Libertad y Orden

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

Henry Moreno Macias
R e l a t o r

B O L E T I N 02

2018

Sala de Gobierno 2017 2018

Presidente	**Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz**
Vicepresidenta	**Dra. Gloria Montoya Echeverry**

SALA CIVIL

Presidente	**Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes**
Vicepresidente	**Dr. Homero Mora Insuasty**

SALA DE FAMILIA

Presidente	**Dr. Franklin Ignacio Torres Cabrera**
Vicepresidente	**Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos**

SALA LABORAL

Presidente	**Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya**
Vicepresidente	**Dra. Elsy Alcira Segura Díaz**

SALA PENAL

Presidente	**Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez**
Vicepresidente	**Dra. Socorro Mora Insuasty**

SALA ESPECIALIZADA
RESTITUCION Y FORMALIZACIÓN
DE TIERRAS.

Presidente	**Dr. Carlos Alberto Trochez Rosales**
Vicepresidenta	**Dra. Gloria del Socorro Victoria Giraldo**

Magistrados que integran la Corporación.

SALA CIVIL

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

RESTITUCION DE TIERRAS.

Carlos Alberto Trochez Rosales. Gloria del Socorro Victoria Giraldo
Diego Flórez Buitrago
Secretaria: Gloria Lucía Zapata Londoño

SALA DE FAMILIA

Franklin Torres Cabrera Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos
Gloria Montoya Echeverry Juan Carlos Ángel Barajas.
Secretario: Katherine Gómez

SALA LABORAL

Antonio José Valencia Manzano Carlos Alberto Carreño Raga
Aura Esther Lamo Gómez Luis Gabriel Moreno Lovera
Jorge Eduardo Ramirez Amaya Carlos Alberto Oliver Gale
Germán Varela Collazos Ariel Mora Ortíz
Hugo Javier Salcedo Oviedo Leomara del Carmen Gallo Mendoza
Elcy Jimena Valencia Castrillón Elsy Alcira Segura Díaz
Secretario: Jesús Antonio Balanta

SALA PENAL.

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

Secretario: María Cristina Paz

Henry Moreno Macías
Relator

Colaboradores:

María Angélica García Gereda.	Abogada Universidad Javeriana Cali
Daniel Torres	Estudiante de Derecho Universidad Javeriana Cali
Manuela Rodríguez	Estudiante de Derecho Universidad Javeriana Cali
Jose Enrique Molineros	Abogado Universidad Santiago de Cali

S A L A C I V I L

.

DEMANDA. Rechazó la demanda. Verbal posesorio.

Extracto:

Ahora bien, el juzgado sustenta el rechazo de la demanda con el argumento que el demandado con el escrito de subsanación no manifestó que desconocía la dirección e identificación del señor Jhon F. Kennedy, en tanto en seguida del mencionado nombre nada se indicó, lo que desconoce de entrada lo establecido en el artículo 82 numeral 2º del estatuto procesal civil vigente.

No podría ser más alejada a la verdad la argumentación enarbolada por el juzgado para rechazar la demanda, como quiera que resulta prístino de la simple lectura del escrito de subsanación, para darse cuenta que cuando la apoderada judicial manifiesta bajo la gravedad de juramento desconocer más datos de los antes enunciados, indefectiblemente se encuentra satisfecho el requisito emanado del mencionado numeral 2º del precitado artículo 82 ibídem, por lo que exigir requisitos adicionales a los establecidos a la norma adjetiva cercena infundadamente derechos de raigambre *ius fundamental ,* tales como el efectivo acceso a la administración de justicia, debido proceso, entre otros.

Debe recordarse que el objeto del procedimiento es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, es decir meramente instrumental, de otra parte materializa la primacía del derecho sustancial, en caso de alguna tensión privilegia el acceso a la administración de justicia y evita rendir culto vano al mero formalismo , en lo que ahora se ha dado en llamar exceso ritual manifiesto, pasible de tutela por defecto procedimental, importa memorar que el derecho no reclama fórmulas sacramentales o rígidas, como inveteradamente ha sido reconocido por la Corte Constitucional en sendos fallos de tutela, entre otras la T-781 de 2011, T-264 de 2011, T-1091 de 2008, T-386 de 2010, T-429 de 2011, T-893 de 2011, T-264 de 2011, T-1091 de 2008, T-386 de 2010, T-429 de 2011, T-893 de 2011, T-892 de 2011, T-531 de 2010, T-950 de 2010, T-327 de 2011.

Por lo que en virtud de los principios constitucionales y generales del derecho procesal, en lo que respecta al predicamento que las formas están constituidas para la satisfacción del derecho sustancial, donde se encuentra inmerso el acceso efectivo a la administración de justicia y en lo que tiene que ver con los deberes del juez para adoptar las medidas necesarias en aras de sanear los vicios de procedimiento o precaverlos e interpretar la demanda que permita decidir de fondo el asunto, es dable afirmar que el requisito formal *contrario sensu* a la determinación del *a quo* , en esta instancia se encuentra colmado.

Es palmario entonces que ante la acreditación de los requisitos formales de la demanda, al evidenciarse que con el escrito de subsanación se manifestó bajo la gravedad de juramento

desconocer más datos de las partes que componen el extremo demandado, entre los que se encuentra el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, habrá de revocarse el auto fustigado y en su lugar ordenar a la instancia que proceda a resolver sobre la admisión de la demanda, prescindiendo de los requisitos que echó de menos que para esta superioridad se encuentran satisfechos.

Rad. 009 2017 00173 01 2941 (30-10-2017) M.P. Dr. Homero Mora Insuasty.

DESISTIMIENTO TACITO. Ejecutivo singular. Embargo de remanentes.

Extracto:

"Frente a los fundamentos expuestos por el apoderado judicial de la parte demandante con relación al embargo de remanentes y la firmeza de la sentencia dictada en el presente proceso, debe precisarse que el artículo 317 del Código General del Proceso, consagra la procedencia de la figura del desistimiento tácito aun cuando el proceso tenga sentencia, con el único requisito que exista inactividad por dos años.

Respecto al embargo de remanentes en nada impide que se aplique tal figura, puesto que los requisitos exigidos para terminar el presente proceso por desistimiento tácito son dos: i) sentencia ejecutoriada; y ii) Tiempo, inactividad de dos (2) años.

Frente a las providencias traídas a colación por el apoderado judicial de la parte actora, debe aclararse que el estudio abordado en las mismas corresponde a la figura del desistimiento tácito, que en otrora establecía la ley 1194 de 2008, que su momento modificó el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, normas derogadas por el artículo 317 del Código General del Proceso, vigente desde el 1 de octubre de 2012.

Así las cosas, se advierte que la última actuación proferida en el presente proceso data del 12 de abril de 2010, es decir cuatro (4) años antes de proferirse el auto que declaró desistía la demanda. No obstante, debe aclararse que el tiempo para haber tenido por desistido el proceso, se contabiliza a partir de la vigencia del artículo 317 del C.G.P, (1 de octubre de 2012), es decir que al 7 de noviembre de 2014, cuando se profirió el auto que decretó la terminación del proceso por desistimiento tácito, ya se había cumplido con el término de los dos (2) años que la norma citada exige, por tanto, la decisión tomada por el juez de primera instancia es acertada.

En conclusión la decisión tomada por el *a quo* es acorde con la norma procesal, puesto que se ajustó a lo establecido en el numeral 2 literal b) del artículo 317 del Código General del Proceso, por haber estado el proceso inactivo por más de dos años."

Rad.10 1996 15642 01 (19 09 2018) M.S. Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes.

EJECUTIVO HIPOTECARIO. Reestructuración como requisito de exigibilidad.

Extracto:

"Por otra parte y en atención a las manifestaciones de la apelante en el escrito que amplió sus reparos concretos contra la sentencia, es menester recalcar que la ausencia de reestructuración, como requisito de exigibilidad de la obligación, impide que se continúe con la presente ejecución.

Conforme con lo anterior, aun si en la contestación de la demanda no se hubiera aludido expresamente al tema de la reestructuración de la obligación como requisito de exigibilidad en una excepción aparte, se trata éste de un aspecto que debió ser abordado en primer lugar por el fallador de instancia por relacionarse con el cumplimiento de los presupuestos de la ejecución del artículo 422 del C.G.P., tal como se está reconociendo en esta providencia , pues como tiene dicho la jurisprudencia, la falta de la realización del procedimiento mencionado [reestructuración], se convierte en una limitación insuperable para que se presente una demanda y se continúe con la ejecución del juicio hipotecario en el que específicamente se cobran créditos de vivienda, así dijo la Corte Constitucional: **"De ahí, que la falta de la realización del procedimiento mencionado, se convierte en una limitación insuperable para que se presente una demanda y se continúe con la ejecución del juicio hipotecario donde específicamente se cobran mutuos de vivienda"** C.S.J. Sala Civil. STC 154872015.

Así las cosas no se tratan de un requisito meramente formal como pretende aducirlo el demandante, sino que es un aspecto medular dentro de los préstamos que tienen como finalidad la financiación para la adquisición de vivienda.

Por lo demás, obsérvese que el título ejecutivo es un documento que contiene una obligación con las notas características de ser clara, expresa y exigible que proviene del deudor, de donde se infiere que la nota de exigibilidad no es un asunto meramente formal sino consustancial a la calidad del título ejecutivo.

En efecto, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia que una norma sustancial es la que **declara, crea, modifica o extingue relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación** (cas. civ. 24 de octubre de 1975, G.J. t. CLI, p. 254, reproducida, entre otras más, en casa. civ., del 19 de diciembre de 1999. En similar sentido , entre otras más, pueden citarse las sentencias del 9 de marzo de 1995, 30 de agosto, 9 de septiembre y 9 de diciembre de 1999, 3 de septiembre de 2004, o autos del 6 de marzo de 2013, exp. 68081-31-03-001-2008-00015-01, del 1º de abril de 2013, exp. 11001-3101-024-2007-00285-01 (Lo subrayado es fuera de texto), desde ese punto de vista, declarar si una obligación es o no exigible, modifica relaciones jurídicas concretas entre las personas implicadas en tal situación.

Entiendo que la obligación civil es aquella que da derecho a exigir su cumplimiento, según el artículo 1527 del Código Civil, las obligaciones civiles demandables para su cobro compulsivo son las que no se encuentran sujetas a plazo y condición o modalidad , figuras que encuentran regulados por los artículos 1.602 y siguientes del Código Civil al ocuparse de los efectos generales de las obligaciones , de donde se sigue, que de acuerdo a la definición brindada por la Corte Suprema de Justicia de norma sustancial y al remitirnos a los efectos de las obligaciones regulados por el Código Civil, indudablemente la exigibilidad de la obligación es un asunto sustantivo y no meramente formal, y por lo tanto carece de fundamento afirmar que la única vía procesal para alegar de alegar la falta de reestructuración como requisito de exigibilidad del título ejecutivo era mediante recurso de reposición contra el auto que libró el mandamiento ejecutivo, pues con tal remedio procesal solo se pueden atacar los requisitos formales del título de ejecución , más no los sustanciales como el que aquí nos ocupa.

Pero además, téngase presente que ha sido ampliamente decantado por la jurisprudencia que la oportunidad de solicitar la reestructuración de los créditos va hasta el registro del auto aprobatorio del remate, es decir, hasta que se perfecciona la tradición del dominio del bien en cabeza de un tercero según lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia S.U. 813 DE 2007, cuando expresó: **"…LA Corte encuentra que la tutela sólo puede proceder si se interpone en cualquier momento desde la decisión judicial de no dar por terminado el proceso hasta el registro del auto aprobatorio de remate, es decir, hasta que se perfecciona la tradición del dominio del bien en cabeza de un tercero cuyos derechos no pueden ser desconocidos por el juez constitucional".**

Rad.002 2016 00046 01(03 11 2017) Acta 107. M.P. Dr. César Evaristo León Vergara.

EJECUTIVO HIPOTECARIO. Rechazó de plano la Nulidad.

Extracto:

Examinados los antecedentes fácticos de esta acción, aflora que el origen de la interposición de la presente alzada, es la inconformidad de la apoderada judicial de la parte demandada, cuando afirma que la interpretación errada del A-quo al rechazar de plano la nulidad contra el auto interlocutorio Nro. 2765 del 25 de septiembre de 2015, el cual modificó oficiosamente la liquidación de crédito presentada por la parte demandante, no se adecua a lo ordenado por éste Tribunal en sentencia de fecha 10 de septiembre de 2014.

Del asunto en cuestión, se avizora que la parte demandada se percató pasado casi un año del error del Juzgado e interpuso nulidad contra el auto que modifico oficiosamente la liquidación del crédito presentada por el extremo activo; invocando la causal segunda del artículo 133 del C.G.P., el cual dispone:

(…) 2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.

(…)

Bajo el anterior presupuesto normativo, el extremo pasivo aduce que se configuro dicha causal, en virtud a que es evidente que el A- quo al momento de realizar la modificación oficiosa de la liquidación de crédito, incluyo intereses de mora cuyos montos no fueron pactados en la demanda, de allí se tiene que el apoderado judicial de la parte demandante, renuncio a ellos.

Sumado a lo anterior, no cabe duda que le asiste la razón a la apelante, puesto que una vez revisadas las actuaciones surtidas tanto en primera como en segunda instancia, se tiene que ésta Magistratura confirmó parcialmente los numerales primero, tercero, cuarto, quinto, sexto y revoco los numerales segundo y séptimo de la Sentencia del 05 de marzo de 2014, proferida por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Cali.

Es importante para el caso concreto, resaltar que el numeral segundo de la sentencia del 05 de marzo de 2014 que se hace alusión, se revocó en segunda instancia y en su lugar modificó el mandamiento de pago, estableciendo que el capital a perseguir en la demanda Ejecutiva Hipotecaria, sería la suma de $142.752.037, o, aunado al hecho de que el acreedor no reclamó en la demanda los intereses de mora, ni tampoco fueron ordenados.

Del anterior recuento de actuaciones, es claro que el A-quo , incurrió notablemente en un error, al momento de modificar oficiosamente la liquidación de crédito presentada por la parte demandante, estableciendo intereses de mora hasta por la suma de $123.380.586,oo, máxime si dentro de la demanda no se reclamaron , por ende se puede entender que la causal de nulidad invocada por el extremo pasivo, sí se configura toda vez que el Juzgado

está procediendo equívocamente contra la providencia de fecha 10 de septiembre de 2014 proferida por éste Tribunal.

Se concluye que los motivos que dieron lugar para alegar la nulidad anteriormente descrita, son suficientes para que la Sala Unitaria de Decisión Civil, revoque el auto que rechazo de plano la nulidad.

Rad.03 013 2012 365 01 (11-08-2017) M.P. Dr. Hernando Rodríguez Mesa.

EJECUTIVO SINGULAR. NULIDAD. No está el apoderado del demandado facultado o legitimado para invocar la causal de nulidad que sólo afecta a los herederos del ejecutado fallecido.

Extracto:

Del Sub-lite tenemos que, quien alega la nulidad por indebida notificación o falta de notificación de los herederos del ejecutado xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, es el apoderado judicial del demandado, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien a su vez, de acuerdo con el Registro Civil de Nacimiento allegado al proceso y que obra a folio 543 del cuaderno de copias 1B, es el hijo del señor xxxxxxxxxxxxxxxx, tal y como se evidencia en el plenario.

Siendo así las cosas, pareciera que el apoderado judicial del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, sí estaba legitimado para invocar la causal de indebida notificación de ese heredero del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxx, pues, como se advierte, actúa en el proceso como abogado de aquel. Sin embargo, es claro que la nulidad por no notificar o emplazar a las personas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, no aplica para el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, como quiera que él ya actúa dentro del proceso como demandado directo, sin que le sea dado al apoderado de éste alegar esa nulidad en favor de los otros herederos, como quiera que no tiene poder que así los faculte, y debe recordarse, conforme se dejó anotado anteriormente, que quien puede alegar la nulidad es la persona afectada con ella y no otra persona.

Aunado a lo anterior, vale acotar que las nulidades procesales, deben invocarse en la primera oportunidad que tenga el afectado para proponerla (so pena de tenerse por subsanada), situación que no ocurre en el presente caso, xxxxxxxxxxxxxxxxx, ocurrida el 09 de agosto de 2009, y de la cual la parte demandada manifiesta dicha situación transcurridos ya casi 8 años, desde el deceso, lo cual es un tiempo in extenso, que no amerita reproche alguno en ésta instancia.

Al respecto, la Corte Constitucional en decisión del 01 de marzo de 2012, señaló que:"…So pena de entenderlas saneadas, lo dicho, impone a la parte agraviada con el vicio procesal la obligación de invocar, en la primera oportunidad que se le brinde, no sólo todas las causales anulatorias que a su juicio se han estructurado, sino también todos y cada uno de los hechos o razones que las configuran…"

Corolario de lo anterior es que el proveído apelado habrá de ser confirmado en su totalidad, pues, como se vio, no está el apoderado del demandado xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, facultado o legitimado para invocar la causal de nulidad que sólo afecta a los herederos del ejecutado fallecido, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, que si lo estuviera ya estaría saneada por no plantearla oportunamente.

Rad. 008 2008 00094 01 (15-11-2017) M.P. Dr. Hernando Rodríguez Mesa.

EJECUTIVO SINGULAR. Emisión de títulos en blanco o con espacios sin llenar. Término de la presentación para pago de la letra a la vista.

Extracto:

"De otro lado, el artículo 622 ejusdem postula que si en el *"título"* se dejan espacios en blanco el tenedor legítimo del mismo tiene derecho a llenarlos antes de presentarlo para ejercitar los derechos que se incorporan , facultad que invariablemente debe hacerse "conforme a las instrucciones del suscriptor", las cuales puede ser verbales o escritas puesto que la norma no hizo exigencia al respecto; en caso de ser escritas, la práctica comercial ha utilizado la llamada "carta de instrucciones" que si bien tiene una íntima relación con el título, en estricto sentido no hace parte de este como se desprende de la interpretación literal del artículo citado, agréguese , que la vitalidad de la carta de instrucciones se agota cuando el título se llena puesto que ha cumplido su finalidad dando fuerza a la literalidad y autonomía que el mismo contenga.

En el caso presente, la única forma de vencimiento que se puso en el pagaré es "a la vista", modalidad plasmada por el tenedor legítimo del título estando facultado por la carta de instrucciones donde se instruyó como una de las opciones de vencimiento con la que podía llenarse al arbitrio del legítimo tenedor, sin que se advierta imprecisión o indeterminación en la instrucción como lo alega la apelante, pues fue su voluntad que el tenedor opte por esa forma de vencimiento sin que pueda ahora ir en contra de su propia instrucción pues a nadie le es permitido alegar en su beneficio su propia culpa, de ahí que la Sala no encuentra inválido el pagaré por esos motivos, lo cual conlleva desestimar la "NULIDAD ABSOLUTA" alegada por la empresa demandada al existir una forma de vencimiento ambiguo.

Establecido que el pagaré con vencimiento a la vista fue creado el 10 de marzo de 2011, debía ser presentado para el pago dentro del año siguiente a su vencimiento de conformidad con el artículo 692 del Código de Comercio , basta observar que el pagaré fue presentado para el pago el 14 de marzo de 2011 junto con la demanda, es decir 4 días después de su exigibilidad, de ahí que no se vea presentado por fuera de la anualidad que dispone la norma, téngase presente que aquí no se ejerce la acción cambiaria de regreso que puede caducar (Art.787 del C.Co) sino la acción cambiaria directa.

Tampoco se observa que haya ocurrido la prescripción de la acción, porque el vencimiento del pagaré y la interrupción de la prescripción ocurrieron el día de la presentación de la demanda (14 de marzo de 2011 – Fl. 188 C.), el mandamiento de pago fue notificado a la sociedad demandada el 10 de noviembre de 2012 (Fl. 221 C.1), dentro del año siguiente a cuando fue notificada la parte demandante del mandamiento de pago (15 de diciembre de 2011 – Fls. 209 y 210) amén que no han transcurrido 3 años desde el vencimiento de la obligación que reporta el título, en consecuencia por ningún lado se aprecia que haya trascurrido el término que se requiere para la prescripción (art. 789 C.Co.).

Sin perjuicio de lo expuesto, la Sala observa que en el mandamiento de pago los intereses moratorios fueron ordenados desde el 10 de marzo de 2011, lo cual no se acompasa con la fecha en que la sociedad demandada entró en mora de pagar el capital del pagaré, que corresponde propiamente al día siguiente a cuando le fue notificado el mandamiento de pago, fecha que es cuando la parte demandante presentó el título a la demandada para el pago y constituyó en mora a la deudora."

Rad. 003 2011 00110 01 (01 11 2017) M.P. Dr. Jorge Jaramillo Villareal.

DESISTIMIENTO TÁCITO. Si existe cualquier actuación de oficio o a petición de parte de cualquiera naturaleza en el proceso *per se* se interrumpe el término previsto en el artículo 317 CGP.

Ejecutivo singular.

Extracto:

"En el presente caso, el *a quo* decretó la terminación del proceso por desistimiento tácito por cuanto la parte actora no adelantó la carga procesal que le correspondía como era la notificación del demandado; en su providencia indicó: "*Impera manifestar que las diligencias de notificación no se realizaron dentro del plazo concedido por el despacho para tal fin, y pese a ello a la fecha no se ha obtenido la notificación de la parte ejecutada, primero porque se trasladó de dirección y la demandante no envió el comunicado a la nueva dirección, limitó a anunciarla al despacho y segundo, la comunicación enviada vía correo electrónico fue errada pues la dirección que aparece en el certificado de cámara de comercio es mcaicedo@sanos.com.co la envió m.caicedo@sanos.com por ello no obtuvo el acuse de recibo indicado por el despacho, sin intentar en la dirección correcta".*

La apoderada judicial de la parte demandante indicó en sus argumentos de sustentación que realizó actuaciones tendientes a notificar a la parte demandada sin haber cumplido el objetivo que era su notificación, ya porque: i) el lugar donde se envió la primera notificación a la demandada no era el mismo; o porque ii) hubo un error en el envío del correo electrónico. Sin embargo, consideró que ha sido diligente en su actuar.

