

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

RELATORIA

Henry Moreno Macias

Relator

BOLETIN 10



2016

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

SALA DE GOBIERNO 2016- 2017

Presidente Dr. Antonio José Valencia Manzano.

Vicepresidente Dr. Julián Alberto Villegas Perea

SALA CIVIL

Presidente Dra. Ana Luz Escobar Lozano

Vicepresidente Dr. Jorge E. Jaramillo Villarreal.

SALA DE FAMILIA

Presidente Dra. Gloria Montoya Echeverry

Vicepresidente Dr. Henry Cadena Franco

SALA LABORAL

Presidente Dra. Luz Amparo Gómez Aristizabal.

Vicepresidente Dr. Carlos Alberto Oliver Gale

SALA PENAL

Presidente Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

Vicepresidente Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

Magistrados que integran la Corporación.

SALA CIVIL

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

RESTITUCION DE TIERRAS.

Aura Julia Realpe Oliva Gloria del Socorro Victoria Giraldo
Nelson Ruiz Hernández.
Secretaria: Gloria Lucía Zapata Londoño

SALA DE FAMILIA

Katherine Andrea Rolong Arias Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos
Gloria Montoya Echeverry
Secretario: Juan Carlos González Muriel

SALA LABORAL

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

SALA PENAL.

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

Secretario: María Eugenia Henao

Henry Moreno Macías
Relator

SALA CIVIL

DESISTIMIENTO TACITO. Responsabilidad civil contractual.

Parte actora no cumplió integralmente con la carga procesal que le correspondía en el término concedido para efectuar la notificación de los demandados.

Extracto:

El desistimiento tácito es una forma de terminación anormal del proceso que se da cuando el interesado en él, no cumple con una carga procesal que le corresponde y está, es de vital importancia para continuar con su trámite. Es entonces una herramienta para los jueces y las partes para agilizar las actuaciones y descongestionar los despachos judiciales, como también es una sanción procesal a la parte que omite cumplir con su deber de impulsar el trámite cuando su colaboración es indispensable para ello, lo que significa que su esencia es punitiva por las consecuencias desfavorables que trae al incumplido, que entre otras secuelas, no podrá seguir debatiendo su reclamación en la actuación por la terminación de la misma.

El artículo 317 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, vigente desde el 1 de octubre de ese año, literalmente dispone:

“(...) 1. Cuando para continuar el trámite de la demanda, del llamamiento en garantía, de un incidente o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos, **el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta (30) días siguientes mediante providencia que se notificará por estado.**

Vencido dicho término sin que quien haya promovido el trámite respectivo cumpla la carga o realice el acto de parte ordenado, el juez tendrá por desistida tácitamente la respectiva actuación y así lo declarará en providencia en la que además impondrá condena en costa.

Así mismo, la Corte constitucional ha manifestado que el desistimiento tácito “(...) es la consecuencia jurídica que ha de seguirse, si la parte que promovió un trámite debe cumplir con una carga procesal – de la cual dependa la continuación del proceso- y no la cumple en un determinado lapso. (...) y es por ello que el juez tiene la facultad de disponer la terminación del proceso o de la actuación.”.

De lo anterior se desprende que son requisitos para la configuración del desistimiento tácito los siguientes: i) La existencia de una carga procesal legal o acto de la parte que promovió el trámite; ii) Que el cumplimiento de la carga procesal o acto de la parte sea indispensable para proseguir el trámite; y iii) una orden específica del juez sobre la carga o actividad procesal que le corresponde realizar a la parte dentro del plazo determinado y que esté venza sin que así se proceda.

En el caso estudiado se observa que el demandante fue requerido en distintas ocasiones para que notificara a los demandados dentro del proceso, y a pesar de que logró notificar a la Cooperativa de Transportes xxxx, la Compañía de Aseguradora xxxx, y la señora xxxx, no sucedió lo mismo con el demandado señor xxx pues si bien en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 315 del CPC aportó certificación de la empresa de correo en la cual se expresa que la dirección a la cual fue enviada la citación no era correcta, lo cierto es que

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

no evacuó tal notificación ni conforme a aquella norma y el artículo 320 ibídem, como tampoco según lo dispuesto en el artículo 318 de la misma normatividad.-

Ahora, dice el apelante que el memorial de fecha 3 de julio de 2015 – folio 107- debió interpretarlo el juez para entender que en relación al señor xxxx estaba solicitando su emplazamiento según el artículo 318 del CPC. Sin embargo al afirmar en el mismo memorial que la citación de ese demandado “fue devuelta por la causal de no corresponder la dirección, por tal razón **nos encontramos realizando la investigación para que la misma sea efectivamente realizada en el domicilio del demandado**” (resaltado fuera de texto) resulta inadmisibles tal hermenéutica pues en contrario se expresa la intención de pretender la notificación conforme a lo dispuesto en los artículos 315 y 320 del CPC en el domicilio del demandado, lo que se confirma precisamente con la gestión de nueva citación surtida el 15 de julio de 2015 “Dirección de destinatario es incorrecta”—folio 121- agregada al expediente.

Por lo demás, la solicitud de emplazamiento para la cooperativa y el señor xxx fundada en el artículo 320 del CPC que consta en escrito de fecha agosto 5 de 2015- folios 126, 127-, precisamente por la forma en que se formuló – conjunta- no permitía interpretarla en el sentido de que era distinto el emplazamiento que se pedía de uno y otro demandado, más aún cuando para aplicar el artículo 318 del CPC se exige petición, bien en la forma indicada en el numeral 4 del artículo 315 en su caso, o bien con las manifestaciones a que se refiere el mismo artículo 318, que no se dieron en este caso y en ese memorial.-

En ese orden de ideas, y añadiendo la evidencia de un nuevo requerimiento realizado al actor para que realizara la gestión de notificación del señor xxx – auto de septiembre 25 de 2015- se itera que aquél no cumplió con la carga procesal impuesta en los términos que le fueron concedidos, carga que consistía, no en la notificación de algunos demandados sino de todos ellos.

Finalmente, no se desconoce la tesis de que cuando el juez conmina a una de las partes a realizar dentro de un término determinado acto o carga, le basta a aquella con realizar cualquier actuación de cualquier naturaleza o iniciar cualquier trámite para conseguir el resultado esperado para interrumpir dicho término, tesis que se fundamenta en el mismo artículo 317 del CGP inciso 3 numeral 1 y en la letra c) del numeral 2.

Sin embargo no se comparte esa respetable opción hermenéutica, por cuanto una interpretación sistemática de la norma citada permite entender que la interrupción de términos de que trata la letra c) del artículo 317 del CGP se restringe al caso del numeral 2, toda vez que aunque dicha letra se refiere a la interrupción de “los términos previstos en este artículo”, puede interpretarse que hace relación a los términos de un año del proceso en estado de reposo y a los dos años de la letra b) anterior del numeral 2, pues se trata de evitar la parálisis moviendo el proceso y en esos casos es cuando efectivamente “cualquier actuación, de oficio o a petición de parte, de cualquier naturaleza” los interrumpirá, no así al término de los 30 días señalados en el inciso 1, porque no se concede para cumplir cualquier acto, de cualquier naturaleza y para que lo haga cualquier parte o aún el juez oficiosamente, sino para cumplir una carga o acto exclusivo de una parte en la forma indicada por la letra c) del numeral 2 del artículo 317 del CGP llevaría, al desconocimiento de una orden judicial y del plazo legal fijado para realizarla, a que el trámite procesal continúe paralizado forzosamente porque el requerido no tendría que cumplir con la carga o acto que se le ordenó, y al absurdo, de que dependiendo la continuación del asunto de un acto específico y exclusivo de una parte, los actos de los otros sujetos procesales y del juez propiciarían la inactividad de aquél respecto del acto que realmente se necesita para seguir con el trámite.-

Esas las razones para entender que la interrupción de que trata la letra c) del artículo 317 del CGP, solo se refiere a los términos del desistimiento del numeral 2 y no a los 30 días

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

concedidos en el desistimiento de lo requerido del numeral 1 de la misma norma, término que se interrumpirá, no con cualquier acto de cualquier naturaleza cumplido de oficio o por la parte, sino con los actos de la parte obligada y necesarios para el cumplimiento de la carga o acto que le corresponde y le ha sido impuesta.

Conforme a lo expuesto, la viabilidad del desistimiento tácito para este asunto se pone en evidencia con el lleno de los supuestos exigidos para su configuración y como el Juez lo ordenó así en la providencia apelada y en estudio, la misma habrá de confirmarse, sin que haya lugar a condena en costas a la parte apelante por no aparecer causadas.-

Rad.006 2014 00377 01 (21 04 2016) M.P Dra. Ana Luz Escobar Lozano

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Contrato de transporte aéreo internacional. Por expresa previsión legal hay lugar a presumir que el daño se produjo durante el transporte aéreo, entendido como tal desde que se hizo entrega del equipaje o carga hasta su entrega en el lugar de destino (arts.17 y 18 del Convenio de Montreal).

Extracto:

No obstante, hemos dejado reseñado que el transportador puede exonerarse si demuestra que el daño se debió a embalaje defectuoso no realizado por él o sus dependientes o agentes, que es precisamente la defensa enarbolada en este caso.

Ahora, si el envío fue entregado en las mismas condiciones en que fue recibido, sin señales externas de roturas, averías o maltrato, y al verificar su contenido se constata que dichas piezas están quebradas o rotas, es apenas lógico y entendible que se impute su causa al incorrecto o descuidado empaquetamiento de los bienes, cuando además se entregan razones de peso para soportar dicha conclusión, esto es que no se rellenó su interior para evitar precisamente la causación de daños como el denunciado, ni se advirtió sobre su verdadero contenido para adoptar todas las medidas razonables que el caso ameritaba, como en efecto ha sucedido con otras obras de arte transportadas sin que sufrieran menoscabo.

Emerge plausible que fue en ese contexto (embalaje) que no se cumplió a cabalidad con la protección adecuada para el envío, puesto que su elaboración no fue la adecuada para soportar la manipulación durante el largo trayecto que con anticipación conocía la demandada, pero es claro que la demandante entregó sus obras en perfecto estado, conforme lo reconoce el empleado de xxxxxxx , como tampoco se ha refutado el estado en que llegaron las obras, por lo tanto, independientemente del momento exacto en que haya ocurrido el daño, es predicable que aquél tuvo ocurrencia por la desacertada elaboración de la protección del envío, la cual fue manufacturada por la xxxxxxx .,demandada que no acreditó un eximente de responsabilidad.

La conclusión a que arriba la Sala encuentra eco probatorio en la foliatura, para ello basta escuchar la declaración de la parte demandante cuando afirma que: "...yo tenía las obras empacadas en unos guacales que me había hecho un vecino que tiene una fábrica de muebles y cuando fui a decirle a ellos que me enviaran las obras, me dijeron: hay que hacerle unos guacales, yo les dije, ya las tengo

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

enguacaladas, ellos me dijeron no le respondemos por la obra, si nosotros mismos no hacemos los guacales, entonces procedí a quitarle los guacales y a entregárselas abiertas y no sé cómo las empacaron, porque yo las entregue y no sé más, ellos hicieron todo”

La anterior aserción es corroborada por el testimonio de Leonardo Fabio Espinel – empleado de xxxxxxx – área de servicio al cliente y quien declaró que efectivamente ellos recibieron las obras y le indicaron a la demandante que la mercancía debía ir correctamente embalada, y que una vez realizados los empaques, se verificó su estado y se tomaron fotografías. Afirma que los guacales fueron realizados por un tercero , agregado que aparece refutado frontalmente por la misma documentación entregada por la sociedad demandada; por último , lanza un concepto o conjetura acerca de que los daños podrían ser producto de la revisión de autoridades aduaneras, contrariando la naturaleza del testimonio quien debe deponer sobre hechos y no sobre conceptos.

Como si lo anterior no fuera suficiente, la prueba fotográfica adosada al expediente acude en el sentido ya expuesto, esto es que no existía un suficiente soporte interno en el armazón realizado por xxxxxxx, ya que no se observa un adecuado relleno y fijación de las obras al soporte de madera; emergiendo irrecusable que así realizado no sería suficiente ni adecuado ni aconsejable para soportar la manipulación y movimiento propios del transporte aéreo, para de esa manera garantizar, que las obras independientemente que se traten de obras de arte o “decoraciones de hogar” , llegaran a su destino en el mismo estado que fueron entregadas, compromiso adquirido por xxxxxxx , ya que no se observa un adecuado relleno y fijación de las obras al soporte de madera; emergiendo irrecusable que así realizado no sería suficiente ni adecuado ni aconsejable para soportar la manipulación y movimiento propios del transporte aéreo , para de esa manera garantizar, que las obras independientemente que se traten de obras de arte o “decoraciones de hogar”, llegaran a su destino en el mismo estado que fueron entregadas, compromiso adquirido por xxxxxxx al momento de suscribir la convención.

Si la conclusión a que se llega determina que el daño se produjo por causa de un defectuoso o indebido embalaje de las cosas a transportar, y esa es la razón basilar para exonerar a la aerolínea demandada, de rebote habrá que radicar juicio de responsabilidad en la empresa encargada de dicha actividad, que no es otra que xxxxxxx, en su condición de agente de carga, como ha quedado suficientemente establecido, arista que jamás ha sido puesta en duda, contrario sensu es admitida sin ambages.

Tiene sentado la jurisprudencia que en estos casos dicha responsabilidad deberá ser disciplinada en principio por el contrato celebrado entre las partes, en segundo lugar por el régimen general de los contratos y obligaciones y por último podrá acudir a la regulación con aquél contrato típico con el que guarde alguna relación o analogía. En este caso se tiene que el agente de carga asumió no solo la asesoría y la intermediación para la celebración del respectivo contrato de transporte requerido por la remitente, sino que desechó el que por su cuenta y riesgo había ordenado confeccionar, bajo la garantía que tan solo respondería por la suerte del envío si xxxxxxx procedía ella misma a su empaquetamiento, como efectivamente sucedió, según lo expresado por la demandante en su declaración, y que no ha sido redargüido por esta demandada.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

Todo lo contrario, milita en el expediente copia documental expedida por xxxxxxx que recoge el convenio celebrado con la demandante, y en ella consigna además de los estipendios del futuro contrato de transporte el costo del embalaje, así lo evidencia la factura de venta 2193, implicando que la demandada asumía como propia la manufactura de la cubierta de la carga, en consideración a su especial naturaleza.

Presentado el daño, hecha la reclamación al porteador y objetada la misma por defectos de empaquetamiento, el agente de carga no ha asumido la responsabilidad que le incumbe y que fuera explícitamente anunciada al momento del pacto.

Por la dinámica de los hechos es irrefutable que se presentó un daño, cuyo vínculo causal obedece a un defectuoso embalaje como se dejó reseñado a espacio, estas circunstancias han sido del total conocimiento del agente de carga demandado, al punto que cuenta con material fotográfico sobre el estado ruinoso de los bienes transportados, y enterada de la situación elevó reclamación al transportador con la objeción ya conocida y analizada. Valga memorar que esta lamentable situación nunca fue cuestionada por la demandada, de modo opuesto es admitida y es que el caudal probatorio es copioso y unívoco, amén de sólido y completo.

No remite a duda, entonces, que acuden los presupuestos axiológicos para predicar reproche de responsabilidad civil contractual a la sociedad demandada xxxxxxx, esto es que hay contrato bilateral válido, se presentó inejecución defectuosa del mismo y esto último determinó la irrogación de un daño, como ha quedado suficientemente decantado, por tanto se condenará al resarcimiento de los perjuicios.

Xxxxxx opuso los medios defensivos que rotuló como “Prescripción. Inexistencia de la Obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda y Buena fe”.

La primera de ellas descansa en el soporte fáctico de que la demandante no hizo la reclamación dentro del plazo fijado para ello, todo con base en el contrato de transporte, pero ya hemos visto como la demandada no es parte de dicho contrato y por tanto mal puede pretender acogerse a sus previsiones, de otra parte quedó clarificado que la responsabilidad de xxxxxxx debía regirse en principio por las cláusulas contractuales ajustadas, y en segundo lugar por el régimen general de las obligaciones y contratos. Por tanto es abiertamente improcedente dicha excepción, amén de que no tiene fundabilidad factual.

En cuanto atañe a las demás defensas se impone memorar que al abordar el juicio de responsabilidad y sus presupuestos ontológicos se acometió el estudio de la buena fe, de la existencia de la obligación resarcitoria, que las pretensiones estaban llamadas a tener buen suceso y en consecuencia no se presentaba el cobro de lo no debido, por lo tanto a dichas argumentaciones nos remitimos sin que sea necesaria su repetición.

-Tasación de Perjuicios

Superado el valladar anterior, ha de decirse que la controversia gravita entonces sobre la tasación de las obras con la que debe efectuarse la reparación a la demandante; cabe destacar que la foliatura ofrece desde sus albores divergencias esenciales sobre la naturaleza de la carga y el real trato dado a su contenido, pues

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

el mismo escrito rector y además abundante prueba documental que no ha sido rebatida nos habla que la remitente demandante jamás declaró que se tratase de dos obras de arte , cuando sin recato alguno declaró que se trataban de dos unidades “home decorations” , La Vecina y Parce”, luego se señaló un valor muy inferior al ahora reclamado , se deja traslucir que se pretermitió todo el procedimiento aduanero para casos semejantes y para ello se acudió a la figura de “muestra sin valor comercial” declarando un valor de US \$1.500.

Pero la demandante no sólo adujo esas condiciones del envío ante xxxxxxx, puesto que en similar sentido lo sostuvo en el oficio remitido a la Policía Antinarcóticos, en el contrato de transporte suscrito con Copa Airlines, otorgándoles el calificativo de “decoración de hogar” – obra sin valor comercial. Por lo tanto la actora no puede desconocer sus propios actos, en atención al principio venire factum propium non valet.

Con evidente desacierto y marginando toda técnica procesal el alzado solicita que para la reparación sea completa e íntegra deben atenderse los valores reales de las obras de arte que alcanzaría la suma equivalente a los US\$ 45.000.00.

En primer lugar desatendió el perentorio mandato del artículo 206 del CGP, cuando recaba que quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación, pago de frutos o mejoras deberá estimarlo razonadamente bajo juramento, discriminando cada uno de los conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto en tanto no haya sido objetado y no se advierta fraude, colusión o no se revele notoriamente injusto. Tan imperativo y vinculante es dicho juramento estimatorio que su ausencia está erigida como causal de inadmisión de la demanda (art. 90 CGP).

Así las cosas, ni las partes ni el juez podían posteriormente suplir dicha omisión, por tanto luce totalmente improcedente la designación de perito para la mensuración de la reparación invocada, aspecto que nos revela de consideración y análisis del experto técnico.

En segundo lugar, es axiomático que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, de donde deviene que no es de recibo que sean unos los términos y valores de las prestaciones para el momento de su celebración pero cambien diametral y exponencialmente para el caso de su resarcimiento en caso de incumplimiento o cumplimiento tardío o defectuoso. Es lo cierto que el contrato legalmente celebrado y que se convierte en ley para las partes nos habla de otros valores dados a los bienes, y en donde participa activa y decididamente la remitente, no solo ante el agente de carga sino ante las demás autoridades y personas inmersas en el transporte, y por tanto en guarda de la buena fe que debe guiar las actuaciones de las personas, se deberá estar irrestrictamente a los términos declarados y pactados para todos sus efectos.

Importa aclarar que no está discutiendo el valor comercial y/o cultural de las obras artísticas de la actora, ni se está poniendo en duda su idoneidad en el área, sino simplemente que para efectos del resarcimiento del daño debe estarse a los valores entregados por la misma remitente ante el agente de carga, pues ya hemos visto cómo nadie puede desconocer sus propios actos, regla de oro que debe presidir todas nuestras actuaciones.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

Así las cosas, a efecto de la cuantificación del daño, aquél gravita sobre los emolumentos que la actora sufragó por el envío tipo courier e impuestos de envío internacional, debidamente acreditados, esto es, la suma de \$1.071.554; debe agregarse el valor cobrado por la realización del empaque equivalente a \$192.684 pesos; para un total de \$1.264.238 pesos, finalmente el valor declarado y conforme las razones anotadas, para las obras “parce” y “la vecina”, esto es US\$ 1.500 dólares.

Hoy es lugar común afirmar que el pago de una suma de dinero como modo de extinción de una obligación, para poder tener esos efectos liberatorios se necesita que sea completo o total, lo cual presupone que debe existir equivalencia no solo cuantitativa sino cualitativa entre las unidades monetarias entregadas por el acreedor y aquellas con las que el deudor pretende solucionar su prestación, máxime ante el notorio y público fenómeno inflacionario que caracteriza nuestra economía.

Por ello nuestra Corte ha expresado que el pago de obligaciones dinerarias no será completo cuando se paga con moneda desvalorizada, o sea, sin la consiguiente corrección monetaria, pues en tal caso el pago sería incompleto como al unísono lo sostienen la doctrina y la jurisprudencia no solo nacional sino foránea, la cual insiste en que “ si la obligación no es pagada oportunamente, se impone reajustarla, para representar el valor adeudado, porque esta es la única forma de cumplir con el requisito de la integridad del pago”(Sentencias de marzo 30 de 1984, marzo 19 de 1986, enero 24 de 1990 y 19 de noviembre de 2001 , entre otras).

Como metodología a emplearse para los fines de la revalorización de la obligación dineraria se tomará el índice nacional de precios al consumidor certificado por el DANE, acudiendo a la socorrida fórmula de multiplicar el valor histórico a actualizarse por el factor que resultare de dividir el índice final por el índice inicial, condensado en la siguiente ecuación:

$$VA = VH \cdot \frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$$

Donde VA= Valor Actual

VH= Valor Histórico

Índice final (agosto de 2016)= 132.84

Índice inicial (julio de 2013)= 113.79

Reemplazando tenemos: $132.84/113.79= 1.1674$

Esto indica que la suma de un millón doscientos sesenta y cuatro mil doscientos treinta y ocho (\$1.264.238) pesos, entregada el 10 de julio de 2013, deberá ser multiplicada por el factor 1.1674 para un total de un millón cuatrocientos setenta y cinco mil ochocientos ochenta y ocho (\$1.475.888) pesos.

Ante la prosperidad del recurso frente a la demanda xxxxxxxx que lleva a la revocatoria de la proferida en primera instancia se deberá condenar a esta demandada al pago de costas de ambas instancias (Nral 4º, art. 365 CGP). Como

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

se resuelve el recurso de manera desfavorable a su postulante respecto de Copa Airlines S.A., se impone condenar en costas al recurrente en esta instancia.

Rad015 2014 00408 02 (18 10 2016) M.P. Homero Mora Insuasty.

PROCESO DE PERTENENCIA. Bienes Vacantes.

En sentencia el juez de conocimiento negó las pretensiones de la demanda y dispuso el archivo del proceso al considerar que al ser el inmueble de marras un bien vacante de propiedad del Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana del Municipio de Santiago de Cali, no es procedente la declaración de pertenencia deprecada de conformidad con el numeral 4º del artículo 407 del C.P.C., al ser este un bien de carácter imprescriptible.

Extracto:

“Como quedó dicho desde los presupuestos normativos que sirven de base a esta providencia, los bienes vacantes son los inmuebles que se encuentran dentro del territorio, a cargo de la nación, sin dueño aparente o conocido, es decir, alguna vez estuvieron bajo el dominio del hombre, pero fueron abandonados. Se distinguen de los baldíos, que son porciones de terreno que pertenecen a la Nación, en que estos últimos nunca han salido del patrimonio o dominio del Estado, no han tenido un dueño particular.

Entonces, por estar a cargo de la Nación, y como no se conoce su dueño, deben ser inscritos “provisoriamente” o “provisionalmente” como vacantes. Así lo indica el inciso segundo del artículo 704 del Código Civil, el artículo 53 de la Resolución 2555 de 1988, y artículo 72 de la Resolución 70 de 2011, que reglamentaron el Catastro Nacional.

Esa inscripción como vacantes no otorga título de propiedad a favor de la entidad de derecho público a la que le correspondan ser adjudicados (ICBF, Municipio, Fondos de Vivienda de Interés Social o Fondo Nacional Agrario), pues necesariamente tal adjudicación debe ser declarada judicialmente, previo el agotamiento de un proceso denominado Declaración de bienes vacantes y mostrencos, descrito en el artículo 421 del Código de Procedimiento Civil, y en el artículo 383 del Código General del Proceso.

Así, para este caso concreto, al estar el inmueble objeto de la pretensión registrado como vacante catastral, según ficha predial remitida a este proceso por el Departamento Administrativo de Hacienda de la Alcaldía de Cali, debe entenderse que tal bien está provisionalmente registrado como tal, de lo que se sigue que si todavía aparece como vacante catastral, es porque el Municipio de Santiago de Cali no ha emprendido las acciones judiciales que le corresponden para que el predio le sea adjudicado, razón por la que a su vez no se ha abierto folio de matrícula inmobiliaria del mismo.

Por lo visto entonces, no es cierto, como lo manifestó en su escrito el Subdirector de Recursos Físicos y Bienes Inmuebles de la Alcaldía de Santiago de Cali, -afirmación replicada por el juez a quo- que el predio por su condición de bien vacante, “es imprescriptible por tratarse de un bien de uso público”.

Tal afirmación, contiene dos errores: el primero de ellos es que no tienen la característica de imprescriptibles los bienes vacantes, pues tal condición sólo se predica de los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación, y los demás bienes que determine la

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

Ley (artículo 2519 del Código Civil y 63 de la Constitución Política); y segundo, porque los bienes vacantes no son de uso público.

Agréguese que en su conclusión, el perito que llevó a cabo inspección judicial al inmueble y presentó informe sobre el mismo, indicó que “Previa averiguación realizada en las oficinas de catastro, planeación municipal, “IGAC” de Cali –V; se puede establecer que el inmueble objeto de la prescripción no es de uso público, no es un bien fiscal, no es ejido o baldío, como tampoco es de propiedad o hace parte de una entidad de derecho público; lo cual no impide ser objeto de prescripción”

Concluye entonces esta Sala que el bien objeto de este proceso sí puede ser ganado por prescripción, no sólo porque no tiene la característica de imprescriptible, sino porque no pertenece a una entidad de derecho público, pues a la fecha, su condición es la de ser vacante, sin que haya sido reclamado judicialmente por ninguna entidad pública, De ahí que quién posea un bien inmueble vacante, pueda ganarlo por prescripción, porque, como se ha dicho jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia, el poseedor tiene una posición ventajosa que lo coloca en condición de adquirir el bien por usucapión extraordinaria, respecto del denunciante del bien vacante.

La razón de tal argumento es que, siendo que el bien vacante no tiene un dueño aparente o conocido, su poseedor se reputa dueño del mismo (artículo 762 del Código Civil).

Entonces, establecido que el bien inmueble objeto de la pretensión no es de aquellos que son imprescriptibles, es del caso determinar si se cumple en este caso con el segundo requisito necesario para el éxito de la pretensión de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, este es, la posesión por el tiempo que indica la Ley.

En la demanda, el actor indica que se encuentra habitando el bien en calidad de poseedor desde el año 1988, es decir, desde hace más de 20 años viene ejerciendo actos de señor y dueño sobre el mismo. De otro lado, los testigos que rindieron su testimonio ante el juez de primera instancia manifestaron que conocen al señor xxxxxxx desde hace 22 años que llegaron todos a habitar el mismo barrio, lo cual los hizo vecinos desde entonces. Agregaron que el demandante fue quién construyó la vivienda en la que habita, la cual consta de dos pisos, que él paga los servicios públicos, el impuesto predial, y que ha sido conocido por todos como el dueño del predio, sin que se conozca o reconozca a otra persona como propietario.

En la diligencia de inspección judicial al inmueble llevada a cabo en la primera instancia, fueron atendidos por el señor xxxxxxx, y en ella se constató que se trata de una vivienda de dos pisos, en estado general bueno, y que allí habita el demandante con su familia. Tiene todos los servicios públicos y una línea telefónica. En tal diligencia, se aportó por parte del actor el último recibo del impuesto predial a esa fecha, en el que se observa al día y sin saldos por pagar de otros años; así mismo, el último recibo emitido por Emcali con la misma característica, de donde se desprende que el señor xxxxxxx atiende, como dueño, las obligaciones tributarias y las que se causan por la prestación de los servicios públicos.

Es así que, demostrado está que el señor xxxxxxx es reconocido como dueño del inmueble por parte de sus vecinos, desde hace 24 años -22 años a la fecha de presentación de la demanda-, y que ha ejercido posesión sobre el predio por el mismo tiempo, construyendo sobre él unas mejoras consistente en la casa de dos pisos donde habita con su familia, todo lo cual no fue desvirtuado en el trámite procesal.

De otro lado, y como quiera que para adquirir el dominio de un inmueble a través de la figura jurídica de la prescripción extraordinaria de dominio, no solo basta con demostrar el tiempo posesorio llevado por el demandante de conformidad con lo exigido en la ley, sino que además debe demostrarse un continuo y efectivo ejercicio del animus domini, de las

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

pruebas recaudadas en el proceso se evidencia que el señor xxxxxxx ha actuado con tal ímpetu sobre el bien pretendido.

En conclusión, para esta Sala, y conforme a lo analizado anteriormente, no existiendo prueba alguna que indique lo contrario, puede decirse sin duda alguna que el demandante llenó el conjunto de condiciones por el cual, se revocará la sentencia apelada y se declarará el dominio del inmueble ubicado en la Calle 72 J No. T28G 112, manzana 2, Lote 72 del Barrio Nuevo Horizonte de esta ciudad, el cual cuenta con los siguientes linderos especiales: NORESTE: En extensión de 5 mts con el predio No. T28F-99 de la calle 72I. NORESTE: En extensión de 16 mts con el predio T28G-104 de la calle 72J. SURESTE: En extensión de 5 mts con la vía vehicular Calle 72J. SUROESTE: En extensión de 16 mts con el predio T28G-120 de la calle 72J. Con un área de 80 metros cuadrados.”

La Sala revocó la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Santiago de Cali y declaró el derecho de dominio pleno en cabeza del demandante.

Rad. 2011 00488 01(09 08 2016) Acta No. 885 M.P. Julián Alberto Villegas Perea.

PERTENENCIA. Prescripción extraordinaria de dominio de vivienda interés social.

Los hechos descritos por los testigos no dejan lugar a la más mínima duda respecto de la posesión regular del demandante. Es obvio que los vecinos quienes rodearon el círculo social del prescribiente por tantos años, son los más indicados para corroborar los hechos que fundamentaron la demanda y que no fueron por ningún medio desmentidos, por el contrario, la espontaneidad con la que los testigos dejaron consignadas sus versiones es una fuente confiable de certeza, pues ningún interés se dejó entrever a partir de sus afirmaciones, sino más bien la simple intención de decir la verdad.

Aunado a lo anterior, las pruebas documentales allegadas tales como facturas de servicios públicos, pagos de impuesto predial, recibos de pago de arreglos efectuados al inmueble, dan cuenta que el demandante se comportaba como dueño del inmueble objeto del presente litigio, ejerciendo todos los actos que da tal calidad, sin reconocer dominio de la demandada ni de ninguna otra persona.

De ello deriva el criterio objetivo que permite predicar, de modo inevitable, que la de los testigos fue la prueba más valiosa que permite establecer, sin dudas de ninguna especie, que el demandante ha detentado la posesión regular, pacífica e ininterrumpida sobre el bien objeto de usucapión, más allá del término mínimo exigido por la ley para la configuración de la prescripción extraordinaria de dominio de vivienda de interés social, sobre el bien que quedara plenamente identificado, como pasa a explicarse.

