

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO  
JUDICIAL DE CALI**

**R E L A T O R I A**

**Henry Moreno Macias**

**R e l a t o r**



**B O L E T I N 5**

**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 DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
RELATORIA**

**BOLETIN 5**  
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**

José Antonio Cruz Suárez	Henry Cadena Franco
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
Luz Amparo Gómez Aristizabal.	Carlos Alberto Oliver Gale
Germán Varela Collazos	Ariel Mora Ortíz
Carlos Freddy Aracú Benítez	Leomara del Carmen Gallo Mendoza
Elcy Jimena Valencia Castrillón	

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.**

### **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 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.-

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**RELATORIA**

**BOLETIN 5**  
2016

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
RELATORIA**

**BOLETIN 5**  
2016

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 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. 760001 31 03 006 2014 00377 01(16-37) M.Dra. Ana Luz Escobar Lozano

=====  
=====

### **Ejecutivo singular. Reliquidación del crédito.**

“Entrando en materia y bajo los anteriores presupuestos se tiene que el mandamiento de pago se libró el veintiuno de febrero de 2010, precisando respecto a los intereses lo siguiente: *“por los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal vigente, desde el día 11 de febrero de 2011 hasta que se efectuó el pago total de la obligación”*, fórmula que repitió en cada uno de los numerales de orden de pago, posteriormente el Juzgado 15 Civil del Circuito a través de sentencia de 26 de julio de 2012 ordeno seguir adelante la ejecución, decisión que no fue recurrida.

Proferida la sentencia, el apoderado de la parte demandante apporto liquidación del crédito, tasando los intereses conforme el interés bancario corriente, estimación que el Juzgado al no haberse objetado la aprobó sin mayores complicaciones, tal como ocurrió con la liquidación efectuada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ejecución el 10 de julio de 2014, percatándose este último despacho del error cometido por lo señalado en el recurso de reposición en contra del auto de 18 de febrero de 2015 esgrimido por el apoderado de la parte demandada, procediendo a liquidar correctamente solo para el lapso 1 de abril a 1 de noviembre de 2014, pero absteniéndose de modificar la totalidad de la liquidación, dejando constancia que pese a la irregularidad expuesta, no podía modificar la totalidad por encontrarse en firme.

Es evidente que la revocatoria de los autos no es una alternativa o mecanismo para que el Juez de manera oficiosa enmiende los errores en lo que considere que incurrió en el trámite de un proceso; ni tampoco es procedente a petición de parte pues ello conllevaría a la utilización extemporánea de la facultad de contradecir, esto es, *“pretermitiendo los términos y los mecanismos estatuidos para ello como es la interposición de los recursos respectivos.”*

En relación con el tema la jurisprudencia de la Corte Constitucional señaló:

*“(...) Efectivamente, a la base de la sentencia de la Corte Suprema se edifica la tesis de que un juez puede corregir sus yerros y por ende puede separarse de los autos que considere ilegales profiriendo la resolución que se ajuste a derecho, tesis que también podría tener acogida en esta sede frente a algunos autos interlocutorios de clara ilegalidad en el transcurso de un proceso”*

En diferente oportunidad recalco

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**RELATORIA**

**BOLETIN 5**  
2016

*“(...) Sin embargo, no desconoce la Corte que, tal como se argumentó por la autoridad judicial accionada, respecto de la regla procesal de la irrevocabilidad de los autos, la Corte Suprema de Justicia ha establecido por vía jurisprudencial una excepción fundada en que los autos manifiestamente ilegales no cobran ejecutoria y por consiguiente no atan al juez –antiprocesalismo- (18).*

*De cualquier manera y si en gracia de discusión se acogiera por la Sala este criterio, se tiene que la aplicación de una excepción de estas características debe obedecer a criterios eminentemente restrictivos, pues de no ser así, so pretexto de enmendar cualquier equivocación, el operador jurídico puede resultar modificando situaciones jurídicas constituidas de buena fe respecto de terceros con fundamento en las providencias judiciales y desconociendo con ello normas de orden público, así como el principio de preclusión de las etapas procesales.(19) De manera que no cabe duda que de admitirse la aplicación de esta excepción, la misma solo procede en casos concretos se verifica sin lugar a discusión que se está frente a una decisión manifiestamente ilegal que represente una grave amenaza del orden jurídico (...)”*

A su turno, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil puntualizo

*“Como complemento a la argumentación anterior y tomando como base el planteamiento hecho por el recurrente sobre el eventual cosa juzgada del auto por el cual el Tribunal no declaro probada la excepción de compromiso, debe recordarse que las sentencias priman sobre los autos interlocutorios y que lo ilegal no ata a un funcionario judicial, a este punto se ha referido en múltiples oportunidades la jurisprudencia cuando ha dicho que “los autos pronunciados con quebranto de normas legales no tiene fuerza de sentencia, ni virtud para constreñirla a “asumir una competencia de que carece”, cometiendo así un nuevo error” (G.J. Tomo CLV pág. 232).”*

Es así como la irrevocabilidad de los autos se convierte en una regla procesal que encuentra su excepción en las providencias manifiestamente ilegales, las cuales, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, *“no cobran ejecutoria y por consiguiente no atan al juez –excepción de antiprocesalismo-”,* esto propende por la defensa del orden jurídico y legalidad. Sin embargo la salvedad no puede ser tomada como excusa para corregir cualquier error cometido por el funcionario judicial, pues no todo error conlleva a ilegalidad, pero si toda ilegalidad configura error.

De cara a lo expuesto, surge evidente que la liquidación del crédito en el sub lite debe realizarse conforme el interés señalado en el mandamiento de pago y ratificado en sentencia, esto es, el contenido en el artículo 1617 del C.C., puesto que así lo ordeno el primero y no resulta viable que las partes pretendan modificar lo dispuesto en aquellos actos procesales, razón por la cual el control jurisdiccional exigía mayor presteza al momento de aprobar la liquidación así formulada, no limitándose los jueces a observar si fueron o no objetados, sino ejerciendo un verdadero control de legalidad, puesto que conforme el artículo 521 del C.P.C. el juez puede válidamente modificar la liquidación presentada.

Palmario emerge entonces que los autos que aprobaron la liquidación del crédito tasando los intereses conforme los corrientes bancarios devienen abiertamente ilegales y por esa razón los mismos no cobran ejecutoria y por consiguiente no atan al juez, puesto que la inobservancia al momento de aprobar la liquidación del crédito no puede convertirse en valladar insuperable frente a un postulado legal, esto es por cuanto el juez ni las partes pueden arrogarse prerrogativas que no están previstas en la ley, como modificar el mandamiento de pago y la sentencia.

Contrastado lo anterior con la línea de argumentación presentada, según la cual el mandamiento de pago y la sentencia fijaron los parámetros que deben regir la ejecución, es inaceptable que la liquidación se haya tasado con el interés bancario corriente y no con el interés legal conforme el artículo 1617 del C.C. , al ser la base del coactivo una sentencia y si bien puede ofrecer algún tipo de confusión la expresión *“a la tasa máxima legal”* expuesta en el mandamiento de pago, ya que para el caso concreto la tasa de liquidación aplicable es solo una y por lo tanto sobraba advertir que se trataba de la más alta, siendo el legislador el que definió expresamente esa tasa y es por esa potísima razón que no puede existir discusión sobre este punto, puesto que la falta de previsión del Juzgado 15 Civil del Circuito

al momento de aprobar la liquidación en esos términos, no permite soslayar el principio de legalidad ni la prevalencia del derecho sustancial.

Corolario de lo anterior surge incontrastable la necesidad de efectuar una nueva liquidación del crédito bajo los estrictos lineamientos del mandamiento de pago y la sentencia, liquidación será apelable conforme lo dispuesto por el artículo 521 del C.P.C. y bajo los parámetros reseñados en precedencia y en consecuencia debe entenderse que los autos que aprobaron la liquidación conforme el interés bancario corriente no tiene efecto vinculante.”

La Sala revocó la providencia apelada precisando que el juez deberá proceder a efectuar una nueva liquidación del crédito en el término de quince días.

