

El Foro Nariñés

**ÓRGANO DE DIFUSIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL
DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**

*Número 247
San Juan de Pasto
2015*

PRESIDENTA:	AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
RELATORA:	CARMEN ALICIA SOLARTE BENITEZ
DISEÑO E IMPRESIÓN:	EMPRESA EDITORA DE NARIÑO- EDINAR
FOTOGRAFÍAS INTERNAS:	ROBERTO CAICEDO CERÓN
DISEÑO:	KARINA CHAPAL PALACIOS
	JHONANTAN POLO PÉREZ
	"LA CAJA DE PANDORA"

PORTADA Y CONTRAPORTADA:

LA COCHA: "*Laguna*" en el lenguaje quechua, conocida también como Lago Guamuez, se encuentra situada en el corregimiento El Encano del municipio de Pasto, departamento de Nariño, a 2.800 metros sobre el nivel del mar, con una extensión de 20 kilómetros y una profundidad máxima de 75 metros.

Sitio lleno de magia y exuberante naturaleza, rodeado de especies de flora y fauna típicos del ecosistema paramoso, reconocido como humedal de importancia internacional dentro del convenio Ramsar, mediante Decreto 698 del 2000, siendo el primero con esta calificación en la zona andina.

En este lugar, la belleza natural y el encanto del paisaje, se confunden con los asentamientos de comunidades descendientes de los indígenas Quillacingas, Quechua, Kamsá y Kofán, siendo considerado un espacio sagrado, sintiéndose en el ambiente una energía positiva, que invita a la meditación.

Se destaca la Vereda El Puerto, con sus coloridas viviendas lacustres y con un hermoso embarcadero, del cual parten las canoas que navegan por el lago, dando lugar a un paisaje pintoresco y sin igual.

En medio de la laguna emerge la Isla La Corota, constituida como la reserva natural de menor tamaño del sistema de Parques Naturales Nacionales, la cual según una de las innumerables leyendas de la región, fue una princesa indígena, llamada Tamia, quien fue convertida en isla y santuario por causa de los celos de su esposo, el Cacique Pucara; siendo en el pasado sitio de adoración y culto de los Quillasingas y hoy en día lugar de peregrinación y festividades religiosas, en donde se venera a la Virgen de Lourdes.

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**
Periodo Febrero 1 de 2015 a Enero 31 de 2016

DIGNATARIOS

SALA DE GOBIERNO

DRA. AÍDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
PRESIDENTA

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ
VICEPRESIDENTE

DR. FABIO RAÚL LÓPEZ CHAVES
PRESIDENTE SALA CIVIL – FAMILIA

DRA. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
PRESIDENTA SALA LABORAL

DR. JAIME CABRERA JIMÉNEZ
PRESIDENTE SALA PENAL

SALA CIVIL-FAMILIA

DRA. AÍDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
DR. GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
DR. FRANKLIN TORRES CABRERA
DR. FABIO RAÚL LÓPEZ CHAVES

SALA LABORAL

DRA CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
DRA. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

SALA PENAL

DRA. BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
DR. JAIME CABRERA JIMÉNEZ
DR. SILVIO CASTRILLÓN PAZ
DR. FRANCO SOLARTE PORTILLA

DRA. AÍDA ELENA RODRÍGUEZ ESTRADA
SECRETARÍA GENERAL

DR. NESTOR GABRIEL CABRERA
SECRETARIO SALA CIVIL-FAMILIA

DR. JAMES RODRIGUEZ ROSERO
SECRETARIO SALA LABORAL

DR. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
SECRETARIO SALA PENAL

DRA. CARMEN ALICIA SOLARTE BENITEZ
RELATORA

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto - 2015



Sentados de izquierda a derecha, Sala de Gobierno, doctores: Claudia Cecilia Toro Ramírez (Presidenta Sala Laboral), Gabriel Guillermo Ortíz Narváez (Presidente Sala Civil-Familia), Aida Mónica Rosero García (Presidenta Tribunal Superior), Juan Carlos Muñoz (Vicepresidente Tribunal Superior), Franco Solarte Portilla (Presidente Sala Penal). De pie, de izquierda a derecha, doctores: Aida Elena Rodríguez Estrada (Secretaria General), Clara Inés López Dávila, Franklin Torres Cabrera, José Aníbal Mejía Camacho, Blanca Lidia Arellano Moreno, Silvio Castrillón Paz, Carmen Alicia Solarte Benítez (Relatora).

PRESENTACIÓN

La JUSTICIA, impartida de manera pronta y eficaz, ha sido una aspiración constante en nuestra vida republicana. Sin embargo, en la coyuntura política y social por la que actualmente atraviesa nuestro país, adquiere una relevancia y una connotación mayor, en tanto el Poder Judicial tendrá que ser el abanderado de la consolidación de la paz en Colombia.

De cara a los desafíos que deberá afrontar la administración de justicia, se viene presentando dentro de ella un verdadero proceso de transformación nacido de sus entrañas, en el cual todos estamos comprometidos; de ahí la importancia de capacitarnos, de prepararnos, de documentarnos para asumir de manera seria y eficiente nuestro protagónico papel de jueces del postconflicto. No podemos ser inferiores a la altísima responsabilidad histórica que ha sido puesta en nuestras manos, la de garantes de los derechos.

La Rama Judicial, consciente de la problemática nacional y en aras de cooperar con el necesario proceso de transformación institucional y con la consecución de una paz, estable y duradera, ha puesto especial énfasis en la formulación del Plan Decenal del Sistema de Justicia 2017/2027, participando de manera proactiva en la construcción de un mejor e incluyente futuro para Colombia.

Por esta razón, a fin de materializar la evolución y reafirmación del valor fundamental de la justicia, las Altas Cortes y todas las organizaciones sindicales de la Rama Judicial, han convocado a todos los servidores judiciales a la PRIMERA CUMBRE NACIONAL DE LA RAMA JUDICIAL : "Una reflexión colectiva para la transformación de la justicia", evento que se llevará a efecto en la ciudad de Bogotá, D.C., en el próximo mes de agosto y dentro del cual, entre otros temas, se abordará el papel de la judicatura frente al postconflicto; tópico de gran importancia que requiere de todo nuestro interés y compromiso para hacerlo realidad.

Finalmente, consideramos que una manera válida de aportar a la consecución de los altos fines de la justicia, a nivel regional, es persistiendo en la publicación de nuestro órgano de difusión jurisprudencial, REVISTA EL FORO NARIÑÉS, que gracias al generoso auspicio de la Gobernación de Nariño, hoy en cabeza del Dr. CAMILO ERNESTO ROMERO GALEANO, llega a su Edición No. 247.

Es nuestro deseo que esta publicación sea de provecho y utilidad para todos nuestros respetados lectores.

AIDA MÓNICA ROSETO GARCÍA
Presidenta Tribunal Superior de Pasto
1 de febrero de 2015 a 30 de enero de 2016

JUECES DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
30 DE ENERO DE 2016

CIRCUITO: PASTO

MIRTHA LUCIA CEBALLOS VALENCIA
JAIRÓ EDMUNDO HIDALGO DÁVILA
NANCY JOSEFINA VILLARREAL CORAL
CONSTANZA MUÑOZ SANTANDER
JUAN CARLOS ARTURO CHAVES
LUIS BAYARDO BASTIDAS PÉREZ
MARÍA VICTORIA BENAVIDES JURADO
LUIS ALFONSO BELTRÁN PANTOJA
ANA PATRICIA QUIJANO VODNIZA
RICHARD GONZALO FLÓREZ CARVAJAL
ÁLVARO VICENTE ANDRADE RESTREPO
ANA CRISTINA CIFUENTES CÓRDOBA
MARÍA CRISTINA LÓPEZ ERAÑO
RODRIGO NELSON ESTUPIÑÁN CORAL
LILIANA DEL ROSARIO MIRANDA VALLEJO
ROSSVEL JOHAN BLANCO CASTELBLANCO
JULIO JOSÉ OSORIO GARIDO
LUÍS ANDRÉS ZAMBRANO CRUZ
MERCEDES VICTORIA ORTÍZ NARVÁEZ
MARÍA GENITH ÁLVAREZ PONCE
JORGE EFRAIN NAVIA LÓPEZ
RITA JIMENA PAZOS BARRERA
MIGUEL ANTONIO GOYES ANDRADE
GERMÁN EDUARDO PÉREZ SEPÚLVEDA
HABRAHAM HERMES TIMARAN PEREIRA
MARIO RICARDO PAZ VILLOTA
LUZ AMALIA ANDRADE ARÉVALO
NOHORA UNIGARRO FIGUEROA
MARÍA ELENA DÁVILA ORTÍZ
MARÍA FERNANDA NAVAS GARZÓN
AIDA CRISTINA ARTEAGA RAMOS
CRISTIAN LEONARDO PANTOJA ORTÍZ
CAROLINA JURADO MIRANDA
JHON JAIRÓ RODRÍGUEZ SALAZAR
EDGAR ANTONIO VILLAMARÍN SOLARTE
SANDRA MÓNICA VILLOTA INSUASTY
CARLOS HERNANDO PEÑAFIEL ARÉVALO
EVA SOFÍA SALCEDO GALVIS
HILDA RESTREPO SANCHEZ
ROSALBA PASCUAZA RODRÍGUEZ
ÁLVARO JAIME CAICEDO GUZMÁN
MAGDA LORENA BELALCAZAR REVELO
MARTHA LIDA ROSERO HERNÁNDEZ
RICARDO ESTUPIÑÁN CORAL
NIDIA LILIA PANTOJA DOMÍNGUEZ
DAYRA ELVIRA ERAZO ERAZO
OSCAR GABRIEL QUIJANO MELO
DORIS GUADALUPE ARTEAGA DE MAYA
PAOLA ANDREA GUERRERO OSEJO
FERNANDO MAURICIO ANDRADE LUNA
CAROLINA LUNA DE LA ESPRIELLA
ZOILA VICTORIA OJEDA JURADO