Avanzando en nuestro razonamiento, se advierte que no es acertada la decisión tomada por *a quo* y que por el contrario le asiste razón al apoderado judicial de la parte demandante por las siguientes razones:

El artículo 317 del Código General del Proceso establece claramente las reglas que debe seguirse para dar aplicación a la terminación por desistimiento tácito, entre esa la establecida en el literal c) que a la letra dice ***Cualquier actuación***, *de oficio o a petición de parte,* ***de cualquier naturaleza,*** *interrumpirá los términos previstos en este artículo",* de ahí que si el legislador no hizo distinción de ninguna clase, cabe la aplicación del principio general de interpretación jurídica según el cual *donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete,* es decir que si existe cualquier actuación de oficio o a petición de parte de cualquiera naturaleza en el proceso *per se* interrumpe el término previsto en el artículo 317 CGP, de ahí que no se puede tener por desistida tácitamente la respectiva actuación.

Hay que mencionar, además que la parte actora sí adelantó actuaciones tendientes a cumplir con la carga encomendada por el citado juzgado, sin embargo no se logró el objetivo, ya porque se trasladó el demandado a otra lugar donde debía ser notificado o porque existió un error al enviar la notificación de que trata el artículo 291 del Código General del Proceso por correo electrónico, pero tales razones no da lugar a señalar que la parte actora no ha sido diligente ni mucho menos dejó de impulsar el presente proceso.

En definitiva, no comparte esta instancia los motivos expuesto por el *a quo* para tener por desistida tácitamente la demanda, en vista de que con las actuaciones realizadas por la apoderada judicial de la parte actora, se interrumpió el término

previsto en la norma procesal imposibilitando así la terminación del proceso al artículo 317 CGP."

Así las cosas, se impone revocar en todas sus partes el auto objeto de apelación.

Rad. 010 2015 00385 02 (29 09 2017) M.S. Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes.

EJECUTIVO SINGULAR. LETRA DE CAMBIO. Prueba Documental.

Extracto:

"Conforme a las citas legales, las precisiones doctrinarias y la prueba recabada y el título valor base de la ejecución, podemos advertir lo siguiente:

Una vez se dio la orden por el emisor del título valor, el aquí ejecutado se reconoció como deudor cuando firmó como aceptante; al momento que estampó su firma la orden que le dio el emisor. El aceptante entonces, emitió una declaración de voluntad, irrevocable e impersonal, de pagar el dinero que en el título valor se menciona, orden que sólo se extinguía cuando la responsabilidad a su vez hubiere desaparecido por alguna de las causales establecidas en la ley.

A voces del artículo 625 del Código de Comercio la obligación que emerge de la letra que aquí es materia de recaudo, es completamente eficaz a raíz de la aceptación expresada por el deudor.

Si existe alguna falsedad frente a la misma, ésta debe ser demostrada por medio probatorios que el estatuto procesal consagra, donde se determine dada la falsedad alegada, que efectivamente el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx no suscribió la letra de cambio objeto de ejecución.

Debe señalarse vehementemente que el medio más idóneo para demostrar que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx no había suscrito el título valor objeto de la ejecución o que el mismo era falso, es el dictamen pericial, que como se observó en todo el proceso incluido esta instancia, no se logró realizar por desinterés del mismo demandado.

Recuérdese que el magistrado sustanciador al admitir el recurso, procedió y acudió como director del proceso y en cumplimiento a su misión en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, a sus atribuciones oficiosas en el decreto y práctica de pruebas, (Artículos 229 y 230 del Código General del Proceso), decretando como prueba de oficio la realización de un dictamen pericial por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a efectos de determinar si las firmas consignadas en el título valor materia de recaudo corresponde a la firma del demandado, sin embargo en respuesta a lo anterior no se aportaron las expensas para el pago de los gastos ante la citada institución.

De esta forma queda demostrado que la parte demandada interesada en la prueba pericial, incumplió la carga procesal que le correspondía a efectos de que sus excepciones de mérito salieran triunfantes, es decir se descuidó en su papel de probar; contrario sensu, la parte demandante demostró que la obligación, es clara, expresa y actualmente exigible, que además reúne los requisitos generales y específicos de la letra de cambio, por lo que sus pretensiones prosperen.

Por lo demás, si lo que pretendía probar la parte demandada era la falsedad del título, el interrogatorio de parte al demandado –de haberse practicado- nada hubiere aportado sobre el particular, pues como ya se dijo, la prueba más idónea para ello lo era la prueba pericial.

CONCLUSIÓN.

Así las cosas, no queda duda que la parte demandada dejo al azar la carga procesal que le correspondía (carga de probar), como era demostrar a través de la prueba pericial, que no había suscrito la letra de cambio objeto de la presente ejecución o en su defecto ésta era falsa. Por todo lo anterior, se impone confirmar la providencia objeto de apelación. "

Rad.010 2013 00232 01 (22 09 2018) acta 092.M.S. Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes.

IMPUGNACIÓN DE ACTAS DE ASAMBLEA. Juntas directivas o de socios.

Extracto:

"El ordenamiento jurídico colombiano hace residir el concepto de impugnación de actos de asamblea, juntas directiva o de socios, en la circunstancia de que la decisión adoptada sea violatoria de la ley o de los estatutos. Esta violación puede soportarse en aspectos de forma o de fondo, bien sea por trasgresión u omisión en la convocatoria o afectación en general del requisito de publicidad o por inobservar las mayorías requeridas o por ocuparse de temas que le estaban vedados, o por exceder los límites del contrato social. Dichas previsiones atienden a estructurar los requisitos de validez, eficacia y oponibilidad de las decisiones que se adopten por el máximo órgano social o asamblea de personas jurídicas, se reitera.

Ciertamente el artículo 190 del C. de Co. en forma categórica y perentoria consagra que las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces; las que se adopten sin el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes, o excediendo el contrato social, serán absolutamente nulas; y las que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes.

Entonces si la pretensión que sirve a la demanda se sustenta en que se declare la nulidad absoluta del acto impugnado, para su prosperidad deberá estar demostrado que el acto atacado se adoptó sin el número de votos previstos en los Estatutos o en las leyes, o excedió los límites del contrato social , circunstancias en las cuales no se subsume preliminarmente el acto impugnado, o no luce de bulto, habida cuenta que hasta este punto del proceso no se cuenta con elementos de juicio idóneos para hallar acreditada la apariencia de buen derecho, en tanto la ausencia de material probatorio, tales como el reglamento del Consejo de Administración que regula los aspectos concernientes a la explotación económica de los bienes comunes que debe utilizar el administrador general al momento de realizar negociaciones y, el acta impugnada , hace imposible elaborar la confrontación predicable del artículo 382 del C.G.P., inicialmente que el acto impugnado es nulo absolutamente al encontrarse inmersa alguna de las causales previstas en canon 190 del estatuto comercial.

Huelga recordar que la carga de la prueba de la violación de las normas invocadas reposaba en cabeza de la parte demandante, y que conforme a claros pronunciamientos jurisprudenciales, si el interesado en suministrar la prueba no lo hace, o la allega imperfecta, descuida o equivoca su papel de probador, lo que necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones, pues se repite: *"demuestra quien prueba, no quien enuncia, no quien envía a otro a buscar la prueba"* (sentencias de febrero 26 y noviembre 19 de 2001).

Teniendo claridad frente lo consignado en precedencia y en aras de abundar en razones, se colige que ante lo caliginoso y etéreo del artículo 35 del reglamento de propiedad horizontal invocado como norma social presuntamente violada con la decisión contenida en el acta del 21 de abril de 2017, no resulta procedente el decreto de la cautela solicitada, en

tanto existe incertidumbre sobre si el cuidado que debe atender los órganos directivos para la explotación económica de los bienes comunes de xxxxxxxxxxxxxxxxxx se encuentra inmersa la afectación económica originada a los comerciantes y concesionarios al permitir la libre iniciativa empresarial, y en tal sentido , menester es recordar que para la procedencia de toda medida cautelar conjurada al interior de un proceso de impugnación de actos de asamblea, juntas directivas o de socios, debe refulgir de manera ostensible, palmaria y nítida la violación de la norma social invocada frente al acto impugnado, y como esta circunstancia no se acompasa a dicho tenor , la decisión adoptada por el *a quo* será confirmada.

Colofón de lo anterior, se tiene que la decisión del juez de instancia se atempera a las disposiciones legales que gobiernan el asunto de las medidas cautelas referente a la suspensión de los efectos del acto impugnado, ya que los presupuestos fácticos inmersos en el sub examine se encuentran en consonancia con los requisitos en el artículo 382 del C.G.P. y demás, conforme todo lo anterior se confirmará la decisión de primera instancia.

Así las cosas, la argumentación blandida en el proveído censurado no ha sido derruido por lo que impone su confirmación, con la siguiente condena en costas al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P."

Rad.001 2017 00159 01 (08 11 2018) M.P. Dr. Homero Mora Insuasty.

NULIDAD. Medidas Cautelares. Reglamento de propiedad horizontal.

Extracto:

"Basados en lo anterior, podemos establecer que las medidas cautelares son aquellas que se adoptan en un proceso con la finalidad de asegurar un resultado futuro que pueda producirse en el mismo, su objeto es preservar anticipadamente una consecuencia previsible que debe realizarse en el curso del proceso, estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.

Ha de decirse que, por regla general toda medida cautelar tiene como fundamento la plausibilidad del derecho objeto de la pretensión (fumus boni iuris), merecimiento que es lo usual, despunta de las pruebas aportadas con la demanda. Si el derecho cuya protección o satisfacción se reclama luce factible o probable; si el juez encuentra que el soporte probatorio da pie para considerar, *prima facie* que la pretensión eventualmente podría ser concedida; si la reclamación ofrece una apariencia racional de buen derecho, es viable decretar una medida cautelar con apego obviamente a la autorización legal.

Ahora bien, las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte Constitucional ha afirmado que aunque el Legislador goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, este y el Juez natural que las aplican, deben de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio.

En el caso *sub examine* , se avizora que el *A-quo* actúo de manera cuidadosa al decretar la medida cautelar controvertida, puesto que, antes de decretarla, solicitó al accionante que constituyera caución por la suma de $40.000.000 para así garantizar los perjuicios que por esta medida cautelar no desbordó sus facultades, porque nuestro ordenamiento jurídico lo faculta para que dentro de su autonomía y criterio, evalúe la admisión de una medida cautelar con las pruebas allegadas, para así poder dar garantía y transparencia al proceso."

Rad.012 2016 00161 01 (27 10 2017) M.S. Dr. Julián Alberto Villegas Perea.
==========

==========

OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Se negaron las pruebas solicitadas por la parte demandante. Memorial fue extemporáneo porque si bien se allegó del último día hábil se hizo a las 5:04 PM, es decir por fuera del horario judicial. Responsabilidad Contractual.

Extracto:

"La valoración que el juez debe hacer para decretar y practicar pruebas lo hace en su condición de director del proceso en cumplimiento de los principios de necesidad, celeridad y economía procesal; si toda prueba pedida debe practicarse se desperdiciaría la labor del Juez, por eso es necesario que estudie la legalidad, racionalidad, proporcionalidad para decretarlas por otra parte la petición oportuna hace parte del principio de legalidad de la prueba.

Visto el trámite procesal y la decisión del a quo, la Sala no avista que la providencia recurrida deba revocarse, ciertamente , el artículo 173 del C.G.P. instruye que las pruebas para que sean apreciadas por el Juez deben solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señaladas en dicho estatuto procesal, en ese orden, es claro que existen momentos precisamente determinados por la Ley para que las partes puedan pedir y aportar pruebas en los procesos judiciales (Art. 29 C. Pol), pues ninguna prueba puede llegar al proceso de manera intempestiva en cualquier momento sin respeto del momento de la preclusión, los términos legales son perentorios e improrrogables (Art. 117 C.G.P.)

Es cierto que el Art. 118 del C.G.P menciona que los términos se cuentan en años, meses y días, no obstante ello, el Art. 109 ibídem también regula cómo se incorporan los escritos al expediente disponiendo que "los memoriales […] se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término", así las cosas, como quiera que el memorial por medio del cual la parte demandante se pronuncia respecto de las excepciones y solicita pruebas fue recibido después del horario de cierre de atención al público del Juzgado, el último día, no es posible arribar a conclusión diferente a la que llegó el a quo por la extemporaneidad del escrito, si bien el abogado argumenta haber llegado 10 minutos antes de las 5 PM, tal afirmación carece de todo respaldo probatorio así sea sumario, razón por la cual la providencia deberá confirmarse.

Al margen el juez decretó de oficio varias de las pruebas pedidas en el escrito extemporáneo, tales como toda la prueba documental y la pericial allegada con el mismo."

Rad. 002 2016 00085 01 (09 10 2018)) M.S. Dr. Jorge Jaramillo Villareal.

OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Dictamen Pericial. Responsabilidad médica.

Extracto:

"El juez debe hacer valoración para decretar y practicar pruebas como director del proceso que es en cumplimiento de los principios de necesidad, celeridad y economía procesal; si toda prueba pedida debiera practicarse se desperdiciaría la labor del Juez, por eso es necesario que estudie la legalidad, racionalidad, proporcionalidad de las pruebas para decretarlas, debiendo tener en cuenta que la petición oportuna hace parte del principio de legalidad de la misma.

Respecto de la negación de decretar dictamen pericial de la Universidad CES de Medellín, la Sala no avista que la providencia recurrida deba revocarse, ciertamente, el artículo 173 del C.G.P. instruye que las pruebas deben ser solicitadas, practicadas e incorporadas al proceso dentro de los términos y oportunidades señaladas en dicho estatuto procesal, en ese orden, es claro que existen momentos precisamente determinados por la ley para que las partes puedan pedir y aportar pruebas en los procesos judiciales (Art.29 C.Pol), ninguna prueba puede llegar al proceso de manera intempestiva sin respecto del momento de la preclusión , pues los términos legales son perentorios e improrrogables (Art. 117 C.G.P.)

El artículo 227 del C.G.P. dispone que: "La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días. En este evento el juez hará los requerimientos pertinentes a las partes y terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba (…)".

Según la norma parcialmente transcrita resulta claro entender que es deber de la parte aportar las pruebas periciales que quiera hacer valer en la oportunidad legal para hacerlo, sin que sea posible pedirle al juez que la decrete dentro del proceso, salvo que el término para aportarlo resulte insuficiente, caso en el cual debe anunciar el dictamen y aportarlo dentro del término adicional que el juez conceda para ello.

En el caso, la Sala observa que en el escrito por el cual la parte demandante se pronunció frente a las excepciones propuestas por las entidades demandadas, no aportó el dictamen ni solicitó un término adicional para hacerlo sino que pidió: "conceder y decretar la práctica de un experticio técnico designando a la UNIVERSIDAD CES de Medellín […] para que se practique una experticia técnica por parte de un médico especialista en hematología y/o medicina interna, la cual debe brindar respuesta al cuestionario que aportaré en su debida oportunidad con base en el desarrollo probatorio del proceso"; en ese orden, no se ven razones para revocar la decisión de negar decretar la prueba así pedida, máxime si se tiene en cuenta que el Juzgado decretó de oficio un dictamen pericial a cargo del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para que a través de un experto en la materia determine si el tratamiento y los procedimientos realizados a la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx realizados a partir de junio de 2011, están acordes con los protocolos médicos y la lex artis , lo anterior , claro está , sin perjuicio de las pruebas de oficio que el juez pueda decretar si las considera necesarias para esclarecer los hechos objeto de controversia (Art. 170 C.G.P.).

Ahora bien, sobre la negación del decreto de la peritación del Instituto Nacional de Medicina Legal dirigido a determinar la afectación emocional de los actores, debe decirse que dicha solicitud se rige por el del 234 ejusdem, el cual dispone:

"Art. 234. Peritaciones de entidades y dependencias oficiales. Los jueces podrán solicitar, de oficio o a petición de parte, los servicios de entidades y dependencias oficiales para peritaciones que versen sobre materias propias de la actividad de aquéllas. Con tal fin las decretará y ordenará librar el oficio respectivo para que el director de las mismas designe el funcionario o los funcionarios que deben rendir el dictamen.

La contradicción de tales dictámenes se someterá a las reglas establecidas en este capítulo.

El dinero para transporte, viáticos u otros gastos necesarios para la práctica de la prueba deberá ser suministrado a la entidad dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que el respectivo director o haya señalado el monto. Cuando el directorio informe al juez que no fue aportada la suma señalada, se prescindirá de la prueba […]"

De la norma transcrita se entiende que es facultativo del juez decretar la peritación en materias propias de su especialidad, sin que sea impedimento que se aporte una peritación por otra entidad particular o por un experto, en tanto la norma no establece tal prohibición ni su aplicación es subsidiaria o residual, como lo entendió el Juzgado.

En el caso, la Sala observa que quienes demandan son la víctima directa, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, su compañero permanente xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, sus hijos xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y sus padres xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxx, así es que de llegarse a probar la responsabilidad demandada derivada de los actos u omisiones culposas que se endilgan a las entidades demandadas, la afectación emocional de los actores bien puede inferirse de otras pruebas, amén que la jurisprudencia ha permitido presumir la aflicción de quien sufre daños en la salud y de los familiares cercanos que conviven bajo un mismo techo con quien afectivamente esté ligado el lesionado, tal razón hace que no se vea indispensable la prueba, más aún si se tiene en cuenta que la jurisprudencia civil ha sido clara en precisar que la concreción de la tasación de dichos daños subjetivos inmateriales por sus características ha sido confiada al arbitrio judicial debiendo tener en cuenta las circunstancias particulares del caso acreditadas bajo la libre prueba con cualquier medio legal que resulte conducente, pertinente y necesario.

Resta por decir que los testimonios de Pablo Rodríguez Cadena, Diego Fernando Jiménez Rivera, Francisco Jaramillo Echeverry y Luz Eugenia Quintero, solicitados por la parte demandante, fueron decretados como prueba conjunta, por lo que tampoco resulta útil decretarlos separadamente, en la audiencia en que sean recibidos todas las partes pueden interrogar."

Rad.009 2016 00018 01 (15 11 2017) M.S. Dr. Jorge Jaramillo Villareal.

PERTENENCIA POR PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA. Reivindicatorio en reconvención.

Extracto:

"Dentro de la actuación se encuentra demostrado que la aquí demandante Sra. Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx en representación de sus hijos xxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxx, formuló proceso de sucesión del Sr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, relacionando como activo el bien que ahora pretende adquirir por usucapión Fl. 61 vto C 5)

En este orden de ideas, como bien lo advirtió el juez de primera instancia, luce prístino, que la demandante, reconoció dominio ajeno sobre el inmueble objeto del litigio, por lo menos desde la presentación del proceso sucesorio – 28 de julio de 1995-, y hasta la fecha de la sentencia que se emitió el 21 de noviembre de 2.006 (Fl. 113 y ss ibídem), por tanto este

tiempo no puede servir para computarse al tiempo de posesión que la ley establece debe cumplir.

Aquí es del caso que no es de recibo el reparo del apelante según el cual, la actora si desplegó algunas actuaciones , pero que las mismas no tienen la virtualidad de reconocer dominio ajeno, pues como viene de verse, según lo decantado por la jurisprudencia de la Corte, adelantar un proceso de sucesión, incluyendo dentro de la liquidación el inmueble objeto de usucapión, constituye un actuar de pleno reconocimiento de dominio ajeno, a favor del causante , pues este se traduce en admitir que el bien era de propiedad del Sr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxx y por ende solicitó sea adjudicado a sus herederos.

Ahora bien, es cierto que la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx ingresó al inmueble que pretende adquirir por prescripción, en condición de compañera permanente del Sr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, también lo es que dentro de la actuación, no se logró acreditar, el momento de la interversión del título, es decir la época exacta cuando mudo su condición de mera tenedora al de poseedora, como lo exige la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. (Sentencia de 21 de febrero de 2011, Exp. 2001-00263).

Pero si en gracia de discusión se admitiera que la demandante ostenta la condición de poseedora desde la ejecutoria de la sentencia del proceso de sucesión del Sr. xxxxxxxxxxxxx, es decir desde el 5 de diciembre de 2006 (Fl. 125 ibídem), lo cierto es que no cumple con el requisito temporal -20 años- que el ordenamiento exige para adquirir por prescripción extraordinaria el dominio del bien.

Decantado lo anterior, bien pronto se advierte la improsperidad del recurso vertical en estudio, habida cuenta que, teniendo en cuenta como fecha donde inició su posesión la actora -5 de diciembre de 2006, resulta ostensible, entonces, que para la fecha en que se sometió a reparto el libelo incoativo de esta tramitación -1 de febrero de 2.011 (Fl. 24 C. 1) Y xxxxxxxxxxxxxxxxxx (Fl. 215 y ss C.6), con respecto a lo dictaminado por concepto de "gastos de mantenimiento del inmueble", pues advirtió que se tuvieron en cuenta para su liquidación conceptos como pago de servicios públicos y salarios de empleados por cuidar el predio, los cuales bajo ningún punto de vista, constituyen mejoras, a la luz de los artículos 966 y 967 del Código Civil.

Con todo, vale la pena indicar que el juez de primera instancia, si respaldo su condena al pago de mejoras a cargo del demandante en reconvención, en el dictamen pericial de Alberto Arbeláez Burbano, pero únicamente estimando para su tasación, los conceptos por "arreglo baño, construcción [de] pozo séptico, construcción techo, pago piso y azulejo" (Fl. 274 C1), al observar que dichas erogaciones si corresponden a mejoras realizadas en el inmueble objeto de reivindicación, y por lo tanto esa resolución se encuentra ajustada a derecho.

Por lo anterior, no es de recibo el reparo según el cual el juez de instancia debió haber condenado al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx al pago de mejoras por un valor igual a $185.622.991, ya que de la revisión del laborío en que el recurrente finca su inconformidad, se advierte que el perito avaluador Alberto Arbeláez Burbano, para efectos de determinar dicha suma de dinero que catalogó como "el monto estimado que ha invertido la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx durante su posesión desde el año 1995 conforme a la valoración de los recibos cancelados suministrados", tuvo en cuenta valores por pago de servicios públicos y de impuesto predial (Fl. 275 a 283 C.1), sin que obre en el expediente la totalidad de los soportes que acreditan dichos pagos, pero que en resumidas cuentas, esos valores no pueden servir para la tasación de mejoras por la simple razón de que los mismos NO corresponden a gastos que hayan aumentado el valor del inmueble (art. 966 C.C.), ni tampoco a mejoras voluptuarias (art. 967 ibídem)

Pero adicionalmente, se observa que dichos pagos de servicios públicos y de impuestos, tampoco pueden calificarse como expensas, ya que al tenor de lo dispuesto en el artículo

965 del C.C., únicamente se pueden tener como tales las utilizadas para la defensa judicial del bien.