Rad. 76001-31-03-015-2011-00074-01-2273. (13 04 2016). M.P. Dr. Homero Mora Insuasty

=====

=====

**RESOLUCION DE CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.**  
**Excepción de carencia de la acción.**

“La parte demandante pide la resolución del contrato de cuentas en participación por incumplimiento de las obligaciones adquiridas por la parte demandada, respecto de la remuneración de las labores encomendadas que desarrolló, las que básicamente consistían en la obtención de la Resolución de Sustracción de la Zona de Reserva Forestal, la obtención de las licencias ambientales necesarias y la obtención de la licencia de construcción del proyecto para desarrollar 173 apartamentos en la hacienda Dinamarca ubicada en la vereda madroñal el municipio de Restrepo – Departamento del Valle; tales obligaciones se comprometió el gestor a realizarlas por su cuenta, con sus propios medios, bienes y recursos, pagando todos los gastos, costos y derechos que se generen; el partícipe oculto del contrato, por el trabajo completo del gestor, remuneraría su labor transfiriendo el derecho de dominio en común y proindiviso equivalente (15%) de la hacienda Dinamarca, excluido el bosque nativo, en extensión aproximada de 60 hectáreas; en el contrato, quedó expresamente pactado que si el gesto no cumpliera con todas las obligaciones, la labor no sería remunerada previéndose la terminación automática del contrato; negadas las pretensiones, el demandante apela argumentando que quien incumplió fue el demandado, que él tuvo que desarrollar las labores sin colaboración del demandado, que no se puede desconocer su gestión pues el demandado se ha beneficiado de algunos permisos, dice tener derecho a que se le reconozca la actividad desplegada.

Sin que la Sala avale la denominación que las parte dieron al contrato, como lo que demanda el demandante es la resolución del contrato por incumplimiento del demandado del contrato al que nos hemos venido refiriendo, no se requiere mayor esfuerzo para entender del mismo contrato y de lo aprobado que no tiene derecho a la resolución que reclama porque no ha cumplido, porque quien tiene derecho es únicamente el contratante cumplido, si el gestor se comprometió a las tres actividades básicas ya aludidas bajo su cuenta y riesgo, nada podía esperar del demandante sino hasta cumplir con las tres obligaciones determinantes que contiene el contrato, las cuales consistían en la obtención de la Resolución de Sustracción de la Zona de Reserva Forestal, la obtención de las licencias ambientales necesarias y la obtención de la licencia de construcción del proyecto para construir 173 apartamentos en la hacienda Dinamarca ubicada en la vereda madroñal del municipio de Restrepo.

Ciertamente, basta mirar el informe de vista de la CVC, la certificación expedida por la misma y la expedida por la Secretaría de Planeación, Vivienda y Desarrollo del municipio

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
RELATORIA**

**BOLETIN 5  
2016**

de Restrepo para entender que ninguna de las obligaciones básicas a las que se comprometió el gestor fue debidamente cumplida; la primera cuando en el informe del 24 de mayo de 2008 la Directora de Gestión Ambiental de la CVC manifiesta que la hacienda Dinamarca “se encuentra en una zona de potencial turístico, que no hace parte de ningún área protegida (...) no tiene aptitud para realizar aprovechamientos forestales persistentes ya que la oferta de madera es mínima”; la segunda, cuando el 13 de octubre de 2011 la CVC a través de la oficina de Dirección Ambiental Regional Pacifico Este, responde que hasta la fecha no ha otorgado permiso ambiental alguno para la hacienda Dinamarca y que “el documento 0702-05-24712-2008 del 27 de mayo de 2008 denominado concepto ambiental, no es licencia ambiental, conforme a lo establecido en el decreto 1220 de 2005”; y la tercera, cuando la Secretaria de Planeación del Municipio de Restrepo, el 12 de septiembre de 2011 responde que no se encontró solicitud de la licencia de construcción ni los documentos legales para el proyecto y explica que la resolución No.062 del 29 de junio de 2007 que se otorgó, fue para la segregación o división material del inmueble.

Como solamente el contratante cumplido puede pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, diáfano se ve que el demandante legítimamente no podía pedir ni el cumplimiento ni la resolución del contrato de cuentas en participación que esgrime con la demanda, cosa distinta es que busque la remuneración de la labor parcial que desarrollo pero ello no es posible a través de la acción resolutoria que es para el contratante cumplido, a fe que se miran algunas actuaciones del demandante como por ejemplo la licencia para la división material del inmueble y la resolución de sustracción de la Zona de Reserva Forestal del Pacifico, en un área correspondiente a 35.51 Hectáreas del Lote A del predio denominado Dinamarca (Art. 1546 y 1609 del C.C.); lo cierto es que conforme al contrato el socio participe (oculto) lo que debía cumplir era con la remuneración cuando el demandante hubiese cumplido los compromisos que convino como una obligación de resultado que finalmente fue lo pactado (art. 507 del C.Co), además de proporcionar la documentación y facilitar las inspecciones que fueron necesarias las cuales se entienden incluidas en la naturaleza de la labor contratada y que en este proceso no se demostró ni alego haber faltado a ello.

Rad. 006 2010 00416 01 (13 04 2016). Acta No. 25. M.P. Jorge Jaramillo Villareal

=====  
**RESPONSABILIDAD MÉDICA.** Prueba pericial. Desde un comienzo la Sala debe hacer énfasis que 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.

**Extracto:**

“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 cardiaca 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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**REL A T O R I A**

**BOLETIN 5**  
**2016**

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 cardiaca 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 (CANAL 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 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 cardiaca 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 ni 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.”

La Sala confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Descongestión de Cali que negó las pretensiones y condenó en costas a los demandantes.

Rad.76001 31 03 010 2012 00383 01(1309) Acta 25 M.P. Dr. Jorge Jaramillo Villareal.

=====  
=====

**RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL MÉDICA.** Tratamiento estético facial. Una intervención con fines estéticos sea médica, paramédica o cosmética por lo general es una obligación de resultado cuando no tiene por fin corregir una deformidad física.

**Para declarar la existencia de un contrato no basta la simple afirmación en una demanda, ni menos para deducir la responsabilidad por incumplimiento total o parcial de un contrato para ello es menester probar las obligaciones contraídas.**

“De manera clara los demandantes piden que se declare contractual y civilmente responsable a xxxx por los daños y perjuicios que dice le causó el demandado por el procedimiento estético en el rostro de xxxx que le realizaron para tatuarle las cejas y disimular las líneas de expresión de su cara en el “CENTRO DE ESTÉTICA LUZ” ubicado en el segundo piso de la 14 – Centro Comercial Calima Local 2-38, por el que sufrió traumas en su rostro que le causaban fuertes dolores, apareciéndole una masa sólida en la región submaxilar derecha, por la que finalmente tuvo necesidad de una intervención quirúrgica que se le practicó en la Clínica Valle del Lili, logrando corregir parcialmente el error cometido por el demandado.

Si lo planteado diáfano es la responsabilidad civil contractual por la intervención que contrató en el centro de atención de propiedad del demandado, ajeno a las partes del contrato resulta cualquier perjuicio para los demás demandantes distintos de xxxx.

Existen dos tipos de responsabilidad civil reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina, la contractual y la extracontractual, la primera se da en el marco obligacional, la segunda por fuera de este; para que se dé la responsabilidad civil contractual es indispensable que se cumplan los siguientes requisitos: 1) que haya un contrato válido, 2) que haya un daño producido por la inejecución, ejecución tardía o cumplimiento defectuoso, tardía u omisión de una de las obligaciones contractuales por una de las partes del contrato.

En cuanto a la responsabilidad fundamentada en la culpabilidad, en algunos casos corresponde al demandante probar la culpa del deudor, en otras ocasiones se presume pero puede desvirtuarse demostrando su diligencia y cuidado; sobre este aspecto en el campo doctrinal se han desarrollado clasificaciones de las obligaciones como la consistente en distinguir las contractuales de medio y las de resultado, esta clasificación se ha aceptado por la jurisprudencia Colombiana y sobre su conceptualización se han fallado muchedumbre de casos (Sentencias Cas. civ. 5 de noviembre de 1935; 31 de mayo de 1938 G.J. t.XLVI, pp. 571 y 572; 5 de marzo de 1940, G.J., t. XLIX, pp. 115 y ss.; 3 de noviembre de 1977, Jurisprudencia y Doctrina, vol. 4, pp. 905 y ss.; 12 de septiembre de 1985, Jurisprudencia y Doctrina, vol. 4, p. 768, y luego otros desarrollos de los mismos, entre varias).

En la resolución No. 02263 de julio 14 de 2004 se establecieron los requisitos para la apertura y funcionamiento de los centros de estética, institutos de belleza, centros de bronceado y demás establecimientos donde se realicen procedimientos cosméticos, faciales o corporales debiendo cumplir con la reglamentación vigente con los prestadores del servicio de salud; ciertamente, en el párrafo del artículo 1º se explica que *“los establecimientos en los que se aplican técnicas con finalidad terapéutica, intervenciones quirúrgicas, microcirugías (tatuaje), procedimientos invasivos (piercing), implantes o preparaciones cosméticas, deberán cumplir en todo momento con la reglamentación vigente en lo relacionado con los prestadores de servicios de salud”*, debiendo cumplir las condiciones técnico – sanitarias establecidas para tal actividad, entre ellas para el tratamiento cosmético facial y corporal, maquillaje facial y corporal por métodos no invasivos (art. 4 de la resolución ya citada).

