier causa aparezca cerrado el Despacho, únicamente tienen efecto frente al cómputo de términos establecidos en días, lo que no sucede en este caso.

Cumple advertir que la postura antes referida, en torno al conteo objetivo del término de prescripción , constituye el ejercicio de una interpretación razonable y plausible, según lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela. Al respecto , puede verse la providencia de 7 de septiembre de 2016. STC12558 de 2016 (Exp. 2016-2470).

Finalmente, debe señalarse que, al margen de los efectos que tendría el actuar de mala fe de los demandados frente al conteo de la prescripción, esa conducta no fue demostrada en el plenario, habiéndose quedado la misma en las meras afirmaciones de la parte actora, quien pretendió derivarla del posible conocimiento que tenían los deudores de la existencia del proceso, situación que aunque hubiera sido acreditada no configura *per se* la mala fe alegada.

Conforme lo anotado, según ya se indicó , será revocada la decisión cuestionada para declarar la prosperidad plena de la excepción de prescripción propuesta. Ello no sin antes precisar , que no se hace pronunciamiento en torno al cumplimiento de los requisitos del título objeto de cobro, teniendo en cuenta la naturaleza liberatoria de la excepción que se declara , así como lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 282 del C.G. del P.

Igualmente, se advierte que no se accederá a la solicitud impetrada por la apelante, en cuanto a ordenar la cancelación de la hipoteca que grava los bienes cautelados dentro del trámite, toda vez que el ordenamiento sustancial ha establecido las vías para el logro de este preciso fin, y la ley procesal no impone o autoriza un pronunciamiento de este talante ante el reconocimiento de una de las excepciones propuestas por la parte ejecutada y la consecuente terminación del proceso ejecutivo.

Rad.011 2009 00325 01 (02-05-2018) M.P. Carlos Alberto Romero Sánchez.

SALA DE FAMILIA

Levantamiento de medidas cautelares en procesos de sucesión.

Extracto: “Para ese efecto debe tenerse en cuenta que de acuerdo al certificado de existencia y representación de la sociedad XXX del 24 de agosto del corriente año, cuya representación legal ejerce XXX, no figura el causante como socio y que con sujeción a la composición accionaria determinada por su revisora fiscal XXX, ni este ni su cónyuge tienen participación en ella, la medida cautelar que afecta su patrimonio debe levantarse, teniendo como base que ningún influjo representa la distribución de los bienes del señor XXX.

Así las cosas, acreditado que las cuentas corrientes xxx del Banco de Occidente, xxx, xxx del Banco de Bogotá y las de ahorro xxx del Banco de Occidente, xxx y xxx del Banco de Bogotá, así como el establecimiento de comercio denominado Sociedad



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

Cafetera SAS no se encuentran a nombre del extinto XXX resulta procedente el levantamiento de las medidas cautelares decretadas por el juzgado de instancia (...).”

En mérito de lo expuesto, la Sala Unitaria de Familia del Tribunal Superior de Cali, resuelve revocar el numeral 5º del auto del 22 de septiembre de 2017 dictado por el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali para en su lugar ordenar el levantamiento de las medidas cautelares de embargo, secuestro y retención de las cuentas anteriormente referenciadas y del establecimiento de comercio.

Radicación número 760013110003 2017-00255-01 (04 12 2017) M.P. DRA GLORIA MONTOYA ECHEVERRI.

Conflicto negativo de competencia. Proceso ejecutivo de alimentos.

Extracto. “En ese orden de ideas se abrió paso a la posibilidad de que una eventual demanda con base en el precitado título ejecutivo fuera conocida por cualquiera de los jueces de familia del circuito de Cali y no exclusivamente por el Juzgado Séptimo de Familia, por cuanto no fue este quien fijó o revisó esa prestación, razón por la cual no se puede aplicar el artículo 306 del Código General del Proceso que a la letra en lo pertinente dice: “*Cuando la sentencia condene al pago de una suma de dinero, a la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, o al cumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez de conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada*”.

Nótese cómo en el citado documento se indica, además de las partes y los acuerdos a que llegaron, que el escrito presentado corresponde a un “*acuerdo extra-procesal con el fin de dar por terminado el proceso de la referencia...*”, y aunque no se aportó al plenario el documento con el cual solicitaron la terminación, el archivo del proceso y el levantamiento de las medidas, lo cierto es que de la motivación se extrae que el juzgado así lo entendió y con ese fundamento procedió”.

En mérito de lo expuesto, la Sala Unitaria de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali resuelve dirimir el conflicto negativo de competencia presentado entre los Juzgados Cuarto y Séptimo de Familia de oralidad de Cali en el sentido de disponer que el Juzgado Cuarto de Familia de Oralidad de Cali es la autoridad competente para conocer el proceso ejecutivo de alimentos.

Conflicto especial de competencia: 76001 31 10 007 2017 00344 01 (02 10 2017) M.P. GLORIA MONTOYA ECHEVERRI

RECURSO DE SÚPLICA. SOLICITUD DE ACLARACIÓN O COMPLEMENTACIÓN. Solicitud de corrección o Adición.

Extracto:

La súplica resulta procedente siempre que se promueva por la persona legitimada para ello y dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la providencia, requisitos que se avienen en esta oportunidad para su procedencia.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

Por tanto examinar si la decisión del magistrado que en sala unitaria adoptó, pasó por alto el pronunciamiento referente al secuestro dispuesto con la providencia del 7 de octubre de 2016, atendiendo a los razonamientos que fueron enlistados por el apoderado de la parte demandada al momento de la interposición del recurso.

En el proveído del 26 de octubre de 2016 se consignó que la medida correspondía a la demandada xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, pues esa mención se echó de menos en la providencia del 7 de octubre de esa calenda, en lo atinente con el último numeral que se viene de reproducir.

Presentados el 10 de febrero sendos escritos contentivos de los recursos de reposición, subsidiarios al de apelación, el que incumbe a esta valoración es el último de ellos atinente a la inconformidad sobre las medidas cautelares, pues el anterior versó sobre la procedencia del rechazo de la demanda, que en suma reprocha: a) la falta de motivación de la providencia impugnada que violenta no solo el debido proceso, sino el derecho de defensa de su prohijada; b) el incumplimiento de los requisitos contemplados en el literal c) del artículo 590 del Código General del Proceso, por falta de apariencia de buen derecho y la ausencia de proporcionalidad de la medida cautelar; c) la equivocada correspondencia de su decreto sobre el 100% de las acciones en cabeza de la demandada, que trasgrede las participaciones sociales de ésta, afecta a terceros y descorre el velo corporativo.

Es evidente que esas disquisiciones fueron destacadas tanto en primera como en segunda instancia, sea decir, en la providencia del 24 de abril del año anterior que sobre las medidas cautelares afirmó que se hallaban respaldadas en la Constitución Política y en el bloque de constitucionalidad y que pretenden la tutela jurisdiccional efectiva y el reconocimiento de los derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia, la materialización de los derechos conculcados, la apariencia del buen derecho y el riesgo en la tardanza judicial que injustificadamente pudieran impedir la materialización del derecho sustancial.

La decisión del 24 de abril de 2017 demarcó la competencia de la segunda instancia para pronunciarse sobre los reparos concretos frente a las medidas cautelares dispuestas en el ordenamiento del 7 de octubre de 2016, por manera que la segunda instancia estaba limitada a evaluar los parámetros expuestos por el apelante, pero bajo la argumentación propiciada en el escrito del 10 de febrero de 2017 que fueron desarrollados uno a uno en la providencia de alzada, razón por la que desde ya es pertinente advertir el fracaso del recurso de súplica propuesto, pues la discusión sobre la procedencia del secuestro en términos del numeral 7º del artículo 593 del Código General del Proceso y no con base en el numeral 6º del referido artículo, dispuesto tanto sobre las acciones como sobre las participaciones sociales de la demandada señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx o xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, escapa de la órbita que en segunda instancia se debía conocer.

