



**SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA:**

**RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL-** No se encuentran configurados los requisitos para la prosperidad de la pretensión resarcitoria/ **SUSPENSIÓN DEL CRÉDITO O BLOQUEO DEL CÓDIGO DE DISTRIBUCIÓN-** Se debió a la mora en el pago de las obligaciones a cargo de la demandante/ **ACUERDO DE PAGO-** Resultó incumplido generando que cesara el crédito y la terminación unilateral del contrato/**EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO-** Resulta probada con el análisis que realiza el perito financiero a los documentos contables de la demandada

“En efecto, FUNDACIÓN MIDA demandó a COOLECHERA, pretendiendo la terminación del contrato de distribución y venta N° 21-2014, la declaratoria de responsabilidad y el resarcimiento de los perjuicios, denunciando como circunstancias generadoras el cobro de la factura N° 958446886 del 21 de octubre de 2015 por \$124.279.200, pago de sumas que no tienen soportes en pedidos ni entrega de mercancía y por habersele bloqueado el código de distribución N° 201833, todo lo cual ocasionó que no pudiera continuar con su objeto social y produjo su quiebra, contra lo que se vino la demandada en excepciones de mérito y reconvención, lo que fue desatado en la sentencia de instancia, acogiendo parcialmente las pretensiones de las partes y que generó que ambas enderezaran la alzada de la que ahora se ocupa este Tribunal.

En este marco, se adentrará la Sala en primer lugar a estudiar los reparos esbozados por la demandada, teniendo en cuenta que van dirigidos contra su declaratoria de responsabilidad por el incumplimiento del contrato, quien sostiene que en ello incurrió fue su contraparte, lo que se alegó como excepción de mérito, denominada “contrato no cumplido”, y se ratificó en el recurso.

En este orden, no existe discusión sobre la celebración y validez del contrato de distribución y venta N° 21-2014, fechado 11 de junio de ese año, aportado documentalmente y no tachado por ellas, cuyo objeto era la venta de los productos de COOLECHERA a FUNDACIÓN MIDA, la que actuaba en calidad de comprador distribuidor, para que ésta a su vez los vendiera en el municipio de Rihacha y poblaciones aledañas, pactándose que “pagará mediante consignación o transferencia electrónica a el FABRICANTE VENDEDOR a la cuenta que éste le indique por el valor de los productos que adquiera. EL COMPRADOR DISTRIBUIDOR deberá acreditar en el momento de formalizar el pedido el pago mediante entrega del comprobante respectivo. En todo caso, la venta de los productos será siempre de contado, salvo que se otorgue un cupo de crédito para el efecto”, que según su devenir contractual y lo aceptado por los extremos de la Litis, se previó un cupo de crédito inicialmente por \$50.000.000 que se aumentó a \$150.000.000 (hecho tercero de la demanda), forma de pago que igualmente se acepta en la contestación de la demanda original, por lo cual se asignó un código de identificación o distribución para el desarrollo del contrato, todo ello como forma de financiación de los productos despachados.



Al respecto, en la sentencia apelada, no se accedió a la terminación contractual incoada, al considerar el A quo que había culminado el 5 de marzo de 2018 con la comunicación remitida al respecto por la demandada y que la responsabilidad endilgada se comprobaba por el bloqueo del código de distribución a causa de la falta de pago de la factura N° 95844886, inobservancia de las cláusulas contractuales a pesar de existir otros medios para lograr el pago y la negativa a otorgar el crédito, que era la forma principal de pago.

Frente a dichos tópicos, específicamente la duración del contrato, se advierte que en la cláusula décima del contrato se dispuso que "La duración del presente contrato será de término indefinido contado a partir de la fecha de su firma. Sin embargo en cualquier momento, EL FABRICANTE VENDEDOR podrá en forma unilateral y sin lugar a indemnización alguna dar por terminado el presente contrato dando aviso por escrito a EL COMPRADOR DISTRIBUIDOR con una antelación no inferior a treinta (30) días calendarios a la fecha en que EL FABRICANTE VENDEDOR desee hacer efectiva la terminación".

Igualmente, se pactó en la cláusula décima segunda la terminación anticipada, según la cual: "Cualquier demora, mora o incumplimiento de las obligaciones emanadas del presente contrato por parte de EL COMPRADOR DISTRIBUIDOR, dará lugar a la resolución de pleno derecho del mismo, por parte de EL FABRICANTE VENDEDOR....." previéndose para el efecto otras situaciones como falta de provisión de cheques, estado de iliquidez, insolvencia, entre otros, embargos, deficiencias en la reventa de los productos, desconocimiento legal, incumplimiento de obligaciones fiscales, falta de constitución o de renovación de las garantías e incumplimiento de cualquiera de las cláusulas, para todo lo cual bastará la comprobación sumaria del hecho.

De lo anterior se deduce que la finalización del contrato se estableció previo aviso o de forma unilateral por el incumplimiento, modalidades que aceptaron libremente los contratantes, que atiende al ejercicio de su libertad contractual, conforme a la ley.

En este orden, procediendo al análisis del material probatorio obrante en el legajo, se observa que desde el 17 noviembre de 2015, COOLECHERA comunicó por correo electrónico a la FUNDACIÓN MIDA, "el bloqueo del código de distribución" es decir que suspendía el crédito como forma de financiación de los productos despachados, fundada en la deuda por \$292.082.467, de los cuales \$274.487.972 estaban vencidos, dándose en los días subsiguientes la controversia entre las partes sobre el monto real insoluto y en especial por el cobro de la factura N° 958446886 del 21 de octubre de 2015, por valor \$124.279.20018, que fue objetada por la actora y posteriormente en efecto fue anulada, sin insistirse en su cobro, tal como lo ratifica el punto 6 del dictamen pericial rendido de oficio, y lo cual fue aceptado por la demandante al formular su objeción, pues al respecto señaló "Estamos de acuerdo con la explicación".

Se resalta por la Sala que contrastando la deuda cobrada a noviembre de 2015 por \$274.487.972, menos la factura reclamada por \$124.279.200, todavía la



acreencia ascendía a \$150.208.772, superando incluso el cupo del crédito que confiesa la actora que se le concedió y aumentó hasta \$150.000.000.

Además, queda claro que incluso con posterioridad a esa deducción por tal factura, subsistía una deuda por parte de la FUNDACIÓN MIDA, como se deduce de la suscripción del acuerdo de pago entre las partes menos de dos meses después, el 6 de enero de 2016, por el monto de \$75.414.038, que aquella se comprometió a cancelar en 5 cuotas mensuales de \$15.082.80720, producto de lo cual se restableció el crédito, tal como se acepta en el hecho séptimo de la demanda, pero que COOLECHERA afirma que no se cumplió desde su primera cuota exigible el 11 de febrero de 2016, como tampoco se pagó la factura N° 95911399 del 28 de marzo de 2016, por valor de \$15.626.142 por productos entregados después de la celebración dicho acuerdo de pago.

Al respecto la actora no proporcionara un principio de prueba por escrito o de otra índole incluso, en aras de acreditar la cancelación correspondiente de la deuda, sin siquiera alegarse que cumplió con ello, generándose, según voces del artículo 225 del Código General del Proceso un indicio grave de que en efecto no lo hizo.

De la misma forma se constata que fue como consecuencia del impago de las sumas pactadas en el mentado acuerdo, que COOLECHERA alega haber procedido nuevamente a cerrar el crédito, es decir al bloqueo del código de distribución N° 201833, como se señaló en la misiva del 5 de marzo de 2018 dirigida a la demandante, lo que fue criticado por el Juez de anterior instancia. No obstante, es menester señalar que tal y como lo enfatizó la demandada en su recurso, la causa del segundo y definitivo bloqueo, no fue la mora en el pago del importe de la factura N° 958446886 del 21 de octubre de 2015, pues la misma fue anulada, sino de los \$75.414.038 estipulados en el acuerdo de pago, más la factura posterior.

Resulta oportuno anotar, que de conformidad con lo obrante en el plenario y con lo determinado por el perito PEDRO BUJATO POLO, cuyo dictamen se ordenó de oficio, COOLECHERA procedió al bloqueo en un primer momento con ocasión al impago de la factura N° 958446886 del 21 de octubre de 2015, pero al establecerse que correspondía a mercancías no entregadas, y procederse a su anulación, se continuó con la ejecución del contrato, como bien lo señala aquel en el punto 6 del dictamen, en el que relaciona que con posterioridad a ello se continuaron suministrando los productos y como consecuencia se emitieron las siguientes facturas: 95845762 del 23 de octubre de 2015, 95846336, 95846339, 95846341 y 95846380 del 24 de octubre de 2015, 95847451 del 27 de octubre de 2015, 95856241 y 95856249 del 13 de noviembre de 2015, 95856509 del 14 de noviembre de 2015 y 95911399 del 28 de marzo de 2016; todo lo cual da cuenta del interés de la demandada en que el contrato continuara su ejecución, sin embargo, al presentarse la mora en las sumas pactadas en el Acuerdo de Pago, procedió con el bloqueo del código de distribución a crédito, como viene de verse.

Además, se destaca que con posterioridad a la firma del Acuerdo, se generó la factura N° 95911399 por valor de \$15.626.142 correspondiente a productos



entregados con posterioridad a su suscripción, lo que demuestra que COOLECHERA siguió despachando, y su intención de continuar con el contrato, la que se vio truncada por el incumplimiento de la demandante, pues dicho importe tampoco fue cubierto, incurriendo en mora. Sobre la existencia de dicha factura también se refirió el perito PEDRO BUJATO POLO en el punto número 6 de su experticia.

En ese orden de ideas, no puede prohijarse la interpretación que el Juez de primera instancia dio al contrato, pues el mismo consagra el pago en efectivo como la forma principal y el crédito como facultativo de la parte demandada, que en efecto se suspendió o bloqueó en noviembre de 2015 ante la mora de la demandante, para lograr el pago y que la deuda no siguiera aumentando. Adicionalmente, queda claro que el contrato no terminó en ese momento, pues no existe constancia de la imposibilidad real de seguir proveyéndose de los productos por el sistema de pago de contado, como era la forma primordial acordada, sin evidencias que COOLECHERA se negara a suministrarlos, pues la demandante no demuestra que con posterioridad al cierre del crédito o bloqueo, haya persistido en su intención de hacer pedidos cancelando de contado, para lo cual se encontraba habilitada, debiendo hacerse hincapié en que el último en la relación sentada en el documento "PAGOS REPORTADOS EN COOLECHERA", data del 29 de febrero de 201624, soporte anexado por el mismo extremo activo.

En gracia de discusión, y en lo atinente al daño, es menester indicar que tampoco se comparte el argumento según el cual la FUNDACIÓN MIDA fue llevada a la quiebra por el comportamiento asumido por COOLECHERA, habida cuenta que como ésta lo ha argumentado, aquella tiene contemplado en su objeto social el desarrollo de diferentes actividades de tipo comercial, como se desprende de su certificado de existencia y representación legal, en el que se lee: "la fundación también podrá dentro de su objeto social desarrollar las siguientes actividades: presentación (sic), de servicios de salud en general, servicios médicos, paramédicos, de diagnósticos y de salud, asesorías e interventorías en salud, hospitalización, cirugías y transporte de pacientes. Representación, distribución, importación, exportación, de insumos y servicios médicos para la salud. Dotación de suministros y ropa hospitalaria, desarrollo de actividades de promoción y prevención en salud".

Ello, independientemente de la exclusividad pactada en el numeral 6.9 de la Cláusula 6° del contrato de distribución y venta N° 21-201426, habida consideración era posible la venta de otro tipo de mercaderías; y además porque se reitera, la demandante contaba con la posibilidad de poner al día sus obligaciones y continuar adquiriendo los productos lácteos de contado, sin que demostrara que ello fue intentado, y que existiera oposición por parte de la accionada al respecto.

Decantado lo anterior, es menester abordar el único reparo formulado por la FUNDACIÓN MIDA, referente al no reconocimiento del importe de las 167 facturas y que, según afirma, le fueron cobradas y pagó, cuando en realidad no se recibió la mercancía, lo que pretendió demostrar mediante pruebas extraprocesales practicadas, esto es inspección judicial, documentos recolectados en exhibición y



dictamen pericial rendido por el perito LUIS FERNANDO MOLINA, conforme al cual reclama el pago de \$1.986.562.355,00 por perjuicios.

Es de resaltar que si bien no se elevó objeción al juramento estimatorio, como se duele la parte actora en su recurso, no le asiste razón en cuanto a las consecuencias en este caso, pues esta herramienta procesal debe usarse para cuestionar la cuantía del daño, más no así en el sub júdice, donde la demandada atacó su ocurrencia misma a través de excepciones de mérito.

Por lo tanto, la demandante se duele de la falta de reconocimiento de tales valores por un grueso número de títulos valores, pagados durante tres años sin objeción alguna y por una elevada suma de dinero, todo lo cual tiene único sustento en la falta de órdenes de pedido y constancia de entrega, encontrándose que las conclusiones del dictamen aportado por ella, se oponen diametralmente a las del que fue ordenado de oficio por el A quo y elaborado por el perito PEDRO BUJATO POLO, que se basó en los registros contables llevados por ambas empresas, y sobre cuya veracidad dio fe, de acuerdo con lo manifestado al respecto al ser interrogado en audiencia.

Debe rememorarse que dicho medio probatorio, si bien fue objetado por la demandante, ya éste no es un modo de cuestionarlo según el Código General del Proceso, que prevé que para ello se debe solicitar la comparecencia del Auxiliar de la Justicia a audiencia, con el objeto de ser interrogado sobre el contenido del dictamen (Art. 228 Código General del Proceso), lo que en efecto ocurrió, momento en el cual precisó sobre las 167 facturas, que si bien se encontraron físicamente, no están sentadas en la contabilidad de la demandante, como consecuencia de lo cual, no existe constancia de los pagos que ella alega haber desembolsado sin justa causa, manifestando:

“COOLECHERA en los asientos contables y sus soportes no encontré, que se hubiera utilizado en forma irregular el código No 201833 de distribución y comercialización asignado a la FUNDACION MIDA.

La irregularidad fue en la factura No. 95844886 por valor de \$ 124.279.200 COOLECHERA se dio cuenta, al final después de investigar que esa factura no la había despachado a la FUNDACION MIDA y por lo tanto la FUNDACION MIDA no pago esta factura.

En las visitas que hice a COOLECHERA me reiteran que la factura No. 95844886 por valor de \$ 124.279.200 emitida el 21-10-2015, LA FUNDACION MIDA no la recibió”.

Sobre dicho peritaje valga acotar, además, que si bien no acogió las conclusiones a las que se llegó en el aportado con la demanda, lo cierto es que el extremo activo omitió precisar los defectos que le encontraba al practicado al interior del presente proceso y en su recurso lo que insiste es que se acoja el peritaje aportado con el libelo.

Corolario de lo expuesto, resulta también la improsperidad de la crítica formulada por la FUNDACIÓN MIDA a la sentencia, debiendo advertirse además que su



procedencia solo vendría al caso, de encontrarse responsable civilmente a la demandada, lo cual no ocurrió.

Según el análisis que precede, la Sala no encuentra configurados los requisitos para la prosperidad de la responsabilidad civil, pues la situación denunciada, esto es la suspensión del crédito o bloqueo del código de distribución, se debió a la mora en el pago de las obligaciones a cargo de la demandante y que una vez aclarado el inconveniente con el saldo adeudado, anulada una factura objetada, se procedió a celebrar un acuerdo de pago que resultó nuevamente incumplido, lo que ocasionó que nuevamente cesara el crédito y se diera la terminación unilateral del contrato, conforme a lo pactado, sin demostrarse tampoco cobros y pagos sin soporte en la mercancía vendida.” **(Magistrada Sustanciadora: Dra. Yaens Castellón Giraldo, Radicado Interno: 43.325, Abril 18 de 2022)**

**NOTA DE RELATORÍA:** Esta providencia tiene salvamento de voto suscrito por el Magistrado Juan Carlos Cerón Díaz, en el cual expresó:

*“Al respecto estima este magistrado que debe partirse de un aspecto central: el bloqueo del código de distribución a crédito. Y es a partir de allí que debe analizarse la estructura contractual para entonces determinar si al amparo de las reglas que gobiernan las obligaciones comerciales y el preciso acto jurídico que les sirve de apoyo, se adopten las decisiones que correspondan.*

*Así mismo en la decisión mayoritaria se deja de lado la incidencia que tiene el equilibrio económico en armonía con la buena fe contractual pues de esa forma pudiera reforzarse la coherencia interna de las reglas contractuales.”*

**RESPONSABILIDAD MÉDICA-** Error de diagnóstico impidió tomar correctivos urgentes requeridos/ **MALFORMACIÓN CONGÉNITA-** Omisión de la pediatra que recibió el bebe al nacer y dio alta médica sin advertir a los padres de esta situación en su hijo recién nacido/**PERJUICIOS MORALES-** Derivados de la angustia y preocupación de los padres por los padecimientos que debió sufrir la menor al no advertir desde su nacimiento la patología

“Pues bien, en cuanto a la omisión de la CLÍNICA LA MISERICORDIA a través de sus agentes médicos que atendieron el parto y posterior atención de la madre y la hija hasta egresar éstas de dicha clínica, con ocasión del alta médica que les fue otorgada, de no haberse percatado que la menor nació con la malformación congénita antes indicada –Ausencia-Atresia y estenosis congénita del ano– encuentra respaldo probatorio no solo en la historia clínica acompañada a la demanda y que no fue objetada por los demandados, visible a folios 83 a 96 del ítem “01.2018-00263Expedientefisico-parte1.pdf” del cuaderno de primera instancia digitalizado, relacionada con la atención médica a la señora PEGGY DEL SOCORRO BRIEVA ACOSTA para desembarazarla; sino además en el comportamiento procesal de los sujetos pasivos en este asunto, quienes no discuten que dicha señora en efecto se encontraba en estado de embarazo, que fue



atendida en la clínica La Misericordia de Barranquilla el día 15 de diciembre de 2015 donde se le practicaron las cirugías de cesárea y pomeroy, que culminaron sin ningún tipo de novedad, y que al no haberse detectado riesgo e inconveniente de salud alguno en la madre ni en la recién nacida, se ordenó el alta médica el día 16 de diciembre del mismo año, sin ningún tipo de recomendación especial que diera cuenta de la existencia de la anomalía antes mencionada.

Manifiestan los demandantes que el 17 de diciembre del mismo año, es decir, al día siguiente de haberse dado de alta a la menor, al disponerse la madre a realizar el aseo corporal a la niña, observó que ésta no tenía ano, por lo que el 18 de diciembre la niña fue llevada a la Clínica General del Norte, donde conforme a la epicrisis de la atención médica brindada a la menor, se advierte que en fecha 20 de diciembre de 2015, se consignó: "... paciente femenina de 5 días de nacida, con antecedentes de ano imperforado y fístula recto vestibular, quién es valorada por el Dr. Abello CX pediatra en consulta externa quien considera hospitalizar desde el día de hoy para realizar cirugía de colostomía el día de mañana 21 de diciembre de 2015...", diagnóstico preoperatorio emitido por el cirujano y gastroenterólogo pediatra, Cristóbal Abello, quién en dicha historia clínica correspondiente a esa fecha consignó: "...evacúa por vagina, no se dieron cuenta que tenía ano imperforado... examen genital: ausencia de ano y evacuación por vulva. Dx. malformación ano rectal con fístula recto vestibular. Plan: colostomía urgente. Ingresar para cirugía solicitar exámenes prequirúrgicos"; practicándose de manera urgente a la menor la cirugía de colostomía, para corregir tal malformación, como aparece demostrado en la aludida historia clínica, vista a folios 20 a 23 del ítem 01.2018- 00263Expedientefisico-parte1.pdf" del cuaderno de primera instancia digitalizado.