Juzgado Primero Penal Especializado
Juzgado Segundo Penal Especializado
Juzgado Primero Penal del Circuito
Juzgado Segundo Penal del Circuito
Juzgado Tercero Penal del Circuito
Juzgado Cuarto Penal del Circuito
Juzgado Quinto Penal del Circuito
Juzgado 1° Penal Circuito para Adolescentes
Juzgado 1° Ejecución Penas y Medidas Seguridad
Juzgado 2° Ejecución Penas y Medidas Seguridad
Juzgado 3° Ejecución Penas y Medidas Seguridad
Juzgado Primero Civil del Circuito
Juzgado Segundo Civil del Circuito
Juzgado Tercero Civil del Circuito
Juzgado Cuarto Civil del Circuito
Juzgado Primero Civil del Circuito Restitución Tierras
Juzgado Segundo Civil del Circuito Restitución Tierras
Juzgado Tercero Civil del Circuito Restitución Tierras
Juzgado Primero de Familia del Circuito
Juzgado Segundo de Familia del Circuito
Juzgado Tercero de Familia del Circuito
Juzgado Cuarto de Familia del Circuito
Juzgado Quinto de Familia del Circuito
Juzgado Sexto de Familia del Circuito
Juzgado Primero Laboral
Juzgado Segundo Laboral
Juzgado Tercero Laboral
Juzgado Primero Penal Municipal de Conocimiento
Juzgado Segundo Penal Municipal de Conocimiento
Juzgado Tercero Penal Municipal de Conocimiento
Juzgado Cuarto Penal Municipal de Conocimiento
Juzgado Quinto Penal Municipal de Conocimiento
Juzgado Primero Penal Municipal Control de Garantías
Juzgado Segundo Penal Municipal Control de Garantías
Juzgado Tercero Penal Municipal Control de Garantías
Juzgado Cuarto Penal Municipal Control de Garantías
Juzgado Quinto Penal Municipal Control de Garantías
Juzgado 1° Penal Municipal Adolescentes
Juzgado 2° Penal Municipal Adolescentes
Juzgado 3° Penal Municipal Adolescentes
Juzgado 1o Penal Mupal Control Garantías Ambulante
Juzgado 2° Penal Mupal Control Garantías Ambulante
Juzgado Primero Civil Municipal
Juzgado Segundo Civil Municipal
Juzgado Tercero Civil Municipal
Juzgado Cuarto Civil Municipal
Juzgado Quinto Civil Municipal
Juzgado Sexto Civil Municipal
Juzgado 1° Pequeñas Causas y Competencia Múltiple
Juzgado 2° Pequeñas Causas y Competencia Múltiple
Juzgado Laboral Pequeñas Causas y Competencia Múltiple
Juzgado Promiscuo Municipal Buesaco

MARTHA LUCÍA JURADO SANTACRUZ
FRANCIA ELENA BELALCÁZAR CHAVEZ
EDGAR RODRIGO INSUASTY AGUIRRE
JOSÉ ALFREDO VALLEJO GOYES
GILBERTO BAYARDO CASTRO MAYA
MARIO FERNANDO BARRERA FAJARDO
MARÍA CRISTINA ROSAS VALENCIA
JESÚS ARMANDO BETANCOURT ZAMBRANO
DANNY ALFONSO RIASCOS BASANTE
JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
YUDI CRISTINA MARCILLO OBANDO
LUPE MARLY LEGARDA ROMÁN
MARCELA GÓMEZ MUÑOZ
ANGELY AMPARO MAYA JURADO
JHON ALEXANDER HURTADO PAREDES

Juzgado Promiscuo Municipal Consacá
Juzgado Promiscuo Municipal El Tambo
Juzgado Promiscuo Municipal El Tablón de Gómez
Juzgado Promiscuo Municipal La Florida
Juzgado Promiscuo Municipal Sandoná
Juzgado Promiscuo Municipal El Peñol
Juzgado Promiscuo Municipal Tangua
Juzgado Promiscuo Municipal Yacuanquer
Juzgado Promiscuo Municipal Taminango
Juzgado Promiscuo Municipal El Rosario
Juzgado Promiscuo Municipal Leiva
Juzgado Promiscuo Municipal Policarpa
Juzgado Promiscuo Municipal Chachaguí
Juzgado Promiscuo Municipal Nariño
Juzgado Promiscuo Municipal Ancuya

CIRCUITO: IPIALES

GERMÁN EDUARDO ORDÓÑEZ OSEJO
MAGDA XIMENA VITERY NOGUERA
SERGIO RICARDO GUERRERO MARTINEZ
EDMUNDO VICENTE CAICEDO VELASCO
MARIO RIGAU SOLARTE ORTEGA
BERNARDO ALFREDO RIASCOS GUERRERO
SAULO ENRÍQUE SOTO FRAGA
LUZ AMPARO CHAMORRO CALVO
CAMPO ELÍAS CÓRDOBA ARIAS
HILDA ISABEL CHAMORRO MORALES
ADRIANA DEL PILAR MIRANDA MARTÍNEZ
AMILCAR HERNÁN RODRÍGUEZ REINA
LEANDRO JAVIER MEJÍA ORDOÑEZ
ROCIO DEL CARMEN MARTÍNEZ LÓPEZ
MARÍA EUGENIA LÓPEZ LEÓN
RICARDO GERMAN CHAVES BUSTOS
RAMÓN ANDRÉS PALACIOS LÓPEZ
MARÍA ELENA DELGADO ORDÓÑEZ
ANDRÉS GUSTAVO VALENCIA BONILLA
CARLOS ALBERTO REVELO RISUEÑO
NEFER LESLY RUALES MORA
NESTOR EUGENIO GARCÍA ESPAÑA
CARLOS OSWALDO GONZÁLEZ INSUASTY
MARCELA DEL PILAR DELGADO

Juzgado Primero Penal del Circuito
Juzgado Segundo Penal del Circuito
Juzgado Primero Civil del Circuito
Juzgado Segundo Civil del Circuito
Juzgado Laboral del Circuito
Juzgado Primero Penal Municipal
Juzgado Segundo Penal Municipal
Juzgado Tercero Penal Municipal
Juzgado Primero Civil Municipal
Juzgado Segundo Civil Municipal
Juzgado Primero Promiscuo de Familia
Juzgado Segundo Promiscuo de Familia
Juzgado Promiscuo Municipal Guachucal
Juzgado Promiscuo Municipal El Contadero
Juzgado Promiscuo Municipal Potosí
Juzgado Promiscuo Municipal Aldana
Juzgado Promiscuo Municipal Cumbal
Juzgado Promiscuo Municipal Funes
Juzgado Promiscuo Municipal Carlosama
Juzgado Promiscuo Municipal Pupiales
Juzgado Promiscuo Municipal Córdoba
Juzgado Promiscuo Municipal Puerres
Juzgado Promiscuo Municipal Gualmatán
Juzgado Promiscuo Municipal Iles

CIRCUITO: TUMACO

OVIDIO JAVIER URBANO MARTÍNEZ
JORGE ROBERTO ALVARADO VILLARREAL
EDUARDO ARTURO VELASCO CÓRDOBA
MARTHA LUCÍA CERÓN FERNÁNDEZ
OSCAR DUVAN BOLAÑOS VILLOTA
GERMAN ALFONSO SANTACRUZ GAVIRIA
TEÓFILO FRANCISCO FIGUEROA GÓMEZ
EDGAR GERARDO ROMO LUCERO
EDUAR SINIBALDO PAZ ERASO
JESÚS ARMANDO PORTILLA PORTILLA
JHON ESTEBAN ORTEGA PUERTAS
LIDIA MERCEDES PATIÑO YEPES

Juzgado Penal Circuito Especializado
Juzgado Primero Penal del Circuito
Juzgado Segundo Penal del Circuito
Juzgado Ejecución Penas y Medidas Seguridad descongestión
Juzgado Primero Civil del Circuito
Juzgado Segundo Civil del Circuito
Juzgado Laboral del Circuito
Juzgado Promiscuo de Familia
Juzgado Primero Penal Municipal
Juzgado Segundo Penal Municipal
Juzgado Tercero Penal Municipal
Juzgado 1° Penal Municipal Adolescentes

DAYRA JENNI AGUILAR LÓPEZ
CAROLINA SANZ ZAMUDIO
OSCAR ANDRÉS CORAL BARAHONA
EDUARDO JACOBO MARTÍNEZ RUEDA
JENNY CONSUELO OBANDO CABEZAS
MANUEL WILSON VILLARREAL ARÉVALO
MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ MEJÍA
OSCAR JAVIER MORA MORENO
ERNESTO RODRÍGUEZ MURILLAS

Juzgado 2° Penal Municipal Adolescentes
Juzgado Primero Civil Municipal
Juzgado Segundo Civil Municipal
Juzgado Civil Especializado Restitución Tierras
Juzgado Promiscuo Municipal El Charco
Juzgado Promiscuo Municipal Francisco Pizarro
Juzgado Promiscuo Municipal Olaya Herrera
Juzgado Promiscuo Municipal Mosquera
Juzgado Promiscuo Municipal La Tola

CIRCUITO: TÚQUERRES

NUBIA ESMERALDA JARAMILLO VALLEJO
ANA ISABEL GUEVARA ORDÓÑEZ
CAYO MANLIO MIRANDA MONTENEGRO
MARÍA ALEXANDRA RUIZ CABRERA
ALBEIRO SALOMÓN CUATÍN NAVARRETE
SANDRA MILENA MOLINA REALPE
JAIRÓ ESTEBAN ENRÍQUEZ GÓMEZ
JUAN CAMILO ARTEAGA MORENO
ESPERANZA DEL ROSARIO CÓRDOBA
NIDIA MARLENY ROSERO MELO
MAURICIO BENAVIDES ZAMBRANO
EYVAR RICARDO CIFUENTES CÓRDOBA
FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ SANTIUSTI
DEISY JOHANA BURBANO PANTOJA
FERNANDO ANDRÉS ORTEGA MONCAYO

Juzgado Penal del Circuito
Juzgado Civil del Circuito
Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito
Juzgado Primero Penal Municipal
Juzgado Segundo Penal Municipal
Juzgado Primero Civil Municipal
Juzgado Segundo Civil Municipal
Juzgado Promiscuo Municipal Mallama
Juzgado Promiscuo Municipal Guaitarilla
Juzgado Promiscuo Municipal Imués
Juzgado Promiscuo Municipal Ospina
Juzgado Promiscuo Municipal Sapuyes
Juzgado Promiscuo Municipal Santacruz- Guachavés
Juzgado Promiscuo Municipal Ricaurte
Juzgado Promiscuo Municipal Providencia

CIRCUITO: LA UNIÓN

GLAUCO IVÁN BENAVIDES HERNÁNDEZ
ORLANDO SILVIO JAMAUCA RAMOS
MIGUEL ALIRIO PÉREZ YELA
MARTHA JANET VALENCIA SALAS
WILLIAM ELIGIO MEJÍA
GERMÁN GUSTAVO BASTIDAS ACOSTA
ANDREA MELISSA ANDRADE RUIZ
CAMILO ACOSTA ARTEAGA