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**RELATORIA**

**BOLETIN 5**  
2016

En esa medida una intervención con fines estéticos sea médica, paramédica o cosmética por lo general es una obligación de resultado cuando no tiene por fin corregir una deformidad física.

(...) Como en el proceso se imputa la responsabilidad civil contractual del demandado, observadas las pruebas en su conjunto ciertamente quien dijo haber sido perjudicada aparece huérfana de pruebas, pues tal como lo dijo el Juzgado, la sala observa que no existe prueba del contrato para atención de xxxx ni menos con los demás sujetos activos de la demanda y que carecen de cualquier otra prueba documental que acredite o haga inferir la existencia del contrato, siendo que el demandado xxxx en la contestación de la demanda, en el interrogatorio de parte y a lo largo de todo el proceso ha sido enfático en manifestar no conocer xxxx y no haberla atendido jamás; la misma parte demandante acepta que no tiene prueba documental, tanto que en la sustentación de la apelación expresa “(...) es cierto que la señora xxxx no aportó ningún tipo de documento que acreditara la atención (...)”.

Vistas las pruebas allegadas en su conjunto frente a la base teórica transcrita no puede deducirse el contrato, ni mucho menos que los problemas estéticos que sufrió xxxx fueron consecuencia de la atención que recibió en el centro de estética de propiedad de xxxx.

La parte demandante cuestiona al juzgador de primera instancia por haber dictado fallo sin haber apreciado en su verdadera dimensión el testimonio de xxxx con el que pide se revoque la sentencia.

Ciertamente, una relación contractual del tipo de contrato que argumenta la demandante puede demostrarse por prueba testimonial o por cualquier otro medio de prueba legítimo siempre que se haya respetado el debido proceso (art. 175 del C.P.C. y art. 29 inciso final de la C.Pol), no obstante ello, la demandante con ningún medio de prueba apuntaló el contrato, ni con algún recibo, factura, nota contable o exhibición de algún documento sobre su registro, historia o atención, tampoco se ocupó de recibir las declaraciones de la doctora xxxx y del cirujano plástico xxxx de quienes en la demanda se dice que xxxx la remitió para que sea atendida, tales pruebas que no fueron pedidas en la demanda fueron decretadas de oficio por el Juzgado pero los demandantes no las procuraron.

El testigo xxxx, si bien en su declaración habla que acompañó tres veces a xxxx al centro de estética de propiedad del demandado, no da cuenta del procedimiento que se le practicó ni menos que haya sido la causa de las lesiones faciales que se dice padeció y que tuvieron que ser corregidas en la Clínica Valle del Lili; por el contrario, los testigos xxxx y xxxx quienes laboraban para el centro de estética en la época en que xxxx dice haber sido atendida en el centro, afirman no conocerla y menos que haya sido sometida a un procedimiento estético, de tales declaraciones si bien ahora el abogado de la demandante dice que están afectadas en su credibilidad por la dependencia con el demandado, nada dijo antes ni en el momento de ser recibidas; amén de ello, el demandado en el interrogatorio de parte que nada confesó, coincide con las prenombradas declarantes y agrega que: *“ella entro mirando a todas las personas que nos encontrábamos allí, me dijo que le habían implantado una sustancia con el cual tenía una bola en la frente entre ceja y otra en el pómulos, que si yo podía quitarle ese problema que ella tenía allí. Yo le dije que yo no podía tratarle eso porque no sabía que sustancias le habían aplicado y por ética no podía aplicarle ninguna sustancia (...)”*.

Para declarar la existencia de un contrato no basta la simple afirmación en una demanda, ni menos para deducir la responsabilidad por incumplimiento total o parcial de un contrato para ello es menester probar las obligaciones contraídas, aquí, nada de ello se trajo con la demanda ni en el transcurso del proceso se procuró, a pesar de las pruebas de oficio que el Juzgado decretó, a los demandantes incumbía demostrar el contrato, el incumplimiento y el nexo causal entre el daño y la responsabilidad del demandado (Art. 177 del C.P.C y 1757 del C.C.), los procesos civiles por regla general no son investigativos ni se puede

demandar indiscriminadamente para que el juez busque la transgresión de la ley y a los responsables.”

La Sala confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Descongestión de Cali que negó las pretensiones de la demanda.

Rad. 76001310300620070013000 (01 04 2016). Acta 021.- M.P. Jorge Jaramillo Villareal

# SALA DE FAMILIA

**LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGAL. Bono pensional. ilógico resulta reputar que los aportes al sistema de la seguridad social ingresan a la sociedad conyugal, por más que el artículo 1781 del Código Civil incluya en su numeral 2º todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquier naturaleza que se deriven de los bienes sociales o de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se produzcan durante la vigencia del matrimonio, porque el término pensiones per sé no puede predicarse de aquellas que gozan de una normatividad especial y que se entroncan con los derechos personales del cónyuge o del causante.**

“Si bien este despacho al decidir la apelación interpuesta por la señora XXXXX y XXXXX en contra del proveído 3683 del 29 de noviembre de 2010, emitido por el Juzgado Octavo de Familia de esta localidad dedujo que el bono pensional formaba parte del haber social aplicado a las semanas de cotización, por tratarse de una prestación social causada durante el lapso comprendido entre el 19 de diciembre de 1991, que corresponde a las fecha de celebración del connubio y el 19 de noviembre de 2008, calenda en la que se disolvió el vínculo, esa partida refulge inexistente y deberá excluirse del activo social, como se evidenciará, en guarda de la legalidad de los conceptos que confluyen en la repartición de la rentabilidad obtenida durante la vigencia del matrimonio.

En efecto, el artículo 113 del estatuto de la Seguridad Social y Pensiones establece que cuando los afiliados al sistema en desarrollo de la Ley 100 de 1993 se trasladen de régimen a otro se aplicarán las siguientes reglas:

*“a- Si el traslado se produce del Régimen de Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales en los términos previstos por los artículos siguientes;*

*b- Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditarán en términos de semanas cotizadas, de acuerdo al salario base de cotización.”*

Quiere decir ello, que como el señor Manuel Antonio Veira González según los folios 2 y siguientes del cuaderno Nro. 7º, se trasladó del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad “Porvenir S.A.” al de Prestación Definida “Instituto de Seguros Sociales”, técnicamente no se trata de un bono pensional, sino del saldo de la cuenta individual con sus rendimientos, que no hacen parte del patrimonio del afiliado y de los cuales éste no puede disponer, porque se reflejan en semanas de su historia laboral y son tenidas en cuenta para determinar la densidad de estas en relación con cada uno de los riesgos asegurados. En tal virtud y con sujeción al artículo 121 de la codificación en cita, la Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional “a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**RELATORIA**

**BOLETIN 5**  
2016

*Públicas del Nivel Nacional. Y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.”*

El artículo 116 de la Ley 100 de 1993 enumera como características de los bonos pensionales el que se expresan en pesos, son nominativos, endosables a favor de las entidades administradoras o aseguradoras, con destino al pago de pensiones, generan intereses y según el Decreto 1748 de 1995 son “Inmateriales” porque no constan en un documento físico con la firma del emisor, sino que se conservan en archivos informáticos bajo la custodia de una entidad legalmente autorizada para ello.

De las enunciaciones anteriores, se entiende que los bonos pensionales o los saldos y rendimientos de la cuenta de ahorro individual no son disponibles ni siquiera por el trabajador, quien cubre con ellos parte del aseguramiento de las contingencias que garantiza el sistema nacional de seguridad social, dentro de las cuales se encuentra la Pension de sobrevivencia regulada en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 para los miembros del grupo familiar del pensionado en las circunstancias allí establecidas.