Con esa hilvanación el artículo 320 de la codificación en cita señala que: *“El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.”*, con lo que se perfilan los límites de la segunda instancia, pues la competencia funcional está limitada por la inconformidad expresada por el apelante tanto en la formulación del recurso, como en su sustentación, con la natural limitación de la prohibición de *“reformatio in pejus”*, en el caso de apelante único.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

De ahí que la pretensión del recurso de súplica está cifrado en la procedencia del secuestro de las acciones que posee la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx en las sociedades por acciones simplificadas, siendo que esa discusión escapó de los razonamientos que constituyeron los reparos formulados por él acerca de la decisión del 7 de octubre de 2016, por lo que no pueden ser atendidos aquí.

Para sustentar lo anterior y partiendo de un somero recuento de la actuación procesal, en el proveído del 28 de noviembre de 2016 (folio 4384) que aclaró la medida sobre las acciones fundada en lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 593 del Código General del Proceso, objeto del recurso de reposición volvió la cautela al estado inicial con fundamento en el numeral 6º del citado dispositivo (folio 4479).

Pero, además , el 10 de febrero de 2017 la parte demandada deprecó la reposición y apelación contra la admisión de la demanda y en escrito similar los mismos recursos frente a las cautelas dispuestas el 7 de octubre de 2016 que fuera corregida por la inclusión del nombre dela demandada en el auto del 26 de octubre de esa anualidad. Sin embargo, el 14 de febrero de 2017 el mismo profesional del derecho interpuso el recurso de reposición subsidiario al de apelación en contra del auto del 6 de febrero de ese calendario que remedió mediante el recurso de reposición , la adopción de la medida de embargo y secuestro sobre las participaciones de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx en las sociedades por acciones simplificadas y posteriormente, con los mismos argumentos , el 7 de marzo se impugnaron las decisiones del 7 y del 26 de octubre de 2016 y del 6 de febrero de 2017. De esta manera, el 24 de abril de esa anualidad el fallador de primer grado se pronunció sobre las inconformidades propuestas y particularizó aquello que no reponía y que constituyó finalmente el motivo de la alzada debidamente abordado por la Sala Unitaria de esta Corporación que mediante este recurso de cuestiona.

Así las cosas, la pretensión del suplicante de retrotraer el debate sobre la norma aplicable para la medida ordenada en la instancia, no podía ser despachada mediante los recursos interpuestos, pues no fue planteado en tiempo cualquier debate sobre ese particular, por la aplicación del artículo 318 del Código General del Proceso que pacíficamente pasó para él, cuando el funcionario de instancia se fundamentó en esa normativa.

Por otro lado y contrario a lo anotado por el señor apoderado del extremo demandado, la motivación que justificó el decreto de las medidas cautelares del 7 de octubre de 2016, se verificó con el soporte de la legitimación o interés para actuar de las partes, la existencia de la amenaza o vulneración del derecho, la apariencia del buen derecho, la necesidad , efectividad y proporcionalidad de la medida, por lo que todos los aspectos que constituyeron la censura en la primera instancia fueron debidamente valorados en la segunda instancia y cualquier discusión adicional, es completamente extraña a lo que fue decidido.

Rad. 76001 31 10 013 2016 00049 Acta No. 036 (07-05-2018) M.P. Gloria Montoya Echeverri.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. Restitución Internacional.

Extracto:

Vistas así las cosas, la parte apelante efectuó unos reparos que no cumplen con la exigencia de la normatividad en cita, por lo que surge la duda de ¿qué es lo que critica del fallo la apoderada de la parte demandada?, ¿qué fue lo que expresó en sus alegaciones que no obtuvo una respuesta de la sentenciadora?, ¿cuáles fueron las pruebas aportadas, si es que fueron debidamente valoradas o no atendidas por la decisión?, por lo que nada se puede inferir, simple y llanamente porque cristaliza una manifestación que se traduce en un desacuerdo generalizado con lo expresado, sin que pueda identificarse su real contexto de manera puntual y cierta para afianzar la competencia funcional con relación a las discrepancias puntuales frente a la sentencia rebatida.

Ahora, si se trata de los alegatos de conclusión, fase anterior a la sentencia, que como se sabe ofrecen una versión panorámica del proceso y no la puntualmente referida a las discrepancias derivadas del finiquito procesal, no hay manera de identificar los vacíos, yerros o excesos de actividad del fallo de primera instancia, que deben quedar plenamente acreditados desde la formulación de los reparos concretos que se plantean ante el autor de la providencia confrontada. De suerte que en la fase de sustentación, no habría manera de controlar su desarrollo por la ausencia de los elementos básicos en los que se funda.

Si la competencia del superior queda restringida a lo que fue motivo del cuestionamiento, la segunda instancia se desdibujaría en la técnica bosquejada por el legislador procesal vigente, pues todo o nada sería motivo de reparo concreto.

Así las cosas, se echa de menos el primer acto de la presentación de los reparos específicos de la decisión que impone la deserción del recurso de alzada al tenor de lo previsto en el artículo 322 del Código General del Proceso, de lo que se sigue su inadmisión y la devolución del expediente a su lugar de origen.

Rad. 007 2018 00081 01 (30-05-2018) M.P. Gloria Montoya Echeverri.

RECHAZÓ DE PLANO LA DEMANDA DE DIVORCIO. DIVORCIO DE SU MATRIMONIO CIVIL. COMPETENCIA. Falta de Jurisdicción. Proceso de Divorcio.

Extracto:

Ahora bien, sobre el punto de la jurisdicción en los procesos de divorcio, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que en aplicación del artículo 1º de la Ley 1ª de 1976 el domicilio en el extranjero de los cónyuges determina que << esa ley extranjera –la del domicilio conyugal que allí se tenga- es la reguladora de la procedencia, causa, procedimiento y clase de divorcio (incluyendo en éste, el divorcio por mutuo acuerdo y el divorcio contencioso)” por lo que “resulta compatible con dicha legislación y ejecutable en Colombia el divorcio decretado por mutuo acuerdo, tanto en los países extranjeros en que así lo reconozca



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

su legislación, como el que se profiere en España en desarrollo de dicho convenio>> (CSJ SC, 13 Oct 1999, Rad. 7298, citada en SC, 19 Dic 2012, Rad. 2011-00579-00).

De cara a los reproches del apelante, por sabido se tiene que el artículo 28 del C.G.P. determina las reglas atinentes a la competencia por el factor territorial, estableciendo en el ordinal 1, como norma general, la de que salvo disposición legal en contrario, el conocimiento de los asuntos contenciosos corresponde al juez del domicilio o de la residencia del demandante; y como especiales, entre otras, la del numeral 2, que instituyó como fuero concurrente el “*domicilio común anterior, mientras el demandante lo conserve*”, en los procesos de alimentos, nulidad de matrimonio civil y divorcio, cesación de efectos civiles, separación de cuerpos y de bienes, declaración de existencia de unión marital de hecho, liquidación de sociedad conyugal o patrimonial y en las medidas cautelares sobre personas o bienes vinculados a tales procesos o a la nulidad de matrimonio católico.

En virtud de lo anterior, se tiene que en el caso de presentarse una concurrencia foral, como ocurre en los supuestos fácticos descritos en los numerales 1 y 2 de la citada norma procesal, el demandante está facultado para escoger el lugar en donde presentar su solicitud.

A efectos de lo anterior, se observa que tanto en el poder como en la demanda se manifiesta que respecto de la demandada, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, su domicilio está fijado en el país de Alemania; y en el hecho tercero del libelo se indica que a partir del 01 de junio de 2013 y hasta el 01 de agosto de 2016, los cónyuges fijaron su domicilio conyugal en Alemania en la ciudad 26386 Wilhelmshaven Lubbeweg62.

En consecuencia, para esta Magistratura refulge con nitidez que el domicilio de la demandada no es en Colombia, ni el último domicilio conyugal se localiza en este país; razón por la cual se descarta de tajo la preceptiva aludida por el recurrente, sobre la operancia del fuero para conocer de las acciones relativas al estado civil en el lugar donde se crea el vínculo obligatorio, en tanto, para esta clase de asuntos, como lo es el divorcio, de manera especial y excluyente se encuentra regido por las normas propias del domicilio conyugal.