Juzgado Penal del Circuito
Juzgado Civil del Circuito
Juzgado Promiscuo de Familia
Juzgado Primero Promiscuo Municipal
Juzgado Segundo Promiscuo Municipal
Juzgado Promiscuo Municipal San Lorenzo
Juzgado Promiscuo Municipal Berruecos
Juzgado Promiscuo Municipal San Pedro de Cartago

CIRCUITO: LA CRUZ

CARMEN ALICIA SALAZAR MONTENEGRO
SANDRA MILENA MUÑOZ BASTIDAS
JAVIER ANDRÉS GUZMÁN NOGUERA
JORGE EDMUNDO GONZÁLEZ BASTIDAS
SOLEDAD DEL SOCORRO SOLARTE SOLARTE
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
OSCAR HERNANDO GÓMEZ LUNA
SANDRA JOSEFINA MEDINA SOTO

Juzgado Promiscuo del Circuito
Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito
Juzgado Promiscuo Municipal
Juzgado Promiscuo Municipal San Pablo
Juzgado Promiscuo Municipal Belén
Juzgado Promiscuo Municipal San José de Albán
Juzgado Promiscuo Municipal Colón Génova
Juzgado Promiscuo Municipal San Bernardo

CIRCUITO: SAMANIEGO

JOSÉ VICENTE BENAVIDES RAZZA
ALIRIO FLORIBERTO ARANGO CABRERA
MARTHA ANDREA CALVACHE RUALES
RUTH ESMERALDA MARTÍNEZ GUERRERO
JOHANA NATALY BURBANO DE LOS RIOS
PATRICIA MARÍA ISABEL ERAZO INSUASTY
CARLOS EDUARDO CÓRDOBA
OSCAR ERNESTO BUCHELLI DELGADO

Juzgado Promiscuo del Circuito
Juzgado Promiscuo de Familia
Juzgado Primero Promiscuo Municipal
Juzgado Segundo Promiscuo Municipal
Juzgado Promiscuo Municipal Linares
Juzgado Promiscuo Municipal Cumbitara
Juzgado Promiscuo Municipal Sotomayor
Juzgado Promiscuo Municipal La Llanada

CIRCUITO: BARBACOAS

MENANDRO JESÚS LÓPEZ RODRÍGUEZ
PILAR PATRICIA TOBAR HEREDIA
RICARDO IVÁN PÁEZ VITERI
MARIBELL SILVA BRAVO
DELIA MAGALY MORALES VALLECILLA
HUGO HERNÁN ROJAS NAVIA
MARÍA ELENA ROSALES ASCUNTAR

Juzgado Promiscuo del Circuito
Juzgado Promiscuo de Familia de Circuito
Juzgado Primero Promiscuo Municipal
Juzgado Segundo Promiscuo Municipal
Juzgado Promiscuo Municipal Magúí Payán
Juzgado Promiscuo Municipal Roberto Payán
Juzgado Promiscuo Mupal Santa Bárbara-Iscuandé

Sala Civil - Familia



***Dr. Gabriel Guillermo Ortíz Narvaéz, Dra. Aida Mónica Rosero García,
Dr. Fabio Raúl López Chaves (Presidente Sala), Dr. Franklin Torres Cabrera***

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA – Elementos. / RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA - CONSENTIMIENTO INFORMADO: La práctica de cualquier procedimiento o tratamiento médico a realizar sobre un menor de edad, requiere de su otorgamiento por parte del representante legal – De la valoración del material probatorio obrante en el asunto, se determina que hay lugar a declarar a los demandados solidariamente responsables de los daños reportados y a la consiguiente condena al pago de perjuicios, siendo que la parte demandante logró acreditar el cumplimiento de los presupuestos que rigen este tipo de responsabilidad; estableciéndose que el daño sufrido por el menor fue consecuencia del actuar culposos de los galenos, atribuible a la negligencia en la que incurrieron en la atención y procedimiento irregular realizado. Además de demostrarse la falta de consentimiento libre e informado, cuyo otorgamiento por parte de los padres del menor, se constituye en un presupuesto fundamental para garantizar la efectiva protección de sus derechos a la vida, a la salud y a la integridad física; siendo necesaria la información sobre los posibles riesgos y consecuencias o la existencia de un procedimiento menos riesgoso e invasivo, a fin de que estos tomen la mejor decisión./

***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Civil Familia de Decisión***

Magistrado Ponente: Fabio Raúl López Chaves

Clase: Proceso ordinario

Demandante: NSMN y otros.

Demandado: HI "LÁ" y otros

Radicación: 2009-00203 (654-02)

Acta de discusión No. 167

Pasto, once (11) de marzo de dos mil quince (2015)

Decídase el recurso de apelación interpuesto por los demandados RZM y LEM en contra la sentencia de 8 de noviembre de 2013, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Pasto, dentro del proceso ordinario incoado por NSMN Y OTROS frente al HI "LA" Y OTROS. A lo enunciado se procede así:

I. ANTECEDENTES.

1.- La demanda

1.1.- Las pretensiones

Las señoras NSMN y VAM, por intermedio de apoderado judicial erigieron las siguientes pretensiones:

"Primera: Solicito que se DECLARE: que el HILÁ, representado legalmente por la Doctora DSDER, en su calidad de Gerente, conjuntamente con el equipo de trabajo y personal médico que trató clínicamente al menor HRP, quien estaba bajo su cuidado y responsabilidad, incurrió en culpa grave, y es responsable institucionalmente, por la presunta, irresponsable, inadecuada, deficiente e ineficaz prestación de servicios y atención médica, hospitalaria, pre-operatoria y post-operatoria de que fue víctima el menor HRP.

Segunda: Se declare que en forma solidaria son responsables personalmente, los Doctores RAZ, médico cirujano con registro..., LAE anesthesiologo de registro médico..., por los daños y perjuicios de índole físicos, fisiológicos, psicológicos, materiales y morales, ocasionados sobre la persona del menor adolescente HRPM (...).

Tercera: Que como consecuencia de la declaración de responsabilidad SE CONDENE solidariamente al HILÁ de la ciudad de Pasto y a los Doctores RAZ, médico cirujano con registro ..., LAE anesthesiologo de registro medico ..., sobre la integridad física del menor adolescente HRPM a PAGAR todos los daños y perjuicios morales, físicos, fisiológicos, psicológicos, neurológicos y materiales ocasionados al menor HRPM, los cuales de manera injusta se hicieron extensibles a las demandantes NSMN y VAM (...), con relación a los perjuicios morales sufridos por el señor HRPM la suma de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha en que se le ocasiono el perjuicio o sea 6 de julio de 2006. Para la señora NSMN el equivalente a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha del perjuicio. Para su hermana VAM el equivalente a doscientos (200) salarios mínimos legales vigentes a la fecha en que se ocasiono el perjuicio o sea 6 de julio de 2.006. (...)

Para el menor afectado HRPM: Por daño emergente futuro ochocientos mil pesos (\$800.000) mensuales, multiplicados por el promedio de vida probable de 65 años que por lo menos requiere para su atención un total de cuatrocientos sesenta millones ochocientos mil pesos (\$460.800.000), además de los costos necesarios para mantenerlo con vida lo que asciende a un costo de un millón trescientos mil pesos (\$1.300.000) mensuales, por el tiempo de vida probable por el tiempo de vida probable, lo que asciende a una suma de doscientos ochenta y ocho millones de pesos (\$288.000.000). Por lucro cesante futuro, estimo esta indemnización en el equivalente a mil (1000) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Por concepto de daño a la vida de relación, el equivalente a mil (1000) salarios mínimos mensuales vigentes, (...)

A la señora NSMN (madre biológica), por daño emergente un total de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por concepto de lucro cesante estimo la suma de diecisiete millones setecientos mil pesos (\$17.700.000).

Para VAM (hermana), como daño emergente trescientos ochenta mil pesos (\$380.000) mensuales, mas el incremento salarial dejado de percibir desde el momento de los hechos, que a la fecha asciende a veinte millones de pesos (\$20.000.000). Como lucro cesante se estima la suma en treinta millones de pesos (\$30.000.000).

Por perjuicios por los daños psicológicos, a favor de la madre NSMN y la hermana VAM, la suma de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, (...)

Cuarta: Condene a los demandados a pagar las costas del presente proceso en caso de oponerse a las pretensiones de la demanda”.

1.2.- Fundamentos fácticos.

Los supuestos fácticos en que la parte demandante apoya el petitum, en resumen son:

(i) Afirmó que el día 12 de junio del año 2006, el menor HRP presentó dolor fuerte en la garganta, el cual fue tratado por el médico AGG en el Centro Hospital San Juan Bautista del municipio de Taminango (N), quien le receto Penicilina, Acetaminofen y Dipirona, al concluir que el menor padecía de una amigdalitis hipertrófica con infección dolorosa en la región sublingual derecha y absceso.

(ii) Arguyó que debido a la persistencia en el malestar, el día 16 de junio del mismo año, se traslado nuevamente al centro hospitalario del municipio de Taminango, donde fue atendido nuevamente por el doctor AG, quien mantuvo su diagnostico inicial y persevero en el tratamiento.

(iii) Argumentó que ante el desmejoramiento del estado físico del menor, sus tíos LM y ÁM decidieron

transportarlo a la Clínica Fátima de la ciudad de Pasto; dichos familiares asumieron el pago de la consulta externa de manera particular para asegurar que fuera atendido de manera adecuada.

(iv) Aseguró que ante la imposibilidad de cubrir los gastos de los exámenes diagnósticos prescritos, y ante la negativa de Mallamas E.P.S. de cubrir el tratamiento en el centro médico previamente mencionado, el menor fue remitido al HILÁ el 27 de junio de 2006, donde fue auscultado y enviado a pisos para quedar interno. Posteriormente fue valorado por el Doctor BD, quien decreto que la masa cervical encontrada en el cuello del paciente debía ser objeto de estudio.

(v) Señaló que el día 29 de junio le fue tomada una ecnografía de cuello, con la cual se observo un aumento marcado en el tamaño de la glándula parótida del lado derecho comprometiendo su lóbulo derecho, lóbulo que se extiende significativamente en sentido anterior, lo que complica el espacio vascular derecho generando discreto desplazamiento medial de las estructuras que lo componen; esta imagen incluso se visualiza a la altura de la glotis, localizándose de forma posterior y medial del músculo esternocleidomastoideo; por lo que el radiólogo considera como primera posibilidad diagnóstica la neoformación de glándula parótida, sugiriendo la realización de biopsia percutánea guiada por imagen.