Aquí, es del caso señalar que no se puede olvidar que el juzgador cuenta con la facultad de separarse de dictámenes periciales cuando estos no le otorguen pleno convencimiento de sus conclusiones.

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera: "el dictamen debe valorarse no solamente teniendo en cuenta la calidad de sus fundamentos, sino también el conjunto de las pruebas recaudadas en el proceso, de conformidad con las reglas de la sana crítica …entendidas éstas como aquellos principios de todos conocidos que informan el razonamiento, en virtud de los cuales se aprehende el conocimiento de un asunto , luego de un proceso intelectual de persuasión racional, lo que descarta la posibilidad de adoptar una conclusión pericial por la sola gracia del concepto o dictamen mismo, tarea en la que, como debe ser, los jueces gozan de una evidente reconvención, en el dictamen pericial de Alberto Arbeláez Burbano, pero únicamente estimando para su tasación, los conceptos por "arreglo baño, construcción [de] pozo séptico, construcción techo, pago piso y azulejo" (Fl. 274 C1), al observar que dichas erogaciones si corresponden a mejoras realizadas en el inmueble objeto de reivindicación, y por lo tanto esa resolución se encuentra ajustada a derecho.

Por lo anterior, no es de recibo el reparo según el cual el juez de instancia debió haber condenado al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx al pago de mejoras por un valor igual a $185.622.991, ya que de la revisión del laborío en que el recurrente finca su inconformidad, se advierte que el perito avaluador Alberto Arbeláez Burbano, para efectos de determinar dicha suma de dinero que catalogó como "el monto estimado que ha invertido la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx durante su posesión desde el año 1995 conforme a la valoración de los recibos cancelados suministrados", tuvo en cuenta valores por pago de servicios públicos y de impuesto predial (Fl. 275 a 283 C.1), sin que obre en el expediente la totalidad de los soportes que acreditan dichos pagos, pero que en resumidas cuentas, esos valores no pueden servir para la tasación de mejoras por la simple razón de que los mismos NO corresponden a gastos que hayan aumentado el valor del inmueble (art. 966 C.C.), ni tampoco a mejoras voluptuarias (art. 967 ibídem)

Pero adicionalmente, se observa que dichos pagos de servicios públicos y de impuestos, tampoco pueden calificarse como expensas, ya que al tenor de lo dispuesto en el artículo 965 del C.C., únicamente se pueden tener como tales las utilizadas para la defensa judicial del bien.

Aquí, es del caso señalar que no se puede olvidar que el juzgador cuenta con la facultad de separarse de dictámenes periciales cuando estos no le otorguen pleno convencimiento de sus conclusiones.

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera: "el dictamen debe valorarse no solamente teniendo en cuenta la calidad de sus fundamentos, sino también el conjunto de las pruebas recaudadas en el proceso, de conformidad con las reglas de la sana crítica …entendidas éstas como aquellos principios de todos conocidos que informan el razonamiento, en virtud de los cuales se aprehende el conocimiento de un asunto, luego de un proceso intelectual de persuasión racional, lo que descarta la posibilidad de adoptar una conclusión pericial por la sola gracia del concepto o dictamen mismo, tarea en la que, como debe ser, los jueces gozan de una evidente reconvención, en el dictamen pericial de Alberto Arbeláez Burbano, pero únicamente estimando para su tasación, los conceptos por "arreglo baño, construcción [de] pozo séptico, construcción techo, pago piso y azulejo" (Fl. 274 C1), al observar que dichas erogaciones si corresponden a mejoras realizadas en el inmueble objeto de reivindicación, y por lo tanto esa resolución se encuentra ajustada a derecho.

Por lo anterior, no es de recibo el reparo según el cual el juez de instancia debió haber condenado al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx al pago de mejoras por un valor igual a $185.622.991, ya que de la revisión del laborío en que el recurrente finca su inconformidad, se advierte que el perito avaluador Alberto Arbeláez Burbano, para efectos de determinar dicha suma de dinero que catalogó como "el monto estimado que ha invertido la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx durante su posesión desde el año 1995 conforme a la valoración de los recibos cancelados suministrados", tuvo en cuenta valores por pago de los recibos cancelados suministrados", tuvo en cuenta valores por pago de servicios públicos y de impuesto predial (Fl. 275 a 283 C. 1), sin que obre en el expediente la totalidad de los soportes que acreditan dichos pagos, pero que en resumidas cuentas, esos valores no pueden servir para la tasación de mejoras por la simple razón de que los mismos NO corresponden a gastos que hayan aumentado el valor del inmueble (art. 966 C.C.), ni tampoco a mejoras voluptuarias (art. 967 ibídem)Aquí, es del caso señalar que no se puede olvidar que el juzgador cuenta con la facultad de separarse de dictámenes periciales cuando estos no le otorguen pleno convencimiento de sus conclusiones.

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera: "el dictamen debe valorarse no solamente teniendo en cuenta la calidad de sus fundamentos, sino también el conjunto de las pruebas recaudadas en el proceso, de conformidad con las reglas de la sana crítica ….entendidas éstas como aquellos principios de todos conocidos que informan el razonamiento , en virtud de los cuales se aprehende el conocimiento de un asunto, luego de un proceso intelectual de persuasión racional, lo que descarta la posibilidad de adoptar una conclusión pericial por la sola gracia del concepto o dictamen mismo, tarea en la que, como debe ser, los jueces gozan de una evidente facultad discrecional –rectamente entendida-. (Corte Suprema en sentencia de 083 del 28 de junio de 2000.)

Corolario de lo dicho, refrendará el fallo apelado.

Rad. 01 2011 00038 03 (02 11 2017) Acta 107M.P. Dr. César Evaristo León Vergara.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN. Responsabilidad civil extracontractual.
Cuantía. Justiprecio del interés para recurrir y concesión del recurso. Apoderado de la demandante se limitó a radicar el memorial contentivo del recurso sin aportar la experticia exigida que brinde claridad acerca de cuál es la afectación patrimonial que le irroga el fallo, tal y como lo impera la norma procesal.

Extracto:

"A partir de lo anterior, la determinación de dichos perjuicios está dada por el inciso 6º del Artículo 25 del C.G.P. que remite al fallador a los "*parámetros jurisprudenciales máximos al momento de la presentación de la demanda",* que aun tratándose del grave dolor que causa la pérdida de un ser querido en recientes pronunciamientos han sido estimados por el Tribunal de Casación en $60.000.000 (SC- 13925 del 30 de septiembre de 2016 y S.C.-15996 del 29 de noviembre de 2016), por consiguiente , si bien es lamentable el agravio sufrido por la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx su aflicción en manera alguna se asemeja al daño antes relacionado por tanto su tasación en un escenario favorable a sus pretensiones ciertamente hubiera sido inferior a dicho monto.

Bajo este norte, si en gracia de discusión la Sala adopta el límite del valor jurisprudencial memorado como indemnización por perjuicios morales y el daño a la vida de relación de la demandante en la suma de $60.000.000 por cada concepto, junto a los perjuicios de índole

material tasados en $33.208.844 que actualizados con la fórmula correspondiente y a la fecha de proferimiento de la decisión de segunda instancia arrojan $40.963.496, se reducen las pretensiones de la demanda a $160.963.496, monto que no alcanza los $737.717.000 de pesos que corresponde al valor mínimo establecido para los efectos de procedencia de la impugnación casacional para el presente año (fecha de pronunciamiento de la sentencia e interposición del recurso).

Con todo el Código General del Proceso brindaba una alternativa al recurrente en casación para tasar los perjuicios generados con la sentencia, cuando en su artículo 339 regula que cuando de los elementos de juicio que obren en el expediente no se logre extraer el interés económico afectado con la sentencia "*el recurrente podrá aportar un dictamen pericial" ,* con el cual , el Magistrado sustanciador resolverá de plano sobre la concesión , sin embargo, nada de ello ocurrió pues el apoderado de la demandante se limitó a radicar el memorial contentivo del recurso sin aportar la experticia exigida que brinde claridad acerca de cuál es la afectación patrimonial que le irroga el fallo, tal y como lo impera la norma procesal.

Las cargas procesales implican la necesidad en que se colocan las partes de cumplir determinadas actividades para propiciar su propio éxito en el proceso, pero como no se puede pedir su cumplimiento de manera coactiva, sino que es eminentemente voluntaria o potestativa, permitiendo a este Cuerpo Colegiado que se guíe por lo probado en el proceso.

Ante la claridad de lo expuesto, no puede arribarse a conclusión diferente que el recurso de casación no ha de concederse."

Rad. 003 2013 00278 01 (18 09 2017). Dr. Homero Mora Insuasty.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO.

Extracto:

"A pesar de las declaraciones ya indicadas y los documentos mencionados, en realidad hubo poca o ninguna actividad probatoria tendiente a identificar el tipo de mejoras hechas al predio y el valor de las mismas, a pesar de que la demandada solicitó una inspección judicial al inmueble para verificar la existencia de tales mejoras, pero el juez *a quo* no decretó dicha prueba, sin que dicha decisión haya sido atacada por la parte interesada.

Entonces, para determinar la existencia de las mejoras, en qué consistieron, su valor, si son útiles o volupturias, y cuáles se realizaron a partir de noviembre de 2006 y que otras a partir de mayo de 2013, se decretó prueba oficiosa en esta instancia, no obstante, como quiera que el peritaje ordenado se rindió sobre la valoración del inmueble y no en lo que respecta a las mejoras, y sin que pudiese complementarse por causa atribuible a la demandada, al no disponer el acceso a la propiedad, a pesar de que el perito visitara el predio varias veces , no hay lugar al reconocimiento de estas, pues, si bien obran en el expediente facturas de material de construcción y un contrato de obra, de ahí no se logra establecer su naturaleza y valor.

Por consiguiente, en aplicación de lo dispuesto en la normativa 233 del Código General del Proceso, no puede tenerse por probada la existencia de mejoras útiles , que son la que serían objeto de devolución pues no se tiene conocimiento qué tipo de trabajos fueron hechos al inmueble.

Siguiendo adelante, ahora sobre los frutos, y reiterando que la demandada fue poseedora de buena fe, deberá hacer la devolución de los frutos civiles causados desde la notificación de la demanda, esto desde el 7 de mayo de 2013.

De la experticia allegada (obrante a folios 56- 89 del cuaderno de segunda instancia) se observa que para el año 2016 el valor mensual por renta del inmueble asciende a quinientos mil pesos, teniéndose como renta anual la suma de seis millones de pesos."

Rad. 003 2012 00169 01 (18 09 2017) Acta 982. M.P. Dr. Julián Alberto Villegas Perea.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA.

"En el caso objeto de estudio, como se dejó claro precedentemente, existen y son válidos lo0s contratos bilaterales de promesa de compraventa suscritos entre los demandantes como promitentes compradores y la sociedad demandada como promitente vendedora de los bienes inmuebles ahí relacionados, en los que en la cláusula *"segunda"* se pactó y el precio y la forma de paso, así:

3.1. – Respecto del contrato de promesa suscrito por el señor **XXXXX** como promitente comprador y la sociedad **CONSTRUCTORA CRUZ GONZALEZ S.A.** como promitente vendedora, se pactó como precio de la oficina 407 y parqueaderos 43 y 44 prometidos en la venta la suma de $200´000.000.oo, para ser pagados con una cuota inicial de $130´000.000.oo que debían cancelar en varias cuotas en las fechas y montos estipulados en el contrato, por medio de consignación a una cuenta de BBVA FIDUCIARIA S.A. según lo pactado, y el saldo, es decir la suma de $70.000.000.oo con la firma de la escritura pública.

3.2.- Con respecto al contrato de promesa suscrito por el señor **XXXXX** en calidad de gerente y representante legal de la sociedad **VILLEGAS NIESSEN Y CIA. S.C.S.** como promitente comprador y la sociedad **CONSTRUCTORA CRUZ GONZALEZ S.A.** como promitente vendedora, se pactó como precio de la oficina 502 y parqueaderos 57 y 58 prometidos en venta la suma de $144´500.000.oo, para ser pagados con una cuota inicial de $101´150.000.oo que se debían cancelar en varias cuotas en las fechas y montos estipulados en el contrato, por medio de consignación a una cuenta de BBVA FIDUCIARIA S.A. según lo pactado, y el saldo, es decir, la suma de $43´350.000.oo con la firma de la escritura pública.

A folios 40 y 41 del cuaderno primero se encuentra la relación de los pagos efectuados por los demandantes, en las fechas y cuantías ahí indicadas, para cumplir con la cuota inicial pactada, los cuales fueron probados con las copias de las consignaciones allegadas como prueba de oficio decretada por esta Corporación y debida y legalmente incorporadas al proceso, es así que la relación de pagos por parte del señor **XXXXX** asciende a la suma total de $144´000.000.oo y la relación de pagos de la sociedad VILLEGAS NIESSEN S.A.S. refleja la suma total de $101´150.050.oo, lo que a todas luces demuestra que los demandantes sí cumplieron con la carga acordada de pagar la cuota inicial, carga de la prueba que se invierte por lo que le correspondía a la parte demandada desvirtuarla, si fuere el caso.

En la cláusula *"Novena"* contenida en los contratos de promesa se acordó que el promitente vendedor entregaría los bienes inmuebles prometidos en venta en un plazo máximo de catorce (14) meses calendario, bajo la condición previo cumplimiento de lo pactado en la cláusula séptima de los mismos, y como se estableció precedentemente, quedó demostrado que las condiciones plasmadas en dicha cláusula se cumplieron, por lo que le correspondía a la entidad demandada ejecutar lo pactado como era la firma de la escritura pública que perfeccionaría la tradición de los bienes inmuebles prometidos en venta y la entrega de los mismos y como ello no sucedió, se evidencia que los promitentes vendedores aquí demandados incumplieron con lo establecido en el contrato tantas veces aquí mentado.

No obstante lo anterior, se pactó en la cláusula *"Décima"* que en caso de fuerza mayor o caso fortuito el promitente vendedor quedaría exonerado de toda responsabilidad por la no entrega material de los inmuebles prometidos en venta en la fecha pactada, entendiéndose como tal *"el imprevisto a que no es posible resistir…"*, conforme lo define el art. 90 de la Ley 95 de 1890, aún vigente, circunstancia que por lo general exime o libera a una o todas las partes contratantes a pagar o responder por los daños que pudiese haber causado por el incumplimiento de una obligación.

Pero la parte demandada o promitente vendedora se encontraba en el deber de alegar dicho suceso y demostrar que efectivamente se presentó fuerza mayor o caso fortuito que haya incidido para el cumplimiento de lo pactado, para poder ser exonerado del reconocimiento y pago de los perjuicios que le hubiese podido ocasionar a los promitentes compradores, y como la pasiva no alegó y mucho menos demostró dicho suceso, la Sala no podrá reconocerlo de manera oficiosa asó se encuentre pactado en el contrato de promesa de compraventa, objeto de resolución.

Pues bien, conforme a lo expuesto en el numeral *"octavo"* de los hechos de la demanda, el incumplimiento por parte del promitente vendedor se debió al embargo que realizó la Fiscalía General de la Nación sobre el predio con matrícula inmobiliaria **XXXXX**, inmueble en el cual se ejecutaría la obra en la que se construirían los bienes inmuebles prometidos en venta, lo cual es corroborado con la anotación segunda de dicho certificado, acontecimiento que no exonera o libera a la parte demandada incumplida de ser demandada por la parte cumplida en acción resolutoria, y pretenda la devolución de los dineros pagador por concepto de dicho contrato debidamente indexados y el reconocimiento y pago de la Cláusula Penal y/o multa pactada en la cláusula Octava de los mentados contratos objeto de acción resolutoria.

Conforme a los anteriormente expuesto, y de conformidad con la realidad fáctica y probatoria del proceso, quedó claro que los contratos de promesa aportados al plenario tienen validez legal por cumplir los presupuestos de la ley aunado de haberse cumplido con el punto de equilibrio exigido en el parágrafo I, de la Cláusula Séptima de los contratos, quedo plenamente demostrado que los demandados incumplieron lo pactado y que los demandantes cumplieron hasta donde les fue posible, es decir con el pago de la cuota inicial por cuanto el saldo del precio de los bienes inmuebles prometidos en venta no fue posible pagarlo ya que ello se cumpliría con la firma de la escritura, como quedó pactado, y como esa etapa no llegó por incumplimiento de los promitentes vendedores, ello se tornó imposible de cumplir por parte de los promitentes compradores.

Teniendo en cuenta que es procedente la acción resolutoria, debe darse aplicación a las restituciones mutuas, pues con ello se pretende que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban para el momento de la celebración del contrato resuelto, que para el caso en estudio sería que el promitente vendedor devuelva las sumas de dinero por él recibidas de los promitentes compradores como cuota inicial consecuencia de la promesa de compraventa que ha de declararse resuelta, que según lo manifestado y probado en la demanda, los promitentes compradores pagaron como cuota inicial las sumas de $114´000.000.oo por parte del señor **XXXXX** y $101´150.050.oo por parte de la sociedad Villegas Niessen S.A.S., sumas que como lo tiene dicho la doctrina y la jurisprudencia deben devolverse a sus titulares con respectiva corrección monetaria causada, atendiendo la pérdida adquisitiva de la moneda.

Respecto de los intereses comerciales moratorios pretendidos por la parte actora, no se accederá a los mismos por cuanto como lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia, el interés legal comercial, el cual corresponde al interés bancario corriente, que certifica la Superintendencia Financiera, involucra un componente de corrección monetaria y otro detasa pura, y de reconocerse dichos interés, se estaría compensando doblemente la desvalorización del capital que se desembolsó en perjuicios de los deudores, por consiguiente, en lugar de intereses comerciales moratorios pretendidos, además de la

indexación, se ordenará el pago del interés legal previsto en el art. 1617 del Código Civil, es decir al 6% anual equivalente al 0,5% mensual, liquidados sobre cada uno de los pagos efectuados o cantidad de dinero que originalmente fueron entregados al promitente vendedor, desde cada fecha de entrega de los mismos hasta que se verifique el pago total de dichas sumas.

De igual manera deberá la parte demandada pagar como cláusula penal o multa la *"suma equivalente al 20% del valor del precio de compra"*, para cada uno de los demandantes como quedo pactado en la cláusula Octava de los contratos.

Ahora bien, para actualizar el valor de la suma de dinero que la sociedad demandada debe reintegrar a la parte demandante, es necesario acudir a la fórmula matemática más aceptada para este tipo de oración, conforme a la cual *la suma actualizada (Sa) es igual a la suma histórica (Sh) multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes hasta el que se va realizar la actualización (índice final) dividido por el índice de precios al consumidor del mes del que se parte (índice inicial)*>> (CJS SC, 16 sep. 2011, Rad. 2005-00058-01).

Los índices empleados son los certificados por el DANE para los períodos correspondientes, los cuales constituyen un hecho notorio que no requieren de prueba al tenor de los dispuesto en los artículos 167 y 180 del C.G.P.

Así las cosas se procederán a indexar cada una de las sumas pagadas por los promitentes compradores, desde las fechas de sus pagos, teniendo en cuenta que la cuota inicial se pagó en diferentes fechas y valores, se deberá tomar cada uno de esos valores y actualizarse al 31 de diciembre de 2017, conforme lo certificado por el DANE"

Rad.015 2013 00233 01 (25 01 2018) acta 005.M.P: Dr. José David Corredor Espitia.

RESPONSABILIDAD CIVIL. Póliza de responsabilidad civil extracontractual. Oportunidades probatorias. Aportación de documentos.

Aunque el juez denegó la solicitud de prueba, aduciendo que la parte debió aportar el documento por tratarse de una prueba en su poder, para lo cual se soportó en el artículo 245 del C.G. del P., lo cierto es que la lectura de dicha normativa, no permite llegar a la referida conclusión.

Extracto:

Precisado lo anterior, de entrada se advierte que la decisión de instancia debe ser revocada, pues no es posible advertir las falencias enrostradas a la solicitud de prueba incoada por la aseguradora llamada en garantía.

En efecto, la aseguradora recurrente solicitó como prueba que se oficie, a ella misma, para obtener una certificación en relación con el valor asegurado **actualizado** de las pólizas No. 021214753 y No. 021680879/0, alegando que dicha suma puede variar con el descuento de los pagos de otros siniestros que hayan afectado las pólizas (Fl. 60 C. copias). Se alegó en esa oportunidad que pos tratarse de un valor que varía en el tiempo no era posible a la parte allegar la certificación junto con la contestación al llamamiento en garantía, punto en el que se insistió en el recurso que se resuelve, para justificar la solicitud probatoria.

Pues bien, analizada la solicitud incoada, se tiene que la prueba denegada fue solicitada en la contestación al llamamiento en garantía y dentro del término concebido para ello, siendo entonces claro que se presentó oportunamente, esto es, en el momento procesal concebido por la ley para ese efecto (inciso 2º del artículo 56 del C. de P. C. y del artículo 66 del C.G.del P.).

Adicionalmente, se advierte que aunque el juez denegó la solicitud de prueba, aduciendo que la parte debió aportar el documento por tratarse de una prueba en su poder, para lo cual se soportó en el artículo 245 del C.G. del P., lo cierto es que la lectura de dicha normativa, no permite llegar a la referida conclusión. Ciertamente, prevé tal norma que "los documentos se aportarán al proceso en original o en copia. Las partes deberán aportar el original del documento cuando estuviere en su poder, salvo causa justificada. Cuando se allegue copia, el aportante deberá indicar en dónde se encuentra el original, si tuviere conocimiento de ello."

De esta forma, aflora evidente que la norma referida por el juzgador, no regula propiamente la oportunidad para aportar los documentos solicitados como prueba, sino que se refiere a la obligación que tiene la parte de aportar los **originales** en su poder y a la facultad excepcional de allegar copias, de donde emerge evidente que esta regla no sirve como fundamento para desechar la solicitud de prueba, por atentar la misma contra las formalidades establecidas para la misma.

Por supuesto, no se desconoce que, con independencia de la norma citada, le asistió razón al juzgador en cuanto a la carga que tienen las partes de aportar con sus respectivos pronunciamientos las formalidades establecidas por el legislador para la demanda, como para la contestación de la misma, claramente aplicables al caso.