Pues bien, ante la claridad de la información contenida en los documentos antes reseñados, acerca del hecho de no haber sido diagnosticada la menor TSCB en la Clínica La Misericordia, de la patología congénita con la que nació, y la circunstancia de haber sido advertido tal hecho por su progenitora sin necesidad de examen médico alguno, solo por la observación del cuerpo de la menor, se erigen en circunstancias que permiten concluir, sin lugar a dudas, y sin que se requiera de un concepto médico emitido por perito experto, que la atención médica dispensada en dicha clínica a la madre e hija demandantes, no fue la mejor, ni eficaz ni eficiente, sino por el contrario deficiente y negligente al no haber notado la ausencia de ano, que es asunto que se advierte con solo mirar; incurriéndose por ello, en un error de diagnóstico, por no haberse percatado, luego de la obligatoria revisión médica que debe ser practicada al recién nacido, que la bebe presentaba la malformación de carecer de ano, y en consecuencia, haber informado de ello a los padres, para que con su consentimiento, se hubiere realizado el procedimiento quirúrgico que resultaba urgente realizar, para corregir tan grave malformación.

Ahora bien, dicho error de diagnóstico no implica, per se, que deba declararse la responsabilidad civil de los demandados; sin embargo, los padres de la menor alegan haber recibido por tal situación, daños de estirpe inmaterial, en la modalidad de daños morales, por la forma tardía y sorpresiva en que advirtieron la



malformación congénita que presentaba su hija, encontrándose ya en casa con la niña y cuando habían transcurrido dos días de su nacimiento, lo cual les causó angustia, zozobra e incertidumbre; lo que para la Sala no ofrece duda alguna, pues en verdad debe resultar desesperante tener a una hija recién nacida, que sale de la institución médica donde fue recibida, con un concepto dado por un cuerpo médico capacitado, conforme al cual la menor había nacido en condiciones normales y no presentaba ningún quebranto, y descubrir de repente, por propia cuenta, y de forma inesperada, que la pequeña había nacido con una malformación, sin que esta condición hubiese sido advertida oportunamente por los galenos tratantes, y sin que se hubiere acometido el procedimiento médico que se requería de manera urgente para corregirla.

Es claro entonces, que los demandantes no reclaman en este litigio, la declaratoria de responsabilidad del cuerpo médico por virtud de la malformación de la menor, pues ninguna discusión existe en torno a que se trata de un mal congénito o de nacimiento, que no podía ser previsto o evitado por los galenos que atendieron el parto; y al efecto, no se está indicando en la demanda, ni en la sentencia de primer grado, que los demandados hubiesen generado con sus actos la malformación sufrida por la menor; No! Lo que se reclama y la responsabilidad civil que se halló demostrada en primera instancia, es que ese padecimiento no hubiese sido detectado oportunamente, y se le hubiera dado el alta a la recién nacida pese a la malformación; en otras palabras, el daño reclamado no consiste en la malformación en sí misma, sino en la falta de diagnóstico de ésta, que impidió que la patología congénita fuera detectada y corregida en oportunidad temprana, evitando que la niña expulsara sus heces por un orificio no adecuado durante varios días, con los consecuentes riesgos que ello provoca en la salud de la infante.

Las reglas de la experiencia nos permiten afirmar categóricamente que una situación como la aquí descrita, genera zozobra, angustia, preocupación y desesperación, los cuales pueden llegar a tener la entidad suficiente para ser considerados perjuicios indemnizables, de demostrarse los restantes requisitos para la configuración de la responsabilidad civil extracontractual, que aquí se encuentran acreditados, tal es, la omisión de los galenos en percatarse de la malformación congénita que presentaba la menor, incurriendo en negligente praxis médica por error de diagnóstico al haber obrado los médicos que atendieron a las pacientes con falta de diligencia y cuidado al no haber auscultado a la menor un examen físico completo y exhaustivo con el que pudiese haberse detectado la anomalía que la madre advirtió sin ningún tipo de preparación técnica o científica con una revisión completa al cuerpo de la niña; causando el perjuicio moral cuya indemnización reclaman los padres por tal omisión, y la relación de causalidad entre estos dos elementos. De la misma manera, si bien es cierto que la omisión no alcanzó a causar daños fisiológicos a la menor, porque desde que nació hasta que fue intervenida quirúrgicamente defecaba por la vulva, como aparece demostrado a folio 97 del cuaderno principal #1 digitalizado, también lo es, que la ausencia de diagnóstico acerca de la patología congénita que ésta presentaba, evitó que tal malformación fuera abordada con la inmediatez que se requiere, a través del procedimiento quirúrgico correspondiente, colocando a la niña a



expulsar sus heces fecales a través de la vulva, lo que resulta inaceptable dado que ello pudo haberse corregido con la premura que el caso ameritaba.

Bajo esa égida, no son de recibo las alegaciones de los recurrentes, quienes niegan la existencia del daño, bajo la afirmación de no haberse colocado en peligro la vida de la menor, dado que la responsabilidad médica no deriva únicamente de la mala praxis en la ejecución del acto médico, como parecen entenderlo los apoderados recurrentes, o de la muerte o peligro de muerte a que se vean colocados los pacientes, sino que este tipo de responsabilidad profesional, puede también encontrar su génesis en el error de diagnóstico, que ocurrió en este caso, como viene de verse; y como además se concluyó en el proceso disciplinario adelantado por el Tribunal de Ética Médica del Atlántico, que la señora jueza de primer grado, con base en la facultad legal de que disponía de decretar pruebas de oficio, solicitó a dicho Tribunal allegar al proceso; y aunque asiste razón a los recurrentes, cuando argumentan que las decisiones del Juez disciplinario no tienen incidencia en los juicios de responsabilidad, los conceptos técnicos y científicos expuestos por los miembros de dicha institución, contenidos en el expediente que fue tenido como prueba, no pueden por eso ser desechados, a efectos de realizar el estudio de la responsabilidad alegada, pues tal como lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia, las consideraciones de los Tribunales de Ética Médica tienen un carácter trascendental, pues si bien estos tienen una naturaleza disciplinaria y no jurídica, sus pronunciamientos no deben descartarse, porque al estar conformado por un grupo de expertos en una materia de la medicina, se edifican como una prueba idónea para determinar si se cumplen los elementos de la responsabilidad civil, entre ellos la culpa en el error de diagnóstico; y en este caso, del minucioso examen efectuado por los integrantes de dicho Tribunal de Ética Médica se advierte, que tal como sostuvo el juzgado de primer grado, y ahora esta Sala, las anotaciones efectuadas por el cuerpo médico de la Clínica La Misericordia, además de no contener información alguna acerca de la patología de malformación congénita que padecía la menor, no se identifica en ella el nombre del Pediatra que recibió a la menor luego de su nacimiento, además de haberse falsificado la firma de un galeno para presentarlo como el Pediatra que atendió a la menor desde su nacimiento; y aunque dicho Tribunal realizó un esfuerzo probatorio para obtener, al interior de dicho procedimiento disciplinario, la información acerca del nombre del Pediatra tratante, este resultó infructuoso.

(...)

Sin embargo al momento de absolver el interrogatorio de parte en este proceso, su declaración fue diferente, pues manifestó que procedió a limpiar el abundante meconio que tenía la menor, y una vez limpio verificó la anatomía externa del ano y la consideró normal; explicando ante la primera instancia que la patología de ano imperforado puede presentarse de dos formas: una ausencia total de orificio anal como situación en la que no se evidencia ningún tipo de esfínter, y otros casos en los que el orificio anal está presente y en condiciones normales, pero el paciente tiene una malformación interna que provoca que las heces sean expulsadas por otro orificio; es decir, que ha dado dos versiones sobre un mismo hecho, lo que resta credibilidad a su dicho; sin contar con el hecho de que la progenitora de la menor, sin contar con conocimientos científicos especializados en medicina, de una revisión al cuerpo de la menor, notó que ésta carecía de ano, lo que sin lugar a



dudas, debía advertir la médico demandada, al momento de dar de alta a la niña; circunstancia que, entonces, pone en evidencia, que la revisión corporal realizada por la galena, no fue realizada en debida forma; tal como concluyeron los jueces disciplinarios al formularle pliego de cargos y al adoptar la decisión final, que data del 17 de julio de 2019, donde consignaron que "...la actuación de la doctora María de Jesús Mass Jurado, médico pediatra, no se compadece con los conocimientos y experiencia que debe tener un especialista de esa naturaleza. En este caso concreto de la evaluación de la recién nacida cuando decidió dar su egreso como realizar un examen físico completo específicamente en el área genitoanal. No llevó a cabo la investigación sobre la permeabilidad del ano y genitales que a la postre resultó que no existía está. Al parecer no lo hizo de forma fáctica y se contentó únicamente con la información de las materna, quién decía que había observado salida de meconio por vía rectal. La inculpada dice haber corroborado dicha información por simple inspección genitoanal, según se desprende de su dicho en la diligencia de descargos. La sala considera que un médico, sea general o especializado en cualquier área de la medicina, cuando va a decidir sobre el egreso de un paciente debe evaluarlo cuidadosamente, independientemente como en este caso concreto, de haber tenido una evaluación inmediata en el post parto por parte del médico encargado en ese momento de esa área de evaluación del recién nacido... Todo esto condujo a exponer en riesgo injustificado al neonato..." concluyendo aquel tribunal, que la demandada no obró con prudencia y pericia, sino que, por el contrario, fue negligente y omisiva, faltando a su deber de cuidado.

Bastan estas consideraciones para afirmar, que la decisión venida en alzada debe confirmarse, pues contrario a lo esbozado por el apoderado en su apelación, la condena impuesta no obedece al capricho de la Jueza, sino a una valoración plausible de las pruebas allegadas al plenario, entre éstas, el proceso disciplinario incorporado legal y oportunamente al proceso a través de la actividad probatoria oficiosa de la jueza, prevista por el ordenamiento jurídico no solo como una facultad, sino como un deber del juez, en aquellos casos en que se precise, para aclarar los hechos del proceso, como en este caso, en donde, valga decir, la condena a esta profesional de la medicina no se fundamenta solo en el procedimiento disciplinario, sino en una valoración conjunta de las pruebas incorporadas al expediente judicial.

(...)

4. Se aborda a continuación, la inconformidad planteada por el apoderado de los demandantes, quien se queja del bajo monto de la condena impuesta en primera instancia por concepto de perjuicios morales, pues en su sentir, la suma otorgada por la primera instancia es irrisoria, pues "...no alcanza ni a sufragar los gastos que estas personas tuvieron que soportar en su momento...", frente a lo cual debe decirse, que en criterio de la Corte Suprema de Justicia, el daño moral no tiene una valoración pecuniaria, en sentido estricto, pues al pertenecer a la psiquis de cada persona es inviable de valorar al igual que una mercancía o bien de capital, justamente porque los sentimientos carecen de apreciación monetaria, frente a lo cual lo único que puede hacerse es otorgar al afectado una prestación de valor



económico, tan sólo para compensarle el dolor -pasado, presente o futuro-, es decir, que pueda mitigarle en cierta medida el sufrimiento.

(...)

Aplicado entonces tales criterios al presente caso, encontramos que ciertamente la falta de diagnóstico oportuno, causó en los demandantes la lesión de estirpe moral a cuyo resarcimiento aspiran, dada la angustia, zozobra, incertidumbre, desespero y demás sentimientos negativos que éstos pudieron abrigar al advertir de manera tardía y por sí mismos, la patología congénita que padecía la menor, y en esta, aunque pequeña, la molestia de realizar un acto humano tan vital por donde no es natural, durante varios días, lo que, en efecto, merece ser reparado en lo que resulte posible, dado que este tipo de daño, por inmaterial, la indemnización pretende reparar el daño, no compensarlo. En este sentido, si bien la situación que generó tal daño en los demandantes no revistió la gravedad de aquellas en las que la Corte ha concedido la indemnización máxima, como sería el caso de la muerte de la víctima, no procede condenar por tales topes máximos que ha aplicado la alta Corporación mencionada, dado que la indemnización debe ser proporcional a la afectación que generó, para no degenerar en fuente de enriquecimiento injusto; sin embargo, aplicados tales parámetros en este caso, la tasación que de este perjuicio realizó la señora jueza a-quo, se evidencia inequitativa y carente de proporcionalidad, pues no puede soslayarse que una situación como la que soportaron los demandantes y su menor hija en una etapa tan tierna de la vida, merece ser resarcida de manera justa, con aprecio de la difícil situación que los actores afrontaron hasta solucionar el estado de salud congénito de la pequeña; por lo que atendiendo a los baremos mencionados en párrafos anteriores, las condenas se modificarán para otorgar a cada uno de los demandantes, por concepto de indemnización por perjuicio inmaterial en la modalidad de daño moral, la suma de Diez Millones de Pesos M.L. (\$10.000.000) para cada uno de los padres; y de Veinte Millones (\$20.000.000) a favor de la menor afectada.

En cuanto al daño inmaterial en la variante de perjuicio fisiológico pretendido en la demanda, a favor de la infante afectada, se advierte que la juzgadora de primer grado no lo concedió, y el apoderado judicial de la parte actora no presentó reparo alguno contra tal decisión, y solo aludió a ello en el escrito de sustentación del recurso, tornándose tal alegación extemporánea, y por ende, sin posibilidad de que la Sala aborde su análisis y menos aún decida sobre este concepto."

**(Magistrada Sustanciadora: Dra. Vivian Victoria Saltaín Jiménez, Radicación Interna: 43.209, Mayo 2 de 2022 )**

-----

**RECURSO DE ANULACIÓN-** Causal novena: Busca salvaguardar el principio de congruencia en el laudo arbitral/ **RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES-** Pretensión indemnizatoria/ **RECURSO INFUNDANDO-** No prospera la causal invocada en sus aspectos formal y material



“Justamente, la parte recurrente invocó el motivo noveno, el cual se configura cuando el laudo recae sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, concede más de lo pedido o no decide sobre cuestiones sujetas al arbitramento. (...)

5.6.- Bajo tal disposición contractual, la Sociedad Indutrade S.A.S. formuló pretensión declarativa y de condena contra el señor Alejandro Aristizabal Vélez, “mientras estuvo en su condición de representante legal”, por incurrir en “una indebida administración faltando al deber de diligencia y cuidado que un hombre de negocios debía emplear en la administración empresarial”; y, ii) faltar “a los deberes consignados en la ley 222 de 1995, art. 23, núm. 2 y 7 en la operación de adquisición y posterior cesión de acciones de la empresa Indutrade Recycling SAS a la compañía Nimby Colombia SAS (...)”, consecuentemente, a la declaratoria estimó los perjuicios presuntamente ocasionados con los actos pre- nombrados del exadministrador.

Del mismo modo, en el acápite de fundamentos jurídicos recalcó los deberes incumplidos por el señor Aristizabal Vélez durante su administración, concretamente, i) su participación por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros en actividades en clara competencia con la sociedad; ii) la falta de autorización previa del máximo órgano social para la celebración de contratos de cesión de acciones; iii) el no adelantamiento de gestiones de cobranza en la operación de cesión; iv) la no documentación de la operación de cesión; situaciones demostrativas de un conflicto de interés, por tanto, objeto de declaraciones indemnizatorias e imposiciones de sanciones al administrador, en los términos del artículo 2.2.2.3.5 del Decreto 1074 de 2015.

Luego, la parte convocada centró su defensa a la oposición de las pretensiones, indicando la inexistencia de los actos de competencia aducidos, así como del presunto conflicto de interés.

5.6.1.- El Tribunal de Arbitramento, en el laudo, tras sintetizar las actuaciones procesales realizadas consideró que, lo formulado corresponde a una acción social de responsabilidad en los términos del artículo 25 de la Ley 222 de 1995, cuyo propósito es la defensa de los intereses de la sociedad por el incumplimiento por parte de los administradores de sus deberes legales y/o estatutarios, por tanto, la pretensión está enmarcada en la declaratoria de responsabilidad del administrador, junto con la consecuencial indemnización de perjuicios.

Vía judicial por demás expedita para reconstituir el patrimonio social afectado por acción u omisión del administrador en el cumplimiento de sus deberes.

Por ello, concluyó sin dubitación la demanda tiene fundamento en la referida acción social de responsabilidad, por cuanto “de las pretensiones incoadas, pretende que se declare que el convocado ALEJANDRO ARISTIZÁBAL VÉLEZ, faltó a sus deberes de diligencia y cuidado señalados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 en su condición de representante legal -léase administrador- de la convocante y, por consiguiente, sea declarado civilmente responsable por los daños enrostrados”. Sin embargo, la norma citada establece para el ejercicio de



la acción aludida un requisito previo, esto es, "la autorización del máximo estamento social", el cual no fue acreditado por la sociedad demandante, aquí recurrente.

Así las cosas, desde el enfoque formal planteado para el estudio de la causal de anulación alegada, se mantiene inalterado el principio de congruencia en la decisión arbitral cuestionada, pues corresponde a lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del trámite, sin que logre advertirse una determinación por fuera (extra) o por más (ultra) de lo pedido (petita), o referida a aspectos ajenas a la cuestión arbitral.

Siendo así, no superado el test formal, torna innecesaria adentrarse al método sustantivo de la casual 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

5.6.2.- Con todo, de examinarse el otro enfoque, la incongruencia tampoco se configura.

Así, realizando el estudio sustantivo expuesto ab initio, se advierte que la Sociedad Indutrade S.A.S. pretende por la vía de la causal novena de anulación, que esta Corporación estudie de fondo el asunto, esto es, cuestionar y reprochar la argumentación del panel arbitral en punto a la acción de responsabilidad de los administradores, en palabras de la propia recurrente:

"(...) mientras la parte actora solicitaba, en un proceso de responsabilidad civil puro y duro, se reconociera la responsabilidad del administrador saliente (quien había renunciado por su propia voluntad) –y accionista- y se condenara al pago de los perjuicios ocasionados, el panel arbitral, contrariando el pacto arbitral, se pronunciaron sobre aspectos no sujetos a su decisión –el trámite a seguir-, y emitiendo un laudo más allá de lo pedido y lo repelido, es decir la realidad procesal, decidió, en contravía incluso del artículo 281 del CGP, traer a colación una acción y trámite que no le correspondía y que no fue el discutido dentro del proceso, tanto que ni las partes tenían contemplada dicha circunstancia y por la misma razón sus actuaciones estaban encaminadas a otros frentes tanto de exigencia activa como de defensa, lo que produjo un laudo afectado por vicios "in procedendo", que requiere una subsanación (...)"

En efecto, se advierte que la colegiatura arbitral expresamente cimentó su decisión en la no acreditación de la decisión del máximo órgano social de la Sociedad Indutrade Colombia, en el sentido de autorizar el ejercicio de la acción social de responsabilidad como modalidad especial y específica de responsabilidad civil de los administradores conforme a la Ley 222 de 1995.

5.7.- De lo expuesto, entiende la Sala, que el panel arbitral en su labor de intérprete de la demanda concluyó que la naturaleza y esencia de la causa petendi sometida a consideración tiene como fuente el presunto incumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado de quien fungió como administrador de la sociedad convocante, a más, del supuestos conflicto de interés en la adopción de algunas decisiones, ya debidamente reseñadas.



De ahí, pese a la calificación jurídica realizada por la convocante, las alegaciones fácticas que guarda conformidad con las normas del ordenamiento jurídico en materia de derecho societario, encuadran en la acción social de responsabilidad, concretamente en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, súplica que entraña -tal como se dijo- la existencia de una decisión y/o autorización previa de la Sociedad para su ejercicio.

No encontrándose, acreditada la autorización conllevó, en efecto, a desestimar la acción intentada en claro reflejo del estudio de un presupuesto obligatorio de la acción ejercida. Determinación contraria a lo pretendido con el recurso de alegación guarda relación sustancial con la pretensión sometida a trámite arbitral, por tanto, en correspondencia con el principio de congruencia en las decisiones judiciales.

Obsérvese, entonces, el respeto de la causa petendi de la pretensión de incumplimiento de los deberes del administrador, envuelta en la acción social de responsabilidad, tan es así, que dentro del trámite arbitral se dispuso de oficio el aporte del acta No. 34 de 28 de agosto de 2020, a efectos de acreditar la señalada autorización del máximo órgano social de la convocante, cuestión examinada en el laudo, y encontrada fallida.