Ahora, establecida la posesión exclusiva en cabeza del demandado, cumple determinar si el actor cumple con el tiempo de posesión requerido por la ley para poder acceder a sus pretensiones. Los citados medios probatorios permiten dilucidar que desde hace más de 10 años la demandada abandonó el predio, sin que volviera a ejercer ningún acto de dominio sobre él, momento a partir del cual el aquí demandante desplazo su posesión compartida a exclusiva.

Atendiendo que el presente asunto, trata de la prescripción extraordinaria de una vivienda de interés social urbana, el término para acceder por prescripción extraordinaria al dominio del inmueble, es de cinco años conforme lo establece el artículo 51 de la ley 9ª de 1989, lapso de tiempo que se cumplió a cabalidad, como se avizora del análisis de las pruebas recaudadas, pues desde que la demandada dejó el inmueble, esto es en el año 1998 hasta la presentación de la demanda, el actor demostró que ha ejercido actos de señor y dueño

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

en forma exclusiva, como destinarlo para su vivienda y la de sus hijos, construir mejoras, pagar servicios e impuestos.

Ahora, determinado que el actor si cumple con el tiempo de posesión exigido para acceder a la acción invocada, se hace necesario examinar la concurrencia probatoria de los restantes presupuestos de la acción.

Al respecto, se decanta que se trata de un bien susceptible de ser adquirido por prescripción, como quiera que en oficios No 4122.2.10—4339 y 4122.2.10-5812 de la Dirección de Desarrollo Administrativo de la Alcaldía de Santiago de Cali, informaron que el inmueble no se encuentra registrado dentro del inventario de bienes de uso público y fiscal de propiedad del Municipio y conforme con el certificado de tradición aportado y la certificación especial del registrador de instrumentos públicos de esta ciudad, pertenece a un particular.

En lo que atañe, a la identificación del bien, se advierte que no hay duda en este aspecto, toda vez que en la inspección judicial efectuada por el juez de instancia, verificó que se trata del inmueble pretendido en el libelo genitor, como que en la citada diligencia señaló: "... Acto seguido el personal del juzgado, en asocio del demandante y su apoderado judicial, se trasladan al lugar donde debe practicarse la diligencia en cuestión, esto es, a la calle 72-F-5 No T-28-E-54 en Cali, se trata de una casa de habitación de dos plantas, levantada toda en paredes de ladrillo y cemento" respectó a los linderos agregó: (..) "LINDEROS: Norte.- en 14.00 metros con propiedad de la señora xxxx, inmueble identificado con el No T-28-48 de la Calle 72-F-5; Sur.- en 14 metros con propiedad del señor xxxx, inmueble identificado con el No T-28-60/62 de la calle 72-F-5; Oeste.-en 5.85 metros con propiedad del señor xxxx, inmueble identificado con el No T-28-E-53 dela Calle 72-F-4 y Oeste.- (sic). En 5.85 metros con la calle 72-F-5". , Los cuales coinciden a cabalidad con los descritos en la escritura pública No 311 de 26 de agosto de 1992, mediante la cual se protocolizó la compraventa del predio y el folio de matrícula inmobiliaria.

Por último, aunque en la anotación 7ª del certificado de libertad y tradición obra medida cautelar de inscripción del proceso divisorio que adelantó la demandada xxxx contra el actor, anterior a la decretada en asunto, tal hecho no tiene alcances en contra de lo aquí pretendido, primero porque la demandada nada dijo al respecto al concurrir al trámite , segundo, porque la división incoada no es óbice para la pretensión de usucapión a título exclusivo del inmueble, y además porque dicha actuación termino por desistimiento tácito el 23 de noviembre de 2011, por lo cual se archivó el proceso, como se desprende del informe reseñado en el sistema de gestión siglo XXI.

Por esas razones la sentencia apelada ha de ser revocada para, en su lugar, declarar que el demandante adquirió por prescripción ordinaria la propiedad del bien identificado con el folio de matrícula inmobiliaria N° 370-354381 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali y cuya actual nomenclatura es Lote 20 Manzana 2 Urbanización "OMASAA" de esta ciudad, en consecuencia, se ordenará la inscripción de la sentencia en los libros pertinentes de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali.

Rad. 76001-31-03-009-2010-00331-02 (15 02 2016) Acta 014 M.P: Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

RENDICION PROVOCADA DE CUENTAS. Socio comanditario solicita al socio gestor rendición de cuentas sobre sus propias utilidades. Legitimación en la causa.

Problema jurídico.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

Deberá determinarse si la sentencia apelada contiene una incongruencia en sus consideraciones de manera tal que se deba cambiar el sentido del fallo, para lo cual deberá ser objeto de análisis lo que corresponde en este caso a la legitimación en la causa por pasiva y por activa en la acción interpuesta por un socio comanditario contra el socio gestor para la rendición de cuentas. Y así mismo deberá ser objeto de estudio el alegato según el cual como en la providencia atacada no se halló legitimación la causa en los extremos de la litis, constituye eso una decisión inhibitoria y por tanto no hay lugar a condena en costas.”

Consideraciones. Extracto.

“Para el actor, la contradicción consiste en que el *a quo*, en sus consideraciones, afirmó que la señora XXXXX como socia gestora de la sociedad C...A...& Cía S. en C. estaba obligada a rendir cuentas de la sociedad a los demás socios de la sociedad, y que incluso ella admitió tal obligación en declaración de parte rendida ante el despacho de primera instancia, y sin embargo, no se acogieron las pretensiones de la demanda.

En efecto, en las consideraciones expuestas el juez *a-quo*, como introducción a su análisis, no desconoció que la demandada como socia gestora –para la presentación de la demanda- y por mandato de la Ley 222 de 1995 tuviese la obligación de rendir cuentas en virtud de la existencia del contrato social. No obstante, seguidamente el juez, con base en providencia emitida por esta misma Sala y el artículo 46 de la citada Ley, precisó que tal rendición no debe hacerse ante cada socio comanditario individualmente considerado, sino ante la Asamblea o Junta de Socios según corresponda; de manera que al ser en este caso el demandante o quien pide la rendición de cuentas, un socio comanditario actuando con un interés individual, no estaba legitimado en la causa por activa para solicitar el cumplimiento de la obligación.

No hay pues contradicción alguna en las consideraciones expuestas en la sentencia atacada, pues leído en todo su contexto, y no solamente el párrafo parcialmente transcrito en el recurso de apelación, se logra entender el razonamiento efectuado por el juez *a quo*.

Para entrar en más razones acerca del correcto razonamiento que elaboró el juez de primera instancia, y adentrándonos al punto de la legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva en este tipo de procesos, recuérdese que la sociedad es una persona jurídica distinta de las personas naturales o jurídicas que la conforman, y que cuando actúan –las sociedades- lo hacen por conducto de sus representantes legales, lo que nos lleva a afirmar categóricamente que no debe confundirse a uno de sus integrantes con la totalidad de la misma, de lo cual a su vez se desprende que la obligación que tiene el representante legal de la sociedad de rendir cuentas, lo tiene frente a la sociedad misma reunida en la Asamblea o la Junta de Socios, y no frente a los socios individualmente considerados.

De ahí que pueda decirse, como lo hizo el *a-quo*, que el legitimado en la causa por activa en este caso, es decir el que tiene el derecho de accionar, no es el socio XXXX sino la Junta de Socios de la Sociedad C...A...& Cia S, en C.

No obstante, se debe precisar, porque en la sentencia apelada no se dice, que en este caso es la señora B...I...A...M... no hay legitimación en la causa por pasiva por no ser ella para la época de la presentación de la demanda la socia gestora administradora de la sociedad, calidad respecto de la cual se predica – como se viene diciendo- la obligación de rendir cuentas.

Pero, si bien en este caso se encontró la falta de legitimación en la causa tanto de la activa como de la pasiva, lo cierto es que bastaba sólo la primera de ellas para que no tuvieran éxito las pretensiones de la demanda.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

Sigue ahora resolver el último alegato del apelante según el cual la falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva debería traer como consecuencia un fallo inhibitorio y por tanto no habría lugar a condenarlo en costas.

Como quedó dicho en el acápite correspondiente a los presupuestos jurisprudenciales que sirven de base a esta decisión, la Corte Suprema de Justicia, en apoyo de algunos de los tratadistas igualmente citados en título anterior, tiene por sentado que la legitimación en la causa no es un presupuesto procesal de la acción, sino material indispensable para la prosperidad de la misma.

Así entonces, la legitimación en la causa es una cuestión del derecho sustancial y no procesal por cuanto alude a la pretensión incoada y no a un requisito formal de la demanda. De ahí que la ausencia de tal presupuesto no impida que se decida de fondo el asunto objeto de la litis de manera adversa al demandante, como quien reclama un derecho no es titular del mismo o lo reclama ante quién no es el llamado a responder.

Esta posición seguida por la Corte Suprema de Justicia indica entonces que al estar la legitimación en la causa inescindiblemente integrada con el derecho material, al negarse esta, se niega el derecho sustancial y por ende se decide de fondo la litis propuesta, en lugar de dictar un fallo inhibitorio que mantiene intacta la posibilidad de quien no es titular del derecho insista en reclamarlo incesantemente, o lo reclame indefinidamente a quién no es la persona obligada.

Por ello, no cabe en este caso una sentencia inhibitoria como quiere el apelante, pues como dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 4 de diciembre de 1981: “...sería absurdo declarar la inhibición por falta de legitimidad en la causa, pues así se permitiría que el litigante ilegítimo promoviera nuevamente el proceso o que contra él se suscitara otra vez y se iniciara una cadena interminable de inhibiciones.”

Por todo lo expuesto será confirmada la sentencia apelada.”

Rad. 003 2012 00235 01 (17 05 2016) Acta 845. M.P: Dr. Julián Alberto Villegas Perea.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. Cirugía de extracción Extracapsular de catarata.

Extracto:

“El problema jurídico a resolver es establecer si existió negligencia de parte del médico oftalmólogo demandado, señor xxxxxxx al realizar la cirugía de Extracción Extracapsular de Catarata a la señora xxxxxxx y su posterior conducta cuando se presentaron las complicaciones postoperatorias que condujeron a que el iris se atrapara en la parte superior por dehiscencia de sutura, ocasionando deformidad de la pupila. Así mismo, determinar si la causa del daño fue una deficiente suturación que ocasionó una nueva intervención y si está no se hizo inmediatamente.

Claro es entonces que la Hernia del Iris o Prolapso del Iris, a la que la actora atribuye el daño cuya reparación reclama, además de ser una complicación propia de la cirugía de Cataratas, no fue la causa de su pérdida de la visión por el ojo izquierdo, por cuanto si bien se presentó, el mismo fue corregido con éxito el 28 de marzo de 2000 (fecha de la segunda cirugía). Tampoco puede decirse que el Edema Corneal que también se le presentó como resultado de la cirugía, se deba a dejar “destapado” el ojo ocasionando que “...la córnea se llenó de agua por falta de protección...”, por cuanto como ya se dejó consignado, fue otra la razón la que explicó el testigo oftalmólogo y porque la verdad es que no existe prueba en el expediente que demuestre el dicho de la actora. Recuérdese aquí que el citado testigo

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

fue enfático en afirmar que el edema o lesión irreversible de la córnea se produjo "...en la primera cirugía por la queropatía tóxica...", esto es, a consecuencia de una reacción natural del organismo a "...alguna sustancia utilizada en la cirugía...", de tal forma entonces que nada tiene que ver en los problemas que la aquejan, la alegada deficiente suturación y mucho menos dejar "sin protección el ojo.

Lo que sí se advierte es una confusión en la actora, propia de quien no es especialista en oftalmología, al atribuir el trasplante de córnea que al final tuvo que hacerse al presentarse un daño endotelial, a una mala práctica médica proveniente de una deficiente suturación, pues como ya se vio, éste en una complicación fácilmente corregible como en efecto sucedió en este específico caso.

Ahora bien, la Sala no desconoce que la actora descalifica, por decir lo menos, lo que se dejó consignado en la historia clínica y no acepta el resultado de los dos dictámenes periciales que obraron en los infolios; sin embargo, tampoco puede desconocerse que no aportó prueba alguna que permita hacer inferir a la Sala la veracidad de lo que afirma, no cumpliendo con ello lo preceptuado en el artículo 187 del C. de P. Civil arriba transcrito y vigente era la época de los hechos.

Nótese en ese punto que si bien fue incisiva durante todo el trámite del periodo probatorio en que la prueba pericial se realizara fuera de la ciudad de Cali, al final, pese a la insistencia también del juzgado del conocimiento en que así se hiciera, la misma debió declararse desistida al presentarse el evento previsto en el numeral 6º del artículo 236 del C. de P. Civil, esto es, no acreditarse el pago del valor requerido por la entidad especialista designada (ver folios 286,295 y 301 y vto. Cdo. 1º).

Pero es que además, si se examina con detenimiento las razones que tuvo la actora para objetar los peritazgos realizados; uno por el doctor HECTOR HENAO HERNÁNDEZ (obra a folios 1 y 2 del cuaderno 4º) y el otro por una médica forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (folios 75 a 80 cdo. 5º), se aprecia con facilidad la confusión que tenía la actora en cuanto a la causa de la complicación que se presentó en la primera cirugía, esto es, que insiste en atribuirlo a lo que ella considera una deficiente sutura (ver folios 4 y 5 cdo. 4º), hecho aquel que quedó totalmente desvirtuado tanto con los trabajos periciales como por la declaración del testigo especialista en oftalmología.

Por supuesto que en esas condiciones, las conclusiones de los especialistas no pueden ser desvirtuadas por los testigos traídos por la actora, vale decir, Beatriz Eugenia Bedoya Olave (folios 1 y 2 cdo 3º), María Teresa Gallego Londoño (folios 3 y 4 cdo. 3º), Luis Fernando Sánchez Domínguez (folios 5 a 6 vto Cdo.3º) y Cielo Gallego Marín (folios 24 a 26 cdo. 3º), entre otras razones , porque sus apreciaciones son meramente subjetivas y por ello carentes de rigor científico como que son en su orden, dependiente judicial, ama de casa, transportador y docente, y abogada.

Rad. 006 2000 00751 01 (22 08 2016) Acta No. 890 M.P. Julián Alberto Villegas Perea.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL MÉDICA. Indispensable demostrar el acto o hecho dañoso, imputable a título de dolo o culpa, el daño y la relación de causalidad cuya carga probatoria corresponde al demandante.

Fallecimiento de paciente como consecuencia de un infarto agudo de miocardio en la sala de espera del servicio de urgencia de clínica.

Extracto:

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

“Corresponde a la Sala determinar con fundamento en los argumentos elevados en la apelación, si los reproches realizados por el apelante con relación a la valoración que realizó el A- Quo de la historia clínica y a las declaraciones del médico Alejandro Solo Nieto Calvache logran dar al traste con la conclusión que esos elementos probatorios generaron en la juez de primera instancia referente a la inexistencia de nexos causales.

Y de llegarse a encontrar que la censura en punto del anotado material probatorio no tiene cabida, deberá examinarse si es aplicable la doctrina denominada pérdida de oportunidad y si con ello puede tenerse por acreditado el nexo de causalidad entre la actividad médica y el fallecimiento del señor xxxxxxx.

Y en segundo lugar, se advierte que son inanes los intentos de la censura por extraer de los testimonios la comprobación de la falta de sujeción a los tiempos establecidos en el protocolo de urgencias, como quiera que bien se reconoció que no hubo prueba de la atención oportuna por la Clínica al paciente, esto es, dentro de los 15 minutos siguientes a su consulta, tal y como lo establece la guía para el manejo de urgencias citada en la providencia de primer nivel, no fue ésta –la falta de atención oportuna- la causa que se tuvo como desencadenante, en este caso, del fallecimiento del señor xxxxxxx, pues como, quedó visto según lo probado, la tardanza a la hora de consultar fue la que provocó en el paciente un escaso margen de supervivencia, según lo señalan los dos médicos declarantes, testimonios que tampoco fueron desvirtuados por otra prueba médico-científica.

Nótese que en tratándose de un juicio de responsabilidad civil corresponde a la parte demandante, en principio, acreditar que la ocurrencia del daño tiene una correspondencia plena con los actos u omisiones de quienes son convocados al proceso, en este caso, que el daño a la vida o la salud fue consecuencia de la actividad galénica, pues no basta solo con acreditar una actuación o una tardanza si ésta no tiene la potencialidad de causar el daño, bien sea porque es irrelevante para la causación de lo que a la postre origina la muerte o lesión, o porque aún de haberse consumado la actividad médica, la enfermedad estaba tan avanzada por el descuido en el paso del tiempo que era incontrolable para el momento de la consulta, como cuando el paciente se descuida en buscar la atención y con ello resta posibilidades a la intervención médica.

Así lo dicho, no puede desconocerse entonces que las declaraciones de los galenos, válidas como únicas exposiciones médicas, fueron coherentes en señalar la importancia de una consulta oportuna en afecciones de tipo coronario y es que encuentra necesario la Sala también precisar que no hay referencia en el plenario que el dolor que se aduce sufrió el señor xxxxxxx haya tenido como etiología cuestión diferente a un infarto, pues la sintomatología reflejada en la historia clínica, en el acápite motivo de consulta, refiere “familiar refiere que presentó dolor torácico (sic) desde el mediodía dolor de tipo opresivo retroesternal irradiado a hombro izquierdo con síntoma persistente (...)” acorde con lo expresado por el médico Nieto Calvache llamado a rendir testimonio que sobre el punto del diagnóstico del infarto agudo al miocardio dijo que : “El clínico corresponde a la manifestación de signos y síntomas típicos de infarto, como son: dolor torácico (sic) en el lado izquierdo intenso opresivo irradiado al brazo izquierdo con sudoración abundante sensación de muerte inminente y taquicardia”.

Con todo, ha de concluirse entonces, que aunque por cierto reprochable que las demandadas no den cuenta de una atención inmediata al señor xxxxxxx, bajo el tradicional esquema de la responsabilidad civil no basta con acreditar el elemento de culpa que permite la imputación, es necesario probar, en este caso por medio de prueba científica –médica- que aún de haber tardado tanto tiempo en consultar por urgencias y de haberse desplegado la actividad médica de forma oportuna, la probabilidad de supervivencia era real o alcanzable, en otras palabras, que la omisión en la atención fue la que produjo el desenlace

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

fatal del paciente, pues no es preciso asentir un juicio de responsabilidad partiendo del desconocimiento de un estado clínico crucial sobre el cual solo pueden discernir los expertos.

Encontrando entonces la Sala que los argumentos del apelante no logran derribar las consideraciones de la sentencia, cuanto menos acreditar como se viene viendo, la existencia en el sub lite de los demás elementos de la responsabilidad, debe examinarse y nótese, solo en gracia de discusión, al no haber sido pedida la pérdida de oportunidad en la demanda como daño, lo cual desconocería el principio de congruencia, si como lo propone el recurrente, en este asunto tiene cabida la mencionada teoría, para con ella sacar adelante la alzada y en consecuencia sus pretensiones demandatorias.

Como se aclaró anteriormente, la jurisprudencia que ha desarrollado aquel concepto, sostiene que la pérdida de oportunidad no es una herramienta para facilitar la prueba del nexo causal sino que constituye en sí mismo un daño autónomo, con identidad propia e independiente, que consiste en el quebrantamiento de un bien jurídico tutelado de recibir un beneficio o de evitar un riesgo.

En virtud de lo anterior, ab initio deviene inadecuada su invocación en el presente caso, como quiera que de las súplicas del recurrente es evidente que la denominada pérdida de oportunidad no fue deprecada como daño autónomo e independiente, sino en cambio como una alternativa que a bien tuvo exponer para tener por acreditado el nexo causal entre el fallecimiento del señor xxxxxxxx y la demora en la prestación del servicio médico, señalando que de no haberse tardado su atención aquel no habría fallecido, es decir, aquí el daño por el recurrente invocado no fue en sí misma la pérdida de oportunidad como la posibilidad de recibir un beneficio o evitar un riesgo, indemnizable bajo unos criterios particulares, sino el fallecimiento de la víctima, como presupuesto para el daño moral de los demandantes, del que sí debe probarse la existencia del nexo causal.

Ahora entendidas las cosas de esta manera, y dígase como se señaló, solo en gracia de discusión, que ni aún propuesta como daño independiente, habría de ser declarada, habida cuenta que debe constituir una probabilidad seria y debidamente fundada, que permita afirmar la certeza del daño y no una mera posibilidad, vaga y genérica, que no constituye más que un daño meramente hipotético o eventual, siendo que en caso bajo análisis fue descartado como se vio que las posibilidades de frenar la patología coronaria –después de presentarse durante 10 horas sin vigilancia médica- fueran serias o conseqüibles.

Finalmente, la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica, para lo cual es imprescindible la actividad probatoria de la parte interesada en su declaración.

Por virtud de las consideraciones realizadas en precedencia, debe confirmarse la providencia apelada, al no haber sido demostrado en el caso bajo análisis el nexo de causalidad como elemento sine qua non para la declaratoria de responsabilidad civil.”

Rad.005 2012 00451 01 (24 0'6 2016) Acta No. 860 M.P. Julián Alberto Villegas Perea.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Cardiopatía congénita. Prueba pericial. Sin la existencia de la opinión de un experto difícilmente se puede concluir si un médico o grupo de médicos actuaron o no de manera responsable.

Extracto:

“ ...cuando se trata de imputar responsabilidad a quienes intervinieron en la atención médica, lo más apropiado es que sobre ella conceptúe un experto, el Juez no puede reemplazar la opinión de los galenos que han dedicado largo tiempo de estudio y práctica al conocimiento médico y mucho más cuando se requiere de estudios especializados sobre el tema pues la complejidad del cuerpo humano imposibilita que por simples presunciones de hombre se deduzca la responsabilidad de un experto que en principio se supone actúa profesionalmente, salvo claro está, negligencia grave que a simple vista permita deducir descuido como quienes intervinieron en una operación cerraron la herida dejando instrumentos o elementos médicos que debían ser retirados o como cuando detectado uno de los órganos que debe ser intervenido, se interviene el bueno y no se toca el malo.”

El testimonio del Dr. Jaiber Gutiérrez, cardiólogo pediatra de la Fundación Valle del Lili, quien trató la cardiopatía congénita de xxx e informa de la evolución y estado general de la paciente, da cuenta del grave estado de salud que tenía la niña al ingresar a la clínica quien tuvo que ser sometida a cateterismos y a cirugía de cerclaje o “banding” pulmonar , y una vez recuperada a cirugía cardíaca correctiva definitiva de la cardiopatía congénita de gran complejidad cuyos riesgos y consecuencias fueron advertidos explicando a los padres de la niña que podría ocurrir la pérdida de órganos y hasta la muerte, da cuenta que la niña salió de cirugía en muy malas condiciones presentando “falla orgánica” que afectaba corazón, pulmones, riñones, hígado, entre otros, que necesitó medicamentos vasoconstrictores que cierran las arterias de menor calibre pero aclaró que se vio necesario colocar una nueva línea dado el “riesgo alto de pérdida de vida” siendo que ese procedimiento en los niños es más riesgoso porque sus venas y arterias son pequeñas, el testigo técnico relata como el pie derecho de la niña sufrió isquemia y necrosis que terminaron con la amputación del piecito a pesar del tratamiento concertado por un grupo de médicos especialistas; el galeno destaca como la frialdad del pie derecho de la niña fue manejado por la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos y precisa que la amputación fue una consecuencia de la cirugía cardíaca que implicaba hasta riesgo de muerte llevando implícita la posibilidad de pérdida de cualquier órgano o miembro de la paciente, el testigo afirma que no es cierto que la menor no fuera valorada por médico vascular periférico porque esa especialidad equivale a la del médico cirujano vascular que la valoró y que la atención que se le dio estuvo asistida por un grupo de médicos de las especialidades que la niña requirió .

Vistos los hechos frente a las pruebas recaudadas de manera integral no se muestra que la amputación del pie derecho de la niña xxx haya sido el resultado de una mala práctica médica de los especialistas que la trataron en la xxxx ni que la causa de la amputación del pie sea la mala práctica con la punción del miembro inferior derecho de la niña, hipótesis que trae el apelante sin demostrarlo , lo que la Sala logra aprehender es que la niña xxx presentaba una cardiopatía congénita (CANA AV COMPLETO) que la llevó a un estado crítico de salud con riesgo de muerte debiendo ser hospitalizada de urgencia en la Unidad de Cuidados Intensivos de la xxxx, para cuyo tratamiento debió ser sometida a dos cirugías de corazón que exigía cateterismos (previos y posteriores a cada cirugía) para verificar las condiciones del corazón y de su sistema cardiovascular así como la evolución postoperatoria; respecto de la salud del pie de la niña, si bien el 9 de mayo 2007 se dejó

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

constancia que la vena femoral de la pierna derecha se encontraba trombozada con ocasión de un cateterismo, la isquemia solo apareció el 27 del mismo mes y año cuando xxx se encontraba en cuidados intensivos en estado crítico con múltiples complicaciones después de la cirugía cardíaca de altísimo riesgo que se le practicó, frente a lo cual el cuerpo médico reaccionó inmediatamente como lo demuestra el hecho de que el 29 de mayo haya sido atendida por el cirujano vascular- trasplantes, quien desde ese entonces dio un “pobre pronóstico” y advirtió a la madre la posibilidad de amputación como lastimosamente tuvo que procederse para evitar males mayores.

La Sala no alcanza a advertir el descuido del grupo de especialistas que trató a xxx (pediatras intensivistas, cirujanos vasculares, cirujano vascular trasplantes, cirujano pediátrico, infectólogo pediatra, cirujano plástico, ortopedista traumatólogo y residentes en anestesia y anestesia cardiovascular), por el contrario, en la historia clínica aparecen valoraciones y tratamientos que se dispensaron al pie afectado de la niña (medicamentos anticoagulantes y curaciones), advirtiendo desde un inicio que podría ocurrir la necesidad de amputación del pie como consecuencia de los esfuerzos por salvar la vida, ciertamente, lo que se ve es que con todas las atenciones disponibles en la ciencia médica siempre existe el riesgo de no cubrir absolutamente todo porque la incertidumbre en la salud humana siempre está presente.

Bajo tales premisas, es claro el fracaso de la apelación habida cuenta que los presupuestos de la responsabilidad civil que se endilga a las entidades demandadas no fueron demostrados siendo que todos los tratamientos a los que fue sometida xxx no pueden verse como obligaciones de resultado sino claramente de medio; la Sala no ve la prueba no tiene la capacidad científica para apreciar a simple vista fallas culposas ni menos dolosas para variar la valoración que hizo el juez de primera instancia.”

Rad. 03 010 2012 00383 01 (13 04 2016) Acta 25 M.P. Jorge Jaramillo Villareal.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PERIODÍSTICA

Antecedentes: “El señor xxxxxxx actuando en nombre propio, promovió proceso verbal de responsabilidad civil extracontractual, en contra de PUBLICACIONES XXXXX , esgrimiendo como pretensión principal la declaración por parte de la jurisdicción de la responsabilidad civil atribuible a la demandada en mención, en virtud al hecho dañoso consistente en la publicación de una “noticia falsa” que le ocasionó detrimento a su honor, honra y moral, a su salud psíquica y física, y perjudicó sus ingresos laborables. “

(...)

Problema jurídico: Parte demandante alega que la juez a quo omitió el análisis de unos medios probatorios practicados (testimonios y declaraciones de parte).

Extracto:

“Ahora bien, se ha dicho que el hecho culposo en los casos de responsabilidad civil extracontractual por el ejercicio de la actividad periodística, se estructura no sólo cuando hay intención de hacer daño a alguien con la publicación de una noticia, sino cuando el medio de comunicación no ha sido diligente en verificar que la información sea veraz e imparcial y respete los derechos de los demás; es decir, que se haga un manejo prudente de los datos que entrega la fuente.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

Pues bien , en la declaración de parte rendida por el representante legal de xxxx xxxxxxxx, éste no niega que se haya publicado en Semana.com el título denominado “Estafas en el Valle”, pero aclara que es un reportaje neutral, entendido como la reproducción de unos hechos o relatos que manifiesta un tercero, en este caso ACNUR y la Fundación Esperanza. Agrega que en la publicación no se individualiza o especifica a la persona a la que hace referencia la misma, con su número de cédula, y que lo que se presenta es una coincidencia de nombres y apellidos con los del actor. Y aseguró que se tomaron las medidas para valorar la información entregada por los terceros arriba mencionados, pero no explica ni muestra de qué forma se llevó a cabo tal labor. Así mismo hace énfasis en que el señor xxxxxxx no solicitó ante la demandada una rectificación de la publicación, como requisito de procedibilidad para acudir a esta acción ordinaria, respecto de lo cual de una vez se dirá que tal requisito no está establecido por la ley para demandar en acción de responsabilidad civil extracontractual, como lo puede ser para interponer acción de tutela por hechos similares o idénticos a los aquí discutidos, lo cual es sustancialmente distinto.

Se desprende de la anterior declaración que la defensa de la demandada estuvo dirigida principalmente a destacar que no está comprobado que la persona mencionada en el reportaje, es el mismo demandante. Y si bien menciona que se llevó a cabo una labor de verificación de la información, no muestra cómo se realizó y qué resultados arrojó la misma.

En lo que atañe al primer argumento, cabe mencionar que además del nombre –que es igual al del actor- la publicación indica que la persona se hace pasar por abogado –profesión que ejerce el señor xxxxxxx – y que ejerce en Cali –domicilio de labores del mismo-, circunstancias que dirigen los señalamientos de tal publicación hacia el demandante, pues téngase en cuenta que si bien no está determinada expresamente en la publicación, con número de identificación o fotografía , la identidad del protagonista del reportaje , la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la persona afectada puede ser también determinable, como en este caso, que las características arriba descritas llevan a establecer que se trata de la misma persona.

Además, el argumento defensivo según el cual no se debía entender que el nombre puesto en el reportaje era el del demandante, es incorrecto e insuficiente, pues lo que debió demostrar la pasiva es que efectivamente no se trataba del actor. Tal defensa, así ejercida por PUBLICACIONES XXXXXX, lo que hace es reiterar la utilización irresponsable de la información, pues se pretende hacer mención a un nombre propio, sin medir las consecuencias que tal uso puede llegar a tener no sólo en el que es aquí demandante, sino en todas aquellas personas que se llamen igual.

Pero, por la inversión de la carga de la prueba que operó desde que el señor xxxxxxx manifestó en la demanda y con sus pruebas, no ser un falso abogado ni estafador, la labor probatoria más importante que debió ejercer la demandada, y no lo hizo, fue demostrar que en su actuar, es decir , en la publicación del reportaje , obró con el deber profesional de extremar la diligencia y cuidado, pues no sólo tiene derecho a ejercer la libertad de información, sino a evitar el eventual daño que se pueda causar a las personas con la publicación de ella. Así, tal “...*diligencia se alcanza, entre otras, cuando se actúa prudentemente en el manejo de la fuente directa y oficial pertinente, como cuando a la noticia o información incriminatoria determinada, le ha precedido el esfuerzo periodístico profesional necesario y la verificación razonable indispensable para la confirmación de su veracidad y exactitud...*”

No se desprende pues de la declaración del representante legal de la demandada –única prueba de ese extremo de la litis- que haya intentado confirmar la información que suministró, la cual comporta una vulneración al buen nombre y la honra del demandante, como quiera que le atribuye el hecho delictivo de la estafa; por el contrario, la única prueba no acredita un comportamiento preventivo de la pasiva para evitar una publicación falsa o

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

imparcial de incriminación, ni para verificarla, al punto que no se conoce en las diligencias en qué términos ACNUR y la Fundación Esperanza se manifestaron, como fuente en la que el representante legal de PUBLICACIONES XXXXXXXXXX reiteradamente dice que respaldó la periodista que escribió el reportaje.

