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 05

2017

2016

SALA DE GOBIERNO 2017 -2018

Presidente	**Dr. Julián Alberto Villegas Perea**
Vicepresidente	**Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz**

SALA CIVIL

Presidente	**Dr. Jorge E. Jaramillo Villarreal**
Vicepresidente	**Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes**

SALA DE FAMILIA

Presidente	**Dr. Juan Carlos Ángel Barajas**
Vicepresidente	**Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos**

SALA LABORAL

Presidente	**Dr. Ariel Mora Ortiz**
Vicepresidente	**Dra. Elsy Alcira Segura Díaz**

SALA PENAL

Presidente	**Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya**
Vicepresidente	**Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 5 DE 2017.

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.

Aura Julia Realpe Oliva Gloria del Socorro Victoria Giraldo
Nelson Ruiz Hernández.

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
Carlos Freddy Aracú Benítez 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 de Cali

C O N T E N I D O

S A L A C I V I L

EJECUTIVO HIPOTECARIO. Rechaza de plano nulidad. Restructuración como requisito para la exigibilidad de la obligación.
Rad. 006 2001 00683 03 (03 05 2017)
Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez 07

EJECUTIVO HIPOTECARIO. Ley 546 de 1999. Reestructuración de créditos. Excepción a la reestructuración de créditos. Reliquidación y archivo de procesos ejecutivos. Deber de reestructurar los créditos para adquisición de vivienda obtenidos antes del 01 de enero del año 2000. Embargo de remanentes.
Rad. 011 2002 00594 04 (25 04 2017)
Dr. Julián Alberto Villegas Perea 08

IMPUGNACIÓN DE ACTAS DE ASAMBLEA. Caducidad. Vacancia Judicial. Plazo perentorio de caducidad establecido en la norma no se interrumpe por la vacancia judicial.
Rad. 00015 2017 00057 01 (21 06 2017)
Dr. José David Corredor Espitia. 09

Condena en costas. Liquidación. Responsabilidad civil extracontractual
Rad. 003 2015 00159 02
Dr. Julián Alberto Villegas Perea 24

LIQUIDACIÓN DE COSTAS. Verbal de Pertenencia.
Rad. 015 2014 00668 01
Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez 10

NULIDAD invocada por el llamado en garantía. Responsabilidad civil médica**.**
Rad. 001 2015 00056 01 (18 05 2017)
Dr. Jorge Jaramillo Villarreal 11

PERTENENCIA. Prescripción extraordinaria de dominio. Actora no demostró haber ejercido la posesión en forma exclusiva.
Rad. 012 2014 00621 01 (07 06 2017) Acta 057
Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes 11

PRUEBA POR INFORME. Procedencia. Obligación de quien rinde el informe. Dictamen pericial. Responsabilidad civil extracontractual. Accidente de tránsito. Lesiones personales.
Rad.007 2010 00114 02 (31 05 2017)
Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez 12

RECURSO DE QUEJA. Recurso de Apelación. Solicitud de ampliación de la caución.
Rad. 002 2006 00316 02
Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez 13

RECURSO DE SUPLICA. Desistimiento Tácito. Sustentación del Recurso.
Rad. 003 2016 00080 01
Dr. Hernando Rodríguez Mesa 14

REIVINDICATORIO. Reconocimiento y pago de los frutos naturales y civiles
Rad. 001 2012 00254 01 (05 07 2017)
Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes 14

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Responsabilidad médica. Prueba pericial. Consentimiento del paciente.
Radicación: 010 2014 00686 01 (04 05 2017).
Dr. Jorge Jaramillo Villarreal. 17

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL Contrato de servicios profesionales. Intervención quirúrgica. Legitimación en la causa por pasiva.
Rad. 005 2013 00011 02 (15 03 2017)
Dr. Julián Alberto Villegas Perea 20

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. Accidente de tránsito. Culpa exclusiva de la víctima. Amparo de Pobreza.
Rad. 008 00260 01 (07 03 2017) acta 942
Dr. Julián Alberto Villegas Perea 21

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Intervención quirúrgica. Valoración probatoria.
Rad. 013 2012 00307 01 (04 05 2017) Acta 950.
Dr. Julián Alberto Villegas Perea 25

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Perjuicios Materiales. Lucro Cesante. Perjuicios Morales. Daño a la salud. Daño por la mala práctica de enfermería
Rad. 012 2014 00117 01 (16 06 2017)
Dr. Jorge Jaramillo Villarreal. 28

SALA DE FAMILIA

CONFLICTO DE COMPETENCIA. Demanda de jurisdicción voluntaria.
Rad 007 2014 00371 03 (02 06 2017)
Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos 30

INCIDENTE DE RECONOCIMIENTO DE HEREDERO DE MEJOR DERECHO.
Rad. 007 2014 00371 023 (02 06 2017)
Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos 31

SALA LABORAL

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Bonificación. Reliquidación de las prestaciones sociales.
Rad. 002 2013 00547 01
Dra. Elcy Jimena Valencia Castrillón 32

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Hijo fallecido. Dependencia Económica.
Rad. 015 2015 00187 01 (05 04 2017) acta 156.
Dr. Germán Varela Collazos 33

PENSIÓN DE VEJEZ. Contrato de trabajo a término indefinido. Contratistas independientes conjunto residencial.
Rad. 013 2013 00419 01 (24 05 2017) Acta 219.
Dr. Germán Varela Collazos 35

S A L A P E N A L

Solicitud de nulidad. Prueba testimonial. Estafa agravada y Fraude procesal.
Rad. 012 2017 00013 01 (20 06 2017) Acta 182.
Dr. Orlando Echeverry Salazar 38

T U T E L A S

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Procedibilidad de la acción de tutela para la reclamación por pérdida del cargo de funcionario público como consecuencia de traslado efectivo. Provisión de cargos vacantes de carrera judicial. La estabilidad laboral general

Rad. 013 2017 00015 01 (03 05 2017). Acta 02. Conjuez Ponente: Dr. Juan Felipe González Ríos. Conjueces: Dr. Alvaro Díaz Garnica y Yecid Echeverry Enciso. 38

S A L A C I V I L

EJECUTIVO HIPOTECARIO. Rechaza de plano nulidad. Restructuración como requisito para la exigibilidad de la obligación.

Extracto:

"En el asunto que ahora ocupa a esta Sala Unitaria, el alzadista propuso "incidente de nulidad constitucional", con la finalidad que se decrete la nulidad de la providencia emitida el 16 de julio de 2015, mediante la cual se decretó la terminación del proceso por falta de restructuración como requisito de exigibilidad de la obligación, lo anterior –según se desprende del farragoso escrito de nulidad presentado- debido a "una prueba indebidamente obtenida" (artículo 29 constitucional), refiriéndose a las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela y que fundamentaron los razonamientos de la decisión reprochada; así como por el desconocimiento del precedente jurisprudencial sentado por la sentencia SU 787 de 2012, que es de "mayor importancia".

Conforme a lo anterior, y siendo tales los motivos de la nulidad que el apoderado por activa solicita sea declarada, la decisión de rechazo de plano de tal petición se imponía, porque evidentemente lo alegado no se enmarca dentro de las hipótesis que estableció el legislador procesal como causantes de invalidación del rito, previstas por el legislador en el artículo 133 del C.G. del P., y sin que tampoco pueda decirse que se trata de la consagrada como de rango constitucional; y por tanto, daba lugar a la aplicación del inciso 4º del artículo 135 del actual estatuto procesal civil, conforme ocurrió en este asunto, pues lo planteado no se encontraba regido por la taxatividad que establece aquella norma, resultando improcedente dar trámite a la nulidad propuesta.

Lo anterior se ratifica, al verificar que dentro del escrito de nulidad no se invoca causal alguna, al menos de manera genérica, lo que devela de entrada, la precariedad de lo alegado por el solicitante, y así mismo, se desprende, al revisar su contenido, pues se confirma que lo planteado no se ajusta a ninguna de las aludidas causales que el legislador ha previsto.

Así mismo, tratándose de la causal que excepcionalmente ha señalado el constituyente, y que es a la cual alude específicamente el alzadista, debe precisarse que resulta evidente que la misma se muestra ausente en esta oportunidad , pues no es viable acoger las alegaciones del recurrente encaminadas a determinar que las sentencias de tutela de la Corte Suprema de Justicia mencionadas por la juez de primer grado, constituyen pruebas obtenidas con violación al debido proceso, pues la mención y transcripción parcial de las mismas en la providencia reprochada, no obedece al examen de medios probatorios con los cuales se pretenda acreditar los hechos expuestos por las partes, como erradamente lo pretende hacer valer, sino que en efecto se trata del fundamento jurisprudencial en el cual apoyó su decisión.

Finalmente cumple señalar, que el propósito de la nulidad planteada, reviste en últimas, la misma finalidad del recurso de apelación que por el no aporte oportuno de las expensas fue declarado desierto, lo cual implicaría examinar nuevamente situaciones que fueron previamente debatidas en primera instancia, y respecto de

las cuales existe decisión en firme y ejecutoriada; ello impide, que por vía de nulidad, se retome esa discusión o se reviva etapas procesales que fueron debidamente agotadas, lo que consolida la confirmación de la providencia cuestionada.

Suficientes las anteriores consideraciones, para determinar la confirmación de la providencia mediante la cual el juzgado de instancia, resolvió rechazar de plano la nulidad formulada por la parte demandante."

Rad.006 2001 00683 03 (03 05 2017) Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

.....

EJECUTIVO HIPOTECARIO. Ley 546 de 1999. Reestructuración de créditos. Excepción a la reestructuración de créditos. Reliquidación y archivo de procesos ejecutivos. Deber de reestructurar los créditos para adquisición de vivienda obtenidos antes del 01 de enero del año 2000. Embargo de remanentes.

"Sintonizando la evolución y alcance de la jurisprudencia constitucional sobre la material (T-881/2013), es diáfano precisar que actualmente los créditos hipotecarios otorgados bajo el sistema UPAC o en Pesos con Capitalización de Intereses deben ser reestructurados, incluso, haber sido previamente reconvertidos (UVR) y reliquidados, sin tenerse en cuenta más limitaciones que la de ser un préstamo para adquisición de vivienda obtenido antes del 01 de enero del 2000. Cabe destacar que no siempre sucedió así, pues el precedente jurisprudencial que hoy en día se ha erigido, ha sido el producto de una construcción hermenéutica de distintas perspectivas de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, a partir de la consagración de la ley 546 de 1999.

En un primer momento (SU-813/07), se estableció el carácter imperativo de terminar los procesos ejecutivos hipotecarios en curso e iniciados antes del 31 de diciembre de 1999, esto significaba que, debía suspenderse el proceso a fin de presentarse la reliquidación del crédito (acreedor), para de este modo, una vez se verificase dicha tasación, se efectuase el abono por parte del Estado y definitivamente, se archivase el asunto sin trámite adicional alguno. Esto había quedado impregnado en la ley marco de vivienda luego de la modulación constitucional diseñada en la sentencia C-955/2000. No obstante, con relación a los saldos a favor del acreedor persistió una zona de penumbra, pues no se emitió oportunamente una dilucidación fina ni pacífica al respecto, lo que generó gradualmente en la administración de justicia una distorsión encauzada a impulsar los ejecutivos, prorrogándose así el caos económico y social que se quería superar con la expedición de dicha norma.

Posteriormente por medio de la sentencia T-881/13, se entendió que la Reestructuración era de naturaleza obligatoria y se extendía para los créditos *ut supra*, sin importar la fecha de la compulsión ejecutiva.

Es de esta manera que se ha logrado una interpretación más acorde a los fines del sistema de vivienda –como lo defendió desde sus inicios esta Magistratura-, después de haber encontrado tantos tropiezos y confusiones en detrimento de los deudores.

Con lo expresado, *prima facie*, parecería que todos los créditos otorgados dentro de la fecha ya señalada (1999 hacia atrás), debieran darse por terminados; empero, los recientes pronunciamientos de la Corte Suprema que acompasan con el precedente constitucional (SU-787/2012, STC1530/16, STC4953/16, STC 6833/16, entre otras) ponen

de relieve que existen cotos respecto a la obligatoriedad de la reestructuración, como lo representan **otros embargos sobre la vivienda hipotecada.**

El embargo de remanentes bloquea la culminación de los procesos invocados, por la sencilla razón que genera jurídicamente la caducidad del pago, o valga decir, la exigibilidad anticipada de otras obligaciones garantizadas con el bien o los bienes inmuebles, esto es, impele a los acreedores con garantía real la acumulación de su demanda ejecutiva o su presentación por separado. Para nada resultaría fructuoso entonces, acabar un proceso de tal magnitud, si en seguida se aperturara la repetición del ejecutivo, a raíz de las consecuencias señaladas.

4.1.3.2. En línea de lo expuesto, si bien la parte apelante conoce la excepción a la regla de decisión, es contradictoria su insistencia a través de una solicitud anticipadamente improcedente, comoquiera que en estas circunstancias la terminación del proceso no puede ser afirmada, pues sobre la vivienda materia de ejecución hipotecaria aún se mantiene un embargo de remanentes a favor de una ejecución por costas seguida en el Juzgado Primero de Ejecución del Circuito de Cali (Oficio del 20 de noviembre de 2014-folio 535 C.1).

En consecuencia, el recurso se desaprobará."
Radicación 011 2002 00594 04 (25 04 2017) M.P. Dr. Julián Alberto Villegas Perea.

.....

IMPUGNACIÓN DE ACTAS DE ASAMBLEA. Caducidad. Vacancia Judicial.

Extracto:

"Para resolver se considera, que una vez revisadas las normas que tratan el asunto, le asiste razón al A Quo en rechazar de plano la demanda verbal propuesta, atendiendo que bajo los parámetros del Art. 118 del C.G.P., cuando el término es establecido en meses su vencimiento dará lugar al mismo día en que empezó a correr el correspondiente mes , y si el día de vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el día hábil siguiente, así , al observarse el termino de caducidad contenido en el Art. 382 ibídem, para adelantar la acción que se pretende , éste indica que sólo podrá proponerse "dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del acto respectivo", por lo cual, siendo el acto impugnado es del 28 de noviembre de 2016, la interposición de la acción vencía el 30 de enero de 2017, estando en forma extemporánea la formulación de esta demanda, dando paso a la aplicación del Art.90 ibídem.

Ahora, el plazo perentorio de caducidad establecido en la norma ya tratada no se interrumpe por la mentada vacancia judicial, pues conforme a las voces del Art. 94 del C.G.P., dicha caducidad se interrumpe con la presentación de la demanda en la forma que tal norma prevé, igualmente, no se puede realizar el computo desde el momento de la comunicación o publicación de la respectiva acta de la asamblea, conforme se encontraba contenido en el inciso segundo del Art. 49 de la Ley 675 de 2001, atendiendo que tal inciso fue derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012."