(vi) Adujo que a pesar de tener varios días para informar a la familia, y al no catalogarse el procedimiento como de urgencia, no existió solicitud por parte de los médicos tratantes de una autorización para realizar el procedimiento al que iba a ser sometido el menor HRP, sin advertirles de los riesgos y consecuencias a los que podría conllevar el mismo.

(vii) Indicó que los médicos tratantes iniciaron el procedimiento quirúrgico, de forma autónoma sin el consentimiento escrito por parte de los representantes legales del menor; narra los eventos de la cirugía, estableciendo que el Doctor E inicio anestesia general, sin que sea posible hacer la intubación procediendo a mantener al paciente con mascarilla y el Doctor Z realiza asepsia y antisepsia del área, colocando campos y compresas inicia la biopsia de masa en el cuello; en ese momento el menor entra en bradicardia. El Doctor Z inicia maniobras de reanimación colocando adrenalina, atropina y logra que el paciente salga del paro; establece en su narrativa, que en ese momento se hace presente en el quirófano el Doctor R, quien procede a hacer la intubación orotraqueal con tubo de calibre 5.0, conectado a un ventilador de maquina anestésica PO2- 94%, presentando frecuencia cardiaca 157 TA. 140/77, el cirujano continúa con la biopsia por medio de trucut N° 14 y termina el procedimiento tomando improntas para laboratorio.

(viii) Se afirmó que debido a que el HI "LÁ" no contaba con cupo disponible en su unidad de cuidados intensivos, el menor tuvo que ser remitido a la UCI del Hospital San Pedro, cuestión que tardó más de lo recomendado, puesto que el paciente salió del procedimiento a las 4:30 pm y arribó al Hospital San Pedro a las 8:05 pm, lo que considera la parte que puso en mayor riesgo la integridad física del demandante.

(ix) Comentó que HRP fue establecido en régimen de cuidados especiales, con diagnóstico de encefalopatía hipoxica severa, con lo que quiere decir, que el paciente sobrellevó una alteración neurológica debido a falta de oxígeno en el cerebro, específicamente en el encéfalo. Esto repercutió en un estado vegetativo, degenerativo y permanente.

(x) Alegó la parte que pese al daño causado y al estado al que fue reducido el menor HRP, los procedimientos médico-clínicos prescritos no se prestan, por parte de la EPS Mallamas, ni por el HI "LÁ" y ante la incapacidad financiera de los padres, obligaron a la señora NM a interponer mecanismos de protección judicial como la tutela, por ese medio en enero de 2007 el menor fue nuevamente hospitalizado y en el mes de julio del mismo año fue enviado a un centro especializado de atención en Bogotá, donde los galenos calificaron como irreversible la condición del demandante.

2.- Trámite de primer grado.

2.1.- Admisión.

Habiéndole correspondido en reparto el asunto de la referencia al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, mediante proveído del 10 de diciembre de 2009, en obediencia de lo dispuesto el Tribunal Superior de Pasto en Sala de Decisión Mixta -al dirimir el conflicto negativo de competencia suscitado entre aquel despacho y el Juzgado Segundo Laboral del Circuito – admitió la demanda y ordenó la notificación de la misma a la parte demandada.

2.2.- Contestación de la demanda.

Los demandados en forma oportuna y por intermedio de procuradores judiciales contestaron la demanda, oponiéndose a las pretensiones deprecadas por la actora.

En este sentido los profesionales de la salud demandados debatieron que se le brindo al paciente la atención médica oportuna e indicada para la patología que presentaba, sin perder de vista, que debido a la evolución atípica de la enfermedad, el paciente no ostentaba un diagnóstico definitivo, incluso la parotiditis sospechada, fue descartada por el reporte de patología resultante de la biopsia.

Indicó que se puede afirmar que la biopsia estaba totalmente indicada, incluso era mandataria dada la clase de patología, en todo caso según los protocolos de orden oncológico, la realización de la biopsia era necesaria para diagnosticar o descartar una eventual patología de ese orden.

Adicional a los argumentos anteriores, el HI recalcó en el hecho de poseer unas instalaciones y profesionales de gran nivel, listos para la atención de cualquier tipo de pacientes, por ello anexo a la contestación los diplomas que acreditan la idoneidad de los profesionales que atendieron a HRP.

Formuló las excepciones de perentorias que denominó: *"EXCEPCION DE MERITO DE INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD A CARGO DEL Dr. RAZ"* *"INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD A CARGO DEL Dr. LAE"*, *"EXCEPCIÓN DE MERITO DE AUSENCIA DE FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO"*, *"ADECUACIÓN DE LOS ACTOS MEDICOS A LA LEX ARTIS AD-HOC"* *"EXCEPCION DE MERITO DE AUSENCIA DE NEXO CAUSAL"* y la *"INNOMINADA"*. Particularmente, en cuanto a la primera excepción formulada afirmó que el equipo médico brindó un tratamiento adecuado de conformidad con los protocolos médicos de la lex artis, los hallazgos clínicos y la realidad evolutiva del paciente.

Mediante auto adiado a 10 de septiembre de 2010, se corrió traslado de las excepciones de mérito, las que fueran objeto de contradicción por la parte demandante, resumiéndose de esta forma: Afirmó que lo que se endilga a la institución y los galenos demandados, es no poner a servicio del paciente todos los servicios disponibles, así como el cuidado y diligencia que el estado del mismo requería, por ello se lo hizo soportar cargas superiores a las que deberían someterse un ciudadano con tratamiento similar. Continuando con su argumentación, afirma que de la evolución del paciente en el tratamiento de su mal, se puede concluir con toda seguridad que existe un nexo de causalidad entro lo realizado por el hospital y los médicos demandados con la situación actual de la víctima.

2.3.- Audiencia del artículo 101 del C. de P.C. y pruebas.

2.3.1.- En la fecha fijada en providencia de 28 de enero de 2011, se surtió la audiencia que trata el artículo 101 del C. de P. C., en la cual se declaró fracasada por falta de ánimo conciliatorio la etapa conciliatoria. Al propio tiempo, la juzgadora no encontró nulidades o irregularidades que vicien el proceso, y las partes reafirmaron las posturas por cada una de ellas acogidas, tanto en la demanda como en su contestación.

2.3.2.- A través de auto de 11 de octubre de 2010, se dio apertura al término probatorio, decretando el recaudo de las pruebas solicitadas por las partes, así: **(i)** Dispuso agregar al proceso los documentos allegados con la demanda, ordenó el recaudo de la prueba documental deprecada por la demandante, y la recepción de los testimonios del doctor Juan Carlos Rosa, los especialistas Giovanni Erazo, Cielo Yolanda Rodríguez y Jaime Enríquez, así como de

los licenciados Hermín Cuervo, Patricia Muñoz y Alfredo Chávez, los doctores Hugo Lasso y Bernardo Dulce; decretó a su vez la práctica del dictamen médico pericial por parte de un médico especialista en el área de cirugía del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de esta ciudad; requirió a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, para que establezca el estado y porcentajes de incapacidad e invalidez, así como la reducción laboral. **(ii)** por otra parte dispuso agregar los documentos aportados junto con la contestación de la demanda y la recepción de los testimonios de los doctores Jorge Zambrano, Jorge Hidalgo, María Álvarez, Guillermo Luna, Julio Muñoz, John Flórez, Jesús Hidalgo, Mauricio Tupaz y Edilma Bastidas.

2.4.- Alegaciones.

Con proveído de 11 de septiembre de 2012, se concedió un plazo común de ocho días para que las partes presenten sus respectivos alegatos de conclusión, quienes hicieron lo propio de la siguiente manera:

(i) La parte demandante hizo referencia de los hechos, acciones y omisiones que se probaron en el proceso, los cuales afirmó coinciden con los fundamentos de la demanda.

En cuanto a los medios de prueba que obran en el expediente, señaló la existencia de plena prueba documental, pericial y testimonial, que acreditan la negligencia médica en la que incurrieron los demandados en la atención y tratamiento prestado al paciente; resaltó el hecho que el cirujano contradice sus postulados, que corresponden con protocolos universales, pues a pesar de defenderlos, realizó el procedimiento irregularmente sin las pautas que el mismo pregonaba; afirmó que la comprobación de la falta de consentimiento informado es indudable, así como la entubación que debió realizarse con el implemento pertinente desde el principio del procedimiento.

(ii) La parte demandada manifestó que no hay lugar para declarar la responsabilidad civil, teniendo en cuenta que ni siquiera mínimamente se ha demostrado un obrar culposo de los demandados, y que por el contrario las pruebas recaudadas exponen el actuar de los médicos como el apropiado y necesario.

Manifestó que de un análisis realizado de la historia clínica se puede concluir que la biopsia era el procedimiento indicado, la cual en ningún momento se realizó de forma ligera o especulativa, sino que obedeció a la indicación que diera el equipo de médicos tratantes. Aseveró además que es evidente el consentimiento dado por la representante legal a la realización del procedimiento quirúrgico.

3.- Sentencia.

Mediante proveído de noviembre 8 de 2013, después de realizar el recuento de la actuación procesal surtida, la a quo puso fin a la instancia, cuyo sustento admite la síntesis siguiente: **(i)** Indicó que se comprobó con la historia clínica como medio idóneo la cual, el daño y nexo de causalidad entre las acciones ejercidas por los demandados y las consecuencias que se dieran en el demandante, concluyendo que son solidariamente responsables por los daños causados. **(ii)** Argumentó que cuando se decide por parte de una institución hacer uso de formularios de consentimiento, son éticamente inaceptables y legalmente inadmisibles los formatos en blanco. **(iii)** Estableció finalmente que tanto el lucro cesante y los perjuicios morales fueron plenamente probados en el asunto.

4.- Apelación y trámite de segunda instancia.

4.1.- El apoderado judicial de los demandados, en la oportunidad procesal correspondiente apeló el fallo dictado por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Pasto, cuyos argumentos se resumen así:

Aduce que el fallo se funda en doctrina inaplicable, pues según el impugnante, la sentencia al basarse en el libro de Javier Tamayo Jaramillo, que es traducción de un texto de Philippe Le Tourneau, asienta su decisión en doctrina de carácter penal, extranjera y obsoleta por la antigüedad de la misma. Establece además que está fundado en jurisprudencia inadecuada, que llevó al juez a casarse con la tendencia de falla presunta, la cual es inaplicable actualmente.

Desde otra perspectiva señala que el actuar de los galenos durante el procedimiento es el correcto, pues no era posible hacer la intubación orotraqueal con un tubo de calibre menor a menos que se presentara una emergencia de carácter urgente, ya que la mascarilla presenta un mayor grado de oxigenación durante el procedimiento. Adiciona al texto una reiteración sobre la existencia de consentimiento informado por parte de la familia del menor.