Todo lo anterior llevó a que se distorsionara la imagen pública del actor, proyectándolo a la sociedad como un delincuente, afectando así su buen nombre, entendido este doctrinaria y jurisprudencialmente como *“...la reputación o fama de una persona , esto es, como el concepto que el conglomerado social se forma de ella. El buen nombre se erige en derecho fundamental de las personas y constituye uno de los elementos más valiosos dentro del patrimonio moral y social, a la vez que en un factor intrínseco de la dignidad humana. En efecto, esta Corporación ha precisado que el derecho al buen nombre se encuentra ligado a los actos que realice una persona, de manera que a través de éstos, el conglomerado social se forma un juicio de valor sobre la real dimensión de bondades, virtudes y defectos del individuo”*.

Concluye pues la Sala que de las anteriores circunstancias surge la demostración de la culpa derivada del incumplimiento del deber profesional de informar, las cuales omitió la juez a-quo analizar de cara a la acreditación del daño al buen nombre y honra del señor xxxxxxx , lo cual es determinante para quebrar el fallo proferido que desestimó cualquier tipo de daño.”

“Es así que se considera procedente el reconocimiento y pago de la indemnización por daños al bien no patrimonial del buen nombre y la honra; pero no en la cantidad pedida por el demandante , sino que estos deben ser tasados razonable y equitativamente , pues si el pretium moral ha sido tasado jurisprudencialmente en el valor de \$55.000.000, concibiéndolo como una aflicción de una envergadura por lógica y razón muy superior a una incriminación delictiva, entonces aquí el quantum de dicha indemnización deberá ser inferior a la suma antes dicha.

Así las cosas, teniendo presente el criterio de la Corte Suprema de Justicia, pero al mismo tiempo siguiendo al arbitrio judicis otorgado al juzgador, la Sala estima apropiada la determinación de la cuantía del daño no patrimonial al buen nombre y la honra, dadas las circunstancias en que ocurrió el mismo, dada la posición de indefensión de la víctima ante la divulgación hecha por un poderoso medio de comunicación, mediante la utilización del internet al cual tienen acceso miles de personas, pero al mismo tiempo que el daño no fue imposible de soportar física o anímicamente, en la suma de \$22.000.000.”

Rad 015 2014 00171 01(31 05 2016) Acta No. 015 M.P. Dr. Julián Alberto Villegas Perea.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Partículas de broca dejadas en el cuerpo del demandante durante intervención quirúrgica.

Extracto:

“Corresponde a la Sala determinar con fundamento en los argumentos elevados en la apelación, si el abandono del fragmento de broca en el cuerpo del demandante durante la intervención quirúrgica practicada al demandante por los demandados, implica en sí mismo, per sé, un daño civilmente resarcible; o, debe comprobarse que tal elemento extraño no es inane y ocasiona –y ocasionó de hecho- en forma real una afectación a la salud.

De superarse el anterior análisis, deberá examinarse si aquella decisión [no retirar el material de osteosíntesis una vez advertido] comportó un acto médico ajustado a la lex artis

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

para disminuir un riesgo mayor que pudiese presentarse en la vida e integridad física del demandante.”

(...)

“Rememorando ahora los planteamientos de la demanda y contrastado con lo que está debidamente acreditado en el plenario, puede decirse lo siguiente.

El 24 de septiembre de 1999 el demandante fue intervenido quirúrgicamente por el Dr. Eduardo Gil Osorio, especialista en ortopedia en la Clínica de Comfandi, por virtud de la afiliación al Sistema de Seguridad Social en salud de aquel para con la Empresa Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud.

El citado procedimiento médico, fue realizado con el fin de realizarle al demandante osteosíntesis de cuello de fémur y así mismo, retirarle un clavo IMB fémur de una cirugía anterior realizada en el Hospital Universitario del Valle. Durante la cirugía, fue descrita como una complicación, -según dice la nota operatoria-:”se quiebra # 2 guías y 1 punta de broca”.

De las pruebas aportadas por la Empresa Promotora de Salud obra diagnóstico patológico del 27 de septiembre de 1999 en el cual se determina que el demandante para la fecha padecía osteomielitis aguda y crónica.

Luego de la anotada intervención quirúrgica, el demandante fue valorado en reiteradas oportunidades tras presentar diferentes molestias, de una parte, por reacciones gástricas a los medicamentos ingeridos y de otra, por un absceso a nivel de la rodilla referido en la nota de evolución de agosto de 2000, el cual empezó a ser tratado de manera periódica por medio de drenajes y curaciones.

El 20 de marzo de 2001, según el examen de microbiología al demandante, le es encontrada una bacteria denominada *pseudomonas aeruginosa*, y por esa fecha el Ortopedista Dr. Valencia refiere estar el paciente pendiente para “retiro de tornillos en cuello femoral”.

Para abril de 2002 el ortopedista tratante solicita valoración por infectología, y el 22 de mayo de ese mismo año el primero de los especialistas solicita autorización para retiro de cuerpo extraño en fémur.

El 5 de junio de 2002 le son extraídas las dos partículas de broca del cuello del fémur por intervención quirúrgica realizada por el ortopedista. En los meses siguientes continúa siendo valorado por el infectólogo y le siguen realizando exámenes clínicos a fin de determinar el microorganismo a qué medicamento es sensible, tratamiento que se hace extensivo según se da cuenta en el expediente hasta el año 2010.

Con fundamento en este escenario fáctico, los médicos que concurren a rendir testimonio concluyeron que el padecimiento del demandante a causa del proceso infeccioso causado por la osteomielitis no era consecuencia de las partículas de broca dejadas en el cuello del fémur de aquel, entre otras razones consideraron que es un material estéril, que es recubierto por el cuerpo y permanece inane. Por el contrario, inclinaron más su concepto a que la infección que finalmente deterioró la salud del paciente debía tener lugar en la fractura abierta de fémur que fue tratada en una Institución médica diferente y con anterioridad a la que trata esta demanda.

Tal criterio médico fue acogido por el A-Quo para descartar la existencia de responsabilidad, pues aseveró que no fue probado el nexo de causalidad existente entre el elemento extraño dejado en el cuerpo del demandante [situación que puede colegirse el fallador tuvo como hecho eventualmente dañino], y el proceso infeccioso que fue desarrollado [que a su vez puede entenderse que el Juzgador tuvo como daño].

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

En desacuerdo con aquella postura, el recurrente alega que la sola dejación del elemento extraño en el cuerpo constituye un daño en sí mismo, para lo cual cita una providencia del Consejo de Estado.

Desde ahora debe decirse que esta Sala no comparte los argumentos del censor por las siguientes razones:

Debe decirse que desde el concepto mismo de daño es necesario hacer referencia a una lesión, menoscabo, detrimento, dolor o angustia; sin la existencia y comprobación de dicho perjuicio no es factible emprender un juicio de responsabilidad, valga decir, un hecho puede ser potencialmente dañino, o antijurídico, pero si no conlleva a que la persona que lo sufre se vea afectado en uno de sus intereses jurídicamente tutelados no puede decirse que hubo daño y en consecuencia, tampoco habrá responsabilidad.

Por los planteamientos de la demanda y los elementos probatorios recaudados, puede concluirse que en la presente controversia, la dejación del elemento extraño en el cuerpo del demandante es un hecho a la par de varios que tuvieron lugar dentro de la intervención médica a él realizada, que haya sido potencialmente dañino para la salud es precisamente lo que debía probarse como daño, vr.gr. Que aquel cuerpo extraño hubiese generado dolor, molestia, complicaciones funcionales o patológicas, depresión, angustia, u otras manifestaciones contundentes de haber sido vulnerado un derecho o interés del paciente o haberse visto reflejado inclusive en la esfera moral o patrimonial de aquel.

Es decir, aunque tuvo lugar en la persona del demandante un hecho eventualmente dañino, reitérese, la dejación de un elemento quirúrgico, éste no causó un daño en su humanidad, al menos así no fue probado, para ello puede citarse el concepto del mismo galeno que retiró el material de osteosíntesis, cuando señaló: *“Se llevó por segunda vez a cirugía y afortunadamente se encontró y se extrajo. En aquella ocasión, no se encontró nada que llamara la atención. Clínicamente no se veían signos de infección”*.

Así mismo, en su declaración precisó: *“Le puedo decir que el pedazo de broca estaba adentro de la cabeza del fémur, y eso no interfiere con la armonía articular, es decir, el arco de movimiento”*. Puntualizó que: *“dentro del cuerpo se pueden quedar muchos materiales u objetos como proyectiles, puntas aceradas de un clavo y el organismo lo envuelve, lo aísla y queda inerte”*.

En este sentido, el oblito quirúrgico es, como así está definido aún por la RAE, un hecho originado en el acto médico, de quien emprendiendo una labor fatigante o extenuante, olvida, deja o abandona uno de sus elementos instrumentales en el cuerpo del paciente, en otras palabras, es un suceso o acontecimiento, que puede o tal vez no, desencadenar en un daño físico o síquico de quien soporta esta eventualidad.

Aunque el recurrente trata de respaldar su tesis en otras vertientes del derecho que plantean diferente el asunto, es toral resaltar que por fuerza misma de cómo debe emprenderse el análisis de la responsabilidad en el campo civil, el criterio señalado anteriormente es el que más se acompasa con la semántica de los fundamentos que la soportan. Al respecto, puede decirse *“El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla en el servicio. La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no correspondería sino que iría a enriquecerla sin justa causa. (...) La prevalencia que se dado históricamente a la noción de falla del servicio o de culpa en el derecho privado es la que en ocasiones ha impedido indemnizar daños, porque la indagación primera se hacía el autor del daño y no hacia la víctima del mismo”*.

Así lo expuesto, huelga concluir que no se demostró el daño causado en el demandante, luego entonces, no existe deber de reparar.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

Ahora bien, como acotación sobre el factor de imputación de responsabilidad puede decirse que sólo luego de demostrado el daño en el paciente, y siendo el hecho indicativo que se tuvo como causa el oblito quirúrgico, en favor de la víctima opera claramente una atenuación de la carga probatoria tendiente a demostrar la culpa del galeno que de tal forma procedió, con la remembranza que se hace del principio res ipso loquitur, pues como las reglas de la experiencia y el mismo sentido común lo indican, el abandono de un cuerpo extraño es un hecho de los que normalmente no se producen sino prima facie por una conducta negligente. Aunque, valga aclarar que inclusive “no se trata pues, de una objetivación absoluta de responsabilidad sino de apreciación de culpa”.

Considérese en este estado de cosas, que el apelante como quiera que dirigió su recurso a precisar que la dejación del cuerpo extraño es en sí mismo el daño, no atacó, ni siquiera modestamente la valoración probatoria realizada por el A-Quo para determinar que las partículas de broca no habían causado el proceso infeccioso [osteomielitis] en el cuerpo del demandante. Por el contrario, tanto se aferró de su tesis que expresó, “si bien es cierto, no se probó contundentemente que la osteomielitis aguda y crónica derivaba del material de osteosíntesis (fragmentos de broca) abandonado a sabiendas en el cuerpo de mi patrocinado, lo que tampoco sin embargo se descartó, ello no significa que no se haya causado daño a mi patrocinado por la culpa (negligencia; cumplimiento imperfecto de la prestación debida) en que se incurrió con ocasión de la intervención operatoria (...)”.

Finalmente, descartado el elemento medular de la responsabilidad de la manera como fue achacado por la censura, solo resta a fin de ser responsivos con los aspectos planteados en la alzada, señalar que dado de no poder emprenderse un juicio de responsabilidad civil en el presente caso, la verificación sobre la decisión de no retirar el material de osteosíntesis, corresponderá a otro tipo de instancias de acuerdo con las normas regulatorias de ética médica.

Teniendo en cuenta entonces, que no fueron derribados los argumentos de la providencia de primera instancia mediante el recurso propuesto, aquella decisión habrá de confirmarse en su integridad.”

Rad.008 2006 00028 00 (06 05 2016) Acta No. 844 M.P. Julián Alberto Villegas Perea.

SIMULACIÓN. Contrato de venta o cesión de derechos herenciales.

“Se procede entonces a resolver la apelación que nos ocupa, para lo cual, cabe precisar que en la promoción de la acción simulatoria impera la carga probatoria con que está gravado el demandante, rigurosa en la aportación de los medios necesarios para desvirtuar la presunción de seriedad que enarbola el acto o contrato objeto del litigio y contra la cual debe emprender un exigente laborío el interesado para enervar sus efectos.

Se parte, en efecto, de la existencia del acto volitivo públicamente declarado y del ánimo que los contratantes tuvieron en darle nacimiento y someterse a los efectos del mismo, regla general que, no pocas veces se ve quebrantada por virtud de la disonancia que pueda haber entre la intención públicamente manifestada y la real intención de los contratantes en el concierto avenido, razón por la cual, la norma báculo de esta figura en nuestro ordenamiento, comienza por negarle efectos frente a terceros a las escrituras privadas confeccionadas para alterar lo pactado en escritura pública (art. 1766 del C.C.), pues la

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

lógica jurídica enseña que los contratos obligan a lo que en ellos se pacta, en la forma y tiempo convenidos y no a lo que fue objeto de reserva mental, ora que ocultado o subrepticamente urdido.

Sin embargo, es irrefutable que en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes pueden darse a la connivencia de crear un contrato distinto de aquel que han proclamado públicamente, o vincularse prestacionalmente a través de interpuesta persona (simulación relativa) e incluso converger en negar efectos al acuerdo ajustado para no verse atados en el fondo por relación negocial que las vincule (simulación absoluta), sin que tal proceder configure *per se*, ilicitud reprobable, siempre que de tal modo no se desconozcan derechos de terceros de buena fe en que se atuvieron al acto aparente. Por esa vía, se tiene establecido que “La simulación constituye un negocio jurídico, cuya estructura genética se conforma por un designio común, convergente y unitario proyectado en dos aspectos de una misma conducta compleja e integrada por la realidad y la apariencia de realidad, esto es, la creación de una situación exterior aparente explicada por la realidad reservada, única prevalente y cierta para las partes”. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de 30 de julio de 2008. Ref.: Expediente No. 41001-3103-004-1998-00363-01.

Así, para que se tenga por simulado el acto o contrato, dos imperativos materiales resultan descollantes en la prosperidad de la acción que se instaure, a saber: (i) que exista divergencia entre la voluntad real y la manifestada públicamente por los contratantes; y (ii) que exista el concierto simulatorio entre las partes, que en tratándose de la simulación absoluta, emerge como la convención entre las partes consistente en celebrar un negocio apartado de la realidad, ficticio o virtual sin efectos entre ellas.

(...)

Descendiendo al caso presente, conforme lo dedujo la juzgadora de instancia, se advierte la presencia de varios de los hechos indicativos de simulación, los cuales, conforme a las exigencias del artículo 248 del C. de P.C., se encuentran debidamente probados, según pasa a exponerse.

En primer lugar, se encuentra acreditado en el plenario que el día 17 de enero de 2007, falleció en esta ciudad el causante xxxx, hijo del demandante xxxx y la demandada xxxx. Igualmente, aparece demostrado que veintitrés (23) días después, mediante escritura pública No. 496 de 9 de febrero de 2008, se celebró entre los mencionados padres del difunto, la cesión de derechos herencias que se tilda de simulada.

Por supuesto, la cercanía temporal entre uno y otro hecho, según viene de verse, se constituye en indicio de simulación, máxime cuando puede tacharse de sospechoso el tiempo de celebración del negocio, toda vez que cada uno de los involucrados (en los interrogatorios de parte rendidos por ellos), alegó estar afectado con la muerte de su hijo, lo que corroboró su hija xxxx, a cuyo juicio, su madre se encontraba en un estado emocional crítico.

Ciertamente, dado el estado en que ambos contratantes alegaron encontrarse, resulta dudoso que los mismos efectivamente se hubieran sentado a discutir las condiciones de la transferencia, pues según enseñan las reglas de la experiencia, ello normalmente requiere de todo un acercamiento entre los negociantes que al menos debe comprender una oferta, la determinación del objeto del negocio, la discusión en torno al precio y su forma de pago, y finalmente la aceptación del convenio.

A la sospecha en el tiempo se añade la demostrada proximidad existente entre el demandante (cedente) y la demandada (cesionaria), pues además de que ambos reconocieron tanto en la demanda como en interrogatorio de parte su relación de pareja y la confianza que se tenían, la misma, a no dudarlo, se encuentra patentizada con el nacimiento de sus dos hijos.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

Dicha relación y la referida confianza, además, fue reconocida por varios testigos, incluido el abogado que aseguró haber intervenido en la elaboración de la minuta de la cesión que se ataca, algunos de los cuales –al margen de que atinaran con el título jurídico-coincidieron en señalar a la señora xxxx como esposa del señor xxxx.

Por supuesto que la existencia de tal relación comporta un indicio de simulación, con plena injerencia en la misma, máxime si en cuenta se tiene que, según afirmó el testigo xxxx (quien se itera, reconoció su participación en la elaboración de la minuta de cesión), a su juicio, fue precisamente en virtud de la misma que el cedente depositó su confianza en la cesionaria xxxx, y nunca se hubiere imaginado que las partes iban a terminar en este estado.

Lo anterior, comporta una cuestión de verdadera relevancia para el caso, en tanto lo lógico o normal para adelantar un engaño es que se escoja a una persona cercana y no a un extraño, tal como sucedió en el presente caso, al punto que, en palabras del referido testigo, el propio señor xxxx le manifestó que quería que todo quedara a nombre de xxxx, pues “al fin y al cabo eso eran lo mismo; ella o (el) eran lo mismo”.

Se añade a ello que la proximidad que surgió entre las partes, propia de esposos o compañeros permanentes, se desarrolló en medio de una particular indefinición de los efectos jurídicos consecuenciales a su relación sentimental, pues de la misma dieron cuenta las mismas partes en sus declaraciones, evidenciando una problemática atinente a la existencia de otras parejas, un matrimonio anterior e hijos del señor xxxx, la cual, según lo manifestó el testigo xxxx (hermano del demandante y asesor contable), dio lugar a una política o filosofía de protección del patrimonio familiar, en la que se evitaba que el actor apareciera como dueño de cualquier bien.

Esa política, aunque no aceptada expresamente por el abogado xxxx, también aflora de su testimonio, pues cuestionado varias veces por la juez *a quo* para que informara sobre los detalles del negocio, se limitó a señalar que la idea nació del señor xxxx, evidenciando que una vez informado de la operación no presentó reparo ni exigió explicación alguna, lo que permite inferir que, como señaló el anterior testigo, esta era una cultura que todos los asesores conocían y entendían. Lo propio se deduce de sus reiteradas afirmaciones en torno a que nunca se imaginó que las partes llegarían a tener esta controversia.

De lo dicho, aflora diáfano que la relación de los extremos procesales no sólo evidencia la confianza existente entre los mismos, sino que además resulta contundente a la hora de establecer un posible motivo para su conducta, habida cuenta de las particulares circunstancias que rodeaban su vida sentimental, que en abstracto podían tener repercusiones en el campo patrimonial.

A los anteriores actos indicadores de la falta de seriedad del negocio, se añade uno que en el contexto que viene describiéndose resulta determinante, consistente en el precio de la negociación. En efecto, el mismo se fijó en la suma de \$1.000.000 (sin que obre prueba de un pacto distinto), el cual en verdad aparece como irrisorio, atendiendo que el total de la masa sucesoral en la sucesión del causante se estableció en un valor de \$847.841.500, de donde se advierte que al demandante se habrían adjudicado hijuelas por un monto de \$423.920.750, dado el porcentaje que le correspondía en la sucesión (50%).

Así, se tiene que el precio de la cesión ni siquiera ascendió al 0.5% (\$2.119.603,75) del ingreso que se habría generado en el patrimonio del actor con la adjudicación. Por supuesto, la gran diferencia que viene de exponerse emerge como definitiva para dudar de la celebración real del negocio, en tanto surge por demás sospechosa ante las aptitudes para los negocios reconocidas al demandante, incluso por su contraparte, quien lo reconoció como un visionario para los negocios, no siendo congruente que una persona de

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

estas calidades opte por realizar un negocio en donde su detrimento económico resulte evidente.

Cumple agregar que el pago del irrisorio precio no puede tenerse como muestra de la seriedad del negocio, habida cuenta que al margen del valor, el testigo xxxx, se itera, abogado asesor en la celebración de la cesión, aclaró que enterado el señor xxxx de la celebración del negocio “porque él estaba allí, (este) dijo: “magnifico, pero entonces, páguele usted xxxx el precio a xxxx (...)”. De lo anterior, es posible inferir que aunque el precio se hubiere pagado, en ello intervino la sugerencia de un tercero, lo que resulta del todo ajeno o extraño a un negocio de este tipo.

Concomitante con lo anterior, otro hecho que emerge como revelador del acto simulado, es la conducta desplegada por las partes en el trámite que nos ocupa, pues los contendientes además de verse evasivos y renuentes a dar información sobre el negocio (pues ambos afirmaron no haber participado en el mismo y haber firmado sin darse cuenta, haciendo recaer toda la carga sobre su contraparte y el abogado), no supieron explicar la causa de la hipotética vente de derechos herenciales ni lo atinente a la negociación del precio, pues se dedicaron a negar su participación en él, dejando de evidenciar detalles básicos del mismo, aun cuando debían conocerlos.

Por lo demás, se tienen como hechos indicadores que el señor xxxx (quien adujo ser el asesor contable de las partes, sin que eso se hubiere refutado), señaló que la negociación no se incluyó en la declaración de renta; y que existieron acercamientos de las partes para poner arreglo a su disputa, como permiten evidenciarlo los testimonios de su hija y el nuevo abogado asesor del señor xxxx.

Finalmente, a todo lo anterior se suma la disolución de la relación de pareja que sostenían las partes, reconocida tanto en la demanda y su contestación, precisamente para el año 2011 (fecha reconocida por un testigo como aquella en que la señora xxxx se ratificó ante los empleador como dueña de la empresa Distribuidora la Feria de las Pinturas), pues este hecho, a no dudarlos, permite colegir que la relación de pareja era el sustento de la complicidad existente entre las partes, por lo que una vez producida la ruptura entre ellas también aparecieron claras sus desavenencias frente al negocio.

Esta conclusión, por supuesto, se ratifica con el testimonio de xxxx, quien al responder sobre la existencia de acercamiento entre las partes, advirtió que la comunicación se complicó entre las partes cuando la señora xxxx se enteró de que el señor xxxx tenía otra relación.

Claramente, estos detalles de la relación entre las partes, afloran como importantes para entender la realidad sufrida por ellas, pues que “cuando se trata de litigios de esta naturaleza, (el juez tiene el deber de) **sondear con esmero hasta los más insignificantes detalles** que rodean el hecho, porque un indicio que a prime facie parezca insignificante, puede darle el hilo conductor de la investigación”.

En este contexto, se establece que todos los hechos debidamente probados, aunque individualmente considerados no resultarían suficiente, pero analizados en conjunto de conformidad con las reglas de la sana crítica, permiten establecer que efectivamente la cesión derechos acusada fue simulada, pues aportan serios indicios de la divergencia entre la voluntad real y la declarada por los contratantes, y por ende de la falta de seriedad del negocio, al paso que reflejan el ánimo en cabeza de los mismo y su voluntad para adelantar el negocio.

En efectos, los indicios recogidos (producto de las pruebas existentes), permiten concluir que el negocio sólo fue suscrito en forma aparente, sin que –en el momento de su celebración- las partes hubieran querido que tuviera efectos, esto es, que los derechos

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

herenciales en la sucesión del señor xxxx, quedaran verdaderamente posicionados en cabeza de la demandada.

Por el contrario, de todas las características que rodearon el *iter* negocial, se deduce que la cesión de derechos emergió como “formula” para atender las consecuencias de la muerte del señor xxxx, con la cual se generó en cabeza del señor xxxx el patrimonio legal que, según el análisis que viene de exponerse, había evitado, pero sin que existiera en su fuero interno la verdadera intención de transferir el mismo, pues siguió actuando como dueño y se consideraba como tal pero a través de la demandada, tal como se lo manifestó al abogado xxxx, a quien se itera, le dijo que ella o él eran lo mismo.

Lo anterior, como ya se dijo, permite concluir en la simulación absoluta del negocio de cesión, si en cuenta se tiene que ante la misma “las partes están definitivamente atadas por la ausencia del negocio inmerso en la apariencia de la realidad”, evidenciándose clara la oposición consciente entre la voluntad declarada y la interna.

Ello permite señalar que aunque no existe una prueba directa del “elemento convencional” echado de menos por la parte recurrente, lo cierto es que el mismo emerge claro del análisis conjunto realizado, como normalmente acontece en este tipo de casos, debido a que tal prueba directa de la intención de engañar o de la confabulación es de difícil consecución, según se refirió en líneas anteriores, por lo que su existencia apenas puede percibirse mediante la recolección de datos relativos a la conducta externa de los mismos.

En ese orden, exigir esa prueba directa, que reclama con ahínco el recurrente, desconociendo el juzgador el resto de pruebas (documentales y testimoniales) recogidas y que permiten obtener la prueba indiciaria de la simulación, comprende un despropósito desde el punto de vista de la valoración probatoria, que en todo caso conllevaría un error de hecho, según lo ha advertido la Corte Suprema de Justicia.

Ese mismo análisis refleja que la situación relativa al estado mental del actor, producto de la muerte de su hijo, alegada por el mismo en diferentes etapas procesales, y en la cual sustenta la parte recurrente sus afirmaciones en torno a la falta de acuerdo de las partes, resulta inane para la decisión, pues las pruebas advierten el pleno conocimiento de los contratantes en torno a las particularidades de su negociación.

Ahora bien, no se pasa desapercibido que el recurrente alegó la incursión de la juzgadora de instancia en un fallo incongruente derivado –según se extrae del recurso- de haber reconocido la simulación cuando el demandante se sostuvo en un impedimento mental para celebrar el negocio. No obstante, debe decirse que no aflora incongruencia en este sentido, pues lo cierto es que pretendida la simulación del negocio, a ese análisis se adentró la juez en su sentencia.

Por supuesto, no resulta factible afirmar que el sustento de la decisión estaba limitado al análisis sobre la existencia de un vicio del consentimiento, pues aunque es cierto que en el libelo genitor, se sostuvo el actor en la existencia del mismo, igualmente se advirtió que la simulación se pretendía por no haber existido “intención real de vender ni intención o voluntad de comprar”, y además se izaron hechos relativos al secuestro del que fuera víctima el señor xxxx y a la existencia de parejas previas y otros hijos, hechos a los que también se aludió en el interrogatorio de parte, como se sabe, etapa prevista con el fin de fijar el objeto del litigio.

De allí que la decisión cuestionada en realidad aparece circunscrita al contorno de la discusión, que en términos generales versaba sobre la seriedad del acto, lo que definitivamente exigía el análisis de todos los indicios relativos al punto.

En ese orden, se concluye que la sentencia recurrida debe confirmarse en cuanto atiende a la mera declaración de simulación, pues en relación con las órdenes consecuenciales a la

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

misma, será modificada por las razones y en los términos que pasan a exponerse, entendiéndose facultado para ello la Sala, debido a que la parte demandante se adhirió a la apelación, lo que permite resolver la instancia sin limitación alguna.

Pues bien, la juez de primera instancia, en forma consecucional a la declaración de simulación, resolvió condenar a la parte demandada a “restituir al patrimonio de xxxx (sic) (se entiende que es a favor del demandante xxxx) los bienes que hacían parte de la masa sucesoral al momento del fallecimiento de su hijo xxxx”, y “(pagar) los frutos civiles dejados de percibir en razón del contrato simulado de cesión de derechos herenciales, conforme al dictamen pericial que quedó en firme”. Igualmente, ordenó oficiar a la Oficina de Registro para que se anotara la sentencia en los folios pertinentes.

Surge de tales apartes que, en la decisión respectiva se pasó por alto que la declaración de simulación versa sobre un contrato de cesión de derechos herenciales, convenio que “genera como consecuencia, la pérdida para el <<cedente>> de las facultades y prerrogativas legalmente reconocidas sobre los derechos patrimoniales del acervo hereditario”, de forma tal que “los citados derechos patrimoniales quedan radicados en cabeza del *cesionario*”,

Dicho en otros términos, celebrada a cesión, el actor se despojó “de todo o parte de su derecho patrimonial, **el real de herencia** que pasa al cesionario con las facultades y prerrogativas inherentes, tales como la de intervenir en la causa mortuoria y en la administración de los bienes relictos y la de obtener que en la partición de estos se le adjudique los que le correspondan en el acervo líquido en proporción al derecho herencial que le fue cedido”. CSJ SC, 30 enes. 1970, G.J.t. CXXXIII, pág. 38.

Si lo anterior es así, las restituciones mutuas a que da lugar la declaración de simulación, por supuesto procedentes en este tipo de acciones, no pueden versar directamente sobre los bienes singulares y sus frutos (o su equivalente en dinero), pues estos aunque conformadores del acervo hereditario, no fueron el objeto puntual del negocio cuya simulación se aduce, el cual, como viene de verse, versó sobre el derecho real de herencia del señor xxxx.

En consecuencia, lo que debe restituirse con ocasión de la declaración de simulación, es la titularidad que aparentemente transfirió el demandante sobre tal derecho (que se reitera hace referencia a la masa sucesoral y no al derecho sobre los bienes singulares en sí mismos considerados), a fin de que teniendo la misma nuevamente en cabeza suya, pueda emprender las acciones de ella derivadas y establecidas precisamente para su ejercicio, como sería la acción de petición de herencia, pues se tiene por sentado que “la acción de petición de herencia (...) es la vía conducente para el ejercicio del derecho real de herencia” (sentencia de 16 de octubre de 1940).

Y es que tal prerrogativa se encuentra prevista por nuestro ordenamiento jurídico justamente para que el heredero preferente o concurrente pueda lograr la restitución de la herencia en todo o en parte (artículo 1321 del C.C.), junto con sus frutos (artículo 1322 ibídem), que se encuentra ocupada por quien se dice heredero parcial o total de la misma, acción precisamente prevista para perseguir la universalidad de bienes en la que nuevamente tiene derecho el actor con la declarada simulación de la cesión de derechos.

Por supuesto, esas precisas cuestiones –que deben resolverse a través de tal acción por intención del legislador- aunque pedidas en la demanda y aparentemente concedidas por la juez (pese a que avizoró su falta de competencia), no pueden abarcarse en este escenario, dado que los competentes para ello son los Jueces de Familia, a quienes debe acudir el actor **ahora sí legitimado para ello**, para obtener la restitución de bienes y frutos respectiva en favor de la masa sucesoral de su hijo fallecido. Por supuesto, tampoco podría decidirse el tema en esta sede, atendiendo una posible acumulación de pretensiones, pues ante la falta de competencia la misma aparece indebidamente planteada (numeral 1º del artículo 82 del C. de P.C.).

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

En ese orden, se itera, lo atinente a la procedencia de la restitución para la masa herencial del causante citado, de los bienes adquiridos por adjudicación y sus frutos, debe dilucidarse ante la especialidad competente y por vía pertinente para ello, escenario en el que además se garantizará el pleno ejercicio del derecho de defensa de las partes. Cumple añadir que, a su vez, lo referente a la adjudicación de tales bienes en cabeza del actor junto con los respectivos frutos, es cuestión de dirimir a través del respectivo proceso o trámite notarial de sucesión, en el cual deberán tasarse los bienes y adelantarse los avalúos correspondientes.