Rad. 00057 01 (21 06 2017) Dr. José David Corredor Espitia.

.....

Liquidación de Costas. Pertenencia.

Extracto:

"Así las cosas, aflora diáfano que para este asunto, la tarifa que delimita el rango que tiene el fallador, fue fijada en la suma equivalente a 20 SMMLV, monto que comprende el límite para la tasación de las agencias pero cuya aplicación, para atender criterios de razonabilidad y equidad, debe moderarse con un análisis de la gestión ejercida por la parte beneficiaria de la condena y toda circunstancia especial adicional.

En ese orden, se establece que la suma fijada por concepto de agencias en derecho a cada uno de los procesos ($15.000.000 c/u), desborda los límites previstos en el mencionado Acuerdo, pues supera el valor máximo previsto para estos asuntos.

Así, atendiendo a que en últimas, el auto objeto de esta revisión fue recurrido por ambas partes, por lo que no aplica la prohibición contenida en el inciso 4º del artículo 328 del C.G del P. que al tenor señala que "[…]; [e]l juez no podrá hacer más desfavorable la situación del **apelante único** […]"; procede esta Sala Unitaria , sin desconocer la diligencia ejercida dentro del proceso por parte de la abogada actora, a determinar una suma que resulte como razonable y equitativa frente a las circunstancias que rodean el caso.

Por ende , en virtud de la duración del proceso, la ausencia de desgaste injustificado en la etapa probatoria , y además , que no se desconoce que en efecto, por previsión legal el adelantamiento de los dos asuntos por `economía procesal´ se surtió en un solo trámite, y que tratándose de la demanda de reconvención, la actuación de la parte beneficiaria de las costas, se circunscribe básicamente a la parte beneficiaria de las costas, se circunscribe básicamente a la contestación de dicha demanda, y que tal como lo reconoce el demandante, su contraparte actúo con "poca o ninguna defensa", lo que le evitó un mayor desgaste procesal; se modificará la decisión de instancia, para aprobar la condena en costas incluyendo un monto de $6.894.550,oo, por concepto de agencias en derecho dentro de la demanda principal de pertenencia, y $3.447.275,oo, al interior de la demanda de reconvención, suma que comprende una razonable compensación a la gestión procesal desarrollada por la parte favorecida con la condena, y a la vez emerge como equitativa frente a las situaciones particulares antes advertidas."

Rad.015 2014 00668 01 (28 02 2017) Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

NULIDAD invocada por el llamado en garantía. Responsabilidad civil médica.

Extracto:

El saneamiento de una nulidad procesal conserva la actuación e impide que dicho instrumento de corrección sea usado a conveniencia de las partes sin consideración del principio de lealtad procesal que debe existir en todas las actuaciones, de ahí que quien se apersone de un proceso lo primero que debe hacer es alegar la nulidad que observe porque si actúa sin proponerla se considera saneada.

En el presente asunto sin esfuerzo se aprecia que la decisión del Juez sobre la nulidad se ajusta a la ley en la medida que el llamado en garantía antes de plantearla había actuado en el proceso en varias ocasiones, realizando solicitudes tendientes a la revocatoria del auto admisorio del llamamiento en garantía, también cuando descorre el traslado de éste y de la demanda aunque es cierto que venía reclamando sobre su vinculación legal una vez transcurridos los 90 días después de notificado el auto que admitió el llamamiento en garantía, solamente después de dicha actividad tomó la determinación de plantear la nulidad.

Más aún la causal de nulidad invocada por el llamado en garantía no encuadra en la causal de nulidad que plantea, siendo que ella se refiere a "cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida (artículo 140 numeral 5)", situación que en ese evento ni interpretativamente se avista, aquí lo que discute es que se lo ha vinculado aún de haber sido notificado legalmente después de los 90 días de suspensión que habla la norma, suspensión decretada para que se lo notifique dentro de ese término, aunque habiendo allegado poder para actuar judicialmente antes del vencimiento del mismo, contestando en termino la demanda principal y el llamamiento , lo que equivale a decir que su llamamiento ha sido extemporáneo."

Rad. 001 2015 00056 01(1827) (18-05-2017) M.P. Dr. Jorge Jaramillo Villareal.

PERTENENCIA. Prescripción extraordinaria de dominio. Actora no demostró haber ejercido la posesión en forma exclusiva.

Extracto:

"El panorama que se revela, es que xxxxxxxxxxxx si bien ejerció efectivamente la posesión no lo hizo con prescindencia del otro condueño, como quiera que éste durante un tiempo (entre 1994 y 2012) vivió en el inmueble. La actora jamás demostró haber ejercido la posesión en forma exclusiva, por el contrario, el señor xxxxxxx al vivir en el inmueble también estaría ejerciendo posesión como copropietario que lo era.

Sólo a partir del año 2012, año en que el señor xxxxxxxxxxxx fallece, se podría pensar que la señora xxxxxxxxxxxxxxx empieza a ejercer posesión en forma solitaria, valga decir, desconociendo al otro condueño, sin embargo el tiempo que se prolongaría sólo hasta el día de presentación de la demanda, que lo fue en Octubre de 2014, valga decir por el espacio de dos años, se torna insuficiente para ganar por prescripción el bien inmueble.

Sobre éste punto, la parte actora no está de acuerdo (siguiente reparo) con la "división" que se hace del término de prescripción ordinaria hasta la presentación de la demanda, si en cuenta se tiene que la actora sigue en posesión del inmueble. La parte actora

considera que debe tenerse en cuenta también el tiempo que ha seguido en posesión del inmueble hasta después de la presentación de la demanda.

Obvio es que, tal como lo anotó la juez de primera instancia, el tiempo que debe contabilizarse no se extiende hasta después de presentada la demanda, como quiera que los requisitos, y entre ellos el temporal, debe tenerse como cumplido para cuando la demanda es presentada, de allí que no se comparta la posición que a última hora se pretende esbozar por el apoderado de la parte actora.

Y para finalizar, debe decir la Sala que si bien en su sustentación la parte actora hizo mención a la prescripción ordinaria , lo cierto es que desde la demanda, y tal como lo enfatizó al momento de formular los reparos concretos en primera instancia , la que se invocó fue la extraordinaria, motivo por el cual ningún análisis cabe hacer sobre el particular siendo que, además, como ya se dijo, es la prescripción extraordinaria la que corresponde alegar al comunero que, como la demandante, pida para sí la declaración de pertenencia."

Rad.012 2014 00621 01 (07 06 2017) acta 057.Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes.

::::::

inmejorables condiciones para rendir la información solicitada por la actora, a fin de determinar la viabilidad y costo del procedimiento que dice requerir.

Así las cosas, de conformidad con lo previsto en el artículo 275 del C.G.P., la Sala dispondrá la práctica de prueba por informe en la forma y términos que adelante se indicarán.

En lo que tiene que ver con las restantes pruebas, aparece que en decisión del 12 de mayo de 2016, el juzgado de primera instancia ordenó oficiar a la secretaría de tránsito de Tunja (Boyacá), para que se remitiera a costa de la interesada, el certificado de tradición del vehículo de placas UQT 364. Al efecto, aparece librado el oficio correspondiente dirigido a dicha secretaría. De igual modo, se dispuso oficiar a la Fiscalía Tercera Seccional de Buga a fin de obtener copia de la actuación penal adelantada con ocasión del accidente de tránsito origen del proceso.

Como para la fecha de realización de la audiencia de fallo, no se allegó el pertinente certificado de tradición del automotor, ni las copias del proceso penal aludido, el a quo tuvo por desistidas estas probanzas.

Ahora bien, en autos aparece que el 29 de septiembre de 2016, esto es , tres días después de la audiencia de fallo, fueron radicados los documentos echados de menos, esto es, se allegó certificado de tradición del vehículo de placas UQT 364, en donde aparece inscrita sin limitaciones como su propietaria actual, la señora xxxxxxxxxxxxxxx.

A su turno, el Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga, aportó copias de la actuación penal seguida contra el condenado xxxxxxxxxxxx por el delito de homicidio culposo en accidente de tránsito.

Pese a la extemporaneidad en que tales probanzas se allegaron al plenario, es de verse que , esta Sala en ejercicio de sus facultades previstas en el numeral 4 del artículo 327 del CGP, y en atención a lo normado en los artículos 230 de la Constitución Política y 16 de la ley 446 de 1998, para la realización efectiva del derecho sustancial, en su función de garante de los derechos de los usuarios de la administración de justicia, en auto del 6 de diciembre de 2016 dispuso su incorporación al plenario y se las puso en conocimiento del extremo pasivo quien guardó silencio."

Rad. 007 2010 00114 02 (31 05 2017) Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

RECURSO DE QUEJA. Recurso de Apelación. Solicitud de ampliación de la caución.

Extracto:

"Ahora bien, surge de las copias allegadas que el recurso de apelación denegado en primera instancia, fue propuesto por el apoderado de la parte demandante en contra del auto de 29 de junio de 2016 (Fl. 142-145), mediante el cual se revocó el proveído de 2 de junio de 2016 (Fl. 142-145), mediante el cual se revocó el proveído de 2 de junio de 2016 y en su lugar se estableció que no había lugar a la ampliación de la caución prestada por los demandados, siendo entonces claro que el recurso versa sobre la decisión por la cual se resolvió en forma desfavorable la petición y en consecuencia se denegó la fijación de la caución ampliada.

Dicha determinación, conforme lo señaló el juez de instancia, en realidad, carece del privilegio de alzada, puesto que ni de la mentada norma (artículo 321), ni de alguna otra (particularmente el artículo 602 ibídem, regulatorio de la materia), puede advertirse la existencia de disposición adjetiva que consagre la procedencia del recurso de apelación frente al auto por el cual se niega una solicitud –incoada por la parte actora- de ampliación de caución.

Ahora bien, contrario a lo que señala el recurrente en queja, no es posible advertir que la procedencia de la apelación de la providencia en comento, tenga asidero en el numeral 8º del artículo 321 ibídem, pues en el mismo, sólo se hace referencia al auto que "resuelva sobre una medida cautelar, o fije el monto de la caución para decretarla, impedirla o levantarla".

De allí se deduce que el beneficio de alzada se encuentra circunscrito a las providencias en las que se encuentra procedente la fijación de la caución –aunque se trate de una ampliación a la misma- quedando así excluidas del mismo aquellas en las que se resuelve una petición relacionada con un caución pero en forma desfavorable al peticionario, como aquí ocurrió.

Adicionalmente, resulta evidente que no es posible asumir que el auto atacado resuelve sobre la procedencia de una medida cautelar, pues como viene de verse, el debate no surgió en torno a cautela alguna, sino que se presentó frente a la caución fijada para impedir su decreto, aspectos procesales que aunque íntimamente relacionados, no son idénticos, tal como se avizora del texto literal de la propia norma cuya aplicación reclama el recurrente, donde claramente se individualizan la providencia que resuelve sobre una medida cautelar y la que determina procedente la caución , diferenciando el legislador una de otra, para advertir que ambas son apelables.

En ese orden de ideas, como no existe disposición normativa adjetiva que consagre la procedencia del recurso de apelación para el caso que nos ocupa, se observa infundada la actual reclamación."

Rad.002 2006 00316 02 (11 05 2017) Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

::::::

En este punto entonces, obligatorio es remontarse a la situación que tenía el demandando frente al bien inmueble antes de la sentencia de primera instancia, punto sobre el cual considera la Sala que fue errada la apreciación del operador judicial de primera instancia, cuando determinó que el demandado ha sido poseedor de buena fe durante todo el tiempo de ocupación, pues si bien es cierto ostentó dicha calidad a su ingreso al inmueble, recuérdese que en la demanda se confesó de manera espontánea por la parte actora, que ella le permitió vivir en el inmueble , lo que indica que el actor no ingresó de manera violenta o clandestina, sino que lo hizo a ciencia y paciencia de la demandante, dicha presunción desapareció al momento en que aquél fue notificado de la existencia del proceso y por ende del auto admisorio de la demanda, se entiende que la buena fe no es compatible con el hecho de que se sepa que hay una persona que reclama el dominio de la cosa, de allí que al demandado a partir de dicha fecha, se lo debe tener como un poseedor de mala fe, pues su permanencia en el bien la hizo sabiendo de la obligación que tenía de restituir el bien, decidiendo de manera voluntaria permanecer en él, en detrimento del patrimonio de la actora.

Entendido entonces que el demandando a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda debe considerárselo como poseedor de mala fe, aquel está obligado a restituir junto con el inmueble, los frutos reclamados, así lo enseña el artículo 964 del Código Civil, estableciendo que la restitución no es sólo de los frutos percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo el bien en su poder.

El legislador entonces, reconoce la buena fe , estatuyendo que el poseedor con dicha calidad no está obligado a reconocer o restituir junto con la cosa, los frutos que el dueño del bien hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad hasta cuando se hubiere trabado la relación jurídico-procesal, pues a partir de esa fecha, desaparece la presunción de buena fe que ostentaba quien se señaló como el extremo pasivo de la relación jurídica y esa obligación de retribuir los frutos, es atribuible a que el dueño de la cosa es dueño también de lo que produzca.

Entendido lo anterior, pasa la Sala a resolver el segundo problema jurídico, que se refiere a si existe en la normatividad, la posibilidad de cuantificar los frutos civiles del inmueble, que en el caso serían los arrendamientos del inmueble materia de reivindicación, cuando no se ha logrado aquello con la prueba recaudada.

Sabido es, que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y que siempre, incumbe a las partes demostrar o probar el supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos que ellas persiguen.

Justamente en aplicación de las anteriores normas y aunado al criterio propio de que el demandado durante todo el tiempo ha sido poseedor de buena fe, el juez de instancia denegó el reconocimiento de los frutos; el A – Quo consideró que en el plenario no existe prueba del monto de los arrendamientos que hubiere podido originar el bien, pues a pesar que se solicitó en la demanda, el auxiliar de la justicia no los incluyó en su informe y las partes, ninguna manifestación hicieron para que este fuera complementado en tal sentido.

No obstante lo anterior, considera el despacho que los frutos, no sólo porque aquellos fueron pedidos en la demanda, sino con el fin de evitar un enriquecimiento indebido, debe disponerse de esa orden accesoria; dicho de otra manera, al demandante reconocido como propietario y favorecido con la restitución del bien no se le puede obligar a iniciar un nuevo proceso declarativo, encaminado a lograr el reconocimiento y pago de esos frutos, atentado de esa forma con los principios de celeridad y economía que deben reinar en el devenir procesal, máxime cuando omitirlo, puede afectar la congruencia del fallo, pues para su reconocimiento no se requiere ni de solicitud formal en tal sentido.