4.2.- Concedida la alzada por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Pasto, correspondió por reparto el asunto de la referencia a esta Judicatura, el cual procedió a admitir la apelación en el efecto devolutivo, con auto datado a 16 de diciembre del 2013.

4.3.- En término concedido mediante auto de sustanciación del 17 de enero de 2014, ambos extremos del litigio se pronunciaron, así: **(i)** El extremo pasivo de la lid reiteró los argumentos expuestos al interponer el recurso de apelación; no obstante procedió añadir una manifestación adicional con la cual indica que en el fallo impugnado, se hizo la tasación del lucro cesante bajo el supuesto de que tanto la madre como la hermana del afectado, coadyuvaban en los cuidados del mismo, pero lo cierto es que no se ha acreditado que el menor requiera acompañamiento y por otra parte, menos aun, ha quedado probado que deba realizarse por dos personas, por lo tanto no se debe reconocer el perjuicio en mención o por lo menos reconocérselo solo a una de ellas. **(ii)** El apoderado de la demandante, después de reiterar la postura adoptada en anteriores oportunidades –al entablar la demanda y al formular sus alegatos de conclusión- argumentó que la parte demandada, está apreciando algunos medios probatorios aportados al proceso de manera errónea. Argumenta al mismo tiempo que el demandado carece de lógica, al aseverar que el menor no requiere acompañamiento, puesto que por el estado de salud del mismo, necesita cuidados las 24 horas del día.

Resumida de esta manera el acaecer procesal, procede la Sala a resolver lo pertinente previas las siguientes,

II.- CONSIDERACIONES:

1.- Presupuestos procesales y sanidad del litigio.

1.1.- La demanda cumple con las exigencias legales. Los restantes elementos para la regular formación y desarrollo normal de la relación jurídico-procesal, tales como la competencia del juez, el derecho de postulación, la capacidad para ser parte y para comparecer al proceso se encuentran debidamente acreditados, por lo que la decisión debe ser de mérito.

1.2.- No se vislumbran defectos sustanciales en la tramitación que invaliden la misma o permitan su saneamiento por la parte afectada.

2.- Legitimación en la causa.

2.1.- Como punto de partida habrá de recordarse que la legitimación en la causa, ha sido entendida como la aptitud jurídica¹ que detentan ciertos sujetos de derecho para que en ejercicio de su derecho de acción puedan demandar a otras o puedan éstas resistir las pretensiones que se formulan en su contra, además se ha comprendido que aquella es una institución propia del derecho sustancial y no del procesal, lo que ocasiona que ausente éste no se profiera sentencia inhibitoria, sino se decida de fondo el litigio, bien sea absolviendo al demandado si ella no se acredita por pasiva, o resolviendo desfavorablemente las pretensiones del demandante, si aquella no está presente por activa. Precisamente el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, ha dicho sobre este tema en específico lo siguiente:

¹ PARRA QUIJANO, Jairo. Los Terceros en el Proceso Civil. Ed. Ediciones del Profesional Ltda. Pág.:12.

"La legitimación en la causa consiste en ser la persona que la ley faculta para ejercitar la acción o para resistir la misma, por lo que concierne con el derecho sustancial y no al procesal, conforme lo ha tenido decantado la jurisprudencia.

En efecto, ésta ha sostenido que "el interés legítimo, serio y actual del "titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico" (U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360), exige plena coincidencia "de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva). (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185)" (CXXXVIII, 364/65), y el juez debe verificarla "con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular" (cas. civ. sentencia de 1º de julio de 2008, [SC-061-2008], exp. 11001-3103-033-2001-06291-01)." ²

Bajo esa coyuntura, puede decirse con precisión que la legitimación en la causa alude al derecho sustancial y concierne específicamente a la pretensión, bien sea porque el ordenamiento jurídico le permite a un sujeto de derechos entablarla o en la misma medida resistirla y/o contradecirla, en este caso en cuanto se refiere al tema de la legitimación en la causa por los dos extremos ya conocidos y del interés para obrar, se estima que no hay nada que agregar para dar por satisfecha la exigencia en comento.

3. La Sala atendiendo a que se alude en la demanda a la responsabilidad civil médica ha sido tratada por la doctrina y jurisprudencia de forma diferente a la ordinaria, teniendo en cuenta la actividad que desarrollan los profesionales de la medicina y la incidencia en el desarrollo de una sociedad. Se ha establecido que los médicos al prestar su profesión como servicio de salud deben responder por la idoneidad utilizada con ese fin, en ese sentido, responsabilidad de medios y no por el resultado obtenido en la salud del paciente, es decir, responsabilidad de resultados.

Por manera que, la Sala está en el deber de averiguar si en el *sub lite* concurren los elementos que configuran la responsabilidad civil de la índole anotada, vale decir, averiguar si existe daño, si aparece como se reclama evidente la relación de causalidad entre la conducta de las demandadas y el hecho calificado como dañoso y finalmente, si existe culpa atribuible a quien aparece como parte pasiva de las pretensiones, lo cual llevaría al Tribunal a acoger las súplicas de la demanda y confirmar lo decidido por el juez de primer grado, o si por el contrario, aquellos presupuestos axiológicos o uno cualquiera de ellos no aparecen demostrados en el expediente llevaría a revocar la sentencia apelada. A ello procede la Corporación así:

Esta Sala abordará el examen del asunto bajo los lineamientos descritos en el memorial de intervención de la parte apelante y concomitantemente analizará la sentencia de primer grado y consignará en apartes distintos las conclusiones a que arribe, todo en orden a decidir el conflicto planteado.

En este orden de ideas, deduzcamos del memorial de apelación las razones de inconformidad con el fallo de primer grado, del cual se pide la revocatoria íntegra y comencemos por mencionar el primer motivo de apelación, el cual se establece por parte del representante de la parte demandada, en relación a la doctrina citada por la juez de primera instancia, la cual considera arcaica e inaplicable al caso. En ese sentido es pertinente citar lo que ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia acerca del uso de la doctrina por parte de los jueces:

"Debe precisarse, liminarmente, que la doctrina en verdad, es solo eso que afirma la censura, "un criterio auxiliar de la actividad judicial" según lo dispone el canon 230 de la Carta, vale decir, una pauta coadyuvante para la mejor interpretación del sistema normativo, cumpliendo funciones de diversas índoles: científica, mediante la revisión y sistematización de las normas, práctica, debido a que desentraña el alcance del orden jurídico y crítica, toda vez que juzga la prudencia y conveniencia de las reglas.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de veinticuatro (24) de julio de dos mil doce (2012). M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

Bajo ninguna circunstancia actúa como fuente obligatoria, ni siquiera en los países gobernados por el common law, donde ciertos jueces, a lo sumo han considerado algunas obras de tal importancia e incidencia en sus sentencias que las calificaron como "books of authority", por contener, como entre nosotros, argumentos de autoridad.

Al no producir el efecto de una fuente formal de derecho, entendida como todo tipo de disposición, escrita o no, que determina la vinculatoriedad del comportamiento del ciudadano y de los poderes públicos en general, al constituir la expresión de las relevancias normativas que una sociedad otorga a los diferentes estamentos del Estado a la hora de producir derecho³, no puede fundar el censor su acusación en los comentarios que a no dudarlo son autorizados, pero no atan, iterase, la motivación del juzgador en sus providencias.⁴

Ciñéndonos a lo previamente aludido, es acertado concluir que la doctrina es un simple medio de interpretación de carácter discrecional usado por los jueces, es decir, si la aplicación de la norma es la correcta y los textos compuestos por los estudiosos del derecho ayudan a desentrañar la idea de la misma, debido al sentido facultativo de la doctrina, su aplicación siempre será correcta, siempre y cuando no cambie la esencia misma de la ley al momento de dictar el fallo. Es necesario aclarar que en el asunto que nos atañe, la a quo citó doctrina con el propósito de aclarar el concepto de "la culpa" dentro de la responsabilidad civil, cuestión que esta Judicatura considera acertada, puesto que dicha conceptualización enfoca uno de los puntos primordiales de la responsabilidad civil de forma concreta y adecuada.

En segundo lugar considera la parte impugnante, que resulta improcedente que el fallador de primera instancia aplique jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa referente a la tendencia de la falla presunta; la cual reflexiona no tiene cabida en una sentencia de responsabilidad civil, no solo por ser de diferente jurisdicción sino de aplicación equívoca, afirmando que la tendencia actual tanto del orden civil como administrativo es la falla probada del servicio. Al respecto debe mencionarse lo dicho por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil sobre la carga de la prueba:

"(...)Si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras)".

Añadió la Corte que *"a esa conclusión no se opone que el juez, atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de la carga de la prueba, asiente determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto. En efecto, como quiera que es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esa situación, motivo por el cual asiente que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o 'dulcifican' (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del reseñado precepto".*

Y que, "dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia

³ De Castro y Bravo. F. Derecho Civil de España. Instituto de Estudios Políticos de Madrid, 1995. p. 367.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Sentencia SC10261-2014 del 4 de agosto de 2014, Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco

*o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 *Ibidem*); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una 'culpa virtual' o un 'resultado desproporcionado', todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento⁵*

Corolario de lo expuesto, es que, en línea de principio, las acciones dirigidas a que se declare la responsabilidad civil derivada de la actividad profesional médica, siguen la regla general que en cuanto hace a la carga probatoria contempla el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, por lo que compete al demandante acreditar sus elementos estructurales, entre ellos, la culpa de la parte demandada, sin que tal deber resulte desvirtuado por la circunstancia que según las particularidades de determinados casos, pueda flexibilizarse dicho principio procesal, en tal virtud, recurrirse a instrumentos lógicos como los señalados por la Corte, en procura de tener por acreditados los requisitos axiológicos propios de la indicada clase de responsabilidad civil, en particular el atinente a la imputación subjetiva de los galenos demandados; por lo demás en lo referente a la decisión tomada por la Juez de primera instancia, será referida en su momento dentro de esta misma sentencia para determinar la responsabilidad de los demandados.

Antes de entrar a determinar la responsabilidad de los demandados en el proceso que nos atañe, es necesario hacer un recuento sobre el consentimiento informado en los asuntos de responsabilidad médica, a fin de determinar la existencia del mismo en este asunto. Se ha sostenido reiteradamente que el principio de autonomía individual del paciente respecto de su cuerpo, exige el necesario otorgamiento de su consentimiento informado, para adelantar cualquier procedimiento médico, hospitalario o quirúrgico que requiera el tratamiento de un estado patológico. Dicha regla que a su vez es un mandato de la ética médica se encuentra prevista en los artículos 1º y 15 de la Ley 23 de 1981⁶, en los siguientes términos: "(...) *el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas curativas y de rehabilitación correspondientes (...). De modo que: "(...) **Pedirá su consentimiento** para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente*" (subraya fuera del texto original).