Otrora, la pretensión del recurrente en estimar la declaratoria de responsabilidad civil del administrador bajo cuerdas propias del derecho civil no deviene afortunado dada la existencia de un régimen propio de responsabilidad del administrador fijado por normas comerciales que el mismo invoca como sustento de la demanda.

De hecho, las normas señaladas por el censor, especialmente, las disposiciones contenidas en el Decreto 1074 de 2015, enunciativas y ampliativas de responsabilidad del administrador por conductas que impliquen conflicto de interés, por autorización con información incompleta o falsa, y por autorización que perjudique a la sociedad, incluyen, la posibilidad de solicitar la nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores, pretensión ésta no pedida, y por ende, no materia de pronunciamiento en el laudo.

Además, la parte censora no rotuló otra acción de responsabilidad contractual del administrador con fundamentación jurídica distinta a la regulada acción social de responsabilidad.

5.8.- Por consiguiente, como el cargo analizado plantea un reproche in iudicando, al cuestionar la motivación que le dio el Tribunal de Arbitramento a este punto y como el reparo de asimetría debe edificarse sobre razones estrictamente adjetivas, esta Sala despachará desfavorablemente la causal de anulación objeto de análisis, pues no se reúne el segundo paso del enfoque de congruencia planteado por esta colegiatura." **(Magistrado Sustanciador Dr. Henry Andrew Barbosa Salamanca, Radicado Interno: 42.733 , Mayo 16 de 2022)**



**IMPUGNACIÓN DE ACTA DE ASAMBLEA-** Controversias en asambleas de propiedad horizontal/ **QUOROM ESPECIAL-** El exigido para asamblea ordinaria/ **SISTEMA DE VOTACIÓN-** Los documentos dan cuenta de la participación de los asistentes en la votación de la asamblea

“En concordancia con la Ley 675 del 2001 que regula el Régimen de Propiedad Horizontal establece lo siguiente:

“En el Artículo 49º Impugnación de Decisiones. El administrador, el Revisor Fiscal y los propietarios de bienes privados, podrán impugnar las decisiones de la asamblea general de propietarios, cuando no se ajusten a las prescripciones legales o al reglamento de la propiedad horizontal.

<Inciso derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014. En los términos del numeral 6) del artículo 627, ver en Legislación Anterior el texto vigente hasta esta fecha>

PARÁGRAFO. Exceptúense de la disposición contenida en el presente artículo, las decisiones de la asamblea general, por medio de las cuales se impongan sanciones por incumplimiento de obligaciones no pecuniarias, que se regirán por lo dispuesto en el Capítulo Segundo, del Título II de la presente ley.

En el Artículo 41. Reuniones De Segunda Convocatoria. Si convocada la asamblea general de propietarios, no puede sesionar por falta de quórum, se convocará a una nueva reunión que se realizará el tercer día hábil siguiente al de la convocatoria inicial, a los ocho pasados meridianos (8:00 p.m.), sin perjuicio de lo dispuesto en el reglamento de propiedad horizontal, la cual sesionará y decidirá válidamente con un número plural de propietarios, cualquiera que sea el porcentaje de coeficientes representados. En todo caso, en la convocatoria prevista en el artículo anterior deberá dejarse constancia de lo establecido en el presente artículo.

El Artículo 42. Reuniones No Presenciales. Siempre que ello se pueda probar, habrá reunión de la asamblea general cuando por cualquier medio los propietarios de bienes privados o sus representantes o delegados puedan deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva de conformidad con el quórum requerido para el respectivo caso. En este último caso, la sucesión de comunicaciones deberá ocurrir de manera inmediata de acuerdo con el medio empleado, de lo cual dará fe el revisor fiscal de la copropiedad. PARÁGRAFO. Para acreditar la validez de una reunión no presencial, deberá quedar prueba inequívoca, como fax, grabación magnetofónica o similar, donde sea claro el nombre del propietario que emite la comunicación, el contenido de la misma y la hora en que lo hace, así como la correspondiente copia de la convocatoria efectuada a los copropietarios.

Y el Artículo 44. Decisiones En Reuniones No Presenciales. En los casos a que se refieren los artículos 42 y 43 precedentes, las decisiones adoptadas serán ineficaces cuando alguno de los propietarios no participe en la comunicación simultánea o sucesiva, o en la comunicación escrita, expresada esta última dentro del término previsto en el artículo anterior.

Indicado lo anterior se procederá al estudio de las inconformidades de la parte recurrente de la siguiente forma:



1°. Quórum de la Asamblea y forma de realización: señala la parte recurrente, que la primera instancia no tuvo en cuenta lo dispuesto en el decreto 579 de 2020, con vigencia desde el 15 de abril del mismo año, limitándose exclusivamente al decreto 398 de 2020, en las Asambleas no presenciales, a pesar de que el decreto 579 del 2020, es posterior al 398 de 2020, en concordancia con el artículo 2 de la Ley 153 de 1887. Por lo anterior considera que la aplicación del quorum especial del decreto 398 de 2020, tuvo lugar hasta el 30 de junio 2020, encontrándose la Asamblea Ordinaria del 6 de agosto del 2020, por fuera de la temporalidad de aplicación.

Frente al mencionado reparo considera la Sala de decisión lo siguiente la Ley 675 de 2001, en su artículo 41, regula las reuniones de segunda convocatoria instituyendo que, sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento de Propiedad Horizontal, la asamblea sesionará y decidirá válidamente con un número plural de propietarios, cualquiera que sea el porcentaje de coeficientes representados.

Aunado a lo anterior el artículo 44 de la misma ley, regula las decisiones en reuniones no presenciales, estableciendo que en los casos que se refieren en el artículo 42 y 43 precedentes, las decisiones solo serán ineficaces cuando los propietarios no participen en la comunicación simultánea o sucesiva, o en la comunicación escrita.

En este mismo orden de ideas el artículo 1° y 3° del decreto 398 del 13 de marzo de 2020, indica que en las reuniones no presenciales de Junta de Socios, Asamblea General de Accionistas o Juntas Directivas, cuando se refiere a "todos los socios o miembros" menciona debe entender que son las personas que participan en la reunión no presencial, siempre que cuente con el número de participantes necesarios para deliberar según lo establecido legal y estatutariamente, y norma que es aplicable a todas la personas jurídicas sin excepción.

Por Ultimo el decreto 579 del 2020 que regula medidas transitorias en materia de propiedad horizontal, en su artículo 8° establece: En su numeral 1° las reuniones ordinarias de asamblea de edificaciones sujetas al régimen de propiedad horizontal de que trata la ley 675 de 2001, podrán efectuarse en forma virtual durante el periodo comprendido entre la vigencia del presente decreto y el 30 de junio de 2020, siguiendo los requerimientos del artículo 42 de la ley 675 de 2001, y del capítulo 16 del título 1° de la parte 2° del libro 2 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del sector Comercio, Industria y Turismo, y demás normativa legal y reglamentaria vigente aplicable a la materia.; y en su numeral 2° exterioriza que de manera presencial, a más a tardar dentro del mes calendario siguiente a la finalización de la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Se precisa que el Decreto 844 del 26 de mayo 2020, del Ministerio de Salud y Protección Social, prorrogó el estado de Emergencia sanitaria en todo el Territorio Nacional hasta el 31 de agosto de 2020, y así sucesivamente prorrogándose mediante los decretos 1462, 2230 ambos del 2020, y 222, y 738 del 2021.



Ahora bien siendo permitida por la Ley 675 del 2001, las Asambleas No Presenciales en su artículo 42 anteriormente mencionado siempre y cuando se permitan deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva de conformidad con el quórum requerido para el respectivo caso. En este último caso, la sucesión de comunicaciones deberá ocurrir de manera inmediata de acuerdo con el medio empleado, de lo cual dará fe el revisor fiscal de la copropiedad, yéndonos al caso objeto de estudio se evidencia lo siguiente:

La Asamblea Ordinaria fue convocada el 18 de julio del 2020, para llevarse a cabo el día 3 de agosto de 2020, y que por falta de quorum, se desarrolló por segunda convocatoria el 6 de agosto de 2020, en forma virtual, según las reglas de los artículos 41 y 42 de la Ley 675 del 2001 ley de Propiedad Horizontal, en concordancia con el Decreto 398 del 13 de marzo de 2020, ahora bien, de la revisión del video se observa que la misma se permitió la intervención de los Propietarios en forma simultánea incluyendo las de las hoy demandantes interviniendo en cada punto desarrollado dentro de la Asamblea. De igual forma se observa que se le permitió la participación de los mismos a través del sistema de votación implementado, como se puede evidenciar en el video y en los chats anexados en el memorial de demanda de la Pagina 55 al 97, circunstancia aceptada en el Interrogatorios de parte por la demandante Sra. Ingrid Marín Montagoth.

Tan así que iniciada la Asamblea se sometió a votación si deseaban que la administración dirigiera la Asamblea Ordinaria en atención a lo dispuesto en el inciso 2° de artículo 44 de la Ley 675 de 2001, siendo aprobado por los asistentes a la misma, dejando clara la intención de que la administradora guiara la misma, tal como se puede evidencia en el video de Asamblea Ordinaria de fecha 6 de agosto de 2020, en el documento del Chat y Acta anexo, con una votación de 22, aprueba, y 7 que no aprobó.

2° La no valoración del Reglamento Interno del Conjunto Residencial Santillana, anexo en el Expediente, y de su artículo 52:

De la revisión del memorial de demanda en sus anexos a pagina 98 al 350 se encuentra el Reglamento de Propiedad Horizontal del Conjunto Residencia Santillana, en el artículo 52° que regula las reuniones de segunda convocatoria es fiel copia de lo señalado en el artículo 41 de la Ley 675 del 2001

“Si convocada la asamblea general de propietarios, no puede sesionar por falta de quórum, se convocará a una nueva reunión que se realizará el tercer día hábil siguiente al de la convocatoria inicial, a las ocho pasado meridiano (8:00 p.m.), sin perjuicio de lo dispuesto en el reglamento de propiedad horizontal, la cual sesionará y decidirá válidamente con un número plural de propietarios, cualquiera que sea el porcentaje de coeficientes representados. En todo caso, en la convocatoria prevista en el artículo anterior deberá dejarse constancia de lo establecido en el presente artículo”

En este mismo orden el artículo 55° del mismo Reglamento, que regula las decisiones en reuniones no presenciales, reza lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 675 del 2001.



"En los casos a que se refieren los artículos 42 y 43 precedentes, las decisiones adoptadas serán ineficaces cuando alguno de los propietarios no participe en la comunicación simultánea o sucesiva, o en la comunicación escrita, expresada esta última dentro del término previsto en el artículo anterior.

Las actas deberán asentarse en el libro respectivo, suscribirse por el representante legal y comunicarse a los propietarios dentro de los diez (10) días siguientes a aquel en que se concluyó el acuerdo."

Y por último el artículo 50 del Reglamento de Propiedad Horizontal Santilla que regula las reuniones ordinarias mencionando lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 675 del 2001:

"La Asamblea General se reunirá ordinariamente por lo menos una vez al año, en la fecha señalada en el reglamento de propiedad horizontal y, en silencio de este, dentro de los tres (3) meses siguientes al vencimiento de cada período presupuestal; con el fin de examinar la situación general de la persona jurídica, efectuar los nombramientos cuya elección le corresponda, considerar y aprobar las cuentas del último ejercicio y presupuesto para el siguiente año. La convocatoria la efectuará el administrador, con una antelación no inferior a quince (15) días calendario.

Se reunirá en forma extraordinaria cuando las necesidades imprevistas o urgentes del edificio o conjunto así lo ameriten, por convocatoria del administrador, del consejo de administración, del Revisor Fiscal o de un número plural de propietarios de bienes privados que representen por lo menos, la quinta parte de los coeficientes de copropiedad.

PARÁGRAFO 1o. Toda convocatoria se hará mediante comunicación enviada a cada uno de los propietarios de los bienes de dominio particular del edificio o conjunto, a la última dirección registrada por los mismos. Tratándose de asamblea extraordinaria, reuniones no presenciales y de decisiones por comunicación escrita, en el aviso se insertará el orden del día y en la misma no se podrán tomar decisiones sobre temas no previstos en este.

PARÁGRAFO 2o. La convocatoria contendrá una relación de los propietarios que adeuden contribuciones a las expensas comunes."

No evidenciándose alguna limitación el Reglamento de Propiedad Horizontal Santillana, por parte de la administración para dirigir la Asamblea Ordinaria de reunión de Segunda Convocatoria.

3° El Sistema de Votación Nominal que no cumplió con los requisitos de Ley, y la Elección del Revisor Fiscal y la circunstancia con el Sr. Álvaro Mazorra Gómez.

Respecto del sistema de votación se clarifica que el artículo 41 de la Ley 675 del 2001, que regula las Reuniones de Segunda Convocatoria, se precisa que, sin perjuicio de lo dispuesto en el reglamento de propiedad horizontal, la cual sesionará y decidirá válidamente con un número plural de propietarios, cual quiera que sea el porcentaje de coeficientes representados.

De igual forma el artículo 45 de la misma norma, regula el Quórum y mayorías disponiendo:

"Con excepción de los casos en que la ley o el reglamento de propiedad horizontal exijan un quórum o mayoría superior y de las reuniones de segunda convocatoria previstas en el artículo 41, la asamblea general sesionará con un número plural de propietarios de unidades privadas que representen por lo menos, más de la mitad de los coeficientes de



propiedad, y tomará decisiones con el voto favorable de la mitad más uno de los coeficientes de propiedad y tomará decisiones con el voto favorable de la mitad más uno de los coeficientes de propiedad representados en la respectiva sesión.

Para ninguna decisión, salvo la relativa a la extinción de la propiedad horizontal, se podrá exigir una mayoría superior al setenta por ciento (70%) de los coeficientes que integran el edificio o conjunto. Las mayorías superiores previstas en los reglamentos se entenderán por no escritas y se asumirá que la decisión correspondiente se podrá tomar con el voto favorable de la mayoría calificada aquí indicada.

Las decisiones que se adopten en contravención a lo prescrito en este artículo, serán absolutamente nulas." (lo subrayado por fuera del texto).

Y el artículo 46 *ibídem* que reglamenta taxativamente las decisiones que exigen mayoría calificada estableciendo:

Como excepción a la norma general, las siguientes decisiones requerirán mayoría calificada del setenta por ciento (70%) de los coeficientes de copropiedad que integran el edificio o conjunto:

1. Cambios que afecten la destinación de los bienes comunes o impliquen una sensible disminución en uso y goce.
2. Imposición de expensas extraordinarias cuya cuantía total, durante la vigencia presupuestal, supere cuatro (4) veces el valor de las expensas necesarias mensuales.
3. Aprobación de expensas comunes diferentes de las necesarias.
4. Asignación de un bien común al uso y goce exclusivo de un determinado bien privado, cuando así lo haya solicitado un copropietario.
5. Reforma a los estatutos y reglamento.
6. Desafectación de un bien común no esencial.
7. Reconstrucción del edificio o conjunto destruido en proporción que represente por lo menos el setenta y cinco por ciento (75%).
8. Cambio de destinación genérica de los bienes de dominio particular, siempre y cuando se ajuste a la normatividad urbanística vigente.
9. Adquisición de inmuebles para el edificio o conjunto.
10. Liquidación y disolución.

PARÁGRAFO. Las decisiones previstas en este artículo no podrán tomarse en reuniones no presenciales, ni en reuniones de segunda convocatoria, salvo que en este último caso se obtenga la mayoría exigida por esta ley.

Bajo estas circunstancias se puede observar que la misma podía sesionar y decidir válidamente con un número plural de propietarios, cual quiera que sea el porcentaje de coeficientes representados, que en el presente caso el quorum inicial del 24.05% como se puede visualizar en el Acta de Asamblea Ordinaria de Segunda Convocatoria, del 6 de agosto 2020, anexada, en la cual se realizó la aprobación de los Estados Financieros del 2019 y Proyecto 2020, teniendo un Coeficiente del 18.2791% (se aprueba el presupuesto con un coeficiente del 17.5982%, y un voto en blanco de la Sra. Ingrid Marín que representa un coeficiente del 0.6809).

De la misma forma se sometió a votación la continuación del señor Elkis Pallares en condición de Revisor Fiscal, la misma no teniendo oposición por parte del coeficiente representado en la Asamblea, fue aprobada, posteriormente es cuestionado su aprobación solamente por la Sra. Ingrid Marín. Tal y como se puede evidenciar en el video, y en el Chat anexado con el memorial de demanda. Sin



olvidar el artículo 46° anteriormente mencionada, que regula las decisiones necesitan mayoría calificada, y el artículo 56 y 57, de la Ley 675 del 2001, que regulan la obligatoriedad y función del Revisor Fiscal.

Por lo que no se aprecia una deficiencia que afecte las decisiones tomadas, por el hecho que se haya votado por el número de unidades habitacionales representadas en ese reunión y no se tuviera en cuenta el porcentaje preciso de cada unidad en la propiedad horizontal ni tampoco se alegó ni acreditó en el expediente que de aplicar los porcentajes hubiera sido diferente el resultado de dichas votaciones.

Por último, frente a la votación las decisiones se deliberaron y decidieron por comunicación simultanea o sucesivamente, lo cual se acredita la validez con el video o chat, cual cumple con lo dispuesto con el Parágrafo del artículo 42 de la Ley 675 del 2001, en cual se determina que la validez de una reunión no presencial debe quedar prueba inequívoca, como fax, grabación magnética o similar donde sea claro el nombre del Propietario que emite la comunicación, el contenido de la misma, y la hora y fecha en que se hace.

Frente a lo referente a la Manipulación de la plataforma para No permitir la Intervención verbal del Sr. Alvaro Mazorra Gomez; de acuerdo al memorial de demanda y sus anexos la titular del derecho de dominio del apartamento 1002-1, es la persona jurídica "Sociedad MBMB Inversiones y Proyectos S en C." que está representada, en este asunto por la señora Josefina Blanco Dugand.

En nuestro Sistema de Derecho sustancial, la "personalidad jurídica" de una sociedad comercial para "ser sujeto de derechos y obligaciones por y para sí misma", es independiente y autónoma de la "personalidad jurídica" que les corresponde a las personas naturales o jurídicas que son sus socias o representantes legales, por lo cual las obligaciones y derechos que una de esas personalidades jurídicas adquiere no se trasmite ni vincula jurídicamente a las otras; a menos que esa otra entidad exprese su consentimiento al respecto, con el cumplimiento de los requisitos legales y convencionales necesarios para ello; por lo que no es aceptable la afirmación que el citado señor Mazorra, como persona natural, tenga la calidad de copropietario en la propiedad horizontal aquí referenciada y tenga directamente a su favor los derechos que aquí se menciona se le vulneraron.

Y, en la transcripción del Chat aportado con la demanda, se advierte que por el apartamento 1002-1, con el nombre de "Josefina Blanco Dugand" estuvieron indistintamente actuando dos personas naturales diferentes, al inicio 01:54:09, se identificó esta señora a nombre de ese apartamento y luego en otras ocasiones el referido señor Mazorra, así se aprecia, por ejemplo, a minutos 02:40:06, donde se pide el derecho a réplica a nombre de ambos y 02:47:48, donde se expresamente se indica "Alvaro Mazorra Gómez pide el uso de la palabra"; en el acta de la Asamblea se expresa que se aceptó su postulación al Consejo, siendo votado su nombre, y que luego de derrotado éste, trató de transferir su postulación a otra persona, por lo que se constata que esta persona natural tuvo acceso a la realización de la Asamblea, y él o la señora Josefina participaron a nombre de la



persona jurídica en la votación de los puntos de la misma.” **(Magistrado Sustanciador Dr. Alfredo de Jesús Castilla Torres, Radicado Interno: 43.513, Abril 20 de 2022)**

---

**NULIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA-** Liquidación de sociedad conyugal/  
**RENUNCIA DE GANANCIALES-** No están afectados por nulidad absoluta  
**NULIDAD RELATIVA-** Se declara probada la excepción de prescripción

“Solicita el demandante la declaración de nulidad por objeto y causa ilícita y falta de los requisitos formales del acto contenido en la escritura pública 1.076 del 16 de julio de 2016, otorgada por la Notaría Sexta del Círculo de Barranquilla, por medio de la cual se decretó la Cesación de Efectos de Civiles de Matrimonio Católico, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, entre los señores JAIRO MUÑOZ ARENAS y DIANA EDILIA RUIZ CIRO, así como la renuncia a gananciales por parte del señor JAIRO MUÑOZ ARENAS.