En efecto, tanto en el régimen procesal anterior como en el actual, se dispone que la demanda debe incluir la petición de pruebas y que junto con la misma deben anexarse los documentos que se pretenden hacer valer y que se encuentren en poder del demandante; misma obligación predicable de la contestación al libelo, la que también debe contener la petición de pruebas que se hacen valer, y debe acompañarse de las mismas, según definió expresamente el Código General del Proceso (inciso último del artículo 96 ibídem).

Sin embargo ,no es posible señalar que en este caso tales reglas fueron soslayadas por la entidad que pidió la prueba , pues lo cierto es que en este caso, al mismo tiempo que fue solicitada, se advirtió que no se contaba con ella –dado el referente de actualización que comporta la misma- lo que se constituye claramente en una situación excepcional a la cual no puede aplicarse la regla general antes referida, siendo necesario acudir al criterio –previsto para la demanda- relativo a que la obligación de aportar las pruebas es aplicable en relación con aquellas que se encuentran en poder de la parte que las aduce.

Dicho en otros términos, no resulta viable denegar la prueba pedida aduciendo que no fue aportada en oportunidad, pues la parte interesada dijo claramente que la prueba no existía para el momento en que se contestó el llamamiento en garantía, y que por ende no podía aportarse con esa actuación, por lo que, partiendo de esa situación (por aplicación del principio de buena fe), la exigencia de allegar la prueba documental en el mismo acto en que se pide la misma, no encuentra verdadero sustento normativo.

Esta misma circunstancia, impide dar aplicación a la limitante prevista en el inciso 2º del artículo 173 ibídem, donde se prevé que "el juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición , **hubiera podido conseguir la parte que las solicite" ,** en tanto que, la realidad específica de este asunto (donde se pretende obtener el valor **actual** asegurado), impide señalar que la entidad aseguradora efectivamente podía obtener la prueba con antelación.

Cumple añadir que la solicitud de prueba reúne los demás presupuestos establecidos por la ley para su admisión (artículo 168 del C.G. del P.), en tanto emerge claramente pertinente , conducente y útil, pues además de que el llamamiento en garantía involucra todo lo atinente al alcance del contrato de seguro fundamento del mismo, la aseguradora opuso la excepción denominada "límite de la suma asegurada y condiciones del contrato de seguro" , justamente alegando que " el valor asegurado [en este preciso caso] comprende un valor máximo tanto por evento como por vigencia , es decir, cubre o bien un solo siniestro o los

diversos siniestros que pueda presentarse durante la vigencia de la póliza , sin que en ningún caso pueda superar el valor total asegurado". (Fl. 58 C. copias)

En este punto, es preciso mencionar que lo atinente a cuál debe ser el valor asegurado que se tendrá en cuenta a la hora del eventual fallo favorable al demandante, es aspecto propio de la valoración jurídica y probatoria que debe hacerse en dicha etapa procesal, y que por ese camino, no riñe con la procedencia de la prueba pedida, examen que se limita a definir si la solicitud reúne los requisitos para su decreto, siendo independiente todo concepto acerca del alcance o influencia que la prueba tendrá en la decisión. Dicho en otros términos, aceptar la procedencia de la prueba no quiere decir que se acepte como cierto el hecho objeto de aquella y el efecto jurídico que del mismo se pretende derivar, temática que, se itera, debe ser analizada en otro escenario procesal.

Así las cosas, conforme se anunció, la decisión cuestionada debe revocarse, para que en su lugar , decretar la prueba solicitada; eso sí, precisando que, dadas las especiales circunstancias que rodean la petición, surge atinado dar aplicación a lo previsto por el artículo 275 del C.G. del P. , donde se regula la prueba por informe, pues esta hace alusión al informe que se puede pedir a entidades públicas o privadas (calidad que tiene la aseguradora llamada en garantía), sobre hechos, actuaciones, cifras **o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe.**

Por ende, la práctica y contradicción de la prueba, deberán someterse a las normas previstas para este medio de prueba, las cuales deberá atender el *a quo* una vez enterado de esta decisión, principalmente en lo que respecta para rendir el informe y el término para su contradicción.

Rad. 76001 31 03 007 2015 00227 01 (11-09-2017) M.S. Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. Fallecimiento en accidente de tránsito. Lucro Cesante.

Extracto:

Debemos precisar que el A Quo determinó que los perjuicios patrimoniales por concepto de lucro cesante sólo debía reconocerse a xxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxx por ser menores de edad y depender económicamente del occiso al momento del insuceso , por cuanto la otra hija xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx a más de ser mayor de edad para esa data, se encontraba laborando.

Considera el apelante (*llamada en garantía)* que respecto del lucro cesante reconocido a xxxxxxxxxxxxxxx debió liquidarse hasta el 12 de febrero de 2010 fecha desde la cual aparece afiliada a la EPS Comfenalco como beneficiaria , conforme se desprende del certificado del RUAF (Registro Único de Afiliados), pero que dicha afiliación no es por parte de sus padres, por cuanto cada uno de ellos tienen EPS`s diferentes, por lo que infiere o supone que aquella puede tener bien un cónyuge o un compañero permanente del cual depende.

Sabido es que la indemnización de los perjuicios materiales por concepto de lucro cesante , es lo que deja de ingresar al patrimonio económico del perjudicado como consecuencia del daño causado, es la pérdida de la ayuda económica que la víctima directa le brindaba en vida a ese beneficiario , y como en el presente caso, si bien a la fecha del deceso del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx la demandante xxxxxxxxxxxxxxxxx era menor de edad pues tenía 15 años y 4 meses, se logró demostrar que aquella se encontraba afiliada como beneficiaria de un tercero a Comfenalco EPS, del régimen contributivo, con fecha de afiliación 12 de febrero de 2010, es decir, con anterioridad al fallecimiento de su progenitor

, lo que demuestra que dependía de un tercero, razón suficiente para acceder a la revocatoria del reconocimiento del lucro cesante sólo respecto de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, lo que se determinará en la parte resolutiva de esta sentencia.

Se duele el apelante llamado en garantía, , que el lucro cesante futuro de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx se encuentra mal liquidado, al considerar que se aplicó erradamente la fórmula matemática para el caso.

Tenemos que el A Quo consideró en el fallo apelado que el lucro cesante futuro debía liquidarse hasta el 02 de septiembre de 2015 y no hasta los 25 años de edad, por cuanto la dependencia de la víctima termina cuando empieza a laborar, y fue en la primera de las fechas indicadas que xxxxxxxxxxxxxxxxxx empezó a trabajar, y conforme dicha operación matemática le dio 52 meses y 21 días que aproximándolo quedaba en 53 meses, lo que dio como resultado 1 mes por liquidar, como lucro cesante futuro , lo cual no fue objeto de discusión, también quedo claro que aplicando la fórmula financiera se obtuvo como factor 0,99516 el cual debe ser multiplicado por el ingreso periódico que quedo establecido en la suma de $155.496.oo.

Pues bien, efectuado la operación aritmética se tiene que : 0,99516 x 155.496.oo = $143.743,39, por lo que le asiste razón al apelante , por cuanto el lucro cesante futuro de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx asciende a la suma de **$143.743,39** y no a $ 1`547. 433,99 como lo indicó el A Quo , por lo que habrá de aclararse el fallo apelado respecto del monto del lucro cesante antes referido y así se hará en la parte resolutiva de la presente sentencia.

Finalmente abordara la Sala el tema de la cobertura de la póliza integral de transporte terrestre de pasajeros, suscrito entre la llamada en garantía y el llamante asegurado, respecto de: 1- La indemnización de perjuicios morales por muerte y 2- Lucro cesante, al considerar el apelante que no se encuentra expresamente pactado como lo exige el art. 1088 del C. Co.

1- La indemnización de perjuicios morales por muerte se encuentra expresamente amparada en la póliza cuando se expresa que: "CLÁUSULA DE DAÑO MORAL RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL . SE AMPARAN LOS PERJUICIOS MORALES DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL COMO CONSECUENCIA DE UNA LESIÓN CAUSADA POR EL ASEGURADO, SIEMPRE QUE ESTOS PROVENGAN DE UN FALLO JUDICIAL DONDE LA COMPAÑÍA HUBIESE SIDO PARTE, Y ESTOS NO SUPEREN NI CONJUNTA NI INDEPENDIENTEMENTE EL LÍMITE DE VALOR ASEGURADO CONTRATADO EN LA PÓLIZA.", y la lesión causada al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx (q.e.p.d.) fue tan severa, que le ocasionó la muerte, produciendo entre otras, daño moral a sus familiares cercanos , perjuicio que se encuentra amparado expresamente en la póliza de seguros, y confirmado en las condiciones generales, cuando en el módulo "A", claramente se expresa que: "LA COMPAÑÍA INDEMNIZARÁ AL TERCERO AFECTADO, LOS DAÑOS MATERIALES DE BIENES NO TRANSPORTADOS , <u>Y LAS LESIONES O MUERTE DE PERSONAS NO OCUPANTES DEL VEHÍCULO,</u> ORIGINADOS EN LA CONDUCCIÓN DEL VEHÍCULO DESCRITO EN LA PÓLIZA , POR LOS CUALES EL ASEGURADO SEA EXTRACONTRACTUALMENTE RESPONSABLE…" (subraya fuera del texto original), motivos suficiente para considerar que los daños morales por muerte si se encuentran amparados en la póliza de seguros.

2- Respecto de la falta de cobertura expresa en la póliza del lucro cesante , debemos refutar dicha afirmación alegada por el recurrente , por cuanto en la misma aparece expresamente el "AMPARO PATRIMONIAL" en la responsabilidad civil extracontractual, entendiendo como daños patrimoniales , los "sufridos por los

deudos de la persona fallecida a raíz del hecho lesivo, consisten en la pérdida de aquellas contribuciones o utilidades económicas que el finado les habría aportado presumiblemente. Ellos constituyen el lucro cesante y su resarcimiento está condicionado a la demostración , entre otros hechos, de la renta que en promedio recibía el occiso y , en particular , de la parte que éste habría destinado de sus propios ingresos a cubrir las necesidades de sus familiares, o a prodigarlesuna ayuda económica aunque no tuvieran necesidad de ella; es decir que se debe probar la dependencia económica que existía respecto del difunto." (Subraya la Sala), quedando suficiente claro que en dicha cobertura si se encuentra expresamente plasmada en la póliza de seguros. Razón suficiente para considerar que no le asiste razón a la parte demandada (llamada en garantía) en su recurso frete a este aspecto. Conforme a lo anteriormente expuesto, se confirmará el fallo apelado ,aclarando los literales "a,b,c y d" del numeral "4º" de la parte resolutiva de la sentencia, y los numeral 2 y 3 de la sentencia complementaria , en el sentido que la demandante xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx no tiene derecho al reconocimiento de lucro cesante pasado y futuro por cuanto al fallecimiento de su padre xxxxxxxxxxxxxxxxxx, dependía económicamente de un tercero como quedo plasmado precedentemente, y respecto del lucro cesante futuro del joven xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx se estableció que asciende a $ 154.743,39, que sumado al daño emergente consolidado da un total de $9`131.743,39 como perjuicios patrimoniales. De igual manera se hará el ajuste pertinente al daño moral ocasionado a los ascendientes y descendientes del causante en las sumas anteriormente indicadas.

Rad.001 2013 00173 01 (09 02 2018) acta 007. M.P: Dr. José David Corredor Espitia.

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Indemnización de perjuicios. Daño a la vida en relación. Perjuicios morales. Lesiones severas sufridas por menor en su nacimiento.

Extracto:

"Ahora bien, al examinar todas las pruebas en su conjunto para establecer si existe o no responsabilidad médica en este caso, es necesario destacar que para esta Sala hay prueba de las fallas en el servicio médico prestado a la señora **XXXXX** para atender su alumbramiento, en especial en lo relacionado con el registro de control del trabajo de parto, las prácticas médicas para atender la dificultad del expulsivo y la ausencia de participación del ginecobstetra.

Sea lo primero afirmar que el daño está probado en este caso, pues de la historia clínica se obtiene que en efecto, en el momento del parto se presentó dificultad en la extracción y el bebé nación con lesión del plexo braquial derecho –parálisis de erb-, de acuerdo con lo escrito en la historia clínica y la evolución del recién nacido, que también muestra que hasta el 24 de mayo de 2007 hubo recuperación parcial pero no total.

Corresponde entonces verificar la conducta dañina endilgada por el hecho médico y su relación causal con la aludida lesión. Frente al punto corresponde decir que determinar la causalidad no es una tarea fácil, porque un hecho puede ser consecuencia de otro pero esa sola relación, no conlleva necesariamente que deba asignársela obligación de indemnizar, porque pueden existir otros agentes o hechos que contribuyen a la causa del perjuicio. Entonces para erigir esa relación causal,

en ciertos casos es preciso recurrir a las máximas de la experiencia, a los juicios de probabilidad y a la razonabilidad, de manera que se pueda extraer el hecho con relevancia jurídica que causó el daño y por tanto dé lugar a establecer la responsabilidad civil.

Por su puesto que en materia de responsabilidad médica no basta el sentido común o las reglas de la experiencia, pues evidentemente se trata de asuntos científicos, por lo que el juez debe acudir con mayor empeño a los peritajes, a los documentos o testimonios técnicos, para aclarar la cuestión sometida a su escrutinio.

Para determinar esa relación de causalidad, encuentra la Salsa necesario hacer las siguientes precisiones respecto a lo hallado en la historia clínica traída, lo recaudado en la prueba pericial, testimonial y documental como literatura médica.

En primer lugar se observa que dentro de los documentos allegados se trajo un "partograma" el cual no encuentra diligenciado por los profesionales de la salud que deben atender el alumbramiento. De hecho, el documento en mención está fechado el 04 de octubre de 2005 y tiene 4 anotaciones en el espacio de "dilatación cervical" y 6 en "horas de registro", ningún otro dato se consignó en el documento.

Si bien se observa en la historia clínica que hubo un monitoreo por parte de enfermería, no obra de manera completa el correspondiente monitoreo médico, no existe la evaluación de la capacidad pélvica con relación al feto o un examen que evidenciara el peso aproximado de la criatura para determinar la posibilidad exitosa del parto vaginal y/o tomar las prevenciones del caso.

Frente a lo anterior, debe decirse que de acuerdo con las *"guias de práctica Clínica para la prevención, detección temprana y tratamiento de las complicaciones del embarazo, parto o puerperio"*, publicadas por el Ministerio de Salud y Protección Social, el diligenciamiento del partograma es importante para identificar las alteraciones de duración del trabajo de parto, lo que a su vez puede ayudar a definir las posibles complicaciones del mismo, cuestión que se omitió en el asunto bajo estudio.

De otro lado, señalan las guías en comento que para el diagnóstico de la desproporción céfalo pélvica –la cual puede generar un parto obstruido-, se recomienda tener en cuenta la historia clínica obstétrica, la evaluación clínica, la talla materna, la altura uterina, el cálculo del peso fetal y la profesión anormal del trabajo de parto. Así mismo se indica que *"La prolongación del trabajo de parto y del expulsivo y la necesidad de la instrumentación del parto, deben alertar al clínico sobre el riesgo de la presentación de una distocia de hombro".*

En este caso, se estableció con el dictamen pericial practicado que algunas de las complicaciones del parto asociadas con la parálisis de ERB, son la macrosomía (superior a 4Kg) y la prolongación de la segunda etapa del parto, y el Dr. **XXXXX** señalo también como factores de riesgo: demora en el período de expulsión y pelvis estrecha.

Si se indaga en la historia clínica se obtiene que la actora ingresó a las 19:00 horas del 3 de octubre de 2005, y estuvo 16 horas y media en trabajo de parto hasta las 13:35 del 4 de octubre que dio a luz a su bebé bajo la dificultad de extracción ya descrita, obteniéndose un recién nacido con 4.200 gr de peso, es decir con un peso superior al promedio.

Se evidencia así una prolongación del trabajo de parto que incluso conllevó al uso de un medicamento para inducirlo (oxitocina), y sin embargo, no se diligenció debidamente el partograma ni se observan anotaciones en la historia clínica acerca de la talla materna, la altura uterina y el cálculo del peso fetal, es decir, teniendo una prolongación del trabajo de parto no se evaluaron los demás aspectos necesarios para prevenir un posible parto distócico como en efecto se presentó o bien para tomas las precauciones necesarias para atender el mismo."

(…)

"Entonces, presentándose la emergencia de la dificultad en la extracción del bebé, no hay explicación alguna en el plenario del porqué no se llamó a un médico especialista para sortear dicha dificultad, así como tampoco está acreditado que el médico general que atendió la complicación tenía la experiencia y el entrenamiento suficiente para culminar el procedimiento exitosamente."

(…)

"En lo que respecta al perjuicio moral, establecido el daño causado al menor, la Sala da por probado el perjuicio moral tanto para el menor como para sus padres teniendo en cuenta los testimonios allegados por los actores, los cuales son concordantes y dignos de credibilidad, por cuanto los deponentes son personas allegadas que han vivido de cerca el proceso de terapias del niño, y han conocido el dolor que han sufrido los padres del menor, las depresiones e incluso los problemas de pareja que han tenido por esta situación, pero además, las reglas de la experiencia hacen presumir el dolor y la aflicción que causa a un niño y a sus padres, verlo en constantes tratamientos médicos y con una incapacidad que le impide relacionarse y actuar como los demás niños de su edad."

(…)

"Finalmente, observa la Sala que en el libelo inicial se solicitó la indemnización del perjuicio fisiológico de manera independiente, no obstante, para la Sala es claro que de acuerdo con la evolución jurisprudencial de estos perjuicios extrapatrimoniales, el daño a la vida de relación es la evolución del perjuicio fisiológico, que incluso en la jurisprudencia actual del Consejo de Estado trata como "el daño a la salud", empero, ello no significa que existan multiplicidad de categorías resarcitorias de acuerdo con la estructura del derecho de daños, ya que en nuestro país el sistema indemnizatorio está limitado, por lo tanto, esta pretensión habrá de denegarse. Y en todo caso, tratándose de un perjuicio de construcción jurisprudencial, debe resaltarse que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, prevé ese daño fisiológico o daño a la salud, como el perjuicio a la vida en relación que en este caso será indemnizado."

Rad. 010 2012 00420 01 (13 12 2017) M.P. Dr. Hernando Rodríguez Mesa

RESTITUCIÓN DE TENENCIA. Oposición a la entrega del bien inmueble objeto de restitución.

Extracto:

"Es necesario destacar, que cuando un tercero en la diligencia de entrega dispuesta con ocasión del proceso de restitución de inmueble arrendado, formula oposición alegando la posesión del predio objeto de dicha causa, el comisionado deberá acudir al trámite previsto en el artículo 338 del C.P.C. anteriormente aludido, en su parágrafo 3 Inciso 1 *"Si la diligencia se practicó por comisionado y la oposición se refiere a todos los bienes objeto de la diligencia, se remitirá inmediatamente el despacho al comitente, quien dentro de los tres días siguientes procederá como se indica en el inciso anterior.".*

En virtud de lo anterior, y con respecto al primer problema jurídico el despacho debe señalarle al *a-quo* que no es el comisionado quien debe aceptar o rechazar la oposición ya que él no está facultado para decidir sobre dicho aspecto, sino que es el Juez de conocimiento el que debe resolverlo, por ende puede considerarse como extemporánea dicha oposición.

De igual forma se avizora que mediante providencia notificada en estado el 18 de mayo del 2016 el Juez concede tres días para que se soliciten las pruebas que se relacionen con la oposición, la cual fue contestada por la apoderada del opositor el 23 de mayo del mismo año, por lo tanto este despacho encuentra que la oposición no puede considerarse como extemporánea como lo argumenta el *a-quo,* ya que el opositor se pronunció en el término previsto, es decir en curso de la misma, es decir oportunamente.

Ahora bien, si la oposición no es extemporánea, ésta no puede considerarse procedente solo por ese hecho, ya que esto no le da la calidad de tercer opositor a quien lo implora.

Es de señalar que es la prueba el medio que nos lleva a saber si un hecho es real o falso, es el camino que nos permite a través de un proceso confirmar que el derecho en realidad nos pertenece o estamos usurpando el derecho de otro, es necesario destacar la importancia de la prueba en el proceso de la oposición de entrega de bien inmueble arrendado, tal y como se establece en el numeral 2 y 3 del artículo 338 del C.P.C.

Antes de desatar el segundo problema jurídico debe indicarse que no tiene asidero alguno el argumento del opositor en la diligencia de entrega, al manifestar que el demandado no se encuentra en el inmueble objeto de la Litis, como quiera que ello no es una exigencia del legislador.

Con respecto al segundo problema jurídico planteado, ha de decirse que, el contrato de arrendamiento es una convención de la que nacen derechos y obligaciones entre el arrendador y el arrendatario, se trata de derechos personales a pesar de que el objeto del contrato sea dar el uso o goce de una cosa a cambio de un precio.

Por eso, la acción de restitución del inmueble arrendado es una personal, pues el arrendador exige la devolución de la cosa a la persona a quien dio en arrendamiento, es decir la acción es contra la persona arrendataria. Por el contrario, la acción real es el ejercicio de un derecho que se tiene, o se cree tener sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

Ahora bien, no obstante hacer este proceso de restitución de inmueble arrendado, la promoción de una acción personal, el legislador ha aceptado la oposición solo de aquel que alegue y demuestre posesión o de aquel tenedor en virtud de la posesión de un tercero (numeral 2 y 3 del artículo 338 del C.P.C.)

Entonces, de cara a la elucubraciones plasmadas por el juez en la providencia apelada, en lo que concierne al fondo del asunto, se observa que la argumentación es contradictoria, pues si se da el primer supuesto, este era lo bastante para resolver la oposición, sin necesidad de entrar a hacer una extraña mixtura entre la causahabiencia y la posesión. Lo cierto es que la oposición no funda sus bases en la posesión del inmueble, si no sobre los de la copropiedad, pues como puede verse, indica el opositor que "*siendo dueños mayoritarios",* el bien se encuentra en su poder.

En ese orden de ideas, de entrada, la oposición no tenía vocación de prosperidad, pues no se acompasa al mandato del artículo 338 del C.P.C., ora porque el opositor no acreditó la calidad de poseedor del bien si no la de copropietario del mismo; y para lo anterior, ora porque la tenencia del bien, que aquí predica, deriva de la entrega que le hizo el arrendatario, o sea proviene de un mero tenedor, y no de un tercero poseedor.