De allí se tiene que con las órdenes dadas por la juzgadora de instancia, se pasó por alto tanto la acción de petición de herencia (establecida para obtener la restitución de bienes a la masa sucesoral), como el propio trámite sucesorio, pues se adelantó la juez, sin competencia para ello, casi que a adjudicar los bienes y sus frutos al demandante y a ordenar que se entregue a su favor el valor equivalente de los mismos tasado por peritos, lo que se insiste, escapa a la acción de simulación en este caso delimitada a la cesión de derechos herenciales respectiva.

Conforme a lo dicho, se modificará la sentencia, para en su lugar ordenar la correspondiente restitución del derecho de herencia. Igualmente, procede dejar sin efecto el trámite sucesorio derivado de la cesión de derechos simulada, teniendo en cuenta que “una vez declarado el acto simulado, lo aparente no está llamado a generar efecto alguno, por lo que no resta más que dejar igualmente sin efecto todos los demás contratos que de él se derivaron. (...) Lo anterior no significa que la simulación se predique también de los actos posteriores, pues la seriedad y realidad de éstos no se pone en discusión, sólo que al no existir el negocio primigenio, los que le siguen se caen por haberse fundado en una mera apariencia, lo cual es sustancialmente diferente”.

Por tanto, también se ordenará informar a los correspondientes registros para que tomen nota de la decisión, cancelando la inscripción de las adjudicaciones que se hicieron en el trámite sucesorio.

Dilucidado lo anterior, corresponde decidir lo pertinente frente al recurso propuesto por la parte actora en lo atinente a la condena en costas de primera instancia. Para tal fin, basta señalar que el numeral 1º del artículo 392 del C. de P.C., prevé que “se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”, de donde aflora claro que la condena por este rubro debe darse en cabeza de la parte demandada, dada la prosperidad de la pretensión principal. Por ende, se modificará la sentencia de instancia, también en este sentido.

Por supuesto, cumple añadir que esa realidad impide dar aplicación al numeral 6º ibídem, en el cual se permite al juez proferir condena en costas parcial, pues ello únicamente tiene lugar, según indica la norma, “en caso de que prospere parcialmente la demanda”, lo que no sucede en este asunto, dado que, se itera, con independencia de lo relativo a las ordenes consecuenciales a la misma, la pretensión de simulación fue plenamente acogida.”

Rad.015 2014 00185 02 (02 08 2016) Acta 000. M.P: Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

DESISTIMIENTO TÁCITO. Demanda Ejecutiva. El hecho de que los demandados no tengan bienes no justifica que la parte actora no haya hecho gestión por más de dos (2) años, de la misma forma debió informar al Juzgado que la demandada xxxxxxxx se encontraba en proceso de reorganización.

Extracto:

“En auto del 11 de agosto de la presente calenda el juzgado terminó el proceso por desistimiento tácito y tomó las decisiones consecuenciales, en aplicación al numeral 2º del artículo 317 del Código General del Proceso, para tomar esa determinación, tuvo en cuenta

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

la constancia de la secretaria del despacho por la cual se informa que el proceso ha estado inactivo por más de dos años.

El apoderado judicial del Banco xxxxxxxxx, en tiempo interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, en síntesis alega que el desistimiento tácito no es procedente porque el proceso tiene sentencia que ordenó seguir adelante la ejecución y se encuentra aprobada la liquidación del crédito, que la actuación pendiente es el pago a cargo de los deudores, que la falta de impulso del proceso no fue producto de la negligencia de la parte actora sino de la ausencia de bienes de los ejecutados, que si se decreta el desistimiento tácito no sería posible demandar nuevamente por efecto de la cosa juzgada respecto del auto que ordenó seguir adelante la ejecución, que el artículo 317 del C.G.P. solo es aplicable a los asuntos civiles no a los comerciales, que el término de dos años se cuenta en días hábiles y de este deben excluirse los días en que el proceso ha estado a despacho lo mismo que los días en los que el juzgado estuvo cerrado , además que la sociedad demandada xxxxxxxxxxx se encuentra en proceso de reorganización empresarial.

La figura del desistimiento tácito es una forma anormal de terminación del proceso a consecuencia del incumplimiento de una carga o de un acto procesal de la parte que promovió el trámite, de esa manera se sanciona procesalmente la desidia procesal de la parte promotora que no realiza actividad tendiente a la continuidad normal del proceso; tal manera de terminación anormal ha sido nuevamente adoptada por la ley procesal para evitar la paralización de los procesos en búsqueda de celeridad y descongestión judicial, dicha figura existe no solamente en nuestra legislación sino en diferentes regímenes procesales con igual o parecido nombre tales como perención o preclusión de la instancia o decaimiento del litigio.

El desistimiento tácito es una herramienta otorgada al juez para descongestionar y agilizar las actuaciones en los despachos judiciales en orden a propiciar pronta justicia (arts. 16, 29, 95-7, 228 y 229 de la Constitución Política), en cierta forma constituye una sanción a la parte que no colabora en el impulso procesal o se desentiende de él, la ley busca incentivar el cumplimiento de los deberes, obligaciones y cargas procesales en salvaguarda de la lealtad procesal, pues gracias a ellos se logra la eficiencia del sistema judicial y el respeto al debido proceso.

El desistimiento tácito se encuentra regulado actualmente en el artículo 317 del C.G.P. que reemplazó el 346 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 1º de la Ley 1194 de 2008, esta norma dispone tres maneras diferentes de configuración: i) Cuando para seguir adelante con la demanda o el llamamiento en garantía o un incidente o cualquier otra actuación, se requiera el cumplimiento de una carga o de un acto procesal de parte que el juez ordenará cumplirlo en el término de treinta (30) días si al final de ellos no se ha cumplido; ii) cuando el proceso o la actuación en cualquiera de sus etapas permanezca inactivo en secretaría por espacio superior a un (1) año en primera o única instancia; y, (III) cuando exista sentencia ejecutoriada a favor del demandante o auto que ordene seguir adelante la ejecución y el proceso permanezca inactivo en Secretaría por más de dos (2) años.

Según el Juzgado el caso en estudio se ubica en el tercer supuesto de la norma y ocurre:

“(...) 2. Cuando un proceso o actuación de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas, permanezca inactivo en la secretaría del despacho, porque no se solicita o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año en primera o única instancia, contados desde el día siguiente a la última notificación o desde la última diligencia o actuación, a petición de parte o de oficio, se decretará la terminación por desistimiento tácito sin

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

necesidad de requerimiento previo. En este evento no habrá condena en costas o perjuicios a cargo de las partes

(...)

El desistimiento tácito se regirá por las siguientes reglas

b) Si el proceso cuenta con sentencia ejecutoriada a favor del demandante o auto que ordena seguir adelante la ejecución, el plazo previsto en este numeral será de dos (2) años (...).

La Sala de Casación civil de la Corte Suprema de Justicia ha resaltado la prudencia con la cual el juzgador debe actuar al decidir sobre la aplicación del desistimiento tácito bajo las siguientes consideraciones:

“<<...la exigencia de cumplir determinada carga procesal y aplicar la sanción ante la inobservancia regulada en el precepto citado, no puede ser irreflexiva de las circunstancias especiales previstas en el referido artículo [317 del Código General del Proceso], sino que debe obedecer a una evaluación particularizada de cada situación, es decir, del caso en concreto, para establecer si hay lugar a la imposición de la premisa legal.

Lo anterior, porque la actividad judicial debe estar presidida por la virtud de la prudencia, que exige al juez obrar con cautela, moderación y sensatez a la hora de aplicar la ley, más cuando, como en el caso de autos, la aplicación automática de las normas puede conducir a una restricción excesiva de derechos fundamentales, en este caso el derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia...>>. (CSJ STC16508-2014, rad. 00816-01, CSJ STC2604-2016, 2 mar.2016, rad. 2015-00172-01)”.

La Sala avista el fracaso de la apelación al comprobar que en el asunto se encuentran cumplidos los presupuestos para decretar el desistimiento tácito previsto en el numeral 2º, literal b) del artículo 317 del C.G.P., evidentemente, revisada la actuación principal se observa como última actuación el telegrama librado el 9 de diciembre de 2013 por la Secretaría del Juzgado dirigido al Fondo Nacional de Garantías (subrogatorio parcial) comunicándole la renuncia de su apoderado judicial que fue aceptada en providencia del 25 de noviembre del mismo año (FL. 86 C. Ppal.), fecha desde la cual han transcurrido más de los dos años de que habla la norma hasta el 11 de agosto de este año cuando el Juzgado terminó el proceso por desistimiento tácito (FL. 87 C. Ppal.). En el cuaderno de medidas cautelares tampoco se advierte alguna actividad de la parte demandante, la última actuación que se advierte es la constancia secretarial de glosar la comunicación suscrito por el Jefe del Centro de Operación del Banco de Bogotá informando que los demandados no tienen ningún producto con esa entidad, de fecha 18 de octubre de 2011 (Fl. 26 C. Medidas Cautelares).

Las razones aducidas por la parte apelante no derruyen la decisión, el hecho de que en el asunto se haya proferido auto que ordena seguir adelante la ejecución y se haya aprobado la liquidación del crédito no impiden el decreto del desistimiento, pues la misma norma prevé expresamente que el desistimiento tácito procede en procesos que cuentan con sentencia o auto que ordena seguir adelante con la ejecución (literal b numeral 2º), tampoco se ve atendible la afirmación relativa a que hay actuación pendiente correspondiente al pago de la obligación a cargo del demandado que dicho sea de paso procesalmente lo está desde que se profirió la orden de pago.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

De otra parte, el hecho de que los demandados no tengan bienes no justifica que la parte actora no haya hecho gestión por más de dos (2) años, de la misma forma debió informar al Juzgado que la demandada xxxxxxx se encontraba en proceso de reorganización.

Por otro lado, el artículo 1º del C.G.P. establece que regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios, de ahí que afirmar, como lo hace el apelante, que el artículo 317 del C.G.P. no cobra aplicación en los asuntos comerciales no tiene razón legal.

Ahora, respecto del término exigido de 2 años, al haberse previsto en anualidades por la norma, hace que se cuenten conforme al calendario, no en días hábiles como el apelante quiere (Arts. 118 C.G.P., 121 C.P.C.), lo cierto y claro es que el proceso ha estado inactivo en Secretaría desde el 9 de diciembre de 2013 hasta cuando se decretó el desistimiento tácito (11 de agosto de 2016), no habiendo entrado a despacho para alguna decisión como el apelante alega.”

Rad. 012 2011 00120 01 (1746) M.S. Jorge Jaramillo Villareal.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL accidente de tránsito. Responsabilidad solidaria. Lucro cesante. Daño moral.

Extracto:

“Conviene manifestar en este acápite, que el actor señaló la acción que emprende como una de RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, indicando que el día del accidente de tránsito que la origina, esto es 7 de diciembre de 1994,”...se encontraba como ayudante en el bus de xxxxxxx que conducía CARLOS ALBERTO de placas VOV-114...”(Hecho No. 1º de la demanda).

Si ello es así, podía pensarse con posibilidad de acierto que la acción no podía ser extracontractual, en la medida en que el actor, quien por lo demás sufrió los daños en su humanidad cuya indemnización reclama, tenía algún vínculo contractual con la entidad demandada, sea este como pasajero ora como ayudante, lo que situaría la acción en una responsabilidad civil contractual.

Recuérdese que la responsabilidad civil extracontractual está regulada en el título XXXIV del Código Civil que consagra la responsabilidad por los delitos y culpas. (Arts.2341 a 2360 C.C.), los elementos de este tipo de responsabilidad son: a) el daño padecido, b) el hecho intencional o culposo del demandado y c) la relación de causalidad; a su turno, la responsabilidad civil contractual está enmarcada en lo dispuesto por los Arts. 1602 a 1617 del C.C. debiendo armonizarse con las normas especiales sobre el tipo de contrato de que se trate.

En esa línea de pensamiento, se tiene que la responsabilidad jurídica ha sido definida por la doctrina como la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales y económicas de un hecho, acto o conducta y puede tener origen en dos fuentes distintas, la primera, se origina en el desconocimiento de las obligaciones que surgen de un contrato convención o acuerdo de voluntades, y se conoce como contractual. La segunda se origina en el desconocimiento de una obligación impuesta por la ley o con ocasión de la comisión de un delito, hablamos en este caso de responsabilidad civil extracontractual.

Aquí debe tenerse en cuenta que en el plenario no acreditó la existencia de tiquete o pasaje, con base en el cual, era obligación de la entidad transportar al actor de un lugar a otro (lo que impide darle aplicación a lo dispuesto en los artículos 982.991 y 1003 del C. de Comercio), y que fue la propia jurisdicción laboral quien en dos instancias no encontró

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

acreditado relación de tipo laboral entre el actor y la entidad demandada (folios 4 a 15 del cdo. 3º), agregándose a lo anterior que en ese mismo proceso el Visitador Fiscal de xxxxxxxxxxxx expreso que dicha entidad "...no tiene autorizado y mucho menos contratado personas en calidad de ayudantes para los buses que viajan en las rutas Cali a Manizales , Medellín, Buenaventura y Armenia ...y sí bien por el contrario tiene disposición expresa prohibiendo el transporte de personas sin tiquete o llamados ayudantes..." (Ver folio 10 Cdo 3º).

No obstante lo anterior, tampoco puede pasarse por alto, que la ausencia del tiquete o pasaje de transporte, así como la sentencia de la Jurisdicción Laboral que descartó un contrato de trabajo entre la víctima y los demandados (propietario del rodante y empresa transportadora), no es razón suficiente para ubicar la responsabilidad que se estudia en la extracontractual, por cuanto, por un lado, la verdad es que no existe prueba en los infolios que demuestren en qué calidad se encontraba el señor xxxxxxxx al interior del vehículo automotor al momento del accidente , y por otro lado, porque si no era pasajero y no tenía vínculo laboral con los demandados, señor xxxxxxxx y xxxxxxxx , debe presumirse con posibilidad de acierto, que estaba al interior del vehículo automotor, con conocimiento y complacencia del motorista, lo que de contera, legítima por pasiva a los demandados a términos de lo dispuesto en el artículo 1598 del Código Civil y 991 del Código de Comercio, tanto más cuando se aportó prueba que demuestre lo contrario y porque como más adelante se verá, existe prueba en el legajo, de la vinculación del motorista del vehículo con los demandados."

(...)

"Según la reiterada jurisprudencia de la Corte, se tiene que a la víctima de la lesión causada con la conducción de vehículos, le basta acreditar el ejercicio de la actividad peligrosa, el daño y la relación de causalidad entre aquella y esté para estructurar la responsabilidad civil por tal virtud. En contraste, al presunto agente es inadmisibile exonerarlo probando la diligencia y cuidado, o la ausencia de culpa, y salvo previsión normativa expresa en contrario, sólo podrá hacerlo demostrando a plenitud que el daño no se produjo dentro del ejercicio de la actividad peligrosa, o por obedecer a un elemento extraño exclusivo, esto es, la fuerza mayor o caso fortuito, la intervención de la víctima o de un tercero que al romper el nexo causal, excluye la autoría.

Responsabilidad que puede ser directa, cuando el autor del daño es quien de manera directa realiza el hecho dañoso, consagrada por el Código Civil (Art. 2341 a 2346 del C.C); o indirecta, cuando el daño es causado por las cosas animadas como los animales (art.2353,2354 ibídem), las inanimadas (art.2356 en actividades peligrosas y otras reguladas por los artículos 2350 y 2355), o por el hecho de terceros (art. 2347,2348 y 2349 del C.C.), en donde se atribuye la responsabilidad al propietario, guardián, o a quien ejerce el poder de dirección , control o mando respecto de las cosas, sus dependientes o subordinados.

Por otro lado, a más del régimen de las actividades peligrosas previsto en el artículo 2356 del Código Civil, el Código Nacional de Tránsito (Ley 769 de 2002), atendiendo que la conducción de vehículos automotores tiene el potencial , natural e intrínseco de causar daños , impone a quienes la ejercen significativos deberes legales permanentes de seguridad y garantía mínima, proyectados además en una conducta que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás (artículo 55), transitar, obligatoriamente, por sus respectivos carriles, dentro de las líneas de demarcación , y atravesarlos solamente para efectuar maniobras de adelantamiento o de cruce; obliga así mismo que antes de efectuar un adelantamiento o cruce de una calzada a otra o de un carril a otro, debe anunciar su intención por medio de las luces direccionales y señales ópticas o audibles y efectuar la maniobra de forma que no entorpezcan el tránsito, ni ponga en peligro a los demás vehículos o peatones (artículo 60), obliga también a no realizar o adelantar acción alguna que afecte la conducción del vehículo en movimiento (artículo 61).

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

De la misma forma, el artículo 65 estipula que ningún conductor deberá frenar intempestivamente y disminuir la velocidad sin cerciorarse que la maniobra no ofrezca peligro; el artículo 67 señala como obligación de todo conductor, utilizar las señales direccionales de su vehículo para dar un giro o para cambiar de carril. Su párrafo a su vez, estipula que, en caso de emergencia o ante la imposibilidad de utilizar las señales luminosas, para indicar reducción de velocidad o detención del vehículo, sacará el brazo izquierdo formando escuadra con la mano hacia abajo y que en carreteras o vías rápidas, la indicación intermitente de la señal direccional deberá ponerse por lo menos con sesenta (60) metros de antelación al giro.

Dicha ley 769 (Código Nacional de Tránsito Terrestre), también impone a las autoridades el deber de velar “por la seguridad de las personas y las cosas en la vía pública y privadas abiertas al público” (artículo 7º); la sujeción de los peatones, conductores y vehículos a las normas de tránsito y el acatamiento “de los requisitos generales y las condiciones mecánicas y técnicas que propendan a la seguridad, la higiene y comodidad dentro de los reglamentos correspondientes” (artículo 27); que en la circulación de vehículos se debe “garantizar como mínimo el perfecto funcionamiento de frenos , del sistema de dirección, del sistema de suspensión , del sistema de señales visuales y audibles permitidas y del sistema de escape de gases ; y demostrar un estado adecuado de llantas, del conjunto de vidrios de seguridad y de los espejos y cumplir con las normas de emisión de gases que establezcan las autoridades ambientales” (artículo 28), portar un equipo mínimo de prevención y seguridad (art. 30), tener vigente un seguro obligatorio de accidente de tránsito (artículo 42); mantener el vehículo “en óptimas condiciones mecánicas y de seguridad” (art. 50), efectuar su revisión técnico –mecánica, en la conducción comportarse en “forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás y debe[n] conocer y cumplir las normas y señales de tránsito que le sean aplicables, así como obedecer las indicaciones que les den las autoridades de tránsito” (artículo 55), “abstenerse de realizar o adelantar acciones que afecten la seguridad en la conducción del vehículo automotor, mientras éste se encuentre en movimiento” (artículo 61).

Nótese que es el propio Estado el más interesado en prevenir en la medida de sus posibilidades, la ocurrencia de accidentes de tránsito por cuanto que éstos, en la mayoría de los casos, causan lesiones a las personas, algunas de ellas mortales con la consecuencial saturación de los establecimientos de salud y de los estrados judiciales.

Se tiene entonces que toda la normatividad existente sobre las actividades peligrosas, también tiene como fin, la prevención de tales accidentes por cuanto todo conductor de un vehículo automotor o ejecutor de una actividad llamada peligrosa, debe saber que siempre que con dicha actividad se cause daño, se presume su culpa y solo podrá exonerarse de su responsabilidad si prueba una causa extraña (culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero o fuerza mayor o caso fortuito).”

(...)

“En ese orden de ideas, si por añeja construcción jurisprudencial, se tiene que tratándose del ejercicio de actividades peligrosas, se presume la culpa en quien se aprovecha de ella, no es entonces al Juez de la causa a quien en su misión de aplicar la ley y de hacer justicia, le corresponda probar y/o descubrir las causales de exoneración de la responsabilidad, ya que de hacerlo, suplanta sin duda, la actividad probatoria del encartado, De ahí por qué para la Sala no es de recibo el que tratando de justificar el actuar del motorista de xxxxxxxxxxxx y de paso elaborar un eximente de responsabilidad, se aplique lo que se conoce como “estado de necesidad”, toda vez que si bien puede aceptarse la existencia en la vía de un segundo vehículo circulando en sentido contrario y ocupando parte de la vía que no le correspondía, ya que así lo relató el actor en su demanda, no puede pasarse por alto que el accidente ocurrió en uno de los túneles que existen en la carretera que de Cali

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

conduce a Buenaventura, en los cuales, por disposición del Código Nacional de Tránsito se debe observar el máximo cuidado y prevención entre las cosas por su escasa visibilidad.

Y es que no se trata de aplicar aquí la teoría ya recogida por la Corte, de la responsabilidad objetiva. Se trata simplemente de, preservando la igualdad de las partes, auscultar en los folios si la parte demandada logró probar el eximente de responsabilidad y de paso, desvirtuar la presunción de culpa que pesa sobre ella.

Pues bien, con ese propósito, para la Sala los demandados no lograron probar la causa extraña necesaria para exonerarlos. En efecto, ninguna duda cabe sobre la dependencia del motorista xxxxxxxx, de los encartados, ya que así lo dio a entender en diligencia judicial el señor O H T D, cuya declaración obra a folios 1 y 2 del cuaderno 3º. Del acta que lo contiene del caso es consignar: *“... Yo estoy aquí porque tengo conocimiento acerca de un accidente que sucedió hace más o menos 12 o 13 años que fue en la vía Cali – Buenaventura , del cual me di cuenta por comentarios del señor xxxxxxxxxxxx que en ese tiempo era el encargado de la Empresa xxxxxxx de la parte de los seguros, el cual me dijo a mí que ese accidente sucedió porque un vehículo invadió el carril del vehículo de xxxxxxx, el cual debió tirarse a un lado y así fue el accidente, donde resultó herido el pasajero que demanda...”*

Dicha declaración es corroborada con lo que se dejó consignado en la sentencia laboral de segunda instancia cuya copia simple obra a folios 3 a 10 del cuaderno 3º, que aportada por un testigo, se ordenó agregarla a los autos previo el respectivo traslado previsto en el artículo 228 numeral 7º del C. de Civil. *“...El único documento arrimado al proceso y suscrito por la demandada es el de folio 12, que se refiere a petición que hace xxxxxxx, a través del Jefe del Fondo de Accidentes A R al Hospital Universitario del Valle, de la atención médica del demandante basado en la póliza de daños corporales que cubre los accidentes de tránsito...”*. Obra así mismo y aportada por el actor sin recibir reproche, el oficio visible a folio 10 del cuaderno principal que refiere a lo consignado por la jurisdicción laboral y da cuenta así mismo que el bus de placas VOV-114 *“...era conducido por el Sr. Carlos Alberto Giraldo...”*. Obró también y en las mismas circunstancias, certificación expedida por el Coordinador de Indemnizaciones de la Compañía de Seguros Atlas S.A., que se refiere al pago que se hizo al Hospital Universitario por concepto de gastos médicos del señor F L A *“...por el accidente de tránsito ocurrido el 07 de septiembre de 1994...”* (Folio 11 Cdo. 1º).

En ese sentido, si el señor XXXXXXX era, para el 7 de diciembre de 1994 (fecha del accidente de tránsito), el motorista del vehículo encartado, la lógica de las cosas nos indica que lo hacía con autorización y complacencia de los demandados pues de no ser así, les correspondía a aquellos demostrar lo contrario y no lo hicieron. Agréguese a lo anterior, que al no demostrarse la existencia del contrato de transporte pero sí que el señor XXXXXXX se movilizaba al interior del vehículo (no de otra manera pudo ser atendido médicamente en el hospital universitario), la lógica también nos enseña que lo hizo con autorización y complacencia del motorista, al parecer en calidad de ayudante.

Tampoco puede aceptarse que la única opción que tenía el motorista era arrimar el bus a la estructura del túnel so pena de causar un daño mayor y aún el perder su propia vida, por cuanto también tenía que ser consiente que con esa maniobra afectaría no solo a sus pasajeros sino también a su ayudante como en efecto ocurrió. Dicho en otras palabras, de haber sido el motorista más prevenido y cuidadoso al ingresar o salir del túnel (no se estableció en el expediente el punto del contacto), la velocidad de la marcha tenía que ser la mínima posible para evitar precisamente esos imprevistos tal como así lo ordena claramente el Código de Tránsito”

(...)

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

“Por supuesto que las características del daño moral, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables que afectan la valoración del juez, estimando *“apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador”* (C.S.de Justicia. Sentencia del 18 de septiembre de 2009.

En el caso concreto, la pérdida de una de las extremidades inferiores, en todos los casos, impide realizar actividades placenteras que si bien no generan utilidades, si permiten disfrutar de la vida en sociedad, disfrute aquel que para el señor xxxxxxxxxxxx se verá limitado. En efecto, no le cabe duda a la Sala que como consecuencia de la lesión física derivada del accidente, la vida del actor resultó alterada en forma significativa, reflejaba particularmente, en tener que aprender a vivir sin una de sus piernas o en el mejor de los casos a usar una prótesis y acostumbrarse a ella. De la misma manera, tal afectación corporal incide en forma negativa sobre el rol vital que en línea de principio se espera de una persona de 18 años, como son entre otros, atender sin afujias las necesidades de los que dependen de él. Adicionalmente, las secuelas funcionales que, en modo definitivo e irreversible, quebrantaron su salud han tenido y siguen teniendo, día a día, la dimensión suficiente como para dificultarle el desarrollo de conductas que ordinariamente cualquier persona puede desplegar, como podría ser, dedicar cierto tiempo a las actividades deportivas y recreativas, por sólo mencionar algunas.

Por lo anterior expresado, cree la Sala que el mismo se repararía en parte, con el equivalente en pesos de 60 salarios mínimos legales mensuales. Lo anterior, haciendo uso de lo que se conoce como arbitrio judicis y a la equidad, postulados que lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentran fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia, de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación como la que aquí se estudia

Por supuesto que dicha condena se impone como lo ha dicho la Corte Suprema, no como si se tratara estrictamente de una reparación económica absoluta, sino, más bien, como un mecanismo de satisfacción, por virtud del cual se procure al perjudicado, hasta donde sea factible, cierto grado de alivio, sosiego y bienestar que le permita hacer más llevadera su existencia.”

La Sala revocó la sentencia dictada por el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali y en su defecto, declaró no probadas las excepciones propuestas por los demandados y que tanto el propietario del vehículo como la empresa a la cual se encuentra afiliado son civil y solidariamente responsables de los perjuicios irrogados al demandante.

Rad.011 2003 00480 01 (07 04 2016) Acta No. 833 M.P. Julián Alberto Villegas Perea.

SALA DE FAMILIA

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

REMOCIÓN DE GUARDADOR. El artículo 111 de la ley 1306 de 2009, establece que las guardas se terminan definitivamente, en relación con el guardador, por el fraude o la culpa grave en su ejercicio, entre otras causas.

Extracto:

“Analizado en forma individual y en su conjunto el anterior elenco probatorio bajo el fino tamiz de la sana crítica y realizada su confrontación con los reparos a la sentencia apelada, refulge con claridad meridiana lo siguiente:

Que el inmueble de propiedad de la señora xxx ubicado en la calle 2b oeste No. 370-177852, se encuentra en condiciones inhabitables , pues los elementos de prueba, todos a uno, así lo señalan.

Que para la fecha de la posesión del cargo de curadora de la señora xxx, esto es el 8 de marzo de 2011, el inmueble se encontraba en una condición lamentable, luego la primera conclusión irrefragable es que el deterioro del bien no inició con posterioridad o durante la vigencia del ejercicio de la guarda, por lo que nada se le puede reprochar a la guardadora por éste aspecto.

Es cierto y así lo acepta la guardadora, que el inmueble no ha sido posible acondicionarlo para explotarlo económicamente, pero ello no por gusto, arbitrariedad, administración negligente o descuidada, ya que la señora xxxxx justificó la situación en que “invertirle dinero pues no le alcanza a ella con la pensión y nosotros no tenemos interés en invertirle dinero ya que eso está caído” y para hacerle algo “se tendría que tumbar todo”. Es decir no existen recursos económicos para ello, aspecto no infirmado o controvertido por el actor.

El apelante expone que existe un “total descuido” del inmueble, empero ello no tiene ningún asidero ya que quedó probado y no desvirtuado por el demandante, como que incluso ningún reparo hace de ello, que la guardadora mantiene el inmueble al día en impuestos, en servicios públicos, se le hace aseo una vez al mes y, en general, que está pendiente del mismo y detenta su control, ya que no ha estado ocupado clandestinamente o se le edilga haber perdido su tenencia.

Los gastos hechos al inmueble aparecen debidamente acreditados ya que la guardadora compareció ante el juzgado cognoscente de la interdicción para que rindiera cuentas de su administración, lo que aconteció en la audiencia del 1 de septiembre de 2014, es decir surtida antes de la iniciación del presente proceso de remoción, y allí aportó documentos que corroboran los pagos efectuados al inmueble.

Ahora bien, el señor xxxx plantea en su apelación que lo que le ha importado a la curadora es “acabar con el ingreso mensual de la interdicta” y que en vez de “realizar un gasto innecesario” de \$650.000 mensuales que se cancelan en el hogar geriátrico donde la interdicta pasa “escasos días al mes”, lo que va “en detrimento de su pupila”, esos dineros servirían para la “adecuación del inmueble”,

Tales reparos no son de recibo para la Sala, por lo siguiente:

Se vislumbra por parte del apelante el privilegio de un criterio eminentemente mercantilista sobre el personal, olvidando que la hermenéutica actual es pro homine, es el ser humano el epicentro del Estado, la sociedad, la familia. En ese orden, incuestionable resulta que lo que prima es el bienestar personal de la señora xxxx.

El actor no esgrime ninguna línea que combata la situación personal actual de la señora xxxx, quien a pesar de contar con 71 años de edad, según su registro civil de nacimiento, y padecer de demencia no especificada y trastorno delirante (esquizofreniforme) le han sido prodigados todos los cuidados y atenciones y , por supuesto que mantenerla en condiciones adecuadas ha costado, como por ejemplo el centro geriátrico, transporte, medicamentos no

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

pos, pañales, aseo, etc.; así mismo y según se señaló líneas atrás, el inmueble de la interdicta se encuentra al día en pago de impuestos, servicios públicos y se le realiza aseo una vez al mes; incluso se ha generado un pequeño ahorro en Davivienda el cual para el 2015/04/01 era de \$ 2.714.532.52, todo ello costado con la pensión de la señora xxxx cuyo monto líquido asciende a \$ 1.369.088.43 para el 2015, según informó la guardadora en su interrogatorio de parte e igualmente así aparece acreditado documentalmente.

Por supuesto que de éste panorama resulta todo un dislate mayúsculo señalar que lo que ha hecho la guardadora es “acabar con el ingreso mensual de la interdicta”, como lo señala el recurrente.

Por otra parte y como la interdicta se encuentra en un hogar geriátrico pero varios días de la semana los comparte con sus hermanas, situación que el recurrente la toma para señalar que ello traduce que lo que se gasta en el hogar geriátrico es “innecesario” y que ese dinero debe ser más bien invertido en el inmueble, es una postura que no puede prohijar la Sala ya que implica sacrificar la comodidad personal de la señora xxxx.