De acuerdo con la doctrina general de los actos jurídicos, el consentimiento consiste en la expresión de voluntad libre y espontánea orientada a la producción de efectos jurídicos, que al perfeccionarse en un acuerdo de voluntades o en un consentimiento mutuo permite la consolidación de diversos actos o contratos. En materia médica, el citado consentimiento tiene por objeto la formación de un pacto o convención entre los profesionales tratantes y el paciente con el fin de adoptar las medidas curativas necesarias para la recuperación o rehabilitación del enfermo. Este consentimiento como lo ha señalado la doctrina constitucional se caracteriza por ser libre, informado, autónomo, constante y, en algunas ocasiones, hasta cualificado.⁷

La Corte Constitucional ha dado unos lineamientos básicos, para poder calificar si un consentimiento está debidamente realizado o no, de acuerdo a lo siguiente:

*"El citado acuerdo es **libre e informado**, cuando el paciente tiene todos los elementos de juicio necesarios para poder aceptar o rehusar una acción médica, siempre que tenga certeza sobre los riesgos previsibles, los efectos adversos y de las posibles terapias alternativas, sin ningún tipo de prejuicio o coacción que limite la suficiencia de la información e impida la expresión autónoma de una decisión médica. Se entiende que el consentimiento es **cualificado** cuando es necesario instaurar procedimientos que permitan constatar la autenticidad de la manifestación de voluntad, como ocurre, a manera de ejemplo,*

⁵ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de julio de 2010, expediente No. 41001 3103 004 2000 00042 01

⁶ Código de Ética Médica.

⁷ Corte Constitucional, Sentencias T-477 de 1995, SU-337 de 1999, T-551 de 1999, T-1390 de 2000, T-850 de 2002, T-1025 de 2002, T-248 de 2003, T-492 de 2006 y T-1019 de 2006.

*con los tratamientos invasivos de asignación de sexo, en cuyo caso la jurisprudencia constitucional exige que el consentimiento deba constar como mínimo por escrito⁸. Por último, se considera que el acuerdo de voluntades es **persistente**, para significar que la información médica debe suministrarse durante todo el tratamiento clínico y postoperatorio.”⁹*

Desde esta perspectiva, es innegable que el consentimiento informado debe responder a la libre voluntad de quien busca mejorar su estado de salud, sujeto exclusivamente a un juicio de ponderación acerca de las implicaciones, beneficios y riesgos del proceder médico, de tal manera que permita mantener con firmeza la decisión que requiera el cuidado y atención de un estado patológico, y por lo mismo, rechace cualquier determinación que responda a una situación irreflexiva o precipitada.

Es tan importante el consentimiento informado que su existencia en algunos países no se ha limitado a constituir una expresión de la autonomía individual, como se encuentra reconocido por la jurisprudencia de nuestro país, sino que ha sido previsto con carácter autónomo como derecho fundamental, tal como se consagra por ejemplo en el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos del Hombre y la Biomedicina del 4 de abril de 1997¹⁰ y en el propio Tratado que establece una Constitución para Europa¹¹.

En el caso que nos corresponde al tratarse de un menor de edad, la regla general apunta a establecer que dada la incapacidad que frente a dichos sujetos dispone el legislador, ellos se consideran inhábiles para prestar su consentimiento informado en la práctica de cualquier procedimiento o tratamiento médico.

En efecto, se ha entendido que, como para la validez de una manifestación de voluntad es indispensable la capacidad y el artículo 1504 del Código Civil dispone que los menores de edad son incapaces -absolutos o relativos-, entonces, no es necesario el consentimiento de éstos para adelantar los procedimientos hospitalarios o quirúrgicos que se requieran. De esta manera, si la ley prevé que en relación con dichos incapaces su voluntad se suple mediante el consentimiento de sus padres, como manifestación de la patria potestad, es a ellos a quienes les corresponde manifestar su aquiescencia para legitimar la realización de los tratamientos destinados a mejorar las condiciones de salud de sus hijos.

En este orden de ideas, se ha dicho que surge el denominado *consentimiento sustituto* como presupuesto fundamental para garantizar la efectiva protección de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física de quienes no están en capacidad de decidir de manera autónoma sobre su propio cuerpo, como ocurre, como ya se dijo, con los hijos menores de edad frente a sus padres. Esta regla tiene expreso reconocimiento legal, en el artículo 14 de la Ley 23 de 1981, en los términos que a continuación se exponen: “El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata”

Para resolver el *sub lite* que nos concierne, se debe decir que no cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica: es necesario que el consentimiento del paciente reúna ciertas características, y en especial que sea libre e informado. Esto significa, en primer término, que la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. Por ello, en segundo término, la decisión debe ser informada, esto es, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento. En este sentido y tomando como fundamento la revisión del expediente del proceso, se debe señalar que dentro del plenario existe un documento denominado “*Carta de Consentimiento Informado*” (Fl 74, Cuaderno Principal),

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-560 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil

¹⁰ Dispone el artículo 5° del Tratado en cita: “Artículo 5. Consentimiento. Regla General. Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento. // Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. // En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.

¹¹ Determina el artículo II 63 del Tratado que establece la Constitución Europea que: “En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: a) El consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley”.

documento en el cual solo están establecidos los datos del paciente y la firma de un médico, sin especificar cuál era la intención del consentimiento, fecha del procedimiento o firma de los representantes legales del menor; si bien se ha establecido en reiterada jurisprudencia que el consentimiento no necesariamente debe darse por escrito, cuando dicho requisito tiene sustento en un documento firmado por el médico tratante, es inadmisibles que dicho escrito tenga espacios en blanco, especialmente la ausencia de la firma del paciente o su representante legal.

Siguiendo este lineamiento, aunque este Despacho aceptara el hecho que el consentimiento se diera de forma verbal, se debe señalar que dicho beneplácito para la realización de la intervención infringe otros requisitos para aceptar que el consentimiento realmente es el pertinente, cabe señalar que dentro del testimonio rendido por la madre del menor se indicó lo siguiente: "(...) No yo no he firmado, a mí no me dijeron que eso era un riesgo de nada (...) no me explicaron en qué consistía la intervención, ni de los riesgos que implicaba. (...) a mí me dijeron que era algo muy sencillo, eso me dijo la jefa, yo no me imagine esto, si a mí me hubieran explicado que era algo riesgoso no lo hubiera hecho (...) el doctor tenía que decirme los riesgos y yo firmar, a mí no me dijeron, yo no he firmado nada (...)” en otro acápite del mismo testimonio la representante del menor dijo: "(...) el procedimiento que tenían que hacer, no lo hicieron como estaba en la historia ordenada por el doctor JORGE HIDALGO, hicieron lo contrario, porque al niño tenían que tomarle la biopsia por medio de una aguja y sacarle una muestra para la biopsia y la anestesia tenía que ser local y no general, y ellos le hicieron mascarillas, y al hacerle la cirugía el niño despertó e hizo un paro respiratorio (...)” (Folios 3 y ss del Cuaderno Principal 1A).

De la anterior cita se puede deducir con facilidad, que la representante legal no fue informada de los pormenores que conllevaba dicho procedimiento, así como de los posibles riesgos y consecuencias de la intervención, sin olvidar mencionar que es expeditamente presumible del testimonio, que de haber conocido de la posibilidad con que contaban de un procedimiento menos riesgoso e invasivo, ella habría tomado la opción que el radiólogo y el doctor Hidalgo compartían para el procedimiento de diagnóstico, es decir el método con aguja “Tru Cut”, el cual al fin y al cabo se terminó realizando debido a las complicaciones que se dieron dentro del quirófano. Por lo anteriormente dicho, esta Judicatura cree que el consentimiento informado no se configuró en su integridad y comparte la opinión de la a quo en este punto.

Sobre lo anteriormente expresado la Honorable Corte Constitucional expuso: “(...) dicho consentimiento debe estar precedido de una amplia y pormenorizada información que los médicos están obligados a suministrar, a efectos de garantizar que la decisión que se adopte esté sustentada en un detallado y claro conocimiento del tipo de tratamiento o procedimiento médico que se va a realizar, las posibles complicaciones que se puedan presentar y la complejidad del mismo. Con el cumplimiento de estos requisitos, se considera que la determinación que frente al estado de salud se adopta por los padres no vulnera la autonomía del menor, por cuanto se supone que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la bondad de la intervención paternal. Esta figura se identifica en la doctrina con el nombre de consentimiento orientado hacia el futuro”¹². (Subraya fuera de texto)

Una vez resuelto el litigio sobre el consentimiento libre e informado, se debe entrar a realizar el juicio de responsabilidad que afecta a los demandados. En ese contexto, es oportuno recordar que las disposiciones normativas, que regulan la responsabilidad aquiliana, exigen la concurrencia de tres elementos, para su configuración, a saber: **(i)** La culpa, **(ii)** el daño y **(iii)** la relación de causalidad entre aquellos; por ello, le corresponde al extremo activo en la lid, de acuerdo a lo estatuido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, probar el supuesto de hecho que los respalde en aras de alcanzar la prosperidad de sus pretensiones.

No obstante lo anterior, es necesario exponer que si bien el recurrente formula algunas elucubraciones respecto de cada uno de los presupuestos señalados con antelación, es lo cierto que resulta desfavorable a dicho extremo procesal -como lo requiere el inciso 2º del artículo 350 de la ley adjetiva de la materia-, únicamente las consideraciones que la a quo desarrolló en relación al nexo de causalidad pues las demás exigencias enunciadas las encontró acreditadas en el plenario. En ese orden de ideas esta Corporación procederá a estudiar exclusivamente los argumentos que se destinan a enervar las consideraciones que sobre dicho tópico en específico se expusieron en el fallo de primer grado.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-560 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Precisamente, esta Colegiatura advierte que en la censura que plantea el impugnante, se enrostra principalmente un yerro *facti in iudicando* respecto de la sentencia de primer grado, por cuanto estima que en el acervo probatorio no existe prueba suficiente del nexo de causalidad entre la conducta desplegada por los galenos demandados y el daño irrogado a la parte demandante.