Con todo, no hay lugar desestimar la acción emprendida por la arrendadora.

De manera contestataria, y casi que propedéuticamente se señala que los argumentos de la parte demandante, así como los del *a-quo,* revelan una falta de claridad en conceptos jurídicos, pues la actora confunde la administración del bien, con el fenómeno de la posesión, lo cual es completamente contradictorio, en el sentido que, si de administración del inmueble se habla, se entiende necesariamente que se actúa bajo el interés de otro u otros, que serían los comuneros, pero muy diferente sería aducir la posesión del bien, toda vez que tal figura enmarca el interés propio sobre el dominio del bien."

Rad.011 2012 00202 01 (23 10 2018) M.S. Dr. Julián Alberto Villegas Perea.

SOLICITUDES DE ACLARACIÓN Y ADICIÓN DE LA SENTENCIA.

Extracto:

De conformidad con lo establecido en los artículos 285 y 287 del C.G.del P., se niegan las solicitudes de aclaración y adición de la sentencia proferida en esta instancia, presentadas por los apoderados del xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en el proveído en mención no se incluyeron "conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda", ni se omitió la "resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento", siendo estos los únicos eventos en que se hace procedente una resolución como la ahora peticionada.

Precísese que los solicitantes aducen como punto común de sus peticiones, que a su juicio, el incumplimiento es imputable a xxxxxxxxxxx, por lo que esta debe ser condenada al pago directo del perjuicio reclamado, con la exoneración de los demás entes peticionarios, temática que, en contradicción con la orientación de las referidas normas, en realidad implica una discusión en torno a las conclusiones vertidas en el fallo de marras, donde se dejaron sentadas las razones por las que se imponía la condena en cabeza del instituto demandado, se declaraba probada una de las excepciones propuestas por la empresa de vigilancia como demandada, y procedían los llamamientos en garantía , que no fueron objeto de discusión por parte de las respectivas aseguradoras.

En otros términos , quienes solicitan la aclaración y complementación, en abierta contradicción con lo establecido en las normas por ellos invocadas, proponen fundamentos claramente encaminados a controvertir las conclusiones adoptadas en el fallo, pretendiendo que la Sala decline de su decisión de imponer la responsabilidad en cabeza del

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, y la obligación de reembolso en cabeza de las aseguradoras, lo que resulta por completo improcedente, no es susceptible de reparo, y que tampoco es reformable ni revocable por parte del juez (artículo 285 ibídem).

Tampoco prosperan las alegaciones relativas a las dudas derivadas de la posible existencia de un doble reembolso que genera un enriquecimiento sin causa, pues la parte resolutiva de la sentencia es clara en cuanto a que el reembolso que genera un enriquecimiento sin causa, pues la parte resolutiva de la sentencia es clara en cuanto a que el reembolso reconocido en favor del Instituto xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx no puede superar "el importe de la condena que este debe pagar al demandante", quedando la misma habilitada para recobrar la condena frente a quien considere pertinente.

Lo propio acontece en relación con la crisis institucional de la IPS demandada y su impacto en la víctima del daño, dado que no se trata de aspectos que acorde con la ley debieron ser objeto de pronunciamiento , pues no fueron planteados al interior del trámite, siendo en verdad novedosos, tal como sucede frente a la temática atinente al ejercicio del derecho de subrogación por parte de las aseguradoras vinculadas, discusión que, no obstante la vinculación de la empresa de seguridad alegada por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx (Fl.49), no fue sometida al escrutinio judicial.

Rad. 001 2010 00284 03 (20 11 2017) M.P. Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

SALA DE FAMILIA

CESACIÓN DE EFECTOS CIVILES DE MATRIMONIO RELIGIOSO. Causal 8ª del artículo 154 del código civil. Ausencia de los testigos, artículos 218 del Código General del Proceso, concordante con el Artículo 373 literal b) de la misma obra.

Extracto:

"En punto con la causal alegada y las emanaciones que produce en el vínculo matrimonial o en sus efectos civiles, si de nupcias religiosas se trata, el éxito de su decreto se establece a partir de la verificación del transcurso del tiempo que implanta el numeral 8º del artículo 154 del Código Civil, de ahí que sea deber de la parte demostrar que al tiempo de formular su pretensión dicho interregno estaba superado. Así las cosas, con ese propósito únicamente obra en el plenario el interrogatorio que se le práctico al extremo demandante, quien manifestó que la separación física con la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx se produjo el 20 o el 25 de marzo de 2014 a pesar de que veinte días después de casados no gestaban la vida en común, aunque compartían el mismo habitáculo.

Para la Sala es palmario que ningún otro medio probatorio diverso a la propia afirmación del demandante reposa en el expediente en línea con la carga de la prueba que recaía en sus hombros para acreditar la presunta separación de hecho con su pareja y es que aunque parezca obvio, lo que las partes expresan condensa una pretensión de verdad, pues ilógico sería suponer que lo afirmado por ellas no la extracte implícita o explícitamente , pero esa presentación por simple o básica que parezca, no escapa de la necesidad de su demostración patente y meridiana, por los efectos y alcances que se trasmutan en la culminación de la institución matrimonial.

En ese sentido ha decantado la jurisprudencia, la poca incidencia que para el proceso reviste la versión de las partes cuando de ella no se desprende la confesión, pues *"la declaración de parte solo adquiere relevancia probatoria en la medida en que el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente , favorezcan al contrario, o lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen , no existe prueba, por*

una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba", en sentencia SC11803 de 2015, que obra en el expediente 2009-000329-01, con ponencia del doctor Luis Armando Tolosa Villabona.

Ahora más, las pretensiones de los extremos litigiosos comprometen su participación probatoria en la acreditación de los hechos en los que se fundan. De ahí que la carga de la prueba se convierta en uno de los elementos esenciales de la dogmática del proceso en cuanto guarda una relación directa con el interés que se pregona y con la posición que se ocupa por cada parte, pero, también, porque el principio constitucional de necesidad probatoria, indica que no es posible estimación de las pretensiones cuando la decisión no cuenta con las pruebas que la patrocinen.

De esta manera, frente a la ausencia de los testigos solicitados por la parte actora en la primera instancia, no adelantó gestión alguna para procurar su recepción por las formas establecidas en la norma procesal. De ahí que la responsabilidad no puede trasladarse al juzgador , como lo pretende quien acude al recurso vertical, pues al amparo del artículo 218 del Código General del Proceso , concordante con el artículo 373 literal b)de la misma obra, debía prescindirse de sus declaraciones máxime que no se presentó una causa justificada para su inasistencia, siendo que en el libelo genitor se había anotado que éstos estaban domiciliados en la ciudad de Cali y sólo en el día de hoy se arguye que se encuentran radicados en la República Bolivariana de Venezuela.

Por otro lado, la renuncia de la demandada, que no es tal, porque finalmente no pudo ser ubicada, no puede ser considerada como prueba en su contra ni siquiera por la vía del indicio, bajo la máxima de que quien pretende el derecho tiene la carga de probarlo, al igual que la falta de oposición del curador para el litigio no constituye prueba de los hechos en los que se funda.

Ese es el sentido del artículo 164 del Código General del Proceso, en cuanto que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, dentro de la libertad probatoria que regenta nuestro sistema a través del dispositivo siguiente.

Con esa conformidad y no obstante que el demandante describió las circunstancias de tiempo , modo y lugar en las que ocurrió la separación con su cónyuge, requería un soporte diferente a su propio dicho, pues conocido es que la acción emprendida por un sujeto enderezada a obtener un resultado jurídico relevante debe estar acompañada del uso de los medios para la obtención del fin mismo, pues encontrándose el actor en plena libertad de observar o no esta carga que el ordenamiento le impone , quedaba sujeto a la eventual consecuencia de su inactividad, como indefectiblemente ocurre en este caso con la confirmación de la sentencia.

Pero si la Sala obrara con largueza y en gracia de discusión le confiera mérito probatorio y absoluto a la versión del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, que como se dijo no puede acogerse, lo cierto es que se fijó la ruptura matrimonial y la culminación del proyecto de vida de la pareja entre el 20 y el 25 de marzo de 2014, lo que equivale a decir, que para el tiempo de la formulación de la demanda no había transcurrido el término que señala el canon normativo en el que fundó su aspiración , el cual debía estar verificado al tiempo de su interposición , esto es, al 8 de marzo de 2016, porque el presupuesto habilitante para demandar se condiciona a la ocurrencia de los hechos que motivan el divorcio como en franca interpretación se desprende del artículo 156 del Código Civil."

Rad.005 2016 00120 01 (17 01 2018) M.P. Dra. Gloria Montoya Echeverri.

DIVORCIO DE MATRIMONIO CIVIL. DOMICILIO Y RESIDENCIA. La Circunstancia de que los cónyuges tenían su domicilio en Estados Unidos al momento de la ruptura de su comunidad de vida.

Extracto:

"El indicado conjunto normativo apuntala la apreciación de este despacho en el sentido de que el Estado Colombiano carece de jurisdicción para el conocimiento de esta causa de divorcio, lo que impide que, como aquí se pretendió, se decrete por los jueces colombianos, lo que sube de punto si se repara en que dicha pretensión ya fue planteada y definida por autoridad judicial foránea, para cuya eficacia en Colombia lo procedente es acudir al trámite del exequatur previsto en los artículos 605 y ss. Del C.G.P. Recuérdese que la extrañada es una manifestación de la soberanía del Estado concretada en la potestad que de forma exclusiva se le atribuye para conocer y decidir definitivamente por medio de sus jueces, con poder vinculante y coercitivo, conflictos de intereses sometidos a su conocimiento, fin para el cual a dichos funcionarios se les inviste de competencia, que no es otra cosa más que la medida en que se distribuye esa jurisdicción entre todos ellos.

Conforme lo anterior, cumple decir que la falta de jurisdicción estructura causal de nulidad de naturaleza insaneable, como se infiere de lo dispuesto en los artículos 133-1 y 138 del C.G.P., que como innovación autoriza la invalidación de la sentencia y la actuación posterior, en razón de lo que se denomina improrrogabilidad de la jurisdicción y de la competencia , según la cual si un asunto fue atribuido por error a un determinado juez incompetente, este no podrá extender el ejercicio de la función jurisdiccional para resolver ese asunto, sin que aplique en este caso la conservación de la validez procesal de los actos anteriores a la sentencia, justificada en razón de lo que los procesalistas denominan **"principio de protección o salvación del acto procesal",** porque el competente en esta especie es una autoridad extranjera y no nacional, que además de que ya agotó su función en este caso, por razones de soberanía no debe obediencia a la ley colombiana, por lo que con sustento en lo contemplado en el inciso quinto, del artículo 325 ibídem, se impone declarar la nulidad a partir del auto admisorio de la demanda inclusive. "

Rad.011 2016 00345 01 (02 02 2018) Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos.

IMPEDIMENTO. Causal de recusación por relación de amistad.

Extracto:

"De esta manera, de las aseveraciones de la señora Jueza Segunda de Familia de Cali, no es posible inferir que el reconocimiento de su amistad con la abogada XXXXXXXXXX sea de tal magnitud que pueda alterar la percepción objetiva de la falladora, pues para la declaración de impedimento por esta causa se precisa no solo de la manifestación de quien se considera impedida, sino del acompañamiento de una seria de hechos que así lo demuestren y tal vínculo afectivo debe ser de un grado tan importante que eventualmente pueda llevar a la juzgadora a perder su imparcialidad , circunstancias que brillan por su ausencia en la declaración de impedimento formulado por la señora Jueza Segunda de Familia de Oralidad de Cali para continuar conociendo del proceso de divorcio instaurado por el señor XXXXXXX en contra de la señora Nancy Medina de Quijano y que finalmente se reducen al cuidado que el buen juez imparte sobre la percepción que las partes o terceros puedan tener de la calidad y buen juicio de la falladora.

Asi las cosas y como considero el señor Juez Tercero de Familia de _Oralidad de Cali al no encontrar establecida una estructura argumentativa que corresponda entre el hecho

invocado, se impone declarar infundado el impedimento declarado por la Jueza Segundo de Familia de Oralidad de Cali y en consecuencia se dispondrá la remisión del proceso de divorcio al despacho que conoció primero del mismo, en virtud de lo dispuesto en la parte final del inciso 1º del artículo 140 del Código General del Proceso".

Rad. 003 2017 00486 01 (16 11 2017) M.S. Dra. Gloria Montoya Echeverri

---

INTERDICCIÓN JUDICIAL

Extracto:

"De los planteamientos del caso se extrae que el problema jurídico consiste en determinar si la parte actora no subsanó en debida forma la demanda, por no acatar todas las exigencias solicitadas por la señora Jueza de conocimiento consistentes en la necesidad de aportar los registros de defunción de los padres de la persona con discapacidad y allegar su registro de nacimiento con la nota marginal en la que se precise el cambio o corrección de nombre o si, por el contrario, como lo sugiere el recurrente, no existían elementos de juicio para su rechazo, por cuanto los defectos señalados no se encuentran previstos como causales de inadmisión, amén de que se podía establecer la verdadera identificación de la persona en cuyo favor se demandó.

En punto con lo debatido, los artículos 82,83 y 84 del Código General del Proceso establecen de manera general los requisitos formales y los anexos que debe contener toda demanda, empero si se trata de la solicitud de la declaratoria de interdicción y rehabilitación de la persona con discapacidad mental absoluta, estos deben atenderse de manera concordante con los fijados en el artículo 586 de esa codificación, del que se desprende el deber de determinar a la persona objeto de la medida judicial en tanto "*para la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta* se observarán las siguientes reglas …" y "*se acompañara un certificado de un médico psiquiatra o neurólogo sobre el estado del presunto interdicto*", lo que supone que no se trata de una petición abstracta y genérica a favor de cualquier persona, sino una precisa y concreta para una en particular en línea con el deber de expresar en forma clara lo que se pretende.

El cabal entendimiento de esta disposición no es un asunto que deba mirarse desde el estrecho ángulo de su tenor literal, pues en este tipo de casos se trata de acciones a favor de personas en alto grado de vulnerabilidad de sus derechos, para los cuales es necesaria la pronta y oportuna intervención judicial que garantice su protección.

En esa línea la Corte Constitucional ha señalado la necesidad de interpretar dentro de los términos razonables las normas legales de manera que más favorezca a las personas colocadas en situación de debilidad manifiesta. Así lo recordó , por ejemplo , en la sentencia T- 307 de 1993 : "*La interpretación de la ley, a partir de los presupuestos de la normalidad, en consecuencia, no es apropiada cuando se propone aplicarla a los disminuidos psíquicos, pues , en su caso se torna imperativo con miras a su integración social extraer los elementos de la misma que tiendan a su mayor beneficio y excluir los que a la luz de su particular situación puedan resultar irrazonables.",* pero además del deber de interpretar con sensatez las normas a su favor, el juez tiene la facultad de desentrañar la demanda y auscultar el verdadero querer de las partes sin llegar a sustituirlo o a subsanar las falencias estructurales de sus actuaciones, al punto que las exigencias no pueden significar el pedimento de fórmulas sacramentales o de rigorismos caprichosos del sentenciador para convertir, a partir de su dirección temprana un requerimiento formal en una de mérito en detrimento del derecho sustancial.

Así mismo frente a los motivos para inadmitir una demanda , ese Alto Tribunal en el juicio de constitucionalidad abstracta que le compete, al analizar los cargos formulados en ese entonces, en contra del artículo 85 del Código de Procedimiento Civil puntualizó que las razones que lleven a señalar las falencias de la acción deben apartarse de criterios subjetivos, dado que las causales de inadmisión son taxativas y se encuentran específicamente consagradas en la Ley como una forma de proteger a los intervinientes del proceso, de ahí que estas razones no se encuentran sujetas al arbitrio ni a la invención del funcionario judicial porque "…*fue el propio legislador quien en su obligación de ejecutar el mandato social, contenido en la Constitución, estableció para los funcionarios judiciales el deber de respetar, garantizar y salvaguardar los derechos de quienes intervienen en el proceso (artículo 9 Ley 270 de 1996)".*

Pues bien, en cuanto a la necesidad de aportar los registros civiles de defunción de los padres del presunto discapacitado ninguna de las normas a las que se ha hecho mención consagran una exigencia de ese talente, pues únicamente de manera especial el artículo 589 del Código General del Proceso precisa que "*en el auto admisorio se ordenará emplazar, en los términos previstos en este código, a quienes se crean con derecho al ejercicio de la guarda..."* lo que en otras palabras significa que la citación deberá realizarse a las personas determinadas que señale el actor en el escrito introductorio y a los indeterminados si no son conocidos, para que concurran a ejercer el derecho a ser guardadores y cuya manifestación debe entenderse realizada de buena fe y con lealtad procesal. No es otro el deber que contrae esa disposición que en rigor fue colmada por el actor al mencionar la existencia de un consanguíneo de la persona con discapacidad, sin que le fuera exigible acreditar desde el preludio del proceso y menos para significar el rechazo de la demanda, el deceso de los progenitores, por lo que claramente ese pedimento resultó excesivo y sin fundamento al no estar establecido en las normas que disciplinan el estudio formal de la demanda.

De otro lado, como en líneas precedentes se resaltara, la interpretación aplicable en tratándose de limitaciones a los derechos, ha de ser restrictiva, por ello acreditado en el plenario la necesidad de iniciar el proceso con el dictamen médico aportado como prueba inaugural, era esperable de la funcionaria una interpretación de la demanda y sus anexos conforme a ese requerimiento de justicia, antes de establecer un requisito descomunal para la parte frente a la ausencia de norma marginal que demuestre el cambio de nombre del pretenso discapacitado, pues sin desconocer que la circunstancia de tener dos registros no deja de ser una situación irregular, a partir del libelo y el número de su cedulación, de manera que imputar esa situación como causal de inadmisibilidad viene a ser una carga desconocedora de sus derechos y más gravosa a las condiciones expuestas en la demanda y que rodena al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxx, por lo que el acceso a la administración de justicia y la salvaguarda de sus garantías en el proceso judicial son prevalentes.

A más de lo anterior, emerge la ausencia de una motivación seria sobre las razones brindadas por el curial para obtener el ingreso a la justicia y proteger los intereses de su acudido, lo que no guarda correspondencia con ese deber constitucional.

Surge incontestable que le asiste la razón al apelante al disentir de la decisión de instancia, por lo que se despachará favorablemente su protesta. Ahora bien, como la apelación del auto que rechazar la demanda comprende el de la inadmisión, se revocará la providencia del 24 de julio de 2017, así como la exigencia que la *a quo* planteó en el proveído inadmisorio en el numeral "c" y "ch", para que en su lugar proceda a pronunciarse sobre la admisión de la acción impetrada."

Rad.004 2017 00285 01 (04 12 2017) M.P. Dra. Gloria Montoya Echeverri.

RECURSO DE CASACIÓN. Artículo 338 del Código General del Proceso. Recurrente no cumplió con la carga consistente en acreditar el interés económico para recurrir.

Extracto:

Realizado el estudio de procedibilidad del recurso de casación interpuesto por el extremo actor en contra de la sentencia que fuere proferida en esta instancia, en la audiencia pública celebrada el 22 de noviembre de esta anualidad, delanteramente se advierte que habrá de denegarse la referida impugnación. Esto, como quiera que, aunque se trata de un asunto de naturaleza declarativa y el recurso fue interpuesto oportunamente, el extremo recurrente no cumplió con la carga consistente en acreditar el interés económico para recurrir, tal como lo consagra el artículo 338 del Código General del Proceso.

Ciertamente, como lo consagra la referida norma, en el caso que nos ocupa es imperativo comprobar si concurre en interés para recurrir, es decir, que "el valor de la resolución desfavorable al recurrente sea superior aun mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000 smlmv), está última suma equivale, a la fecha, a $737.717.000.

Ciertamente bien, deteniéndose en el proceso estudiado en la alzada, es diamantino que no se cumple con el referido presupuesto, no solo porque el recurrente no intentó demostrar un agravio superior al monto estimado sino porque, además, el material probatorio que milita en el expediente resulta insuficiente para establecer cuál es la suma de dicho agravio, como quiera que esa prueba documental sólo da cuenta de cuál fue el valor tomado en cuenta en las sentencias proferidas en el ámbito penal, frente a los bienes distinguidos con folios de matrícula inmobiliaria 370-4482, 384-99949 y 384-3569 y no frente a la posible masa herencial dejada por la causante xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, para así abstraer cuál sería el interés para recurrir del extremo actor. Empero, con todo, dichas providencias sólo demostraron que los citados inmuebles fueron estimados para esa época en un valor de $317.512.000, suma que, aun actualizándola a la fecha, es abiertamente distante a la requerida para impugnar la providencia proferida en segunda instancia.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que, contrario a lo estimado por el recurrente, en el asunto objeto de estudio, de la prueba documental contenida en la actuación , no fue posible comprobar el mencionado requisito, por lo que se impone la denegación del recurso de casación formulado por el extremo demandante, como así se dispondrá.

Rad. 76 001 31 10 001 2015 00745 01 (11-12-2017) M.S.Dr. Juan Carlos Ángel Barajas.

ACLARACION, CORRECCION Y ADICIÓN DE LAS PROVIDENCIAS. Unión marital de hecho, y sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

Extracto:

Liminarmente se advierte que en este caso la decisión cuestionada se adoptó a continuación de un proceso que iniciado en vigencia del Código de Procedimiento Civil, terminó por la vía de la conciliación cuando ya regía el Código General del Proceso, por lo que el recurso fue rituado conforme a su preceptiva.

Acorde con la doctrina del derecho procesal, en guarda de la necesaria seguridad jurídica, al juez se le restringe la posibilidad de revocar o reformar sus propias decisiones, lo que está contemplado en el mandato del artículo 285 del C.G.P., cuyo primer inciso reza que ***"la sentencia no es revocable ni reformable pro el juez que la pronunció. Sin embargo podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte***

resolutiva de la sentencia o influyan en ella". El segundo inciso alude a los autos para decir que ***"en las mismas circunstancias"*** procederá su aclaración, con lo que sin necesidad de volver a repetir que al igual que sucede con las sentencias, estos no son revocables ni reformables, así implícitamente lo dispone la norma al prever que en su respecto, como en el caso de éstas, cabe remedio diferente [al de la revocatoria o la reforma], por la vía de la aclaración, la cual procedo de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia, amén de la corrección de errores puramente aritméticos y la adición **"cuando se omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la Litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento",** contempladas en los artículos 287 y 288.