Le asiste razón al A quo cuando dice que en el proceso no obra prueba de la cuantificación de esos frutos, pero no la tiene, cuando por esa causa opta por la más elemental razón para denegar el reconocimiento y pago de los mismos al demandante, pues tal y como acertadamente lo indica el apelante, existen formas de tasarlos; bien pudo el operador judicial recurrir a las facultades oficiosas en materia de pruebas,

disponiendo la complementación del informe pericial , no obstante, se considera pertinente y atinado dar aplicación al artículo 18 de la Ley 820 de 2003 en orden a calcular dichos frutos, partiendo del avalúo que aparece acreditado en el proceso. "

(…)

"La calidad con que se lo trata al demandado xxxxxxxxxxxx en el fallo de primera instancia como poseedor de buena fe, sin poderse tocar ese aspecto en ésta instancia por elementales principios esbozados, sólo puede prolongarse hasta la fecha en que le fue notificado el auto admisorio de la demanda, pues a partir de allí tal calidad desaparece para trastrocarse a poseedor de mala fe.

El demandado está obligado a restituir junto con el inmueble, los frutos civiles que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad y lo debe hacer desde el 21 de enero de 2013 data en la que recibió notificación y traslado de la demanda, a través del aviso a que se contrae el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil.

Si bien no consta en el plenario un dictamen acerca del valor de los frutos civiles que hubiere podido producir el inmueble, de acuerdo a la certificación catastral que consagra su avalúo y en aplicación a lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 820 de 2003 que prescribe que el valor del arrendamiento no debe superar el 1% del mismo, es posible determinar el eventual canon, el cual es factible actualizar año a año, con base en el IPC.

Así las cosas, considera la Sala, que no se le asistió razón al Aquo en sus razonamientos cuando negó el reconocimiento de los frutos civiles del inmueble y por lo tanto, el punto tercero del fallo apelado habrá de revocarse, ordenando en su lugar el reconocimiento de los frutos pedidos en la demanda, desde el 21 de enero de 2013 en adelante y hasta que se haga la restitución del inmueble."

SALVAMENTO DE VOTO

"Con el debido respeto a los colegas integrantes de la Sala de Decisión, estimo necesario apartarme de lo consignado por la Sala mayoritaria, al no compartir los argumentos ahí expuestos referentes.

A mu juicio debió resolverse la providencia confirmando, al menos, el numeral tercero, dado que no se dan los presupuestos para la condena impuesta. En efecto si se mira con cuidado la prueba recaudada se concluye, sin lugar a dudas, que las partes pactaron la forma de retribución por el uso del bien, que no era otro que pagar servicios públicos y realizar el mantenimiento, sin que se hubiese demostrado que se hubiera dejado de pagar alguno o que el demandante hubiera asumido su pago o no hiciera el mantenimiento.

Estimo, sin embargo, que el fallo debió revocarse en integridad dado que, a mi juicio, existe una flagrante violación al derecho fundamental al debido proceso. Se advierte tal conculcación al ser absolutamente evidente que el señor Juez A Quo, profirió el fallo, dejando una gran lesión que lo debilita sustancialmente. Nótese que es completamente incongruente lo pedido y alegado como supuesto fáctico, con la pretensión y con la prueba allegada; se pretende la restitución, pero se agrega que al demandado se le permitió vivir en el inmueble y éste a pagar servicios públicos y enlucimiento y reconoce que se hicieron mejoras por la parte misma aunque a través del demandado y a pesar de requerimientos se ha negado a la restitución. El demandado no descorre el traslado de la notificación del auto admisorio, pero comparece a la audiencia de conciliación en la que se propone por la actora darle otro inmueble y el mantenerse allí mismo, aunque no se le siga ayudando.

Meridianamente se advierte que ni el actor tiene como poseedor al demandado ni éste alega posesión sobre ese bien, requisito necesario para invocar la acción reivindicatoria.

Quiere decir lo anterior, que era otro el medio para la reclamación, por tanto, otra la pretensión y otro el resultado, siendo totalmente diferentes las normas que regulan una y otra, y así se despoja al demandado del derecho al uso del bien, al amparo de unas

normas totalmente inaplicables, por lo que el juez de segunda instancia, con una mirada al orden constitucional debió negar lo pretendido en su totalidad."

Rad. 76001 31 03 001 2012 00254 01 (8259) Acta No. 066 (05-07-2017) M.P. Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes. Salvamento de Voto: Dr. José David Corredor Espitia.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Responsabilidad médica. Prueba pericial. Consentimiento del paciente.

"**4.5.-** Observadas las pruebas reseñadas, la ley y la base teórica antecedente, la demanda y la contestación, no hay duda de la relación contractual existente entre XXXX (q.e.p.d.) y XXXX En calidad de beneficiario, tampoco sobre el parentesco de los demandantes con el causante y su legitimación para demandar, mucho menos de los padecimientos del paciente y de su posterior fallecimiento, de ahí que, el tema a examinar conforme a las apelaciones de ambas partes, es si hubo o no negligencia o imprudencia en la atención dada a XXXX en la Clínica Rey David donde se prestan los servicios de XXXX, en la atención de los cálculos biliares que XXXX padecía, su operación, destrucción de las vías biliares y complicaciones que terminaron con muerte del paciente.

No hay duda que una vez realizada la "Colelap" **(4.4.5.)** a XXXX con el objeto de extraer la vesícula y los cálculos, que a pesar que en un principio fue dado de alta, nuevamente fue internado por las complicaciones de la primera intervención, debiéndole practicar tres intervenciones quirúrgicas más de laparoscopia exploratoria para detectar que en la primera intervención hubo rompimiento de las vías biliares y que detectado ello debían reconstruirse, pero que tal reconstrucción, no pudo tener lugar por las condiciones físicas desfavorables del paciente para la intervención, tales como "proceso inflamatorio severo, crónico con muchas adherencias" **(4.4.8.5.);** y que estando a la espera de mejoría para la intervención, en cuidados intensivos, el paciente falleció.

4.5.1.- En la alzada, la parte demandante centra su reclamo en que está probada la negligencia e imprudencia médica afirmando que el paciente no fue atendido de manera debida sus complicaciones; frente a ello, la Sala observa que para deducir la responsabilidad de una intervención médica de cálculos biliares en el que se requieren conocimientos altamente especializados, cobra absoluta relevancia la prueba pericial; sin embargo, en el caso concreto es preciso anotar, que ambas partes solicitaron la prueba y esta fue decretada pero no recaudada ni insistida su recepción hasta cuando se declaró precluido el término probatorio sin protesta de las partes.

La importancia de la prueba pericial cuando del estudio de responsabilidad médica se trata, no es cualquiera, pues dicha prueba es la que aporta los elementos técnicos – científicos de una persona versada en la materia para dilucidar la controversia; en este tipo de responsabilidad se trata de un medio de prueba por excelencia para establecer si con algún puntual tratamiento o intervención quirúrgica se actuó o no apegado a la lex artis; sin la opinión de un experto difícilmente se puede concluir si un médico especialista actuó o no de manera responsable, la misma exigencia de formación profesional resulta casi irremplazable porque un neófito en la materia, difícilmente podría identificar si un médico actuó o no con imprudencia, impericia o negligencia, o, podría deducir errores donde la intervención profesionalmente puede ser la apropiada, ciertamente, nadie puede volverse experto consultando información sin contar con los conocimientos generales que tiene un perito en la rama específica, de ahí que el juez no pueda sin más apoyo que en el conocimiento legal, deducir responsabilidades en ciencias que requieren formación de larga duración y esmerada dedicación.

En esa dirección, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, ha señalado que en los casos de responsabilidad médica la prueba pericial resulta fundamental: "El

dictamen técnico de expertos médicos es indudablemente el medio probatorio que ofrece mayor poder de convicción cuando se trata de establecer las causas que produjeron el deceso de una persona por la actividad de otras. Acerca de este mayor valor demostrativo de esa prueba ha dicho esta Corporación: es verdad que en muchos casos las causas determinantes de una muerte no caen bajo el dominio de los sentidos de las personas que puedan presentarla y que en otros casos tales causas son ajenas al conocimiento general de las gentes".

4.5.2.- Pues bien, ante la ausencia de prueba pericial difícilmente puede deducirse la responsabilidad por negligencia del médico tratante, cabe observar que en el asunto además de la historia clínica reseñada en el acápite de pruebas, cobra importancia lo declarado por el médico especialista XXXX, cirujano general con maestría en ciencias Biomédicas, docente de la Universidad Javeriana, quien trabaja en cuidados intensivos en la Clínica Rey David, siendo que el galeno dio a conocer que tuvo contacto con el paciente pero no fue quien lo intervino, son razones para la Sala para hacerlo merecedor de credibilidad, pues este testimonio técnico tiene una fuerza cercana a la prueba pericial, el especialista en lo puntal dijo que el paciente llegó con una urgencia vital por los cálculos biliares que padecía, que inicialmente cuando se le realizó la colecistectomía (Colelap) no tuvo inconvenientes ni se miró nada irregular ni siquiera en la segunda laparoscopia de seguimiento, solamente en la tercera ocasión se observó material bilioso que determinó la necesidad de la reconstrucción de los conductos biliares porque se habían destruido, pues una vez observada la fuga biliar y la necesidad de reconstrucción se colocó un dren y aplicó antibióticos con el fin de promover la maduración de tejidos en orden a facilitar la intervención para la reconstrucción que lastimosamente ya no fue posible **(4.4.8.6.)**, **de tal** declaración no puede deducirse negligencia en la primera intervención, en el tratamiento ni en las consecuencias demás intervenciones.

Unido a lo anterior aparece la declaración del médico XXXX, especialista en cirugía general y cuidados intensivos de quien si bien puede ponerse en duda su dicho porque fue quien intervino al paciente, su declaración cobra fuerza al encontrar coincidencia con lo declarado por el Doctor XXXX **(4.4.8.6.)** y con los datos de la Historia Clínica que se reseñó, de ninguno de sus dichos puede deducirse confesión sino simplemente explicaciones de quien conoce su profesión **(4.4.5.)**, el Dr. XXXX indica que el procedimiento practicado a XXXX era de urgencia vital porque el paciente tenía un vesícula "esclereoatrófica plastronada, empotrada, es decir un proceso inflamatorio severo, crónico con muchas adherencias", que por esa razón se complicó, siendo categórico en afirmar que si no se hubiere sacado la vesícula, el paciente hubiera fallecido por la misma infección, además explica que la familia conocía de todos los procedimientos que se estaban realizando y que la reconstrucción de la vías biliares no podía tener lugar inmediatamente sino cuando el proceso inflamatorio del paciente se redujera, "lo cual toma como más de 20 días o más para la reconstrucción", tal declaración, lejos de mostrar negligencia en la atención del paciente como dicen los apelantes, afiánzalo contrario indicando la urgencia con la que fue atendido por los cálculos biliares en la primera intervención porque si no se lo hacía el paciente fallecía y da a conocer todo el seguimiento e intervenciones consecuentes sin que se hubiere podido practicar la reconstrucción de las vías biliares por el mal estado físico del paciente.

Pues bien, vistas las declaraciones del Dr. XXXX y del Dr. XXXX coincidentes con la historia clínica y la gravedad de la intervención, según la misma literatura médica, la eventual ruptura de las vías biliares es inherente al procedimiento de colecistectomía y que su reconstrucción requiere de unas condiciones físicas adecuadas del paciente, pues ante la infección y la inflamación severa de tan frágiles vías, en una zona de poca irrigación, no podía practicarse la reconstrucción, según los mismos médicos declarantes aun si se hubiera llevado a otra clínica en la que se crea pudo tener una mejor atención; e ahí que la pérdida de la oportunidad que ahora en alegaciones insisten los demandantes pero que en las pretensiones no se particularizaron porque en la demanda fue tocada como una consideración jurídica mas no como un hecho, no resulta ser más que una argumentación de simple expectativa y no apta para pretender un resultado con

probabilidades objetivamente apreciables, ante el riesgo cierto de que pierda la vida un ser querido para un observador perjudicado, siempre habrá la sensación de que algo más se pudo hacer.

Atando a la base teórica de la responsabilidad médica anteriormente extractada en este fallo y ante el convencimiento de tratarse de una responsabilidad de medio y no de resultado, ni de la historia clínica ni de las declaraciones puede deducirse negligencia médica ni en la primera intervención ni en las siguientes con su respectiva atención, por el contrario, se la ve adecuada con la presencia de una gran cantidad de profesionales médicos comprometidos en atender a XXXX tratando de salvarle la vida, no pudiéndose haberle intentado la reconstrucción de las vías biliares por la condición misma de quién debía intervenirse; pues motivos circunstanciales de la condición del paciente, hacen que haya caído en el margen de la incertidumbre de la misma vida que escapa al arbitrio de un galeno; concluyéndose que de la prestación del servicio médico en la Clínica Rey David para la afección del señor XXXX, no puede predicarse negligencia porque no hay prueba que la acredite ni probabilidades serias de que si se intentaba la reconstrucción de las vías biliares podía haberse salvado existiendo el impedimento físico de las condiciones en las que el paciente se encontraba.

4.5.3.- Por otro lado, la parte demandada cuestiona la sentencia expresando que sí se recogió el consentimiento informado, que la condena impuesta por la supuesta omisión de ese consentimiento debe revocarse, reprocha la incongruencia del fallo porque en las pretensiones no se pidió se condene por la simple ausencia del consentimiento sino por negligencia médica en la atención del paciente que lo llevo al fallecimiento.

Pues bien, frente a la crítica la sala observa que es verdad que en las pretensiones de la demanda los demandantes no pidieron perjuicios por la simple falta del consentimiento informado sino “por os hechos y omisiones que rodearon la muerte” en la Clínica Rey David del señor XXXX, reclamando concretamente por la negligencia médica, claro está, que en la redacción de los hechos de la demanda se habla que el paciente fue intervenido quirúrgicamente sin consentimiento alguno tal como lo reiteran en el recurso de apelación.

No hay duda, que la obtención del consentimiento informado del paciente y sus familiares si a ello hubiere lugar, hace parte de la diligencia con la que deben obrar los galenos ante todo cuando de intervenciones quirúrgicas se trata, tal consentimiento hace parte del protocolo que los médicos deben seguir en salvaguarda del principio constitucional de libertad y autonomía individual, pero, ante urgencias vitales cuando se trata de salvar la vida de una persona, tal información queda relegada a un segundo plano para dar paso a la prevalecía de bienes jurídicos de mayor entidad como la vida misma.