De acuerdo con el artículo 1775 del Código Civil, cualquiera de los cónyuges siempre que sea capaz, podrá renunciar a los gananciales que resulten a la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicios de terceros.-

De acuerdo a la anterior, en la renuncia de gananciales, una sola parte de obliga independientemente de la otra parte, aplicándolo a este caso, el señor JAIRO MUÑOZ ARENAS, manifiesta la renuncia a gananciales y la señora DIANA EDILIA RUIZ CIRO, la acepta.-

Por lo que es de concluir que la renuncia de gananciales efectuada por el señor JAIRO MUÑOZ ARENAS, no encierra objeto ilícito, por cuanto no es física, moral ni jurídicamente contraria a la ley y a las buenas costumbres, de acuerdo al artículo 1838 del C.C., ni causa daño moral social ni personal alguno.-

Así mismo, no existe causa ilícita, por cuanto los actos jurídicos contenidos en la escritura pública No. 1076 del 16 de julio de 2016, de la Notaría Sexta del Círculo Notarial de Barranquilla, como son la Cesación de los Efectos Civiles de Matrimonio Católico, celebrado entre los señores JAIRO MUÑOZ ARENAS y DIANA EDILIA RUIZ CIRO, la disolución de la sociedad conyugal ARENAS – RUIZ, la liquidación de la misma, la renuncia a gananciales, no solo están autorizados por la ley, sino que los mismos no son contrarios a las buenas costumbres.-



En la demanda, se señala que el demandante renunció a gananciales desconociendo las consecuencias jurídicas, de dicha renuncia, confiando en que no perdería derecho alguno sobre tales bienes, y al acuerdo oculto a que había llegado con la señora DIANA EDILIA RUIZ CIRO, de que se entregaría lo que le correspondiera a cada uno, ese solo hecho no conlleva a afirmar que la causa de dicha renuncia fue ilícita porque no atenta contra expresa previsión legal, ni contra las buenas costumbres, ni contra el orden público, pues así como se permiten las capitulaciones matrimoniales de acuerdo al artículo 1771 del Código Civil, los artículos 1837 y 1838 de la misma codificación, permiten la renuncia a los gananciales que a favor de cada uno de ellos puede resultar de la disolución de la sociedad conyugal.- En cuanto a lo alegado por el impugnante que hubo fallas tanto en la elaboración de la liquidación de la sociedad conyugal, como en la declaración de la demandada, la cual reconoce que sí existían bienes y deudas y sobre eso no se dijo nada, que no obstante, sobre la posible prescripción, del cuatrienio alegado por la demandada, cabe resaltar que cuando hay defectos, hay engaños, ningún acto debe quedar en firme, por cuanto está viciado. Así mismo, la identificación de los bienes inmuebles, de los automotores, las señoras hablan de que se hizo un pago de \$400.000.000, no hay prueba de ello, no hay un recibo, que debió explicarle a su cliente el perjuicio que le podría acarrear y no lo hizo, esas actuaciones, constituirían un vicio del consentimiento, que podría acarrear nulidad relativa.-

En relación con la nulidad relativa, el artículo 1750 del Código Civil, dispone que el plazo para solicitar la nulidad relativa es de cuatro años, en este caso, a partir de la celebración del contrato, que lo fue el 16 de julio de 2016, y haciendo el recuento correspondiente como lo señala la Juez A-quo, teniendo en cuenta el término de suspensión de los términos, a raíz de la pandemia Covid 19, los cuatro años vencieron el 16 de diciembre de 2020 y la demanda se presentó el 10 de marzo de 2021, cuando ya habían transcurrido los cuatro años de que habla la norma.-

Es de tener en cuenta que de acuerdo a los artículos 2512 y 2335 del Código Civil, para efectos del reconocimiento de la prescripción que extingue acciones, solo es suficiente el transcurso del tiempo y que sea alegada por la parte demandada.-

En el caso que nos ocupa, la excepción de prescripción fue alegada por la parte demandada y al haber transcurrido el término señalado de cuatro años, se impone, tal y como lo ordenó la Juez A-quo, declarar probada la excepción de Prescripción de la acción en relación con la pretensión de declaratoria de nulidad relativa, razones suficientes para confirmar el proveído impugnado." **(Magistrada Sustanciadora: Dra. Carmiña Elena Gonzalez Ortiz, Radicado Interno: 2021-00147F, Mayo 9 de 222)**



**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL-** Ejercicio de actividades peligrosas: Manejo de vehículos automotores/ **CAUSA DEL DAÑO-** Imprudencia del conductor del bus cuando desplazándose sobre una vía colectora atravesó la intersección con una vía arteria cuyos conductores ostentaban prelación/ **EXCESO DE VELOCIDAD-** En la persona que profesionalmente se dedica al transporte de personas en servicio público

“El debate en este caso es netamente probatorio y problema jurídico se centra única y exclusivamente en determinar si en efecto, la actividad incidente en el accidente de tránsito ocurrido el 07 de mayo de 2016 a las 6:00 p.m. fue la desplegada en ese momento por el señor Octavio Álvarez Alvarado consistente en la conducción del bus de placas BGW-852 sobre la calle 86 y el cruce de la intersección de esa calle con la carrera 51B.

(...)

1.8. Para efectos de analizar los reparos, se recapitula que, de las pruebas obrantes en el expediente está demostrado sin lugar a discusión que siendo aproximadamente las 6:00 p.m. del 07 de mayo de 2016, sobre la carrera 51B a la altura de la calle 86, se trasladaba el señor Eder José Jiménez Villamizar en sentido suroriente-noroccidente, conduciendo la motocicleta de placas MTQ-98D; y al mismo tiempo, sobre la calle 86 y a la altura de la carrera 51B, se traslada en sentido suroccidente-nororiente el bus de placas WGB-852 afiliado a Coochofal, conducido por el señor Octavio Álvarez Alvarado.

Ambos conductores o si se prefiere, ambos vehículos se encontraban en la intersección entre esas dos vías, ambos atravesando de un lado a otro cuando, el bus golpeó la motocicleta y el conductor de esta cayó y rodó sobre la calzada hasta llegar al andén en el que quedó inconsciente.

1.8.1. Al expediente fue allegado el informe de la policía de tránsito junto con el croquis elaborado en el que aparece que el accidente ocurrió a las 18:30 del 07 de mayo de 2016 y que el informe se levantó a las 19:10 de ese mismo día; y se plasmó que ambas vías se encontraban en buen estado, que ambas son de doble sentido y que la carrera 51b tenía dos calzadas, que había buena iluminación artificial, sin ninguna clase de señalización – ni semáforo ni letrero de «pare» –, que las vías tenían línea amarilla segmentada y flechas; así como que la visibilidad era «normal». Se dejó sentado en ese informe el área en que cada vehículo sufrió el golpe, indicando que la moto lo sufrió en el costado izquierdo y el bus en la parte frontal.



La hipótesis del accidente de tránsito, según el informe, fue achacada al vehículo n°. 2, que era el bus, con la codificación 132 y en letras específicamente se anotó «No respetar prelación.».

1.8.2. En su interrogatorio de parte, el señor Eder José Jiménez Villamizar hizo un relato de los hechos en el que básicamente hizo la narración de lo ya anotó la Sala con antecedencia, agregando que ese día conducía a una «velocidad moderada», motivo por el que el juez le requirió para que indicara velocidad exacta o aproximada y manifestó que entre 40 y 50Km/h. Expuso que cayó y que al rato quedó inconsciente, motivo por el que existen algunos detalles no precisa muy bien.

(...)

1.9.2. Entre las críticas de los apelantes, exponen que la actividad que provocó el accidente fue la del motociclista, pues, en su criterio ingresó a la intersección a más de 50Km/h, y que de acuerdo con el artículo 74 del Código Nacional de Tránsito, debió hacerlo a 30Km/h.

De acuerdo con el material probatorio recabado, ese demandante en su interrogatorio relató que conducía a una velocidad moderada y al serle requerida mayor precisión por parte del juez, informó que a unos 40 o 50Km/h.

No es posible establecer del material probatorio a qué velocidad exactamente conducía el motorizado, sin embargo, de sus mismos dichos se extrae que pudo haber ingresado a la intersección a una velocidad superior a la señalada en el artículo 74 del Código Nacional de Tránsito, esto es, a 30Km/h; y esa misma circunstancia se puede predicar del conductor del vehículo, desde que, haciéndose acreedor a la sanción de inasistencia del artículo 372 del Código General del Proceso, se presume la certeza de los hechos de la demanda susceptibles de confesión, que incluyen, el exceso de velocidad con el que el conductor de bus atravesaba la tan aquí mencionada intersección.

Y ese pues, es un tema superado en el que se avizora claramente que ambos vehículos ingresaron a la intersección en las mismas condiciones, pese a que, luego de seis años en su testimonio, el inspector de tránsito planteara otras hipótesis que no atan a éste órgano decisor, pues son solo opiniones fundadas sobre una base voluble que más tarde se pasará a explicar.

1.9.3. Ahora bien, le asiste razón a-quo en cuanto a que, del informe de tránsito obrante en el informativo, se rescata y no es motivo de dubitación alguna, el buen estado de las vías, la buena iluminación, la ausencia de semáforos y señales de «pare», así como la doble calzada de la carrera 51b



y la única de doble sentido de la calle 86, situaciones estas últimas que además son notorias.

Incluso, aunque fue luego infirmada y controvertida por el inspector de tránsito en su testimonio, es completamente rescatable la hipótesis n°. 132 sobre irrespeto de la prelación que fue achacada al conductor del vehículo y ahí si disiente la Sala del sentenciador de primera instancia, por los motivos que se pasa explicitar.

Es cierto que en esa intersección no había semáforo en la época del accidente, tal como viene señalado en el informe de policía, pues allí se colocaron semáforos apenas hasta el 15 de noviembre de 2016 según el comunicado oficial de la Alcaldía Distrital de Barranquilla realizado mediante el boletín n°. 194 del 11 de noviembre de 20162.

Sin embargo, no es cierta la apreciación de la parte apelante ni señalada por el inspector de tránsito en su testimonio, según la cual, ninguna de las dos vías era prevalente sobre la otra, es decir, que ni la carrera 51b era prevalente sobre la calle 86, ni esta sobre aquella; puesto que, en concepto de ese testigo, no existe norma que así lo disponga, ya que en la regulación de tránsito no existe una regla que establezca como vía prevalente, la de mayor flujo, que fue el criterio aplicado para señalar la hipótesis el momento y lugar del accidente. Vale agregar que, sobre esa base, cimentó el inspector de tránsito toda la hipótesis que novedosamente exhibió al ser escuchado su testimonio.

Esa es una equivocada apreciación jurídica que de ninguna manera ata al juez, pero que en este caso fue acogida por el sentenciador de primera instancia y de la cual se distancia abiertamente esta Sala, dado que, en línea de principio, el juez el que conoce el derecho y en tal sentido, resulta de plena observancia – al margen de los dichos del testigo – el plan de ordenamiento territorial del Distrito de Barranquilla 2012-2032, acogido mediante Decreto 0212 de 2014 y que obviamente cubre el año 2016. También resulta de exaltada relevancia los perfiles de sistema vial definidos mediante el anexo n°. 6 y el mapa U1 ilustrativo del sistema vial y su jerarquía.

A partir de esa normativa, el sistema vial de la ciudad de Barranquilla se compone, entre otras, por vías arteria – categoría asignada a la carrera 51b – y vías colectoras – categoría asignada a la calle 86 –.

Siguiendo el análisis netamente jurídico en lo que a la categorización de esas vías se refiere, es pertinente anotar que, de acuerdo con el artículo segundo del Código Nacional de Tránsito, una arteria – como la carrera 51b – es la «Vía de un sistema vial urbano con prelación de circulación de tránsito



sobre las demás vías, con excepción de la vía férrea y la autopista.»; y por otro lado, la vía colectora no viene definida en la referida normativa, sin embargo, se hace énfasis en que viene catalogada como lo que es, una vía colectora, que no como férrea o autopista, que son las únicas prevalentes frente a la arteria.

Es de ver, además, que, en la jerarquía definida en el Plan de Ordenamiento Territorial, el anexo n°. 6 y el referido mapa U1, la vía arteria tiene la categoría n°. 1 en la jerarquía, mientras que las colectoras, llevan las n°. 4 y 5.

(...)

Ahora, el conocimiento y respeto de esa normativa es de ineludible observancia, pues el desconocimiento no sirve de excusa de acuerdo con el artículo noveno del Código Civil; pero más importante aún es que, el señor Octavio Álvarez Alvarado que es un conductor profesional que en ese momento dirigía la actividad peligrosa en representación y como empleado de Coochofal, en la prestación del servicio público de transporte; personas natural y jurídica que se supone que siendo profesionales en ese campo, conocen en mayor medida la normativa legal y reglamentaria de tránsito, siendo para ellos aún más exigible la aplicación y obediencia a dichas reglas.

1.9.4. Se tiene claro hasta aquí que la colisión fue sufrida por el bus en la parte delantera y por la motocicleta en la parte trasera izquierda, por la parrilla o canasta que ésta llevaba, según el dicho de la víctima directa y del propietario del vehículo; que ambos vehículos ingresaron a la intersección a una velocidad superior a 30Km/h, que es la velocidad indicada por el Código Nacional de Tránsito para atravesar una intersección; y que como la motocicleta se desplazaba sobre la carrera 51b – vía arteria – llevaba la prelación sobre el vehículo tipo busetón que se desplazaba por la calle 86 – vía colectora –.

En este punto resulta importante desatacar las apreciaciones del juzgador de primer grado, según las cuales, las actividades peligrosas coexistentes al momento del hecho y desplegadas por los sujetos involucrados en el accidente no son del mismo talante, eso es un tema indiscutible; pues obviamente, la actividad dirigida por Octavio Álvarez Alvarado es mucho más riesgosa, debido a que conducía un vehículo tipo busetón, que es de grandes dimensiones y además intentaba atravesar la carrera 51b que tiene dos calzadas; mientras que, el señor Eder José Jiménez Villamizar se transportaba en un vehículo de menor tamaño – una motocicleta– sobre una vía arteria y por ende prevalente, y estaba intentando atravesar una calle colectora – no prevalente – de una sola calzada.



Es lógico que la actividad desplegada por el señor Octavio Álvarez Alvarado era más riesgosa y por tanto exigía un mayor cuidado, una diligencia más elevada, circunstancia que se refleja en que, de acuerdo con la norma general consagrada en el artículo 74 del Código Nacional de Tránsito, todos los conductores deben reducir la velocidad a 30Km/h, entre otros eventos, al aproximarse a una intersección; pero, de acuerdo con la regla especial consagrada en el artículo 66 ejusdem «El conductor que transite por una vía sin prelación deberá detener completamente su vehículo al llegar a un cruce y donde no haya semáforo tomará las precauciones debidas e iniciará la marcha cuando le corresponda.».

Y es que tal detención del señor Octavio Álvarez Alvarado no viene probada, incluso, no se produjo de acuerdo con lo probado en el expediente, toda vez que, viene presumido cierto el hecho de que a través de la intersección en alta velocidad narrado en la demanda. Y con alta velocidad no hace falta que sea 80, 100 o 120Km/h, lo que era imposible de acuerdo con las narraciones del demandante y el inspector de policía acerca de la congestión en la vía al momento de la colisión; sino que basta que haya sido a más de los 30Km/h que dispone el ya citado artículo 74 del Código Nacional de Tránsito.

(...)

Se agrega, que la afirmación del apoderado de los demandados en cuanto al 80% de ocupación del bus en la intersección, además de no constituir una regla de tránsito, puede tornarse lógica; no obstante, no ocurrió así en este específico caso; pues se repite que de acuerdo con las narraciones del demandante Eder José Jiménez Villamizar y el propietario del bus, el punto de colisión en la moto fue en la parrilla o sobre la canasta que allí llevaba, es decir la parte trasera; lo que lógicamente lleva a concluir, que la moto estaba dentro de la intersección y un punto más adelante al momento del accidente.

Y por otro lado se acota, que el señor Eder José Jiménez Villamizar se desplazaba sobre la carrera 51b en sentido suroriente-suroccidente, o si se prefiere con miras a la vía circunvalar, de manera que, no resulta de mayor relevancia el hecho de que, el conductor del bus sin observar de la prelación ni detener la marcha como lo impone la ley, haya superado la calzada en la que no se desplazaba el motociclista. Pero tampoco es cierto que el bus haya ocupado el 80% de la calzada sobre la cual se desplazaba el motorizado.

1.10. Planteada así la ponderación de las pruebas, es del caso precisar que al margen de que la velocidad de ingreso por parte del señor Eder José Jiménez Villamizar a la intersección haya sido en una velocidad superior a



30Km/h, lo cierto es que no fue el despliegue de esa actividad la que ocasionó la colisión.

Por el contrario, lo que ocasionó el accidente fue la imprudencia del señor Octavio Álvarez Alvarado, cuando, desplazándose sobre una vía colectora – calle 86 – atravesó la intersección con una vía arteria – carrera 51b–cuyos conductores ostentaban prelación, sin haber observado ni acatado ésta, sin haber detenido la marcha antes de ingresar a la intersección, situación que lo hizo golpear con la parte frontal del bus que conducía, a la motocicleta de placas MTQ-98D en su parte trasera izquierda, motocicleta que en ese momento era conducida por el señor Eder José Jiménez Villamizar.

Así las cosas, la responsabilidad civil se ubica en cabeza del extremo demandado, tal como lo estimó el juzgador de primera instancia; motivo por el cual los reparos relacionado con este tópico no se encuentra llamados a prosperar. Sin embargo, no se procederá a confirmar de forma integral la sentencia de primera instancia, habida cuenta de que se advierte una sobreestimación de los perjuicios reconocidos por el juez de primera instancia, estimación que no se condice con los parámetros establecidos en la doctrina probable de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

(...)

En el caso bajo estudio, el monto de la indemnización reconocida al perjudicado Eder José Jiménez Villamizar supera el límite fijado por la Corte Suprema de Justicia, habida cuenta de que establece en la suma de \$75.000.000., la cual claramente desborda los límites fijado por la jurisprudencia, sin establecer los elementos de juicio relacionado con la gravedad del hecho dañino, que permitan apartarse del criterio fijado por el organismo de cierre de la jurisdicción ordinaria y con base en ellos acrecentar la suma fijada por tal concepto. Se debe aclarar que la medida de la reparación no puede ser otra que la magnitud del agravio, postulado que se desprende de la disposición contenida en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, conforme a la cual “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”. De este modo, en atención a la lesión sufrida por el demandante, Eder José Jiménez Villamizar, esta Sala estima la compensación por concepto de perjuicio moral en la suma de sesenta millones de pesos (\$60.000.000), que se insiste, constituye el límite fijado para esta tipología de perjuicio.