En armonía con esta postura, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la providencia que resolvió una demanda de exequátur, abordó con claridad en torno al requisito de la competencia territorial en un proceso de divorcio de ciudadanos Colombianos domiciliados en el extranjero, señalando lo siguiente: “*punto cuya verificación debe hacerse atendida la época en que se promovió el proceso en el cual fue dictado el fallo foráneo*” (CSJ SC, 10 de jul. 2000, rad. 7735), *basta con examinar el contenido de la sentencia objeto de homologación para corroborar que cuando ésta se dictó, los ex cónyuges se encontraban domiciliados en el Estado de Táchira, Venezuela, comprobándose así el factor territorial de la competencia, cual lo establece el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil*”. (Hoy prácticamente en los mismos términos en el artículo 28 del C.G.P.)

Por lo discurrido, en asuntos como estos, se excluye al juez colombiano para conocer del proceso y surge al rompe la falta de jurisdicción, para adelantar el proceso de divorcio en este territorio; por lo que se confirmará la decisión de primera instancia de rechazar la demanda, pero precisando, que la demanda debió ser rechazada por falta de jurisdicción y no por carecer de competencia como lo coligió el juez de primera instancia, pues si bien aludió a los supuestos que dan lugar a la falta de jurisdicción su conclusión fue la incompetencia.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

Rad. 005 2018 000 5901 (07-05-2018) Mag. Franklin Torres Cabrera

CONFLICTO DE COMPETENCIA. DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE UNIÓN MARITAL DE HECHO ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES , EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL.Fuero de Atracción.

Extracto:

Si bien la norma transcrita en el párrafo anterior, dispone que el juez que tramite el proceso de sucesión es competente para conocer, por fuero de atracción de los procesos relativos al régimen económico de la sociedad patrimonial; nada dijo respecto al proceso de unión marital de hecho, pues como bien puede advertirse la norma es de carácter taxativo y en ningún aparte hace referencia a la aplicación del fuero de atracción allí contenido , a los procesos de Unión Marital de Hecho, lo cual es a penas lógico, toda vez que en dicho trámite no se discuten derechos patrimoniales, como si ocurre en el trámite liquidatorio que es el que continúa de la declaratoria de la Unión Marital de Hecho.

Conforme a lo anterior es claro que el Juzgado Segundo de Familia de Oralidad de Cali, descontextualizó el artículo 23 del Código General del Proceso, toda vez que se observa que el fuero de atracción solo procede cuando se tiene reconocida la sociedad patrimonial de los compañeros permanentes, y en el presente caso , la pretensión principal que está solicitando la demandante señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, es para que se declare la existencia de la unión marital de hecho, habida con el extinto señor xxxxxxxxxxxx , proceso éste indispensable para la declaratoria de sociedad patrimonial, por lo que no es procedente el fuero de atracción por no estar consagrado ni mucho menos enlistado en el artículo 23 del Código General del Proceso, toda vez que como se dijo no hay declaratoria de la sociedad patrimonial.

De acuerdo a los anteriores lineamientos, al Juzgado que correspondió inicialmente la demanda debía asumir el conocimiento del asunto toda vez que la norma en que se fundó para declararse incompetente no son aplicables al presente asunto. Por lo tanto es a la Juez Segunda de Familia de Oralidad de Cali a quien compete el conocimiento de este proceso.

Rad.002 2017 00487 01 (05 04 2018) Dr.Juan Carlos Ángel Barajas.

CONTRATO DE TRANSACCIÓN. Petición de Herencia.

Extracto:

La evaluación conjunta de los documentos relacionados evidencia que cuando estaban en curso los procesos de sucesión y de nulidad de las capitulaciones matrimoniales, los titulares de los intereses patrimoniales involucrados , el cónyuge y los hermanos herederos de la causante, celebraron el contrato de transacción del que da cuenta el documento del 24 de mayo de 2006, definido en el artículo 2469 del Código Civil, como aquel “ **en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual**” , negocio jurídico para el que estaba facultado el aquí demandante, Señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, porque en el escrito de apoderamiento conferido a su apoderado en la causa mortuaria consta



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

que lo habilitó para transigir, lo que es suficiente a términos de lo contemplado en el artículo 2471 del C.C., pues la exigencia de la relación de bienes allí contemplada, obviamente aplica mas no cuando habiendo un proceso el apoderado especial constituido para ejercer la representación judicial de la parte es facultado por ésta para transigir, por la obvia razón de que en tal caso el objeto material de la transacción son los derechos, acciones y bienes singularizados en el litigio, los cuales reseñó ampliamente el Sr. xxxxxxxxxxxx en la demanda promotora de la causa mortuoria.

Ahora bien, es de ver que en el documento de mérito consta que para el pago de los \$6.500.000.000 al cónyuge , dispusieron los contratantes que se hiciese mediante la dación de dos inmuebles y una camioneta por valor de \$1000.000.000, y la entrega en efectivo de \$5.5.000.000.000 por parte de los herederos xxxxxxxxxxxx “**a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, a sus apoderados y/o a quien él o estos indiquen, considerando que toda entrega será en beneficio y por cuenta de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx**” lo que acordaron hacer “**contra la firma del presente documento privado y de la escritura de cesión de los derechos litigiosos**”, amén de relacionar como “**documentos que deben firmarse**”, entre otros: i) los de “**cesión de derechos jurídicos y monetarios, cualquiera fuere su naturaleza jurídica**”, de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx a los hermanos xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, tanto en el proceso sucesoral como en el de nulidad de las capitulaciones, lo que el primero se obligó a formalizar mediante memoriales dirigidos a los Juzgados Cuarto y Primero de Familia de Bogotá , respectivamente, cesionarios que por su parte quedaron facultados para desistir de tales procesos “**incondicionalmente y en cualquier momento**” sin necesidad del asentimiento del cedente, amén de escritura pública de cesión de “**los derechos de dominio y posesión**” radicados en dos inmuebles , y en las “**cuotas o partes de capital social**” de la causante en la Sociedad XXXXXX S Cia S. en C. , que a virtud de esa disposición se entiende que también fue objeto de la dación en pago.

En este contexto se tiene que fue en ejecución de lo allí acordado que al día siguiente de la celebración del contrato de transacción, el demandante xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx le confirió “**poder especial**” el 25 de mayo de 2006, esta vez sólo a su apoderado principal en la sucesión, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, para suscribir en su representación la escritura pública “**de cesión de los derechos y acciones originados en mi condición de cónyuge sobre viviente de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx**”, y recibir de los cesionarios hermanos xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx “**el precio de la cesión**”, que “**se estableció en la suma de SEIS MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$6.500.000.000) a título de gananciales**”, afirmación ésta cuya trascendencia jurídica detiene la atención de la Sala , por ser el punto de apoyo de la pretensión del recurrente en ejercicio de la acción de petición de herencia orientada al reconocimiento de su calidad de heredero , en cuanto que, según lo alega , a virtud de las facultades allí conferidas a su mandatario no quedó comprendido ese derecho dentro del objeto de la transacción, planteamiento a cuyo propósito, el Tribunal observa:

Que dicha manifestación provino de quien como parte en el contrato de transacción ajustado el 24 de mayo de 2006 quedó obligado a lo allá acordado , y, como ya se vio a espacio , en ese negocio las partes contratantes convinieron que tuvo por objeto “**los derechos herenciales y gananciales en la sucesión intestada de la señora (sic.) xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx**”, por lo que no es de recibo modificar lo asó convenido por la vía de decir por uno de los contratantes, el Sr.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, que el objeto de la transacción fueron solamente los derechos gananciales y no los hereditarios , pues a ello se opone la regla del artículo 1602 del Código Civil, que enseña que **“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”**, y el referido escrito de apoderamiento sólo lo suscribió dicho contratante.