En ese orden, siguiendo lineamientos de la jurisprudencia internacional aludida en el acápite correspondiente, es razonable pensar que cuando el deceso del paciente en una intervención médica de medio y no de resultado, en la que no hubo negligencia en la actuación del personal médico distinta a la insuficiencia en la obtención del consentimiento del paciente y sus familiares, pierde importancia la completez del consentimiento en la responsabilidad que se reclama y por eso, esa falta de apego estricto al protocolo respecto del consentimiento de que habló la juez no puede ser sancionable; a fe que la jurisprudencia a la que hacemos referencia ha concluido que si no se ha presentado daño antijurídico por negligencia en las intervenciones médicas, la falta de consentimiento no genera responsabilidad, de lo contrario se estaría fallando por la forma estricta de los actos médicos y no por lo sustancial de los mismos.

No obstante lo dicho, respecto de la obtención del consentimiento informado, en este proceso sí aparecen cuatro formatos de obtención del consentimiento para la realización de las intervenciones quirúrgicas que las trajeron los mismos demandantes, en ellas aparecen firmas ilegibles tanto del paciente como del acompañante que no han sido tachadas de falsas, claro está, que si bien en ellas aparece escrito: “Acepto que he sido informado (a) del procedimiento que se me(le) va a practicar (…) como los riesgos que

implica la realización del procedimiento mencionado (…) RIESGOS: Infección, Dolor, Inflamación." **(4.4.6.),** en ninguno de tales formatos se habla del riesgo de la ruptura de las vías biliares, mas, como ya se anotó, si finalmente cono la actuación de los médicos fue tendiente a salvar la vida, sin que los demandantes hayan probado la negligencia que acusan ni la Sala la haya podido detectar, irrelevante resulta el reclamo de la ausencia formal en el diligenciamiento completo del formulario para la obtención de dicho consentimiento; a fe que el cirujano XXXX hablando de las complicaciones afirmó que si no se hubiere sacado la vesícula, el paciente hubiera fallecido por la misma infección, y, cuando al referirse a los cuatro procedimientos quirúrgicos que se realizaron, bajo juramento expresó que la familia del señor XXXX estaba al tanto de todo lo que sucedía; por lo demás, teniendo educación profesional los familiares del causante tal como lo informan, poco probable es que no hayan estado averiguando de los pormenores de la salud de su padre, claro que para todos resulta entendible, la confusión frente a lo que no entendemos y la desesperación de querer salvar la vida de su padre que se intentó pero no se pudo.

En consecuencia, la sentencia de primera instancia deberá confirmarse en la negación de las pretensiones relacionadas con la negligencia médica y revocarse respecto de la responsabilidad y perjuicios que el Juzgado condenó por la falta de información para la obtención del consentimiento sin que ciertamente pueda hablarse de la responsabilidad por la presencia de una clara pérdida de oportunidad para que continúe la vida del paciente."
Radicación: 010 2014 00686 01 (04 05 2017). M.P. Dr. Jorge Jaramillo Villarreal.

……

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL Contrato de servicios profesionales. Intervención quirúrgica. Legitimación en la causa por pasiva.

"**4.1.4.1.** Como ya se indicó, determinar la responsabilidad del médico exige entonces establecer preliminarmente las principales obligaciones que surgen en la relación médico-paciente; así, entre otros, corresponde al galeno poner sus conocimientos, preparación y experiencia al servicio del paciente, elaborar correctamente la historia clínica, mantener el secreto profesional, utilizar los procedimientos y tratamientos autorizados por la *lex artis*, y en ese sentido, utilizar los exámenes necesarios con el propósito de diagnosticar la enfermedad, identificar sus características individuales y ambientales para adoptar la terapéutica respectiva, así lo indica el art. 10º de la ley 23 de 1981, igualmente en su art. 12 señala unos requisitos científico-técnicos en relación con el diagnóstico y la terapia, porque a estos llega el médico a través del razonamiento que debe estar apoyado en principio en las técnicas actualizadas adquiridas por la ciencia médica, debidamente aceptadas por las autoridades científicas legalmente reconocidas.

4.1.4.2. Ha sido criterio jurisprudencial el señalar que la actividad médica crea una obligación de medio, que consiste en otorgar al paciente atención oportuna y eficaz, y obliga al profesional de la medicina y a las instituciones prestadoras del servicio a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos y a la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el fin deseado.

Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que regulan la carga de la prueba, le incumbe al demandante la demostración de los hechos en que funda su pretensión, y al demandado la prueba de aquellos que excusan su conducta, iterando que lo nuclear está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución, subjetiva, a

título de dolo o culpa. Como dice la Corte, *"… es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probando permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artix)"*.

Siendo ello así, forzoso es concluir que para determinar si se erigió válidamente la carencia de legitimación en la causa, este hecho debe estar plenamente probado, de manera que la configuración de la excepción sea ostensible, manifiesta y el operador jurídico no encuentre la necesidad de llevar a cabo una actividad de dificultosa probanza, interpretación o razonamiento para descubrir lo que los hechos quieren indicar.

4.1.4.3. Analizando el argumento expuesto por la parte demandada acerca *"de que la hoy demandante fue sometida a cuatro cirugías, dentro de las cuales la Dra. XXXX sólo participó en las dos últimas, tal y como se puede verificar en el simple estudio de la historia clínica"*, frente a las pruebas que obran en el expediente, este Despacho encuentra que tal y como fue correctamente advertido por el juez de primera instancia, a la fecha no existe dentro del proceso material probatorio suficiente que ofrezca la certeza necesaria para pronunciarse de manera anticipada sobre la responsabilidad de la demandada XXXX en la producción del daño a que hace referencia la demanda, pues como ya se indicó, éste medio defensivo para su prosperidad necesita que no solo se limite a su presentación o alegación, sino fundamentalmente, como en todo aspecto procesal, a su demostración cierta, que lleve la certeza al juzgador.

Por esta razón, se confirmará la decisión del juez de primera instancia de diferir el pronunciamiento de fondo a este respecto en la correspondiente sentencia que defina la procedencia o no de las pretensiones de la demanda."
Radicación 005 2013 00011 02 (15 03 2017) M.P. Dr. Julián Alberto Villegas Perea.

.....
.....
==========

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. Accidente de tránsito. Culpa exclusiva de la víctima. Amparo de Pobreza.

Extracto:

"Con fundamento en los reparos expuestos por la apelante, los cuales se centran en demostrar los "*errores de hecho*" en los que incurrió el juez frente a la valoración probatoria del informe de accidente de tránsito y testimonio de la señora xxxxxxxxxxxx, procede la Sala a verificar la configuración de cada uno de los defectos atribuidos en los siguientes términos:

El primer reparo formulado señala que el Juez de primera instancia tergiversó el contenido del informe de tránsito que obra en el expediente, al indicar frente a las características de la vía donde ocurrió el accidente que se trataba de "una *intersección (curva)",* cuando en su sentir, el informe de accidente de tránsito No. 185848, específicamente "en la casilla o ítem No. 6 referente a las características del lugar del accidente" permite evidenciar " de manera real y cierta que el siniestro se dio en una zona urbana, en un sector residencial y en un TRAMO DE LA VÍA."

Analizado el reparo expuesto la Sala advierte de entrada que el mismo, por su propio constructo argumentativo, constituye sofisma que no logra desvirtuar razonablemente la apreciación atacada, pues pretende hacer pasar por válido un argumento que no sustenta de manera lógica el deprecado error de valoración.

No otra cosa puede pensarse del errado planteamiento del silogismo con el cual la apelante pretende demostrar que el juez mal interpretó el informe de tránsito, pues de suyo plantea de manera inane una premisa que no ofrece una contraposición válida de la posición del Juez frente a la descripción del lugar en donde ocurrió el accidente, y no justifica de manera alguna la falta imputada.

En efecto, en esencia la apelante le reprocha al juez haber dicho que el accidente ocurrió en una "intersección curva", y a éste dicho ella replica que aquel, no se dio en una intersección curva sino en una zona urbana y en un tramo de la vía. Como se ve, da a entender la apoderada que si se tratase de una zona urbana no puede darse el accidente en una intersección de tales características, como si en la zona urbana de un municipio no pudiere haber intersecciones curvas, algo completamente desquiciado, por lo cual el argumento se cae por inane al no contradecir de manera cierta la primera premisa que es el cuestionamiento de lo que dijo el juez.

Nótese como la afirmación según la cual las características del sitio donde se produjo el accidente "*zona urbana, en un sector residencial y en un tramo de la vía",* no denota un argumento que contradiga de manera eficaz la apreciación del juez, pues la misma sólo se basa en la descripción de las **condiciones generales del lugar** (ítem No. 6), y no hace referencia a características opuestas o disímiles a las tenidas en cuenta por el juez, como lo sería a manera de ejemplo, la eventual consideración de que la vía era recta.

Así entonces, aun interpretando la exposición de la apelante, que no es clara, se tiene que de acuerdo con la información contenida en el Informe Policial de Accidentes de Tránsito No. 185848, la razón expuesta en la alzada para desvirtuar la apreciación del Juez, como ya se indicó, no solo no contiene una afirmación que sustente de manera lógica la equivocación, sino que además, difiere del verdadero aparte de la prueba (<u>características geométricas de la vía contenidas en el ítem 7)</u>, sobre el cual el juez basó su consideración, y da cuenta efectiva de que el accidente ocurrió en una "curva" de la carretera; circunstancia ésta de donde emerge con claridad que la apreciación realizada no evidencia la equivocación reprochada, y menos aún en la jerarquía reclamada.

Igual situación se deriva del segundo reparo consistente en imputar al juez un error de apreciación al señalar "*que el señor xxxxxxxxxxxx se encontraba transitando la motocicleta por el carril izquierdo de la vía",* cuando de las condiciones de la vía "*pendiente, en doble sentido, con una alzada de los carriles construida en material de asfalto, en buen estado, húmeda, con buena iluminación artificial y con demarcación de línea central"* podía inferirse de "*manera clara"* que el motociclista *"se desplazaba por el carril derecho en sentido descendente y contrario a la trayectoria del vehículo",* pues la premisa expuesta para demostrar la equivocación del juez no contiene un argumento válido que demuestre que el juez hubiese podido llegar a una conclusión diferente, dado que ni la iluminación, humedad ni las demás condiciones señaladas, constituyen circunstancias determinantes que acrediten de manera cierta que el motociclista transitaba por un carril distinto al señalado por el juez, pues najo las mismas condiciones de iluminación de la vía y demás, era dable que aquel condujera por cualquiera de los dos carriles.

Por el contrario, analizados los hechos en los cuales se fundó el juez para llegar a tal conclusión, la Sala no advierte que aquel haya desconocido el contenido del informe de tránsito, y por el contrario encuentra que dicha consideración obedece al resultado del convencimiento y análisis propio de la actividad judicial frente a la causa que originó el accidente.

Nótese que al respecto el juez señaló:

*"conforme a lo indicado en el croquis con respecto a la ubicación demarcada de los vehículos, se tiene que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxx se encontraba transitando la motocicleta por el carril izquierdo de la vía, infringiendo lo contemplado por lo normado en el Código Nacional de Tránsito, artículo 94: `Los conductores de bicicletas, triciclos, motocicletas, motociclos y mototriciclos estarán sujetos a las siguientes normas: Deben transitar por la derecha de las vías,* a distancia no mayor a un (1) metro de la acera u orilla y nunca utilizar las vías exclusivas para servicio público"`.

Bajo estas condiciones, la lectura correcta del párrafo transcrito permite colegir que, contrario a lo expuesto por la apelante, la frase "*se encontraba transitando la motocicleta por el carril izquierdo de la vía"* utilizada por el juez para describir la hipótesis en la cual fundó las circunstancias que confluyeron en la producción del accidente, hace referencia a la ubicación de la motocicleta en el lado izquierdo del carril derecho por el cual transitaba el demandante. No otro podía ser el sentido de tal afirmación cuando lo que con ella pretende demostrar es la infracción de la norma de tránsito citada, la cual, para la fecha de ocurrencia de los hechos preveía dentro de las reglas generales de circulación el deber de los conductores de motocicletas de *"transitar por la derecha de las vías, a distancia no mayor a un (1) metro de la acera u orilla."*

Así entonces, pese a que en principio la redacción empleada por el a quo para señalar la incidencia de la vulneración de dicha norma de tránsito en la producción del accidente no fue la más adecuada, es claro que no podría atribuirse a tal error de sintaxis en alcance distinto al que realmente denota, y menos aún como lo solicita la recurrente, calificarlo como un *error de hecho por falso juicio de identidad"* capaz de quebrantar el sustento de la decisión.

Ahora bien, en cuanto al tercer reparo formulado, el cual acusa al juez de primera instancia de vulnerar el derecho al debido proceso del demandante al incurrir un *"error de hecho por adición de la prueba"* al señalar que el impacto de la motocicleta *"se dio en el lado izquierdo de la parte frontal"* cuando de acuerdo a lo que consta en el anexo de daños y lesiones del informe de tránsito, aquel se dio en *"la parte delantera"* de la misma, la Sala advierte que tal imputación sólo comporta una mera afirmación que no constituye un argumento capaz de demostrar la trasgresión señalada, pues si bien la apelante indica que existe una divergencia entre lo dicho por el juez y lo que consta en el informe de accidente de tránsito, lo cierto es que aquella únicamente se limita a enunciar el aparente yerro sin señalar de manera alguna la incidencia que dicho "error" pudo tener en la conclusión a la que arribó el juez frente a la hipótesis del accidente, así como tampoco, que el mismo constituyera el elemento determinante que influyó en la acreditación de la causal eximente de responsabilidad declarada a favor del demandado.

Frente al cuarto error señalado, respecto al cual, la conclusión a la que llegó el a quo frente a la violación de la señal de "PARE", no se encuentra soportada probatoriamente, y que contrario a lo dicho por el juez, atendiendo leyes físicas como la inercia, la posición final de los vehículos (parte trasera del jeep ubicada de manera paralela a la señal de pare) demuestra que el impacto "*debió haberse dado antes de ésta ubicación"* y que al momento de la colisión, la motocicleta conducida por el demandante "*ya había sobrepasado dicha señal de tránsito",* este Despacho advierte que si bien es verdad que de acuerdo con la ley de la inercia anotada por la apelante respecto la propiedad de los cuerpos de mantener su estado de reposo o movimiento, del argumento expuesto no se deduce ni por cerca que el demandante haya atendido la señal de "pare", pues si de cercanía a la teoría de probabilidades se trata, es más razonable pensar que encontrándose como se encontró la motocicleta luego de la colisión, más allá de la señal de pare marcada en la vía, que la moto efectivamente no lo realizó, y que bajo dicha circunstancia, lo dicho por la abogada obedece a una interpretación propia acerca de la hipótesis del accidente, frente a la que valga decir, al igual que como ocurrió con el reparo señalado en precedencia , no logra desvirtuar la hipótesis del accidente planteada por el juez (infracción del artículo 94 Ley 769 de 2002).

Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que si bien en la sentencia se indica que la inobservancia de la señal de tránsito "pare" pudo incidir en la producción del accidente, lo

cierto es que no fue ésta la causa determinante en la cual se fundó el fallador de primera instancia para encontrar configurada la causal eximente de responsabilidad a favor del demandado (culpa exclusiva de la víctima derivada de la inobservancia de norma de tránsito).

Respecto al quinto reparo, según el cual, "*a diferencia de lo probado"* con el testimonio de la señora xxxxxxxxxx quien indicó que "*el motociclista bajaba por el lado derecho de su carril de Terrón hacia la portada al mar y el jeep subiendo de la portada hacia Terrón,* el juez señaló que el demandante "*no transitó por el lado derecho de la vía",* la Sala encuentra necesario señalar que como quiera que tal acusación se funda en los mismos argumentos alegados en el desarrollo del reparo segundo previamente analizado (valoración del informe de accidente de tránsito), la consideración de éste debe entenderse desarrollada en los mismos términos de lo planteado en el numeral 4.1.2. De esta providencia, en la medida en que fue con base en éstos dos medios de prueba que el juez arribó a la consideración en él transcrita.

Finalmente, en cuanto a la consideración relativa a la existencia de un "*error de hecho por falo juicio de identidad por distorsión del contenido objetivo y fáctica de las pruebas que obran en el expediente",* y su repercusión en la configuración de la causal eximente de responsabilidad de *"culpa exclusiva de la víctima",* debe decirse que la misma al ser planteada como consecuencia necesaria de los errores en la valoración probatoria que pretendía comprobar la recurrente, no encuentra vocación alguna de prosperidad pues la misma requería como presupuesto de su configuración la comprobación cierta de la influencia de dichos errores en la acreditación de la señalada causal eximente de responsabilidad . Lo que aquí no ocurrió.

Así entonces, pese a las inconformidades presentadas por la recurrente en torno a la valoración probatoria realizada por el juez de primera instancia, y como quiera que de la revisión de las pruebas arrimadas al plenario no se encuentra evidencia alguna que dé cuenta que existió error de valoración probatoria que puede conllevar a la revaluación del planteamiento de la decisión del a quo frente a la causal eximente de responsabilidad declarada a favor del demandado, esta Corporación dispondrá la confirmación de los numerales primero, segundo y cuarto de la sentencia apelada, y de acuerdo con el amparo de pobreza reconocido al demandante por esta Sala de Decisión en audiencia de sustentación y fallo llevada a cabo el día 28 de febrero de 2017, se revocará el numeral cuarto de dicha providencia, y abstendrá de imponer condena en costas de ésta instancia en su contra".

Rad.008 00260 01 (07 03 2017) acta 942. M.P. Dr. Julián Alberto Villegas Perea.

Condena en costas. Liquidación. Responsabilidad civil extracontractual.

Extracto:

"Dado el tema que es objeto de la controversia, conviene reiterar que las costas conllevan un concepto eminentemente procesal y como es conocido, no son otra cosa que aquellos gastos que indispensablemente deben cubrir las partes para iniciar, impulsar y sostener la causa judicial, hasta salir adelante en la misma, logrando la declaración o el reconocimiento del derecho controvertido.

Es sujeto de la condena en costas la parte vencida en el proceso, la que pierda el incidente o el trámite especial promovido, o la que reciba decisión desfavorable frente al recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto.

Por su parte, la finalidad del señalamiento de las agencias en derecho no es otra cosa que indemnizar a la parte vencedora el valor de los honorarios que debió cubrir a su apoderado para salir avante en el proceso. Las agencias en derecho corresponden a una contraprestación por los gastos en que se incurra para ejercer

la defensa legal de los intereses dentro de un trámite judicial en atención a la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente.

De acuerdo a la cuantía del proceso, su duración, la naturaleza y la calidad de la gestión desarrollada, este Despacho encuentra que le asiste la razón al A-quo en aplicar el Acuerdo 1887 de 2003 y no el PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, pues este último, y tal y como fue debidamente dicho por la Juez, no se encontraba vigente en el momento en que fue proferida la sentencia de primera instancia, resultando imposible de esta manera su aplicación. Lo anterior máxime si se tiene en cuenta dicha regulación administrativa no cuenta con un carácter retroactivo que le permita modificar situaciones procesales ya consolidadas.

Ahora bien, en cuanto al valor de las agencias en derecho estipuladas por el A-quo en un "0.002%" del valor total de las pretensiones , se advierte que dicho valor se encuentra dentro del rango fijado por el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, para su determinación, así como que su decisión se ajusta a los criterios contenidos en el numeral 3º del artículo 393 del C.P.C., que le imponen el deber de guiarse por las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura, y valorar el desempeño de la labor del profesional que representó a la parte vencedora.

Siendo así las cosas, se tiene que anduvo descarrilada la decisión de la Juez al determinar el valor de las agencias en derecho de primera instancia en la suma de $13.318.712,04, pues conforme lo visto correspondía a esta realizar la valoración de la actividad procesal desplegada por los litigantes. Sin embargo, en aras de acompasar el monto de la condena impuesta con la comprobada actividad procesal, la Sala encuentra pertinente aumentar el valor fijado por el Juez por concepto de agencias en derecho a la suma de veinte millones de pesos ($20.000.000) Mcte"

Rad. 76001 31 03 003 2015 00159 02 (18-05-2017) M.S.Dr. Julián Alberto Villegas Perea.

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Intervención quirúrgica. Valoración probatoria.

Extracto:

"Para comenzar, la Sala encuentra necesario precisar que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 320 del Código General del Proceso, el estudio del presente asunto se centrará únicamente en analizar la sustentación de los reparos formulados por la recurrente contra la sentencia de primera instancia, previa verificación de su apego a los principios procesales de contradicción, lealtad procesal, congruencia y debido proceso , pues conforme pasa a exponerse , la apelación no puede fundarse en argumentos ni pretensiones distintas a las expuestas inicialmente en la demanda.

Aclarado lo anterior, se procede a analizar los reproches formulados en los siguientes términos:

En el primer reparo, la recurrente acusa al a quo de haber incurrido en un error de hecho por inadecuada valoración probatoria, al exigir en su consideración de manera

"exagerada", un dictamen médico como único medio para demostrar el "daño" ocasionado a la demandante, dejando de lado las demás pruebas que obran en el expediente y que dan cuenta de su existencia, esto es: 1. El examen de endoscopia urológica que da cuenta de la perforación del íleon –Sepsia-; y, 2. La historia clínica de la demandante en donde consta la cirugía de emergencia que tuvo que realizarse como consecuencia de la "*sepsis por peritonitis generalizada".*

Con base en lo anterior, analizado el contenido de tal apreciación frente a la lectura de las consideraciones tenidas en cuenta por el juez de primera instancia para fundar su decisión de negar las pretensiones de la demanda, se tiene que el mismo en ningún momento señala que la falta de un peritaje técnico o prueba científica haya impedido la comprobación de la ocurrencia del "*daño"* sufrido por la demandante , sino que por el contrario, aquel indica de manera fehaciente que su inexistencia dentro del proceso influyó en la no comprobación de la vulneración de la *lex artis* en la forma indicada en la demanda como causa efectiva de los daños ocasionados a la xxxxxxxxxx, o nexo causal.

En efecto, de acuerdo con el título de imputación señalado en la demanda, el cual vale la pena recalcar hace referencia a la "*Mala Práctica Médica en la intervención realizada el día 3 de febrero de 2007",* una vez verificada la relación jurídica entre las partes (fundamento de reparar o indemnizar) y el daño padecido (lesión física o psíquica) del que se deriva el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento se pretende, para la Sala es claro que la actividad probatoria en el presente asunto se basó en la comprobación de tal imputación como elemento estructural de la responsabilidad civil; esto es, en establecer la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del demandado (comprobación de los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto debió asumir el médico en la realización del procedimiento médico –la atribución subjetiva a título de dolo o culpa-), y el daño padecido por el acreedor, y no en la comprobación del "*daño"* frente al que su existencia no ofrece discusión alguna.

Luego entonces, no es cierta la afirmación de la recurrente cuando señala que el juez no tuvo en cuenta las demás pruebas que obran en el expediente para tener por acreditado el "*daño"* sufrido por la demandante, pues conforme se indicó, su existencia nunca fue desconocida y el efecto atribuido a la carencia probatoria a que hace referencia la apelante se vio reflejada en la falta de acreditación del fenómeno de imputabilidad (atribución subjetiva de la responsabilidad).

Por lo anterior, es dable concluir que no se equivocó el juez al señalar como argumento suficiente para negar las pretensiones de la demanda la falta de comprobación científica del "*error en técnica quirúrgica",* pues el mismo, al constituir la relación de causalidad necesaria entre el comportamiento del deudor y el daño padecido por el acreedor, constituye uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil sin el cual no puede nacer la obligación de reparar, y que en todo caso no es susceptible de deducirse , como pretende hacerlo ver la demandante, de pruebas que solamente acreditan la existencia del daño , y no del error médico imputado al demandado –falta de pericia en la colocación de la malla o sling sub uretral-

Ahora bien, en cuanto a los reparos números dos y tres planteados por la apelante, los cuales en síntesis hacen referencia a la supuesta equivocación en la que incurrió el juez al desconocer que dentro del proceso i) sí "*se encuentra probada"* la responsabilidad del médico demandado en la producción del daño sufrido por la accionante como consecuencia del inadecuado cuidado pos operatorio; y ii) que era deber del galeno demandado atender de manera adecuada el cuidado posoperatorio , la Sala advierte que ninguno de aquellos se encuentra llamado a prosperar, no sólo porque constituyen afirmaciones que no cuentan con soporte probatorio que las respalde, sino porque además en el caso del tercer planteamiento, tal señalamiento atribuye errores derivados de la inobservancia de un título de imputación de responsabilidad que excede el alcance del inicialmente planteado en la demanda, conforme pasa a exponerse.

Partiendo de la base de que el segundo de los reparos planteados por el recurrente tiene por objeto demostrar que "a pesar de encontrarse acreditado que con posterioridad" al procedimiento (cistospexia con sling) practicado a la señora xxxxxxxxxxxx, aquella presentó problemas de salud, "a cuyo llamado el médico tratante le sugirió tomar calmantes para el dolor, sin preocuparle las consecuencias de la intervención quirúrgica podía tener circunstancias adversas", y que "el perjuicio" fue "aceptado por el Dr. xxxxxxxxxx", el juez desconoció la responsabilidad del galeno tratante derivada de la inobservancia del deber de seguimiento e inadecuado manejo pos operatorio de la demandante, la Sala encuentra necesario señalar que a diferencia de lo afirmado por la parte demandante, de la revisión de los documentos y demás pruebas que obran en el proceso se evidencia, sin lugar a equívoco alguno que de una parte, el médico demandado actúo con diligencia y prontitud para conjurar la complicación médica sufrida por la señora xxxxxxxxxxxxxxx luego de ser practicado el procedimiento quirúrgico , pues fue éste quien ante el conocimiento previo de dolores abdominales (llamada telefónica a que hace referencia la demandante), y tras verificar la persistencia de los mismos, ordenó los procedimientos para diagnosticar el origen del cuadro clínico de dolor agudo de la paciente; y de otra, que no existe prueba alguna, distinta a la mera declaración de la demandante, que acredite de manera cierta la actitud negligente del Médico xxxxxxx en la atención pos operatoria de la señora xxxxxxxxxxxx en los días posteriores a la cirugía practicada el día 17 de febrero de 2007, y menos aún , que señale de manera científica o técnica que los síntomas iniciales de complicación quirúrgica aparentemente comunicados al facultativo, lejos de constituir una sintomatología normal de cualquier intervención quirúrgica, tenían la virtualidad de constituir signos evidentes de alarma que indicaran al médico la existencia de una inminente complicación.

Así entonces, es claro que la sola afirmación de la demandante, ni la comprobada realización de una intervención de urgencia por sepsis generalizada, no son pruebas suficientes que demuestren la actitud "despreocupada" del médico tratante ante los síntomas de complicación pos quirúrgica que sufrió la señora xxxxxxxxxx de los que pueda derivarse algún tipo de responsabilidad profesional. Esto más si se tiene en cuenta que de acuerdo como pasa a exponerse, tal pretensión al constituir un pedimento no planteado inicialmente en la demanda, torna en improcedente su consideración.

En efecto, del estudio del tercero de los reparos enunciados , se tiene que aquel, lejos de constituir un argumento susceptible de valoración en segunda instancia, no comporta vocación alguna de prosperidad, no solamente porque presenta fallos en su estructura argumentativa que impide la comprobación de su validez en tanto no existe relación alguna entre las premisas con las que pretende sustentar su ataque (conocimiento de la posible complicación) y la conclusión a la que pretende llegar (descuido posoperatorio), sino que además, plantea una pretensión indemnizatoria independiente que no sobreviene de la producción del daño inicial imputado en la demanda.

En efecto obsérvese que en el reparo formulado la recurrente señala textualmente que: "…*todas las intervenciones quirúrgicas tienen (sic) riesgos, ahora bien, que se lo hubiese indicado al hacerle firmar el consentimiento no le exime de la responsabilidad del cuidado y atención tanto médico profesional, como humana y ética.",* no obstante, analizada la estructura formal del argumento es evidente que aquel no hace referencia a errores u omisiones de ninguna naturaleza en el diligenciamiento del consentimiento informado del cual pudiere derivarse actuación censurable al médico demandado, ni tampoco cómo la información brindada a la paciente influyó en la predicada conducta "*negligente"* del facultativo demandado en el cuidado pos operatorio que hoy pretende la parte recurrente sea objeto de valoración, pues aun, a pesar de que en una interpretación del querer de la abogada recurrente se podría pensar que la intensión de su argumento es denotar que ante el conocimiento que tenía el médico de los posibles riesgos que podían derivarse del tipo de cirugía practicada a la demandante, aquel no prestó una adecuada atención a la evolución pos operatoria que pudiera advertir la complicación pos quirúrgica sufrida por la señora xxxxxxxxxxxx , lo cierto es que en la forma indicada en el desarrollo del anterior reparo, dicha circunstancia al contemplar una actuación omisiva que podría eventualmente constituir fuente de responsabilidad civil autónoma, requiere

necesariamente la comprobación de los supuestos fácticos en la cual se basa la acusación. Cosa que aquí no ocurrió.