Aunado a lo anterior, se considera excesivo el monto de conocido a los familiares. De conformidad con las pruebas obrantes al interior del proceso y particularmente a partir de las declaraciones rendidas, se encuentra



acreditada la cercanía y la estrecha relación que existe entre la víctima y sus familiares cercanos –primer y segundo grado-, lo que conduce a tener por demostrada la afectación sentimental sufrida aquellos como consecuencias de las afecciones sufridas por el señor Eder José Jiménez. Sin embargo, la Sala advierte que la estimación realizada por el a quo resulta excesiva, en la medida en que se trata de equiparar el sufrimiento de los familiares con el de la víctima directa del daño. Si bien es cierto, de conformidad con las reglas de la experiencia, los familiares se ven afectados en sus sentimientos ante los graves padecimientos de salud que aquejan a un familiar, estos generalmente no pueden equipararse a los sufridos por la víctima directa. Así las cosas, la Sala procederá a estimar el daño moral sufridos por los familiares en los siguientes términos:

- A favor de ALCIDES DANIEL JIMENEZ OSPINO (padre), la suma de \$40.000.000
  - A favor de AURA MARIA VILLAMIZAR PERCIA (madre), la suma de \$40.000.000
  - A favor de CRISTIAN DE DIOS JIMENEZ VILLAMIZAR (hermano), la suma de \$25.000.000.
  - A favor de RIGOBERTO JIMENEZ VILLAMIZAR (hermano), la suma de \$25.000.000.
  - A favor de YADIRA ROSA JIMENEZ VILLAMIZAR (hermana), la suma de \$25.000.000.
  - A favor de AURA ESTHER JIMENEZ VILLAMIZAR (hermana), la suma de \$25.000.000.
  - A favor de EDGAR ENRIQUE JIMENEZ VILLAMIZAR (hermano), la suma de 25.000.000.
  - A favor de ALCIDES DANIEL JIMENEZ VILLAMIZAR (hermano), la suma de \$25.000.00
- (...)

De conformidad con lo anterior, se procederá a modificar el numeral 5° de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, para efectos de reducir la estimación por concepto de daño moral en los términos antes indicados. Del mismo modo, se procederá a confirmar en los demás numerales la sentencia objeto de apelación.” (Magistrada Sustanciadora: Dra. Sonia Esther Rodríguez Noriega, Radicado Interno: 43.688, Mayo 27 de 2022).

**NOTA DE RELATORÍA:** Esta providencia tiene salvamento de voto de la Magistrada Ana Sulbarán Martínez, cuyos argumentos principales fueron:

*“Ello pues, tal como se anotó en el aparte de antecedentes en el fallo de segunda instancia, los reparos concretos formulados tanto por el apoderado judicial de la parte demandada, como por la vocera de la llamada en garantía, se circunscribieron única y exclusivamente a la incidencia causal en la producción del daño, pues en el sentir de los apelantes, de las pruebas recabadas se logró determinar que fue la actividad desplegada por el señor Eder José Jiménez Villamizar o la imprudencia de éste último la que ocasionó los daños que él mismo sufrió de forma directa.*

*La petición de los recurrentes en esta instancia se limitó a que se revocara la sentencia por considerar que la totalidad de la causa estuvo a cargo de ese demandante, o que subsidiariamente se distribuyera porcentualmente la responsabilidad. Y tales alegaciones las fundaron en la*



*equivocada teoría sobre la imposibilidad de determinar una prelación entre las dos vías encontradas en la intersección, así como en el supuesto ingreso del busetón en un 80% en ese empalme y el exceso de velocidad en el que supuestamente incurrió solo Eder Jiménez Villamizar.*

*4. Ahora bien, lo cierto es que, en el criterio de la suscrita, como el monto de las indemnizaciones y nada referente al elemento daño fue objeto de reparo por los apelantes, le está vedado a la Sala emitir pronunciamiento sobre ello, a la luz de lo previsto en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso.*

*(...)*

*5. En este punto itera la suscrita que en su percepción, no es posible extraer de los reparos concretos formulados en su debido momento, como tampoco de los escritos de sustentación presentados en esta instancia, que los recurrentes hayan formulado crítica frente al elemento daño de la responsabilidad civil ni mucho menos frente al monto de las indemnizaciones tasadas por el a-quo, sino que, limitaron su inconformidad a la incidencia causal.*

*Y es en coherencia con lo anterior, que para esta funcionaria no es viable analizar esos tópicos en esta instancia, sino que, el fallo se debió limitar a la dilucidación de la materia que fue objeto de reparo, que constituye lo estudiado en el proyecto inicial presentado a la sala por la suscrita y corresponde a lo considerado en el fallo, como se dijo al instruir este salvamento, hasta el inicio del acápite 2.3."*

**RESPONSABILIDAD MÉDICA-** Intervención quirúrgica ginecológica: histerectomía total/  
**COMPLICACIONES MÉDICAS-** Fístula vesiculovaginal/  
**PRUEBA PERICIAL-** Da cuenta de la inexistencia de cuerpo extraño en la paciente/  
**AYUDAS DIAGNÓSTICAS-** Sirven para llegar a posibles diagnósticos no concluyentes

"2.2. Previo a descender al asunto bajo examen, debe dejarse claro que el debate se centra en determinar si están acreditados los elementos de la responsabilidad civil en cabeza de las personas naturales y jurídicas demandadas, por haberse hallado un cuerpo extraño en la humanidad de la señora Ibeth Amparo Martínez Ramos, que haya sido dejado allí durante la intervención de histerectomía total que le fue realizada el 23 de junio de 2015 en la Clínica de la Costa.

La tesis de la Sala es que no está configurada la responsabilidad, toda vez que no está demostrado ni siquiera el primero de los elementos; motivo por el cual el recurso está llamado al fracaso.



2.3. Al entrar en materia y en el análisis del acervo probatorio debe anotarse en primer lugar que la parte actora no adosó a la demanda la historia clínica completa, entendida esta como el documento regulado en el artículo 34 y siguientes de la Ley 23 de 1981, según el cual aquella "...es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley."

Lo que allegó fue diversos documentos que conforman la mentada historia por tener información relacionada con la atención que fue brindada en las fases pre y posquirúrgica de la histerectomía total que le fue practicada el 23 de junio de 2015.

En ella se tiene primeramente el documento rotulado "consulta externa" fechado 10 de junio de 2015 en la que refiere una sintomatología y estudios paraclínicos finalizando con el plan "programar procedimiento quirúrgico", seguido por la epicrisis de hospitalización sobre la atención brindada entre el 23 y el 25 de junio de ese mismo año en la que se describe el procedimiento de histerectomía total que le fue realizado y en el cual se consignó que por observar evolución satisfactoria fue dada de alta.

El dilema inicia con el documento que sigue a los señalados, el cual corresponde a una "RADIOGRAFIA DE ABDOMEN SIMPLE CON PROYECCIONES ADICIONALES (SERIE DE ABDOMEN AGUDO)", realizada por el médico radiólogo Jaime Amaya Aljure en el que se observó aire libre subfragmático bilateral hacia el flanco y fosa iliaca y nivel hidroaéreo con gas en su interior, "lo cual podría estar en relación a proceso inflamatorio. Muestra además imagen radiodensa la cual podría estar en relación a cuerpo extraño." Esa exploración tiene como conclusión "DATOS EN RELACIÓN A NUEMOPERITONEO. IMAGEN QUE SUGIERE PROCESO INFLAMATORIO Y/O CUERPO EXTRAÑO HACIA EL FLANCO Y FOSA ILIACA DERECHA."

En la página 60 de los anexos de la demanda figura la epicrisis de hospitalización en relación con la atención y hospitalización que recibió la paciente entre el 30 de junio y el 07 de julio de 2015, en cuyo resumen se lee "PACIENTE CON ANTECEDENTE DE HISTERECTOMÍA QUE INGRESA A ESTE CENTRO POR PRESENTAR DOLOR EN ABDOMEN, EL CUAL MEDIANTE TAC DE ABDOMEN SE ENCUENTRA CUERPO EXTRAÑO POR LO QUE SE DECIDE INGRESAR A CIRUGÍA PARA NUEVO PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO, SE LE REALIZA LA EXTRACCIÓN SIN COMPLICACIONES. PACIENTE CURSA CON SATISFACTORIO POP (Sic) POR LO QUE SE DECIDE DAR EGRESO CON FÓRMULA MÉDICA, CITA CONTROL Y RECOMENDACIONES."



Continúa la historia clínica de hospitalización que tiene fecha 30 de junio de 2015 en cuya enfermedad actual aparece "PACIENTE MASCULINO (Sic.) DE 43 AÑOS DE EDAD QUIEN INGRESA CON CUADRO CLINICO DE MAS O MENOS DE 7 DIAS DE EVOLUCION CARACTERIZADO POR DOLOR ABDOMINAL ASOCIADO AL CUADRO REFIERE NAUSEAS, VOMITOS, REFIERE COMO ANTECEDENTE DE IMPORTANCIA HISTERECTOMIA REALIZADA EL 23 DE JUNIO DEL PRESENTE AÑO POR NO MEJORIA DEL CUADRO DECIDE ACUDIR HOY AL SERVICIO DE URGENCIAS".

A folios seguidos fueron allegados al expediente imágenes de radiología que debido a su carácter técnico y poca visibilidad por su tamaño y por ser fotocopias, no es posible para esta Sala darle una lectura apropiada. No obstante, a ese documento le sigue su correspondiente concepto, esto es, el resultado de la "TOMOGRAFIA AXIAL COMPUTADA DE ABDOMEN CONTRASTADA" realizada también por el médico radiólogo Jaime Amaya Aljure.

En los hallazgos se logra leer: "SOBRE EL FLANCO Y FOSA ILIACA DERECHA HAY IMAGEN QUE MIDE 12CM CON GAS EN SU INTERIOR Y CON FRAGMENTO DE DENSIDAD AUMENTADA QUE MIDE 1000 UNIDADES HU, LA CUAL PODRIA SER DE ORIGEN METALICO A ESTE NIVEL NO HAY MASAS NI COLECCIONES ABDOMINOPELVICAS. VEJIGA: DE CONTORNOS Y CONTENIDO NORMAL."; y se anotó como conclusión "DATOS EN RELACION A CUERPO EXTRAÑO EN LA FOSA ILIACA Y FLANCO DERECHO".

Los documentos hasta aquí reseñados que son algunos de los que conforman la historia clínica de la señora Ibeth Amparo Martínez Ramos permiten ver que se le tomaron imágenes, la cuales describieron todos los demandados en sus interrogatorios como ayudas diagnósticas sugestivas y no conclusivas, que enseñan una posible y eventual patología a descartar con procedimiento quirúrgico posterior.

Es así como, seguidamente, entre los anexos de la demanda aparece el documento titulado "DESCRIPCIÓN QUIRÚRGICA No. 7194" de fecha 1º de julio de 2015 en el que se refiere un procedimiento de "LAVADO PERITONEAL POSTQUIRÚRGICO POR LAPAROTOMIA- C40429"; que le fue practicado a la paciente precisamente con ocasión de las ayudas diagnósticas antes relacionadas. Entre los hallazgos se indica que es una laparotomía explorativa, drenaje de absceso pélvico (ligamento ancho izquierdo) y lavado peritoneal terapéutico.

En la descripción quirúrgica se anotó "PREVIA ASEPSIA Y ANTISEPSIA BAJO ANESTESIA RAQUIDEA SE INSIDE PIEL TCSC FASCIA CON INSICION DE KERR SE ABRE PERITONEO OBERVANDOSE GRAN CANTIDAD LIQUIDO AMARILLO ESPESO LIBRE EN CAVIDAD ABDOMINAL 1000CC APROX SE LOCALIZA MASA PELVICA QUE ABARCA LIGAMENTO ANCHO IZQUIERDO, SE ABRE Y SE ESTRAE LIQUIDO HEMATOPUROLENTO,



SE DRENA Y PROCEDE A RECONSTRUIR BASE DE ABCESO Y LIGAMENTO ANCHO CON VICRYL 1 EN SU BASE PREVIO PINZAMIENTO CON HENEY LUEGO SE PROCEDE COMPROBAR HEMOSTASIA 2 LUEGO REALIZA LAVADO PERITONEAL TERAPEUTICO, NUEVAMENTE Y PROCEDE A SUTURAR POR PLANOS ASI PERITONEO MUSCULO FASCIA TCSC Y PIEL, SE DEJA DREN NRO 14 A CISTOFLO, SE DA POR TERMINADO EL PROCEDIMIENTO SIN COMPLICACIONES.”

Los detalles de la intervención curativa realizada el 1° de julio de 2015 contrastan con el dicho de la parte actora únicamente sobre la presunta dejación de un cuerpo extraño metálico en la humanidad de la señora Ibeth Amparo Martínez Ramos, hecho que invocan como detonante de la responsabilidad civil.

Y se dice que solo choca con sus dichos toda vez que, lo encontrado en la laparatomía exploratoria según se ve, fue un absceso pélvico que también fue sugerido junto con el presunto cuerpo extraño en las ayudas diagnósticas imagenológicas, que de acuerdo con lo verificado hasta ahora son meramente sugestivas y no conclusivas.

2.4. Debe anotarse que la parte activa también cimentó su teoría acerca de la presencia del cuerpo extraño, señalando que para la fecha de su extracción– refiriéndose a la intervención quirúrgica del 1° de julio de 2015 – ya había ocasionado heridas internas a la demandante como lo fue la fístula vesiculovaginal que le fue hallada en la atención hospitalaria que inició el 28 de septiembre de 2015.

Esa fístula vesiculovaginal en efecto existió, de ello da cuenta la epicrisis de hospitalización visible en la página 71 de los anexos de la demanda en conjunto con la descripción quirúrgica n°. 7912 que obra en la página 76 de ese mismo documento, en la urografía intravenosa de la página 102.

En este último legajo se consignó como hallazgo “ORFIICO (Sic) DE FISTULA VESICOVAGINAL RETROTRIGONAL CON RETRACCION DE MUCOSA VESICAL”; y como descripción de la intervención “ASEPSIA ANTISEPSIA ANESTESIA LOCAL XILOCAINA JALEA CAMPOS QX POSICION DE LITOTOMIA PASO DE CISTOSCOPIO WOLF 19 FR A VEJIGA COLOCACION DE MECHA VAGINAL SE OBSERVA FISTULA VESICOVAGINAL RETROTRIGONAL CON RETRACCION DE MUCOSA VESICAL TRIGONO EN POSICION Y MEATOS ORTOTOPICOS. RESTO NORMAL SE INSTILA AZUL DE METILENO CON TINCION DE MECHA VAGINAL RETIRO DE EQUIPO Y MECHA VAGINAL NO COMPLICACIONES.”

De la presencia de la fístula y su corrección no existe discusión alguna en el compulsivo, la disputa se centra en si ésta es una herida interna ocasionada por un cuerpo extraño dejado en la humanidad de la actora o no.



No obstante – tal como se indicó anteriormente y como se verá más adelante al aludir a la prueba pericial – el cuerpo extraño no estuvo en el organismo de la señora Ibeth Amparo Martínez.

(...)

2.6. En aras de dirimir la controversia, el juez a-quo decretó como prueba pericial, la elaboración de un informe por parte del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el que respondiera a un cuestionario diseñado para absolver inquietudes con relación a los temas objeto de este proceso.

(...)

El referido profesional de la salud respondió a la pregunta sobre si fue dejado un cuerpo extraño en el cuerpo de la demandante durante la intervención de histerectomía total apuntando que no es posible determinarlo, pues ello sería viable únicamente con un registro diagnóstico posquirúrgico que no existe y explicó que el “...resultado de tomografía axial computada de abdomen contrastada realizada el 30 de junio de 2015 en la Clínica de la Costa... es solo un indicio de cuerpo extraño, no es un diagnóstico de certeza, en la hoja quirúrgica no se hace mención de cuerpo extraño, tampoco hay evidencia en la copia de historia clínica aportada de estudio histopatológico a cuerpo extraño encontrado en acto quirúrgico...” y expresó que en el examen cuidadoso de la historia, encontró el registro de la laparatomía realizada el 1º de julio de 2015 en la cual “...no se hace mención de cuerpo extraño, por lo tanto no se puede establecer de manera evidente mediante el análisis de la historia clínica.”

Sobre las posibles lesiones ocasionadas por el presunto cuerpo extraño, el perito expuso en su informe que no hay evidencia concreta de ello en la historia clínica e identificó las afectaciones de la señora Ibeth Amparo Martínez como propias del procedimiento de histerectomía total por miomas; precisando entre ellas “...las infecciones, la incontinencia urinaria, afectaciones estéticas, afectación psíquica y afectación a la actividad sexual.”

(...)

El apoderado de la parte demandante le preguntó sobre las secuelas de la histerectomía total y de la eventual circunstancia en que el médico que realizó la laparotomía para beneficio suyo no anotara la presencia de cuerpo extraño en la descripción de la intervención. El experto contestó que las fístulas vaginales son una secuela propia de la histerectomía, que él no estuvo presente en la cirugía, sino que ha rendido un dictamen tras evaluar la historia clínica y confrontarla con la literatura médica; que no se hizo la descripción del cuerpo extraño así que no le consta su presencia, limitándose a responder con base en la evidencia suministrada, que lo hallado fue un absceso pélvico que fue debidamente tratado.

(...)



A esto, el médico perito del ICMLCF explicó que en la medicina existen primeramente los diagnósticos, que son una impresión que apunta a lo que podría estar padeciendo el paciente mas no es una certeza; tales impresiones se logran a partir de exámenes como los radiológicos que pueden aproximar y ayudar al diagnóstico definitivo, pero no son concluyentes ni de certidumbre como si lo son las exploraciones quirúrgicas entre las que identificó aquellas en las que el profesional explora la cavidad abdominal, hace la abertura, palpa y emite el diagnóstico de certeza. Agregó que cuando se busca un cuerpo extraño dejado durante una cirugía – accidente quirúrgico – se debe diagnosticar de forma certera, y para ello se debe realizar otra intervención quirúrgica en la que se explora la cavidad, se evidencia el cuerpo extraño, se extrae y se envía al laboratorio de histopatología para su análisis.

Explicó que en la historia clínica la paciente en cuestión no se registró cuerpo extraño, sino un absceso pélvico; allí anotó la importancia de distinguir entre los tipos de diagnóstico, señalando que el de certeza es el que se hace con base en la intervención quirúrgica y es el procedente en este tipo de casos, el cual efectivamente se realizó de acuerdo con lo visto en la historia clínica y no hay evidencia del cuerpo extraño.

Enseñó que el nivel de certeza de los diagnósticos que realiza el radiólogo experto depende de su experiencia y el grado de visualización que haya tenido; que existen eventos en los cuales anota con certeza lo que observó, casos en los que se tiene una aproximación muy valiosa que puede ayudar al diagnóstico definitivo o final, pero que siempre se debe confirmar quirúrgicamente. Acotó que, además, en este caso particular ese resultado de radiología no es certero, toda vez que el radiólogo consignó una probabilidad de cuerpo extraño, no una afirmación definitiva.

Este elemento probatorio resulta de relevante importancia, pues se trata del concepto de un médico profesional adscrito al Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que si bien no es radiólogo ni ginecólogo; dio respuestas que revelan un alto grado de conocimiento sobre la temática; debiendo aclarar que lo que hizo básicamente fue analizar la historia clínica de la paciente e ilustrar el pleito con relación a lo que es un diagnóstico de ayuda y un diagnóstico certero; para tener claro que éste último se realiza con base en la exploración quirúrgica, de manera tal que a éste no puede sobreponérsele la ayuda.

(...)

2.8. En resumen, de acuerdo con lo probado en el expediente, a la señora Ibeth Amparo Martínez Ramos le fue practicada histerectomía total el 23 de junio de 2015, posterior a la cual presentó dolores, vómitos y otros síntomas con base en los cuales asistió a urgencias y le tomaron imágenes de ayuda



diagnóstica que sugirieron la posible presencia de un "...PROCESO INFLAMATORIO Y/O CUERPO EXTRAÑO...".

Debido a la referida aproximación diagnóstica y en aplicación de los protocolos, la paciente fue llevada a una segunda intervención quirúrgica el 1º de julio de 2015 para dar diagnóstico definitivo y así confirmar o descartar el accidente quirúrgico; en esa intervención se halló un absceso pélvico que fue drenado y según los artículos científicos y el concepto del perito escuchado, es una complicación propia del procedimiento de histerectomía total. Anotándose además que, habiéndose confirmado una de las dos posibles complicaciones que reveló la ayuda diagnóstica imagenológica, quedó descartada la otra, esto es, la presencia del cuerpo extraño.

Posteriormente la paciente ingresó nuevamente a hospitalización en el mes de septiembre de ese mismo año, momento en el que fue diagnosticada con una fístula vesiculovaginal que le fue corregida mediante intervención quirúrgica el 03 de octubre de 2015 y tras una correcta evolución, fue dada de alta. Esa fístula, según los artículos científicos anexados y el concepto del perito, es también una complicación propia del procedimiento de histerectomía total.