Lo que realizan los familiares de la interdicta, entre ellas su guardadora xxxx, no es innecesario o de poca monta, pues denota, aparte de la especial estima familiar que existe entre la guardadora y pupila, la preocupación por brindarle espacios lúdicos, de entretenimiento y calor familiar, aspectos de vital importancia para la garantía de los derechos a nivel afectivo de la interdicta y los cuales exalta la Sala. Principio ecuménico es que los bienes materiales deben estar dispuestos para servir a la persona y no al contrario.

Ahora bien, igualmente pacífico es que dentro del activo de la interdicta xxxxx figuran varios bienes muebles. La protesta del demandante, hoy recurrente, estriba en que dicho mobiliario se tasó en cero pesos, para de allí inferir un incumplimiento de los deberes de la guardadora “pues en cualquier momento desaparecería dichos bienes por no tener valor económico alguno para su representada” lo que genera para la apelante, la causal de culpa grave.

Por supuesto que dicho razonamiento se antoja débil de sobremanera porque: (i) no puede fundar el recurrente una remoción con pábulo en una culpa grave sencillamente porque un mobiliario no tenga valor económico ya si él consideraba que sí lo tenía, debió desarrollar actividad probatoria para demostrar cuál es el valor de dicho mobiliario o por lo menos señalarlo; (ii) independientemente de la tasación, es lo cierto que el mobiliario existe, pues no obra prueba que indique lo contrario, más si es la propia guardadora quien lo relaciona; (iii) el recurrente se basa en una conjetura particular que no consulta las reglas de la experiencia y no tiene una lógica jurídica prevaleciente, cuando de una tasación de unos muebles y enseres en cero pesos, extrae como consecuencia que la guardadora en cualquier momento los puede “desaparecer” y que de ello se genera culpa grave.

Igualmente ha de señalarse que las situaciones acaecidas antes del decreto de interdicción, esto es del fallo del 30 de abril de 2010, no constituyen basamento para pretender la remoción de una guarda ya que si precisamente se pretende remover a quien ostenta dicha designación, lo es por motivos generados con posterioridad a su desempeño y no por aquellos ocurridos cuando no se tenía esa condición, bastando recordar que la guardadora tomó posesión del cargo el 8 de marzo de 2011.

Lo anterior se trae a cuento porque el recurrente se duele de la afirmación realizada por la señora xxxx referida a que la interdicta y el actor “estaban residiendo en una casa inhabitable”, aspecto intrascendente para pretender la remoción y confutar el fallo apelado, pues basta memorar que conforme dan cuenta las sentencia del 1 de octubre de 2013 proferida por el Juzgado 6º de Familia de Cali y su confirmatoria del 12 de junio de 2014 proferida por este Tribunal Superior, acreditado quedó que entre el señor xxxx y xxxx existió una unión marital de hecho, sin declaración de sociedad patrimonial, desde el 30 de junio

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

de 2000 hasta el 1º de noviembre de 2006, es decir, dicha convivencia terminó aproximadamente tres años y medio antes de ser decretada la interdicción y designarse la guardadora.”

Rad. 754 2014 00021 01(17 05 2016) Acta No. 56 M.P. Dr. José Antonio Cruz Suárez.

SUCESIÓN. Objeción a la partición para solicitar la exclusión de bienes inventariados.

Extracto:

“Así las cosas, como la objeción formulada al trabajo partitivo tiene como ventero la exclusión del derecho del 11.11% sobre el predio identificado con folio de matrícula No. 378-3308, relacionado como partida única del inventario y avalúo debidamente aprobado, es claro que dicho estadio procesal es idóneo para ventilar la mentada exclusión, por lo que no existe reparo por está aspecto.

Precisado lo anterior, lo que sigue ahora es escrutar el mérito de la pretendida exclusión, la cual, delantadamente es preciso indicarlo, deviene huera por lo siguiente:

Según el folio de matrícula inmobiliaria No. 378-3308 (el que aparece aportado en varias oportunidades), emerge que los derechos de propiedad que ostenta la causante xxxx fueron adquiridos, unos por adjudicación dentro de la sucesión del causante Lorenzo Vega Andrade, según sentencia del 31-12-1956 del Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali y otros igualmente por adjudicación dentro de la sucesión de la causante Vicenta Córdoba Vda de Vega, según sentencia del 31-08-1976 del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali.

Los inventarios presentados y debidamente aprobados en ésta causa, tienen como única partida del activo, “los derechos de dominio y posesión en proporción del 11.11% sobre el 100%” sobre el bien inmueble antes citado, esto es el que figura con el folio de matrícula No. 378-3308.

Los objetantes en ningún momento no desconocen la titularidad de los anteriores derechos de dominio en cabeza de la causante xxxxx, y antes por el contrario la reafirman, pues precisamente alegan que el dominio de ese 11.11%, por prescripción adquisitiva de dominio, le pertenece a la sociedad VEGA GUERRERO HERMANAS LTDA y para cuyo efecto aportan copia auténtica del correspondiente escrito demandatorio declarativo , siendo esté el insular argumento fáctico que exponen en orden a justificar la pretendida exclusión.

Entonces, se colige sin dubitación alguna que lo inventariado tiene total asidero ya que los derechos de dominio relacionados, son los que efectivamente aparecen en cabeza de la causante xxxxx.

Que exista un proceso de pertenencia en curso a través del cual se pretende adquirir por prescripción dichos derechos, ello sin lugar a dudas implica una controversia sobre la propiedad de los mismos , pero aun y con todo , ello per se no despoja a la causante de la titularidad de dichos derechos y, por ende, no constituye sólido estribo para reclamar la exclusión de los señalados derechos, pues el trámite de dicha pretensión no tiene la potencialidad de trasmutar ipso iure la titularidad del dominio.

Por otra parte, y si aceptara que la objeción para excluir bienes se hizo bajo el abrigo del artículo 605 del C.P.C., que no lo es porque así no fue planteado en el escrito de objeción, ello resultaría huero, toda vez que una petición en tal sentido no se ventila a través de la

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

figura de la objeción de la partición, sino que precisamente tiene que ser enarbolada antes del decreto de partición , pues tempestivamente señala el inciso 2º de la citada norma : “sólo podrá formularse antes de que se decrete la partición o adjudicación de bienes”.

El apelante señala que el artículo 605 del C.P.C. , contiene un “gazapo o imposible jurídico”, pues en su sentir si la propiedad de bienes inventariados se encuentre sub judice ello autoriza “solicitar que aquellos se excluyan total o parcialmente de la partición” pero no se entiende , señala, que dicha petición “sólo podrá formularse antes de que se decrete la partición”, lo cual conlleva un contrasentido ya que este pedimento sólo es posible presentarlo después de presentada la partición y no antes “porque no es lógico solicitar la exclusión de un bien de la partición, antes de la existencia y traslado de la misma”.

Por supuesto que dicha lectura del artículo 605 del C.P.C. es errada, ya que la petición de exclusión bajo los parámetros de dicha normativa tiene como límite temporal “antes de que se decrete la partición”, precisamente para evitar de esa manera que la partición tenga en cuenta dichos bienes que se sabe de antemano se encuentran relacionados en un inventario en firme y que constituyen la base sobre la cual va a descansar la partición, y de ahí deviene la lógica de que se excluyan de la futura partición, por lo que desaprovechada esa oportunidad, lo pertinente es la objeción de la partición para su exclusión , pero ya no bajo los derroteros del artículo 605 ibídem en donde la petición se resuelve de plano y extra partición, sino mediante incidente que es la forma propia de tramitar las objeciones a la partición.

Así las cosas, sin entrar en más consideraciones, será del caso confirmar la sentencia apelada, así como condenar en costas a los apelantes conforme lo previsto en el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C. modificado por la Ley 1395 de 2010, en una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (1SMLMV), conforme lo reglado en el Acuerdo No. 2222 de 2003 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el cual modificó el acuerdo 1887 de la misma anualidad.”

Rad.006 2009 00583 02 (14 04 2016) Acta No. 042 M.P. Dr. José Antonio Cruz Suárez.

IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD Y SOLICITUD DE LA DECLARATORIA DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL. La prueba de ADN en esta especial situación dejó de ser elemento material probatorio por excelencia para acreditar la paternidad del señor demandado respecto al demandante, en virtud no solo de la falta de comparecencia, sino de la omisión de las partes en el cumplimiento de sus deberes como sujetos procesales.

Extracto:

“Al prescindirse la práctica del ADN, debido a que se agotaron todas las herramientas en primera como en segunda instancia para llevar a buen término la experticia, esta superioridad acudió a la recepción del interrogatorio del señor demandado, quien después de algunos requerimientos acudió en audiencia del 21 de julio de 2016 para absolverlo y de manera expresa y frente a la pregunta de si considera ser el padre del demandante , expreso “Si creo”, para posteriormente indicar que “Ya es hijo mío y punto, no quiero practicar prueba de ADN, pues estoy totalmente convencido de que es mi hijo” confesando además “ que siempre cuando él ha ido donde mí lo trato como un hijo, el me llama por teléfono y me dice que quiere verme, yo le he dicho muy claramente que él es Villamizar Jiménez y mis hijos son Villamizar Angulo, que son dos familias distintas, no hay manera de que a las dos familias las mezclemos no es justo” y frente a la pregunta de si solventó la educación del demandante dijo “mucho tiempo solvente estudios fuera del país, en

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

Colombia creo que en los Andes se graduó como ingeniero, después se fue a Australia, se le ayudó mucho, nunca he visto título de él, calificaciones, hasta ahí se”

Conforme a lo anterior no queda duda alguna de que el señor demandante es hijo del señor demandado pues así lo acepto el último de los nombrados en el interrogatorio que rindió, constituyendo una confesión provocada tal como lo señala el artículo 194 del CPC., lo que robustece el prescindir de la prueba genética que a la postre no resulta ya necesaria y tampoco se requiere su práctica tal como lo afirmó el interrogado en su declaración, cuando entonces dijo “no quiero practicar prueba de ADN...”.

Rad.002 2012 00149 01(30 08 2016) M.P.Dr. José Antonio Cruz Suárez.

=====

SUCESIÓN. Rehacimiento trabajo de partición.

Extracto:

“Conforme a lo anterior, resulta claro que los frutos de los cuales es deudor el señor xxxx, corresponden a aquellos producidos o que “pudieron haber producido” por el único bien inventariado desde el 15 de enero de 1996 hasta la fecha de la partición y los cuales deben ser tasados conforme a los parámetros señalados en el dictamen pericial practicado dentro de dicho proceso declarativo, por así haberlo dispuesto la sentencia del 5 de octubre de 2012.

En armonía con lo anterior, en los inventarios y avalúos presentados en éste asunto, se dejó sentado que si bien allí se hizo una tasación de dichos frutos en la suma de \$110.552.701.00, causados desde el 15 de enero de 1996 al 15 de septiembre de 2011, también se dejó señalado que se debían incluir “los demás frutos civiles que se continúen causando hasta la fecha en que se elabore el trabajo de partición y de adjudicación de bienes”.

Así las cosas, claro resulta que el trabajo partitivo desatendió la orden impartida en el numeral tercero del resolutivo de la sentencia del 5 de octubre de 2012, esto es, la cuantificación de los frutos civiles desde el 15 de enero de 1996 hasta la adjudicación de la cuota hereditaria a la señora demandante, existiendo las bases para proceder a ellos como lo es el dictamen que milita a folios 20 a 30 del c1 y que fue practicado al interior del proceso de petición de herencia.

Frente al argumento basilar señalado en la sentencia apelada y que se contrae a que el partidor no debía considerar frutos que no estuvieran inventariados, ha de señalarse que en rígor jurídico, los frutos a que fue condenado el señor xxxx en beneficio de la señora demandante no hacen parte del activo de la sociedad conyugal xxxx ni de la sucesión de la causante xxxx ya que, repítese, los mismos devinieron como consecuencia de una condena impuesta. Jamás la sentencia del 5 de octubre de 2012 señaló que dichos frutos debían hacer parte de comunidad de gananciales o herencial alguna y simplemente se dispuso fue su tasación hasta el momento en que se verificara la partición respectiva.

En consecuencia, el fustigamiento del apelante tiene asidero y por lo tanto se revocará el fallo apelado para que se proceda al rehacimiento del trabajo partitivo conforme a la actuación ordenada en la sentencia del 5 de octubre de 2012.

Cumplido lo anterior, corresponde dispensar respuesta al segundo problema que gravita sobre la composición de las hijuelas de la heredera y el del cónyuge sobreviviente, ya que el partidor adjudicó en iguales cuotas el bien inmueble inventariado, siendo lo pretendido

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

por la apelante que dicho inmueble le sea adjudicado en su totalidad para con ellos satisfacer parte de los frutos que le resulta a deber su progenitor.

Bajo las anteriores consideraciones, se tiene que las reglas de distribución de la herencia dispuesta en el Código Civil son dictados de equidad y justicia previstos por el legislador para salvaguardar los derechos de los concurrentes en una sucesión, no obstante tales preceptos no son una camisa de fuerza para el partidor, pudiendo él apartarse de lo normado justificado con razones y hechos su proceder.

La Sala prohija la adjudicación realizada en común y proindiviso ya que debe observarse que el inmueble inventariado lo fue por valor de \$20.986.000, avalúo que correspondía para el 21 de junio de 1996, es decir hace 20 años, pues así lo señaló el apoderado de la heredera, hoy objetante, quien lo inventarió, aspecto que impone como corolario obligado el envilecimiento de dicho avalúo.

Entonces, conllevaría toda una inequidad y no procuraría a la justicia material, que el único inmueble inventariado le sea adjudicado en su totalidad a la heredera con un justiprecio que data de hace 20 años, cuando resulta todo un hecho notorio, no necesitado de prueba, la valorización y el mayor valor que adquieren dicha clase de bienes con el transcurso del tiempo. Ha de mirarse cómo para el año gravable de 2014, dicho bien tenía un avalúo predial de \$89.062.836.00 y bien se sabe que en ocasiones dicho valor catastral suele distar mucho del valor comercial.

La valía del anterior argumento no sufre mengua por la consideración de la presunta imposibilidad de la señora xxxx de recuperar los dineros o frutos civiles que han de resultar conforme a la condena en proceso de petición de herencia, pues aparte de que ello es toda una conjetura ayuna de prueba, la acreedora tiene a su alcance los mecanismos legales para obtener el recaudo de lo causado y no pagado.

Además, si el inmueble fue inventariado en la suma de \$20.986.000 y para el 15 de septiembre de 2011 los frutos ya ascendían a \$110.552.701.00, igualmente con adjudicar la totalidad del bien a la heredera tampoco quedaría satisfecho el pago total de los frutos que el padre le adeuda a la hija y al deudor le asiste la posibilidad de pagarlos en la mayor medida posible y aún de poner a salvo otros bienes y recursos o de no comprometerlos en demasía, frente a un saldo reducido. Nada justifica tornar más gravosa la situación del deudor.

Es necesario señalar que no sólo son los derechos patrimoniales de la heredera xxxx los que están en juego y deben ser protegidos, ya que también merecen protección los derechos del cónyuge sobreviviente xxxx, pues el hecho de que sea deudor no es una patente que conduzca al desconocimiento de sus garantías o que autorice entrar a saco roto en su patrimonio, con tal de llevar a cumplido efecto el cubrimiento de la suma adeudada y de satisfacer al acreedor.

Así las cosas, no hay lugar a la prosperidad del fustigamiento en estudio y así se declarará.”

Rad.001 2014 00070 01 (08 08 2016= Acta No.109 M.P.Dr. José Antonio Cruz Suárez.

SALA LABORAL

HONORARIOS PROFESIONALES. Contrato de prestación de servicios profesionales.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

“...la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia de tutela referida, al resolver el problema planteado por vía de tutela a esta sala consideró “que la causación de honorarios depende de que se demuestre en el proceso de prestación la prestación de servicios y de encontrarla cumplida en los términos convenidos surge a favor del actor y a cargo del poderdante el derecho a recibir una remuneración, la cual está supeditada a su tasación”. (...)

El recurrente no discute la tasación de los honorarios, tampoco hay discusión en el proceso de la prestación personal del servicio del demandante a las señoras L M de C y M C M, ya que, la discusión se centra en quien debe pagar los honorarios, esto es, si eran las demandadas en este proceso o era G C con quien el abogado demandante celebró el contrato de prestación de servicios profesionales se itera. La Corte Suprema en la sentencia mencionada disolvió el problema y señaló que eran las demandadas, por lo tanto, en cumplimiento de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, identificada con la radicación No. 44090, STL 10966-2016, calendada el 3 de agosto de 2016 esta Sala de Decisión confirma la sentencia condenatoria No. 229 del 04 de agosto de 2015, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali.

Las costas en esta instancia corren a cargo de las demandadas y, a favor del demandante. Se ordena incluir en la liquidación de esta instancia la suma de \$340.000.00 a cargo de cada una de las demandadas y en favor del demandante como agencias en derecho.”

La Sala confirmó la sentencia apelada por las razones expuestas en las consideraciones de este proveído.

Rad.006 2014 00436 01 (31 08 2016) Acta 451. M.P. Dr. Germán Varela Collazos

NIVELACION SALARIAL. Violación del Principio de la igualdad al excluirse al demandante de algunas normas convencionales, por haber celebrado un contrato de trabajo a término indefinido con la Universidad demandada.

El demandante ha debido probar que está en la misma categoría esencial de los trabajadores de la Universidad, en cuanto formación académica, antigüedad, conocimientos e idoneidad y/o experiencia aportando como prueba los requisitos por ellos cumplidos para la nivelación y así, haber acreditado que tiene igual o mejor nivel académico y experiencia

Extracto:

“...demandante pide que se condene al pago de la nivelación salarial a un rango superior al que tiene actualmente, que es nivel A, según lo previsto en la Resolución No. 247 de diciembre 14 de 1995, modificada por la Resolución No. 247 de 1996, que hizo ajustes al escalafón de cargos de los trabajadores oficiales por haber cumplido con los factores de evaluación que son: formación académica, antigüedad, conocimientos e idoneidad y/o experiencia. La pretensión la fundamenta en que los trabajadores oficiales de la Universidad demandada, J C, W C Y R R M tienen el mismo cargo de aseo del demandante y para el año 2010 devengaban la suma de \$ 2.311.341,00, guarismo que en el 2015 correspondía a \$ 2.720.776,00. Esta pretensión no prospera por lo siguiente.

A folio 11 del expediente obra escrito mediante el cual el Comité de Nivelación de Trabajadores Oficiales de la Universidad demandada, le señala al demandante que “se encuentra en el máximo grado del cargo que desempeña actualmente, por tanto, no da lugar a nivelación”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

Así mismo, obra copia de la Resolución No. 2.276 de diciembre 14 de 1995, modificada por la Resolución No. 247 de febrero 2 de 1996, folios 95 al 100, el demandante pretende que se le nivele el salario a los trabajadores citados. Pero no hay prueba en el expediente de las razones por las cuales el Comité de Nivelación de Trabajadores Oficiales de la Universidad demandada, señaló tales salarios a los señores J C, W C y R R M, En otros términos, el demandante ha debido probar que está en la misma categoría esencial de ellos, en cuanto formación académica, antigüedad, conocimientos e idoneidad y/o experiencia aportando como prueba los requisitos por ellos cumplidos para la nivelación y así, haber acreditado que tiene igual o mejor nivel académico y experiencia, tal como lo señala en el hecho decimo de la demanda, folio 421. Estas son razones necesarias y suficientes para absolver de la nivelación salarial pretendida.

Las razones anteriores son más que para revocar la sentencia apelada y, en su lugar, condenar a la Universidad xxxxxx al pago de los valores y conceptos aquí liquidados. Las costas de ambas instancias son a favor de xxxxxx y a cargo de la demandada. Se ordena incluir en la liquidación de esta instancia la suma de un salario mínimo legal vigente como agencias en derecho.”

Rad. 003 2015 00187 01 (21 09 2016) Acta No. 490 M.P. Dr. Germán Varela Collazos

CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO. Despido Injustificado.

Extracto:

“El objeto de la presente consulta se circunscribe, en determinar si entre las partes en litigio existió un contrato de trabajo a término indefinido, y determinar si es procedente reconocer el pago de los salarios dejados de pagar, prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte, primas, cesantías, intereses a las cesantías, aportes a pensión, incapacidades, jornadas complementarias (horas extras, dominicales), y por ultimo considerar si hubo justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

En principio, para determinar si le asiste o no razón a la parte demandada, cabe resaltar que los pronunciamientos del Tribunal Supremo del Trabajo como la Sala de la Corte, han considerado que al trabajador sólo le basta con demostrar el hecho del despido, y al empleador demandado que aspire a salir avante ante la declaración y/o condena pretendida por su antiguo trabajador, debe acreditar que éste incurrió en una conducta contraria a las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales acordadas previamente, que ameriten su despido unilateral por justa causa.”

(...)

“Al revisar los documentos allegados al proceso se evidencia que, entre los demandantes y la entidad demandada, Transportes Montebello S.A., suscribieron contrato de trabajo a término indefinido, y los contratos a término fijo que suscribieron entre los demandantes y la demandada, se fueron prorrogando año por año.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

De lo anterior cabe resaltar , que entre las partes en litigio no hay discusión en cuanto a la existencia de una relación laboral , sin embargo, al entrar a resolver los planteamientos jurídicos antes formulados, se debe estudiar lo referido a la naturaleza del contrato de trabajo y sus modalidades.”

(...)

“En el artículo 22 del C.S.T., se define lo que es un contrato de trabajo, en igual sentido el artículo 23 ibídem estipula los elementos esenciales del contrato de trabajo, así: (i) la actividad personal del trabajador, (ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, (iii) un salario como retribución del servicio.

Además, consciente el legislador de la dificultad probatoria que conlleva especialmente el segundo de los elementos citados, produjo la disposición contenida en el artículo 24 del C.S.T., estipulando en ella una ventaja de ese carácter a favor de la parte débil de la relación de trabajo personal, presumiendo “que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”. De manera que, le es suficiente al trabajador demostrar en juicio el servicio personal prestado a favor de una persona natural o jurídica para que en virtud de la presunción legal comentada, se entienda que dicha relación se haya regida por un contrato de naturaleza laboral caracterizado por la concurrencia de los elementos que se dejan citados.

Ahora bien según el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, las principales características del contrato a término fijo son, el plazo o duración que las partes convengan; y que dicho término de duración debe constar siempre por escrito.

Otra característica del contrato a término fijo es la forma de su terminación, pues no basta el mero vencimiento del plazo sino que se requiere de la notificación de la fecha de terminación que una de las partes le dé a la otra, con una antelación siquiera de treinta (30) días, o de lo contrario, se entiende prorrogado por un periodo igual al inicialmente pactado.

La connotación del contrato a término fijo es muy distinta a la del contrato a término indefinido, pues para éste último la ley consagró diversas situaciones, como por ejemplo, puede pactarse verbalmente o por escrito, la terminación unilateral del contrato es posible por cualquiera de las partes contratantes con justa causa. Para una u otra modalidad contractual existen medidas de protección contra la posible inseguridad o inestabilidad en el trabajo, como es la indemnización plasmada en el artículo 64 del C.S.T.

Entonces, de acuerdo con la disposición legal citada, es condición sine qua non para la eficacia y validez del contrato a término fijo, el documento escrito donde conste la voluntad de las partes de señalar un plazo o término de duración de la relación laboral, de manera que, el no estar respaldada tal modalidad contractual por el propio documento hace que la convención se entienda celebrada a término indefinido.

Además, la esencia del contrato a término fijo es que puede terminarse debidamente con la notificación oportuna de que no va ser prorrogado o puede también prorrogarse sucesivamente e indefinidamente en el tiempo, aunque en forma limitada, pues la ley, específicamente el artículo 46 del C.S.T., subrogado por la Ley 50 de 1990, artículo 2º, inciso 2º, establece claramente que si el contrato es a término fijo inferior a un (1) año , únicamente podrá prorrogarse hasta por tres (3) periodos sucesivos iguales, al cabo de los cuales al término de la renovación no podrá ser inferior a un (1) año , pero por ese sólo hecho no quiera decir que cambie su naturaleza y se convierta en contrato indefinido, pues ello depende de la voluntad de las partes.

Ahora bien ya que se menciona la modalidad de contrato el cual no hay duda entre las partes demandante y la demanda la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, cabe resaltar que referente a los señores xxxxxxx xxxxxxx xxxxxxx xxxxxxx,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

suscribieron contrato de trabajo a término fijo con la demandada prorrogándose año por año.

Por lo tanto descendiendo al presente asunto se procede al análisis de las pruebas arrojadas al plenario con el fin de establecer, si proceden las pretensiones incoadas por la parte actora, como son, el pago de las prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte, primas, cesantías, intereses a las cesantías, aportes a pensión, incapacidades, jornadas complementarias (horas extras, dominicales) y el despido sin justa causa.

Por otra parte, se allegaron los testimonios de la señora, XXXXXX (cuaderno No. 4-fls.1.264 a 1.270), manifestando que conoce a los señores demandantes , porque les vende mercancía, también manifiesta que tuvo un vínculo familiar, con el señor XXXXXX quien fue su esposo, hijo del señor XXXXXX, dice conocer que los actores firmaron contrato de trabajo a término indefinido, porque acompañó al señor Hugo Fernando a firmar el contrato con la demandada, que para que les quedara algo de dinero debían llegar a las 4 de la mañana para garantizar un turno bueno, porque la primera vuelta era a las 7 de la mañana y terminaban a las 10 o 11 de la noche, que ellos mismos pagaban diario las prestaciones sociales , que son llamados a descargos y no les dan la oportunidad de defenderse ni los escuchan, sin embargo, cabe mencionar que el testimonio de la señora XXXX tuvo conocimiento de los hechos de esta demanda por la relación marital con el señor XXXXX así que no tiene conocimiento cierto y directo de los hechos.

En la declaración absuelta por el señor XXXXX (cuaderno No.6-fl.1.686 a 1.689), manifestó , que los conductores no estaban sujetos a ningún horario y que estaban programados para trabajar 8 horas diarias, si el conductor llegaba a las 8 de mañana, igualmente trabajaba las 8 horas, que el transporte público empezaba a las 5 de la mañana y que el personal de conductores que les gustaba llegar a esa hora se les asignaba un turno, pero no eran sometidos a ninguna clase de programación; que cada conductor hace 5 vueltas el cual arrojan las 8 horas, y al culminar las 5 vueltas ya podían retirarse, que las prestaciones sociales no se las cobran al conductor, después de la tercera vuelta y del producido del vehículo , por esas tres vueltas es que el conductor pagaba las prestaciones de ley.

En interrogatorio de partes absuelto por la señora XXXXX quien es la representante legal de la empresa demandada Transportes xxxxxx, manifiesta, que si le pagaban a los demandantes un salario mínimo, que si estaban afiliados a la seguridad social; que si habían justas causas de terminación laboral, se apega al protocolo; que las contrataciones han sido directas (1547 a 1577).

Aunando a lo anterior, de las declaraciones rendidas son muy generales, toda vez que la señora XXXXXX tuvo una relación con uno de los demandantes, que conocía a los actores por qué les vendía ropa , pero se puede inferir que esta declaración es de oídas, en cuanto al señor XXXXXX sigue siendo su declaración muy general si manifestó que los actores trabajaban 8 horas diarias, y que los conductores que querían llegar a las 5 am los enturnaban, la señora XXXXX manifiesta conocer que se le pagaban los salarios a los actores, que estaban afiliados a la seguridad social, pero es muy evasiva al responder las preguntas, de igual manera entra a laborar en la empresa en enero de 2014 como lo ha manifestado en el interrogatorio, desconociendo muchos hechos, de esta manera no se tendrán en cuenta las declaraciones rendidas, por lo que solo se tendrá como prueba los documentos aportados en la demanda.

Ahora bien de acuerdo con los documentos allegados, no se evidencia que a los actores, la empresa demandada les haya cancelado los salarios.

En cuanto a las horas extra, tampoco se evidencia, que los demandantes hayan laborado jornadas complementarias a las 8 horas estipuladas en el contrato de trabajo.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

Amén de lo anterior, debe indicarse que quien reclama horas extras debe acreditar, las horas extraordinarias laboradas por el trabajador en forma exacta, sin que haya lugar a suposiciones al respecto.”

Rad. 012 2009 00940 01 (31 08 2016) Acta No. 056 M.P. Dr. Carlos Alberto Oliver Gale.

CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. Dictamen pericial. Si bien es cierto que quien pretenda desvirtuar la validez del dictamen emitido por una Junta de Calificación de Invalidez debe promover Proceso Laboral Ordinario con la principal pretensión de que sea declarada la nulidad del mismo, y las razones por las cuales debe declararse, también es cierto que en el caso concreto se cuenta con una prueba idónea emitida por Sala de decisión diferente a la que intervino para el dictamen practicado a la actora el día 23 de febrero de 2010, dictamen que dentro del proceso no fue controvertido por el apoderado de la actora, por manera que, la conclusión de que su patología es de origen común adquirió firmeza y devino suficiente para que el ad quo se convenciera de que ello era así.

Extracto:

“En estos eventos en donde cobra vigencia lo señalado por el artículo 174 de nuestro Estatuto Procesal Civil, el cual establece como regla general del proceso, el principio de necesidad de la prueba, en armonía con aquel de rango superior referido al debido proceso y las demás normas procesales que complementan los aludidos preceptos, que le corresponde al peticionario probar los hechos narrados, mediante pruebas que conduzcan al fallador de instancia a tomar una decisión favorable a sus intenciones. Así mismo, los artículos 174 y 175 del C.P.C. regulan los temas de necesidad y valoración judicial de la prueba.

A su turno, el artículo 177 de la misma obra establece las cargas que en materia probatoria que le corresponden a las partes, a efecto de obtener la certeza de sus afirmaciones y lograr la convicción del fallador respecto de las mismas.

Los dictámenes de las juntas calificadoras no son pruebas solemnes en la medida en que la pérdida de la capacidad laboral y su origen pueden ser demostradas a través de los demás medios de prueba; pero para el caso en concreto la demandante no aportó prueba diferente a las calificaciones realizadas por la A.R.L La Equidad y las Juntas de Calificación de Invalidez.

Cabe resaltar que el Juez de primera instancia mediante auto interlocutorio No. 1293 del 31 de mayo de 2012 (fl.151), ordenó oficiar a la Asociación Colombiana de Facultades de Odontología, para efectos de que aplicando los conocimientos y experticia de las ciencias de la medicina odontológica manifiesten las funciones ortopédicas que debe realizar el profesional de odontóloga en ejecución de sus actividades y concretamente de aquellas que de acuerdo al contrato laboral y atención de pacientes ejecutaba la demandante; de igual forma, informara cuáles son los síndromes, afectaciones y traumatismos que en ejercicio de las actividades los profesionales odontólogos puedan llegar a padecer.”

(...)

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

“En ese orden de ideas, se concluye que el Juez sólo puede pronunciarse de acuerdo a los hechos que encuentre debidamente probados en el proceso, siendo que cada parte deberá procurar por demostrar aquellas afirmaciones favorables a sus intereses, y para ello la legislación le permite amplio margen de acción, frente a los medios de prueba permitidos.

Pues, si bien es cierto que quien pretenda desvirtuar la validez del dictamen emitido por una Junta de Calificación de Invalidez debe promover Proceso Laboral Ordinario con la principal pretensión de que sea declarada la nulidad del mismo, y las razones por las cuales debe declararse, también es cierto que en el caso concreto se cuenta con una prueba idónea emitida por Sala de decisión diferente a la que intervino para el dictamen practicado a la actora el día 23 de febrero de 2010, dictamen que dentro del proceso no fue controvertido por el apoderado de la actora, por manera que, la conclusión de que su patología es de origen común adquirió firmeza y devino suficiente para que el ad quo se convenciera de que ello era así.