Sobre este tema en particular, la jurisprudencia¹³ ha señalado que el profesional de la medicina que se cite como demandado no podrá ser responsable sino en el evento en el que el error o falta que se le atribuye ha sido determinante para la causación del perjuicio; así pues, en sus propias palabras la Corte Suprema de Justicia dice lo siguiente:

"3. El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato, señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responde de los primeros cuando son "consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento". Por lo demás, es el sentido del artículo 2341 ib. el que da la pauta, junto al anterior precepto, para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil, cuando en la comisión de un "delito o culpa" –es decir, de acto doloso o culposo- hace responsable a su autor, en la medida en "que ha inferido" daño a otro.

Pero si hay consenso en la necesidad de esa relación causal, la doctrina, acompañada en este punto de complejas disquisiciones filosóficas, no ha atinado en ponerse de acuerdo sobre qué criterios han de seguirse para orientar la labor del investigador –jueces, abogados, partes- de modo que con certidumbre pueda definir en un caso determinado en el que confluyen muchas condiciones y antecedentes, cuál o cuáles de ellas adquieren la categoría de causa jurídica del daño. Pues no ha de negarse que de nada sirve el punto de vista naturalístico, conocido como teoría de la equivalencia de las condiciones –defendida hace algún tiempo y hoy abandonada en esta materia-, según el cual todos los antecedentes o condiciones (y aún las ocasiones), tienen ontológicamente el mismo peso para la producción del resultado¹⁴. Semejante posición deja en las mismas al investigador, pues si decide mentalmente suprimir uno cualquiera de los antecedentes, con seguridad llegará a la conclusión de que el resultado no se hubiera dado, a más de la necesaria arbitrariedad en la elección de la condición a suprimir, dado que no ofrece la teoría criterios concretos de escogencia.

De las anteriores observaciones surgió la necesidad de adoptar otros criterios más individualizadores de modo que se pudiera predicar cuál de todos los antecedentes era el que debía tomar en cuenta el derecho para asignarle la categoría de causa. Teorías como la de la causa próxima, la de la causa preponderante o de la causa eficiente –que de cuando en cuando la Corte acogió- intentaron sin éxito proponer la manera de esclarecer la anterior duda, sobre la base de pautas específicas (la última condición puesta antes del resultado dañoso, o la más activa, o el antecedente que es principio del cambio, etc.). Y hoy, con la adopción de un criterio de razonabilidad que deja al investigador un gran espacio, con la precisión que más adelante se hará cuando de asuntos técnicos se trata, se asume que de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más "adecuado", el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo¹⁵. En fin, como se ve, la gran elasticidad

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Sentencia del 15 de enero de 2008. Exp. 11001-3103-037-2000-67300-01

¹⁴ Se comprimía esta teoría con la fórmula: "causa causae es causa causati". Y luego se la intentó precisar mediante la aplicación de la "condictio sine qua non", en virtud de la cual, si mentalmente se suprime una de las condiciones, ésta adquiere la categoría de causa, cuando el resultado asimismo se ve suprimido.

¹⁵ Esta última proposición, la de sopesar antecedentes que sólo de manera anormal o azarosa producen el resultado, se le ha añadido a la teoría de la causalidad adecuada, -que precisamente es criticada en ese aspecto, es decir, en que deja sin explicación aquellos daños que se producen por causas que normalmente no son aptas para ocasionarlo-, pues la ayuda que las ciencias forenses prestan a este propósito, permite que aún en esos raros casos, y junto con la "lógica de lo razonable" (Recasens) más precisamente que con las reglas de la experiencia, dichos eventos puedan esclarecerse.

del esquema conceptual anotado, permite en el investigador una conveniente amplitud de movimiento. Pero ese criterio de adecuación se lo acompañó de un elemento subjetivo que le valió por parte de un sector de la doctrina críticas a la teoría en su concepción clásica (entonces y ahora conocida como de la "causalidad adecuada"), cual es el de la previsibilidad, ya objetiva o subjetivamente considerada. Mas, dejando de lado esas honduras, toda vez que su entronque con la culpa como elemento subjetivo es evidente, y éste es tema que no se toca en el recurso, el criterio que se expone y que la Corte acoge, da a entender que en la indagación que se haga -obviamente luego de ocurrido el daño (la amputación de la pierna)- debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud.

Sin embargo, cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia -no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquellos que la practican- y que a fin de cuentas dan, con carácter general, las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causas o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan pero no ocasionan. De la misma manera, quedará al abrigo de la decisión judicial, pero tomada con el suficiente conocimiento aportado por esas pruebas técnicas a que se ha hecho alusión, la calificación que de culposa o no se dé a la actividad o inactividad del profesional, en tanto el grado de diligencia que le es exigible se sopesa y determina, de un lado, con la probabilidad de que el riesgo previsto se presente o no y con la gravedad que implique su materialización, y de otro, con la dificultad o facilidad que tuvo el profesional en evitarlo o disminuirlo, asuntos todos que, en punto de la ciencia médica, deben ser proporcionados al juez a efectos de ilustrarlo en tan especiales materias."¹⁶

Bajo las premisas teóricas que anteceden, recuerda esta Corporación que no se debe sostener una relación de causa y efecto entre la conducta del demandado y el daño padecido llanamente con el "sentido común o las reglas de la vida" -como lo señala la jurisprudencia transcrita- sino que deberá acudirse a aquellos elementos de juicio que de forma técnica permitan determinar si el procedimiento que realizaran los médicos demandados resultan ser la causa jurídica adecuada del daño.

Bajo ese contexto esta Judicatura procederá a resaltar algunas glosas que reposan en la historia clínica que se estiman pertinentes para el caso bajo estudio, así: **(i)** En el proceso escanográfico realizado por el Doctor JCM datado a 29 de junio de 2006 que obra al anverso del folio 56 del cuaderno principal numero 1, es posible apreciar que aquel observó que la masa localizada en el cuello, se encontraba a la altura de la glotis, localizándose posterior y medial al músculo esternocleidomastoideo, por ello es que sugiere realizar biopsia percutánea guiada por imagen¹⁷. **(ii)** En la anotación del 6 de julio de 2006, que yace en el folio 72 y en el reverso, se establece el procedimiento quirúrgico realizado al paciente, informando la incapacidad para intubar, el mantenimiento con máscara, desaturación del niño haciendo bradicardia, se realizan maniobras de reanimación, inyectan adrenalina y atropina logrando que el paciente salga del paro, el Doctor R realiza la intubación, se hace biopsia con Tru Cut N°14, se toman muestras y el paciente queda intubado. **(iii)** En anotación del 15 de julio de 2006, que se encuentra en el folio 170, neurología reportó que el paciente no muestra signos de reactividad a estímulos verbales, táctiles o

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, M.P. Dr. Jorge Santos Ballesteros. Sentencia del 26 de septiembre de 2002. Ref.: Expediente No. 6878

¹⁷ Véase también folio 105 del cuaderno de pruebas parte demandada.

nociceptivos. **(iv)** Finalmente, la anotación del 20 de julio de 2006 que se observa al reverso del folio 177, donde se inscribe al paciente en regulares condiciones generales, sin respuesta motora, presentando un pico febril de 39°C, pupilas isocóricas con respuesta lenta a la luz, área indurada en región lateral derecha del cuello, leve movilización de secreciones en los pulmones, taquicardia, deformidad en los pies sin edema.

Ahora bien, teniendo en consideración lo dispuesto por el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil, esta Corporación considera que el testimonio del señor LAEM, resulta de gran importancia para el litigio, porque atendió a HRP, en su condición como médico especialista en anestesiología. En ese contexto recuerda esta Sala que dicho testigo manifestó lo siguiente: *"(...) el paciente fue programado para realizar la biopsia en fecha 4 por la tarde el día 5 de Julio por la mañana y el 6 de Julio por la mañana, procedimiento que no se realizó considero por exceso del trabajo de urgencias, teniendo en cuenta que la cirugía de biopsia no era una cirugía de urgencia vital (...) en esas condiciones iniciamos a las 2:40 de la tarde de ese día la inducción anestésica con las dosis habituales para un niño de 15 años y 45 kilos de peso, quien bajo anestesia general con intubación endotraqueal ya que se trataba de un caso de cirugía de cuello en donde por prevención uno debe optar por intubar al paciente, con las dosis iniciales de inducción al paciente sedado y recibiendo oxígeno, por alrededor de 5 minutos se aplica el relajante muscular para practicar la laringoscopia que le permita introducir el tubo introtraqueal, mi sorpresa al realizar la laringoscopia fue que la masa tumoral invadía el lado derecho hacia el izquierdo a la hipo faringe y no permitía visualizar la glotis para practicar la intubación, en un lapso de 2 minutos aproximadamente en el que el paciente se estaba mirando la garganta para realizar la intubación, durante eso el paciente no recibe oxígeno porque está ocupado el anestesiólogo, está pendiente de la viabilidad de las vías aéreas para practicar la intubación, ante esta situación manifesté al cirujano de que no iba a ser posible intubarlo porque no se visualizaba la glotis y retorne a la máscara facial anestésica con la que previamente había estado oxigenando y administrando el anestésico Ceboprobano para mantener el paciente relajado y anestesiado, en este momento cambie opinión con el cirujano, al no poder intubar en este momento que podría iniciarse la cirugía con anestesia local y sedación recibiendo oxígeno con máscara facial, el doctor Z procede a hacer la incisión, cuando en el momento en que se autorizó para que iniciara y al hacer la incisión la sangre del paciente estaba oscura, en ese momento yo declare código azul, previamente estuvo precedido por una dosis adicional del mismo relajante y ante la bradicardia que hizo el paciente por lo que supuse fue un espasmo laríngeo por la manipulación de un área supremamente sensible en donde se presentan este tipo de accidentes impredecibles súbitos en donde hay que actuar de forma inmediata a solucionar, entonces ordene poner las drogas de emergencia, atropina y adrenalina, el cirujano se ocupaba del masaje cardíaco a lo cual el paciente respondió en muy pocos segundos con el registro electrocardiográfico normal, restablecido y la oximetría equilibrada a valores normales"; por otra parte sostuvo que "pedí que llamaran al doctor JOSE RODRÍGUEZ, quien estaba en el quirófano vecino quien vino mientras yo oxigenaba al paciente a verificar la dificultad técnica para intubar porque se trataba de intubar al paciente que era la medida más rápida y oportuna para revertir la situación, lo cual se logró en minuto y medio, utilizando un tubo de un número menor para la edad del paciente ayudado con un estilete metálico para darle la angulación debida que permita una intubación rápida lo cual ocurrió se normalizó la situación"; más adelante al indagársele por el apoderado de la parte demandante si en el evento descrito, al no poder intubar porque no procedió a utilizar un tubo de menor calibre por su cuenta, sino que espera a que su colega lo recomendara, contestó que "el primer intento de intubación con laringoscopia directa se realizó con todas las premisas previas a este procedimiento como es la sedación anestésica del paciente, relajación y oxigenación y en este caso precisamente advirtiéndole que era difícil visualizar el orificio glótico para introducir el tubo endotraqueal y habiendo transcurrido alrededor de 2 minutos, resolví suspender el procedimiento y restaurar la administración de oxígeno con mascarilla facial, y administrar una segunda dosis de relajante para facilitar un segundo intento de intubación y en ese caso fue cuando de acuerdo con el cirujano conviniendo practicar la biopsia aprovechando la sedación y relación del paciente bajo adición de anestesia local, bajo la cual el cirujano practica la incisión, esto fue un transcurso de menos de un minuto en donde se verificó en el monitor la bradicardia y la hipoxemia comprobada por la sangre oscura."*

En atención a los medios probatorios comentados – historia clínica y declaración de parte-, ha de señalarse que se encuentra acreditado que fueron los demandados quienes ordenaron que se realizara la biopsia por el medio en que se hizo; pues fueron estos y no el médico tratante quienes consideraron la biopsia incisional a cielo abierto como la opción más eficaz e idónea de diagnosticar el padecimiento del menor; toda vez que según los testimonios recabados dentro del proceso, los galenos demandados no solicitaron la autorización de los representantes legales del menor para la realización del procedimiento por el medio específico de anestesia general, puesto que el médico tratante según consta en el plenario, les había informado que el procedimiento se

haría con anestesia local y con aguja Tru Cut para tomar la muestra que sería enviada para analizar el padecimiento que sobrellevaba el afectado.