Con esa sindéresis la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 29 de junio de 1994, apuntaló los siguiente: “(...) *La sala estima que las obligaciones y derechos de carácter económico que existe entre los cónyuges, no nacen solo de las fuentes derivadas de la constitución de la sociedad conyugal que surge con la celebración del matrimonio, como que este es una figura compleja que determina además de la conformación de tal vinculo patrimonial, el advenimiento de obligaciones personales que ligan a los cónyuges en relaciones de ayuda, asistencia y colaboración mutua que perduran con independencia de la disolución de la sociedad conyugal.*

*Por otra parte, las normas de derecho laboral son de naturaleza especial y consecuentemente independientes de las que rigen el derecho civil, por lo que la reglamentación de la transmisión de la sustitución pensional es autónoma y privativa del ámbito que domina, sin que a pesar de ello, esta condición determine rompimiento con las demás ramas del derecho.*

*La legislación en este sentido es del todo armónica, pues la Pensión de jubilación se sustituye, no como un derecho procedente del haber de la sociedad conyugal, sino como la prolongación de las obligaciones de asistencia mutua entre los cónyuges, que se extienden con posterioridad a la muerte del pensionado en virtud de la subsistencia del vínculo matrimonial.*

*Son estas la razones por las que la legislación laboral regula la sustitución de la Pension sin tener en cuenta las reglas de la sociedad conyugal al no considerarse como simple ganancial, y de que el derecho a la sustitución pensional nazca cuando en efecto se disuelva la sociedad al fallecer el cónyuge pensionado y de que la sustitución de la pensión no se rija por las normas de la sucesión intestada respecto de los diversos órdenes sucesorales.*

*De otra parte, ni la norma acusada ni alguna de las referencias condiciona el otorgamiento de la sustitución pensional a la circunstancia de que la sociedad no se hubiese disuelto en vida del cónyuge pensionado”.*

De la mano de este sendero normativo, ilógico resulta reputar que los aportes al sistema de la seguridad social ingresan a la sociedad conyugal, por más que el artículo 1781 del Código Civil incluya en su numeral 2º todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquier naturaleza que se deriven de los bienes sociales o de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se produzcan durante la vigencia del matrimonio, porque el término pensiones per sé no puede predicarse de aquellas que gozan de una normatividad especial y que se entroncan con los derechos personales del cónyuge o del causante.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**RELATORIA**

**BOLETIN 5**  
2016

Pensar en sentido contrario, sería desbocar el sistema de la seguridad social, en cuanto que la sociedad conyugal afectaría el reconocimiento de las pensiones al otorgar un crédito a favor del cónyuge so pretexto de que ese ahorro o esa productividad hace parte del patrimonio ganancial, desgajando el monto de las semanas que deben cotizarse para el aseguramiento de los diversos riesgos, a más de que si el afiliado no puede disponer de ese capital, menos el cónyuge quien concurre en el aseguramiento, según las condiciones y requisitos legales, a falta del trabajador, así en su favor se establezca la pensión de sobrevivencia.

Esa es la preceptiva que se deriva del artículo 48 de la Carta Política, que en su inciso 4º preceptúa que: *“No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.”*, normativa que se repitió pacíficamente en el artículo 9º de la Ley 100 de 1993 y que para más verás en el artículo 134 ejusdem son protegidas con la inembargabilidad, si se leen sus numerales 1º, 2º y 5º, pues no se puede perder de vista que se trata de aportes destinados a contribuir en la integración del capital imprescindible para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Por supuesto que siguiendo la resonancia de la decisión de este Despacho del 12 de octubre de 2012, las partes aceptaron sus implicaciones. Sin embargo, al asociarla con sus consecuencias en la distribución de los gananciales, resulta que sus alcances desbordan el sistema jurídico aplicado para la sociedad conyugal, porque la regulación tanto de los bonos pensionales como de los saldos y rendimientos al sistema de la seguridad social, se rigen por sus normas específicas y por tanto, ninguna connotación revisten en tratándose de los activos de esta sociedad, sin causar un grave desmedro para ésta, el propio afiliado en el cubrimiento de los riesgos asegurados y en la cónyuge respecto a la obtención de lo que hipotéticamente por este concepto le correspondería sobre dichos montos o semanas de cotización, pues no habría ninguna garantía para que su disfrute sea tangible.

Ha señalado la jurisprudencia que si bien es cierto que el juez ni de oficio, ni a petición de parte, puede modificar, revocar o alterar un auto ejecutoriado, si se evidencia que en esa providencia se incurrió en un grave error, como cuando *“... el acto que se considera no ajustado a derecho no alcanza a ser catalogado como nulidad y tan solo afecta la providencia que ha de declararse sin valor ni efecto”*, el juez no se ve obligado a mantenerlo, pues: *“los autos ilegales no atan al juez ni a las partes”*, pudiendo apartarse del mismo. Sin embargo, la Corte Constitucional se refirió a la aplicación de esta figura con ciertas salvedades, tal como lo hizo en la sentencia de tutela T-519 del 19 de mayo de 2005, de la que fue ponente el magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, explicando que:

*“Visto lo anterior, no es aceptable la actuación del juez cuestionado, ni aún bajo la tesis del antiprocesalismo utilizada en algunas ocasiones y prohijada en esta ocasión por la Corte Suprema de Justicia para destacar que los autos ilegales no atan al juez, pues para este caso concreto, el operador jurídico en el proceso ejecutivo que cursaba en su despacho, no podía solucionar un error con otro error, tratándose de un auto con categoría de sentencia y menos en este caso, donde los bienes desembargados no pasaron a manos de su propietario, sino a disposición de otro despacho judicial donde muy seguramente se generaran derechos a terceros que de buena fe se beneficiaron con la decisión del juez al aceptar el desistimiento y dar por terminado el proceso.*

*Efectivamente, a la base de la sentencia de la Corte Suprema se edifica la tesis de que un juez puede corregir sus yerros y por ende puede separarse de los autos que considere ilegales profiriendo la resolución que se ajuste a derecho, tesis que también podría tener acogida en este sede frente a algunos autos interlocutorios de clara ilegalidad en el transcurso de un proceso. Sin embargo, no reparó la sentencia revisada, en que el auto que se cuestionaba tenía rango de sentencia, ponía fin a un proceso y por ende no era susceptible de declararse ilegal. Hay autos interlocutorios que tienen fuerza de sentencia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**RELATORIA**

**BOLETIN 5**  
2016

*cuando terminan el proceso, como el que admite el desistimiento o la transacción, o el que decreta la perención o le pone fin al proceso ejecutivo por pago, o el que declara la nulidad de todo lo actuado; proferirlos es como dictar sentencia, y por ello su ilegalidad posterior es impensable a la luz de las normas procesales civiles, de cara al orden y a la marcha segura de un proceso.*

*Además de lo anterior, se recuerda que un auto ejecutoriado no puede ser revocado por el juez, ya que la ley procesal no establece la revocación ni de oficio ni a petición de parte después de que se produzca la ejecutoria. Tampoco puede declararse la nulidad de un acto después de ejecutoriado, ya que la parte lo consintió si no interpuso recurso o éste se resolvió, quedando ejecutoriado el proveído, y a menos que se dé una causal de nulidad que no haya sido saneada.*

*En este caso es claro, que, contra la providencia que aceptó el desistimiento, procedían los recursos de reposición y de apelación en el efecto suspensivo, por lo que no se entiende cómo, si los términos vencieron en silencio, el juez pasados tres meses accede a la solicitud de CISA S.A. de declarar "ilegal" su auto, cuando con el simple recurso de reposición se habría hecho claridad sobre el presunto error en el que se había supuestamente incurrido.*

*A este respecto valga igualmente lo dispuesto por el párrafo del artículo 140 del CPC que dice: "PAR.- Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este código establece", de donde se colige, que si las partes guardan silencio y dejan vencer los términos de los recursos sin acceder a ellos, se entiende su acuerdo con la decisión tomada por el Juez de instancia, por lo que no es posible que tiempo después, el juez acceda a una solicitud como la presentada en este caso, cuando la providencia atacada había hecho tránsito a cosa juzgada...".*

Pese a la reticencia que la Corte Constitucional ha mostrado en la aplicación de esta figura anómala, bajo la consideración de que las partes deben tener seguridad acerca de los dispuestos en las providencias judiciales, no es menos cierto, que no la ha descartado en su totalidad, admitiendo excepcionalmente que se emplee ese remedio, cuando:

- a. Exista un mecanismo legal que justifique la decisión.
- b. No haya transcurrido un amplio término en un y otra decisión.
- c. Cuando se palmaria la lesión al principio de legalidad.

Tales exigencias se articulan con lo acontecido en el proceso y aunque ha transcurrido un extenso tiempo desde que la decisión fue adoptada, esta Corporación solo volvió a conocer del asunto en razón a la alzada promovida, lo que justifica que ahora se hayan escrutado las actuaciones en el contenidas, encontrándose que la providencia dictada por este despacho en su momento, no encuentra conexión con las disposiciones que regulan el régimen patrimonial de los cónyuges y contrario *sensu* deviene ilegal por oponerse a las disposiciones que sustentan el sistema de seguridad social en pensiones, de ahí que se les reste los efectos al auto del 12 de octubre de 2011 dictada por el Dr. Julio César Piedrahita Sandoval, para que en su lugar se excluya de los inventarios y avalúos y de la partición la partida tercera atinente al bono pensional a favor del demandado, por no hacer parte de la composición del haber social.