Por lo tanto, al ser estos organismos, entidades en las cuales confluyen las especialidades: médica y de salud ocupacional, psicológica y de derecho, por tratarse en dictamen de un área totalmente específica, técnica y especializada, cuyo conocimientos escapan al Juez Laboral, concluye la Sala que estos dictámenes se realizaron por el personal idóneo y especializado en la materia, el cual estudió la historia clínica del actor y los documentos allegados por éste, por lo tanto, se concluye que cumplen con las exigencias determinadas en la Ley.

Así las cosas, al quedar determinado la enfermedad como de origen común y no profesional, se concluye que no procede la única pretensión formulada en escrito de demanda.”

Rad. 015 2011 00732 02 28 09 2016 Acta No. 063 M.P. Dr. Carlos Alberto Oliver Gale.

CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. Dictamen pericial. Si bien es cierto que quien pretenda desvirtuar la validez del dictamen emitido por una Junta de Calificación de Invalidez debe promover Proceso Laboral Ordinario con la principal pretensión de que sea declarada la nulidad del mismo, y las razones por las cuales debe declararse, también es cierto que en el caso concreto se cuenta con una prueba idónea emitida por Sala de decisión diferente a la que intervino para el dictamen practicado a la actora el día 23 de febrero de 2010, dictamen que dentro del proceso no fue controvertido por el apoderado de la actora, por manera que, la conclusión de que su patología es de origen común adquirió firmeza y devino suficiente para que el ad quo se convenciera de que ello era así.

Extracto:

“En estos eventos en donde cobra vigencia lo señalado por el artículo 174 de nuestro Estatuto Procesal Civil, el cual establece como regla general del proceso, el principio de necesidad de la prueba, en armonía con aquel de rango superior referido al debido proceso y las demás normas procesales que complementan los aludidos preceptos, que le corresponde al peticionario probar los hechos narrados, mediante pruebas que conduzcan al fallador de instancia a tomar una decisión favorable a sus intenciones. Así mismo, los artículos 174 y 175 del C.P.C. regulan los temas de necesidad y valoración judicial de la prueba.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

A su turno, el artículo 177 de la misma obra establece las cargas que en materia probatoria que le corresponden a las partes, a efecto de obtener la certeza de sus afirmaciones y lograr la convicción del fallador respecto de las mismas.

Los dictámenes de las juntas calificadoras no son pruebas solemnes en la medida en que la pérdida de la capacidad laboral y su origen pueden ser demostradas a través de los demás medios de prueba; pero para el caso en concreto la demandante no aportó prueba diferente a las calificaciones realizadas por la A.R.L La Equidad y las Juntas de Calificación de Invalidez.

Cabe resaltar que el Juez de primera instancia mediante auto interlocutorio No. 1293 del 31 de mayo de 2012 (fl.151), ordenó oficiar a la Asociación Colombiana de Facultades de Odontología, para efectos de que aplicando los conocimientos y experticia de las ciencias de la medicina odontológica manifiesten las funciones ortopédicas que debe realizar el profesional de odontóloga en ejecución de sus actividades y concretamente de aquellas que de acuerdo al contrato laboral y atención de pacientes ejecutaba la demandante; de igual forma, informara cuáles son los síndromes, afectaciones y traumatismos que en ejercicio de las actividades los profesionales odontólogos puedan llegar a padecer.”

(...)

“En ese orden de ideas, se concluye que el Juez sólo puede pronunciarse de acuerdo a los hechos que encuentre debidamente probados en el proceso, siendo que cada parte deberá procurar por demostrar aquellas afirmaciones favorables a sus intereses, y para ello la legislación le permite amplio margen de acción, frente a los medios de prueba permitidos.

Pues, si bien es cierto que quien pretenda desvirtuar la validez del dictamen emitido por una Junta de Calificación de Invalidez debe promover Proceso Laboral Ordinario con la principal pretensión de que sea declarada la nulidad del mismo, y las razones por las cuales debe declararse, también es cierto que en el caso concreto se cuenta con una prueba idónea emitida por Sala de decisión diferente a la que intervino para el dictamen practicado a la actora el día 23 de febrero de 2010, dictamen que dentro del proceso no fue controvertido por el apoderado de la actora, por manera que, la conclusión de que su patología es de origen común adquirió firmeza y devino suficiente para que el ad quo se convenciera de que ello era así.

Por lo tanto, al ser estos organismos, entidades en las cuales confluyen las especialidades: médica y de salud ocupacional, psicológica y de derecho, por tratarse en dictamen de un área totalmente específica, técnica y especializada, cuyo conocimientos escapan al Juez Laboral, concluye la Sala que estos dictámenes se realizaron por el personal idóneo y especializado en la materia, el cual estudió la historia clínica del actor y los documentos allegados por éste, por lo tanto, se concluye que cumplen con las exigencias determinadas en la Ley.

Así las cosas, al quedar determinado la enfermedad como de origen común y no profesional, se concluye que no procede la única pretensión formulada en escrito de demanda.”

Rad. 015 2011 00732 02 28 09 2016 Acta No. 063 M.P. Dr. Carlos Alberto Oliver Gale.

FUERO SINDICAL. Trabajadores que Gozan de Fuero Sindical. Protección laboral a personas con limitaciones físicas.

Extracto:

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

“La causal alegada atinente a que la empresa se encuentra en una difícil situación económica, por lo que entró en estado de reorganización empresarial, no se encuentra dentro de las justas causas consagradas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo para terminar el contrato de trabajo, amén de que el trabajador no tiene por qué participar de las pérdidas de la empresa de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 28 de la misma obra.

Lo que si constituye justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, es la toma de posesión de las empresas, tal como lo impone la Ley 510 de 1999 artículo 22 respecto a las sociedades vigiladas por la Superintendencia Financiera, situación que no ocurre en este asunto.

Finalmente alega que, el demandante no es idóneo físicamente por problemas de salud, para desempeñar el cargo de conductor.

La parte demandante acompaña certificado de aptitud en la que se impone restricción de conducción de vehículo público, trabajo en altura (folio 87), sin embargo, debe recordarse que frente a este tipo de situaciones, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 debe pedirse autorización al Ministerio de Trabajo para que este ente determine si se dan las condiciones para autorizar el despido, ora, proceda a la reubicación respectiva del trabajador y luego, si pedir el levantamiento del fuero sindical.

La Ley 361 de 1997, por primera vez se ocupó por garantizar una protección laboral frente al despido, para las personas con limitaciones estableciendo en su artículo 26 un artículo contentivo de una prohibición y una sanción. El precepto señala en su inciso 1 que “ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo”; por su parte, el inciso 2 estableció como consecuencia para empleador que trasgreda la anterior prohibición el reconocimiento al trabajador de “una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

La Corte Constitucional al analizar la consecuencia frente al despido de una persona con limitación consideró en sentencia C 531 del 2000, que el pago de una indemnización era insuficiente para garantizar su estabilidad laboral reforzada; por virtud de ello, declaró el inciso 2 del artículo 361 de 1997 exequible pero solo si se entiende que el finiquito de la relación laboral de una persona en tal estado y sin permiso del ministerio del trabajo, era ineficaz, es decir, no producía efecto alguno.

Para la Corte Constitucional, existe estabilidad laboral reforzada para quienes esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores, sin necesidad de que exista una calificación previa.

Esta posición tiene como sentencia hito la T- 198 de 2006, reiterada en la T-263 de 2009, y recientemente en las sentencias T-108 de 2013 y T-041 de 2014.

En efecto, la Corte Constitucional ha reiterado en varias sentencias de constitucionalidad que los beneficiarios de los preceptos de la ley 361 de 1997 no se limitan a las personas con limitaciones moderadas, severas y profundas, como lo pareciere entender la Corte Suprema de Justicia, sino a todas las personas con limitaciones en general.”

(...)

“Debe observarse que, el mismo documento acompañado por el demandante da cuenta que puede ser ubicado en otras actividades de acuerdo con profesiograma.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

Bajo este panorama, independientemente de la profesionalización o no de la empresa y de que el demandante no pueda cumplir otra actividad, el ente competente para realizar una valoración de reubicación o no es el Ministerio de Trabajo.

Pasando por alto lo anterior, la acción estaría prescrita por cuanto la demandante conoció el hecho del padecimiento físico del demandante y su restricción para conducir vehículos data del 1 de septiembre de 2014 y la demanda fue presentada el 23 de febrero de 2015, es decir, 5 meses y 22 días después de tener conocimiento de la causal, siendo que el término de prescripción es de dos (2) meses contados a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de la causal, sin que sea dable alegar que es una causal permanente, pues, tal como se explicó en otro aparte de esta providencia la norma parte de la base del conocimiento de la causal para contar el término prescriptivo.

Así las cosas, se confirmará la sentencia apelada imponiéndose costas en segunda instancia a la parte demandante.”

Rad. 013 2015 00082 02 Acta No. 067 M.P. Dr. Carlos Alberto Oliver Gale.

SALA PENAL

EXTINCIÓN DE LA PENA POR MUERTE DENTRO DE LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE LA PENA. Documentación informal con que se pretendan acreditar el deceso de una persona no puede ser tomadas como ciertas hasta no lograr su verificación. Tráfico, fabricación o porte de armas partes o municiones.

“Conforme a lo expuesto, anota la Sala que no desconoce de manera alguna la presunción de veracidad del informe rendido por el policía judicial xxxx, quien acudió a las bases de datos tanto del Instituto de Medicina Legal que registró que bajo el cupo numérico xxxx perteneciente a la señora xxxx presentaba un estado de entrega de cadáver el 29 de julio de 2015 y dentro de Sistema de la Registraduría Nacional del Estado Civil ese mismo número de cedula se encontraba CANCELADO POR MUERTE.

Averiguaciones que si bien pueden ser ciertas, debieron ser constatadas por el Juzgado de Ejecución de Penas, requiriendo a las entidades pertinentes para allegar copia autentica de la documentación que acredite el deceso de la señora xxxx, como inspección Técnica de cadáver, protocolo de Necropsia, registro civil de defunción, que por razones de muerte violenta, eventualmente de ser éste el caso de la señora xxxx, es ordenado por la Fiscalía General de la Nación o una autoridad judicial, elementos que con mayor convicción podría establecer el fallecimiento y consecuentemente la extinción de la pena.

Entendiendo que no se trata de una tarifa legal de prueba, sino de evidencias de mayor utilidad o convicción. Para evitar apoyarse en errores en el registro o cualquier información no ajustada a la realidad por diversas razones. Incluso el mismo investigador debió constatar la veracidad del registro encontrado en el Instituto de Medicina Legal, con los

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

Sistemas de la Fiscalía en el evento de haberse presentado una muerte violenta, obteniendo copias o certificación que le permitieran establecer la realidad sobre esta situación.

Lo anterior tiene su sustento en la imperiosa necesidad de impedir que la administración de justicia incurra en errores de homonimia o aún más en impresiones numéricas que no pertenezcan a la misma persona de que trata la condena. Por ello, no bastaba la simple verificación en el sistema Web de la Registraduría sobre el cupo numérico de la señora xxxx, pues la copia de dicho documento no tiene el carácter de formal respecto a trámites judiciales y mucho menos sobre la conclusión de muerte violenta de una persona.

Incluso se podría sostener que no resulta suficiente el informe del investigador, por encontrarse desprovisto de la evidencia que confirmen sus afirmaciones. Sobre todo cuando está sosteniendo haber observado la información en el sistema de la Registraduría y el Instituto Nacional de Medicina Legal, pero no verifica la misma con la Fiscalía que tiene el caso por tratarse de una presunta muerte violenta. Que se supone ocurrió en tales condiciones dada la intervención de médico forense para el estudio de causa de muerte a través de necropsia. Sobre todo cuando el investigador cuenta con la información en la entidad para la cual presta sus servicios como es la Fiscalía General de la Nación.

Todo ello se compagina con la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, quien en eventuales situaciones afirmo que la documentación informal con que se pretendan acreditar el deceso de una persona no puede ser tomadas como ciertas hasta no lograr su verificación.

(...)

En ese orden, es posible que en verdad la condenada hubiese fallecido en las condiciones y oportunidad indicada en el informe, pero de todas maneras se trata de una decisión que amerita verificación para la aplicación con seguridad o certeza la causal de extinción de la pena.

En ese sentido, considera la Sala que los argumentos propuestos por el sensor tienen animo de prosperar, siendo necesario REVOCAR la providencia interlocutoria objeto de apelación y en su lugar NO DECLARAR LA EXTINCIÓN de la pena de prisión que le fue impuesta a la señora xxxx por el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Cali mediante Sentencia No. 068 del 21 de mayo de 2015, hasta que no se verifique por parte del Juzgado ejecutor el fallecimiento del condenado mediante los elementos idóneos.”

Rad: 193-2014-24330-01 (07 10 2016) Acta 136. M.P: Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez.

LESIONES PERSONALES. El principio de la unidad procesal (art. 50 del C.P.P.) no es absoluto ni puede concebirse como un obstáculo para que, en casos como el que nos ocupa, se utilice para dilatar indefinidamente el proceso.

Extracto:

El art. 53 del C.P.P. establece 5 excepciones al aludido principio, las cuales no son taxativas pues la misma norma contiene la expresión, “**además de lo previsto en otras disposiciones**” y el inciso 2º del artículo 50 ibídem expresamente consagra que “**la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no se afecte las garantías constitucionales**”.

El recurrente no puede sostener que la Fiscalía no puede hacer las imputaciones a cada uno de los adolescentes en forma separada pues la única limitación para no hacerlo es que

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

con ello se vulnere la garantía del debido proceso y ese no es el caso aquí, manifestación de lo cual es que el defensor no expone ningún argumento sobre el particular.

Es evidente que tanto la solicitud de nulidad como el recurso de apelación en el presente caso tienen propósito manifiestamente dilatorio absolutamente inadmisibles pues no puede perderse de vista que : los hechos ocurrieron hace más de 6 años; la Fiscalía no ha manejado el caso en condiciones de eficiencia y eficacia, al punto que la imputación contra el adolescente xxxxxxxx la realizó el 6 de junio del 2013 – **casi 4 años después**- lo cual rompe con el principio de celeridad del proceso que informa el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes; el proceso en la actualidad cuenta con 4 carpetas, cada una con más de 150 folios, múltiples registros y gran cantidad de constancias de aplazamiento de las audiencias, lo cual es manifiestamente inconcebible; desde el aparato de justicia y evidencia la desprotección de la víctima cuyo deber está asignado a la Fiscalía.

Por ende, la Sala debe instar a la Juez de Conocimiento para que tome todas las providencias conforme a la ley y a los principios que gobiernan el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes a fin de que el juicio en el presente caso se realice dentro de los términos estrictos de ley sin admitir ninguna dilación.

Rad. 2013 00185 00 (14 07 2016) Acta No. 121 M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES. Sustitución de la Pena por Prisión Domiciliaria. Sustitución de la Detención Preventiva.

Extracto:

En tal virtud, el juez acertó:

a.- Al imponerle 64 meses de prisión que, se reitera, corresponde al mínimo de la consecuencia de privación de libertad prevista por el legislador para el tráfico de estupefacientes en la cantidad que transportaba la aquí implicada.

b.- Al rebajarle 8 meses por el allanamiento a cargos pues ello corresponde a la rebaja máxima que el Fiscal podía prometer y el juez podía concederle a la procesada teniendo en cuenta que, por haber sido capturada en flagrancia conforme a lo previsto en el parágrafo del art. 301 del C. de P.P. –modificado por el art. 57 de la L. 1453/11-, solo tiene derecho a la rebaja de la cuarta parte del beneficio previsto en el art. 351 del C. de P.P. ; norma ésta que consagra la rebaja de hasta la mitad por allanamiento a cargos en la audiencia de imputación –en situaciones distintas a la de captura en flagrancia-. La mitad de 64 meses de prisión son 32 y la cuarta parte de ésta son 8 meses de prisión.

Cierto es que el señor juez no explicita el fundamento jurídico ni explica de donde obtiene los 8 meses de prisión que, restados a los 64 meses de prisión, le da un total de 56 meses de prisión; pero esto no quiere decir que el juicio de punibilidad sea desacertado y que, por ende, haya errado al concluir que la aquí encartada no satisface el requisito objetivo para el otorgamiento de la prisión domiciliaria.

La rebaja de pena por allanamiento aparece reglada en termino cuantitativos por el legislador y en la determinación de la misma en concreto no juegan las circunstancias personales del autor como las que menciona la apelante, atendiendo a que tal rebaja corresponde a la compensación o premio por el menor desgaste que la voluntad de allanamiento de la procesada le significa al aparato de justicia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

Aunque el juez tampoco cumplió con el deber de motivar expresamente el fundamento de la imposición del mínimo de la pena -64 meses-, es obvio que ésta está determinada por las circunstancias personales de la procesada –ser infractora ocasional, carecer de antecedentes penales; su desempeño familiar y social-.

La Sala accederá a la sustitución de la detención intramural por el lugar de residencia del de la aquí implicada porque se satisfacen las condiciones objetivas que para ello establece el art. 27 de la L.1142/07-. En efecto:

1.- conforme a la aludida norma la procesada tiene derecho a que se le sustituya la detención intramural: “**3.-** cuando a la... acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto...”.

2.- El concepto médico de los ginecólogos obstetras fechado el 8 de abril del 2016 visible en los folios 50 y 51, permiten conocer que: **a.-** La aquí acusada se encuentra en estado de embarazo y, **b.-** Que la fecha probable del parto es el 22 de agosto de 2016.

Lo anterior significa que a la fecha de registro de este proyecto –junio 28 de 2016- a la procesada le faltan menos de dos meses para el alumbramiento.

3.- El delito materia de acusación no se encuentra dentro del catálogo de delitos en relación con los cuales el Parágrafo del art. 314 de la L. 906/04 (Mod. Por el art. 39 de la L.1474/11) prohíbe la sustitución de la detención preventiva.

4.- Siendo ello así se le concederá a la aquí implicada la sustitución de la detención en establecimiento carcelario por la de lugar de residencia, bajo la condición de que suscriba acta en la que: **a.-** Precise de manera clara y completa el lugar de la residencia en donde deberá permanecer y, **b.-** Se comprometa a cumplir todas y cada una de las obligaciones contenidas en los incisos segundo, tercero y cuarto del art. 314 tantas veces mencionado, so pena de que se le revoque el beneficio.

Rad. 195 2013 05349 (28 06 2016) Acta No. 112 M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

EXTORSIÓN. El legislador puede limitar la concesión de beneficios penales, en función de la gravedad de las conductas delictivas que busca combatir.

Extracto:

Ahora bien, en cuanto al reclamo realizado por el recurrente, en lo atinente a la aplicación incorrecta de la norma, la Sala en aras de dilucidar esta controversia abordará dos aspectos: 1) La vigencia de la Ley 1121 de 2006 y 2) Si en el caso del señor xxxxxx, debe aplicarse por favorabilidad únicamente el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

Sobre estos aspectos, precisa la Sala que la Ley 1121 del 29 de diciembre de 2006, entró en vigencia el 30 de diciembre de ese mismo año, coligiéndose fácilmente que para el momento en que el hoy recurrente ejecutó la conducta por la que se le condenó – noviembre de 2009-, ya había entrado a regir, lo que significa que la prohibición contemplada en el Art. 26 de la misma estaba vigente. En consecuencia al momento de valorar la concesión de beneficios y subrogado debe obligatoriamente atenderse su disposición.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

Además debe considerarse que esta norma se encuentra vigente, y no ha sido modificada ni derogada con la entrada en vigencia de la Ley 1709 de 2014.

Frente a esta temática indicó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela del 29 de mayo de 2014, Rad No. STP6880-2014. Precisó que:

“Bajo ese contexto, no encuentra la Sala que la conclusión a que arribaron los juzgados demandados en torno a la concesión de la libertad condicional en el caso concreto constituya una vía de hecho, y en cambio aparece que a partir de una interpretación razonable de la normatividad que regula la materia, se precisó que no podría concluirse que la Ley 1709 de 2014 haya derogado o modificado el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, prevaleciendo, en todo caso, la norma de carácter especial sobre la general, pero además se destacó que la favorabilidad solo sería aplicable desde el punto de vista objetivo, porque frente al presupuesto subjetivo el juicio de valor sería negativo dada la naturaleza y gravedad del delito.”(Posición reiterada en providencias STP14419-2014(22-10-2014) STP10006-2014(31-07-2014)

En efecto, para la Sala no se configura ningún defecto material o sustantivo en los autos que se discuten, ya que de conformidad con lo establecido en dicho precepto cuando se trate de delitos como el de financiación de terrorismo, no procede ningún beneficio de reconocimiento jurisdiccional ni administrativo, salvo los eventos de colaboración efectiva.

Es así como, las decisiones reprochadas se fundamentaron en una norma jurídica expedida en el ámbito legítimo de libertad de configuración del legislador, y mal se podría afirmar que las autoridades demandadas actuaron arbitrariamente o que decidieron el asunto planteado haciendo abstracción del ordenamiento jurídico, pues lo que se advierte es una interpretación del todo plausible, ajustada a la Carta Política en los términos señalados por la Corte Constitucional.”

De otro lado, argumentar que en favor del señor xxxxxxx sólo se debe aplicar los requisitos del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, no es coherente con los preceptos jurisprudenciales toda vez que en la precitada sentencia C-073 de 2010 la Corte precisó que la expedición de la Ley 1121 de 2006 y en específico su artículo 26 está encaminado:

“prevenir, investigar y sancionar los delitos de terrorismo, secuestro y extorsión, en sus diversas modalidades, mediante la adopción de un conjunto de medidas, de diversa naturaleza (preventivas, represivas, económicas, etc.) Encaminadas todas ellas a combatir estos delitos que causan un elevado impacto social. En ese orden de ideas, la disposición legal acusada, mediante la cual se excluye la concesión de beneficios y subrogados penales para los autores y partícipes de tan graves conductas, no resulta ser un cuerpo extraño en el texto de la Ley 1121 de 2006. Todo lo contrario. Su contenido se ajusta perfectamente a los fines perseguidos por el legislador, en la medida en que pretende disuadir a todos aquellos que deseen perpetrar tales crímenes.”

Lo anterior para determinar que al haber sido condenado xxxxxxx por la conducta punible de extorsión, cuya perpetración se dio en vigencia de la Ley 1121 de 2006, deviene clara la aplicación de la prohibición contemplada en el artículo 26 de dicha normatividad, al no haber sufrido derogación tácita, respecto al tránsito de ésta norma se pronunció la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 1º de julio de 2009, Rad. 30800, M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ, en la cual estableció

“Eso significa que los hechos ocurridos a partir de su vigencia se hallan cobijados por la prohibición y que en relación con ellos quedó por tanto proscrito el otorgamiento de cualquier beneficio o subrogado de carácter legal, judicial o administrativo, por los delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión o conexos, diferentes de los consagrados en el Código para eventos de colaboración eficaz.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

En relación con la vigencia de esta nueva preceptiva y su ámbito de aplicabilidad, la Corte ha dicho, de una parte, que mantiene cabal rigor, y de otra, que tiene ámbito de cobertura y tolerancia plena, en cuanto es aplicable, sin distinciones, a todos los hechos cometidos bajo su vigencia, cualquiera sea el sistema procesal que deba presidir la investigación o el juzgamiento: el previsto en la Ley 600 de 2000 o el establecido en la Ley 906 de 2004,

“[...] la restricción para conceder los beneficios anotados por los procesados por los delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, actualmente está vigente, para los dos sistemas procesales penales existentes, previstos en la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004.

“[...] lo pretendido fue impedir que en adelante, las personas condenadas por los delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, pudieran ser favorecidos con cualquier tipo de descuento, rebaja o subrogado penal, dada la gravedad de las conductas punibles, independientemente del sistema procesal en el que fuera aplicada”.

Como corolario de lo anterior, para la Sala no son de recibo los argumentos planteados por el recurrente, toda vez que la legislación prohíbe la concesión de beneficios –para el caso concreto el permiso administrativo de hasta 72 horas- cuando se trata de delitos contemplados en el Art. 26 de la Ley 1121 de 2006, como ocurre en el caso del señor xxxxxx que fue condenado, por el delito de Extorsión.

Rad. 187 2009 03105 01 (07 10 2016) Acta No. 134 M.P. Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS. Redosificación de la Pena.

Extracto:

Para ésta colegiatura, la decisión adoptada por el Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Descongestión resulta atinada, si se tiene en cuenta que la Ley 1719 de 2014, tiene como objetivo garantizar el acceso a la justicia de víctimas de violencia sexual dentro del marco del conflicto armado interno, situación que confundió el condenado cuando arguye que hizo parte de diversos enfrentamientos entre las fuerzas armadas y grupos ilegales, razón suficiente para darle aplicación a la mencionada norma.

En este marco, es menester señalarle al condenado que para dar aplicación a un caso en concreto del artículo 139 A del Código Penal (adicionado por el artículo 3 de la Ley 1719 de 2014) es imperativo que en razón al conflicto armado interno se haya cometido el delito de “ACTOS SEXUALES CON PERSONA PROTEGIDA MENOR DE CATORCE AÑOS.”

“Artículo 139: <adicionado por el artículo 3 de la Ley 1719 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona protegida menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Tipo penal que tiene varios elementos:

- a) El delito se cometa sólo en razón al conflicto armado interno,
- b) La conducta debe ser diversa al acceso carnal,
- c) El sujeto pasivo del delito debe ser menor de 14 años,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

d) Y que la víctima sea considerada persona protegida.

Así las cosas debe cumplirse cada uno de los presupuestos normativos para pregonar la aplicación de dicho artículo por principio de favorabilidad, situación que no es procedente en el caso del señor xxxxxxx, toda vez que la conducta por la cual fue condenado de “actos sexuales con menor de 14 años”, no fue en razón al conflicto armado interno y mucho menos se estableció dentro de la sentencia que la víctima era considerada como persona protegida.

En contexto para relacionar que el acto delictual cometido por el señor xxxxxxx dentro del marco del conflicto armado se deben cumplir unos presupuestos:

“tales como la calidad de combatiente del perpetrador , la de no combatiente de la víctima, el hecho de que está sea miembro del bando opuesto , que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador , o en el contexto de dichos “deberes”, aspectos todos con fundamento en los cuales logra tomarse entendimiento que los civiles, en esta clase de actos de ejecución dentro de zonas de conflicto y en desarrollo de operativos con la teórica finalidad de combatir a miembros de la guerrilla por las Fuerzas Militares...”

Tal como lo estima la doctrina y jurisprudencia interna e internacional, que una conducta punible se considera ocurrida dentro del marco de un conflicto armado, cuando la existencia de éste, debe haber jugado una parte sustancial en la capacidad del agente para su comisión, en su decisión para realizar el comportamiento, en las condiciones en que fue realizado o en el objetivo por el cual se cometió.

Situaciones no reflejadas en el caso en análisis, que conforme a los hechos descritos por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, se desarrollaron al interior de una institución educativa en la relación de profesor a estudiante, que ninguna incidencia refleja el conflicto que pudiera estar viviendo el territorio nacional y en especial la zona de ocurrencia de la ilicitud. Mostrándose lo sucedido como una acción ajena a cualquier consideración de violencia o conflicto. Mostrando más bien las características con que suelen presentarse éstas acciones de abusos sexuales a menores de edad o niños, mediante engaño por personas mayores con alguna influencia o acercamiento con ellos, tales como familiares, amigos, docentes o vecinos entre otros, de frecuencia en zonas urbanas o rurales independientes del entorno geográfico, material o social.

Anteriores particularidades que demuestran que no existe similitud entre el delito por el cual fue condenado el señor xxxxxxx contemplado en el artículo 209 del C.P. y el artículo 139 A adicionado por la Ley 1719 de 2014, y por consiguiente no se aplica el principio de favorabilidad que se pregona en su favor, esto con fundamento en lo ya mencionado por la Corte Constitucional respecto a dicho principio:

“No obstante, la Corte ha precisado, apoyada en la jurisprudencia especializada emanada de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que la aplicación del principio de favorabilidad además de significar el respeto del mandato imperativo del artículo 29 superior, está sometido a unos presupuestos lógicos. Uno de ellos radica en que dicho principio será aplicable frente a supuestos de hecho similares pero que reciben en los estatutos sucesivos en el tiempo, soluciones de derecho diferentes.”

Así las cosas, debe advertirse tal y como lo expuso el Juez de primer grado que la condena a la que fue sometido mediante sentencia No. 092 del 30 de junio de 2011, por delito de actos sexuales con menor de catorce años, no se compagina ni fáctica ni jurídicamente a los presupuestos del Artículo 139 A del Código Penal adicionado por el Artículo 3º de la Ley 1719 de 2014, lo cual no permite dar aplicación al principio de favorabilidad.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

En este orden de ideas, se confirmará el Auto No. 266 del 09 de marzo de 2016, proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, por las consideraciones aquí expuestas.

Rad. 060 2009 00596 01 (07 10 2016) Acta No. 135 M.P. Carlos Antonio Barreto Pérez

PREVARICATO POR ACCIÓN Y FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO. Solicitud de preclusión con fundamento en la causal 4ª del Art. 332 de la Ley 906 /04.

Extracto:

Tal y como acertadamente lo sostienen la Fiscalía y el a quo, el prevaricato por acción constituye un delito eminentemente doloso pues, a más de la manifiesta contradicción entre la decisión y la ley debe existir en el sujeto agente el conocimiento y la inequívoca voluntad de expedir la decisión ilegal y es claro que en el presente asunto ello no ocurrió pues el diagnóstico de esquizofrenia paranoide que hizo la aquí indiciada fue producto del análisis y la conclusión a la que arribó luego de examinar al señor xxxxxxx; otra cosa es que, desde el punto de vista profesional, ético y médico científico, tal concepto resulte cuestionable o desacertado, lo cual corresponde valorarse en el ámbito disciplinario mas no en el penal.

Por ser la psicología la disciplina que estudia el comportamiento humano, es claro que ésta no puede catalogarse como una ciencia exacta; por ende, atendiendo la complejidad que entraña el análisis del comportamiento de las personas, los conceptos que den los profesionales en esta área pueden resultar discutibles, razón por la que caería en el error de penalizar al autor de todo dictamen pericial cuya conclusión no beneficie a la parte interesada, lo cual resulta contrario a la razón de ser del tipo de prevaricato.

En lo que hace al delito de falsedad en documento público, es claro que el mismo no se estructuró atendiendo a que, de una parte, la información que consignó la indiciada en el informe pericial corresponde a los datos suministrados por el ICBF y el señor xxxxxxx y, de otra, la conclusión de la perito, por no ser absoluta, resulta infundado afirmar que constituye una mutación de la verdad.

Siendo ello así, mal puede el recurrente asegurar que, en el caso particular, no se configura la causal prevista en el Art. 332-4 de la L.906/04 – Atipicidad del hecho investigado- y que, por ende, es jurídicamente improcedente la preclusión de la investigación en favor de la doctora xxxxxxx.

Rad. 199 2014 00468 (11 07 2016) Acta No. 120 M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

PECULADO POR APROPIACIÓN CONTINUADO Y FRAUDE PROCESAL.

Extracto:

El defensor del aquí implicado no ataca el contenido de la sentencia ni explicita cuál es el yerro en que incurrió el Juez en la valoración del acervo probatorio; simplemente se limita a manifestar de forma genérica y abstracta que el aquí procesado es ajeno al delito de fraude procesal porque lo único que éste hizo fue solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez; afirmación que en nada demuestra la tesis del recurrente sobre la no demostración

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

de la configuración de los elementos objetivo y subjetivo de la hipótesis de violación denominada fraude procesal.