Ahora bien, en lo tocante a la pretensión indemnizatoria planteada, obsérvese cómo inicialmente en la demanda se solicita que se declare la responsabilidad civil del médico demandado, señalando como causa efectiva de los daños ocasionados a la demandante "la inadecuada praxis" en la colocación de la malla sub uretral, con base en la cual, se pronunció el juez de primera instancia para negar las pretensiones de la demanda, y que es sólo en instancia de la apelación, cuando la demandante aduce como causa efectiva de imputación la "negligencia" con la que actúo el médico en la atención pos operatoria, señalando exclusivamente este hecho como causa de los daños sufridos por la señora xxxxxxxxxxxxxxx.

Luego entonces no podría admitirse como argumento válido de la alzada la presentación de un título de imputación de responsabilidad distinto al inicialmente planteado en la demanda y que no fue objeto de debate entre las partes, pues tal consideración no sólo trasgrediría el derecho de defensa de la parte demandada, sino que además, al constituir un tipo de responsabilidad autónoma que no deviene de una consecuencia necesaria de la producción del daño inicial, requiriría para su comprobación la acreditación de los elementos propios de la responsabilidad civil derivada de tal hecho, pues es evidente que la relación de causalidad no podría ser la misma que la derivada del socorrido error de colocación de la malla sub uretral.

De esta manera, teniendo en cuenta que en atención al principio de congruencia, el sustento de la apelación debe necesariamente estar en concordancia con la demanda, contestación y hechos efectivamente probados en el proceso, la Sala se abstendrá de pronunciarse frente a la responsabilidad derivada de la inobservancia del deber de cuidado pos operatorio planteado en la apelación, y en consecuencia, teniendo en cuenta que ninguno de los reparos formulados en contra de la decisión objeto de alzada tuvo mérito de prosperidad, confirmará en su integridad la sentencia apelada y condenará en costas a la recurrente.

Rad. 013 2912 99397 01 (04 05 2017) Acta 950.M.P. Dr. Julián Alberto Villegas Perea.

.....

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Perjuicios Materiales. Lucro Cesante. Perjuicios Morales. Daño a la salud. Daño por la mala práctica de enfermería.

Extracto:

"El daño por la mala práctica de la enfermería en la aplicación de las dos inyecciones en el glúteo derecho de xxxxxxx está probado en el proceso, además de las declaraciones de la parte demandante que no se contradicen con lo afirmado en la demanda, el concepto médico forense después de examinar a la paciente y revisar la historia clínica concluyó, que la lesión del nervio ciático derecho de la paciente ocurrió por la inadecuada técnica en la aplicación de medicamentos intramusculares (diclofenalco y benzetacil) con violación de las Guías de Enfermería.

Ciertamente , multiplicidad de páginas web explican la manera de evitar que se produzca una lesión por la aplicación de inyecciones por personal entrenado, las guías sobre las inyecciones intramusculares dicen que las inyecciones deben colocarse en la posición antero – lateral del muslo y que si es necesario aplicar varias hay que rotar el lado en el cuadrante superior externo de la nalga, lo cual en el caso de xxxxxxx evidentemente fue transgredido, aunque ciertamente con solo las informaciones de la página web, el Juez no pueda dar por establecida la trasgresión porque el Juzgador no está formado para avalar dichas recomendaciones, aquí, lo cierto es que tales indicaciones encuentran respaldo probatorio en lo dicho por el médico forense y aun por la misma gerente de la entidad demandada cuando contestó a xxxxxxxxx a una petición por requerimiento que le hiciera

la Súper Intendencia de Salud, expresando que encontraron una inadecuada administración de medicamentos en relación con la aplicación conjunta de diclofenalco y benzetacil, porque no se recomienda su uso concomitante y explica el seguimiento periódico que ha emprendido para el mejoramiento de la atención con el fin de que este evento no se vuelva a repetir, en el oficio termina la gerente pidiendo excusas por la falla en la atención de salud expresando que garantiza la prestación de los servicios médicos en procura de la rehabilitación de la paciente; tal documento , fue allegado con la demanda y ordenado tener en cuenta como prueba sin que exista otra que le reste credibilidad.

En cuanto a la crítica de la apelación que hace sobre el daño emergente bajo la apreciación de que es improcedente porque las incapacidades se pagaron, no se ve razón de ser pues el daño emergente no fue condenado por falta de prueba, y , respecto de la crítica al lucro cesante que el apelante lo considera improcedente porque la demandante continua laborando y que fue condenado en la suma de $2.009.356 por el valor de los días de incapacidad laboral, tampoco se ve razón, al parecer la entidad apelante confunde los conceptos , pues la condena no se refirió a la estimación laboral hacia el futuro a la que eventualmente podía tener derecho si se hubiese evaluado la merma laboral por la deformidad física de carácter permanente, atendiendo la cojera evidente que conceptuó el médico legista.

Sobre la moderación de los perjuicios morales que el apelante pide expresando que no está probado el sufrimiento del compañero permanente y de los hijos de la pareja xxxxxxxxx de quienes la empresa demandada no probó alejamiento familiar o siquiera que los demandantes no vivían bajo el mismo techo, tampoco es de recibo , pues lo natural ante un sufrimiento de salud de uno de los miembros de la familia es que todos los miembros de una misma familia unida resulten afectados, siendo el arbitrio del Juez el que debe imperar en beneficio del principio general de la reparación integral que debe quien ha causado daño **(Art. 16 de la ley 446 de 1998),** máxime, cuando la historia clínica de xxxxxxxxxxxx certifica la atención psicológica y psiquiátrica que ha sido necesaria dispensar a la paciente para que pueda superar la depresión y sufrimiento causado por la lesión, el tratamiento y la discapacidad a la que ha sido sometida, de ahí que los 30 SMLMV para xxxxxxxxxxxx, 10 SMLMV para el compañero permanente xxxxxxxxxxxx y 10 SMLMV para cada uno de los tres hijos de la pareja xxxxxxx, no se vea exagerado, por el contrario se muestra acorde con las guías jurisprudenciales cuando de perjuicio moral se trata.

Sobra decir, que el apelante tampoco muestra una disconformidad total con el fallo de primera instancia, a fe que subsidiariamente pide que se mantenga. Como el recurso interpuesto se decide de manera desfavorable a la parte demandada se la condenará al pago de costas de segunda instancia **(Art. 365 del C.G.P.)**

Rad.012 2014 00117 01 (16 06 2017) M.P. Dr. Jorge Jaramillo Villareal.

SALA DE FAMILIA

CONFLICTO DE COMPETENCIA. Demanda de jurisdicción voluntaria.

Extracto:

"Como en este evento los despachos judiciales en conflicto son un juzgado civil municipal y uno de familia de este Distrito Judicial, al Tribunal le corresponde decidirlo a virtud de lo establecido en el artículo 18 de la Ley 270 de 1996.

Al margen de todo juicio de valor en torno de la sindéresis de su planteamiento, estima la Sala que la pretensión de nulidad planteada en este caso no conlleva alteración del estado civil del inscrito, por ser obvio que sólo se apoyó fácticamente en la inexactitud del lugar de nacimiento del inscrito, asunto que respecto del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxx o cualesquier persona no dice relación con tal atributo de la personalidad definido en el artículo 1º del Decreto 1260 de 1970 como la **"situación jurídica en la familia y en la sociedad"** de una persona, ya que no se requieren mayores esfuerzos dialécticos para asumir que el lugar de nacimiento de una persona carece por sí sólo de virtualidad para determinar la familia a la que pertenece, asunto cuya definición sí deriva de la mención que allí se hace de los padres del inscrito, materia sobre la que ninguna glosa hizo el accionante al registro en mención.

Lo anterior descarta que en el presente caso aplique la regla de competencia del artículo 22-2 del C.P.G, que la radica en primera instancia en el juez de familia para la **"investigación e impugnación de la paternidad y maternidad y de los demás asuntos referentes al estado civil que lo modifiquen o alteren" ,** de modo que, por exclusión , es de entender que le corresponde al Juez Veintisiete Civil Municipal con fundamento en lo contemplado en el artículo 18-6 ibídem, que le atribuye a dichas autoridades el conocimiento en primera instancia de los procesos de **"corrección, sustitución o adición de partidas de estado civil o de nombre o anotación del seudónimo en actas o folios del registro de aquel, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios.",** quien dentro de su autonomía funcional deberá adoptar al momento del examen de admisibilidad del libelo las determinaciones que correspondan en orden a definir si lo pretendido es una nulidad o una corrección del registro, lo que deberá apreciar necesariamente en función de su fundamento fáctico y de las normas reguladoras de la materia, independientemente de que sean o no las mencionadas por el actor."

Rad. 006 2017 00039 00 (07 06 2017) Acta 059. M.P. Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos.

INCIDENTE DE RECONOCIMIENTO DE HEREDERO DE MEJOR DERECHO

Extracto:

"Comprende el Tribunal que el detonante de la controversia planteada por los recurrentes en esta especie, radica en su equivocada apreciación en el sentido de que el incidente legalmente contemplado otrora en el artículo 590-4 del C.P.C., y ahora en el art. 491 -4 del C.P.G, para tramitar solicitud de reconocimiento de heredero de mejor derecho en un proceso de sucesión, es en su criterio espacio procesal legalmente habilitado para sustanciar y decidir la acción de impugnación de la maternidad del menor xxxxxxxxxxxxxxx favorecido con dicho reconocimiento en el auto del 23 de noviembre de 2015, acción que admiten como la adecuada al propósito de desvirtuar el vínculo de parentesco materno filial en que se apoyó, probado mediante el folio de registro civil indicativo serial 41824483, asentado el 4 de agosto de ese año en la Notaría xxxxxxx de este Círculo, que da cuenta de la inscripción del nacimiento. El desacierto es patente con tan sólo advertir que la acción de impugnación del estado civil es asunto contencioso para el que está reservado el trámite del proceso verbal previsto en el artículo 368 del C.P.G., con observancia de las reglas especiales contempladas en el artículo 386 ibídem, por lo que mal podría pretenderse quebrantar el derecho fundamental al debido proceso contemplado en el artículo 29 de la C.N. `por cuyo respeto clamaron paradójicamente los apelante], precepto superior según el cual **"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio",** segmento subrayado con el que no se aviene la antojadiza aspiración de los recurrentes para que en el incidente promovido por el heredero de mejor derecho se tramite y decida la impugnación de la maternidad que, por cierto, ya es materia de un proceso en curso cuyo objetivo es la realización de la norma positiva del artículo 355 del C.C., conforme a lo previsto no en un principio constitucional, como lo adujeron los apelantes, sino en la regla de interpretación del artículo 11 del C.P.G., que paladinamente declara que **"[al] interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial".**

Rad. 007 2014 00371 03 (02 06 2017) M. Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos.

SALA LABORAL

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Bonificación. Reliquidación de las prestaciones sociales.

Extracto:

"La estabilidad laboral reforzada en Colombia, se encuentra reglamentada por el art. 26 de la Ley 361 de 1.997, así mismo tiene raigambre constitucional, cuando se refiere a las mujeres en estado de embarazo , o aquellas personas que se encuentren en el retén pensional, más no se puede hacer extensiva dicha protección a cualquier trabajador, que no se encuentre inmerso en las situaciones fácticas allí descritas, lo anterior porque de imponerse la referida protección a aquellos se estaría violentando el derecho que le asiste al empleador de administrar su negocio como mejor le convenga, ello implica que en ejercicio de dicha actividad, puede disponer dentro de los parámetros del estatuto laboral de los contratos de trabajo , es decir , modificarlos o terminarlos a como bien le parezca, siempre y cuando asuma las obligaciones que impone la ley al respecto, de ahí que los argumentos en que funda sus expectativas el recurrente no tienen vocación de prosperidad.

No obstante lo anterior, cabe advertir que la terminación del vínculo laboral no se atemperó a las disposiciones legales del numeral 1 del art. 46 del CST, que establece que si antes de la fecha de vencimiento del término pactado , las partes no avisaren con un término de 30 días , la decisión de no renovarlo , se entenderá que el mismo se prorrogará por un igual periodo al inicialmente pactado, en los mismos términos del numeral 2, señala que si el término fijado es inferior a un año, dicho periodo, sólo se podrá prorrogar hasta por tres veces, y de manera posterior se entenderá prorrogado por un año."

(…)

"Al descender al caso en cuestión, se encuentra que la carta de terminación fechada 10 de enero de 2.013 (f.54), le informa al demandante de manera errónea que su contrato termina el 15 de febrero de 2.013, lo cual automáticamente le otorga el derecho a la indemnización por despido injusto del art. 64 del CST, de conformidad con el inc.3 de la citada norma, la cual indica que se debe pagar los salarios al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado.

Para efectos de la liquidación la Sala advierte que si bien es cierto la carta de terminación del contrato de trabajo, señala que el contrato se termina el 15 de febrero de 2,013, también lo es que la empresa demandada tan sólo canceló sus obligaciones hasta el 30 de enero de 2.013, tal y como da cuenta la liquidación de prestaciones sociales visible a folio 73 del plenario, por lo que la Sala concluye que fue hasta esta última fecha que el demandante trabajo para la demandada, por lo que la indemnización ya referida se debe contar a partir del 1 de febrero de 2.013 al 21 de junio de la misma anualidad, data en la cual finiquitaba el periodo del último contrato prorrogado.

Consecuencia de lo anterior la demandada debe la suma de $2.871.700 por concepto de indemnización por despido injusto, siendo oportuno resaltar que el valor referido se obtuvo de liquidar el último salario diario de $20.366.66 (fs.53 y 73) por 141 días restantes a la fecha de vencimiento del plazo."

(…)

"En el presente asunto, la Sala sostiene la tesis de que si bien es cierto, existen probanzas de que el empleador pagaba una bonificación al demandante (f.24), también lo es que este último no logro probar con suficiencia que los referidos pagos se hicieren de forma habitual, y en virtud de los servicios prestados por el demandante."

Rad.002 2013 00547 01 (09 05 2017) M.P. Dra. Elcy Jimena Valencia Castrillón.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Hijo fallecido. Dependencia Económica.

Extracto:

"Es pertinente precisar que PROTECCIÓN no discute que xxxxxxxxxxxxxxxxxx le ayudaba económicamente a su madre, pues así lo indicó en la contestación de la demanda cuando señaló que el causante daba una simple ayuda económica a la demandante; y para la demandada la colaboración económica por sí sola no permite establecer la dependencia económica porque sin ella podía seguir subsistiendo , y en el recurso de apelación indicó que si bien prestaba ayuda para la "casa" no se puede entender que sea para la manutención de la demandante.