Es oportuno agregar que aunque la partición no fue objetada por el demandado, quizá por considerar que tal discusión había sido dirimida en la fase de inventarios y avalúos en cuya oportunidad manifestó su inconformidad para descartar el referido bien de los inventarios, pero con el posterior desatino que lo incluyo, resulta plausible que en la etapa partitiva, como con fuerza lo ha venido sustentando la Corte Suprema de Justicia se excluyan bienes inventariados. Sobre este punto en el fallo de la tutela de 9 de mayo de 2011, en el expediente No. 11001 02 03 000 2011 00756 00 precisó: "Nótese, al respecto, que es deber

*del juez, en la diligencia de inventario y avalúos de bienes de la herencia y de la seguridad conyugal, cerciorarse de que los activos pertenezcan a la causa mortuoria y al haber social, pues sería absurdo que permitiera la inclusión de bienes propios del cónyuge sobreviviente y de terceros, toda vez que éstos no son ni podrían ser objeto de liquidación, partición, y adjudicación en ese escenario procesal, de modo que establecido fehacientemente con los títulos respectivos que éstos no pertenecen a la causa mortuoria, lo razonable es excluirlos del inventario, pero como esto no ocurrió por iniciativa de la jueza, nada impedía que con motivo del traslado del trabajo de partición se remediara esa situación irregular, una vez advertida ésta por el cónyuge sobreviviente en su primera intervención procesal, ya que negar tal pedimento desquiciaría el ordenamiento jurídico, pues no sería razonable ni conveniente que en dicho acto se relacionaran indiscriminadamente bienes cuyo dominio no ostentaba el causante en el momento de deferir su herencia.”.*

Pero además, porque se está en la fase de control de la legalidad de la partición y el proceso no se ha finiquitado de manera eficiente por las disquisiciones entre los socios de gananciales. La ilegalidad de la inclusión del bono pensional o como debió ser de los saldos y rendimientos, quedó bosquejado al punto de la potestad del fallador en el texto del Proceso Sucesoral, parte general. Medidas Cautelares y Preparatorias, 3ª edición, Ediciones librería Profesional, página 302 que al decir del doctor Pedro Lafont Pianetta, “... *Con relación a la sentencia. – Conforme a lo expuesto el juez no se encuentra vinculado en la sentencia aprobatoria de la partición por las decisiones tomadas en los autos interlocutorios, como son el reconocimiento de herederos, legatarios, cónyuge sobreviviente, herederos de mejor derecho, etc. Por esta razón las partes podrán objetar la partición, aun cuando se encuentre conforme a dichos autos, **insistiendo en su ilegalidad o irregularidad** y el mismo juez en el momento de la sentencia aprobatoria puede abstenerse de proferirla y en su lugar ordenar que se rehaga la partición porque considera que no se ajusta a derecho, sin que tenga importancia (porque no le obliga) que dicha partición se haya basado en autos interlocutorios definitivamente ejecutoriados.”. (Subraya y negrilla muy a propósito).”*

Rad. 008 2009 00289 003 (18 08 2016) M. Dra. Gloria Montoya Echeverry

# SALA LABORAL

**CONTRATO DE TRABAJO. Prueba de su existencia. Prestaciones sociales. Sanción impuesta al representante legal de la parte demandada ante su injustificada inasistencia a absolver interrogatorio de parte, en la que se declararon "confesos los hechos susceptibles de confesión de la demanda**

“Analizadas las pruebas en su conjunto, se acreditaron los elementos esenciales del contrato de trabajo, comprobándose la prestación personal del servicio del actor para la Sociedad G Y C S.C.S. como empleadora, a través del establecimiento de comercio de su propiedad, C L T DEL SUR -según se desprende del certificado de existencia y representación legal, misma que lo afilió como su empleado tanto a salud como a riesgos profesionales por intermedio de la E.P.S. CRUZ BLANCA y la EQUIDAD SEGUROS, conforme se desprende de los certificados expedidos por dichas entidades, no controvertidos ni tachados de falsos por la demandada, y por demás, los hechos a que hace alusión dicha prueba, fueron aceptados en la contestación de la demanda.

A ello se suma la sanción impuesta al representante legal de la parte demandada ante su injustificada inasistencia a absolver interrogatorio de parte, en la que se declararon "confesos los hechos susceptibles de confesión de la demanda, tales como: hecho 1°, 3°, 6°, 7° 8° 9°, 10°, 11°, 12°, 13°, 14° y 15°", en los términos del artículo 210 del CPC -auto

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**RELATORIA**

**BOLETIN 5**  
**2016**

573 del 02 de abril de 2013-. No ocurre lo mismo frente a la sanción impuesta al actor por su inasistencia a la audiencia de conciliación -auto 3256 del 26 de mayo de 2011, en tanto que no se determinaron de manera expresa los hechos sobre los que recaía la misma.

Estando demostrada la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, procede la Sala a verificar los extremos temporales de la relación laboral:

El actor refirió en la demanda -hechos 1º y 6o, que prestó servicios a la sociedad G Y C S.C.S. entre el 29 de junio de 2004 y el 28 de febrero de 2007, fecha en la que fue despedido, extremos que en rigor de términos no fueron controvertidos por la demandada, pues ésta se limitó a expresar que no existió una relación laboral y que el actor no volvió a hacer los turnos -respuesta a los hechos enunciados, hechos sobre los que además recayó la sanción prevista en el artículo 210 del CPC, modificado por el artículo 22 de la ley 794 de 2003, sin haberse acreditado siquiera sumariamente lo contrario.

Del certificado y planilla de pago expedidos por la EPS CRUZ BLANCA, se evidencia que J E M G fue afiliado por el establecimiento de comercio C L T DEL S, de propiedad de la demandada, desde **el 28 de junio de 2004**, cotizando con este empleador 129 semanas (2 años, 6 meses y 3 días); y del certificado de EQUIDAD SEGUROS, se desprende que GÓMEZ Y CABRERA S.C.S. tuvo afiliado al actor a los riesgos profesionales desde el 01 de septiembre de 2005 y por lo menos hasta el **28 de febrero de 2007**; extremos que concuerdan con lo expresado en el libelo introductorio.

Lo anterior permite concluir una prestación personal del servicio acaecida a **partir del 29 de junio de 2004 y hasta el 28 de febrero de 2007** -como se indica en la demanda-, por lo que es viable la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por este lapso, siendo procedente imponer condena por las prestaciones sociales solicitadas en la demanda y la alzada, ello con base en una asignación igual al salario mínimo legal mensual vigente para cada época, pues si bien, en el libelo el actor indica que percibía un salario de \$455.700= - hecho 3o, con la documental se demostró que las cotizaciones efectuadas a salud y riesgos profesionales se hicieron sobre un IBC del mínimo legal, estando demostrados los elementos del contrato de trabajo, y hay lugar a la condena por las "prestaciones sociales adeudadas" -que es lo único solicitado en la alzada- pues la demandada admitió no haberlas pagado, carga de la prueba que correspondía a ésta artículo 177 CPC-.

Las razones expresadas son suficientes para declarar no probadas las excepciones formuladas por la demandada, incluida la de prescripción que se propuso con fundamento en el artículo 151 del CPTSS, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo realidad terminó el **28 de febrero de 2007**, y la demanda se instauró **el 19 de febrero de 2008** de donde deriva que no transcurrieron tres (3) años en este lapso. Tampoco pueden predicarse los efectos del artículo 90 del CPC, si se tienen en cuenta, en primer lugar, la naturaleza de los derechos laborales pretendidos y, en segundo lugar, las gestiones adelantadas por el procurador judicial del demandante desde cuando se admitió la demanda **el 02 de marzo de 2008**, sin que pueda atribuirse a éste responsabilidad por las demoras ocurridas hasta su efectiva notificación, y así se ha pronunciado la jurisprudencia."

La Sala revocó la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral de Descongestión del Circuito de Cali y en su lugar declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y que con el demandante existió un contrato de trabajo condenando al pago de prestaciones sociales reclamadas.

Rad. 007 2008 00113 01 (15 04 2016) Acta 024. M.P. Dra. Aura Esther Lamo Gómez

**PENSION DE SOBREVIVIENTE. Ley 797 de 2003. Convivencia simultánea de cónyuge y compañera permanente con el causante.**

“Aunque es cierto que en la demanda no se expresó el tiempo de convivencia, contrario a lo expresado por la a quo, con el material probatorio recaudado, si se demostró que entre la demandante (compañera permanente) y el causante, también hubo una convivencia por más de cinco (5) años y hasta la muerte del causante, aunque tampoco se puede precisar el tiempo total de la relación marital. Por lo mismo, tiene derecho al reconocimiento de una proposición de la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente.