(...)

En este caso, de las pruebas arribadas al plenario refulge sin hesitación alguna, que los resultados de la segunda cirugía a la que fue sometida la señora Ibeth Amparo Martínez para confirmar o descartar la presencia de un cuerpo extraño, revelan que no hubo tal cosa en la humanidad de la actora y que los quebrantos de salud que ella presentó con posterioridad a la intervención de histerectomía total son complicaciones propias de aquella cirugía que en nada resultan atribuibles al ginecólogo que la practicó, tampoco al centro hospitalario ni a la EPS que garantizó sus servicios. Y "Esta conclusión trunca la prosperidad de la acción resarcitoria, al desestimar el ingrediente del nexo causal..." (**Magistrada Sustanciadora Dra. Ana Esther Sulbarán Martínez, Radicado Interno: 43.533, Mayo 26 de 2022**)

---

**PRUEBA DECRETADA NO PRACTICADA** - Como objeto de los reparos concretos de la alzada/ Falta de comparecencia de los testigos/  
**OPORTUNIDADES PROCESALES**- Principio de preclusión: El recurrente dejó vencer los espacios en los cuales pudo manifestar su reproche frente a las actuaciones surtidas en su presencia en la primera instancia



“5.4. Nótese que, pese a la falta de técnica con la que fue presentado el escrito de sustentación del escrito de apelación, que desde sus inicios adoleció de errores y desatiende el mandato legal al haber sido presentado antes de la oportunidad contemplada en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, debe resaltarse que tal como fue manifestado por el apelante y como lo evidenciaron posteriormente los no recurrentes, dicho escrito se limita a reprochar la no práctica de una prueba que fue decretada, pero que no fue realizada debido a la no comparecencia de quienes estaban llamadas a rendir los testimonios.

Así, como pretensión de su apelación, el recurrente solicitó que en segunda instancia se practicase dicha prueba y que una vez recibidos dichos testimonios y demostrados los hechos afirmados en el cuerpo de la demanda, se procediera a revocar la sentencia de primera instancia.

Dicho lo anterior, de la revisión de los argumentos traídos a colación por el apelante que guardan estricta relación entre los reparos concretos expuestos ante el a quo en la audiencia de instrucción y juzgamiento y el escrito de sustentación, además del estudio de las actuaciones surtidas en el curso de la primera instancia, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

i) En primer lugar debe señalarse que el punto principal de la apelación del asunto de estudio, esto es el reproche por la no recepción y/o práctica de los testimonios de las señoras LUZ MERY MORENO CUERVO y YANETH DE LA CRUZ SANDOVAL, contó con un primer momento procesal que no fue aprovechado por el hoy recurrente, pues al revisarse la audiencia de Instrucción y Juzgamiento llevada a cabo en fecha 05 de noviembre del 2021, se evidencia que el juez de instancia llama a sala a los testigos, quienes no se encuentran en la diligencia, sin que el apoderado del demandante manifieste su desacuerdo con la no práctica de la prueba, ni insista en su realización.

ii) Solo fue hasta la fase de alegatos de conclusión que el abogado manifestó la necesidad de que se trajera a los testigos para que respondieran a las preguntas que tuviera el despacho y/o su poderdante.

iii) Lo relacionado a la práctica de los testimonios en sede de segunda instancia quedó desestimado por auto del 29 de abril del 2022, en el cual éste Tribunal en Sala Unitaria de decisión, por proveído que no fue objeto de recursos, concluyó que NO era viable acceder a los mismos, toda vez que la solicitud no se enmarcaba dentro de las circunstancias descritas en el numeral 2º u otro de los dispuestos en el art. 327 del CPG, debido a lo siguiente:



a) De la revisión del expediente digital y las piezas procesales que lo conforman, se evidencia que pese a que la prueba solicitada en ésta instancia por el apelante fue decretada de oficio por el a quo, lo cierto es que ello obedeció a una adecuación que hiciera el fallador a una prueba que había sido solicitada por el mismo recurrente, quien habría solicitado inicialmente al juez de conocimiento la práctica de interrogatorio de parte de las señoras LUZ MERY MORENO CUERVO y YANETH DE LA CRUZ SANDOVAL, misma que fue negada al no ser procedente su práctica.

b) No obstante, en virtud de las facultades oficiosas, el juez de conocimiento decretó la recepción del testimonio de estas señoras, a fin que declarasen sobre los hechos y pretensiones de la demanda.

c) Sin embargo, las testigos no comparecieron a la diligencia, motivo por el cual su declaración no pudo ser escuchada.

d) El apelante manifiesta que la prueba no pudo ser practicada debido a que el juez no hizo un uso adecuado de sus poderes como director del proceso y buscó la comparecencia de las testigos, ello teniendo en cuenta que era una prueba de oficio, sin embargo no puede pasarse por alto que tal prueba era una adecuación a la que ya había sido erróneamente pedida por el apelante, motivo por el cual, quien tenía que velar por que se llevara a cabo e insistir en su práctica era precisamente él.

e) Así, al ser una prueba que había sido inicialmente solicitada por el recurrente, se podría interpretar que la carga de la comparecencia de las citadas testigos, la tenía este último y por ello, mal podría considerarse que en el presente asunto se dio cumplimiento a lo plasmado en el inciso 2º del art. 327 del CPG, requisito de cuyo cumplimiento depende que el juez de segunda instancia decrete la práctica de la prueba; ello máxime si se tiene en cuenta que al revisarse la audiencia llevada a cabo el día 05 de noviembre del 2021, se evidencia que el petente no dijo nada en el momento en que el juez llamó a las testigos y verificó que no habían asistido, solo manifestó su inconformidad fue cuando se le dio traslado para que presentara sus alegatos de conclusión." **(Magistrado Sustanciador: Dr. Juan Carlos Andrés Cerón Díaz, Radicado Interno: 43.709, Mayo 20 de 2022).**

.....

**SALA DE DECISIÓN LABORAL:**

**CONTRATO DE TRABAJO-** Existencia/ **HORAS EXTRAS-** Deber de carga de la prueba para quien las alegue/ **JUGADOR DE FÚTBOL-** No demostró que las horas extras pretendidas/ **MORA EN EL PAGO DE SALARIOS-** Inexistencia/ **PRESTACIONES SOCIALES-** No hay lugar a su reliquidación



“Ahora bien, en lo relacionado con el trabajo suplementario, de antaño la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en la necesidad de que las pruebas con las que se pretenda alcanzar el reconocimiento de aquel, cuenten con el carácter de claras y precisas, pues no hay lugar a que se realicen suposiciones al respecto, pues se debe contar con plena certeza de que las horas cuyo pago se busca, en efecto se hayan laborado, lo anterior, puede apreciarse en la sentencia CSJ SL radicado 27064 del 9 de agosto de 2006, citada recientemente en sentencia SL022 de 2022 por la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así: (...).

En este contexto, procedió la Sala a revisar las documentales que componen el expediente, evidenciándose que en estas no reposa prueba alguna que permita determinar que el demandante hubiere laborado horas extras o ejecutado actividades propias de la relación contractual fuera de su horario laboral, pues a pesar de que este alega que aquellas se efectuaron durante los partidos jugados por el equipo de fútbol de la demandada, exponiendo un listado detallado de fechas y horas de los mismos, dicha información no es fehaciente, toda vez que no viene acompañada de soporte válido que permita verificar tanto la realización del evento, como la asistencia del actor en cumplimiento de sus actividades laborales, recordándose que, de acuerdo al artículo 167 del C.G.P.: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”, norma aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del C.P.T.S.S.

Dicho esto, se tiene que, si bien en el expediente se encuentran los documentos remitidos por la División Mayor del Fútbol Colombiano en atención a la prueba decretada de oficio por el juzgado, en los cuales relaciona con fecha y hora los partidos jugados en los años 2012 y 2013 por la UNIVERSIDAD AUTONOMA DEL CARIBE FUTBOL CLUB S.A. UNIAUTONOMA F.C. S.A. y, que una vez comparados estos con la información expuesta por el actor se evidencia que la mayoría de las fechas y horas relacionadas por aquel durante el referido periodo coinciden con la información de la DIMAYOR, lo cierto es que tales documentos tampoco constituyen prueba que permita corroborar que el demandante haya laborado tiempo extra, pues dicho documento no ofrece certeza de que en efecto aquel hubiere hecho presencia en dichos eventos y aún más, ejecutando actividades propias del contrato que celebró con dicha empresa, sino que solo permite ver los partidos jugados por el equipo; adicionalmente, se observa que el aparte final del escrito aportado, la División Mayor del Fútbol Colombiano señala: “La anterior información sin perjuicio de que la hora de los partidos haya sido cambiada a última hora por motivos de fuerza mayor”, por lo cual, el mismo documento, destaca la posibilidad de que la información



contenida no sea acorde con la realidad en cuanto a los tiempos en que se efectuaron los partidos.

Lo expuesto, se suma al hecho de que el actor incluso omitió su deber de aportar material probatorio que permita establecer la jornada ordinaria en la que se desempeñaba, toda vez que, a pesar de que el contrato suscrito por las partes cuenta con una cláusula referente a “jornada”, la cual indica: “SEPTIMA: JORNADA. El trabajador se obliga a laborar la jornada ordinaria en los turnos y dentro las horas señaladas por EL EMPLEADOR, pudiendo hacer éste ajustes o cambios de horario cuanto lo estime conveniente. Por el acuerdo expreso o tácito de las partes, podrán repartirse las horas jornada ordinaria de la forma prevista en el artículo 164 del Código Sustantivo del Trabajo, teniendo en cuenta que los tiempos de descanso entre las secciones de la jornada no se computan dentro de la misma, según el artículo 167 ibídem.”

Esta no permite determinar a que periodo del día corresponde dicha jornada ordinaria, siendo necesario destacar que es a partir de la limitación y/o determinación de esta que se puede vislumbrar a partir de qué punto la ejecución de las actividades corresponde a trabajo suplementario, no pudiendo el fallador suponer y/o intuir dicha información, por lo cual, incluso, si hubiere certeza de que el demandante asistió a todos los partidos señalados por él, se tornaría en un imposible determinar si estos se dieron dentro de su jornada ordinaria o si corresponden a trabajo suplementario.

Ahora bien, debe realizarse salvedad en relación a la ineficacia de uno de los puntos del parágrafo I de la cláusula quinta, alusiva a salarios y forma de pago, el cual reza:

PARAGRAFO 1: Dentro de este pago se encuentra incluida **la remuneración de los descansos dominicales y festivos de que tratan los capítulos I y II del Código Sustantivo del Trabajo, así como los recargos nocturnos que le corresponda laborar en cumplimiento de sus labores.** Al vencimiento del presente Contrato, le serán liquidadas y pagadas al trabajador sus prestaciones sociales, de acuerdo con la Ley. (Negrita y subrayado fuera de texto).

El aparte resaltado es considerado ineficaz en razón a que desconoce lo consagrado en el artículo 168 del C.S.T., el cual establece de forma clara, la manera en que deberá liquidarse el trabajo extra nocturno, recordándose que el artículo 13 del código ibídem indica que “Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo.”.



No obstante, la cláusula sexta del referido contrato, la cual hace alusión al trabajo suplementario, señala:

“SEXTA: TRABAJO SUPLEMENTARIO. Todo trabajo suplementario o en horas extras y todo trabajo en día domingo o festivo en los que legalmente debe concederse el descanso, se remunerará conforme a la Ley, así como los correspondientes recargos nocturnos. Para el reconocimiento y pago del trabajo suplementario, dominical o festivo EL EMPLEADOR o sus representantes deben autorizarlo previamente por escrito. Cuando la necesidad de este trabajo se presente de manera imprevista o inaplazable, deberá ejecutarse y darse cuenta de él por escrito, a la mayor brevedad, a EL EMPLEADOR o sus representantes. EL EMPLEADOR, en consecuencia, no reconocerá ningún trabajo suplementario o en días de descanso legalmente obligatorio que no haya sido autorizado previamente o avisado inmediatamente, como queda dicho.”

Así las cosas, se tiene que, de acuerdo a la cláusula citada previamente, para el reconocimiento del trabajo suplementario era menester que medie autorización del mismo por parte del empleador, autorizaciones que tampoco fueron aportadas al expediente, iterándose que en el presente no se encuentran probadas las horas extras cuyo reconocimiento pretende el actor.

Adicionalmente, debe hacerse alusión al testimonio rendido por el señor Rafael Ricardo Ricardo, quien manifiesta haberse desempeñado como gerente administrativo encargado dentro del equipo UNIVERSIDAD AUTONOMA DEL CARIBE FUTBOL CLUB S.A. UNIAUTONOMA F.C. S.A., durante parte del periodo en el que se desarrolló la relación laboral entre las partes y que dentro de sus funciones se encontraba las de manejar la nómina y la revisión de la contratación de los servidores del equipo, entre otras. El testigo manifestó en su declaración, que el promotor del juicio tenía la obligación de acudir a todos los partidos del equipo y que le consta que lo hacía, al respecto, debe precisarse que esta Sala encuentra insuficiente dicha declaración para determinar que en efecto el hoy promotor del juicio haya acudido a todos los partidos relacionados por él en el libelo demandatorio, ya que, según el mismo testimonio del señor Rafael Ricardo Ricardo, este no ocupó el referido cargo durante todo el periodo en el que se desarrolló la relación laboral entre las partes del presente proceso, ni tampoco se tiene certeza de que los partidos se desarrollaran en horario distinto a la jornada regular.

De igual forma, el testigo en comentario recalcó que nunca recibió ninguna solicitud para laborar horas extras o alguna planilla en donde el actor le reclamara el pago de las mismas; sumado a ello, se observa que, a pesar de que aquel expresó en su testimonio que el demandante asistía a la



totalidad de los partidos jugados por UNIVERSIDAD AUTONOMA DEL CARIBE FUTBOL CLUB S.A. UNIAUTONOMA F.C. S.A., puede observarse que en las pretensiones de la demanda el actor no indica como tiempo extra todos los partidos jugados por el equipo, pues en la relación aportada por la División Mayor del Fútbol Colombiano se evidencia un número de partidos superior al relacionado por el demandante en el libelo demandatorio y, como se expresó con anterioridad, ante la indeterminación de la jornada ordinaria del actor, es imposible establecer la existencia de horas extraordinarias.

Dicho esto, se tiene que, no estando probadas las horas extras pretendidas, no existe mora en el pago de salarios al respecto y no hay lugar a que se efectúe reliquidación de prestaciones, pues ello dependía de la probanza de dicho concepto.” **(Magistrado Sustanciador: Dr. Fabian Giovanny Gonzalez Daza, Radicación Interna: 66.529, Abril 29 de 2022)**

---

**PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES-** Compatibilidad con pensión de jubilación convencional/ **CONVENCIÓN COLECTIVA-** Sus disposiciones no son aplicables por la falta de cumplimiento de los presupuestos que la misma establece/**CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA-** Improcedencia

“Así entonces, la controversia en el presente caso radica en que la actora afirma que su cónyuge causante cumplía los requisitos para obtener la pensión especial de jubilación por invalidez contemplada en el artículo 104 en la mencionada Convención Colectiva de Trabajo (CCT) y que, en virtud de ello, la pensión debió ser reconocida con el 100% del promedio del último año de servicios anteriores a la incapacidad y no, con el 73% con que en realidad fue reconocida.  
(...)

Aterrizando al caso objeto de estudio, avizora esta Corporación que, si bien existen incapacidades ocasionadas por la patología que padecía el señor JHON ALI HARB CEPEDA (Q.E.P.D), no obra en el expediente la prueba necesaria que permite determinar una pérdida de capacidad laboral y que pudiera hacerlo acreedor de una pensión especial de jubilación por invalidez y, por tanto, un cambio en el porcentaje de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida a la demandante.

Debe recordarse además, el deber que recae sobre las partes del proceso de probar aquello que sirve de sustento para el reconocimiento de lo pretendido, principio este que puede ser vislumbrado en disposiciones normativas como el artículo 167 del C.G.P., el cual versa que “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”, en consonancia con lo anterior, el artículo 164 del código ibídem establece la necesidad de la prueba, indicando que “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.”, mientras que, el



artículo 60 del C.P.T.S.S. señala que “El Juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo.”.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL170 de 2021, citando la sentencia CSJ SL radicado 21779 del 22 abril 2004, señaló:

“En todo caso y por amplitud, debe recordar la Sala, que por cuenta del art. 177 del CPC –vigente para entonces- hoy art. 167 del CGP, quien pretende un derecho tiene la carga de alegar y probar los hechos que lo producen, pues «De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado» (Sentencia CSJ SL, 22 abril 2004, rad. 21779).” (Negrita y subrayado fuera de texto)

El derrotero jurisprudencial citado, aunado a los argumentos expuestos a lo largo de este proveído, permiten sin mayores elucubraciones, concluir que ninguna vocación de prosperidad tienen las pretensiones de la demandante, pues, al no existir una calificación de pérdida de capacidad laboral que permitiera determinar el porcentaje de la misma, y por tanto, la invalidez del finado causante, no se cumplen los presupuestos para hacerse beneficiario de la cláusula 104 de la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 y por ende, no existe presupuesto legal que soporte un cambio en la pensión de sobrevivientes reconocida a la señora CONSUELO IVET LEON HERRERA , en calidad de cónyuge del mismo.

Ahora bien, manifiesta la apelante que al negar las pretensiones incoadas se está desconociendo el principio de condición más beneficiosa. Al respecto, debe precisar este Tribunal que el alcance de dicho principio constitucional ha sido definido por las altas cortes, entre otras, en sentencia SL1021-2022, emanada por el Máximo Órgano de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en la que señaló:

“La condición más beneficiosa es una expresión concreta del principio protector en materia laboral y de seguridad social derivada del artículo 53 Superior, que se materializa, además, en los postulados de favorabilidad e in dubio pro-operario. En materia pensional se acude a ella, doctrinal y jurisprudencialmente, en aquellos casos en los cuales se produce un cambio legislativo sin que el legislador haya previsto un régimen de transición que señale la senda a recorrer para aquellas personas que, de alguna manera, se encontraban cobijadas por una normativa que les era más conveniente.” (Subrayado y negrita propios de la Sala).

De la jurisprudencia citada, se extrae que, el principio de la condición más beneficiosa procura mantener o respetar la situación individual alcanzada bajo una norma, frente a la situación impuesta por un precepto legal posterior, que ha



establecido un tratamiento más gravoso con respecto a esas disposiciones. En consecuencia, se aplica en aquellos casos en que una norma instituya condiciones más gravosas que las ordenadas por la legislación anterior, y se han consolidado las condiciones de ésta.

No obstante, en el caso que ocupa la atención de la Sala, no se encuentra en consideración la aplicación de una norma posterior que haya agravado una situación ya consolidada, pues se itera, la pretensión se encuentra encaminada a la aplicación de una disposición convencional, la cual no puede ser empleada por la falta de cumplimiento de los presupuestos que la misma establece.”  
**(Magistrado Sustanciador: Dr. Fabian Giovanny Gonzalez Daza, Radicación Interna: 67.715, Abril 29 de 2022).**

---

**PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES**-Discusión conyuge y compañera permanente/  
**CONYUGE SUPERSTITE**- Fue a quien fue reconocida inicialmente la prestación económica que disfrutó hasta su fenecimiento/  
**BENEFICIARIA PENSIONAL**- Resulta serlo la compañera permanente por haber acreditado el cumplimiento de los supuestos fácticos legales/  
**DOBLE PENSIÓN**- Resulta improcedente por detrimento a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones

“Sea lo primero precisar, que no es motivo de discusión en esta instancia, que el señor MANUEL ANTONIO ORTEGA DE LA HOZ (Q.E.P.D.), falleció el día 14 de marzo de 1995, por causas de origen común, hecho que se acredita con la copia del folio del registro civil de defunción obrante a folio 8 del expediente.