Entonces, la demandada admite que xxxxxxxxxxxxxxxxxx sí le prestaba ayuda económica a su madre, tal como lo señaló el testigo traído al proceso, lo que hacía para sufragar los gastos de alimentación , servicios públicos y arrendamiento, así aparece en la investigación administrativa visible a folio 71, gastos que correspondían a la subsistencia del hogar, llámese a éstos, gastos de la casa, gastos de subsistencia o ayuda económica , denominaciones que no inciden para presumir la no dependencia económica de xxxxxxxxxxxxxxx respecto de su hijo, como lo pretende la recurrente.

La Sala acoge lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2006 que declaró inexequible la expresión "**de forma total y absoluta"** que hacia parte del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 literal d, parcial, de la Ley 797 de 2003. En la citada providencia se establecieron pautas intelectuales para juzgar o para decidir en qué caso hay dependencia económica. Para saber si nuestra certeza es auténtica y por qué lo es; para saber si nuestro conocimiento es verdadero, y por qué lo es; necesitamos un criterio. Estos criterios se reiteran en la sentencia T- 113 de 2011, de fecha 24 de febrero de 2011, así: **1.** Para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna. **2.** El salario mínimo no es determinante de la independencia económica. **3.** No constituye independencia económica percibir otra prestación. Por ello, entre otras cosas la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de pensión de sobrevivientes como lo reconoce el artículo 13 literal J de la Ley 797 de 2002 (sic). **4.** La independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional. **5.** Los ingresos ocasionales no generan independencia económica. Es necesario percibir ingresos permanentes y suficientes. **6.** Poseer un predio no es prueba suficiente para acreditar independencia económica.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia del 24 de julio de 2007, radicación 30790, ha considerado que, "…la dependencia económica exigida en la ley para tener derecho a la pensión de sobrevivientes, no requiere ser total y absoluta, permitiéndole a los padres del

causante un ingreso adicional fruto de su propio trabajo o actividad siempre y cuando esto no los convierta en autosuficientes económicamente. Es claro que si los ingresos propios que perciben los padres son suficientes para satisfacer sus necesidades básicas o relativas a su sostenimiento no se configura el presupuesto para acceder al derecho pensional. De ahí que debe de examinarse cada situación en particular.

La Sala considera que, incluso, con independencia del monto de la ayuda económica suministrada por el causante a su madre ésta resultaba vital para su sostenimiento y supervivencia en los términos señalados por la Corte Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia, en tanto que, si bien al momento del fallecimiento la actora percibía ingresos por las actividades informales que realizaba ocasionalmente, estos no la hacían económicamente autosuficiente, lo que tampoco se desvirtúa por el hecho que tuviera cuentas de ahorro o corriente y obligaciones con entidades financieras; máxime que la demandante no tiene un trabajo estable que le permita generar ingresos periódicos, pues tal como lo relatan el testigo y las personas entrevistas en la investigación administrativa ella siempre ha laborado por temporadas o respondiendo al llamado de otros para hacer aseo en casas, vendiendo aguacates y empanadas, por eso, sin lugar a dudas la ayuda económica de xxxxxxxxxxxxxxx para su progenitora era significativa y necesaria; pues sin ella no alcanzaban a cubrir los gastos de subsistencia, en virtud a que, ella no es autosuficiente e independiente económicamente, tal como quedó demostrado.

Por su parte, el padre del causante, xxxxxxxxxxxxxxxxxx, no probó ser dependiente económicamente de xxxxxxxxxxxxxxxxxx, pues de acuerdo a la declaración del testigo PABLO ANTONIO OVIEDO éste nunca convivió con el causante y su progenitora , y así también quedó demostrado con cada uno de los vecinos entrevistados en la investigación administrativa realizada por SERCOIN SEGUROS quienes indicaron unánimemente, que xxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxx vivían juntos sin que conviviera nadie más con ellos, y en dicho informe se indica como información general del afiliado que “el padre del afiliado abandonó a su familia hace 20 años aproximadamente”, por lo cual no es dable reconocerle la pensión de sobrevivientes.

Hasta aquí quedan resueltos los problemas relacionados con la dependencia económica y el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Por lo tanto, se confirma la decisión de instancia.

Con relación a los aportes que se deben descontar de las mesadas pensionales reconocidas a la demandante y de su traslado al Sistema de Seguridad Social en Salud, le asiste la razón a la demandada. Al respecto la Sala de Casación Laboral en sentencia radicada bajo el número 47378 de 2012 dijo: “…que el descuento por salud que está a cargo del pensionado en su totalidad, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, es una consecuencia que está estrechamente ligada o inherente al reconocimiento de la pensión, lo que significa que al otorgarse este derecho mediante la acción judicial , el sentenciador está perfectamente facultado para disponer su deducción…”. Atendiendo el anterior pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, la Sala autoriza a PROTECCIÓN a descontar del retroactivo pensional que pague a xxxxxxxxxxxxxxx, las sumas que por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud esté en la obligación de trasladar a la EPS de su preferencia. En este sentido habrá de adicionarse la sentencia apelada.

Así queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por la demandada y la consulta a favor de xxxxxxxxxxxx. Sin costas en esta instancia por los resultados del proceso."

Rad.015 2015 00187 01 (05 04 2017) acta 156. M.P. Germán Varela Collazos.

PENSIÓN DE VEJEZ. Contrato de trabajo a término indefinido. Contratistas independientes conjunto residencial.

Extracto:

"La controversia se circunscribe en resolver los siguientes problemas jurídicos: (i) si en el expediente se demostró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante xxxxxxxxxxxxxxxx y el conjunto residencial XXXXXXXXXX, por el lapso del 1º de marzo de 1998 y el 31 de mayo de 2013; o, si por el contrario se desvirtuó la continua y permanente subordinación, con los contratistas independientes que alega el conjunto residencial; (ii) ¿cuántas semanas cotizadas tiene la demandante al 1º de enero de 2011 y cuántas semanas se encontraban en mora?; (iii) si debe condenarse a PROTECCIÓN a pagar a la demandante la pensión de vejez por garantía de la pensión mínima de vejez, consagrada en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, por tener 57 años de edad y 1.150 semanas cotizadas, no obstante la mora acreditada; (iv) si se debe condenar a PROTECCIÓN al pago de los intereses moratorios o a la indexación pedida por la demandante. En su orden se resuelven los problemas planteados.

Vamos al primer problema. 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 la presunción consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. No obstante, la mencionada presunción que es simplemente legal puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario al presumido. Por ejemplo, demostrar que el servicio no se prestó bajo un régimen contractual laboral; probar que 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, ora individual ora en su conjunto no se desvirtúa la continua y permanente subordinación de la demandante para el conjunto residencial xxxxxxxxxx en los extremos temporales indicados. Todo lo contrario, llevan a concluir que entre las partes se configuró un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1º de enero de 1998 y el 31 de mayo de 2013. Así lo ratifican las declaraciones bajo juramento para fines extraprocesales rendidas en la Notaria 21 de Santiago de Cali por DIONE… y LUIS ARNOVIO…, quienes señalaron que la demandante trabajó como aseadora (oficios varios) durante 15 años contados desde antes del 20 de marzo de 2013, fecha de la declaración; la primera, dijo constarle por ser residente en la unidad residencial demandada; y, el segundo porque trabajaba como jardinero. Las declaraciones no fueron tachadas de falsas. El segundo de los testigos declaró en el proceso y de su testimonio contrario a lo que dice el recurrente no se desvirtúa la continua y permanente subordinación por el hecho de haber dicho que los derechos prestacionales a la actora fruto de su trabajo en el conjunto eran pagados por terceros, ya que dicha expresión es tomada fuera de contexto y no tiene fuerza, intensidad y poder de desfigurar la subordinación de la trabajadora al conjunto residencial máxime cuando el testigo se preocupa por narrar las circunstancias que rodearon su función de aseadora de la unidad residencial. Si a lo precedente se le suma las certificaciones de ESPERANZA …, , quien señaló que conoce a la actora desde hace 14 años y que siempre la ha visto laborar como encargada del aseo en las zonas comunes de la unidad residencial demandada; y, la certificación de MIRYAN AMPARO … quien dijo

conocer a la demandante 12 años antes de la certificación desempeñando las labores de aseadora al servicio de la copropiedad demandada "bajo la subordinación del señor Armando Herrera, quien se ha desempeñado como administrador de la misma durante los últimos años", folio 68; así mismo, lo certificó NAZLY GELLEN … quien señaló que la demandante " ha laborado como Aseadora al servicio de la copropiedad bajo la subordinación del señor Armando Herrera, quien se ha desempeñado como administrador de la misma durante los últimos años", folio 69 . A lo precedente se le suma que el conjunto residencial xxxxxxxxxxxx no contestó la demanda y su representante legal no asistió al interrogatorio de parte decretado por el juzgado. Es así, que se reitera que entre las partes distanciadas en juicio, existió una vinculación laboral permanente y continua que inició el 1º de marzo de 1998 y el 31 de mayo de 2013, tal como lo concluyó el a quo, por lo que le surgieron derechos y prestaciones a la parte actora de la forma señalada en la sentencia apelada. Hasta aquí queda resuelto el primer problema planteado.

Respecto del número de semanas cotizadas por la demandante al 1º de enero de 2011 tenemos que, de la historia laboral visible a folio 32 y vuelto, se desprende que antes del 26 de enero de 2000 –fecha de traslado de régimen- tenia cotizadas 571,43 semanas más 53,71 en mora por el patronal HUMBERTO … lo que arroja un total de 625,14 semanas desde el 1º de diciembre de 1981 hasta el 30 de septiembre de 1999 – sin tener en cuenta las semanas del 1º de octubre de 1999 hasta el 26 de enero de 2000 – fecha del traslado a PROTECCIÓN, las cuales por la declaratoria del contrato de trabajo ya señalado se deben contabilizar.

Ahora, en PROTECCIÓN desde el 26 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2010 debe tener cotizadas un total de 562,14 lo cual se corrobora con el memorial visto a folio 244, en el que PROTECCIÓN afirma que la actora cuenta con 553,57 semanas a dicho fondo, que sumadas a las 625,14 cotizadas en el SEGURO SOCIAL arrojan un total de 1.187,28 cotizadas desde el 1º de diciembre de 1981 hasta el 31 de diciembre de 2010. En consecuencia, la demandante cumple con lo señalado en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 para tener derecho a la garantía de la pensión mínima.

En gracia de discusión que se señalan que no se debe considerar las semanas e mora, como lo hizo el juzgador de instancia al absolver al fondo privado del pago de la pensión de vejez por garantía de la pensión mínima , por cuanto, según él, a éste no se le puede achacar la cobranza de un empleador que no tenía el carácter de tal, de allí que, condenó al conjunto residencial xxxxxxxxxxxxxxx a pagar las cotizaciones en mora "según la liquidación que haga de la misma la sociedad administradora de pensiones". Concluyó que el fondo privado no está obligado a pagar las prestaciones por vejez hasta tanto no se surtan los trámites correspondientes. La Sala no comparte tal argumento por las siguientes razones: i) si observamos las historias laborales vistas a folio 32 vuelto; 33 y 34 del expediente el patronal HUMBERT0… quien fue uno de los intermediarios de la empleadora unidad residencial xxxxxxxxxxxx afilió a la demandante por el lapso del 1º de marzo de 1998 al 30 de septiembre de 1999, así mismo aparece la mora en las cotizaciones por el período arriba indicado. Tampoco comparte la Sala que el juzgador diga que PROTECCIÓN no tenía la obligación de cobrar a un empleador que no tenía el carácter de tal; sin embargo, resuelve admitir las cotizaciones hechos por el presunto empleador y ordena que haga la liquidación por las semanas en mora al verdadero empleador con el argumento que la relación laboral se constituye a partir de la sentencia. Si aceptamos tal argumento, entonces, PROTECCIÓN tendría que haberle cobrado al patronal HUMBERTO …; pero, si lo discutiéramos también PROTECCIÓN debe cobrar las semanas en mora a la unidad residencial xxxxxxxxxxxx, de allí que, al conceder o negar cualquiera de las dos proposiciones que enunciamos queda demostrado aquello que se quiere probar , esto es , que la entidad administradora de pensiones no puede hacer recaer sobre la trabajadora las consecuencias negativas que se pueden derivar del presunto empleador o del empleador que se declara en esta sentencia. Este es un argumento que en teoría de la argumentación se conoce por el dilema. El mismo razonamiento se extrapola al tiempo cotizado después del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Tampoco la Sala comparte el argumento dado por el juez de instancia en el sentido que PROTECCIÓN no está obligado a responder por la pensión de

vejez "hasta tanto no se surtan los trámites correspondientes". Las razones son las siguientes: i) en torno a la emisión de los bonos pensionales para contabilizar el monto del capital necesario para pensionarse, el art. 20 del Decreto 656 de 1994 dispone que "Corresponde a las sociedades que administren fondos de pensiones adelantar, por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de emisión de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su exigibilidad. Las solicitudes de emisión de bonos pensionales deberán ser presentadas a la entidad previsional correspondiente **dentro de los seis (6) meses inmediatamente siguientes a la vinculación del afiliado que tenga derecho a dicho beneficio**, y hasta tanto sean emitidos efectivamente deberán efectuar un seguimiento trimestral al trámite de su emisión". Entonces, de conformidad con la norma mencionada, es el fondo el encargado de adelantar los trámites tendientes a lograr la emisión de los bonos pensionales y el pago de los mismos, de allí que, no se le puede endilgar la responsabilidad a una trabajadora afiliada que tiene como función hacer labores de aseo en unidades residenciales; ii) la jurisprudencia ha dicho que la falta de pago de aportes a la seguridad social por parte del empleador no constituye motivo suficiente para negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez que se reclama . La Corte Constitucional en las sentencias T-363 de 1998, T-165 de 2003, T-106 de 2006, entre otras, ha reiterado que dado que la Ley 100 de 1993 otorga distintos mecanismos para que esas entidades efectúen los cobros correspondientes, incluso coactivamente, con el objeto de preservar la integridad de los aportes se entiende que la negligencia en el uso de dichas facultades, no puede servir de excusa para negar el reconocimiento y pago de una pensión , puesto que tal actitud equivaldría a imputar al trabajador las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales del empleador y la correlativa falta de acción de la entidad encargada del cobro de los aportes; igual posición ha tenido la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 20 de octubre de 2015, radicación 43182, en la que rememoró que la validez de las semanas cotizadas por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro , y por lo tanto, no puede negar el reconocimiento de la pensión de vejez.