Al evaluar el contenido de las cláusulas de la escritura 1907 del 26 de mayo de 2006 de la Notaría Once de este Circuito, en la que intervino el mandatario constituido para dicho efecto por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, salta a la vista como bastante significativo que muy a pesar de lo dicho en el poder, que aunque la cláusula tercera se precedió del título **“CESIÓN DE GANANCIALES”** , lo cierto es que en su texto consta que lo cedido por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx a los hermanos sobrevivientes de su cónyuge fueron **“todos los derechos y acciones que le correspondan o puedan llegar a corresponderle en el proceso sucesoral”** de ésta, tramitado a la sazón en el juzgado 4º de Familia de Bogotá . Y si bien es verdad que más adelante las cláusulas cuarta y quinta, en forma disonante con la tercera se refieren sólo a los gananciales como materia de la cesión, para el Tribunal es bien significativo de que también se involucraron los derechos herenciales, al advertir que al relacionar en la cuarta las obligaciones del cedente Sr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, a más de la de desistir del proceso ordinario seguido en el Juzgado Primero de Familia de Bogotá, esto es, el de nulidad de las capitulaciones , se incluyó la descrita en el literal c), consistente en **“No iniciar ni promover ninguna otra acción judicial contra los cesionarios comentados, o sus herederos , por estos mismos hechos, ni ninguna otra reclamación sobre los derechos de Herencia o los Gananciales de la señora (sic) xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx”**, lo que arroja luz en torno de que la real intención de los contratantes fue solemnizar la cesión onerosa de los derechos gananciales y herenciales , lo que le presta apoyo a la aplicación de la regla del artículo 1618 del C.C., según la cual, **“conocida claramente la intención de los contratantes , debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”**.

Dicha regla se complementa con la del artículo 1622 ibídem , que dispone que **“Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.- Podrán también interpretarse por las de otro contrato [en este caso el de transacción en el que, se insiste, claramente se precisó que tuvo por objeto los derechos herenciales y gananciales] entre las mismas partes y sobre la misma materia .- O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”**, segmento este último de la disposición ante lo que con alcances de aplicación práctica, sin duda representa lo manifestado a la juez de la sucesión por el apoderado del Sr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en su condición de tal en ese proceso, en el memorial del 8 de junio de 2008 suscrito junto con el apoderado de los hermanos xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en el sentido de que **“xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx ha cedido incondicionalmente mediante la escritura pública que se anexa a este memorial todos los derechos que le correspondían dentro de la liquidación de la Sociedad Conyugal y de la herencia de la causante xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en favor de los señores (sic) xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx”**, coherentemente con lo cual los memorialistas expresaron a continuación que **“en los términos del**



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

artículo 60 del C.P.C. ha operado una sucesión procesal” , validos de lo cual solicitaron aprobarla y reconocer a los nombrados hermanos xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx como cesionarios , lo que obtuvieron de ese despacho mediante auto no recurrido del 19 de julio de 2006.

Abstracción hecha de lo anterior, suficiente para dar al traste con el planteamiento impugnativo, en el propósito de abundar en razones, es de señalar que la misma conclusión se impone si en gracia de discusión se admitiera que la cesión solemnizada mediante la escritura 1907 del 26 de mayo de 2006 de la Notaría Once de este Círculo no comprendió los derechos hereditarios, por mediar las siguientes razones:

No puede perderse de vista que con el otorgamiento de la escritura que solemniza la cesión de derechos universales se materializó lo acordado en el negocio jurídico de transacción, lo que es pertinente traer a cuento para precisar que son dos negocios jurídicos diferentes, de los cuales el de transacción funge como la fuente de aquella obligación de modo de hallarse en relación de causa a efecto, por lo que aplica el principio d lógica formal que impide confundir la causa y el efecto.

En tal orden de ideas si se sitúan las cosas en el plano propuesto por el apelante, según el cual el derecho real de herencia no fue cedido porque para ello se requiere de escritura pública (art. 1857 del Código Civil), y la otorgada sólo tuvo como objeto de cesión los derechos gananciales , es de ver, de cara al contrato de transacción – que sí los tuvo por objeto-, que de haber existido tal falencia ésta no comprometería la eficacia de dicho contrato –de transacción- por ser aspecto que irradiaba sus consecuencias únicamente en el ámbito del cumplimiento de las obligaciones que en él tienen su fuente.

Puestas las cosas en este escenario, no puede menos de reconocerse que lo alegado por el recurrente representaría, ni más ni menos, la inadmisibile pretensión de capitalizar en su favor el propio incumplimiento en contravía del principio de derecho por cuyo imperio nadie es recibido a alegar en su favor su propia culpa, y da para expresar que, de ser así, el demandante sería en tal caso deudor de obligación de hacer: ceder los derechos herenciales, de modo que como su cumplimiento exige que se solemnice mediante escritura pública , bien podrían los acreedores de esa obligación , en tal caso, demandar su ejecución con el propósito de conminarlo a suscribirla quien de su lado jamás podría pretender valerse de esa supuesta omisión suya para derivar de allí el implorado reconocimiento de heredero de su cónyuge, concurrentemente con los hermanos de ésta con sustento en lo dispuesto en el artículo 1047 del C.C.

Las anteriores reflexiones deben complementarse con lo que adversamente a los intereses del recurrente representa la conducta desplegada por él (art. C.P.C.), particularmente en la demanda promotora de este proceso, acto de postulación del que se registra como indiciario el hecho de que – no pudo ser sino maliciosamente, y no de otra manera- omitió mencionar en la narración fáctica la celebración del contrato de transacción plasmado en el documento fechado el 24 de mayo de 2006, lo que aunado a todo lo analizado en precedencia lleva a concluir, de cara a lo previsto en el artículo 1321 del código Civil, que como el demandante no probó su derecho a la herencia de la cónyuge en concurrencia con los hermanos de ella, no se abren paso las pretensiones deducidas en la demanda en ejercicio de la acción de petición de herencia contemplada en dicho precepto, por lo que al fallar dicho elemento axiológico se impone la confirmación de la sentencia recurrida.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

Rad. 76001 31 10 001 2013 00111 02 (09-08-2017) M.P. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos.

SALA LABORAL

DERECHOS A LA SEGURIDAD SOCIAL. MÍNIMO VITAL

Extracto:

Frente a la impugnación de las accionantes, habrá que decirse que no hay lugar al análisis de la existencia de la relación laboral con el ICBF, habida cuenta que este no es el escenario para hacer declaraciones propias de un juez laboral, ni menos en lo que atañe a la indemnización del daño emergente causado, pues claro es el contenido del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 al señalar que a ellas ha lugar siempre que las afectadas no dispongan de otro medio judicial, aspecto descartado en este escenario al tener a su alcance en el proceso ordinario laboral, amén de que resultaron favorecidas con la decisión en lo que respecta al pago de los aportes a pensiones.

Ahora bien, razón le asistió al juez respecto de la alegación del Fondo de Solidaridad Pensional – Colombia Mayor, en el sentido de que debían restársele credibilidad a las declaraciones extra proceso rendidas por las accionantes, en vista de que, de un lado, a ello se opone el contenido del inciso segundo del artículo 21 del Decreto 2591 de 1991, según el cual **“En todo caso, el juez podrá fundar su decisión en cualquier medio probatorio para conceder o negar la tutela.”**, sin que el trámite constitucional de la tutela, en razón su corto plazo de decisión, sea el escenario expedito para activar el contenido del artículo 222 del C.G.P., deprecado por dicho impugnante, quien debió desvirtuar siquiera sumariamente el contenido de la prueba documental allegada tendiente a demostrar el vínculo laboral de las actrices con el I.C.B.F., lo que no hizo y en su lugar prefirió tachar de falso lo allí contenido, sin percatarse de que como el juez encuadró a las actrices en una situación de especial indefensión.

Claro es que se invierte la carga de la prueba en favor de las peticionarias, de modo que basta con que realicen una afirmación, siendo de cargo de la autoridad accionada, desvirtuarla, por la potísima razón de que en esos escenarios por virtud del art. 20 del Decreto 2591 de 1991 se presumen ciertos los hechos alegados por los accionantes, pues en conformidad con lo dicho por la Corte Constitucional **“es a quien desea contradecir la afirmación a quien corresponde probar la no ocurrencia del hecho. El no conocimiento de la ocurrencia del hecho por autoridad gubernamental alguna no es prueba de su no ocurrencia”** (sentencia T- 327 de 2001).

Por su parte, tampoco tiene visas de prosperidad lo dicho por el I.C.B.F. en su impugnación, respecto de que no se pueda aplicar a este caso el precedente vertido por la Corte Constitucional en el Auto 186 de 2017, por no estar ejecutoriado, si se tiene en cuenta que dicha providencia anuló parcialmente la sentencia T-480 de 2016, bajo la causal de cambio de jurisprudencia, de manera que, a diferencia de lo impropriamente sostenido, sí goza de dicha característica, y por tanto, debe ser aplicado con todo rigor por ser precedente.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

Rad.01 2018 0017 100 Acta No. 018 (12-06-2018) M.P. Jorge Eduardo Ramírez Amaya.