Con las pruebas recaudadas no es probable establecer el tiempo total real de convivencia con la cónyuge y con la compañera para determinar las proporciones de ley, que incluso podría ser mayor para la primera, la pensión de sobrevivientes debe otorgarse para ambas en forma vitalicia a partir del 07 de junio de 2008 –día de la muerte-, cuyo monto pensional será el mínimo legal, que era el devengado por el pensionado fallecido, junto con los ajustes legales anuales y por las mesadas ordinarias y adicionales de junio y diciembre de cada anualidad, (...) y en aplicación de los principios mínimos constitucionales, en un 50% para la cónyuge M...L...M...de G..., y el otro, 50% para la compañera A...B...C...H..., dado que se comprobó una convivencia simultánea de las dos por más de cinco (5) años y hasta la muerte del causante, sin perjuicio del derecho de acrecimiento cuando se reúnan las exigencias legales.”

La Sala revocó la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral de Descongestión del Circuito de Cali y condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la cónyuge y compañera permanente.

Rad. 001 2009 00949 02 (27 05 2016) Acta 032. M.P. Dra. Aura Esther Lamo Gómez

=====  
=====

**PENSION DE VEJEZ. Régimen de ahorro individual. Capital acumulado. Exigencias para el reconocimiento de la garantía de pensión mínima.**

“De acuerdo con lo anterior, advierte la Sala que, si bien, la demandante no cuenta con el capital acumulado suficiente en su cuenta de ahorro individual que le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo, en su vida laboral acredita **1155,14 semanas al 30 de abril de 2015** ...con lo cual se cumple la exigencia legal de haber cotizado **\*^por lo menos 1150 semanas**”, para que proceda la garantía de la pensión mínima de vejez, además de acreditar el requisito de la edad, pues en la actualidad tiene **64 años** -nació el **23 de febrero de 1952**, y tratándose de un hecho sobreviviente, debe considerarse en el análisis del caso -artículo 305 CPC, aplicable en el procedimiento laboral, artículo 145 CPTSS-, considerando además, que la pretensión principal de la afiliada, corresponde al reconocimiento y pago de la *pensión de vejez*, tema propio del derecho irrenunciable a la seguridad social y a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales de que tratan los artículos 48 y 53 de la Constitución Política atendiendo así mismo el alcance del artículo 48 del CPTSS, modificado por el artículo 7º, Ley 1149 de 2007 y en virtud de la jurisprudencia constitucional por su naturaleza vital y fundamental y, por contera, irrenunciable, que goza de especial protección al hacer parte de los derechos mínimos laborales y de la seguridad social; petición que, por demás, se funda en hechos ampliamente debatidos en el discurrir del proceso, con lo cual no se vulnerarían los derechos fundamentales de defensa y debido proceso de los intervinientes.

Como se infiere de los preceptos legales y jurisprudencia comentados, para la concesión de la garantía de la pensión mínima se deben adelantar unos procedimientos por parte de la Administradora de Fondo de Pensiones ante la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público -artículo 4º del Decreto 832 de 1996, modificado por el artículo 1º del Decreto 142 de 2006-, pero la obligada al reconocimiento de la pensión

de vejez es la misma Administradora de Fondo de Pensiones, como lo puntualizó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la **sentencia del 20 de febrero de 2013**, radicación 41993, MP Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruíz, ya citada, en la que además enfatizó que "(...) **En este caso, la Administradora ha sido reticente de cara a sus obligaciones de gestión eficaz frente al derecho pensional de la demandante, puesto que como lo afirma en el recurso, ha considerado que quien tiene el deber de realizar los trámites para efectos de la garantía de pensión mínima ante el Ministerio de Hacienda es la afiliada misma, y cuando ésta le solicitó la pensión de vejez, al constatar que no contaba con los recursos suficientes en su cuenta individual más el bono pensional para financiarla, en lugar de proceder inmediatamente a tramitar la garantía de pensión mínima como era su deber legal, le propuso la devolución de saldos.**" [Énfasis agregado], situación esta última que es precisamente la que acontece en este asunto.

En consecuencia, habrá de declararse el derecho que tiene la demandante al reconocimiento de la garantía de pensión mínima a cargo del Estado, condenando a la demandada ING. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir del **01 de mayo de 2015** – día siguiente a su última cotización, cuando completó las **1155,14 semanas**, con una mesada pensional que no puede ser inferior a la mínimo legal, que se incrementará anualmente – artículo 14, Ley 100 de 1993, junto con la mesada adicional de diciembre d cada anualidad..."

La Sala revocó la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral de Descongestión del Circuito de Cali y en su lugar declaró que la demandante tiene derecho al reconocimiento de pensión mínima de vejez a cargo del Estado.

Rad. 011 2011 01028 01 (17 06 2016) Acta 036. M.P. Dra. Aura Esther Lamo Gómez

# SALA PENAL

## **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES en concurso heterogéneo con Peculado por Apropiación y Falsedad Ideológica en Documento Público.**

"De los dineros debe decirse, hacen parte de Bienes del Estado, desde el momento mismo en que son autorizados para unos fines específicos, y por lo tanto su custodia, tenencia y entrega, es más celosa y debe ser mucho más protegida, siempre en busca de los fines legales y contractuales para los cuales fueron asignados.

Ahora bien, otro elemento estructural del tipo, establece que los responsables deben, "tener potestad en la administración, tenencia o custodia de los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de particulares, por razón o con ocasión de sus funciones". Este requisito se observa en el caso objeto de estudio, toda vez que los servidores públicos L G y D R, tenían la potestad en la administración, tenencia o custodia de los bienes del Estado, ya que el Gerente los administraba y Técnico Administrativo como interventor del contrato OJ-267-03 debía vigilar y custodiar su correcta destinación, a través del seguimiento al objeto contractual pues del acta de liquidación dependía el pago del precio, en este caso \$60.000.000, por lo que tenían disponibilidad jurídica, mientras que A G CH, tenía disponibilidad física de los bienes toda vez que a ella le fue desembolsada la suma de \$60.000.000, mediante Resolución No. 9261 del 11 de julio de 2003, por medio de la cual se hizo un abono de \$24.000.000 y la

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**REL A T O R I A**

**BOLETIN 5**  
2016

Resolución No. 9328 del 16 de julio de 2003, por medio del cual se canceló el saldo por \$36.000.000

Siguiendo este orden, la base fáctica probatoria de este proceso penal acredita que los procesados C A L G, en su calidad demostrada de Gerente de INDERVALLE, E D R, en calidad de Técnico Administrativo de INDERVALLE e INTERVENTOR y A G CH, Representante Legal de la Fundación GABAL, celebraron un contrato que no se ejecutó, y con ello se apropiaron de bienes de estado, pues al ser INDERVALLE un establecimiento público del cual salieron \$60.000.000 para la presunta prestación de un servicio a la comunidad -capacitación y actualización deportiva- ello no se llevó a cabo pues es lo que demuestran las pruebas adosadas al expediente.

De igual forma, como se ha sostenido por la H. Corte Suprema de Justicia no se hace necesario que se encuentren determinados o identificados los beneficiarios, ni el destino de los recursos del Estado que han sido apropiado. Así, señala: "*debe recordarse, que sobre la mencionada temática la corte ha precisado (CSJ, 07 de abril del 2010.Rad.25504) que el hecho de no haberse establecido en el proceso el destino final de los recursos y que dar en la indefinición quien exactamente se aprovechó de ellos, que es como exactamente se refleja en la sentencia de lo ocurrido, no traduce la ausencia de un elemento sin el cual fuese imposible la defensa. Existió apropiación -lo concluyeron los juzgadores- y la misma fue en beneficio del (...) o de terceros, no siendo la indeterminación del beneficiario real de la defraudación un factor que haga decaer el peculado por apropiación*" (Corte Suprema de Justicia. Rad. 42255. 05 de mayo de 2014.M.P. María del Rosario González Muñoz. En esa medida queda claro que si bien los dineros que fueron sustraídos pudieron tener como destino o beneficiario a todos o algunos de los aquí acusados, lo que interesa al derecho penal frente al acto realizado, es que quienes participaron en la ejecución de comportamiento, tenían el conocimiento y la voluntad de realizar la acción, así no obtuvieran el beneficio económico respectivo.