A manera de conclusión , xxxxxxxxxxxxxxx se afilió al Seguro Social desde el 1º de diciembre de 1981 y se trasladó a PROTECCIÓN el 26 de enero de 2000; radicó la solicitud de la pensión de vejez al fondo privado en enero de 2011 y éste le contestó el 11 de enero de 2012 negándole l pensión; la actora para dicha fecha tenía 57 años de edad y más de 1.150 semanas , de allí que, de conformidad con lo señalado en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 tiene derecho a que PROTECCIÓN le reconozca la garantía de la pensión mínima desde el 1º de febrero de 2011 teniendo en cuenta que la solicitud de pensión fue presentada en el mes de enero de 2011. La demandante tiene derecho a catorce (14) mesadas al año por haberse causado el derecho con anterioridad al 31 de julio de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

En cuanto a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, proceden a partir del 1º de junio de 2011, es decir, después del vencimiento de los cuatro (4) meses posteriores a la solicitud, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Por último. Se autoriza a PROTECCIÓN para que descuente del retroactivo que pague a la demandante los aportes que se deben destinar al sistema de seguridad social en salud, excepto sobre las mesadas adicionales.

Las anteriores razones son más que suficientes para revocar el numeral tercero de la sentencia apelada (…)"

Rad.013 2013 00419 01 (24 05 2017) Acta 219.M.P.Dr. Germán Varela Collazos.

SALA PENAL

Solicitud de nulidad. Prueba testimonial. Estafa agravada y Fraude procesal.

⋮

"En el caso puntual que propone el recurrente, dígase que en sentido material no se presentó ninguna afectación del derecho protegido –Debido proceso-.

Ello, en gracia del principio de trascendencia, debe decirse que la defensa sólo redundó en generalidades e hipótesis sin concretar y probar dentro del proceso que nos ocupa y que se encuentra en vista pública, en qué le afectó gravemente el hecho que la etapa de investigación previa e instrucción haya habido dilación, así como el hecho que por esa dilación se haya sorprendido a su defendida con el llamamiento a juicio."

(…)

"… la Sala considera que el objeto de las pruebas practicadas en la etapa investigativa se terminó, sin advertirse que en la actualidad los testigos informen de situaciones nuevas que ameriten su ampliación y además el recurrente no expresa fundamento de peso para hacerlo.

Luego entonces, la Sala comparte a plenitud la decisión de la Juez de Instancia de negar los testimonios practicados en la etapa de instrucción, debido a que cumplieron con su finalidad y además las mismas mantienen valor y eficacia probatoria, en virtud del principio de permanencia de la prueba."

Rad.012 2017 00013 01 (20 06 2017) acta 182.Dr. Orlando Echeverry Salazar.

T U T E L A S

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Procedibilidad de la acción de tutela para la reclamación por pérdida del cargo de funcionario público como consecuencia de traslado efectivo. Provisión de cargos vacantes de carrera judicial. La estabilidad laboral general

Extracto:

De las pruebas aportadas por la parte demandante, se obtiene que la señora xxxxxxxxxxxxxxx, ha padecido de Síndrome de Túnel del Carpo desde el año 2013 según impresión diagnostica obrante a folio 10 al 11 del infolio; de Enfermedad de Meniere desde el año 2014 según historia médica demostrado en folio 12 y 13, en los folios 14 al 20 se observan resultados diagnósticos de las patologías ya mencionadas, a folio 21 en adelante se observa historia médica del 23 de febrero del presente año, fue valorada por psiquiatría por el diagnóstico de trastorno mixto de ansiedad y depresión. A folios 44 a 49 con fecha del 5 de octubre de 2016, se observa petición elevada por la hoy accionante ante el Consejo Seccional de la Judicatura y de la misma forma fue presentada al Tribunal Superior de Cali con fechas del 26 de octubre de 2016 y 24 de noviembre hogaño.

De acuerdo con lo resaltado por la parte considerativa de esta providencia, a los servidores públicos en provisionalidad, los cobija una estabilidad laboral relativa, es decir, que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan

con una persona de carrera, tal como ocurrió en el sub examine o por razones objetivas que deben ser claramente motivadas en el acto administrativo de desvinculación o de aplicación del traslado que hoy nos ocupa. Es por lo anterior, que la terminación de una vinculación en provisionalidad por aplicación del puesto de una persona que se encuentre en carrera judicial, no abandona ni vulnera los derechos constitucionales del funcionario en provisionalidad, como consecuencia de la estabilidad relativa que se le ha endosado a quienes están vinculados bajo esta forma de contratación laboral, pues la misma debe ceder frente al mejor derecho de que tienen las personas que ganaron un concurso público de mérito. Lo anterior siempre que quien esté en el cargo no goce de una estabilidad laboral reforzada por encontrarse en estado de discapacidad, enfermedad u otra situación que la ubique como persona en condiciones de debilidad manifiesta; que dicha patología haya sido informada al nominador y que no existan otros medios para garantizar las exigencias de los derechos o principios en pugna.

Si bien es cierto la entidad nominadora, en este caso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali debe tener discrecionalidad en cuanto a la aplicación del registro de elegibles o la aplicación de solicitud de traslado, para no conculcar derechos fundamentales a los que son titulares cualquier empleado o funcionario y máxime si se tratase de una persona en estado de debilidad manifiesta o ser sujeto de especial protección constitucional , no es menos cierto que, en el momento de darle el visto bueno al traslado solicitado por la señora xxxxxxxxxxxx (5 de octubre de 2016), El Consejo Seccional de la Judicatura no tenía conocimiento del estado de Salud de la señora xxxxxxxxxxxxxxx. Si bien es cierto el Tribunal Superior de Cali conoció de sus patologías por los escritos enviados en noviembre de 2016, está entidad salvaguardando el derecho al mínimo vital y la seguridad social proporciono mecanismos alternativos a la hoy accionante para asegurar su continuidad laboral al legitimar su cargo en propiedad como Secretaria de la Sala Civil de esa corporación. Pero desconocía que la accionante había condicionado su posesión al cargo al desenvolvimiento de su estado de salud y que un día después (24 de febrero) de su nombramiento fuera a renunciar por sus condiciones de salubridad y en atención al servicio, pues su salud estaba en graves condiciones siendo incapacitada por 15 días, esto es hasta el 10 de marzo.

De acuerdo a lo anterior, y con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual en Sentencia 1040 de 2001, manifestó lo siguiente:

"En efecto, el alcance del derecho a ser reubicado por condiciones de salud tiene alcances diferentes dependiendo del ámbito en el cual opera el derecho. Para tales efectos resultan determinantes al menos tres aspectos que se relacionan entre sí: 1) el tipo de función que desempeña el trabajador, 2) la naturaleza jurídica y 3) la capacidad del empleador. **Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación"**

La señora xxxxxxxxxxxx, tal como se evidencia en los documentos que hacen parte del acervo probatorio de la presente acción, el día 13 de febrero de 2017 aceptó el cargo de Secretaria de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de forma condicionada a su situación médica y declinando a dicho cargo el día 24 de febrero del mismo año, por su condición de salud, la cual había empeorado. Folios 69, 70 y 71.

Si bien es cierto la señora xxxxxxxxxxxxxxx padecía de dolencias médicas conocidas por su nominador para el momento del visto bueno de la solicitud de traslado, no puede tampoco él mismo, desconocer las razones que tuviera la señora xxxxxxxxxxxxxxx para solicitar el traslado a la ciudad de Cali. Sin embargo, el tribunal debía advertir que el artículo 153, numeral 19 de la Ley 270 de 1996 contempla un deber particular frente a los

servidores públicos de habitar en el lugar del cargo, situación que debía conocer la Dra. Xxxxxxx y el Tribunal. Situación que aunada a la estabilidad laboral reforzada de la accionante debía ceder por mandato constitucional y jurisprudencial.

Referente a la Sentencia de tutela de primera instancia, se observa que se hizo un análisis sobre los hechos de la acción de tutela, las pretensiones y las pruebas aportadas por las partes, considerándose que no había lugar a tutelar los derechos de la accionante y que la acción era improcedente, como quiera que para ello deben darse unas circunstancias específicas que no se dieron dentro de este proceso constitucional y que la peticionaria contaba con otros recursos como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por la vía contencioso administrativa. Razón por la que el A Quo negó las pretensiones de la accionante. Luego no advirtió el juez de primera instancia que el traslado afectaba gravemente la estabilidad laboral reforzada de la accionante, su derecho a la salud en conexidad con la vida, al trabajo, al mínimo vital y móvil, a la solidaridad, al debido proceso y, a la dignidad humana, tal y como ha quedado expresado en las consideraciones anteriores con nutrida jurisprudencia, razón por la que deberá revocarse el fallo de primera instancia.

Respecto al principio de continuidad al derecho de salud, en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha indicado que "*Al ser la seguridad social en salud un servicio público, el mismo debe ser prestado con sujeción al principio de eficiencia del cual hace parte el principio de continuidad. Este último principio ha sido considerado por la jurisprudencia de esta Corporación como la garantía que tienen las personas de que si un tratamiento médico o el suministro de un medicamento ya se ha iniciado, este no se suspenda por razones como que el paciente ya no está afiliado en la EPS a causa de haber sido desvinculado de su lugar de trabajo. Dicho principio también tiene limitaciones como el concepto de "necesidad", es decir, tratamientos médicos o medicamentos que de ser suspendidos implicarían la grave y directa afectación de derechos fundamentales tales como la vida, la salud, la integridad física y la dignidad humana".*

En cuanto al principio de Solidaridad, nos obliga a todos conforme al artículo 95 superior a responder con acciones humanitarias frente aquellas personas cuya vida y salud peligren o se encuentren amenazadas. Pues bien, la solidaridad como principio encuentra su génesis en la dignidad humana en la medida que el tratar a los demás como fines en sí mismos conlleva el contribuir en el logro de sus metas y facilitar las condiciones a que obliga la vida en comunidad , toda organización social implica ventajas y sacrificios , la seguridad, el bienestar, la infraestructura y, en general, los bienes comunes son parte de los privilegios que se obtienen por la vida colectiva, pero ello también implica el pago de impuestos, la restricción de los derechos propios frente a los otros y, en particular, la obligación de contribuir al bienestar general, situación que sirve de fundamento a la solidaridad.

Para el caso en concreto, la solidaridad derivada del artículo 95 frente a aquellas personas cuya vida y salud se encuentran en peligro obliga al empleador a no poder despedirlas y mantener su relación laboral bajo estrictos condicionamientos impuestos por vía legal, constitucional y jurisprudencial como la estabilidad laboral reforzada. Pero dado el caso en estudio, es menester analizar qué implicaciones tiene la solidaridad como principio y deber en materia laboral, especialmente frente al caso de la funcionaria que ha solicitado el traslado a cargo ocupado por la accionante, pues allí también hay un deber de contribuir con el desarrollo pleno de las potencialidades de quien se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta, luego sería diferente si quien ostenta el cargo en provisionalidad estuviera en normales condiciones de salud, en este caso el derecho de quien está nombrado en propiedad primaría frente a la estabilidad laboral precaria del servidor en provisionalidad, pero dadas las condiciones del deber de solidaridad y lo que este deber exige de los demás ciudadanos, tenemos que anticipar su obligación de espera, la necesidad de ceder o contener el derecho frente a esta persona cuya condición de debilidad nos cobija con la solidaridad obligando a suspender el derecho al traslado para dar prioridad al débil por razones de salud.

Frente a este principio y en materia laboral la corte ha dicho:

"Especial énfasis se debe hacer sobre el principio de solidaridad social, fuente normativa se encuentra en los artículos 1º y 95 de la Constitución. Dicho principio ha sido explicado así:

"La jurisprudencia constitucional ha explicado que el principio de solidaridad, por regla general, debe ser objeto de desarrollo legislativo para que de éste se deriven deberes concretos en cabeza de las autoridades. Sin embargo, también ha señalado que este principio puede generar obligaciones impuestas directamente por la Constitución frente a grupos vulnerables, precisamente por su relación con el principio de igualdad material."

"La Corte ha explicado que el principio de solidaridad indicando que se trata de "un deber, impuesto a toda persona [y a las autoridades estatales] por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo". También ha manifestado la Corte que la solidaridad posee una estructura compleja que abarca, al menos, las siguientes dimensiones: "(i) [es] una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; [y] (iii) un límite a los derechos propios". En desarrollo de estos mandatos, el legislador expidió la Ley 361 de 1997, adoptando medidas para la integración social de la población con discapacidad. Por un lado, dispuso acciones positivas, tendientes a propiciar la contratación de personas con discapacidad, instaurando una serie de incentivos crediticios, tributarios y de prelación en procesos de licitación, adjudicación y contratación con el Estado. Por otro lado, en su artículo 26, prohibió el despido discriminatorio de personas con discapacidad, creando así una restricción constitucionalmente legítima a la libertad contractual del empleador, quien solo está facultado para terminar el vínculo después de solicitar una autorización a la Oficina del Trabajo, para que ésta determine si existe una justa causa para la terminación del vínculo. La sanción en caso de presentarse el despido de una persona con discapacidad sin el citado permiso, es el pago de una indemnización equivalente a 180 días de salario".

De lo anterior, se deriva que el principio de solidaridad está directamente relacionado con la estabilidad laboral reforzada por enfermedad, según lo ha dicho la Corte Constitucional, pero también es claro que como deber constitucional obliga a los miembros de la colectividad a sacrificar o ceder parte de sus derechos en procura de quienes se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta, cuál sería el caso de la Dra. Xxxxxxxxxxxx, quien por su condición de enfermedad ha de recibir un trato particular y preferente de las autoridades y del operador judicial respetando su derecho y garantizando su permanencia el cargo que hoy ocupa. De aquí, también se deriva la obligación de la Dra. López Montaño de esperar, como parte de las acciones humanitarias con las que debe responder según el mandato del artículo 95-2, (2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas), hasta tanto se define en la jurisdicción de lo contencioso administrativo la legalidad del acto administrativo que ordena el traslado.

Aunado a lo anterior, el Artículo 153 de la Ley 270 de 1996, numeral 19 contempla como deberes de los servidores públicos el de residir en el lugar de ocupación del cargo, situación que ante la precariedad de la salud de la Doctora xxxxxxxxxxxx, obliga a la solicitante del traslado a ceder a su pretensión en garantía de la estabilidad laboral reforzada.

Rad. 760013104013 2017 00015 01 Acta No. 02 (03-05-2017)

Conjuez Ponente: Dr. Juan Felipe González Ríos.

Conjueces: Alvaro Díaz Garnica y Yecid Echeverry Enciso.

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

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

Boletin elaborado por Henry Moreno Macias, Relator del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.-

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