Valorados los aspectos fáctico y jurídico de la acusación a la luz del contenido probatorio, la sala concluye que no existen razones para afirmar que la providencia apelada es desacertada y/o ilegal en lo que tiene que ver con el juicio de tipicidad y en lo que concierne a los juicios de lesividad y irreprochabilidad de la conducta del aquí acusado, tratándose del punible de fraude procesal.

La configuración del delito contra la recta y eficaz impartición de justicia por parte del aquí encartado quedó acreditada con el testimonio de Tomás Joaquín Reyes Millán quien para la época de los hechos fungía como Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del ISS; testigo cuya credibilidad la defensa no desvirtuó y quien afirmó en el juicio que al comparar la información contenida en la historia laboral que adujo el enjuiciado con la que estaba registrada en la base de datos de la entidad, halló que ésta no correspondía con aquélla pues certificaba un total de 1091 semanas; inconsistencia que xxxxxx no pudo explicar en la investigación administrativa que el ISS adelantó en su contra.

El sentido común, la lógica y las reglas de la experiencia indican que si el aquí acusado hubiera actuado ante el ISS de buena fe, habría dado la explicación satisfactoria sobre ese divorcio sustancial entre el hecho real – que solo había cotizado 564 semanas- y el que deliberadamente hizo aparecer como cierto –que había cotizado 1091 semanas-.

Siendo ello así, mal puede pretender el aquí recurrente que se revoque la condena cuando además:

1.- Con la presentación de la historia laboral en la que falsamente se consignó un número de semanas muy superior al que realmente cotizó ante el ISS, el aquí acusado llevó a que el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado erróneamente emitiera el acto administrativo que le reconoció la pensión de vejez y a que, con base en éste, se le hiciera el pago del retroactivo cuando legalmente no tenía derecho a ello;

2.- Está probado que el actuar del implicado no se circunscribió meramente a solicitar el reconocimiento de la aludida prestación económica sino que, además, como es apenas evidente y obvio, se tomó el trabajo de aportar documentación con la que, de una parte, mutó la verdad –que reunía los requisitos legales para pensionarse-; imitó la verdad –hizo ver que sí los reunía- y causó perjuicio –afectó la fe pública- y, de otra, utilizó conscientemente esos documentos como elementos idóneos para hacer que el funcionario público erróneamente declarara un derecho que el acusado no tenía y,

3.- El hecho de que no se haya demostrado que el encartado pertenecía a alguna banda u organización delincriminal dedicada al desfalco de recursos en el ISS en nada lleva a concluir la atipicidad de la conducta pues lo que quedó demostrado es que el aquí acusado, a sabiendas de que no reunía el número de semanas mínimas para acceder a la pensión de vejez, presentó, de común acuerdo con funcionarios corruptos de la entidad, una documentación espuria para acreditar la satisfacción de tal requisito legal, lo cual llevó a que el funcionario encargado de hacer el reconocimiento cayera en error y declarara el derecho, lo cual es suficiente para adquirir certeza sobre la configuración del punible de fraude procesal atendiendo a la idoneidad del proceder engañoso del acusado.

El sentido de que, de un lado, se condene al aquí procesado por el delito de fraude procesal en la modalidad de delito continuado y, de otro, se condene a la misma persona por peculado por apropiación, también en la misma modalidad, esta Sala: i.- no accederá a la petición de condena de fraude procesal en la modalidad de delito continuado debido a que no se satisfacen los requisitos sustanciales que exige la aplicación de esta figura y, ii.- modificará la sentencia en el sentido de revocar la absolución del procesado por el delito de peculado por apropiación y lo condenará por dicho punible en la modalidad de delito

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

continuado pues, contrario a lo concluido por el a quo, la prueba allegada válidamente al proceso acredita que el aquí procesado realizó un aporte trascendental en la ejecución de los delitos contra la administración pública en acuerdo y con la contribución de funcionarios del ISS; por consiguiente, tiene la calidad de coautor de tal delito –como interviniente–.

-Las solicitudes de la Fiscalía.-

A.- Sobre el fraude procesal como delito continuado.-

Sostiene el Fiscal que el aquí procesado debe condenársele por el delito de fraude procesal en la modalidad de delito continuado atendiendo a que con un solo propósito hizo incurrir en error no solo al Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del ISS sino a cuatro Jueces de la República ante los cuales presentó acciones de tutela para que se dejara sin efecto jurídico el acto administrativo mediante el cual el ISS revocó la resolución de reconocimiento de la pensión de vejez.

Tal pretensión de la Fiscalía no puede ser atendida por esta Colegiatura por dos razones básicas:

1.- La sola petición de tutela no constituye acción idónea para inducir en error al juez; a más de que tal acción no estaba orientada al reconocimiento del derecho y,

2.- La Fiscalía no probó que el procesado haya presentado a los Jueces 7º Penal del Circuito y 6º, 14 y 15 Administrativos, todos de esta ciudad, elementos de prueba orientados a inducirlos en error para que dejaran sin efecto la resolución de revocatoria directa del acto administrativo que le reconoció la pensión de vejez y manifestación clara de ello es que los mismos no accedieron a la petición de tutela, tal y como lo afirmó el ente acusador en el escrito de acusación.

B.- Del peculado por apropiación.-

Según el Fiscal, la sentencia debe ser modificada en el sentido de que se condene al aquí procesado como interviniente de peculado por apropiación en la modalidad de delito continuado porque éste hizo parte de una empresa criminal en la que hubo un acuerdo común con funcionarios del ISS; con división de trabajo y con un único propósito: apropiarse de los recursos del Estado, lo cual materializaron a través de varios comportamientos sucesivos en el tiempo.

Esta Sala tiene el deber jurídico de acceder a la pretensión de la Fiscalía porque, en efecto, existen elementos de juicio que demuestran la materialidad del delito y su ejecución en la forma de coautoría.

1.- La prueba del peculado.-

Esta Corporación debe convenir con la Fiscalía en que existe la prueba que permite establecer la configuración del atentado contra la administración pública; tales elementos de juicio son:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

a.- El testimonio del entonces Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del ISS, quien afirmó en el Juicio que:

i.- En febrero del año 2007, junto a la Jefe de Nomina de Pensionados e Historia Laboral de la aludida entidad, detectó a través de una auditoría que desde el año 2000 hasta esa fecha se otorgaron más de 90 pensiones a personas que no reunían las exigencias legales tales como el número de semanas cotizadas llegándose, incluso, a pensionar personas que nunca laboraron ni cotizaron al régimen pensional;

ii.- El trámite para el reconocimiento de la pensión de vejez , una vez recepcionada la documentación y abierto el expediente con la historia laboral, debía superar varios filtros los cuales consistían en, primero, enviar el aludido expediente al Centro de Decisión para la verificación del cumplimiento de los requisitos legales, hecho lo cual; segundo , el expediente se enviaba al área de liquidación para liquidar la pensión a efecto de que el Área de Control de Calidad la auditara y verificara nuevamente si la prestación fue reconocida conforme a los parámetros legales y , tercero, se enviaba el expediente a la sede nacional del ISS donde se realizaba un último control ; se daba el visto bueno; se autorizaba el ingreso a nómina de la pensión y se devolvía el expediente a la seccional a efecto de que el Jefe de Departamento de Atención al Pensionado suscribiera el acto administrativo;

iii.- Por lo mismo, los usuarios no podían ni tenían la capacidad para adulterar, por sí mismos, la historia laboral. En la investigación interna que hizo el ISS se descubrió que algunos funcionarios “coadyuvaron en ese proceso” con los usuarios y en la investigación penal se halló que algunos funcionarios de control de calidad del ISS COMO Héctor Fabio Llanos; Edwin García y otros más –de quienes no recuerda sus nombres- adulteraron las historias laborales para que se reconocieran pensiones de manera irregular; particularmente recuerda que Héctor Fabio Llanos aceptó la comisión del delito y devolvió cerca de \$800.000.000 de los que se había apropiado por la concesión de pensiones de vejez irregulares.

b.- La declaración del investigador del CTI, Jhon Mario Valencia, quien adveró en el juicio que:

i.- Con ocasión de las irregularidades en el reconocimiento de pensiones de vejez al interior del ISS, iniciaron la investigación penal en la que encontraron que la información de los expedientes con base en la cual se habían reconocido las pensiones irregulares no coincidía con la contenida en el sistema y que las historia laborales de dichos expedientes no eran las originales de acuerdo al dictamen del perito grafólogo, lo cual indicaba una falsedad en la documentación soporte de dichas pensiones;

ii.- En la investigación se determinó que en el desfalco al ISS Seccional Valle del Cauca intervinieron algunos de los “presustanciadores” de dicha entidad; los abogados que tramitaron las aludidas pensiones y los que prestaron sus nombres para “hacer ese fraude al Estado”, resultando algunas de estas personas con condenas. Que nada más en el Valle del Cauca y solo por concepto de pensiones de vejez –sin contar las de sobrevivientes, las sustitutivas y las de invalidez- se logró defraudar al ISS por cerca de 8 mil millones de pesos.

La vinculación a la investigación penal y administrativa de varios funcionarios de ISS quienes, según las pesquisas de los investigadores de la Fiscalía, aprovechando que por razón de sus funciones tenían acceso directo a las historias laborales, las adulteraron e

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

hicieron que superaran los controles para lograr el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de personas que no reunían los requisitos legales para ello;

El modus operandi para lograr el cometido fraudulento, el cual consistía en que entre abogados y funcionarios del ISS reclutaban personas para que éstas, a sabiendas de que no cumplían los requisitos legales, hicieran la solicitud de reconocimiento de la pensión al ISS, lo cual se lograba gracias a la adulteración de las historias laborales que, como en el caso del aquí acusado, aportó para acreditar 1091 semanas cuando únicamente había cotizado 564 y,

Las condenas que dentro de los procesos penales se les impulso a varios abogados, usuarios y funcionarios del ISS que lograron el reconocimiento y pago irregular de pensiones de vejez, lo cual le produjo al Estado un detrimento patrimonial de más de 8 mil millones de pesos.

Siendo ello así, es claro que sí se estableció cómo funcionarios del ISS, en articulación con abogados y el aquí acusado, lograron la defraudación patrimonial del Estado pues, según quedó acreditado con la prueba testimonial, aquéllos laboraban en las áreas donde tenían acceso a las historias laborales y, aprovechando esa situación, alteraron el contenido de las mismas logrando que al aquí implicado –y a otras 90 personas-, quien no satisfacía los requisitos legales, se le reconociera y pagara la pensión de vejez; luego, es evidente la coautoría de xxxxxxxx en la ejecución del peculado por apropiación.

El instituto de la coautoría (art. 29-2 del C.P.) constituye en la legislación interna una especie de dispositivo amplificador del tipo que extiende la condición de autor a quien separadamente no lo es debido a que no realiza directa y totalmente la conducta descrita en el verbo rector del tipo pero, por razón de la decisión común de realizarlo, no sólo responde por la parte –lo que hizo- sino también por el todo –los aportes de los otros que también producen el resultado global -, en la misma forma en que responde el autor individualmente considerado; por ende, son elementos de la coautoría: el acuerdo común; la división del trabajo y la trascendencia del aporte.

En criterio de esta Corporación, la petición del Fiscal en el sentido de que se condene al aquí procesado por el delito de peculado por apropiación en la modalidad de delito continuado, es jurídicamente procedente en atención a que:

a.- Jurisprudencial y doctrinariamente se ha sostenido que el delito continuado consiste en que el mismo agente, con un único propósito preconcebido, esto es, con un dolo unitario y específico, comete sucesivamente varias infracciones homogéneas en orden a vulnerar un mismo bien jurídico tutelado y lograr un determinado resultado. La Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia tiene sentado que:

“La ejecución, en consecuencia, no podía hacerse en un solo acto como parece entenderlo el Tribunal, sino mediante una sucesión de actos parciales finalísticamente orientados hacia la obtención del resultado típico regido por el mismo designio criminal; propósito que consistió en declarar de forma ilegal que el monto de la pensión reconocida a favor de los demandantes era inferior a la que se les liquidó en su momento y, por supuesto, en ordenar que el reajuste de esas mesadas se les pagara en adelante, periódicamente, es decir, cada mes, lo que en efecto ocurrió hasta cuando las sentencias constitutivas de prevaricato fueron revocadas”.

b.- En el sub iudice, es jurídicamente viable predicar la configuración del delito continuado como quiera que xxxxxxxx, con el específico propósito de apoderarse de dineros del Estado, realizó una serie de actos sucesivos dentro del lapso comprendido entre los años 2006 y 2007 con los que alcanzó a apropiarse de \$65.941.438.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

Siendo ello así, lo que corresponde es condenar al aquí procesado por el delito de peculado por apropiación en la modalidad de delito continuado.

Rad. 000 2010 00351 (11 07 2016) Acta No. 116 M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda.

HURTO CALIFICADO AGRAVADO EN CONCURSO CON PORTE ILEGAL DE ARMAS. Las valoraciones de la conducta punible hechas por los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para decidir sobre la libertad condicional de los condenados tengan en cuenta las circunstancias , elementos y consideraciones hechas por el Juez Penal en la sentencia condenatoria , sean estas favorables o desfavorables al otorgamiento del beneficio.

Extracto:

Ahora bien, para el caso concreto, la Sala comparte los argumentos esbozados por el A quo, pues al revisarse de manera previa la gravedad de las conductas desplegadas por el sentenciado xxxxxxx, no es dable condecorarlo con el beneficio depregrado por los motivos a saber:

Como se anotó en el acápite de antecedentes procesales de ésta providencia, el señor xxxxxxx fue condenado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena y el Juzgado Segundo Penal del Circuito Adjunto de la misma ciudad, por atacar contra el bien jurídico del patrimonio económico en modalidades reprochables y que en la actualidad siguen azotando a la comunidad.

- 1) De conformidad con lo analizado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena en sentencia del 14 de octubre de 2008 , se tiene que el señor xxxxxxx , atentó contra el patrimonio económico de la persona que le prestó el servicio de transporte (moto taxi), despojándolo del rodante luego de amenazarlo con un arma blanca, recuérdese lo dicho en ésta providencia:

“En efecto, de la mentada declaración fluye como premisa fáctica que justifica la aplicación de las normas arriba citadas, que en horas de la mañana del 7 de julio de 2007 el antes nombrado recogió a un pasajero en las inmediaciones del mercado de Bazurto con el fin de transportarlo al Barrio Amberes de esta ciudad, empero, como no conocía la ruta dejó que aquel lo guiara supuestamente a esa dirección. Después de pasar el sector de la Cruz Roja , pasar las lomas y el Barrio Junín, fue conducido hasta un callejón sin salida en donde el desconocido le mostró un cuchillo de cocina (champeta), conminándolo a que se bajara de la moto; antes de hacerlo LEAL PEREZ forcejeó con su victimario en un intento por despojarlo del arma blanca y al percatarse de que el asaltante llevaba en el cinto un arma de fuego , también intentó quitársela, sin embargo, aquel lo impidió y con esta lo amenazó obligándolo a correr en dirección opuesta tras lo cual el ladrón se llevó el rodante”

Razones que llevaron al funcionario judicial a alejarse del mínimo del cuarto mínimo, la modalidad y la gravedad de la conducta así lo ameritaban, recuérdese:

“Ahora bien, habida cuenta que al procesado no le fueron imputadas

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

jurídicamente circunstancias de mayor punibilidad, forzoso es moverse en el primer cuarto, estimando a bien el despacho imponer 10 años de prisión, teniendo en cuenta el daño causado (la víctima no recuperó la motocicleta hurtada), la intensidad del dolo (directo) y la agresividad mostrada por el procesado al ejecutar la conducta”

- 2) Por su parte el Juzgado Segundo Penal del Circuito Adjunto de Cartagena en la sentencia de primera ratio del 23 de julio de 2009, y conforme lo esbozado por la Sala de Decisión Penal en segunda instancia se tiene que el señor xxxxxxx , junto a otras dos personas atentó no solo contra el bien jurídico del patrimonio económico, sino también contra la seguridad pública, al haber despojado a las víctimas de sus pertenencias, luego que adelantaran unas diligencias bancarias, intimidándolas con un arma de fuego, recuérdese:

“...Lo anterior conlleva indubitadamente al Despacho a concluir no solo la materialidad del referido comportamiento, sino la responsabilidad de los actores EDWIN LUIS CABEZA RUIZ, RONALD PEREZ y LUIS ALFREDO BOLIVAR QUINTERO, en su comisión, dado que de manera libre y con conciencia de la tipicidad de su proceder, dirigieron su voluntad a su realización, siendo indicativo todo ello de que procedieron con intención dolosa, sin que sean de recibo las manifestaciones de ajenidad que respecto de tal proceder arguyen en sus indagatorias, pues, además de la contundencia de las restantes pruebas que los incriminan y que los sitúan, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, perpetrando las conductas por las cuales vienen acertadamente residenciados en juicio criminal, son claros al manifestar en sus injuradas que no conocían a la víctima ni estas a ellos, lo que permite inferir que no existen razones lógicas que den soporte a dicha exculpación y que pudieran hacer pensar sobre la existencia de animadversión o malsanas intenciones de retaliación por parte de las víctimas, que de manera alguna justificaran una mendaz imputación en su contra.

De suerte que, habiendo permitido el acervo probatorio acopiado llegar al convencimiento en grado de certeza en cuanto a los presupuestos básicos para el proferimiento de sentencia, conforme lo normado en el canon 323 del C.P. de ritos penales, ha de dictarse la misma en sentido condenatorio en contra de los citados EDWIN LUIS CABEZA RUIZ, RONALD PEREZ y LUIS ALFREDO BOLIVAR QUINTERO, como coautores del delito de Hurto Calificado Agravado en concurso con porte ilegal de armas según los lineamientos del pliego de cargos”

Conducta delictiva por la que al momento de dosificar la pena respecto a la gravedad de la conducta se consideró:

“La precitada conducta, se encuentra dentro de aquellos delitos denominados de peligro común o que puedan ocasionar perjuicio grave para la comunidad. En ese orden de ideas, tenemos que el delito imputado a CABEZA RUIZ, PEREZ DE LA ROSA Y XXXXXX, es en sí mismo peligroso, toda vez que con el arma de fuego utilizada y el hecho de haber amenazado a las víctimas de marras con el objeto de despojarlas de sus pertenencias, conducta que implica gravedad, pues puso en peligro el bien jurídico máspreciado, como lo es la vida. Para este despacho, la

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

conducta desplegada por los encartados, es indiscutiblemente grave, colocando, no solo, de manera abstracta, a la sociedad en peligro, sino que efectivamente, existió una proximidad entre la conducta desplegada por el procesado, y la lesión que pudo acaecer en la vida o integridad personal de los ofendidos”

Argumentos que de modo alguno fueron variados por la segunda instancia, quien sólo modificó la pena impuesta al no haberse dado aplicación a la rebaja establecida en el artículo 269 del código penal.

Atendiendo entonces dichas valoraciones, mismas que conllevaron a la imposición de una pena ejemplar, al ser valorados por la instancia permiten afirmar que dadas las condiciones en que se desarrolló la conducta y la gravedad de la misma el señor xxxxxxx debe continuar privado de su libertad, pues mal haría la Sala en pasar por alto la reprochable conducta desplegada por el sentenciado, pues se trata de uno de los delitos de mayor impacto social, como bien lo anotó el A-quo.

En consecuencia, dada la modalidad y gravedad de la conducta desplegada por el sentenciado, no es derecho a la concesión del beneficio de libertad condicional ello atendiendo las funciones de prevención general y especial de la pena.

Así pues, ninguna consideración se realizará respecto al tiempo descontado, ni al comportamiento durante el tratamiento penitenciario y arraigo familiar y social, pues al realizarse la valoración previa de la conducta punible desplegada por el sentenciado, se establece que no es derecho al goce del beneficio de la libertad condicional, no siendo necesario entrar a valorar éstos otros requisitos.

Aunado a ello ha de indicar la Sala, que yerra el recurrente al considerar que el A-quo le negó el beneficio de libertad condicional por haberse dado aplicación a las prohibiciones contenidas en el artículo 68ª del código penal, como quiera que en ningún momento se hizo mención a dicha normatividad, ya que la decisión de primera instancia se limitó a verificar los requisitos establecidos en el artículo 64 ibídem.

En ese orden de ideas, no es otra la decisión de la Sala que la de confirmar el auto interlocutorio No. 057 del 28 de diciembre de 2015 proferido por el Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de ésta ciudad, en lo que fue objeto de recurso, por las razones expuestas en precedencia.

Rad. 002 2008 00278 00 (08 11 2016) Acta No. 295 M.P. Orlando Echeverry Salazar

TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO.

Extracto:

Problema jurídico: Determinar si el señor xxxxxxx tiene derecho a que se le reconozca el beneficio administrativo de permiso de hasta 72 horas, teniendo en consideración que fue condenado por un Juzgado Penal del Circuito especializado.

En este caso en particular, el señor xxxxxxx se encuentra descontando una pena de 128 meses de prisión y multa de 1.334 SMLMV impuesta por el Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de Buga por el delito de Tráfico, Fabricación y Porte de Estupefacientes Agravado

De esos 128 meses de prisión, el 70% equivale a 89 meses y 18 días, habiendo declarado el A- quo, en la providencia apelada, que xxxxxxx solo había ejecutado

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

un total de 62 meses y 13 días, producto del tiempo físico purgado y las redenciones de pena reconocidas, por lo que no cumplía aún con el requisito para tener derecho al beneficio administrativo deprecado.

Por consiguiente, a pesar de que se cumplen los restantes requerimientos de ley, como quiera que el sentenciado se encuentra en fase de mediana seguridad y su conducta ha sido calificada en grado de ejemplar, según consta a folio 23 del cuaderno principal, lo cierto es que para el juez pueda aprobarlo, se deben reunir a cabalidad todas las exigencias contempladas en la ley, so pena de transgredir el estamento jurídico colombiano y desconocer groseramente la función del administrador de justicia en este caso.

Si bien es cierto que el artículo 49 de la Ley 504 de 1999 dispuso que el término de su vigencia era de 8 años, también lo es que el presupuesto de haber descontado el 70% de la pena impuesta, cuando se trate de condenados por delitos de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados para el otorgamiento del beneficio administrativo de permiso hasta 72 horas, se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico, en la medida en que la competencia de la Justicia Especializada fue prorrogada indefinidamente por el artículo 46 de la Ley 1142 de 2007.

Rad. 098 2012 80077 01 (08 11 2016) Acta No. 388 M.P. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

Extracto:

Se debe resolver si procede la redosificación de la pena en favor del señor xxxxxxxx, quien fue condenado a través de la Sentencia de allanamiento a cargos No. 068 del 23 de octubre de 2015 por el Juzgado 13 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali a la pena principal de 58 meses y 15 días de prisión y multa de 1.84 salarios mínimos legales mensuales vigentes como autor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, negándole el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

De entrada se anuncia que la determinación de la señora Juez de Primera instancia será confirmada por las siguientes razones:

1. El señor xxxxxxxx se allanó a los cargos por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes cometido el 15 de diciembre de 2013, siendo condenado por el Juzgado 13 Penal del Circuito de Cali con Sentencia del 23 de octubre de 2015.
2. La conducta por la que se condenó al señor xxxxxxxx se materializó bajo la vigencia del artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, última norma que modificó el artículo 376 de la Ley 599 de 2000.
3. La pena a imponer para el delito era de 64 meses de prisión, sin embargo, como aceptó su responsabilidad en la comisión del delito, lo cual ocurrió cuando ya se había radicado el escrito de acusación, se hizo acreedor al beneficio de una rebaja de pena de la doceava (1/12ª) parte de la pena a

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

imponer, quedando en definitiva 58 meses y 15 días de prisión y multa de 1.84 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4. También se sabe que también fu condenado a 96 meses de prisión por el juzgado 17 Penal del Circuito de Cali por otro delito de tráfico de estupefacientes ocurrido el 30 de junio de 2013, cuya acumulación jurídica de penas fue negada por la señora Juez Ejecutora en Auto Interlocutorio 781 del 18 de mayo de 2016, el cual quedó en firme porque la apelación del interno fue extemporánea.

Rad. 000 2014 00696 01 (08 11 2016) Acta No. 390 M.P. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.

**HOMICIDIO Y FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO
O MUNICIONES.**

Extracto:

El artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 –Código de la Infancia y Adolescencia-, aplicable al condenado por estar vigente para la época en que cometió los

Hechos, se encuentra vigente y no fue declarado inexecutable por la Corte

Constitucional en la sentencia que cita el impugnante -C 055 del 3 de Febrero

de 2010-, por cuanto lo que en dicha providencia se decidió fue: "...TERCERO: INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la constitucionalidad de los apartes del artículo 199 de la ley 1098 de 2006, por ineptitud de la demanda..." , además tampoco existe cambio de criterio jurisprudencial ni cambio de legislación favorable que conlleve a la inaplicación de la norma en mención y entre tanto, claro está que a favor del sentenciado no procede ningún beneficio o subrogado judicial o administrativo, entre los que se encuentra el permiso de hasta 72 horas, como lo advirtió la Juez de Primera Instancia.

Frente a la exclusión de beneficios contenidos en el mencionado artículo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia: "... En su interpretación natural y obvia, es claro que el precepto atrás destacado (artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006) busca cerrar cualquier puerta que en la delimitación exhaustiva de los siete numerales anteriores pueda quedar abierta, **haciendo inequívoco el interés del legislador en que a la persona imputada, acusada o condenada por esos delitos señalados en el inciso primero del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006**, que arrojen como víctimas a infantes y adolescentes, no se les otorgue ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal, judicial o administrativa, con la sola excepción, porque expresamente se dejó sentada ella, de los beneficios por colaboración eficaz...". Negrilla de la Sala.

La decisión adoptada por la Juez 4º de EPMS de Cali, revocando de oficio el numeral 2º del auto interlocutorio en el que se había aprobado el beneficio administrativo de permiso de hasta 72 horas la fundamentó en el art. 139 de la L. 906/04 que reza: "Deberes específicos de los jueces . Sin perjuicio de lo establecido en el artículo

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

anterior, constituyen deberes especiales de los jueces, en relación con el proceso penal, los siguientes... **3. Corregir los actos irregulares...**. Negrilla de la Sala.

La Corte Suprema de Justicia al analizar un caso similar al aquí planteado en el que el Juez de Ejecución de Penas revocó de oficio el auto interlocutorio en el que había concedido prisión domiciliaria al sentenciado, refirió que **la ley confiere al funcionario la posibilidad de corregir los actos irregulares en tratándose de autos que alcanzan ejecutoria formal, más no material, señaló:**” De suerte que, la decisión de revocar oficiosamente la prisión domiciliaria por ausencia de los requisitos consagrados en las normas y la jurisprudencia, no estructura vía de hecho que amerite el amparo constitucional, en cuanto **los operadores judiciales embestidos de competencia para subsanar las irregularidades cometidas en el trámite procesal, tienen la facultad legal de revocar las providencias que han cobrado ejecutoria material y que afectan el debido proceso , sin que de ellas se puede predicar que son caprichosas o arbitrarias, pues además de estar investidas de razonamientos lógicos y legalidad, pueden ser controvertidas por los interesados**”.

De conformidad con lo anotado, las razones de inconformidad expuestas por el señor xxxxxx para acatar el auto interlocutorio No. 843 del 3 de Agosto de 2016 no están llamadas a prosperar , no quedando otro camino que confirmar la decisión emitida por el juzgado 4º de EPMS de Cali.

Rad. 000 2009 00101 01 (09 11 20'16) Acta No. 342 M.P. Juan Manuel Tello Sánchez.

TUTELAS

AGENTE OFICIOSO. No obra prueba alguna que permita establecer que la patología que actualmente padece, le impida valerse por sí mismo e interponer la acción constitucional por sus propios medios. Es claro que el estado de privación de la libertad del directamente afectado no es impedimento para que accione en su propio nombre.

“La H. Corte Constitucional ha reiterado que quien actúa como agente oficioso, debe demostrar que el titular del derecho no está en condiciones de promover su defensa. Además, ha recalcado, que la solicitud de amparo a través de agente oficioso tiene lugar cuando: (a) el agente oficioso manifiesta actuar en tal sentido o (b) de los hechos y circunstancias que fundamentan la Acción se infiere que el titular de los derechos

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

fundamentales presuntamente conculcados se encuentra en circunstancias físicas o mentales que le impiden directamente su interposición.

Al respecto, resulta importante señalar que la jurisprudencia ha precisado:

“..Evidentemente, quien actúa como agente oficioso debe manifestar en la acción de tutela los motivos por los cuales el titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados se encuentra imposibilitado para defenderse por sí mismo. Adicionalmente, señaló esta Corporación que es el juez constitucional en cada caso específico, quien valora las circunstancias del ejercicio legítimo de la agencia oficiosa. Asimismo, afirmó que no es aceptable que el titular de los derechos no asista personalmente a solicitar la protección de éstos, cuando no se encuentra impedido ni física ni mentalmente, ni en situación de indefensión, a sabiendas que sobre él recae el interés de hacer valer sus derechos fundamentales...”.

En el caso sub examine se observa, que la accionante aunque ha manifestado actuar como agente oficioso de su hijo, el Señor xxxx, también es cierto que no obra prueba alguna que permita establecer que la patología que actualmente padece “TROMBOSIS VENOSA PROFUNDA (TEV) EN MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO”, le impida valerse por sí mismo e interponer la acción constitucional por sus propios medios, pues no se vislumbra una situación que lo imposibilite física o mentalmente para la interposición de esta acción, ya que estar privado de la libertad no lo es.

Y si bien la accionante pone de presente que la enfermedad que padece su hijo xxxx es grave, lo cierto es que revisada la historia clínica aportada al presente trámite, encuentra la Sala que su patología no reviste una situación que lo imposibilite física ni mentalmente, o que lo tenga en estado de postración, de allí que no sea dable aceptar la agencia oficiosa presentada por la señora xxxx.

En el cuaderno de tutela, se observa que el médico tratante consigna en la historia clínica lo siguiente: “PACIENTE CON DIAGNOSTICO TROMBOSIS VENOSA PROFUNDA (TEV) EN MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO (TVP) CON ESO DOPLER QUE MUESTRA OBSTRUCCION EN VENA FEMORAL PROXIMAL Y REGION POPLITEA SIN ANTECEDENTES DE IMPORTANCIA, SE DESCARTA TRANSTORNO DE HIPERCUAGULABILIDAD Y SINDROME PARANEOPLASICO MUESTRA MARCADA MEJORIA DE CUADRO CLINICO CON PARCLIMNICOS (sic) DEL 06/09/2016...”.

Véase entonces que no se encuentra la imposibilidad por parte del señor xxxx para que actuara en nombre propio dentro del trámite tutelar.

Así mismo es claro que el estado de privación de la libertad del directamente afectado no es impedimento para que accione en su propio nombre pues, en ese evento tendrá que radicar el escrito de tutela en la Oficina Jurídica del reclusorio, para que ésta a su vez haga lo propio ante las instancias judiciales, o en su defecto otorgue poder a un profesional para que lo asesore y accione en su nombre.

Son estas las razones que motivan a la Sala Penal a concluir que la señora xxxx no está facultada para instaurar Acción de Tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, pues no acreditó las calidades de agente oficiosa, siendo en ese caso el señor xxxx, su hijo, quien debe instaurar la respectiva acción de tutela, o en su defecto otorgar poder a un profesional para que lo asesore y accione en su nombre pues, se ha dicho con claridad, la patología que actualmente padece y el estado de privación de la libertad no constituye impedimento u obstáculo para que en su propio nombre ejercite la acción preferencial.