Por fuera de tales eventualidades, en sintonía con la observancia del debido proceso en su manifestación de ajuste de la actuación a **"la plenitud de las formas propias de cada juicio",** la corrección de otros errores en los que haya podido incurrir el juez se logra por la vía de los recursos que en ejercicio del derecho de defensa deben promover las partes cuando por causa de ellos sus intereses resultan agraviados. Por tanto, si, como en este caso sucedió, la juez reparó que el extrañado memorial de impulso del trámite liquidatorio si estaba en el expediente, no por ello podía, como lo hizo, por sí y ante sí, dejar sin efecto el auto del 25 de enero de 2017 que decretó el levantamiento de las medidas cautelares, correspondiéndole a la actora agraviada con esa decisión recurrirla en reposición o apelación, a objeto de alegar el error y establecido este, obtener su revocatoria.

Extrañamente no procedió así dicha parte, no obstante lo cual el juzgado desplegó una actuación oficiosa completamente atípica, por decir lo menos, materializada en el auto apelado del 6 de febrero de 2017, mediante el cual decidió dejar sin efecto el anterior, con lo que inconveniente aunque razonablemente le dio espacio al lanzamiento de conjeturas por parte del afectado, que de algún modo apuntan a comprometer la garantía de rectitud en la prestación del servicio de administración de justicia, que a dicho agraviado le corresponde poner en conocimiento de la autoridad competente, si es que, como lo aduce, tiene elementos de juicio para soportar denuncias penales y disciplinarias ante las autoridades competentes; esto, por no tener cabida en el ámbito de competencia del Tribunal, limitado a la decisión de este recurso, la evaluación del video que como prueba trajo con el fin de demostrar las que serían las supuestas irregularidades cometidas a propósito de este lamentable asunto."

Rad. 2014 00268 01(01 02 2018) M.I. Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos.

SALA LABORAL

CONTRATO DE TRABAJO. Pensión de jubilación y Afiliación a una entidad de salud. Empleada del servicio doméstico afiliada a Sisben.

La recurrente alega que de la documental obrante se desprende la existencia del contrato de trabajo alegado en la demanda; a juicio de la Sala, si bien, se puede inferir la prestación personal del servicio de la demandante a la demandada, de la documental citada no se infieren los extremos temporales del contrato, como tampoco las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrolló el mismo, como son horario de trabajo, salario, etc..

Extracto:

La discusión se centra en determinar si xxxxxxxxxxxxxxxxxx debe pagar la pensión de jubilación y la afiliación a una entidad de salud que escoja xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx por haber laborado para la primera desde el 21 de octubre de 1991 hasta el 25 de agosto de 2010.

La Sala parte del siguiente razonamiento: Sabido es que quien demanda el pago de derechos sociales derivados de un contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio a favor de quien demanda para que se pueda predicar en su favor la presunción consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo , o sea, la existencia de un contrato de trabajo.

No obstante, la mencionada presunción que es simplemente legal puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario al presumido. Por ejemplo , que el servicio no se prestó bajo un régimen contractual laboral; porque quien lo ejecutó no lo hizo con el ánimo de ser retribuido, o en cumplimiento de una obligación que no le impusiera dependencia o subordinación, o que se prestó el servicio para persona diferente a la convocada. Esta carga corre por cuenta del extremo pasivo de la litis.

Bajo las premisas anteriores, la Sala defiende la tesis de que con las pruebas valoradas en su conjunto no se desprenden los extremos temporales de la relación laboral alegada. La conclusión precedente se muestra de la siguiente forma.

La recurrente alega que de la documental obrante a folios 8 al 16 se desprende la existencia del contrato de trabajo alegado en la demanda; a juicio de la Sala, si bien, se puede inferir la prestación personal del servicio de la demandante a la demandada, de la documental citada no se infieren los extremos temporales del contrato, como tampoco las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrolló el mismo, como son horario de trabajo, salario, etc..

De la Resolución del Ministerio del Trabajo identificada con el No. 001774 del 29 de agosto de 2012, mediante la cual se resolvió una investigación administrativa y se sancionó a la demandada con una multa de $2.833.500,oo, de su literalidad se lee lo siguiente a folio 12 el Ministerio para justificar la multa señaló . "*El despacho analizando lo manifestado por las partes y lo solicitado por la reclamante relacionada con la no afiliación a la seguridad social y la aceptación en la diligencia mencionada por parte de la examinada del no pago de aportes a pensión y salud".*

La demandante en la citada resolución manifestó : *" Yo trabajé con ella como empleada del servicio doméstico por 18 años 10 meses y nunca me afilió a la seguridad social, el trabajar con ella me generó una enfermedad en las articuaciones , artritis reumatoidea,durante dos*

años he tenido tratamiento con Sisben, por lo tanto me impide trabajar razón por la cual no pude seguir trabajando para ella, por lo tanto solicito valoración de la pérdida de capacidad laboral. ES TODO".

En dicha diligencia administrativa se expuso que xxxxxxxxxxxxxxxxxx había dicho lo que a continuación se lee: "*Yo lo único que puedo decir es que en este momento estoy incapacitada para poder llegar a un acuerdo en estos momentos, no se si en una ocasión futura para llegar a un acuerdo , en estos momentos tengo unas situaciones de salud familiares y tengo problemas con la presión vascular, sucede que cuando yo pensé de la afiliación a salud ella me dijo que tenía una afiliación con la hija en Comfenalco (sic) solamente ahorita me doy cuenta que era por dos meses. Luego supe que la señora tenía Sisben que por cierto me di cuenta que era un seguro muy favorable, yo no sabía que debía haber pagado pensión y hubiera sabido yo también hubiera pagado para pensión. ES TODO".*

De la resolución citada no se desprende que la demandada hubiere aceptado los extremos temporales de la relación laboral alegada, tampoco las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se celebró el contrato, ni el salario devengado; tampoco se desprende que la demandada hubiere aceptado que la demandada dio por terminado sin justa causa el contrato de trabajo. Ni siquiera se aportó el contrato de transacción que se alega en la Resolución No. 001774 del 29 de agosto de 2012, que obra a folios 15 y 16.Por las razones expuestas se confirma la sentencia apelada. Sin costas en esta instancia."

Rad.003 2015 00540 01 (15 02 2018) Acta 051. M.P. Dr. Germán Varela Collazos.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Empleador vulneró el derecho a la estabilidad laboral del demandante, al dar por terminado su contrato laboral de manera unilateral y anticipada sin obtener la autorización previa del inspector del trabajo.

Extracto:

"Sobre el problema jurídico que nos convoca, la Sala no desconoce que en la jurisprudencia nacional hay diferencias en torno a si la estabilidad ocupacional reforzada protege sólo a quienes tienen determinado rango de porcentaje de pérdida de capacidad laboral , o si por el contrario su ámbito de cobertura es más amplio y no requiere una calificación de esta naturaleza.

Ciertamente, al respecto , la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha sostenido en términos generales que no cualquier discapacidad está cobijada por el manto de la estabilidad reforzada previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; dicha acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sean excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente , las discapacidades leves que podría padecer un buen número de la población no son las que ha sido objeto de discriminación. Por esta razón, ha considerado que el legislador fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5º reglamentado por el artículo 7º del D. 2463 de 2001), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral. Así lo ha sostenido en las siguientes sentencias: en la del 15 de julio de 2008. Radicado 32532; en la del 15 de julio de 2008. Radicado 38992; en la del 28 de agosto de 2012. Radicado 39207, entre otras.

Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el

derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les **"impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares".** Toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia , la persona puede verse discriminada por ese solo hecho . Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina de trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares. Al tomar la jurisprudencia desde el año 2015 se puede observar que todas las Salas de Revisión de la Corte, sin excepción, han seguido esta postura, como se aprecia por ejemplo en las sentencias T- 405 de 2015 (Sala Primera), T-141 de 2016 (Sala Tercera), T-351 de 2015 (Sala Cuarta), T- 106 de 2015 (Sala Quinta), T-691 de 2015 (Sala Sexta) T- 057 de 2016 (Sala Séptima), T-251 de 2016 (Sala Octava) y T-594 de 2015 (Sala Novena); entre otras.

Entonces, como quedó visto existen diferencias objetivas en la jurisprudencia nacional.

Lo dicho hasta aquí tiene como único fin dar transparencia al proceso interpretativo o del deber de responsabilidad judicial ante la influencia de la subjetividad en la interpretación del derecho, de allí que, este Tribunal ha sostenido de vieja data que lo conveniente es que en los casos que por ella se resuelven se utilicen no sólo directivas de interpretación lingüistícas , sistémicas y funcionales hasta que el significado de una regla legal sea lo bastante claro para los fines de la interpretación , sino, también , el precedente o como algunos lo llaman "derecho jurisprudencial" para resolver los problemas puestos en consideración , es la razón por la cual se trae a consideración lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en contraste a lo resuelto por la Corte Constitucional.

Siendo así las cosas, frente a las posiciones jurisprudenciales encontradas y con fundamento en el artículo 241 de la Constitución Política este Tribunal acoge la postura de la Corte Constitucional, en razón a los siguientes argumentos : **uno,** la estabilidad reforzada es un derecho de orden constitucional; **dos,** la Corte Constitucional en su calidad de órgano de cierre en la materia tiene competencia para unificar la interpretación correspondiente, cuando haya criterios dispares en la jurisprudencia nacional, según el artículo indicado, y así lo hizo saber en la sentencia SU 049 DE 2017, calendada el 2 de febrero del corriente año; y **tres,** la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tampoco ha sido ausente al tema, en acciones de tutela, con relación al reintegro del trabajador con protección laboral reforzada, pues en la tutela instaurada por GASTRONORM S.A. contra una sentencia de este Tribunal en sentencia del 24 de junio de 2015, con radicación STL 718-2015 decidió no tutelar los derechos fundamentales invocados porque "…*el juez colegiado accionado adujo que en el asunto motivo de controversia pudo comprobarse que la demandante sufrió un accidente de trabajo que le ocasionó un perjuicio en los tendones de la mano, sin que la empresa le prestara colaboración alguna, a pesar de que había sido calificada con una pérdida de la capacidad laboral del 14.21% y que Gastronorm , para finiquitar el vínculo laboral, omitió solicitar la autorización del Ministerio del Trabajo, sin que tampoco adujera una justa causa para finalizarlo.".*

Rad.003 2016 00157 01 (15 02 2018) acta 049. M.P. Dr. Germán Varela Collazos.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ART. 65 DEL C.S.T. E INDEXACIÓN.

Extracto:

"La Sala da linaje a la decisión precedente en lo señalado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL21162-2017, RADICACIÓN No. 55920, del 6 de diciembre de 2017 cuando dijo: "Lo anterior significa, como de tiempo atrás se ha sostenido , que para la aplicación de esta sanción el sentenciador debe analizar en cada caso si la conducta morosa del empleador estuvo justificada con argumentos que, pese a no resultar viables o jurídicamente acertados, si pueden considerarse atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieren llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador, lo cual, de acreditarse conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe que, como lo recordó la Sala en sentencia CSJ SL, 10 may.2011, rad. 38973, equivale a : "(…) obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud". Hasta aquí queda resuelto el primer problema planteado al inicio de estas consideraciones.

Con relación a la condena por la indexación desde la fecha en que se causó la indemnización moratoria hasta la fecha de su pago efectivo, la Sala confirma la condena por cuanto no se está reconociendo simultáneamente la sanción moratoria y la indexación, en relación a que la segunda es posterior a la primera . Importante resulta manifestar de que existe diferencia entre la indemnización derivada del no pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, frente a la indexación desde la fecha en que se causó la moratoria, las situaciones que gobiernan son distintas, máxime que la indexación no es una sanción en economía, es el procedimiento por el cual se aplica la modalidad de mantener constante en el tiempo el valor de compra en toda transacción, compensándola a la misma manera directa o indirecta. Al margen de lo dicho, el Consejo de Estado ha establecido que hay lugar al reconocimiento simultaneo de la sanción moratoria y la indexación, basta leer la sentencia del magistrado ponente GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN del 17 de abril de 2013, radicación No. 08001-23-31-000-2007-00210-01 (2664-11); sin querer significar con esto que se esté condenando simultáneamente a la indexación y a la moratoria, se insiste.

Hasta aquí quedan resueltos los cuestionamientos planteados al inicio de las consideraciones , en consecuencia se confirma la sentencia de instancia. Costas en favor de la demandante y en contra de la demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente."

Rad.015 2015 00132 01 (15 02 2018) acta 055. M.P. Dr. Germán Varela Collazos.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL. Daño a la salud. No autorización para la prestación del servicio de salud. Perjuicios morales, fisiológicos.

Recurso de apelación en contra de EPS para que se declare la responsabilidad contractual de la demanda por las afectaciones a la salud de la demandante al habérsele negado la autorización de procedimiento quirúrgico.

Extracto:

"Resulta entonces acreditado, más que con suficiencia el nexo causal requerido, puesto que el dictamen pericial surtido dentro de la actuación indica con claridad que el daño se produjo como consecuencia de la negación de la intervención quirúrgica solicitada por el médico tratante de la demandante , pues tanto los medios de prueba que militan en el expediente, así como también la lógica y las reglas de la experiencia, permiten afirmar que entre una y otra circunstancia existe un nexo de causalidad más que probable, una estrecha y directa relación de causa- efecto , ya que resulta tan evidente , tan sólido, tan contundente el nexo causal, que ni siquiera los especialistas en medicina pudieron plantear razonables argumentos para decir que no existía relación entre la negación de la intervención quirúrgica denominada "CISTECTOMIA DE ENCOMETRIOMA OVARICO", la que fue solicitada por la médico tratante xxxxxxxxxxxxxxxxxxx quien manifestó que debía realizarse de URGENCIAS, como en efecto tuvo que realizarse días tras la negación, la paciente tuvo que consultar por urgencias, lo que desencadeno en la realización de la intervención quirúrgica negada, demostrando así que esta era totalmente necesaria desde tiempo atrás, al ser solicitada.

Debe resaltarse en este punto, que el formato de negación que se expidió en lo referente al caso de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, fue firmado solamente por el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien no es médico especialista en ginecología y obstetricia , y realiza una laboral meramente administrativa en la junta medico científica, sin existir entonces evidencia alguna de que para la emisión de la decisión que negó la intervención quirúrgica se consultó biografía científica, conceptos de médicos especialistas o de quienes debían integrar la junta medico científica.

En consecuencia, queda claro para esta Corporación, que la demora en la realización de la intervención quirúrgica trajo consigo secuelas de gran magnitud, como lo fue, la pérdida de ovario y trompa derecha y pérdida del 50% de su ovario izquierdo.

La anterior declaración permite concluir que en definitiva estamos frente a la existencia de una responsabilidad contractual por parte de la **EPS SANITAS,** al negarle a la demandante la autorización del procedimiento quirúrgico solicitado a la junta medico quirúrgica, RECOMENDÁNDOLE QUE LO SUFRAGARA POR SUS PROPIOS MEDIOS, cuando esta intervención era totalmente necesaria para preservar la salud de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, lo que decanto en la perdida de ovario y trompa derecha y pérdida del 50% de su ovario izquierdo, razón por la que se procederá a estimar el valor de las indemnizaciones a que haya lugar."

(…)

"Es evidente entonces que la situación que debió afrontar la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx por la pérdida de ovario y trompa derecha y pérdida del 50% de su ovario izquierdo, causo en ella sentimientos de dolor, angustia, depresión, ansiedad, evidentes en estos casos en los que se produce una lesión en la integridad física dela persona, sentimientos de dolor que llegan al máximo en la demandante, que a sus escasos 23 años ve frustrado su deseo de ser madre y conformar una familia.

Al respecto del interés de la demandante de ser madre, este quedo probado gracias a distintas pruebas aportadas al proceso, como lo son la historia clínica de la accionante, que da cuenta del interés de esta de formar una familia, puesto que a folio 577 cuadernillo 2, encontramos la constancia cita médica de fecha 01 de abril de 2009, en la que el médico tratante tras entrevistar a la señora xxxxxxxxxxxxxxx, señala; "(…) *tiene obstrucción tubarica izquierda distal, y antecedente de salpigooforectomia derecha por quistes.* ***. No tiene hijos y tiene deseo de fertilidad*** *(…)" (Negrilla propia).*

Aunado a ello, las declaraciones en el proceso de personas cercanas la demandante, como la señora xxxxxxxxxxxxxxx señala tras la intervención quirúrgica , la demandante "*ahora no es alegre como era antes",* asimismo al preguntársele sobre el proyecto de la vida de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxx, la testigo responde; "*ella quería tener un hogar, tener sus hijos", "ella cuando venía un niño se ponía muy contenta, y los acariciaba , ella le gustaba bueno"* (folio 744 a 745 cuadernillo 2), por su parte la testigo MARIA ANGELICA SUAREZ al preguntársele sobre el comportamiento de la demandante tras la intervención quirúrgica , esta señala " pues la verdad la he visto demasiado afligida, no tiene la misma fortaleza que tenía antes y creo que es por el problema que tiene" , al preguntársele acerca de las expectativas de vida de la señora HERNANDEZ la testigo responde "*ella quería tener un hogar , tener sus hijos"* (folio745 a746 cuadernillo 2).

Así pues, encuentra esta Sala que se produjo en la actora un daño moral que debe ser reparado. Ahora bien, ha de decirse sobre el punto, que la Honorable Corte Suprema de Justicia cuando fija montos para la indemnización por perjuicios morales, lo que hace es señalar "*unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino referentes"* (Sentencia de 9 de julio de 2010, exp. 1999 – 02191), motivo por el cual en este asunto la condena por este rubro se fijará en la suma de **$40.000.000.00. "**

(…)

"En lo referente a esta pretensión, debe darse claridad en que se encuentra abarcada en la tasación del perjuicio denominada daño a la salud, puesto que este incluye lo que anteriormente se denominado daño a la vida, tal como lo señalo la Sala Plena de la Sección Tercera de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222 señalan en el anterior aparte, en la cual se sostuvo que esta clase de afectaciones a bienes o derechos constitucional o convencionalmente afectados deben ser reconocidas como una tercera categoría de daños inmateriales autónomos. Bajo esta óptica, se sistematizó en su momento de la siguiente manera: *" La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico"; iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica" y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías*

tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento , de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

Debe aclararse en este punto, que si bien el Consejo de Estado en el año 2000 incorporó la tesis del daño denominado "daño a la vida de relación", indemnizando con ella las secuelas ocasionadas al sujeto en relación con su mundo existencia y cotidiano, cuando se configurase el daño antijurídico y la imputación fáctica y jurídica realizada a la administración pública. Dicha tesis solo se mantuvo hasta el 14 de septiembre del año 2011, fecha en donde la alta corporación adoptó la nueva tesis del "daño a la salud", donde quedaban incorporadas todos los tipos de daños inmateriales, la cual será adoptada por esta Sala.

En consecuencia, las anteriores declaraciones implican entonces **REVOCAR** al pago de perjuicios morales y daño a la salud en favor de la demandante, pues el incorrecto actuar de la **EPS SANITAS S.A.** como entidad prestadora de servicios de salud, fue lo que ocasionó el hecho generador de esta sentencia condenatoria."

ACLARACIÓN DE VOTO El Consejo de Estado ha señalado que cuando la gravedad de la lesión es igual o superior al 10% e inferior al 20% la tasación sería la de 20 SMMLV.

Extracto.

"Se desconoció la jurisprudencia del Consejo de Estado entorno a la tasación del daño a la salud (peticionado como perjuicio fisiológico). Ciertamente, aunque la Sala mayoritaria citó la Sentencia de Unificación del 14 de septiembre de 2011, expediente 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, al aplicar no se compadece con su contenido, por cuanto, el Consejo de Estado ha señalado que cuando la gravedad de la lesión es igual o superior al 10% e inferior al 20% como sería el caso que nos ocupa la tasación sería la del 20 SMMLV. En el caso que nos ocupa la demandante tiene una pérdida de la capacidad laboral del 16.30% que bajo las escalas indemnizatorias le correspondería como indemnización la suma de 20 SMMLV. La intensidad y gravedad para aumentar el monto de la indemnización hasta 400 SMMLV es cuando la lesión es igual o superior al 50%. La Sala sacó de su propia cosecha que podía incrementar la condena a 80 SMMLV. Lo precedente se deriva de lo señalado por el Consejo de Estado en providencia del 19 de julio de 2017 en la sentencia con radicación 38.037, en la que se tomó como referencia la Sentencia de Unificación del 14 de septiembre de 2011, expediente 19031, que invoca la Sala mayoritaria."

Rad. 004 2009 01335 01 (19 12 2017) Acta 093. M.P. Dr. Antonio José Valencia Manzano.

Aclaración de Voto: Dr. German Varela Collazos.

NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL. Era obligación de PORVENIR S.A. suministrar a la demandante una información completa y comprensible sobre los pro y los contra que tenía el traslado de un régimen pensional a otro; sobre todo porque nos encontramos frente a una administradora experta y a una demandante lega, que carece de experiencia o conocimiento en materias financieras; así como en el sistema de seguridad social integral creado por la Ley 100 de 1993

Extracto:

"La Sala debe resolver si se debe o no declarar la nulidad del traslado del actor del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PORVENIR S.A., de ser procedente, si se debe revocar la condena en costas impuesta a PORVENIR. Así se resuelve la consulta y el recurso de apelación.