FUERO SINDICAL. Acción de Reintegro. La garantía del fuero sindical para los fundadores de un sindicato tiene plenos efectos desde el momento de su constitución o fundación.

Extracto:

Antecedentes:

Las demandantes estuvieron vinculadas laboralmente con la UNIÓN TEMPORAL XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, inicialmente como trabajadoras en misión , entre los años 2008 y 2009 , y posteriormente , entre los años 2009 y 2010 , mediante contrato laboral a término fijo inferior a un año, como taquilleras en las estaciones de recarga del Sistema de Transporte Masivo MIO, a cargo de la xxxxxxxxxx.

Consideraciones:

Las normas transcritas, permiten entender que la garantía del fuero sindical para los fundadores de un sindicato tiene plenos efectos desde el momento de su constitución o fundación , pues ningún otro sentido cabe dar a la expresión contenida en el artículo 406 en tanto dispone que tienen fuero sindical los fundadores del sindicato desde el momento de su constitución.

Ahora bien, ciertamente la preceptiva del artículo 43 de la ley 50 de 1990 , exige como requisito la comunicación al empleador y al inspector del trabajo o, en su defecto , al alcalde del lugar , la comunicación de la existencia del sindicato , requisito que la Corte Constitucional estudió en la sentencia arriba citada , en la que concluyó que la exigencia de tales comunicaciones , antes que limitar el derecho de asociación sindical constituían una garantía para los derechos de los trabajadores fundadores del sindicato , en tanto que el conocimiento del empleador respecto de tal hecho permite hacerle exigible la garantía de éstos, particularmente el reconocimiento del empleador respecto de tal hecho permite hacerle exigible la garantía de estos , particularmente el reconocimiento del fuero sindical . Se concluye , por tanto, que el acto de publicidad que impone el artículo 43 de la ley 50 de 1990 constituye un presupuesto para la exigibilidad de ésta garantía . Sin embargo, no se expresa ni en la sentencia ni el texto de la ley impone enterar del acto de constitución del sindicato , tanto al empleador como al inspector del trabajo , o en su defecto , al alcalde del lugar.

Pues bien, acerca de este particular aspecto , surgen dos posibilidades , el pensar que para el efecto de la garantía es requisito sine qua non , la notificación al empleador. O bien puede entenderse que el requisito de publicidad que impone la norma en cita como requisito para la efectividad de los derechos derivados del fuero sindical , se cumple con la primera notificación que se realice por el sindicato , bien sea al empleador mismo , en cuyo caso ninguna discusión existiría de la efectividad del fuero, o bien al inspector del trabajo o, en su defecto , al alcalde del lugar.

(...)

Ahora bien, aplicando al caso concreto el anterior fundamento jurídico y su finalidad ya interpretada por la Sala de Casación Laboral , encontramos que en efecto el sindicato fue creado el 22 de marzo de 2011 y dentro de sus miembros fundadores se



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

encuentran las demandantes . De lo anterior dan fe el Acta de Constitución y los estatutos obrantes de folios 25 a 64.

En cuanto al requisito de publicidad respecto de los actos de constitución del sindicato para los efectos concernientes a los derechos que se derivan de la institución del fuero sindical , específicamente en lo que refiere al fuero de fundador de sus miembros , tenemos que con la comunicación de folio 65 se comprueba la notificación de su constitución al Ministerio del Trabajo el 28 de marzo de 2011 , evidenciándose del mismo modo de los documentos que corren a folios 66 a 72 que registran la constitución de aquel y sus directivos. También está demostrado con la misiva enviada al empleador , visible a folio 73 , que la comunicación a éste respecto de la constitución del sindicato , se radicó el 31 de marzo de 2011 a las 9:40 am , siendo esta última la que se tendrá en cuenta para los efectos del fuero de fundadores frente al empleador conforme los razonamientos previamente decantados.

(...)

Lo anterior es así, dado que , no existe en el plenario prueba acerca del supuesto conocimiento por parte de la sociedad empleadora de la constitución del sindicato en día anterior como lo propone la parte recurrente, pues no dan fe de ello las documentales aportadas ni las demás pruebas allegadas , en particular el interrogatorio de parte rendido por las demandadas (fl 595 , 597 , 599) y la testimoniales rendida por xxxxxxxxxxxx ,xxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxx , cuyos testimonios resultaron totalmente desacertados en la medida que no conocían a las demandantes ni los acontecimientos objeto de litigio (fl 535 , 538 , 540) tampoco las testigos xxxxxxxxxxxx ,xxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx (fl 512 , 519 , 528) quienes resultaron ser meros testigos de referencia o de oídas , en la medida en que conocieron de los hechos concernientes a la notificación del empleador de la constitución del sindicato de boca de la demandante xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx (fl 616) quien a su vez confesó en interrogatorio de parte haber radicado ella directamente ante la xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx el 31 de marzo de 2011 los documentos aludidos a la constitución del sindicato , lo que coincide con la declaración recaudada de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx (fl 548).

Finalmente , aunque previamente se advirtió que en la alzada no se esgrimió defensa alguna respecto de la decisión absolutoria dirigida a la demandante xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx , en gracia de discusión, valga anotar , que tampoco sus pretensiones resultan avantes la terminación de su contrato se produjo el 22 de marzo de 2011 , conforme se extrae del documento que corre a folio 438 , esto es , antes de la constitución del sindicato y de las respectivas comunicaciones de su existencia al Ministerio del Trabajo y al empleador.

Rad.001 2011 00768 02 (19 01 2018) M.P. Dra. Claudia Patricia Pizarro Toledo .



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

CONTRATO DE TRABAJO, DESALARIZACION – REAJUSTE PRESTACIONES SOCIALES. INDEMNIZACIÓN POR TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO CON JUSTA CAUSA. Sanción Moratoria por la no consignación de cesantías. Indemnización Moratoria.

Extracto:

CASO:

Pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde julio de 2006 y hasta el 13 de enero de 2010, y en consecuencia , se condene al pago de , cesantías , intereses a las cesantías , primas , vacaciones , indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales , indemnización por falta de consignación de cesantías , indemnización por despido injusto , indexación , costas y agencias en derecho .

CONSIDERACIONES.

Tal como se dejó establecido entre el demandante y la demandada existió relación laboral regida por un contrato de trabajo entre el 3 de noviembre de 2009 y el 13 de enero de 2010, respecto de este lapso se examinarán las pretensiones del actor para establecer si se produjo o no una desalarización ilegal.

Uno de los elementos del contrato de trabajo es la remuneración o salario –literal c), artículo 23 del CST-, el cual consiste en la contraprestación que el empleador da en dinero o en especie al trabajador por los servicios prestados . Dicha remuneración puede darse en efectivo o en especie , caso en el cual el máximo se puede pagar en especie hasta un 30% -artículo 129 *ibídem* , modificado por el artículo 16 de la Ley 50 de 1990-.

Sobre los elementos integrantes del salario, prevé el artículo 127 del CST, modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria , fija o variable , sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie **como contraprestación directa del servicio**, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte , como primas , sobre sueldos , bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras , valor del trabajo en días de descanso obligatorio , porcentajes sobre ventas y comisiones.

A su vez , el artículo 128 *ibídem* , modificado por el artículo 15 de la precitada ley , estipula **no constituyen salario** las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador , como primas , excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio , ni para enriquecer su patrimonio , sino para desempeñar a cabalidad sus funciones , como gastos de representación , medios de transporte , elementos de trabajo y otros semejantes.

(...)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

Sanción moratoria.

La sanción moratoria del artículo 65 del CST modificado por el artículo 29 , Ley 789 de 2002, está consagrada en perjuicio de todo patrono que a la terminación del contrato no paga a sus trabajadores los salarios y prestaciones sociales debidas , salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes , y corresponde a un salario diario por cada día de retardo en la cancelación de los mismos hasta por 24 meses , y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera.