En ese entendido no es otra la decisión de la Sala que RECHAZAR DE PLANO la acción de tutela presentada por la señora xxxx, contra el JUZGADO SEXTO (6) DE EJECUCION

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

DE PENAS Y MEDIADAS DE SEGURIDAD DE CALI, el INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES y el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC.”

Rad. 2016-00904-00 (20 09 2016) Acta 246. M.P: Dr. Orlando Echeverry Salazar.

**DERECHO A LA IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, TRABAJO Y MÍNIMO VITAL.
Convalidación y Reconocimiento del Título de Máster Universitario en Cuidados Paliativos.**

“La acción de tutela fue instituida en la Carta Política de 1991 como mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los eventos estrictamente consagrados en la misma Constitución y en la ley.

Según el artículo 86 de la Constitución “Está acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De entrada se advierte que por medio de este mecanismo preferente no es posible ordenar al Ministerio de Educación ni a ninguna otra entidad estatal la CONVALIDACIÓN Y RECONOCIMIENTO del título de MÁSTER UNIVERSITARIO EN CUIDADOS PALIATIVOS otorgado por una Universidad de España como equivalente al título de Especialista en Medicina del Dolor y Cuidados Paliativos, toda vez que para eso está previsto el procedimiento administrativo correspondiente ante el Ministerio de Educación de Colombia, el cual ya surtió con resultados adversos al doctor xxxxx.

La convalidación es el reconocimiento que el gobierno colombiano, a través del Ministerio de Educación Nacional, efectúa sobre un título de educación superior otorgado por una institución universitaria extranjera legalmente reconocida por la autoridad competente en el respectivo país para expedir diplomas de educación superior, situación que fue agotada por la entidad correspondiente concluyendo que no era posible acceder a las pretensiones del convalidante por no cumplir con los requisitos mínimos exigidos, no evidenciándose la vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

En virtud de ello , con el proceso de convalidación de títulos de educación superior, especialmente del área de la salud, se establece una razonable equivalencia en términos de calidad entre los estudios cursados en el exterior y los impartidos por Instituciones de Educación Superior en Colombia, se acredita la real capacidad e idoneidad profesional del convalidante mediante el examen académico del título, se determina la suficiencia o insuficiencia de los saberes adquiridos y se protegen los derechos de la colectividad, la salud e integridad física de las personas al evitarse el inadecuado ejercicio de profesiones mediante las cuales se puede afectar la salud tanto física como mental de las personas.

Observa la Sala que el accionante cursó y aprobó un programa de Maestría Oficial con una duración de un año de formación y 60 ECTS equivalentes a 1.500 horas en una Universidad de España, el cual fue presentado ante el Ministerio de Educación Nacional con el objetivo que le fuera convalidado; sin embargo, el Grupo de Evaluación de Estudios de Educación Superior realizados en el exterior dispuso no convalidarlo, aduciendo que: “los programas como el cursado por el convalidante y existentes en Colombia se ofertan para médicos con especialización en anestesiología y cuya duración oscila entre un año a año y medio y con un total de horas aproximadas a 4.800. Para quienes poseen el título de médicos los

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

programas existentes en Colombia tienen una duración de 3 años de tiempo completo en modalidad de residencia y con un número de horas aproximadas totales de 8.300.”

Se advierte que el accionante cursó un programa a tiempo parcial, el cual no fue realizado en la modalidad de residencia y, en cuanto a la intensidad horaria, solo demostró 1.500 horas, las cuales, según el Ministerio de Educación, resultan inferiores a las exigidas para lograr la convalidación del título obtenido en el exterior.

En consecuencia, la negativa del Ministerio de Educación para efectuar la convalidación del título de ESPECIALISTA EN MEDICINA DEL DOLOR Y CUIDADOS PALIATIVOS se funda en que en Colombia los programas de Especialización en Medicina del dolor y Cuidados Paliativos se ofrecen en la modalidad de residencia a tiempo completo, con una duración entre 2 y 6 semestres, y los programas de segunda especialidad, no restringidos a programas Especialistas en Anestesiología, tienen una duración mínima de tres semestres y una intensidad horaria superior a las 4.600 horas.

En contra de la decisión adoptada por el Ministerio de Educación, el interesado interpuso los recursos pertinentes, los cuales fueron resueltos negativamente, habiéndose agotado la vía gubernativa. Por lo tanto, si el doctor xxxx considera que esos actos administrativos no se ajustan a la legalidad, cuenta con un medio de defensa idóneo de la justicia ordinaria ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como su apoderado lo reconoce en la demanda.

Por mandato constitucional, la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, evento que no se demostró ni se vislumbra en el presente asunto.

En conclusión, se decretará la improcedencia de esta tutela, ya que proceder a revisar el caso sería tanto como convertirla en una instancia alternativa, siendo que el sistema judicial tiene previstos mecanismos ordinarios que pueden ser ejercidos ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.

Además, no concurren los elementos fácticos ni jurídicos establecidos por la jurisprudencia para determinar la existencia de un perjuicio irremediable.

Rad.000 2016 00813 00 (16 09 2016) Acta No. 322 M.P. Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

DERECHO A LA SALUD. Al presentarse la terminación de su contrato laboral y por consiguiente la desafiliación del sistema de salud al cual se encontraba suscrito, debe, tal y como se encuentra establecido en la normatividad legal, integrarse al contradictorio la entidad responsable de la continuidad del tratamiento de salud del actor.

Se ha sentado como precedente que a pesar que el trámite de la acción de tutela se caracteriza por ser breve, sumario e informal, no puede desarrollarse sin la participación de la autoridad pública o del particular contra quien se dirige la acción como tampoco sin la presencia de los terceros que de algún modo tengan un interés legítimo en la actuación, en la medida que es imposible que se conceda o niegue la protección constitucional a quien no está legitimado por activa ni tampoco pueden emitirse órdenes en contra de quien no esté legitimado por pasiva.

La Corte Constitucional en el Auto 028 de 1997 clarificó sobre este tópico lo siguiente:

“Ser oído en el proceso de tutela es derecho fundamental de rango constitucional que asiste no solamente a quien aparece como demandado, tanto si es funcionario o entidad estatal

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

como si se tratara de un particular, sino a quien, sin ser parte, puede resultar afectado por la decisión que se adopte como culminación del especialísimo trámite consagrado en el artículo 86 de la Constitución".

Y en el Auto 364 de 2010, el máximo Tribunal Constitucional reiteró:

"Según se infiere de las normas anteriores, las decisiones que profiera el juez de tutela deben comunicarse al accionante, al demandado y a los terceros que pudieren verse afectados, con el fin de que éstos tengan conocimiento sobre las mismas y puedan impugnar las decisiones que allí se adopten".

Conforme a lo dicho, cuando el accionante no integra la causa pasiva con todos aquellos sujetos cuyo concurso es necesario para establecer la presunta amenaza o violación de los derechos que alega a su favor, es deber del Juez constitucional proceder a su vinculación oficiosa, acudiendo a los elementos de juicio que obran en el expediente, a fin de garantizarles su derecho a la defensa y así, permitirles explicar su conducta, conocer oportunamente el grado de responsabilidad que les pueda asistir en los hechos que son materia de controversia o su postura en defensa de sus propios intereses como sucede en este evento.

Los artículos 13 y 16 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, además de permitir a los terceros con interés legítimo su intervención, en calidad de coadyuvantes del actor o de la persona o autoridad pública contra quien

va dirigida la acción, también le imponen al Juez la obligación de notificar las providencias que se emitan en el trámite del proceso constitucional, a las partes e intervinientes por el medio que considere más expedito y eficaz; lo que significa que, en materia de acción de tutela, no solo se permite la intervención del tercero para demandar protección constitucional o para oponerse a ella, sino que también se extiende a él la cobertura de los actos de comunicación procesal, siendo ésta una carga que debe asumir el funcionario judicial.

En consecuencia, el Juez constitucional, al momento de ejercer su competencia, está obligado a integrar en debida forma el contradictorio, vinculando al proceso de tutela no solo a quienes hayan sido demandados sino también a las personas que tengan un interés legítimo en la actuación y puedan resultar afectadas con las decisiones que allí se adopten y en caso que ello no se cumpla, tal omisión tiene implicaciones para quienes no fueron vinculados, pues éstos no tuvieron la posibilidad de intervenir en la misma, pudiendo resultar afectados con la decisión que se adopte, sin haber sido oídos previamente, viéndose así seriamente comprometidos sus derechos e intereses sin conocimiento de causa y sin oportunidad de defensa y contradicción.

Justamente una omisión de esta naturaleza fue la que infortunadamente ocurrió en el presente trámite, como quiera que el Juzgado Décimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, en el auto de avocamiento y posterior trámite de la presente acción constitucional, no vinculó en calidad de terceros con interés legítimo a la Secretaría de Salud Municipal y el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales "SISBEN", a pesar que por la información aportada por el tutelante en su escritorio, se entrevé que estas entidades eventualmente podrían verse afectadas con la decisión que se emitiera al resolver la queja constitucional.

La falta de vinculación de ese tercero con interés legítimo en la actuación adelantada, surge entonces como irregularidad procesal que sin duda alguna da lugar a una legítima causal de nulidad de la tutela que acarrea la nulidad de lo actuado, pues con tal omisión, se desconocieron abiertamente sus derechos al debido proceso, a objeto de aducir las

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 10
2016**

posibles razones fácticas y jurídicas que obran en su favor e impugnar las decisiones adoptadas.

Así las cosas y teniendo en cuenta que la nulidad que se presenta en esta causa es de naturaleza insubsanable, para garantizar el derecho fundamental al debido proceso de terceros con interés, la Sala procederá a decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que avocó el conocimiento de la tutela, proferido por la A-quo, el día 15 de julio de 2016, para que ésta proceda a integrar la causa pasiva en debida forma y vincule a la Secretaria de Salud Municipal y el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales "SISBEN" en calidad de terceros con interés legítimo en las consecuencias de la acción constitucional, dejando incólume el acervo probatorio allegado al trámite.

Rad.021 2016 00051 01(20 09 2016) Acta No. 257 M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz.

DERECHO AL TRABAJO, MÍNIMO VITAL Y ESTABILIDAD LABORAL. Reintegro Laboral de mujer en estado de embarazo.

Extracto:

La Corte Constitucional reiteradamente ha manifestado que, por regla general, no procede la acción de tutela para atender un reclamo que pretende un reintegro laboral, en razón a que el tema debe ser debatido en el escenario natural dispuesto por el Legislador para tal fin en las respectivas jurisdicciones ordinaria laboral y de lo contencioso administrativo, pues allí se prevén las acciones adecuadas para proteger el derecho al trabajo y, con mayor razón, cuando el amparo constitucional no puede operar como un medio de defensa alterno que remplace los procedimientos judiciales ordinarios, en los cuales también deben protegerse los derechos fundamentales.

Ahora bien, a pesar de que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión, ya sea de una autoridad pública o de un particular de conformidad con lo previsto en el decreto 2591 de 1991, hay situaciones en las cuales dicha acción no es procedente.

En efecto, de conformidad con lo señalado en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es improcedente en los siguientes casos:

(i). Cuando existan otras acciones o medios para que se proteja el derecho vulnerado o amenazado; sin embargo como toda regla general trae su excepción procede aun cuando existen otros medios de protección del derecho, cuando por medio de la acción de tutela se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

(ii). Por otro lado, tampoco procede la acción de tutela cuando se pretendan proteger derechos colectivos, para la protección de los derechos colectivos se instituyó la acción popular; sin embargo, esto no quiere decir que las personas no puedan solicitar la protección de sus derechos cuando estos se encuentren amenazados o vulnerados aunque estos se encuentren relacionados con derechos colectivos siempre y cuando se pretenda impedir un perjuicio irremediable.

Respecto a este tema, la Corte Constitucional en sentencia C- 018 de 1993 se pronunció de la siguiente manera:

"Tratándose de elementos contemplados en el artículo 88 de la Constitución respecto de los cuales pueda darse el caso de daño concreto a las personas en sus derechos

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

fundamentales (v. gr. Medio ambiente), la acción popular cabe para defender el derecho colectivo, pero no excluye la acción de tutela para proteger el derecho fundamental efectivamente vulnerado”.

(iii). Además hay improcedencia de la tutela cuando la violación del derecho ocasione un daño consumado; es decir, cuando el daño se ha ejecutado en su totalidad y ya por ende no existe derecho que proteger, sino lo que procede es la reparación del daño.

(iv). Cuando se trate de actos de carácter general impersonal y abstracto.

Así las cosas, dando aplicación a lo expuesto en líneas precedentes, esta Corporación considera que el amparo incoado no se enmarca dentro del supuesto, por lo tanto, se revocará la Sentencia No. 052 emitida el 19 de agosto de 2016 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cali, toda vez que a la accionante no se le han vulnerado los derechos fundamentales a la seguridad social, salud, vida, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada, como equivocadamente lo interpretó el señor Juez de primera instancia, pues estamos frente a un contrato de prestación de servicios celebrado entre la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO E.S.E. GUAPI y la señora xxxx, estipulado por seis (6) meses con fecha de inicio el 4 de enero de 2016 y finalización el 3 de julio de 2016, cuyo objeto consistía en que la contratista se comprometía a prestar sus servicios como profesional de apoyo de gestión en la Oficina de Control Interno, haciendo el seguimiento y verificación de la información general de la institución, desarrollando ciertas actividades, por valor de veintiún millones cuatrocientos cincuenta mil pesos (\$21.450.000), el cual estaba sujeto a trámites administrativos, como que la contratista debía presentar la cuenta de cobro respectiva, el informe de actividades y soporte del pago de seguridad social y pensión que sería asumido como independiente, así como la constancia de recibo a satisfacción del servicio suscrito por el supervisor del contrato, advirtiendo que, en el evento en que el contratista tuviera que desplazarse a un lugar diferente al de su sede de trabajo, se le reconocerían, como gastos de viaje, el valor de los tiquetes y para manutención se reconocerían los mismos valores que se reconocen al personal de planta con igual asignación salarial mensual. Además, en la cláusula novena quedó establecido que el contrato no genera relación laboral, ni prestaciones sociales, por cuanto el contratista no está sujeto a subordinación ni dependencia para el desarrollo del objeto contractual, con derecho únicamente a los emolumentos pactados, sin poder reclamar el pago de prestaciones sociales por la ejecución de las actividades encomendadas.

Así las cosas, se torna improcedente el amparo constitucional invocado, toda vez que el camino a seguir es acudir a la Oficina de Trabajo, ante la jurisdicción ordinaria laboral o, en su defecto, a la jurisdicción contencioso administrativa como medio judicial idóneo y eficaz para dirimir el conflicto, si lo hubiere, y no acudir a esta vía subsidiaria, como erradamente lo ha hecho en esta ocasión la accionante, pues ello comportaría la desnaturalización de la acción de tutela.

En términos generales, este mecanismo de amparo no puede ser utilizado como un medio alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos.

Por lo tanto, no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir, procede siempre que no exista otro medio de defensa.

Rad. 06 2016 00048 01 (23 09 2016) Acta No. 334 M.P. Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.

DERECHO DE PETICIÓN Y DERECHO AL MÍNIMO VITAL.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

Extracto:

Analizando la situación concreta del Accionante ninguna discusión existe frente al hecho de que el señor xxxxxxx es sujeto de especial protección constitucional, atendiendo su situación de salud la cual le ha generado varias incapacidades, pues además existe dictamen de origen por parte de la Junta Regional de Calificación de invalidez la cual calificó su enfermedad como laboral, por tanto la obligación del pago de incapacidades por ese concepto está a cargo de la A.R.L.

Conforme a lo anotado entrará la Sala de Decisión a analizar, a la luz de la decisión emitida por el a quo, si contrario a lo decidido por éste al Accionante sí se le está vulnerando sus derechos fundamentales de Petición y Mínimo Vital, veamos:

i) Del derecho fundamental de petición:

Al respecto, dentro del término de traslado otorgado en primera instancia a las entidades accionadas para que se pronunciaran sobre los hechos materia de demanda, la A.R.L. Positiva Compañía de Seguros refirió que la petición del Accionante fue respondida de forma clara, precisa y de fondo por la Gerencia de Indemnizaciones de la Entidad a través del radicado 98075 del 23/08/2016, el cual anexó a folio 116 del CO, y en el que se informó al Actor que:

“Una vez verificados los aplicativos de la compañía se evidencia que existe calificación de enfermedad profesional con diagnóstico F412 –trastorno mixto de ansiedad y depresión, con fecha de calificación de enfermedad laboral del 21 de septiembre de 2015 por parte de su E.P.S. Comfenalco Valle y calificado en segunda oportunidad por parte de esta compañía con fecha de enfermedad profesional del 6 de Mayo de 2015, fecha desde la cual nace el derecho al reconocimiento de las mismas. Por lo anteriormente mencionado las incapacidades que el Sr. Quintero García relaciona son entre los períodos del 4 de Diciembre de 2014 al 10 de Abril de 2015 las cuales son fechas anteriores a la fecha de calificación de la enfermedad laboral, por lo tanto esta entidad informa que no es procedente realizar el pago solicitado. Con respecto a la incapacidad temporal relacionada con fecha de inicio del 24 de Abril al 10 de Mayo de 2015, se sugiere que la incapacidad debe ser transcrita por su médico tratante entre el 6 de Mayo al 10 de Mayo por lo inicialmente mencionado. En cuanto a las incapacidades temporales que el accionante relaciona de los periodos comprendidos entre el 10 de Agosto al 16 de Octubre de 2015, Positiva Compañía de Seguros se permite informar que una vez verificados los aplicativos y sistemas de información no se evidencian incapacidades radicadas entre esos periodos , por lo cual de acuerdo a los procedimientos internos establecidos por la Compañía se requiere que sean radicadas, con la finalidad de que inicien el proceso de auditoría y verificación de derechos en donde se deben radicar las incapacidades directamente en las sucursales, con una serie de requisitos”.

De conformidad con lo analizado se advierte que si bien la ARL emitió respuesta a la solicitud del Actor, se limitó a indicarle por qué no se procedía

Al pago de unas incapacidades; sin embargo nada se dijo respecto al excedente solicitado por el señor xxxxxxx por las incapacidades que fueron calificadas como de origen laboral, estando por ende a cargo de la A.R.L.

Frente al tema del derecho de petición la H. Corte Constitucional se ha referido en varias oportunidades , enseñando que el mismo se materializa “cuando la autoridad requerida, o el particular en los eventos en que procede, emite respuesta a lo pedido, i)respetando el término previsto para tal efecto; ii)de fondo, esto es, que resuelva la cuestión, sea de manera favorable o desfavorable a los intereses del peticionario;iii)en forma congruente frente a la petición elevada; y , iv)comunicándole tal contestación al solicitante...”

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

Conforme a lo anterior, el derecho de petición supone un resultado, que se manifiesta en la obtención de la pronta resolución de la petición, lo que no implica que quien recibe la petición se ve obligado a definir favorablemente las pretensiones del solicitante, sin embargo la misma sí debe incluir una respuesta de fondo, clara y congruente con el petitum lo cual no se evidencia en el caso concreto, pues se repite, la entidad no hace mención alguna al pago del excedente reclamado, siendo ese el tópico que motivó la interposición de la presente acción de tutela.

En ese sentido, la Sala procederá a revocar la decisión emitida en primera instancia a efectos de tutelar el derecho fundamental de petición del señor xxxxxxx, pues se repite, la respuesta emitida por la ARL Positiva no lo materializa.

ii) Del derecho al Mínimo Vital.

El Accionante considera que con el no pago del 34% sobre las incapacidades que reclama a la ARL Positiva se vulnera su derecho fundamental al Mínimo Vital.

Lo primero que desea aclarar la Sala es que el 17 de Agosto del presente año, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali emitió la sentencia No. 038-folio 63CO-, en la cual se decidió la acción de tutela instaurada por el Sr. xxxxxxx contra la A.R.L. Positiva resolviéndose conceder al amparo y ordenar a la entidad accionada “proceda a reconocer el pago de las incapacidades médicas generadas con motivo de la enfermedad de origen laboral dictaminada a partir del 9 de Junio de 2016 y hasta que el Accionante restablezca su salud o se determine el grado de invalidez o pérdida de capacidad laboral...”.

En la decisión mencionada el Tribunal consideró:

“Respecto a los primeros 180 días de incapacidad, los cuales se iniciaron el 02 de Agosto de 2015 y vencieron el 14 de Febrero de 2016, su reconocimiento y pago inicialmente corresponde a la EPS Comfenalco Valle, no obstante se observa que quien ha venido pagando dicha prestación es la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Valle, por lo que es del resorte de esta última adelantar los trámites para el reconocimiento de la prestación, lo mismo ocurre con el pago de las incapacidades generadas desde el día 181, es decir a partir del día 15 de Febrero de 2016 hasta el 8 de Junio de 2016.

“En lo que atañe al reconocimiento y pago de las incapacidades generadas a partir del 8 de Junio de 2016, con ocasión de la enfermedad “trastorno mixto de ansiedad y depresión” encontró la Sala que su reconocimiento y pago le corresponde a la ARL Positiva, obligación que subsiste hasta que el accionante restablezca su salud o hasta que se dictamine el grado de invalidez o pérdida de capacidad laboral del mismo”.

De conformidad con lo anotado anteriormente se evidencia que en lo relacionado con el pago de incapacidades ya existe un pronunciamiento de fondo por parte de la Sala Laboral de ésta Corporación, razón por la cual cualquier reclamo respecto al incumplimiento de la orden deberá ser ventilada a través del incidente de desacato.

Así pues, lo cierto es que mediando fallo judicial y según lo reportado tanto por la ARL Positiva como por la EPS Comfenalco, al accionante se le han cubierto las incapacidades que se le han prescrito, pues lo que reclama vía tutela es el pago del 34% de las incapacidades que relacionó en la demanda, la primera del 4 de diciembre de 2014 y la última del 16 de Octubre de 2015, lo que quiere decir que desde aquella a la fecha –aproximadamente un año después- ninguna reclamación tiene al respecto, habiendo podido satisfacer sus necesidades con el dinero que ha percibido por las incapacidades que se le han generado, máxime cuando con

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

ocasión a la orden que se emitirá en el presente fallo, la ARL Accionada le emitirá decisión de fondo respecto a la reclamación realizada sobre el pago del 34%.

Así las cosas, advirtiéndose que en el fallo de primera instancia el Juez, en la parte resolutive no se pronunció frente al derecho fundamental al mínimo vital del Actor, cuyo amparo también se solicitó en la demanda de tutela –folio 3 CO- negándose únicamente el derecho fundamental de petición, la Sala procederá a revocar la decisión emitida para en su lugar:

i) TUTELAR el derecho fundamental de PETICIÓN del señor xxxxxxx , y en su defecto ORDENAR a la Representante Legal de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., o a quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a resolver de fondo, y de manera clara, precisa y congruente la solicitud elevada por el Accionante el 13 de Julio de 2016, en lo que respecta al pago del excedente sobre las incapacidades que relacionó en el escrito de tutela.

ii) NEGAR el amparo constitucional al derecho fundamental al MÍNIMO VITAL del señor xxxxxxx, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

Rad. 05 2016 00059 01 (05 10 2016) Acta No. 303 M.P. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez

ASIGNACIÓN ALIMENTARIA. Vulneración derechos fundamentales al debido proceso, defensa, contradicción probatoria y acceso a la administración de justicia.

“En el caso bajo estudio se alega que el *a quo* incurrió en una vía de hecho al no tener en cuenta la contestación de la demanda, pese a que aportó el escrito dentro del término y que se produjo un error en cuanto a la recepción del poder.

La presente acción de amparo no se dirige en contra de otra acción de tutela, por lo que también se encuentra satisfecho este requisito.

Por último, también se exige que la persona afectada hubiese acudido a los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a su alcance y hubiera alegado en sede judicial ordinaria, siempre que ello fuere posible, la cuestión *iusfundamental* que aduce en sede de tutela, predicado frente al cual debe señalarse que los procesos alimentarios, conforme al literal i del artículo 5º del Decreto 2272 de 1989, son de única instancia, vale decir, no están sometidos a la regla técnica de la doble instancia.

Corresponde ahora examinar si se incurrió por parte del señor Juez Quinto de Familia de Oralidad de esta capital, en algún defecto de aquellos a que hace referencia la jurisprudencia constitucional y en especial al defecto procedimental, en la medida en que se aduce por parte de la accionante, que no fue tenida en cuenta su contestación de la demanda pese a que puso de presente a la secretaria del Juzgado accionado el error que cometió su apoderada al presentar la copia del poder, tópicos que se analizarán a continuación, con las limitaciones precisas para este tipo de decisiones.

De las copias del expediente que contiene el proceso de regulación de cuota alimentaria, se extrae que el demandado fue notificado personalmente el 07 de marzo de 2016, contando con un término de traslado de cuatro días, los cuales fenecían el 11 del mismo mes y año, fecha en que se observa que su apoderada hizo presentación personal del poder y allegó la contestación de la demanda.

También se verifica que el 14 de marzo siguiente fue presentado este documento autentico ante la notaria 16 del Círculo de esta municipalidad.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 10
2016

Mediante proveído del 04 de abril de los corrientes, como antes se anotó, el señor Juez accionado, agregó sin ninguna consideración la contestación presentada por el señor xxxx, tras considerarla presentada por fuera de término.

Sobre este particular, el artículo 92 del Código de Procedimiento Civil, norma vigente al momento en que se presentó la demanda, (que lo fue el 06 de marzo de 2015) disponía que:

“La contestación de la demanda contendrá:

(...) A la contestación de la demanda deberá acompañarse el poder de quien la suscriba nombre del demandado y las pruebas de que trata el numeral 6º del artículo 77...”

Y en cuanto a los poderes, el inciso 2º del artículo 65 ibídem, estableció que:

“El poder especial para un proceso puede conferirse por escritura pública o por memorial dirigido al juez de conocimiento, presentado como se dispone para la demanda.”

Por lo que en principio puede sostenerse que este requisito está incorporado con el acto de la contestación. Sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia T-1098 de 2005, memorando su jurisprudencia, señaló que no se pueden sacrificar los derechos de defensa y contradicción por errores meramente procesales, como el que ocupa la atención de la Sala.

(...)

Con todo, en el caso bajo estudio, advierte la Sala, que el señor xxxx otorgó poder a la doctora xxxx ante la Notaria Dieciséis del Círculo de Cali, el mismo día en que fue presentada la contestación de la demanda, como se observa en el folio 242 del cuaderno de pruebas, de lo que se colige que la togada estaba facultada para representar al accionante y que al advertir el Juez de conocimiento la carencia de la presentación personal del poder, debió requerirlo inmediatamente. Es más, por haber sido subsanado ese yerro el día hábil siguiente, no debió sacrificar el derecho de defensa y contradicción del demandado, más en un caso como este en el que se debaten los derechos de una persona discapacitada mental absoluta y frente al cual se contaba con su copia, conforme al registro del folio 218 del expediente de copias y porque la laxitud del procedimiento alimentario en los casos de mínima cuantía faculta tanto al demandante como al demandado, a extender la demanda y la contestación, por medio del secretario del Juzgado, en la lógica de los artículos 436 y 437 del Código de Procedimiento Civil.

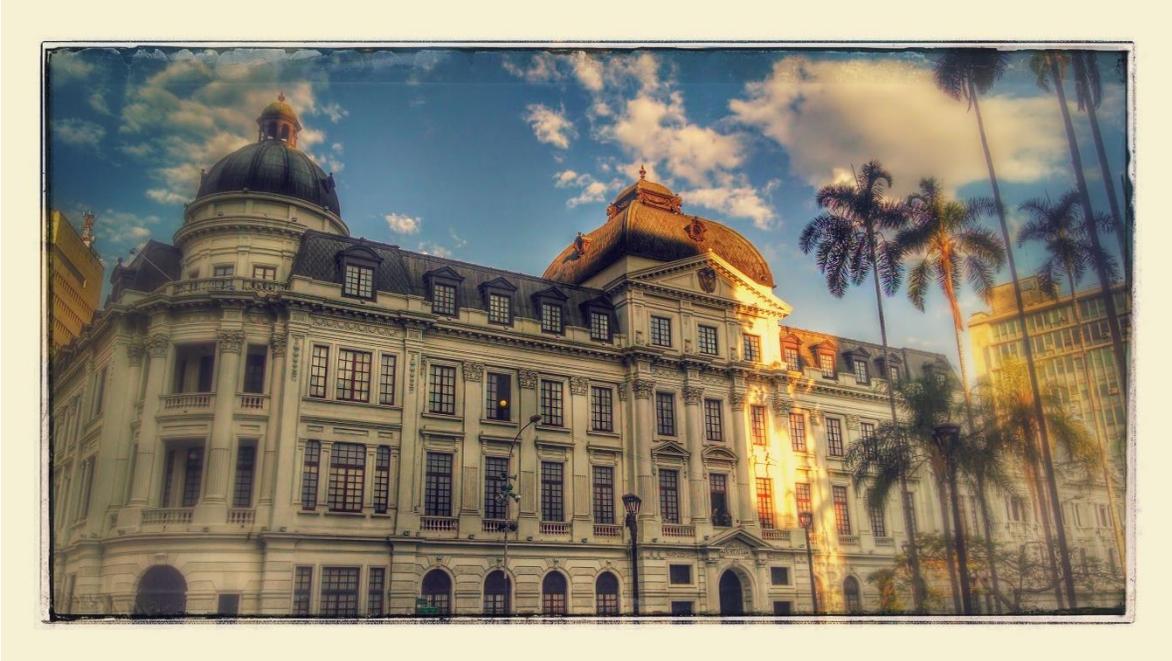
En esa perspectiva igualmente violentó el artículo 4º de la misma normatividad que establece que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial y que en caso de duda se aplicarán los principios generales del derecho proceso, de modo que se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes, principiú esté que no podía ser ejercido, como lo sugirió la Defensoría de Familia, en la audiencia inicial, porque al no contestar la demanda, no podía solicitar pruebas en ellas y trae aparejada la presunción contenida en el artículo 95 Ídem, por no se serle reconocido el acto de contestación en tiempo.

Por tanto se puede predicar, que el Juzgado demandado incurrió en un vía de hecho por defecto procedimental, por lo que habrá de concederse el amparo, declarando nula la actuación surtida a partir del auto 917 del 04 de abril de los corrientes, inclusive, para que en su lugar trámite las excepciones de fondo propuestas por el señor xxxx y se tenga por presentada en término su contestación.”

Rad. 000 2016 00111 00 (28 06 2016) Acta. 087 M.P: Dra. Gloria Montoya Echeverri.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
RELATORIA**

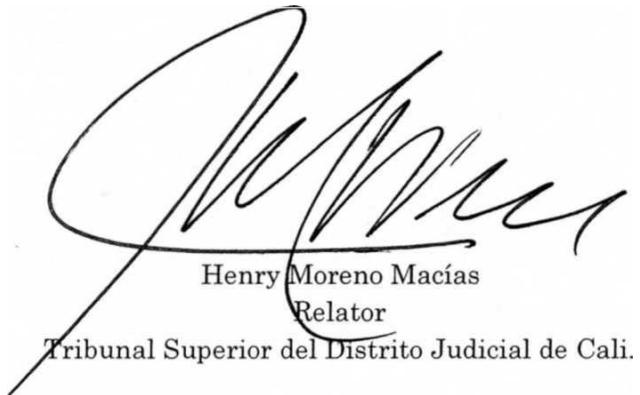
**BOLETIN 10
2016**



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

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

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



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