Así mismo, no se discute que, tras la muerte del mencionado señor, se presentaron ante la demandada las señoras GLADYS JOSEFINA DEL TORO ORTEGA y la demandante MARIA ESTHER VELANDIA SARMIENTO, con miras a obtener para ellas el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que dejó causada el finado MANUEL ANTONIO ORTEGA DE LA HOZ, la primera aduciendo ser la cónyuge y la segunda, indicando que ostentaba la calidad de compañera permanente. Lo anterior, tal como se acredita con la copia de la Resolución N° 000291 de 1996, en la cual consta que negaron la prestación a la actora, al estar probado vínculo matrimonial vigente del asegurado con la señora DEL TORO ORTEGA, quien, por el contrario, si recibió la prestación a partir del 14 de marzo de 1995, tal como puede avizorarse en la Resolución N° 004136 de 1996, la cual fue aportada por la demandada.

Es igualmente pacífico entre las partes, el hecho de que la promotora del juicio solicitó a la enjuiciada, en múltiples ocasiones, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del señor ORTEGA, siendo la última reclamación el día 8 de abril de 2019, la cual fue resuelta negativamente por la demandada a través de resolución SUB 157963 del 19 de junio de 2019 (fls. 10-13).



Como último punto probado, se encuentra el que la señora GLADYS JOSEFINA DEL TORO ORTEGA, cónyuge del causante y a quien se itera, si fue otorgada la pensión aquí incoada, falleció el 15 de octubre de 2014, tal como puede corroborarse en su registro civil de defunción obrante a folio 9 del expediente.

Así entonces, a fin de desatar el problema jurídico planteado, resulta necesario precisar que las leyes aplicables para el caso del reconocimiento de una pensión de sobrevivientes son las vigentes al momento de la ocurrencia del fallecimiento del afiliado o pensionado, según el caso, como lo ha explicado de antaño la jurisprudencia, entre otras, en sentencia SL415-2022. En dicha providencia la Corte Suprema de Justicia señaló:

“(...) advierte la Sala desde ya, que le asiste razón a la censura, pues la tesis planteada por el Tribunal resulta contraria y desconoce la pacífica y reiterada jurisprudencia de esta Sala de la Corte, relativa a que en tratándose de una pensión de sobrevivientes, la norma aplicable para esos efectos, es la vigente al momento del fallecimiento”.

En este caso, el deceso del señor MANUEL ANTONIO ORTEGA DE LA HOZ (Q.E.P.D.), ocurrió el día 14 de marzo de 1995, tal y como consta en la copia del folio del registro civil de defunción aportado al expediente (fl. 8). De ahí, que la pensión de sobrevivientes demandada, se gobierne por los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 original, por ser la normatividad vigente para la fecha de su exigibilidad, que es la misma del fallecimiento del afiliado.

(...)

En ese orden de ideas, en primer lugar, resulta menester resaltar que, la calidad de compañera permanente que ostenta la actora fue reconocida en sede administrativa por la demandada, específicamente en la resolución SUB 157963 del 19 de junio de 2019, en la cual la llamada a juicio indicó claramente que “si bien es cierto la señora VELANDIA SARMIENTO MARIA ESTHER acreditó la calidad de compañera permanente, también lo es que, por derecho preferencial en virtud del cual en caso de existir convivencia simultánea se debe preferir a la cónyuge superviviente con derecho a la pensión, no es procedente reconocer a prorrata por el tiempo de convivencia, porque la Ley 100 de 1993 en su versión original lo establece”.

La anterior posición fue confirmada por la demandada en la resolución SUB 192595 del 22 de julio de 2019, en la que se afirmó que “se acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por María Esther Velandia Sarmiento una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa”, empero, la entidad llamada a juicio especificó en dicho acto administrativo que la negativa de la prestación se debía a que ya se había sido concedida la pensión de sobreviviente a la cónyuge del causante, y que, la Corte Suprema había sido enfática en darle un derecho preferente a esta última, cuando existiera convivencia simultánea con una compañera permanente.

Ahora bien, si en gracia de discusión, se dudara del reconocimiento vía administrativa sobre la calidad de compañera permanente de la promotora del



juicio, procede esta Corporación a evaluar si la misma cumplió con los requisitos exigidos en la ley para ser beneficiaria de la prestación deprecada, en condición de compañera permanente del causante. En ese sentido, se tiene que, de las pruebas traídas al proceso resulta evidente que la demandante logró demostrar que convivió con el señor MANUEL ANTONIO ORTEGA DE LA HOZ (Q.E.P.D.), pues, además de haber procreado 3 hijos con el finado, la demandante probó que tenía su domicilio en el municipio de Baranoa, Atlántico, mismo lugar en el que feneció el causante.

Aunado a lo anterior, contamos con que los testigos coinciden en la relación de familia y convivencia que ostentaban la actora con el causante durante 35 años, coincidiendo con las declaraciones notariadas de los vecinos de la misma, quienes residen en el mismo municipio y también concordaron en que la señora VELANDIA SARMIENTO compartía un techo permanentemente con el señor ORTEGA DE LA HOZ (Q.R.P.D) hasta el día de su muerte, manteniendo una convivencia efectiva, real y material y que incluso, la misma dependía económicamente de él.

Las situaciones descritas, le brindan a este Tribunal un convencimiento suficiente que permiten dar por demostrado la calidad de compañera permanente que tenía la promotora del juicio, iterando que incluso, dicha condición fue aceptada por la demandada y, evidenciados los supuestos de hecho contemplados en el texto original del artículo 47 de la ley 100 de 1993, con lo cual se configura a favor de la señora MARIA ESTHER VELANDIA SARMIENTO la sustitución pensional, más aún, teniendo en consideración que el requisito de la vida en común con el causante por más de 2 años no resultaría exigible, en razón a la salvedad legal de su exclusión cuando se ha tenido hijos con el pensionado fallecido, que en el caso en particular, quedó demostrada la existencia de 3 hijos producto de dicha unión.

Precisado lo anterior, se hace necesario recordar el reconocimiento pensional otorgado a la cónyuge del causante, señora GLADYS JOSEFINA DEL TORO ORTEGA, lo que permite deducir que se podría estar frente a una convivencia simultánea, evento que a diferencia de la Ley 797 de 2003, no fue contemplado en el texto original de la Ley 100 de 1993, norma esta última que se reitera, es la aplicable para el caso en concreto. En ese sentido, teniendo en cuenta que se encuentra demostrado el derecho de la demandante, es menester referirse a la Carta Superior y jurisprudencia esbozada por el Máximo Órgano de la Jurisdicción Constitucional, a fin de desatar el problema jurídico.

(...)

De los argumentos expuestos, resulta evidente el cumplimiento de los supuestos fácticos legales para que la demandante sea beneficiaria de la pensión de sobrevivientes deprecada, empero, como en el caso particular, contamos con que la prestación fue reconocida inicialmente a la cónyuge del finado, señora GLADYS JOSEFINA DEL TORO ORTEGA, desde la fecha de fallecimiento del causante y la misma la disfrutó en su totalidad hasta el 15 de octubre de 2014, calenda de su fenecimiento, debe entonces la prestación deprecada por la actora ser cancelada desde esta última data, ya que, tal como lo consideró la juez de instancia, no podría imponerse a la demandada un doble pago de la pensión,



pues, ello implicaría un detrimento a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.”(Magistrado Sustanciador: **Dr. Fabian Giovanny Gonzalez Daza, Radicación Interna: 70.780, Abril 29 de 2022**).

---

### **SALA DE DECISIÓN PENAL:**

**PRUEBA TESTIMONIAL**-Valoración probatoria en conjunto/ **TESTIGOS PRESENCIALES**- Reglas de apreciación conforme lo establecido en la legislación procesal penal/ **TESTIGOS DE CARGO**- No fueron desacreditados por la defensa técnica/

“El recurrente apela a un tecnicismo jurídico y que tiene que ver con las falencias que advierte en el proceso de valoración probatoria en la sentencia condenatoria y los cuales son el falso juicio de identidad y falso juicio de racionalidad para mostrar a la Sala, que el juzgador no valoró de manera correcta lo que ofrecen las pruebas – mayorías testimoniales – porque en esa labor se cercenó o se omitieron aspectos de vital importancia para las resultas del proceso y desde otro ángulo de su perspectiva admite que se inaplicaron los principios de la sana crítica entre ellos la experiencia, la lógica o los precedentes jurisprudenciales, sin que nos muestre cuales de estos se omitieron en el proceso suasorio de los medios probatorios.

Pero la Sala, escrupulosa en su labor funcional en el escenario de la segunda instancia observa como el recurrente hace las anteriores críticas sin que acuda a un medio probatorio que le dé aval a su tesis y si ello ocurre en ese contexto podría la Corporación hacer el balance de las hipótesis enfrentadas pero no de una manera literal o elíptica sino bajo el supuesto lógico de habilitar una confrontación no solo con las pruebas que solidifiquen una posición o sea las de cargo y las de descargo; sino en la devenida crítica que inspira al apelante en cuanto a que considera que impugnó la credibilidad del testigo de cargo Manuel Beltrán, acudiendo para ello al numeral 2º del artículo 403 de la Ley 906 de 2004 y que guarda relación con que se escrute “capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración”.

Herramienta jurídica al servicio de las partes – impugnar credibilidad del testigo – que en el caso de la especie que aborda el recurrente para limar el marco de credibilidad del testigo Manuel Beltrán, tal como lo dice el Juez de instancia no se hizo en forma adecuada y guardando las estrictas reglas que para que ello ocurra nos brinda el mencionado artículo 403 de la Ley 906 de 2004 porque para poder afirmar que no hay que creer en lo que dice Manuel Beltrán, por tener mermada la capacidad para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre su declaración ha de existir un elemento material ex ante o concomitante con el desarrollo de ese testimonio y que legalmente se introduzca en la audiencia del juicio oral al torrente probatorio tal como sería una declaración anterior del testigo y que para su efectividad y valoración tiene que ser leída de viva voz en ese allende estadio procesal o que exista un elemento material o evidencia que nos marque el camino para tener por sentado que las capacidades cognitivas del



testigo se encuentran diezgadas en razón de que así lo certifico un médico o especialista en determinado vector de la percepción del ser humano cosa que aquí claramente se ausenta.

Y dice la Sala, que lo que emerge prístino dentro del debate forense es la particular visión del apelante sobre las condiciones o calidades del testigo Manuel Beltrán, unido a la imprecisión no trascendente que se yergue dentro de la visión y narrativa de los dos testigos presenciales de los hechos Manuel Beltrán y Emperatriz del Rosario González Sanjuan, porque esta última tía del occiso dice que en el lugar de los hechos estaba oscuro y sin embargo por tener luz en su casa observó el desarrollo de los hechos y precisa sin vacilación quien manejaba la moto señalando que no es otro que el procesado pero además escucha el sonido de 2 disparos de arma de fuego mientras que Manuel Beltrán, afirma que estaba claro por lo que pudo ver cómo ocurrieron estos hechos criminales y escucha 3 disparos de arma de fuego dando seguidamente las características del arma homicida a quien la rotula como una pistola plateada que es diferente del arma tipo revolver porque esta no tiene tambor/manzana.

Mírese que ninguna diferencia sustancial hay entre el testimonio de Manuel Beltrán y Emperatriz González porque ambos conocían a la víctima, afirman que el homicidio fue con arma de fuego, que los hechos ocurrieron en la calle 11 con carrera 5 del Barrio Loma Fresca del Municipio de Puerto Colombia, ambos conocían al procesado por su actividad de mototaxista, señalan observar cuando el parrillero se le acerca a la víctima y le dispara, el procesado lo espera y lo recoge. Y es ahí donde el testigo Beltrán, teme por su vida por la cercanía o intermediación que tuvo con los protagonistas de los hechos criminales.

(...)

Más allá de todas estas consideraciones la narrativa de los testigos es armoniosas, ubicadas en tiempo, lugar y horas sin que diverjan o se confundan en que persona era la que conducía la moto el día de los hechos porque ofrecen el nombre completo de este y ya ahí emerge una credibilidad que no se debilita con los argumentos de el censor y mucho menos con recapitular valorativamente sobre aspectos accidentales en las evocaciones de los testigos de marras que son apenas imprecisiones naturales de la conducta humana, como en el caso nuestro, cuando observan pasmosos como se le arrebató la vida a un congénere y que en esos momentos álgidos también de seguro temieron por sus sendas vidas. Véase lo que dicen estos testigos: (...).

El tribunal, desde otra visión analítica de la posición de la defensa técnica en sede de segunda instancia la cual se apoya en 2 testigos que no presenciaron los hechos pero que pretende la fortaleza en su credibilidad lo es ubicar a la hora y el día de los hechos al procesado en un lugar distinto a donde efectivamente ocurrieron estos; es decir, el testigo Jairo Jiménez Gual, conoce al procesado, sabe de su actividad de mototaxista e incluso hubo una serie de narrados sucesos para posteriormente departir pan con gaseosa en una tienda del Barrio Pradomar, donde también vivía este testigo para sostener que esto se produjo en horas cercanas de 6:00 pm a 7:00 pm, mientras que el otro testigo de la defensa German Padilla Castro, ya no ubica al procesado en el Barrio Pradomar; sino que lo coloca



en la "nevada" en la plaza del municipio de Puerto Colombia, en un rango horario de 5:30 pm a 9:00 pm; vale decir que a su juicio este no contribuyó a la comisión del homicidio porque estaba en 2 lugares diferentes a donde este ocurre.

Aquí si pretendía la defensa técnica edificar una hipótesis que favoreciera al procesado a partir de los testimonios de descargos y que fueron reseñados en el acápite anterior por lo que habría que pensar en una anfibología que rompa de manera literal con el principio aristotélico de no contradicción y que éste encarna unas premisas de lógica aceptación y dentro de las cuales tenemos que una persona no puede ser o estar al mismo tiempo en diferentes lugares y si ello es así resulta naturalísticamente imposible de aceptación la hipótesis de la defensa ya que esta queda sin solidez y concluimos de tal talante argumentativo cuando el procesado no lo ubican en sitio distinto a donde ocurrieron los hechos una vez sino dos veces o dicho de otra manera a la hora del crimen según un testigo estaba en una tienda del Barrio Pradomar tomando gaseosa con pan y el otro testigo lo coloca el mismo día a la misma hora de los hechos en la "nevada" de la Plaza de Puerto Colombia, lo cual rompe con la lógica, los dictados de la ciencia y las reglas de la experiencia aplicadas de manera sensata a este particular caso, véase lo que dice la Corte sobre el principio de no contradicción: (...).

De modo que esas diferentes ubicaciones del procesado hacen que la hipótesis defensiva no sea monolítica para la Sala y en vez de ello y si cobra fuerza creíble la tesis que esbozan los testigos de cargo e incluso sobre el particular aquí nadie osa discutir y ni siquiera la defensa técnica de que estos no fueran testigos presenciales de los hechos ya que la fustigación probatoria de la defensa tiene como claro propósito señalar que las esferas perceptivas del testigo Manuel Beltrán, no estaban en condiciones para observar lo ocurrido por fuera de la Ley y sin embargo, la defensa nada dijo sobre esas características humanas de la testigo señora Emperatriz González Sanjuan, quien a pesar de afirmar que el sitio de los hechos estaba oscuro si pudo ver al asesino de su sobrino y también al aquí procesado en calidad de mototaxista que lleva y espera al fascineroso material del crimen cuyo nombre o caracteres físicos se ausentan de este entramado procesal.

Otros aspectos de los testigos de la defensa no tan trascendentes por si solos, pero que unidos van marcando una fortaleza que desnuda de manera intestina sus credibilidades aplicados los principios de la sana crítica y entre ellos está la incongruencia o inconsistencia que nos enuncia el testigo Jairo Jiménez Gual cuando señala que conoce al procesado desde hace 18 años por su actividad de mototaxista y mientras tanto el procesado afirma que tiene 23 años o lo que es lo mismo maneja servicio público de moto taxi desde los 5 años, circunstancia exótica dentro del mundo de esta actividad no solo desde el punto de vista legal sino físico. La Sala también otea que curiosamente el testigo German Padilla no fue contundente con relatar de que se encontraba con el procesado en la "nevada" de la plaza de Puerto Colombia, ya que es divagante cuando advierte que "normalmente se encuentran en la plaza" y acostumbra a estar hasta las 9:00 pm y esto se constituye en una afirmación de tipo ordinario o genérico que para su aceptación requiere de corroboraciones más precisas.



Como viene de verse los medios de conocimiento y en especial los testimonios fueron valorados de manera conjunta y siempre teniendo de presente lo regulado en los artículos 402 y 404 de la Ley 906 de 2004 ósea valorando lo que presenciaron los testigos de cara a lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar tiempo y modo en que se percibió, procesos de rememoración, el comportamiento de los testigos en el interrogatorio y contra interrogatorio, la forma de su respuesta y su personalidad. Con todo para significar que no se avizora en el recaudo testimonial que alguno o en especial un testigo no hayan estado atento a las preguntas formuladas por las partes y complementarias por parte del Juez y ante esa realidad ontica es dable suponer que los testigos de cargo que afirman ver el desarrollo y la dimensión de los hechos edifican una verdad que refulge lógica de la vivencia de unos hechos que impactan sobremanera a la siquis de quien los presencia y más aún de la testigo quien es tía del occiso y que por razones más que evidentes debía estar en el lugar donde vive o por regla general a la hora de las 7:00 de la noche ya que el ser humano acostumbra a estar en su casa y en ese esencial aspecto la defensa técnica por ningún lado advierte que los testigos presenciales no estaban en el lugar de los hechos o por lo menos no fue esa su estrategia propender por desubicarlos de ese entorno físico o las pruebas no lo dicen dejando en las nebulosas esa frágil hipótesis defensiva.

De tal suerte que, se concluye que si se encuentra removida la presunción de inocencia que cabalga con los demás derechos en torno al proceso Roy Hernando Meriño Villar, ya que se activó el conocimiento por razón de la evaluación probatoria de que estamos satisfaciendo el estándar procesal penal de estar más allá de duda razonable para probar la existencia de los hechos y la responsabilidad del procesado en las conductas punibles objeto de acusación y siendo esto así por contera invita al Tribunal, a confirmar el fallo condenatorio cuestionado por parte de la defensa técnica." **(Magistrado Sustanciador Dr. Jorge Eliecer Cabrera Jiménez, Radicación Interna: 2022-00012 P-CJ., Audiencia de lectura de fallo: Mayo 25 de 2022)**

**ALLANAMIENTO A CARGOS-** Debe aplicarse el sistema de cuartos establecido legalmente/ **PENA CUMPLIDA** – Se concede en la sentencia libertad provisional por haberse configurado/ **SUBROGADOS PENALES** -No hay lugar a concederlos

1.- Como viene de verse los problemas jurídicos que se derivan del recurso de apelación interpuestos por la defensa técnica contra la sentencia de primer grado dictada el 13 de mayo de 2020, se contraen a determinar si en efecto se hizo una errada dosificación de la pena en la sentencia; para ello son útiles los siguientes cuestionamientos (i) erró el Juez de primer grado, en la aplicación de la rebaja punitiva prevista en el artículo 269 del Código Penal por reparación a la víctima? en caso positivo determinar la incidencia de estos aspectos en la dosificación de la pena, finalmente, (ii) el procesado ALVARO RAFAEL BOLAÑO PEREZ tiene



derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena (artículo 63 del código penal), la prisión domiciliaria (Artículo 38 G del C.P.) y la libertad por pena cumplida?

2.- En primer lugar, tenemos que, el recurrente, señaló que, el Juez de primer grado para la individualización de la pena a imponer, no debió aplicar el sistema de cuartos previsto en el artículo 61 del código penal, dado que, su patrocinado se allanó a los cargos y en ningún momento pre acordó o negoció con la Fiscalía. De otro lado, precisó que, la pena prevista para el delito de Hurto Calificado Agravado corresponde a doce (12) años de prisión, pero el allanamiento a cargos otorga el descuento de la mitad que corresponde a seis (6) años de prisión. Agregó que, se descuenta la diminuyente del artículo 268 del código penal, que corresponde a la mitad, determinándose así una pena de tres (3) años de prisión, finalmente, aseveró que, a su patrocinado se le debe reconocer un descuento de las tres cuartas partes (3/4) por la reparación a las víctimas, conforme a lo descrito en el artículo 269 del código penal, por lo que, la pena debe concretarse en 9 meses de prisión.