Esa conducta, desde el punto de vista objetivo, se muestra como lesiva del bien jurídico de la administración pública, habida cuenta que los procesados se apropiaron del dinero que había sido confiado a INDERVALLE, y su Gerente -L G- debía vigilar y custodiar por razón de sus funciones el adecuado manejo de los recursos públicos, empero ello no ocurrió, con lo cual se permitió que saliera de las arcas de INDERVALLE, la suma de \$60.000.000.

Así mismo, E D R, como interventor era la persona que debía velar por la correcta, adecuada y oportuna prestación de la capacitación y actualización deportiva -objeto del contrato-, para así poder suscribir acta de liquidación del contrato debido a que ello era presupuesto esencial para el pago del precio del contrato, no obstante, firmó documento público que en últimas permitió la entrega de unas sumas de dinero correspondientes a INDERVALLE, bajo el supuesto de un contrato cuya ejecución no se realizó.

Por su parte, A G CH, como contratista, en ningún momento estuvo pendiente de la ejecución del objeto contractual, tan solo se excusó en su inexperiencia y en el hecho que subcontrató a W O para llevar a cabo las actividades, pero nunca dio razón del lugar donde se llevó a cabo la capacitación y actualización, en qué consistió, cómo se realizó la convocatoria, la inscripción, etc., y con ese protagonismo contractual no cabe la menor duda que del dinero de la administración involucrado en dicha "contratación" su "pérdida" les es imputable; en otras palabras, todos realizaron comportamiento para incurrir en peculado por apropiación, de conformidad con el rol que desempeñaron en el actual ilícita.

En efecto, en este caso, la inexecución del contrato trajo como consecuencia la lesión del bien jurídico de la administración pública, pues se menoscabó el patrimonio de INDERVALLE y los inculcados con ello obtenían claramente un provecho económico de \$60.000.000 -precio del contrato OJ-267-03-.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
RELATORIA**

**BOLETIN 5  
2016**

En condiciones como las que vienen de exponerse, la conducta realizada por C A L G, E D R y A G CH, reproduce a plenitud el modelo delictivo acuñado en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, Código Penal: Peculado por Apropiación.

Por otro lado, al exigir el artículo 11 de la Ley 599 de 2000, que la conducta típica, para ser punible, requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado, es claro para la Sala que la presencia de este elemento se alcanzará únicamente en los eventos en que se demuestre cabalmente la ocurrencia de la antijuridicidad formal y material.

Desde esta perspectiva, es obvio que para pregonar la presencia de la antijuridicidad no basta que el servidor público haya dispuesto de los bienes que debe custodiar o vigilar por razón de sus funciones para considerar lesionada o puesta en peligro la administración pública, con lo que se alcanza la antijuridicidad formal; sino que se requiere, adicionalmente, el menoscabo de los bienes que el Estado recibe de los particulares y que debe administrar, vigilar o custodiar -la antijuridicidad material-.

En el sub iudice, no se discute que el procesado C A L G y E D R, en su condición de Gerente y Técnico Administrativo de INDERVALLE, respectivamente, tenían a su cargo la disposición jurídica, y A G C Contratista, tenía la disponibilidad material de los bienes, y al no ejecutar el objeto del contrato de interés público menoscabaron los bienes públicos, que además debían dirigirse a la prestación de un servicio en favor de la comunidad, en el municipio de Santiago de Cali.

Las precisiones que vienen de hacerse, dejan en claro que el comportamiento realizado por los tres enjuiciados se adecua al tipo penal del Peculado por Apropiación. Por tanto, resulta ser un imperativo jurídico procesal revocar la sentencia censurada, y en su lugar condenar a C A L G, E D R y A G CH, por los cargos que por el referido delito le fueron formulados en este proceso.”

Rad. 006 2011 00074 01 (18 08 2016) Acta 190. Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya

---

**PRUEBA SOBREVINIENTE. La jurisprudencia es clara en cuanto que las providencias judiciales no constituyen prueba, toda vez que la decisión que deviene de otra autoridad se funda en un ejercicio de valoración y confrontación probatoria que el juez penal desconoce y por lo tanto no puede permitir su aducción al juicio; diferente es que la defensa reserve el espacio en los alegatos de cierre para referirse al punto, y explicarle al juez por qué lo resuelto por otra instancia -administrativa- repercute de manera positiva en la situación del acusado frente a lo probado en el proceso penal, quedando su valoración a buen criterio del fallador.**

**Conducta punible: Peculado por apropiación.**

“No advierte necesario la instancia descender en el estudio de los presupuestos contenidos en el artículo 344 inciso último, que regulan la prueba sobreviniente, como quiera que la parte interesada no acreditó la conducencia del elemento que bajo esa figura pretende al juicio; tópico que no solamente apunta a su relación con el tema de investigación y debate, sino a una cuestión de derecho que alude a la organización legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, claro está, después de superar lo referente a la aptitud que dicho elemento tenga para demostrar lo que sea de interés para el trámite (pertinencia).

Es decir, la conducencia, así como la pertinencia y la utilidad o necesidad, son exigencias que determinan la procedencia de la prueba, la cuales deben ser desarrolladas por el sujeto procesal al momento de hacer el pedido probatorio, en este caso de manera excepcional, suponiendo la primera que lo solicitado esté permitido por la ley como elemento demostrativo de la materialidad de la conducta investigada o de la responsabilidad del acusado; la segunda consiste en que se lleven al proceso hechos que tienen relación

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**RELATORIA**

**BOLETIN 5**  
2016

mediata o inmediata con el objeto de la investigación desde una perspectiva fáctica; y la tercera, se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente; ejercicio argumentativo que el juez de conocimiento está llamado a controlar aquellos tres aspectos como criterios orientadores de la prueba y su admisibilidad.

En concreto, la defensa pretende introducir al juicio como prueba excepcional, a través del testimonio de funcionarios de la Contraloría, dos decisiones de orden administrativo proferidas en el proceso de control adelantado entre otros, contra el acusado C E G U, cuya pertinencia centró en que la primera declaró que no había incurrido en responsabilidad fiscal y la segunda porque en grado de consulta se confirmó lo anterior, lo que en ese orden le permitirá demostrar que para la época que aquel se encontraba vinculado a la Fiscalía en la parte administrativa de ésta seccional como Coordinador del almacén, se presentaba una situación que ha tildado "desgreño administrativo". En punto a la utilidad o necesidad de la prueba, encausa su discurso en que su práctica hará menos probable un juicio de reproche penal contra el procesado, en tanto que hay correspondencia entre los hechos por los cuales se adelanta la presente causa, con los investigados por el órgano de control que finiquitó sin hallazgo en su contra.

No obstante, antes de ello, frente a la conducencia no se ofreció una adecuada justificación pues aspira la defensa a que a través del testimonio de funcionarios de la Contraloría se aporte al caudal probatorio, se tenga como tal y se le de valor suasorio, a las dos decisiones de orden administrativo proferidas a favor de su representado, cuando las mismas se fundamentan en la estimación probatoria que en su momento realizó un tercero como autoridad competente para definir una situación estrictamente fiscal. Es decir, pretende que las decisiones proferidas en dicho escenario, sean tenidas en cuenta por esta instancia cuando las mismas se sustentan en un ejercicio de valoración probatoria ajeno a las reglas que sobre la materia exige la dinámica del sistema procesal penal, no siendo viable que lo resuelto por otras autoridades sea tenido como prueba.

Si lo que la defensa aspira probar son hechos sustanciales que en estricto sentido, se refieren a la ausencia de responsabilidad del acusado, como lo es, recordando su expresión, demostrar el "desgreño administrativo" que otrora había al interior de la Dirección Financiera y Administrativa de la Fiscalía de ésta Seccional, así como que el órgano de control fiscal no logró determinar desmedro en el haber del Estado, en concreto sobre los bienes denunciados como apropiados, si estos ingresaron de forma legal y el estado en que se hallaban; lo cierto es que ello lo debió decantar a través de la solicitud de los testimonios de quienes al igual que el acusado, según se informa en el recurso, fueron investigados por la Contraloría como lo fueron las señoras A P S y I B P, en su orden, Administradora de Bienes y Directora Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación -Seccional Cali-.

Testigos ambos que ciertamente concurrieron a la primera sesión del juicio oral, llevada a cabo en septiembre 21 de 2015, y fueron sometidas a las reglas del interrogatorio y conainterrogatorio, fungiendo como defensor el hoy apelante quien, en esa oportunidad quiso plantear a modo de descubrimiento excepcional el hallazgo de los actos administrativos que ahora se propone aducir, siendo ese el momento que materialmente tuvo para cuestionarlas sobre los aspectos generales y específicos, en cuanto al manejo administrativo que se daba a los bienes que se encontraban a cargo del acusado en su condición de Coordinador de almacén.