Para la Sala no es de recibo el argumento expuesto por el recurrente, como tampoco a lo alegado en la contestación de la demanda por COLPENSIONES, pues desde antes de la expedición de la ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 del 2015 la Jurisprudencia especializada ya había trazado los deberes y obligaciones de las administradoras de pensiones en el sentido de que éstas deben ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Al respecto, se tiene que en el expediente no hay prueba que a la demandante se le hubiese suministrado la información necesaria en todas las etapas del proceso del traslado de régimen, desde la antesala de la afiliación al fondo privado de pensiones hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Era obligación de PORVENIR S.A. suministrar a la demandante una información completa y comprensible sobre los pro y los contra que tenía el traslado de un régimen pensional a otro; sobre todo porque nos encontramos frente a una administradora experta y a una demandante lega, que carece de experiencia o conocimiento en materias financieras; así como en el sistema de seguridad social integral creado por la Ley 100 de 1993. La actora no tiene una educación formal en éstas materias , que de por sí son de alta complejidad, en virtud al nivel de exigencia que reina actualmente en los mercados financieros, contrastado con la situación fáctica que vivía la demandante para la fecha del traslado; hechos todos que ameritaban una información completa y veraz sobre las ventajas y desventajas de quedarse en el régimen de prima media con prestación definida o trasladarse al régimen al régimen de ahorro individual con solidaridad; de lo cual no aparece prueba en el expediente, siendo carga de PORVENIR S.A. demostrarla. Al respecto de la información que deben suministrar los fondos privados y su deber de acreditarla se puede consultar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL del 9 de septiembre de 2008 con radicación 31989 y SL 17597 del 18 de octubre de 2017 radicación 46292, entre otras.

Así las cosas, la Sala considera que la a quo acertó en su decisión de declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; y condenar a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES el saldo de la cuenta individual de xxxxxxxxxxxxxxxxxx, incluidos los frutos e intereses, en los términos de la sentencia de instancia.

Por último, no le asiste razón al recurrente que se le exonere de costas, pues estas son objetivas y en su momento procesal oportuno tendrá la oportunidad de controvertir el valor de las mismas.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia apelada y consultada. Costas en esta instancia en contra de PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Sin costas a COLPENSIONES S.A. en esta instancia. Inclúyase en la liquidación la suma de un salario mínimo legal vigente como agencias en derecho."

Rad.006 2015 00725 01 (15 02 2018) acta 052. MP. Dr. Germán Varela Collazos.

PENSIÓN DE INVALIDEZ. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Art. 1 de la Ley 860 de 2003. En sentencia C-020 de 2015, la Corte Constitucional indicó que en los casos concretos, la regla prevista en el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 debe extenderse favorablemente, es decir, que se debe aplicar a la población que tenga hasta 26 años de edad, inclusive.

Extracto:

"Lo que la Sala debe resolver es **(i)** si xxxxxxxxxxxxxxxxxx tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en el parágrafo 1º del artículo 1º de la ley 860 de 2003, bajo el alcance de aplicación que se le da en la Sentencia C-020 de 2015, de ser procedente; **(ii)** si se debe revocar la condena por intereses moratorios, indexación y costas procesales y; **(iii)** si es dable o no autorizar los descuentos por los aportes al Sistema General de Salud.

La Sala parte de los siguientes hechos que no son objeto de discusión en el proceso : **(i)** que el demandante fue declarado inválido por enfermedad de origen común, con una pérdida de la capacidad laboral del 65.05%, fl. 27; **(ii)** que se estructuró su estado de invalidez el 1º de julio de 2012, fl. 27; **(iii)** que a dicha calenda tenía 22 años de edad, fl 25; **(iv)** que cotizó 35 semanas en el año anterior a la fecha de estructuración de la invalidez ; y **(v)** que la norma vigente a la fecha en que se declaró invalido es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la ley 860 de 2003.

El parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 establece una excepción a la regla general de acceso a la pensión de invalidez. Permite a las personas menores de veinte años de edad pensionarse por invalidez cuando, además de cumplir los requisitos restantes cuenten con 26 semanas de cotización en el año anterior a la estructuración de la invalidez o a su declaratoria, según el principio de favorabilidad. Es decir, no necesitan acreditar, como lo exige la regla general 50 semanas en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, lo cual depende en todo caso de lo que resulte más favorable.

Ahora, la Corte Constitucional en Sentencia C-020 de 2015 declaró exequible la anterior norma, con la condición de que se extienda lo allí previsto en materia de pensiones de invalidez hacia toda la población joven. En esta sentencia indicó que en los casos concretos, la regla especial prevista en el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 debe extenderse favorablemente , es decir, que se debe aplicar a la población que tenga hasta 26 años de edad, inclusive; esto conforme lo había señalado , entre otras, en las sentencias T-777 de 2009, T- 839 de 2010 , T- 934 de 2011, T- 246 de 2012, T- 506 de 2012, T- 1011 de 2012, T- 630 de 2013, T- 819 de 2013 , T- 443 de 2014 y T-580 de 2014.

El demandante tenía 22 años de edad el 1º de julio de 2012, data en la que se estructuró su invalidez, de ahí que teniendo en cuenta la jurisprudencia antes mencionada que se remonta a la sentencia T- 777 de 2009, la Sala considera que sí tiene derecho a la pensión de invalidez con fundamento en el parágrafo 1º del art, 1º de la ley 860 de 2003, y no se da la razón al apelante, por cuanto, como quedó expuesto la sentencia C-020 de 2015 recogió el precedente jurisprudencial que hasta ese momento existía en la Corte Constitucional respecto a la aplicación de dicha corma a la población que tuviera 26 años de edad, por lo cual , al día de la estructuración de la invalidez de xxxxxxxxxxxxxxxxxx ya había un consolidado presente jurisprudencial que permitía aplicar la norma citada para los jóvenes hasta 26 años , inclusive.""

Rad.015 2016 00126 01 (15 02 2018) acta 053. M.P. Dr. Germán Varela Collazos.

SALA PENAL

ACEPTACION DE CARGOS. ACOSO SEXUAL. Flagrancia. Actos sexuales abusivos con menor de 14 años. Allanamiento a cargos. Congruencia.

Extracto:

"El a quo después de verificar el allanamiento a cargos, decidió no impartir legalidad al mismo, al considerar que se vulneraba el principio de congruencia, teniendo en cuenta principalmente, que el procesado entendía aceptar una situación fáctica completamente diferente a la que le fue enrostrada por la Fiscalía, amén de considerar que los hechos atribuidos al procesado en la acusación no configuraban el delito de acoso sexual, criticando la variación de la calificación jurídica realizada por la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación, pues señalo que la inicialmente enrostrada era la correcta.

Pues bien, dígase desde ya, que esta corporación revocara la decisión del juez de primera instancia, pues en este asunto no se presenta ninguna irregularidad en el allanamiento a cargos (vicios ene el consentimiento, vulneración de derechos fundamentales, o falta de elementos probatorios) que impida dictar la respectiva sentencia de condena.

Lo primero que hay que indicar, es que la crítica hecha por el A - quo a la fiscalía respecto de la variación de la calificación jurídica realizada en la audiencia de formulación de acusación es inadmisible desde todo punto de vista, teniendo en cuanta todo lo trasegado de la ley 906 de 2004, donde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha insistido en la fiscalía y el juez son órganos separados con funciones diferentes, y que al juzgador le está vedado prejuzgar e intervenir o vincularse con las pretensiones de las partes.

Solo la Fiscalía es dueña de la pretensión punitiva en consonancia con lo dispuesto en los artículos inciso 4º del artículo 250 de la Constitución Política, y los artículos 336 y el inciso 2º del 339 del CPP, por lo que es dicho órgano quien debe presentar la acusación y delimitar fáctica y jurídicamente los referentes frente a los cuales se adelantara la discusión de responsabilidad del procesado, sin que el juez pueda *"examinar tanto los fundamentos probatorios que sustentan la acusación como la corrección sustancial de la imputación jurídica (adecuación típica). De permitirse una tal supervisión judicial, la estructura acusatoria se vería quebrantada, en la medida en que el juez asumiría el rol de parte, al promover una particular "teoría del caso", lo que de contera devendría en la afectación de la imparcialidad exigible a quien únicamente tienen que juzgar el asunto, según los planteamientos del acusador.* ***Solo a la fiscalía compete la determinación del nomen iuris de la imputación.*** (CSJ SP 6 de feb. 2013, rad 39.892).

Esta es una discusión pacifica, se encuentra proscrita toda clase de control material de la acusación tanto en los trámites ordinarios como en los abreviados (allanamiento a cargos o preacuerdos) por parte del juez (ver sentencia del 15 de julio de 2008 rad.29.994, y los autos AP del 21 de marzo de 2012 rad. 38.256, AP 15 jul. 2008 rad. 29.994, AP del 16 de octubre de 2013 rad. 39.886), **por lo que se afirma que la calificación jurídica adoptada por la Fiscalía en la acusación o en el preacuerdo no puede ser cuestionada,** salvo que se afecten garantías fundamentales. (Ver sentencia del 6 de febrero de 2013 rad. 39.892, citada por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP8666-2017, Radicación Nº 47.630 del 14 de junio de 2017 MP. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR).

En este caso, si la Fiscalía dentro de su leal saber y entender considero que la conducta ejecutada por el Señor XXXXXXXXXX se adecuaba mejor al delito de acoso sexual, el Juez de primera instancia no podía inmiscuirse en dicho cambio, bajo el entendido que estaba haciendo apenas un análisis preliminar del caso sometido a su estudio, pues ello denota un control material de la acusación. (…..)

En este caso, es evidente que la manera como el Juez Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento abordó el control de legalidad al allanamiento a cargos realizado por el señor XXXXXXXX no fue el adecuado, por la presión a la que se lo sometió, lo cual condujo a que el procesado se confundiera y presentara dos versiones de los hecho, siendo la ultima la que llevo el juez a considerar que en este caso existió vulneración del principio de congruencia, lo cual no es así.

El Señor XXXXXXXX en su primera versión aceptó que el pidió permiso parar ingresar al baño y ya dentro de la residencia llamo a la menor victima dentro de este asunto para que le viera sus genitales al señalar ***"yo lo demonio porque en algún momento la niña que cuando ella me vio las partes genitales yo la llame le dije que me viera, entonces pues tengo entendido que eso es un acoso"***, situación fáctica que es la misma que la Fiscalía le atribuyo tanto en la audiencia de formulación de imputación como en la acusación. Lo que denota, que el procesado entendía los cargos que le habían sido formulados, por lo que el Juez de Primer Orden en ese momento debió continuar con la verificación del allanamiento respecto de si la aceptación de responsabilidad era libre, consciente y voluntaria, y no seguir interrogando al señor XXXXXXX sobre temas estrictos de tipicidad, pues como ya lo indicamos, a un ciudadano del común no se le puede pedir sin ilustración adecue típicamente las conductas humanas, para realizar esa labor están los abogados quienes son los encargados de prestarles asesoría jurídica.

La versión del señor XXXXXXXXXX, según la cual *"yo pido permiso para entrar al baño a orinar resulta que el baño está cerrado, entonces yo me hago en la parte de atrás en cerco, y estoy orinando y cuando yo estoy orinando la niña sale detrás de un perrito que ella tenía y cuando lo coge ella me ve orinando yo le pido el favor que se devuelva y entonces yo me volteo, eso fue lo que sucedió su señoría"* se dio porque el señor Juez abrió una puerta para que el acusado rindiera una versión de los hechos a él atribuidos y de paso justificara su conducta ilegal , hecho a todas luces inapropiado dentro el control judicial, pues el A - quo dejo de un lado su función judicial para actuar como parte, al suponer que estaba haciendo apenas un control formal, pero lo cierto es, que su control fue material, al punto de inmiscuirse en la calificación jurídica que la Fiscalía le dio a la conducta ejecutada por el procesado, lo cual le estaba prohibido hacer, pues planteo su punto de vista, censurado la actuación de la fiscalía, siendo ello lo que lo condujo a plantear una supuesta violación al principio de congruencia que no existe, pues la situación fáctica atribuida al acusado no ha sido variada de modo alguno por el ente fiscal.

El principio establecido en el artículo 448 del CPP, consagra estrictamente **la necesaria congruencia que debe existir entre la sentencia condenatoria y el acto de la acusación,** esto es, **los hechos** que revistan las características de un delito **que se atribuyen al procesado** en la acusación y los hechos por los que se condena, los cuales deben permanecer invariables, pues como la ha dicho la Corte Suprema de Justicia es posible la variación de la calificación jurídica, siempre que represente un beneficio para el acusado, pero no puede modificarse el núcleo factico de la acusación, pues la congruencia es un límite a la actuación del fiscal y de la eventual decisión que adopte el juez de conocimiento.

Este principio que se reitera, no se ha vulnerado en este asunto, pues la Fiscalía no ha variado los hechos por los que formulo acusación al señor XXXXX; si bien vario la calificación jurídica inicialmente atribuida, dicho acto no puede considerarse como trasgresor de la congruencia, pues dicho cambio le fue dado a conocer al procesado en la audiencia de formulación de acusación y el mismo representa un cambio favorable a los

intereses de esté, por lo que era con base en esos hechos y calificación jurídica que le fueron enrostrados en la acusación al procesado, que el juez debía proceder a dictar sentencia conforme al allanamiento a cargos efectuado por el señor XXXXX, quien hay que decirlo, manifestó entender y saber que estaba siendo judicializado por haberle exhibido su miembro viril a una menor de edad, razón por que no entiende esta colegiatura a que refería el A- quo cuando manifestó que se había vulnerado el principio de congruencia.

Y es que el hecho que el acusado haya rendido una versión libre respecto de la manera cómo ocurrieron los hechos, en nada afecta el principio de congruencia, pues hay que insistir, que la misma se presentó gracias espacio bajo presión que abrió el Juez de primera instancia para que el procesado se exculpara de su actuar criminal, no siendo de recibo las explicaciones del procesado, pues si comparamos su versión de los hechos, con la situación fáctica que se le atribuyo en la acusación, habría que preguntarse por qué si de acuerdo a la versión del procesado fue por un acto imprudente de la menor que esta le vio su miembro viril, después de dicho hecho él le pidió a ella que no le dijera nada a su padre, y procedió a resguardarse en una tienda.

Es evidente que el Juez de Primera Instancia le brindo la posibilidad al procesado de exculparse de su actuación criminal, al pedirle en más de una oportunidad le indicara como ocurrieron los hechos por los que se lo judicializo, ya que habiendo admitido que el exhibió su miembro viril a la menor víctima y que era ese hecho que aceptaba, lo continuo interrogando no solamente sobre la situación fáctica, sino que incluso lo requirió por la calificación jurídica atribuida por la Fiscalía a los hechos, como si el procesado fuese una persona lega en derecho, lo cual denota el desborde de los límites del control de allanamiento a cargos que debía realizar el juez de Primera Instancia, quien abandono el rol del juez para convertirse en una parte dentro del proceso penal, pues su actuación de modo alguno estuvo dirigida a verificar que objetivamente la conducta ejecutada por el señor XXXXX careciera de aptitud para vulnerar efectivamente bienes jurídicos, verificar si se le habían respetado los derechos fundamentales al procesado y establecer si la aceptación se presentaba de manera libre, consciente o voluntaria, sino que se encamino a cuestionar la actuación del ente fiscal, asumiendo el rol de defensor, como si esa fuera su labor.

Así las cosas, con su actuación el Juez de primera instancia no solo desbordo el objeto de control que, en punto del respeto de garantías fundamentales, puede ejercer el juez, en el marco de control del allanamiento a cargos, sino que constituye una censurable afectación del principio acusatorio, por asunción por parte del funcionario judicial de roles asignados constitucional y legalmente a la defensa, sin que hubiese acreditado de ninguna manera que el acto de aceptación a cargos estuviese revestido de violación de garantías fundamentales o la existencia de una imposibilidad absoluta de que los hechos imputados encuentren adecuación en algún tipo penal, por lo que procedente es revocar el auto del 16 de noviembre de 2017, proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali, mediante la cual no impartió legalidad a la aceptación de cargos realizada por el señor XXXXXX en el marco de la audiencia preparatoria por el delito de ACOSO SEXUAL, y en consecuencia, se dispondrá la devolución del expediente al despacho de origen para que proceda a legalizar el allanamiento a cargos hecho por el señor XXXXXXXXXXX, teniendo en cuenta que este respondió afirmativamente todas las preguntas realizadas dentro del control de legalidad, en el sentido de que la aceptación de cargos la hacía de manera libre, consciente y voluntaria, y de contera se proceda a dictar el fallo correspondiente.

Para finalizar, esta Sala debe hacer un llamado de atención a la señora Fiscal 154 Seccional de la Cumbre, Valle, en el sentido de que si bien es cierto el Ente Acusador cuenta con discrecionalidad para adecuar las conductas punibles, no menos es cierto es, que dicha facultad debe ceñirse a los parámetros establecidos en la legislación penal, pues no puede simplemente darle un *nomen iuris* a una conducta delictiva porque se considera que ese

puede ser, sin hacer un estudio minucioso del caso y las evidencias sometidas a su conocimiento."

ACLARACION DE VOTO.

"Tal como lo señalé en la observación que presenté al proyecto, me parece que el fiscal de manera muy grosera y burda modificó la calificación jurídica de los hechos, seleccionado un tipo penal que en su estructura dogmática es diametralmente opuesto a los sucesos materia de juzgamiento. En efecto hablar de acoso sexual supone la acreditación de los hechos, aun de manera sumaria o dudosa, de sus ingredientes normativos, tales como condición de superioridad, relaciones de poder, edad, sexo, entre otros que no aparecen por ninguna parte en los hechos. Adicionalmente a ello, en ninguno de los verbos encajaría el comportamiento del procesado (hostigar, perseguir, acosar) quien simple y llanamente llegó al sitio donde estaba la menor y le mostró o le expuso su miembro viril, sin que hayan concurrido los ingredientes normativos del tipo penal de acoso sexual.

Ese cambio dramático de la tipicidad del comportamiento pudiera explicarse dentro de un escenario de Acuerdos o preacuerdos, más no cuando se trata de un allanamiento a cargos, en el que no hay negociación sobre los beneficios, no sobre la calificación jurídica, por virtud del principio de flexibilidad del principio de legalidad.

Es decir, que la calificación jurídica fue el producto del capricho del funcionario de la Fiscalía que resulta ser manifiestamente contrario a la ley, lejos del discernimiento o de la propuesta intelectual.

En consecuencia considero que es necesario compulsar copias para que ante los funcionarios competentes explique las razones de su actuación.

Así dejo clara mi postura. "

Rad. 178 2016 00074 01 (30 01 2018) M.S. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz

Aclaración de Voto: Dr. Orlando Echeverry Salazar

ALLANAMIENTO A CARGOS. Prisión Domiciliaria. Aplicación de favorabilidad. Ley 1826 de 2017. Hurto calificado.

Extracto:

Así las cosas, le asiste razón a la apelante sobre la procedencia, **en este caso en particular**, de la aplicación por favorabilidad de la Ley 1826 de 2017, no obstante, se equivoca cuando reclama del procesado una rebaja de hasta la tercera parte", teniendo en cuenta que él aceptó cargos en la primera etapa procesal (formulación de imputación), sino cuando la actuación se encontraba en audiencia preparatoria y para ese momento procesal, la rebaja ya no puede ser de "*hasta la mitad".*

Por lo anterior, respetando el criterio empleado por la falladora de primera instancia que partió del mínimo , esto es, 96 meses de prisión, a esta cantidad , se le descuenta entonces la tercera parte, por haber evitado un mayor desgaste a la Administración de Justicia y obtener una pronta sentencia condenatoria, alejando el asunto de una situación de impunidad y mayor afectación a la víctima , se le hace ese descuento, quedando como pena definitiva a imponer, la de **SESENTA Y CUATRO (64) MESES DE PRISIÓN.** Igualmente se le reducirá en ese tiempo, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Como quiera que al procesado, en la sentencia de primera instancia se le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria porque el delito de Hurto Calificado se encuentra excluido para su otorgamiento, según las previsiones del art. 68 A del C.P., y esa situación no ha variado, como tampoco fue derogado por la normatividad más beneficiosa, se hace necesario mantener inmodificable la sentencia en ese sentido.

Rad. 193 2017 09465 00 (06 12 2017) Acta 375. .P. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

BENEFICIO ADMINISTRATIVO DE PERMISO DE HASTA 72 HORAS. Concusión. Prevaricato por omisión. Concierto para delinquir agravado.

Extracto:

"Claro es entonces, que la prohibición de **beneficios** de que trata el artículo 68ª de la ley 599 de 2000, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, ley aplicable al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, atendiendo la fecha que ocurrieron los hechos -13 de agosto de 2014, por ende, cobija a todo aquel que sea imputado , acusado o condenado por delitos relacionados con el tema de estudio, **cerrándose la posibilidad para quien reuniendo esos presupuestos, de acceder a cualquier beneficio judicial o administrativo.**

Ergo, es ilegal conceder el beneficio administrativo de permiso de hasta 72 horas al sentenciado xxxxxxxxxxxxxxx, ello de conformidad a las prohibiciones contenidas en el artículo 32 de la ley 1709 de 2014.

Así pues, la negativa adoptada por la Juez Segunda de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, respecto a la no aprobación del permiso de hasta 72 horas por la expresa prohibición del artículo 68ª de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 20 de enero de 2014 respecto a la exclusión de beneficios o subrogados a quienes hayan sido condenados por el **delito de concierto para delinquir agravado** deviene acertada al ajustarse a las prescripciones legales aplicables al caso, razón por la cual la Sala confirmará la providencia recurrida, en lo que fue objeto de recurso.

Rad.000 2015 00625 00 (13 12 2017) Acta 271.M.P. Dr. Orlando Echeverry Salazar.

INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES. Procesado con conocimiento que el inmueble era ajeno, lo invadió arbitrariamente con el propósito de obtener un provecho ilícito, esto es, beneficiarse del mismo, pretendiendo obtener su reconocimiento como poseedor a pesar de no ostentar esa calidad.

Extracto:

"Expuesto de otra manera, es ingresar o penetrar sin tener el derecho para hacerlo, de manera arbitraria y desconociendo que el bien existe su titular.

Pues bien, para la Magistratura no hay ningún asomo de duda que efectivamente **XXXXX**, con conocimiento que el inmueble denominado ***La Herlinda***, y ubicado en el Kilómetro 27 del Corregimiento Borrero Ayerbe del municipio de Dagua era ajeno, lo invadió arbitrariamente desde el 5 de marzo de 2012, con el propósito de obtener un provecho ilícito, esto es, beneficiarse del mismo, pretendiendo obtener su reconocimiento como poseedor a pesar de no ostentar esa calidad.