De conformidad con lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, la aplicación de la sanción moratoria no es automática ni inexorable, debe aparecer de manera palmaria que el empleador ha obrado de mala fe al no pagar a su trabajador lo adecuado por salarios y/o prestaciones sociales. Esto significa que si se prueba con razones atendibles por qué no ha hecho ese pago, se coloca en el campo de la buena fe que lo exonera de la sanción por mora. Con base en lo anterior, se requiere para el éxito de la pretensión por indemnización moratoria que el empleador a la finalización del contrato de trabajo que lo unió con el trabajador no le cancel oportunamente lo correspondiente a salarios y prestaciones sociales, o que habiéndolo hecho no efectúe el pago inmediatamente concluye la relación laboral.

En este caso se tiene que la relación laboral finiquitó el 13 de enero de 2010, y si bien la sociedad demandada liquidó y pagó el 15 de enero de ese año las prestaciones sociales, como se desprende de la liquidación aportada (f . 23 ,116), lo hizo con un salario inferior al realmente devengado por el actor , tal y como se estableció en líneas precedentes , en menoscabo de sus derechos como trabajador , de donde deviene que actuó de mala fe, pues con ello pretendió la merma de sus acreencias laborales en beneficio propio , de donde deviene que, hay lugar a imponer condena por la misma.

No se advierte plausible ni justifica o constituye el actuar de buena fe, entendida como el actuar recto, conforme a la ley y al derecho , que se utilicen arbitrariamente los instrumentos legales para desconocer derechos laborales y prestacionales del trabajador , conducta en la cual solo el empresario obtiene beneficios.

(...)

Indemnización por terminación unilateral del contrato con justa causa.

Con lo anterior, no cabe duda que el demandante incurrió en una falta – ausencia a laborar – a la sociedad xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx , la que fue aceptada en la diligencia de descargo que rindió el 13 de enero de 2010 (f. 110), sin embargo , tal falta solo tuvo ocurrencia una (1) sola vez , o por lo menos nada se demostró en contrario, conducta o desidia que no podía calificarse como una falta grave , toda vez que el Reglamento Interno de Trabajo (f. 160), expresamente señala que constituye falta grave cuando el trabajador falta a sus labores , **por tercera vez** , que no es lo acontecido en este asunto , pues como se acreditó , era la primera vez que el actor faltaba a su lugar de trabajo y no existe evidencia probatoria de llamados de atención por parte del empleador ni diligencias de descargos diferentes a la que rindió el 13 de enero de 2010 (f. 110), por lo que se considera que la decisión no se ajusta a lo



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

previsto en el propio reglamento interno de trabajo, resultando violatoria del debido proceso y dando lugar a la indemnización deprecada.

Es así que no estando calificada la conducta del demandante como grave en el Reglamento Interno de Trabajo o en el contrato de trabajo, a la luz de lo consagrado en el artículo 7º, literal “a”, numeral 6º del Decreto 2351 de 1965, debió incurrir en tres faltas para dar aplicación a lo allí previsto.

Teniendo en cuenta que el contrato de trabajo suscrito por las partes, con fecha de iniciación 03 de noviembre de 2009 y finalización 31 de diciembre de 2010 y el 30 de junio del mismo año, y que finalizó unilateralmente antes del periodo pactado, esto es, 13 de enero de 2010, se impone el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto, a razón de **166 días**, que corresponde al tiempo faltante para cumplirse la prórroga del contrato de trabajo – 14 de enero al 30 de junio de 2010-, la cual asciende a la suma de **\$8.300.000=** [$\$1.500.000/30 = \50.000×166 días], valor que debidamente indexado totaliza **\$11.200.870,65** ($\$8.300.000 \times 141,05$ –IPC final-/ $104,52$ –IPC inicial-), a cuyo valor se condenará a la demandada.

Rad. 001 2010 00291 01 (04-05-2018) M.P. Claudia Angélica Martínez Castillo.

PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN

Extracto:

Hechos.

Mediante apoderado judicial la parte actora presentó demanda ordinaria laboral, para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene a la demandada EMCALI E.I.C.E ESP reconocer a favor de la demandante pensión vitalicia de jubilación, de conformidad a lo establecido en la ley 33 de 1985, reconocimiento que se debe hacer a partir del 6 de septiembre de 2010, fecha en la cual cumplió con el requisito de edad exigido en esa ley; se liquide a su favor pensión vitalicia de jubilación con el 75% del último promedio de todos los salarios y prestaciones sociales recibidas dentro del último año de servicios; indexar la primera mesada entre la fecha de su retiro de EMCALI y la fecha del cumplimiento de la edad de 55 años; se pague a su favor la diferencia entre el valor de la pensión de jubilación anticipada convencional que se viene pagando entre la fecha de retiro y la fecha a partir de la cual se debe cancelar la pensión vitalicia legal; se reajuste la pensión de jubilación vitalicia legal a partir de enero de cada año, en el porcentaje autorizado por la ley y las costas del proceso.

(...)

CONSIDERACIONES.

Empero como quedó visto, en el presente la demandante ya venía disfrutando desde el año 2004 de una pensión de jubilación convencional a cargo de EMCALI E.I.C.E. ESP, porque para esa data cumplía a cabalidad el requisito de 20 años de servicio sin importar la edad, lo cual fue objeto de su propia elección, por lo que mal puede pretender una mutación de la prestación pensional jubilatoria desconociendo la negociación que en otrora había efectuado con la entidad empleadora y de la cual se benefició por un espacio mayor a 5 años.

Y es que aun admitiendo que procedía el derecho en los términos alegados por la demandante, tampoco sería viable la concesión de la pensión, toda vez que de las pruebas arrojadas al expediente se desprende que si bien la demandante cumple los



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

supuestos legalmente exigidos, pues del documento obrante a folio 14, se evidencia que nació el 6 de septiembre de 1955, por lo que a 30 de junio de 1995 contaba con 39 años de edad, es decir cumplía el supuesto para ser beneficiaria del régimen de transición, pese a ello y conforme se avista en el documento que cursa a folio 143 del CD, a la actora le fue reconocida pensión de vejez por la administradora COLPENSIONES a partir del 6 de septiembre de 2010 –**fecha a la cual anhela la demandante, le sea conmutada la pensión de jubilación convencional anticipada con la pensión de jubilación legal consagrada por la Ley 33 de 1985**- lo que impide la conversión pretendida, si se tiene en cuenta que de concederse la pensión de jubilación legal solamente puede extenderse hasta cuando COLPENSIONES asuma el pago de la pensión de vejez. En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada, pero por las razones aquí expuestas.

Rad. 097 2011 1601-02 (23-03-2018) M.P. Claudia Patricia Pizarro Toledo.

REINTEGRO POR TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO, PERSONA CON LIMITACIONES FÍSICAS, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, PENSIÓN DE INVALIDEZ.

Extracto:

De lo anterior se concluye que, efectivamente el demandante al momento de la terminación unilateral de su contrato de trabajo por parte del empleador, sufría de una discapacidad que incluso superaba el 50% de pérdida de capacidad laboral, de la cual tenía pleno conocimiento su empleador xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, ya que desde el 2009 venía siendo valorado su estado de salud tanto por el Fondo de Pensiones <05 de octubre de 2009> como por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca <15 de enero de 2010>, y pese a ello, la demandada procedió a finiquitar la relación laboral.

Bajo este contexto, al no haber obtenido el empleador la debida autorización del Ministerio de la Protección Social previo al despido, tal y como lo exige la normatividad trascrita, y al no haberse desvirtuado la presunción de despido discriminatorio que opera en su contra, pues por el contrario, invocó para ello la incapacidad del trabajador (f.9), de contera, se vulnera el derecho a la estabilidad laboral reforzada proclamado en la jurisprudencia, situación que incluso conllevó a que, por orden constitucional, de manera transitoria se ordenará el reintegro del actor, como antes se dijo.