No es conducente entonces lo pedido, en tanto el tema de prueba que se propuso para demandar la admisión de las plurimencionadas resoluciones, y que indiscutiblemente se orienta a persistir en la presunción de inocencia del acusado, bien pudo ser trabajado con los testigos de cargo; de hecho hay que decir que parte de su interrogatorio y conainterrogatorio estuvo dirigido a cuestionar la forma o grado de organización interna

sobre el manejo de los bienes, así como el conocimiento que aquellas tenían respecto del inventario y estado de los mismos, en tanto que para la época de los hechos ejercían cargos de mando en la parte administrativa de la Fiscalía en ésta seccional a la cual se encontraba vinculado el enjuiciado.

Recuérdese que es el juez el llamado a percibir lo que indican las pruebas (las condiciones del testigo o perito, la forma como transmite su conocimiento y la evidencia que se enseña), para construir así, a partir de reflexiones y ejercicios de confrontación y valoración, juicios y racionios que se constituyan en la base del sentido del fallo que adopta, todo lo cual no impide que en ese ejercicio mental considere lo que en sus alegatos finales plantee el sujeto interesado en que una decisión judicial adoptada en otro escenario, sea valorada.”

(...)

De manera más concreta, sobre el registro de otras actuaciones procesales como tema de prueba o como medio de prueba, recientemente precisó la alta Corporación que, "*...la regla general es que lo sucedido en otras actuaciones procesales, entre ellas la intervención de las partes y las pruebas allí practicadas, no hacen parte del tema de prueba ni son admisibles como medio de prueba en otro proceso...*", (CSJ. Auto AP5785 de septiembre 30 de 2015, radicación No. 46.153, M.P. Dra. Patricia Cuéllar.) pues además que lo primero lo delimita el escrito de acusación en lo pertinente a los hechos jurídicamente relevantes allí narrados, constituyendo ello el principal objeto de debate sin perjuicio de las alternativas de orden táctico que llegue a proponer la defensa, ciertamente en el sistema probatorio regido por la Ley 906 de 2004 no tiene vigencia la figura de la prueba trasladada.

Así, la jurisprudencia es clara en cuanto que las providencias judiciales no constituyen prueba, toda vez que la decisión que deviene de otra autoridad se funda en un ejercicio de valoración y confrontación probatoria que el juez penal desconoce y por lo tanto no puede permitir su aducción al juicio; diferente es que la defensa reserve el espacio en los alegatos de cierre para referirse al punto, y explicarle al juez por qué lo resuelto por otra instancia - administrativa- repercute de manera positiva en la situación del acusado frente a lo probado en el proceso penal, quedando su valoración a buen criterio del fallador.

La Sala confirmó el auto proferido por el juzgado.

Rad. 199 2009 00795 00 (28 07 2016) Acta 204. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz

# TUTELAS

**DERECHO DE PETICIÓN Reparación administrativa para víctimas del conflicto armado. Desplazado por la violencia.**

**Entidad accionada señaló que si el hogar que conformaba el peticionario no fue priorizado con sustento en las condiciones que se definieron para tal finalidad, debía esperar a ser seleccionado para una subsiguiente focalización, pues de no ocurrir así, se agotarían los recursos monetarios que se han definido para cumplir con la política de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado.**

“En sus planteamientos, el accionante insistentemente proclama que por la condición de desplazado por la violencia, y su situación de discapacidad, es derecho al otorgamiento inmediato y sin condicionamiento alguno de la indemnización administrativa que consagra

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**RELATORIA**

**BOLETIN 5**  
2016

la Ley 1448 de 2011 y que se encuentra reglamentada en el Decreto 4800 de 2011, como compensación porque tuvo que salir del lugar que habitaba dejando sus bienes.

Aunque si bien, el actor allega derechos de petición a través de los cuales pretende hacer valer, probó su situación de discapacidad ante la Unidad tutelada, lo cierto es que, de los documentos que según él presentó, no se puede extractar de manera cierta su pérdida de capacidad laboral por encima del 50%, que según él, adquirió a causa de un accidente de tránsito, hecho este, que debe ser probado ante la Unidad citada y no ante el Juez Constitucional, puesto que, son ellos quienes conforme su normatividad deben valorar su situación y determinar su posible priorización.

En esos términos y condiciones, el Tribunal considera que no resulta plausible considerar que existe afectación de los derechos fundamentales que se incoan como afectados y menos aún que sea posible la pretensión principal que está encaminada a que se ordene la cancelación inmediata de la indemnización, porque además de ello, es incontrovertible que la entidad accionada debe acatar los preceptos legales señalados en el Decreto 1377 de 2013 a través de los cuales se definieron los criterios que se tendrían en cuenta para entregar prioritariamente la indemnización administrativa a los núcleos familiares que cumplieron las exigencias preestablecidas, como también el programa de acompañamiento que se implementó para la promoción de una inversión apropiada por parte de la víctima, al tenor de la Ley 1448 de 2011. Por ello, de admitirse la pretenciosa aspiración del quejoso constitucional, se provocaría el colapso de la política pública y programa que tiene como finalidad la reparación de las personas que han sido víctimas del conflicto armado y se generaría desigualdad frente a las demás personas que en idénticas condiciones esperan la cancelación de ese mismo beneficio.

Ahora, si bien es innegable la protección constitucional a las víctimas de desplazamiento forzado por tratarse de un delito que las afecta de manera masiva, sistemática y continúa, siendo calificado por la Corte Constitucional como “... *un problema de humanidad que debe ser afrontado solidariamente por todas las personas, principiando, como es lógico, por los funcionarios del Estado*”; “*un verdadero estado de emergencia social*”, “*una tragedia nacional, que afecta los destinos de innumerables colombianos y que marcará el futuro del país durante las próximas décadas*” y “*un serio peligro para la sociedad política colombiana*” y que cuando éste ocurre, debe existir una adecuada atención humanitaria para que las víctimas puedan tener la garantía de subsistencia mínima como un derecho fundamental de la población desplazada; en el caso en cuestión, a pesar que el tutelante ha ejercido actos encaminados a obtener la anhelada indemnización administrativa, la accionada le explicó que ese hogar no había sido priorizado para la cancelación de esa reparación.

Así las cosas, la Sala no encuentra sustento fáctico ni jurídico, ni prueba alguna que permita indicar que existe la amenaza o el quebrantamiento de los derechos fundamentales del accionante que hagan factible su amparo y por ende que se reconozca y pague la indemnización administrativa como víctima del conflicto que pretende, motivo que conlleva a confirmar la Sentencia N°. 046 del 13 de Julio de 2016 que profirió el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, mediante la cual negó la tutela de las garantías constitucionales deprecadas.”

Rad. 019 2016 00040 01 (30 08 2016). Acta. 238. M.P. María Consuelo Córdoba Muñoz

---

---

**Estabilidad Laboral reforzada. Mínimo vital. Seguridad social. Reclamante ostenta el estatus de pre pensionada.**

“Importa significar que la reclamante, ostenta el estatus de pre pensionada, por cuanto a la fecha tiene **55 años de edad** (fl. 60) y **1.269, semanas** cotizadas a **abril de 2016** (fl. 62), lo que la ubica dentro del grupo de las personas con expectativa pensional dentro de los 3

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**RELATORIA**

**BOLETIN 5**  
**2016**

años siguientes, esto es, sin cumplir los 57 años de edad que exige el **art. 33 y 36 de la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003** ni las **1.300 semanas** exigidas por la ley.

Así las cosas, se ordenará a la Procuraduría General de la Nación en protección del derecho constitucional que ostenta la peticionaria, conservarle la calidad de servidora pública, para tal efecto le permitirá acceder a alguno de los 8 cargos ofertados a los cuales ninguno de los participantes inscritos aspiraron, pues se repite, en estos casos el número de cargos es superior a las personas que ganaron el concurso, sin que hasta la fecha se haya designado a persona alguna para proveer esos cargos, similares al que ella hoy ostenta, quedando la Procuraduría con las facultades que se anuncian en la convocatoria del concurso, vale decir, determinar la plaza en la cual corresponda ejercer ese cargo, siendo éstas las mismas reglas de todos los que ganaron el concurso y optaron por sus especialidades.”

Rad. 000 2016 0329 00 (29 07 2016). M.P. Dr. Carlos Alberto Carreño Raga.



**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.-

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**RELATORIA**

**BOLETIN 5**  
2016



Henry Moreno Macías  
Relator

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.