Prueba de ellos es que, de un lado, el defensor al sustentar el recurso de alzada indicó que era un hecho incontrovertible que ese bien estaba bajo la custodia de la Dirección Nacional de Extinción de dominio y bajo una medida cautelar de embargo, y de otro lado, el testigo **XXXXX** fue claro y preciso en declarar que el señor **XXXXX** se metió a ese inmueble ***"****Los vecinos me comentaron que si yo ese inmueble lo había arrendado y les dije: en ningún momento. Pues le informo señor **XXXXX** que hay personas que se están metiendo allá, están llevando corotos. Inmediatamente fui al sitio a corroborar los hechos y encontré a una señora y los inmuebles estaban afuera, tengo fotos" (min. 1:06:58, 1:07:08 y 1:07:33).*

Aclaró que esa señora le informó que el señor **XXXXX** los había llevado a ese lugar e incluso le suministro el número celular de él y lo contactó para decirle que ese predio era de la Fiscalía, frente a lo cual, **XXXXX** le respondió que era muy raro porque él tenía ese inmueble desde hacía 19 años atrás. Acto seguido acordaron una cita y en ese momento el procesado no presentó ningún documento que respaldara su dicho.

Además, y de suma importancia, era perfectamente entendible para el acusado que **se trabaja de un bien ajeno, si en cuenta se tiene que en el predio existía una casa de dos niveles, un tanque de abastecimiento de agua** como lo declaró **XXXXX**, y de propiedad inicial de los hermanos Rodríguez Orejuela, el que quedó a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes que había designado como depositario provisional a la Empresa Inversiones y Construcciones Atlas, antes Inversiones Mompas.

Incluso, luego de la diligencia que llevó a cabo la Secretaría de Gobierno del municipio de Dagua y por recomendación que ésta hizo, se colocó un aviso con guaduas en la puerta, de unos 3 mts., de ancho por 3 mts., y medio de alto, que decía que ese bien pertenecía a la Dirección Nacional de Estupefacientes, pero fue tumbado porque el procesado insistía que desde hacía 19 años lo poseía, sin haberlo demostrado idónea y fehacientemente.

Quedó plenamente demostrado en la actuación que el bien objeto del delito y distinguido con Matrícula Inmobiliaria **XXXXX**, denominado *la Herlinda*, era de propiedad de **XXXXX** y para el 18 de julio de 2007, fue puesto a disposición de la Fiscalía 18 Especializada, perteneciente a la Unidad de Extinción de Dominio y contra el Lavado de Activos.

Se trata de un inmueble que fue entregado junto a 96 bienes más, con ocasión a un acuerdo que hizo el Abogado de los Rodríguez Orejuela con los Estados Unidos y en aras de un colaboración con la Justicia Americana, tal y como lo declaró el Dr. **XXXXX**, en su calidad de Fiscal 20 Especializado de la Dirección Nacional de Extinción de Dominio.

Él precisamente allegó al juicio oral, la **Resolución del 28 de abril de 2006**, a través de la cual, se dio inicio al trámite de extinción de dominio del bien denominado *La Herlinda,* entre otros, y se decretó el embargo y secuestro de los mismos y la **Resolución del 28 de febrero de 2007**, que la adicionó, donde se encuentra incluido ese bien.

Lo anterior permite concluir que contrario a lo expuesto por el apelante, la fiscalía logró demostrar más allá de toda duda razonable que **XXXXX**, con conocimiento y voluntad se decidió a invadir el referenciado inmueble a sabiendas que era un bien ajeno y lo hizo con la finalidad de obtener un provecho ilícito. En ese orden de ideas, lo procedente es confirmar en su totalidad, la sentencia apelada."

Rad.172 2012 00879 00 (24 01 2018) Acta 008. M.P. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS PENAS. Tentativa de homicidio agravado. Porte de tenencias de armas de fuego. Hurto calificado agravado. Preacuerdo.

Extracto:

"Los hechos así circunstanciados nos permiten señalar sin temor a equivocarnos que en este caso estamos frente a una unidad finalística de acción, con lo cual se vulneraron varias disposiciones legales.

No se puede pensar, como erradamente lo plantea el agente del ministerio público que se trató de tres acciones que por adecuarse a tres tipos penales diferentes, soló a uno de los tres delitos se le pueda aplicar la degradación de la forma de participación en el delito, pues es evidente que el procesado tenía un solo propósito, (hurtar una motocicleta) y fue con el fin de asegurar la ejecución de la conducta criminal, que se aperó de un arma de fuego, la cual se vio abocado a utilizar ante la resistencia que la víctima puso, dentro de un mismo contexto temporal, personal y espacial.

Si bien es cierto se trata de tres conductas que configuran tres delitos, atendiendo la situación fáctica que le fue enrostrada al procesado, resulta poco coherente plantear que el procesado es cómplice del delito contra la seguridad pública, pero coautor de los delitos de hurto calificado agravado y tentativa de homicidio agravado, cuando se tiene que utilizó el arma de fuego como medio para hurtar la motocicleta y que accionó la misma causándole heridas a la víctima, como el único fin de asegurar la comisión del delito de hurto.

En casos como el aquí planteado, sólo se puede participar en la conducta punible de una manera, o se es autor o se es cómplice, teniendo en cuenta precisamente el concepto de unidad finalistica de acciones, según el cual una misma persona en un hecho comete varios delitos susceptibles de encajar en varios preceptos penales, que bien guardan una completa autonomía o independencia tanto en el plano subjetivo como en el objetivo, no es dable atribuir diferentes formas de participación en el hecho delictivo a quien ejecuta el mismo, pues se reitera, o se es autor, o se es cómplice.

Así las cosas, la dosificación punitiva realizada por la señora Fiscal, quien conforme a los parámetros establecidos en el artículo 31 del Código Penal, de la que advierte esta Sala primero individualizo y dosificó cada uno de las penas de los delitos atribuidos al señor **XXXXX** aplicando la rebaja de pena por complicidad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 30 del C.P. el cual contempla que la misma es de la 1/6 a la 1/2 , debiendo aplicar la mayor a la pena mínima establecida en abstracto para cada delito y la menor al máximo, según los lineamientos del artículo 61.5, y luego de ello estableció cuál es del delito con pena más alta, para proceder a aumentar por los otros delitos hasta otro tanto, por el concurso con los demás delitos, estuvo bien realizado, por lo que no encuentra esta Sala justificación alguna para que el A-quo haya improbado el preacuerdo.

Y es que además, hay que indicar que llama la atención la postura del agente del Ministerio Público en el sentido de que no se pueden degradar en el marco del preacuerdo la forma de participación de los tres injustos imputados al señor **XXXXX** de autoría a complicidad, por representar ello una triple compensación, cuando en casos de preacuerdo desde antaño se viene aplicando dicha fórmula, incluso en eventos en los cuales sin existir unidad de acción se lesiona o la misma disposición legal o diferentes. Tal es el caso analizado en la sentencia SP14191-2016, radicación Nº 45.594 del 5 de octubre de 2016, MP JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCATA, en la cual se analizaba el caso de unos funcionarios de la policía nacional, quienes siguiendo las directrices de un mayor de dicha institución, interceptaron un vehículo en el que se movilizaban un hombre y tres mujeres, a quienes luego de detener, y trasladar a estación de policía de Itagüi donde los tuvieron esposados por un tiempo, por orden del mayor sacaron de la estación de policía, y luego en compañía de éste las entregaron a un sujeto quien estaba relacionado en el listado de los más

buscados del país, desconociéndose el paradero de los ciudadanos desde ese momento. Por esos hechos a los funcionarios de la policía nacional fueron formalmente acusados por el injusto de desaparición forzada agravada con concurso homogéneo, concierto para delinquir agravado y hurto calificado agravado, habiendo llegado a un preacuerdo los acusados con la Fiscalía, en el sentido de degradar la forma de participación en el delito de autores a cómplices, preacuerdo que fuera aceptado en primera instancia, revocado por el Tribunal Superior de Medellín, y casada la sentencia por la Corte Suprema de Justicia, quien le recordó al Tribunal de Medellín que no era dable que el Juez hiciera un control material de la acusación o de los acuerdos en procesos tramitados por la Ley 906 de 2004, y que solo le es permito realizarlo de manera excepcional, cuando objetivamente advierta afectaciones manifiestas y groseras de los derechos fundamentales, lo que no se presentaba en dicho asunto, y que evidencia pues que no existe antecedente alguno que impida que en casos como el que nos ocupa se pueda degradar la forma de participación en el delito.

La Fiscalía cuenta con discrecionalidad para tipificar la conducta *"de una forma específica con miras a disminuir la pena"* y determinar la calificación jurídica del comportamiento y la consiguiente solicitud de condena, que se configura según las correspondientes disposiciones del Código Penal, salvo que el comportamiento atribuido al acusado objetivamente careza de toda aptitud para encontrar adecuación típica o estuviera en imposibilidad de vulnerar efectivamente bienes jurídicos.

Como en este caso el A-quo sobrepasó los límites del control para el cual está facultado legalmente, sobreponiendo su lectura normativa sobre el punto, sin poner de manifiesto una *incuestionable* eventualidad de vulneración de garantías fundamentales de los intervinientes en el proceso penal, pues carece de una argumentación elocuente el proveído que se revisa, es evidente que quebrantó el debido proceso en su estructura, e, indirectamente, afectó la garantía fundamental de las partes e intervinientes a que el proceso se adelante con imparcialidad y observancia de las formas propias del proceso penal *abreviado.*

Ahora bien, de cara al argumento esgrimido por el A-quo en el proveído que se revisa, según el cual, el aumento punitivo realizado por la señora Fiscal, de dos meses por cada uno de los delitos con lo que concursa el injusto contra la seguridad pública, no era proporcional, hay que decir que si bien el mismo no es un motivo que justifique la improbación del preacuerdo, pues una consideración en dicho sentido como lo venimos indicando desborda las facultades legales que prevé la ley para el Juez en el marco de la atención de la representante del ente acusador, en el sentido de que si bien con las negociaciones tienen la finalidad de agilizar los procesos, no se trata de terminar los mismos a toda costa.

La Fiscalía debe ser objetiva al momento de realizar el aumento punitivo de ese otro tanto, siguiendo las reglas que para la dosificación establece la ley, la necesidad y los fines de la pena (la prevención general y especial), pues es evidente que dos meses de prisión por un delito contra la vida y contra al patrimonio económico en realidad son pocos, si en cuenta se tiene el daño causado a la víctima, la que en este caso estuvo a punto de fallecer, por lo que se esperaba que existiera una retribución justa, máxime cuando al procesado se le está otorgando un beneficio tan grande en el marco del preacuerdo presentado.

Por ello se insta a la Fiscalía para que en futuras oportunidades, en casos de concurso de conductas punibles, al momento de hacer el aumento punitivo de "no más de otro de tanto de la pena más grave ni más de la suma aritmética de las sanciones objeto de unificación", tenga en cuenta el daño causado con el objeto de que la sanción penal en realidad sea justa, y se cumplan los fines del derecho punitivo.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, lo que procede es revocar el auto interlocutorio Nº 119 del 8 de noviembre de 2017, proferido por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali,

mediante la cual improbó el preacuerdo celebrado entre el señor **XXXXX**, su abogado y la Fiscalía 39 seccional, y en consecuencia, se dispone la devolución del expediente al despacho de origen que dicte el fallo correspondiente, conforme a los términos establecidos en el preacuerdo celebrado por los antes citados."

Rad.193 2017 24370 00 (30 01 2018) Acta 016. M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz

---

RECEPTACIÓN. Coautor. Principio de trascendencia. De protección.

Extracto:

"El problema jurídico planteado por el apelante se concreta en determinar, si se configuró una irregularidad sustancial que afectó el debido proceso por no haberse aplazado la audiencia para el trámite al art. 447 del C.P.P., de tal manera que se le permitiera presentar elementos de conocimiento para la solicitud del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o el sustituto de la prisión domiciliaria.

En respuesta a ese planteamiento, debe indicar esta Sala de Decisión Penal que, en el caso concreto no puede prosperar la ineficacia procesal alegada por las siguientes razones:

a. No se cumplió con el ***principio de trascendencia, que*** reina las nulidades, toda vez que, no acreditó que la irregularidad sustancial predicada afectó las garantías constitucionales de su representado, simplemente se limitó a indicar que si la audiencia se hubiese aplazado, se le habría permitido elevar su petición para la concesión de subrogados y sustitutos penales con elementos materiales que para ese momento procesal no tenía en su poder.

b. Creyó incluso que era suficiente hacer esa manifestación para obtener de la Magistratura la invalidación de lo actuado, desconociendo la exigencia que se le impone de demostrar con cualquier medio probatorio, la afectación que produjo el acto que tacha de irregular. En otras palabras, acreditar fehacientemente que con los elementos materiales de prueba que dejó de aportar en el trámite del art. 447 del C. de P.P., le hubieran permitido a su representado, de manera objetiva, acceder al sustituto o subrogado referido.

c. Peor aún, olvidó que una nulidad no la puede invocar el sujeto procesal ***"que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio" (*****principio de protección).** Lo anterior porque el defensor debió tener conocimiento que al variar la audiencia de preparatoria a la de verificación del preacuerdo y el posible proferimiento de la sentencia condenatoria , debió estar preparado y presto para concurrir con los elementos de juicio que le permitieran sustentar sus peticiones conforme lo previsto en el art. 447 del C.de P.P., y finalmente,

d. Se trató de una solicitud de aplazamiento inconducente e intrascendente , en la medida que, ningún elemento material probatorio le podría servir idóneamente para la concesión del subrogado y sustituto penal porque por Ley, el art. 68 A del C.P., prohíbe su otorgamiento en tratándose del delito de Receptación y no podría acudirse a la normatividad anterior –por favorabilidad-, teniendo en cuenta que los hechos aquí investigados datan del 26 de marzo de 2017, en vigencia de la Ley 1709 de 2014.

En ese orden de ideas, y al no haberse desvirtuado por el apelante la presunción de acierto y legalidad de la decisión de primera instancia, lo procedente es confirmarla."

Rad.193 2917 11843 00 (06 12 2017) Acta 276. M.P. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

T U T E L A S

EDUCACION. Falta de nombramiento oportuno de los docentes, o la designación de un número menor de los requeridos, afecta la prestación continua y permanente del servicio. Caso en el que se aplica el efecto inter comunis.

"En el caso que es objeto de estudio por la Sala en sede constitucional, el señor Elías Rengifo Delgado, en calidad de agente oficioso de su nieta Natalia Rengifo Gil, señaló que desde el inicio del año 2017, los estudiantes de sexto y séptimo grado de la Institución Educativa Santo Tomás, sede Manuela Beltrán, no han recibido clases de inglés, circunstancia ocurrida por el retiro del docente del área, sin que se haya nombrado su reemplazo.

De las pruebas allegadas al expediente, se tiene que obra comunicación suscrita por el Coordinador de la Institución Educativa Santo Tomás, en la que informa al despacho, que 400 niños de los grados 6º, 7º y 8º no han recibido clases de inglés desde que inició el período escolar, en el mes de febrero de la presente anualidad, circunstancia que es de conocimiento de la Secretaría de Educación Municipal, sin que haya solución a dicho problema.

Así mismo, la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, al descorrer el traslado de la acción, señaló que se encuentra ejecutando acciones tendientes a la asignación de docente en el área de inglés en la Institución Educativa Santo Tomás, sede Manuela Beltrán, ello dentro de los lineamientos y procedimientos legales establecidos para la vinculación de los docentes.

Conforme lo expuesto, encuentra la Sala que la ausencia de un profesor de inglés para los grados 6º, 7º y 8º de la Institución Educativa Santo Tomás, sede Manuela Beltrán, de Cali, afecta el Derecho Fundamental a la Educación de los estudiantes matriculados en dichos cursos, pues no es suficiente que estos se encuentren vinculados al sistema educativo, si la institución educativa carece docentes que dicten las materias correspondientes al programa académico."

(…)

"Ciertamente, las sentencias de tutela tienen como característica principal la de tener efectos inter partes, es decir, solo vinculan a quienes han sido partes de la respectiva actuación. No obstante, en algunas situaciones resulta necesario otorgar a éste efecto inter comunis, por cuanto resulta imposible mantener situaciones que traducen un evidente y flagrante violación de derechos fundamentales respecto de personas no accionantes, pues ello comportaría una violación adicional a los derechos fundamentales de éstos y, por otra parte, como en este caso sucede, no es posible entender que la protección que se conceda quede reducida a garantizar exclusivamente a la menor el derecho a recibir la clase de inglés sin que ésta se extienda todos los que, como ella, se encuentran en una misma situación fáctica por encontrarse en el mismo nivel o grado de escolaridad. Dada la anterior particularidad, la Sala dará a la presente decisión efecto inter comunis, pues la misma se

concede no solo a favor de la menor NATALIA RENGIFO GIL, sino de todos los menores que se encuentran en sus mismas circunstancias, los cuales están matriculados en los grados 6º, 7º y 8º de la Institución Educativa Santo Tomás, sede Manuela Beltrán."

(…)

"Así, los efectos de la decisión se extenderán a todos los educandos que no acudieron a la acción de tutela, pero que sus derechos resultan vulnerados por los mismos hechos expuestos en la acción, razón por la que se aplicará el principio *inter comunis"."*

Rad. 000 2017 00454 00 (04 09 2017) M.P. Dr. Ariel Mora Ortiz.

PETICIÓN. Reliquidación pensional.

Extracto:

"Así las cosas, no es posible proteger derechos que no se han vulnerado si al interesado le correspondía actuar conforme a las reglas establecidas para garantizar su goce y prefirió acudir al mecanismo de la acción de tutela, para que de manera directa se ordenara a Colpensiones y concretamente al doctor Ucrós Velásquez Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, contestarle si tiene o no derecho a la reliquidación pensional, objeto para el cual no fue creada la acción de tutela, pues este mecanismo expedito no puede servir como puente entre los ciudadanos y las entidades del Estado para hacer efectivos sus derechos cuando estos no han sido conculcados ni están en peligro de serlo.

En ese contexto, no es posible que de las afirmaciones y los documentos aportados por el accionante se pueda arribar a conclusión diferente que la de negar el amparo deprecado por el señor xxxxxxxxxxxxxxx, fundamentalmente por no evidenciarse vulneración a derecho alguno de parte de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, como en la sentencia impugnada lo consideró la señora Jueza de primera instancia, por lo que se dispondrá su confirmación."

Rad.002 2017 00532 01 (17 01 2018) Acta 002.) M.P. Dra. Gloria Montoya Echeverri.

VIVIENDA DIGNA. PERSONA DISCAPACITADA. Agente Oficiosa. Dignidad Humana.

Extracto:

De la documental allegada a los autos se evidencia que la vivienda entregada al núcleo familiar del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, según lo que informó en el escrito de tutela, circunstancia que no fue controvertida por los accionados, es de dos plantas, y cuenta con un solo baño ubicado en el segundo piso, donde además se ubican dos habitaciones. Así mismo, se tiene que su pareja xxxxxxxxxxxxxxxxxx padece pérdida visual del 100% y destrucción del nervio óptico debido a una explosión de mina antipersonal desde el año

2007, motivos por los que considera esta Sala , la entrega de la vivienda requería la adecuación de ésta a sus particulares circunstancias, conforme a las normas que regulan la materia y la doctrina constitucional citada, pues de cualquier otra manera no puede entenderse satisfecho el acceso a la vivienda digna y por el contrario tal omisión conlleva necesariamente violación a sus derechos fundamentales a la igualdad y dignidad humana.

Por lo expuesto se ordenara al MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO, a la ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI – SECRETARIA DE VIVIENDA SOCIAL DE CALI y a la FIDUCIARIA BOGOTÁ, y a la CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A., que provean los recursos para adecuar la vivienda del núcleo familiar del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, de acuerdo con la discapacidad que presenta su pareja xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx en lo relacionado con el servicio del baño, escaleras y accesos a la vivienda.

De la documental allegada a los autos se evidencia que la vivienda entregada al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, según lo que informó en el escrito de tutela, circunstancia que no fue controvertida por los accionados, es de dos plantas, y cuenta con un solo baño ubicado en el segundo piso, donde además se ubican dos habitaciones. Así mismo, se tiene que actualmente debe utilizar la Sala del primer piso como habitación dada su imposibilidad de ingresar al único baño del piso superior pues padece de artrosis degenerativa , y además presenta tres hernias de disco que han ido reduciendo notoriamente su movilidad por lo que su condición conlleva el uso cotidiano de muletas y la asistencia permanente de sus familiares, motivos por los que considera la Sala, la entrega de la vivienda requería la adecuación de ésta a sus particulares circunstancias, conforme a las normas que regulan la materia y la doctrina constitucional citada, pues de cualquier otra manera no puede entenderse satisfecho el acceso a la vivienda digna y por el contrario tal omisión conlleva necesariamente violación a sus derechos fundamentales a la igualdad y dignidad humana.

Por lo expuesto se ordenara al MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO , a la ALCALDIA DE SANTIAGO DE CALI- SECRETARIA DE VIVIENDA SOCIAL DE CALI y a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA COMFAMILIAR ANDI –COMFANDI- y a la CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A., que provean los recursos para adecuar la vivienda del núcleo familiar del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, de acuerdo con la discapacidad que presenta en lo relacionado con el servicio del baño en el primer piso y acceso y pisos de la vivienda.

De la documental allegada a los autos se evidencia que la vivienda entregada al núcleo familiar de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, según lo que informó en el escrito de tutela, circunstancia que no fue controvertida por los accionados, es de dos plantas, y cuenta con un solo baño ubicado en el segundo piso, donde además se ubican dos habitaciones. Así mismo, se tiene que su hija menor de edad xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx padece Parálisis Cerebral Infantil y síndrome convulsivo, motivos por los que considera la Sala , la entrega de la vivienda requería la adecuación de ésta a sus particulares circunstancias , conforme a las normas que regulan la materia la doctrina constitucional citada, pues de cualquier otra manera no puede entenderse satisfecho el acceso a la vivienda digna y por el contrario tal omisión conlleva necesariamente violación a sus derechos fundamentales a la igualdad y dignidad humana.

Por lo expuesto se ordenara al MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO, a la ALCALDIA DE SANTIAGO DE CALI- SECRETARIA DE VIVIENDA SOCIAL DE CALI, a la CAJA DE CONPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA COMFAMILIAR ANDI – COMFANDI- y a la CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A., que provean los recursos para adecuar la vivienda del núcleo familiar de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, de acuerdo con la discapacidad que presenta su hija menor de edad.

Rad.000 20176 00513 00 (21 09 2017)) M.P. Dr. Ariel Mora Ortíz.