Ante tal evidencia, se tiene certeza que al actor no se le podía terminar su vinculación, sin la previa autorización del Ministerio respectivo, justamente en razón del derecho a la estabilidad laboral reforzada predicado por la jurisprudencia, siendo incuestionable que la sociedad xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, infringió el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al finiquitar la relación laboral, desconociendo su calidad de persona con limitaciones físicas, y en tal sentido, tal y como lo definió la *a quo* y el juez constitucional, el despido resulta ineficaz, lo que conlleva confirmar lo pertinente al reintegro del demandante a un cargo de igual o de superior jerarquía al que venía desempeñando cuanto fue desvinculado, que sea compatible con sus condiciones actuales de salud, atendiendo en todo caso las especiales recomendaciones médicas dadas por los médicos tratantes o especialistas en salud ocupacional, y al consecuente pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social que legalmente le correspondan, sin solución de continuidad



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 06 2018

, desde el momento en que fue desvinculado de sus labores , **01 de junio de 2010** –recordemos que la terminación del contrato se dio al 30 de mayo de 2010 (f.9)-, y mientras subsistan las causas que le dieron origen al reintegro ; así mismo , se confirma lo relativo a la indemnización de 180 días , no controvertida en la alzada.

¿es suficiente la calificación de una pérdida de capacidad laboral superior al 50% del trabajador, para la terminación del contrato de trabajo?

Es pertinente resaltar que, conforme a prueba de oficio decretada en esta instancia <auto 270 del 22 de abril de 2016 (f. 7 , c Tribunal)> , se acreditó que el hoy demandante xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx , adelantó proceso ordinario laboral de primera instancia en contra de BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. , el que culminó por sentencia 05 del 30 de enero de 2015 proferida por el Juzgado Sexto Laboral de Descongestión del Circuito de Cali, mediante la cual se condenó al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 01 de octubre de 2010; decisión adicionada por esta Corporación en sentencia 198 del 25 de junio de 2015, en el sentido de autorizar los descuentos por salud, confirmándose en lo demás (f. 8 a 22), hecho sobreviniente <artículo 305 del CPC , modificado por el artículo 281 del CGP ,aplicable por analogía en el procedimiento laboral, artículo 145 del CPTSS> , respecto del cual no se propuso acción ni excepción , y sobre el cual recae un derecho pensional que a la fecha no ha alcanzado ejecutoria, y por tanto , no le asiste razón a la demandada en su argumento de alzada; sin embargo , habrá de modificarse la decisión en el sentido de establecer que el demandante tiene derecho al reintegro de manera definitiva , con el consecuente pago de salarios, aportes a la seguridad social y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el 01 de junio de 2010 y mientras subsistan las causas que le dieron origen al reintegro.

Rad. m011 2010 001169 01 Acta No. 028 (04- 05 2018) M.P. Claudia Angélica Martínez Castillo.

SALA PENAL

Lesiones personales culposas. Exoneración del pago de pena de multa impuesta

Caso concreto: La Sala entra a determinar si el reconocimiento del amparo de pobreza o la prestación de caución prendaria, son figuras jurídicas a través de las cuales se puede acceder en sede de ejecución de penas a la exoneración de la pena de multa impuesta.

Extracto:

“Es que la solicitud de amparo debe hacerse por la persona que se halla en la situación que describe la norma y se itera dicho aserto debe hacerlo bajo la gravedad de juramento, sin embargo el señor XXX no lo hizo directamente, sino su vocero judicial al que el legislador no le confiere tal facultad, pues le pertenece exclusivamente al afectado y cuyo ejercicio no puede ser sustituido por aquel, amén que se presenta un contrasentido pues el amparo de pobreza debe ser solicitado para



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 06 2018

que le designe un defensor público en el proceso y/o para sus costas, no estando contemplado en la ley para la exoneración de la multa.

Así pues, no es dable reconocer el amparo de pobreza para no pagar la pena de multa o darle la categoría de caución prendaria a la multa.

Así mismo, debe decirse que la sentencia que impuso la pena principal de prisión y multa adquirió firmeza desde el momento en que se profirió, esto es, 28 de marzo de 2017, dado que contra la misma no se interpuso recurso alguno, habiendo adquirido así el valor de cosa juzgada, en tanto la pena de multa impuesta, que dicho sea de paso debió ser objeto de motivación por parte del Juez de conocimiento, resulta inmodificable por parte del Juez de Ejecución de penas.”

La Sala confirmó el auto interlocutorio No.2054 de octubre 23 de 2017 proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali.

Rad. 196 2010 01784 01 (19 02 2018) Acta 023 M.P. Dr. Orlando Echeverry Salazar

Preacuerdo.

Extracto: “Ahora bien, para claridad del juez y de las partes intervinientes, esta Colegiatura considera necesario destacar, que si bien es cierto, el señor Fiscal 171 Seccional al momento de presentar el preacuerdo ante el A-quo no lo hizo de la manera ortodoxa, pues señaló que *“corresponde su señoría el preacuerdo en los siguientes términos, la fiscalía reconocerá por el delito de tráfico porte ilegal de armas de fuego accesorios partes o municiones, señor juez una pena de 216 meses, por delito anteriormente descrito o relacionado, mas 2 meses por el hurto calificado y agravado, para un total señor juez de 218 meses. Se le otorga en base a esto la complicidad, para un total de 109 meses de prisión, que equivale su señoría a 9 años y 1 mes. Ello pues con relación al delito de porte ilegal de armas agravado, reitero 216 años mas 2 meses por el hurto calificado y agravado para un total de 218 meses, para, se le da la complicidad y correspondería a 109 meses como pena definitiva, correspondiendo a 9 años 1 mes señor juez”*, y luego de ello, procedió a narrar la situación fáctica, no menos cierto es, que se puede advertir que la Fiscalía, pese a que no lo enunció, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 31 del Código Penal, individualizó cada una de las penas de los delitos atribuidos al señor XXX, para poder determinar cuál era el delito con la pena más alta. Que para este caso, haciendo una revisión el Código Penal es el injusto contra la seguridad pública, por ello, se advierte que partió de la pena mínima de dicho injusto en un monto de 216 meses, y luego le aumentó por el delito concursal, esto es la tentativa de hurto calificado agravado 2 meses más, y finalmente aplicó la rebaja que por complicidad se acordó, conforme a lo establecido en el artículo 30 del C.P y siguiendo los parámetros del artículo 60.5 del C.P, arrojando ello como resultado una pena de 109 meses de prisión, sanción que el acusado dijo aceptar de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente informado, y sin que se vislumbren vicios en su consentimiento, quedando de esta forma salvaguardados sus derechos y garantías fundamentales.

Ahora, la presentación del preacuerdo por parte del señor Fiscal, se itera, no fue el más ortodoxo, pues era deber de este en primer lugar, enunciar cuales eran las penas establecidas en la Ley para cada delito de los atribuidos al acusado, es decir, individualizar las mismas, y acto seguido, aplicar la rebaja por complicidad pre acordada a cada uno de los delitos individualizados, para así determinar cuál era el delito con la pena más alta, el cual debía señalar tomaría de base para establecer la pena a imponer al procesado, y conforme al artículo 31 del C.P. aumentar el otro



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 06 2018

tanto por el delito concursal, no obstante que no lo hizo así, es decir, que no informó cual fue el camino que utilizó para llegar a la pena pactada con el acusado y su defensora, lo cierto es, que cual sea que fuese el camino utilizado por la Fiscalía, en este caso se llega al resultado pactado, pues es evidente que el injusto con la sanción más alta en este asunto es el delito de fabricación, tráfico o porte ilegal de armas de fuego o municiones, el cual tiene una pena que oscila de 18 a 24 años de prisión, o lo que es lo mismo de 216 a 288 meses de prisión, si en cuenta se tiene que la ley contempla una pena de 6 a 21 años de prisión para el delito de hurto calificado agravado en grado de tentativa; por lo que no es necesario hacer un mayor esfuerzo mental, para saber de donde salieron los guarismos aludidos por el señor Fiscal. Ahora, si aplicamos la rebaja pre acordada a cada uno de los delitos individualizados, se tendría que la pena mínima para el cómplice del injusto de porte ilegal de armas agravado, seguiría siendo la más grave, pues partiría de 9 años de prisión, monto al que se le aumentaría 1 mes más por el injusto de hurto calificado agravado, quedando en consecuencia, la pena en 9 años y 1 mes de prisión.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a los impugnantes al constatar que el presente preacuerdo se encuentra ajustado a las normas vigentes, sin que se vislumbre violación alguna de prohibición legal, ni que sea contrario a los fines establecidos por el legislador para esta figura de la terminación anticipada del proceso, siendo imperativo revocar el proveído examinado, y en su lugar se instará al juez de conocimiento para que continúe el trámite de ley tendiente a verificar la aceptación de los términos del preacuerdo por parte del acusado, en caso afirmativo debe establecer que sea realizada de manera libre, voluntaria, consciente, debidamente informado de las consecuencias de dicha manifestación, que debe ser exenta de todo vicio, con plena garantía de los derechos legales y constitucionales que le asisten, caso en el cual deberá proferir el fallo en consonancia con la negociación que aquí se convalida, conforme a las razones expuestas en precedencia.”