(...)

4.- En el sub lite, el señor ALVARO RAFAEL BOLAÑO PEREZ se allanó a los cargos, por tanto, se debe aplicar el sistema de cuartos que prevé el artículo 61 del código penal para individualizar la pena a imponer, lo cual sucede incluso en materia de preacuerdos, sí en este último evento NO se ha pactado la pena entre las partes (artículo 3° de Ley 890 de 2004, que modificó el artículo 61 del C.P.).

5.- En ese sentido observamos que, el Juez de primer grado, para individualizar la pena a imponer a los procesados ALVARO RAFAEL BOLAÑO PEREZ y EDWARD ANDRES MEDINA RICO, señaló la sanción legal prevista para el delito de Hurto Calificado Agravado descrito en los artículos 239, 240 inciso 2° y 241 numeral 10° del Código Penal, esto es, de 12 a 28 años de prisión, así mismo, relievó que en la presente actuación es procedente la disminución de la pena de que trata el artículo 268 del Código Penal, de una tercera parte a la mitad, dado que, la conducta se cometió sobre cosa cuyo valor es inferior a un (1) salario mínimo mensual legal vigente y los imputados no presentan antecedentes penales, además porque, estimó que, no se avizora que el hurto del "celular" le haya generado un grave perjuicio a la víctima, en atención a su situación económica, luego de ello determinó que, la pena a imponer oscila entre seis (6) y dieciocho punto sesenta y siete (18.67) años de prisión.

5.1.- Luego de dividir en cuartos el ámbito de punibilidad, procedió a fijar la pena en el cuarto mínimo y en su extremo mínimo, esto es, 6 años de prisión, en atención a la gravedad de la conducta, el daño creado, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena, la retribución justa, prevención especial, protección al condenado y la función que ella ha de cumplir en el presente caso.

5.2.- Seguidamente, indicó que, los acusados aceptaron los cargos en momento previo a la audiencia concentrada, en consecuencia, era procedente aplicar la rebaja de pena prevista en el artículo 539 de la ley 906 de 2004, de hasta la mitad (1/2), por lo que, fijó la pena en tres (3) años de prisión.



5.3.- A continuación, señaló que, como quiera que los procesados resarcieron los perjuicios a la víctima se les reconocería la rebaja punitiva del artículo 269 del Código Penal, de hasta la mitad, y precisó que, con esa operación la pena se concretaba en dieciocho (18) meses de prisión.

(...)

El artículo 269 penal genera al sentenciado el derecho de una rebaja de la pena, que va de la mitad a las tres cuartas partes (entre el 50 y el 75%). La jurisprudencia ha decantado que ese descuento, por tratarse de un fenómeno que se presenta con posterioridad a la comisión del delito, no afecta los límites punitivos, sino que se aplica luego de dosificada la sanción que corresponde a la conducta ejecutada.

El descuento debe ser establecido por el juzgador de manera discrecional, que no arbitraria, en atención al interés mostrado por el acusado en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con los fines perseguidos por la disposición penal, que no son otros que velar por la reparación de los derechos vulnerados a las víctimas.

7.- Como viene de verse, conforme a lo descrito en el artículo 269 del Código Penal y lo decantado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el descuento punitivo va de la mitad a las tres cuartas partes (entre el 50 y el 75%) por lo que la rebaja debe ser establecida entre esos porcentajes de manera discrecional y razonable.

8.- Al respecto, el juez de primer grado, señaló que, como quiera que los procesados resarcieron los perjuicios a la víctima se les reconocería la rebaja punitiva del artículo 269 del Código Penal, de hasta la mitad (1/2), y precisó que, con esa operación la pena se concretaba en dieciocho (18) meses de prisión, el recurrente por su parte, señala que, debió concederse una rebaja de pena de hasta las tres cuartas (3/4) partes, para finalmente, concretar la pena en 9 meses de prisión.

9.- La Sala advierte que, el censor al sustentar el recurso de apelación, no señala porque motivo en aplicación del artículo 269 del Código Penal, se debe conceder a su patrocinado una rebaja de hasta las tres cuartas (3/4) partes.

10.- Al margen de lo anterior, en el presente caso, se otea que, la consignación de depósito judicial<sup>1</sup> por valor de trescientos mil pesos (\$300.000), aceptada por la primera instancia, como indemnización de perjuicios a la víctima, se realizó en la data del 29 de abril de 2019, luego de transcurrido más de un año, desde la época en que tuvo ocurrencia el delito y se recuperaron los bienes hurtados, lo que pone de manifiesto que el procesado, merece un descuento de la mitad de la pena individualizada por el Juez de primer nivel, pues una rebaja mayor lógicamente estaría reservada, en aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, entre otras razones, para quienes restituyen el objeto material del delito o su valor e indemnizar los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado,

<sup>1</sup> Folios 57 y 58 cuaderno de primera instancia.



de forma pronta, con miras a enervar rápidamente las consecuencias de su conducta punible y evitar el desgaste del aparato judicial del Estado<sup>2</sup>, por tanto, dentro de ese ámbito, la rebaja de pena que merecen los condenados, corresponde a la mitad de la pena imponible, tal como lo determinó el Juez de primer grado, para concretarse finalmente, en 18 meses de prisión.

11.-Desde otra arista, el recurrente, arguyó que, el procesado ALVARO RAFAEL BOLAÑO PEREZ, tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena (artículo 63 del código penal), la prisión domiciliaria (Artículo 38 G del C.P.) y la libertad por pena cumplida.

(...)

13.- Desde esa perspectiva resulta claro para la Sala que no es procedente la concesión de ese subrogado, pues la conducta de Hurto Calificado y Agravado, por la cual fue condenado el señor ALVARO RAFAEL BOLAÑO PEREZ, se encuentra excluida de éste beneficio por el Legislador, sin que para ello sea importante y necesario en este momento, como menciona su abogado, considerar que éste tiene arraigo social y familiar, carece de antecedentes penales, entre otras razones, pues a falta del requisito objetivo antes reseñado, fatalmente debe negarse el subrogado sin entrar a analizar los aspectos alegados por la defensa.

14.- Con todo no escapa a la Sala que el condenado ALVARO RAFAEL BOLAÑO PEREZ fue privado de su libertad el día 18 de marzo de 2018, cuando fue capturado en flagrancia, y se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en su residencia el día 19 de marzo de 2018, igualmente, encontramos que, ante el requerimiento dispuesto recientemente por el Magistrado Ponente, mediante oficio CMSB/QUILLA AJUR-301 del 17 de febrero de 2022<sup>3</sup>, el Dragoneante FREDY PATIÑO HERNANDEZ, Asesor Jurídico del Establecimiento Carcelario de Justicia y Paz de Barranquilla, remitió a esta corporación cartilla biográfica del señor ALVARO RAFAEL BOLAÑO PEREZ.

14.1.- En la cartilla biográfica de ALVARO RAFAEL BOLAÑO PEREZ, aportada por el Dragoneante FREDY PATIÑO HERNANDEZ, Asesor Jurídico del Establecimiento Carcelario de Justicia y Paz de Barranquilla, se evidencia como proceso activo en contra del interno, el seguido bajo el radicado No. 2018-01 667, por el delito de Hurto Calificado Agravado, a cargo del Juzgado 1º Penal Municipal del Barranquilla, con fecha de ingreso 22 de marzo de 2018, en detención domiciliaria, información que, concuerda con la presente actuación procesal.

14.2.- Dentro de esos derroteros, se otea que, ALVARO RAFAEL BOLAÑO PEREZ fue sentenciado en primera instancia a una pena de 18 meses de prisión, sin que se tenga noticia que ha evadido el cumplimiento de la medida de aseguramiento en su residencia, por lo que habrá de computarse este término como parte cumplida de la sentencia (artículo 37, numeral 3, de la Ley 599 de 2000), es decir actualmente ha servido en detención domiciliaria más de 36 meses de privación efectiva de la

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación No 40234, del 26 de junio de 2013, M.P. José Luis Barceló Camacho

<sup>3</sup> Folios 45 al 49 del cuaderno de segunda instancia



libertad, por tanto ha cumplido totalmente su pena, hecho que forzosamente obliga a la Sala, sin más trámite, a ordenar su libertad provisional (numeral 1º art. 317 C.P.P.) por pena cumplida, a menos que sea requerido por otra autoridad judicial por hechos distintos a los que aquí se han juzgado, no sin antes dejar constancia, por parte del magistrado ponente que, tomó posesión en el cargo en la data del 1º de diciembre de 2021, por traslado dispuesto por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, así mismo, le ha correspondido decidir acciones constitucionales de tutelas, asistir a audiencias penales y proyectar providencias penales, de contera, librar oficios y ordenes dirigidas a distintas autoridades y dependencias judiciales tendientes a cotejar los expedientes físicos y virtuales que se encontraban a cargo de la célula judicial, lo cual impidió proyectar esta decisión en menor tiempo.-

15.- En resumen, como quiera que, se dispondrá en la parte resolutive de la presente sentencia la libertad provisional (numeral 1º art. 317 C.P.P.) por pena cumplida del condenado, carece de objeto que la Sala se pronuncie, como lo solicita el recurrente, acerca de los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria de que tratan los artículos 63 y 38 G del Código Penal, por lo que se procederá a confirmar, pero por las anteriores razones, el fallo apelado, y a ordenar la libertad provisional (numeral 1º art. 317 C.P.P.) **POR PENA CUMPLIDA**, del condenado **ALVARO RAFAEL BOLAÑO PEREZ**, a menos que sea requerido por otra autoridad por hechos distintos a los que aquí se han juzgado." (**Magistrado Sustanciador Dr. Luigui José Reyes Nuñez, Radicación interna: 2019-00117**)

---

**ACCIONES CONSTITUCIONALES:**  
**DECISIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO Y ENFOQUE DIFERENCIAL**

**VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO-** Derecho a la reparación administrativa/ **MUJER EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA-** Desplazada, desempleada, gestante/ **TURNO DE PAGO-** Priorización en consideración a las situaciones particulares de la afectada

“En el caso que ocupa la atención de la Sala, la accionante Sunilda Isabel Narváez Pérez, interpuso acción de tutela contra la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas- UARIV-, Presidencia de la Republica, Defensoría del Pueblo y Procuraduría General de la Nación, por considerar que la primera entidad en mención viene lesionando sus derechos fundamentales al debido proceso, buena fe, vida, salud, seguridad social, igualdad y dignidad humana, dado que pese a haber reconocido la reparación administrativa, viene dilatando el término para satisfacer el pago de la misma sin en tener en cuenta su condición de vulnerabilidad por encontrarse en estado de embarazo.

Con fundamento en lo anterior, el problema jurídico a dilucidar en esta oportunidad se centra en determinar si la Unidad de Atención y Reparación



Integral a las Víctimas- UARIV, ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por la accionante al no priorizar el pago de la indemnización administrativa en calidad de víctima del Conflicto Armado en Colombia reconocida mediante acto administrativo expedido por dicho ente público.

Ahora bien, resulta menester señalar que la indemnización administrativa que solicita la hoy accionante se encuentra regulada en la ley 1448 de 2.011, normativa que estableció los medios a través de los cuales se puede reparar a aquellas personas que han sido víctimas de los delitos de homicidio, desaparición forzada, secuestro, lesiones personales que generaron incapacidad permanente, discapacidad, o incapacidad, reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes, delitos contra la libertad e integridad sexual, incluidos niños, niñas y adolescentes nacidos como consecuencia de una violación sexual en el marco del conflicto armado, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes y desplazamiento forzado.

En ese orden cuando las personas víctimas de este tipo de hechos victimizante acudan ante las autoridades para solicitar su reconocimiento como víctimas, deberán ser incluidas en el RUV, salvo que la UARIV desvirtúe que la relación fáctica tiene vinculación con el conflicto armado. Así mismo, deberá esta Entidad asignar el respectivo turno -GAC- con la finalidad de que les sea entregada la indemnización administrativa a que tienen derecho.

La norma referida también contempló que dentro de la población - víctima del conflicto armado colombiano - existen personas que se encuentran en ciertas condiciones particulares que hace necesario la aplicación de criterios diferenciales para la entrega de las ayudas humanitarias, y en ese sentido dispuso en su art. 13 lo siguiente:

“ARTÍCULO 13. ENFOQUE DIFERENCIAL. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal razón, las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se establecen en la presente ley, contarán con dicho enfoque.

El Estado ofrecerá especiales garantías y medidas de protección a los grupos expuestos a mayor riesgo de las violaciones contempladas en el artículo 3o de la presente Ley tales como mujeres, jóvenes, niños y niñas, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, campesinos, líderes sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores de Derechos Humanos y víctimas de desplazamiento forzado.

Para el efecto, en la ejecución y adopción por parte del Gobierno Nacional de políticas de asistencia y reparación en desarrollo de la presente ley, deberán adoptarse criterios diferenciales que respondan a las particularidades y grado de vulnerabilidad de cada uno de estos grupos poblacionales.



Igualmente, el Estado realizará esfuerzos encaminados a que las medidas de atención, asistencia y reparación contenidas en la presente ley, contribuyan a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes." (Subrayado fuera del texto)  
(...)

En ese orden, frente a los criterios de priorización, actualmente el Decreto Reglamentario 1049 de 2.019 modificado por la Resolución 00582 de 26 de abril de 2021, establece las condiciones en las cuales las víctimas de desplazamiento forzado y sus núcleos familiares pueden acceder a la indemnización por vía administrativa de manera más pronta. Y para el efecto, señala los aspectos a saber: i) edad (igual o superior a los 74 años, ii) enfermedad y/o iii) discapacidad; criterios que a la postre conforme la documental obrante en el plenario, la tutelante no cumple.

Sin embargo, no puede obviarse ni pasarse por alto su condición de mujer víctima del conflicto armado, ser madre cabeza de familia y actualmente estar embarazada.

Por lo tanto, esta magistratura no puede limitarse a dictar una decisión meramente formal, pues los juzgadores judiciales como todas las autoridades públicas están llamados no solo al cumplimiento de la Constitución Política y las leyes, sino que, además, en sus actuaciones se debe propender por aplicar un control convencional que impone cumplir entre otros tantos con lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos y tratados concordantes tales como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer - Convención De Belém Do Pará"-, que fuese ratificada por el Estado Colombiano mediante la ley la Ley 248 de 1995, como también la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer , conocida por sus siglas en inglés -CEDAW-, ratificada en el territorio nacional a través de la ley 51 de 1981 y por Último pero no menos importante la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 7º que impone el principio de igualdad ante la ley.

En ese orden, la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial de Colombia y corporaciones que la integran, han establecido los criterios orientadores para administrar justifica con enfoque de género tendiente a garantizar que la justicia se brinde en condiciones de igualdad, que implica NO aplicar ningún tipo de distinción en razón a la edad, sexo, raza, creencia o convicciones e ideologías entre otras tantas; criterios que fueron resumidos por poner un ejemplo, por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil de la siguiente manera<sup>4</sup>:

"... (...) la Comisión mencionada ha establecido los siguientes: i) si en el litigio se encuentra de por medio una mujer, ii) si en el asunto objeto de estudio ya existen antecedentes en los que se aplique el enfoque de género, por ejemplo, temas relacionados con los derechos sexuales y reproductivos (apoyo a la maternidad,

<sup>4</sup> Sentencia STC7683-2021, del 24 de junio de 2.021, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque



menopausia, interrupción del embarazo, fertilidad, etc.), mujeres víctimas de desplazamiento forzado, hechos de violencia contra la mujer (violencia intrafamiliar, violencia sexual, violencia patrimonial), iii) debe evaluarse el contexto de la situación que da origen al conflicto, preguntándose por la calidad de los sujetos procesales, su poder adquisitivo y de decisión, las reglas, normas y costumbres e inclusive la historia a la que obedecen, así como los derechos y obligaciones que tienen. (negritas fuera del texto)

Bajo esa perspectiva, encuentra la Sala que en el caso en concreto se cumplen las condiciones para aplicar el enfoque de género, si se tiene en cuenta que la medida de protección constitucional está promovida por i. una mujer- Sunilda Isabel Narvárez Pérez- además que la controversia corresponde a uno de aquellos en los que se ha visto materializado el enfoque como lo es la ii. población víctima de desplazamiento forzado con ocasión al Conflicto Armado en Colombia, aunado que se encuentra involucrado el estado de iii. protección de derechos del nasciturus, pues se recuerda que la actora bajo la gravedad del juramento manifestó encontrarse en iv. estado de gestación.

Así mismo, cabe destacar, tal como lo ha puesto de presente la Corte Suprema de Justicia que la administración de justicia con enfoque de género no implica el desconocimiento del debido proceso de las partes y tampoco debe afectar la imparcialidad del Juez, sino que «[e]s necesario aplicar justicia no con rostro de mujer ni con rostro de hombre, sino con rostro humano» de forma tal que se materialice la igualdad prevista en la Declaración de Derechos Humanos y reconocida en el artículo 13 de la Constitución Nacional. Por eso, se itera que «Juzgar con «perspectiva de género» es recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres, ancianos, niño, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro; es tener conciencia de que ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual (...))» (STC2287-2018). (subraya para resaltar)

Establecido entonces lo anterior, se observa que de lo admitido por la accionada Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas –UARIV, en su informe a la presente acción de tutela, se acredita que la accionante cuenta con registro que le otorga la calidad víctima del hecho victimizante – desplazamiento forzado- radicado bajo el No AH00003841807. Que, además, la accionante en compañía de su señor padre Reginaldo José Narvárez Martínez hoy fallecido, presentaron solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización administrativa ante UARIV bajo el número de radicado 2041251-10155498 por el hecho victimizante ya referido, petición que luego de ser examinada conforme los requisitos fácticos y jurídicos finalmente se reconoció inicialmente en la Res. 2017-86265 del 26 de julio de 2017, y posteriormente mediante Res. N°. 04102019-1063624 del 20 de abril de 2021, a la actora en un porcentaje del 100% en razón al parentesco de “hermana” (sic) del jefe del hogar,



pero que hasta la fecha no se le ha cancelado, y tampoco se ha indicado el turno que le corresponde para su pago, pese a haber transcurrido entre la primera Resolución hasta la fecha aproximadamente 5 años, sin contar el tiempo transcurrido desde el hecho victimizante.

Por su parte, la actora en su escrito de tutela manifiesta que desde el 18 de abril de 2012, viene ejecutando trámites tendientes a obtener su registro como víctima de desplazamiento forzado, hecho victimizante que lo tocó padecer junto a su finado padre por causa del conflicto Armado que afectó la zona rural donde residían ubicado en el Municipio de Ovejas – Sucre, señala que pese a las incansables solicitudes para obtener el pago de la indemnización administrativa, la UARIV, ha hecho caso omiso a su insistencia, arguyendo que la urgencia en el pago se debe a la grave situación de vulnerabilidad en la que se encuentra, dado que aún persiste en su situación de desplazada, está desempleada y en estado de gestación.

Del anterior recuento se acredita entonces por una parte la calidad de víctima del Conflicto Armado en Colombia de la accionante, por el hecho victimizante de desplazamiento forzado pues se encuentra inscrita en el RUV, como también la titularidad de la indemnización administrativa que reclama, pues la misma fue reconocida por la accionada UARIV, mediante acto administrativo aportado en su contestación de ahí que se predique su validez, que conlleva a concluir que la afectada ha adelantado las acciones necesarias para el pago de la indemnización reconocida, sin embargo, encuentra la Sala que la UARIV, ni siquiera ha otorgado un turno de pago a la actora, situación que desconoce el enfoque diferencial de género que debe imperar en los trámites de reparación de las personas víctimas de desplazamiento forzado entre otros, siendo este un evento en el que además, se encuentra involucrada una mujer, desempleada y en estado de embarazo." **(Sala Laboral, Magistrada Sustanciadora Dra. Rozelly Edith Paternostro Herrera, Radicación interna: 08-001-31-05-007-2022-00103-01).**