Conforme a lo anterior, la sala resuelve revocar el auto del 20 de noviembre de 2017, proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali, mediante el cual improbo el preacuerdo realizado entre el señor XXX, su defensor y la Fiscalía 171 Seccional de esta ciudad. A su vez, se dispone la remisión del expediente al Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, para que se continúe el trámite de ley, tendiente a verificar la aceptación de los términos del preacuerdo por parte del señor XXX de manera libre, consciente, voluntaria, debidamente informado, con plena garantía de los derechos legales y constitucionales que le asisten, caso en el cual deberá proferir el fallo en consonancia con la negociación que aquí se convalida, conforme a las razones expuestas en precedencia.”

Extracto de Salvamento de Voto

“De entrada el suscrito Magistrado disidente encuentra que se está frente a un concurso de delito, en la modalidad de real o material, lo que impone que cada comportamiento típico es independiente de los demás, es decir que con cada acción se vulneró o se puso en peligro un bien jurídico independiente e individual. En otras palabras no hay unidad de acción, sino pluralidad de acciones. Lo que resulta importante frente al tema de los preacuerdos por cuanto si son varios los delitos, reducir la actuación del procesado de autor o cómplice en todos los ilícitos concursantes impone un beneficio múltiple, aunque a la hora de imponer la pena se use una simple fracción de los delitos menos graves para incrementar la pena, pues



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

empece a ello para determinar cuál es el delito más grave es necesario individualizar las penas de los ilícitos que convergen.

Por otra parte, cuando las partes a la hora de preacordar la pena, que sí pueden hacer dentro de un escenario de justicia premial, conforme los precedentes jurisprudenciales, a la hora de proponer la pena deben atender los criterios del inciso segundo del artículo 61 del C. Penal que son determinantes para fundamentar la movilidad entre la pena mínima y la máxima, pues el simple hecho de preacordar la pena mínima constituye un beneficio adicional, si por otro lado se ha degradado la autoría o participación. En otro giro, de presentarse alguna de las circunstancias señaladas en el inciso segundo del artículo 61 sustantivo, preacordar la imposición de una pena mínima es un beneficio adicional.”

Rad 177 2017 00344 00 (30 01 2018) Acta 014.M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz

Salvamento de Voto: Dr. Orlando Echeverry Salazar

Homicidio simple y homicidio simple tentado. Modificación de la pena.

Extracto. “Los hechos que originaron la presente investigación tuvieron ocurrencia el 1º de agosto de 2009, cuando se encontraba vigente el art. 38 de la Ley 1142 de 2007, que consagraba para el delito de fabricación, tráfico y porte ilegal de armas de fuego o municiones, una pena de 4 a 8 años.

De igual manera, la formulación e imputación para el aquí procesado se llevó a cabo el 3 de agosto de 2009. En ese orden de ideas, atendiendo las previsiones del art. 292 del C. de P.P., en concordancia con el 83 del C.P., la acción penal para este delito prescribió el 3 de agosto de 2013, porque la mitad del máximo de la pena de 8 años, es 4, los que se contabilizan a partir de ese año 2009, que se formuló la imputación.

En ese orden de ideas, se hace necesario modificar la pena, restando los 4 años de prisión (fl. 122) que la Jueza le impuso por el delito contra la seguridad pública, para imponer definitivamente, treinta y cuatro (34) años, cuatro (4) meses y quince (15) días de prisión; cantidad que igualmente no modifica en nada los subrogados y sustitutos penales que fueron negados en la decisión de primera instancia.”

En merito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali resuelve modificar la sentencia ordinaria No. 204 del 20 de octubre de 2011, mediante la cual el juzgado tercero penal del circuito de Cali con funciones de conocimiento condenó a XXX, como autor penalmente responsable de los delitos de Homicidio simple y homicidio simple tentado, solo en el sentido de imponerle como pena definitiva la de treinta y cuatro (34) años, cuatro (4) meses y quince (15) días de prisión por los delitos de homicidio simple y homicidio tentado.

Radicación No. 76001-60-00-193-2009-19453 (13 02 2018). M.P. JUAN MANUEL TELLO SANCHEZ.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso con incesto.
Ausencia de prueba de la tipicidad de la conducta.

Extracto. “Todo lo anterior permite concluir que la fiscalía demostró con prueba testimonial y pericial los elementos integrantes del tipo previsto en el art. 208 del C.P, **Acceso carnal abusivo con menor de catorce años**, porque acreditó que la menor fue accedida con el miembro viril por la vagina y que al momento de ese comportamiento ilícito y reprochable, ella era menor de 14 años porque contaba para el 19 de noviembre de 2007 con 13 años, 3 meses y 19 días, sin contar con el abuso sexual que dijo venía siendo víctima desde que tenía 5 o 6 años, por parte de su abuelo pro que no fue objeto de acusación.”

En merito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial resuelve confirmar la sentencia No. 11 del 18 de diciembre de 2012, mediante la cual el JUZGADO ONCE PENAL DEL CIRCUITO DE CALI CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO, condenó a XXX como autor penalmente responsable del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, EN CONCURSO CON INCESTO.

Radicación No. 76001-60-00-193-2009-28460 (02 03 2018) M.P. JUAN MANUEL TELLO SÁNCHEZ.

Homicidio agravado. Rechazo de testimonio por extemporáneo.

Extracto. “Así pues, a pesar que la defensa advirtió verbalmente la existencia de ese testigo y su necesidad de tenerlo como prueba de descargo, con posterioridad al descubrimiento de manera formal—art.356 num. 2º del C de P. —y a la etapa de enunciación—num. 3º ibídem—, lo cierto es que, reguardando el principio de lealtad y debido proceso, y en especial, antes de las solicitudes probatorias, le puso en conocimiento esa situación tanto a la fiscalía como a la Jueza como una manera de evitar el sorprendimiento de esa prueba al momento de su solicitud según las previsiones del art. 357 del C. de P.P.

No se trata como lo argumentó la defensa de una prueba sobreviniente, dado que el legislador la previó como aquella obtenida en el juicio oral—art. 344 inciso último—, no antes y en este caso, el defensor ya conocía de su existencia al momento de la audiencia preparatoria.

El fundamento para su decreto en esta oportunidad se basa es en que a pesar de haberla revelado o puesto en conocimiento en ese momento en que lo hizo, no contrarió ni la finalidad del descubrimiento ni los principios que lo orientan para acudir a la sanción del rechazo que consagra el art. 346 del C. de P.P., esto es, no dificultó u obstruyó ni el debido proceso, ni la igualdad, la imparcialidad, la legalidad, defensa, lealtad, contradicción, objetividad y transparencia, porque precisamente lo hizo con anterioridad al momento procesal de las solicitudes probatorias que se encuentran previstas en el artículo siguiente, el 357 del C. de P.P.

La revelación que de ese testigo hizo la defensa final y sustancialmente—más que de forma—, le permitió a la fiscalía conocer de su existencia y saber que de ella se serviría en el juicio oral, lo que de paso desecha toda posibilidad de sorprendimiento, en aras de permitirle el derecho o facultad de controvertirlo.”



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 06 2018

En merito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI resuelve:

PRIMERO. Revocar la decisión adoptada en Auto del 12 de febrero de 2018, por medio el cual, el JUZGADO DOCE PENAL DEL CIRCUITO DE CALI CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO rechazó por extemporáneo, el testimonio de XXX solicitado por el defensor.

SEGUNDO. Decretar el testimonio anteriormente mencionado.

Radicación No. 76001-60-00-199-2015-02759 (07 03 2018) M.P. JUAN MANUEL TELLO SÁNCHEZ