La lógica nos indica que la conducta de los galenos demandados no fue tan diligente como podría reclamarse, la actividad médica, en la época contemporánea más dinámica, eficiente y precisa merced a los adelantos científicos y tecnológicos, cumple una función de alto contenido social. Al profesional de la salud, es exigible una especial diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia y el arte, sobre él gravitan prestaciones concretas, sin llegar a extremo rigor, considerada la notable incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad de las personas.

Se debe tener en consideración el artículo 13 del Decreto 3380 de 1981, que reza: "Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos o de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico". Al respecto se debe hacer una connotación con el proceso bajo estudio, en el sentido que un laringoespasma (causante de la encefalopatía hipóxica severa que padece actualmente el demandante) de acuerdo al trabajo realizado por Olsson y Hallen en 11 años de estudio (1967-1978), en el cual observaron una incidencia de 8,7/1.000 de la población total estudiada, con una incidencia del doble: 17,4/1.000 en el rango pediátrico, lo que convierte a dicho evento como de presencia común, aún mas en menores de edad; sobre este fenómeno se han tomado como situaciones riesgosas para su ocurrencia la anestesia general superficial, la inducción inhalatoria, la intubación y extubación traqueal. Este reflejo de cierre glótico está mediado por el nervio laríngeo superior y persiste aún cesado el estímulo, algunos autores piensan que los niveles superficiales de anestesia crean un estado de desinhibición central similar al observado en los animales, los resultados obtenidos sugieren que el laringoespasma en humanos se produce durante la fase espiratoria, con hipocapnia y pO₂ mayor de 50 mmHg¹⁸, y a su vez revierte cuando están severamente hipoxémicos (pO₂ menor de 50 mmHg, considerado por algunos autores el nivel de asfixia o hipercápnicos (variando los rangos para esta variable). Durante la anestesia general los agentes inhalatorios irritantes, secreciones excesivas o manipulación de la vía aérea pueden estimular el laringoespasma.

El laringoespasma es una complicación común de la anestesia, sobre todo en niños (según Olsson 5 cada 1.000 pacientes pediátricos que desarrollaron laringoespasma tuvieron paro cardiorespiratorio), pocas veces estos episodios llevan a la muerte, pero pueden ser de gravedad (hipoxia, arritmias, aspiración gástrica, edema pulmonar, etcétera), por lo que se debe identificar a los pacientes de mayor riesgo, minimizar los factores estimulantes y prepararse para el tratamiento de emergencia, lo que disminuirá la morbilidad¹⁹.

Partiendo de lo anterior y descendiendo al sub judice se debe cuestionar la actitud confiada y poco precavida tomada por los galenos, ya que siendo virtuosos de la medicina como lo son los demandados, no tomaron las medidas necesarias para minimizar los riesgos a los que estaba expuesto el menor, pues en el concurrían varios factores de riesgo que hacía previsible que dicho evento se llegara a producir, entre dichos factores se encontraba el continuo estímulo que ejercía la masa sobre la garganta del menor, la edad del niño, la anestesia general, la incisión que se debía realizar para sacar la muestra y especialmente el hecho de que la glotis estaba en una situación de difícil acceso por lo que al momento de intubar la estimulación ejercida sobre la laringe fue considerable. Adicionalmente está la circunstancia referente al doctor LAE anesthesiologo en la cirugía, quien no tomó en consideración la escanografía de cuello tomada por el radiólogo, no en el sentido de que aquel insinuara que el medio idóneo para el procedimiento era una biopsia percutánea y guiada por imagen, sino el hecho que en dicho informe se establece la localización de la masa cerca a la glotis, con lo cual seguramente el anesthesiologo podría haber tomado unas medidas diferentes antes de entrar a realizar la intervención.

En cuanto al cirujano RZ, es evidente de acuerdo al testimonio citado previamente en esta providencia, que fue éste precisamente quien tomó la decisión de continuar con el procedimiento con mascarilla, pues resulta evidente que el accionar del anesthesiologo estaba dirigido a realizar un segundo intento de intubar orotraquealmente al paciente antes de iniciar la biopsia, la que era la acción recomendada, sin embargo el cirujano como director de

¹⁸ Es la unidad empleada para medir la tensión arterial en medicina

¹⁹ Mortalidad por causa de una enfermedad

la intervención quirúrgica decidió continuar con oxigenación a través de mascarilla, sin tomar en consideración que dicho instrumento no es el adecuado para un procedimiento como el que escogiera hacer, en especial cuando la posibilidad del laringoespasma era tan evidente y probable. En este mismo punto se debe decir, que el anestesiólogo tenía la obligación de insistir ante el cirujano sobre la necesidad de hacer la intubación, debido al alto riesgo que conllevaba no hacerlo, lo cual produjo un resultado catastrófico en HRP.

En este punto, considera la Corporación que se encuentra probado el nexo de causalidad, pues como se dijo existen varias circunstancias fácticas que se consideran influyeron en la producción del daño denominado encefalopatía hipóxica isquémica severa, la cual le impide al señor P valerse por medio propios, requiriendo del acompañamiento continuo por parte de su madre y hermana, pues su incapacidad es del 100% sin ninguna posibilidad de recuperación, por lo tanto la condena impuesta por la a quo se ajusta a derecho, tal y como lo ha establecido el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil: *"el acto médico puede generar para el profesional que lo ejerce obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con **negligencia o impericia** en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquellos ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas"* ²⁰

En mérito de todo lo expuesto, esta Judicatura confirmará la providencia de primer grado, por estimarse ajustada a derecho las consideraciones que en ella se expusieron. Finalmente se fijará por concepto de agencias en derecho, -conforme a lo normado en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 del mismo año -, para esta instancia la suma de OCHO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$8.786.453), equivalentes al 4% de las pretensiones confirmadas, que fueren actualizadas con el IPC reportado por el DANE. Dicha condena será cancelada por los apelantes LAEM y RZM en virtud de ser la parte vencida en esta etapa; no se condenara en esta instancia al HI "LÁ", por no haber recurrido la sentencia de primer grado.

III. DECISIÓN:

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO en SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2013, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Pasto, dentro del proceso ordinario incoado por NSMN Y OTROS frente al HI Y OTROS.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas en esta instancia a RAZ y LAEM como sujetos recurrentes de la parte demandada. FÚJESE por concepto de agencias en derecho la suma de OCHO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$8.786.453).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FABIO RAÚL LÓPEZ CHAVES
Magistrado

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
Magistrado

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
Magistrada

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de septiembre de 2002, exp. 6199

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA – Requisitos. / RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA – CARGA DE LA PRUEBA – CULPA: No se presume debe probarse. / RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA – La actividad del médico es de medio y no de resultado - Teniendo en cuenta que en este tipo de responsabilidad, se evalúa la diligencia médica en el desarrollo de la actividad de medio, no el resultado, no hay lugar a condenar a las instituciones demandadas al pago de los perjuicios reclamados, en tanto no se encuentran estructurados los presupuestos, por cuanto al no presumirse la culpa, les correspondía a los demandantes demostrar el actuar culposo, atribuible a imprudencia, negligencia o impericia en el acto médico realizado al momento del nacimiento del menor, lo cual no se logró; estableciéndose además que no existe un nexo de causalidad entre el padecimiento actual que aqueja a éste y el actuar de los médicos, los cuales atendieron a la paciente con diligencia dentro de los lineamientos de la lex artis./

***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Civil Familia de Decisión***

Magistrado Ponente: Fabio Raúl López Chaves

Clase: Proceso ordinario

Demandante: SVCC y Otros.

Demandado: C. EPS S.A. y Otro

Radicación: 2012-00179 (212-01)

Acta de discusión No. 370

Pasto, treinta (30) de junio de dos mil quince (2015)

Decídase el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 7 de marzo de 2014, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Pasto, dentro del proceso ordinario incoado por SVCC y DFHA actuando a nombre propio y en representación de su hijo menor de edad JDHC frente a C EPS S.A. y la FHSP. A lo enunciado se procede así:

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Las pretensiones

La parte demandante, por intermedio de apoderado judicial erigió las siguientes pretensiones:

“PRIMERA.- Tanto la EPS C S.A. como el HSP de la ciudad de Pasto son responsables solidariamente por los daños cerebrales que sufriera el menor JDHC por la mala atención medica que recibiera la señora SVCC, madre del precitado menor, durante su embarazo y parto al presentar PREECLAMPSIA novedad patológica asociada al embarazo y que ameritaba un manejo medico especial de la gestante a fin de evitar la aparición del fenómeno registrado en el mundo médico con el nombre de SUFRIMIENTO FETAL que puede ocasionarle serios daños neurológicos al feto como ocurrió en el presente caso y por tanto así deberá ser declarado en la sentencia.

SEGUNDA.- Condenar, tanto al HSP de Pasto como a la EPS C S.A. en forma solidaria como reparación

por el daño ocasionado a la parte actora, es decir tanto a los padres del menor (...) como al mentado menor, al pago de una indemnización por los perjuicios de orden material y moral objetivados y subjetivados, actuales y futuros, los cuales se discriminan así:

POR PERJUICIOS MATERIALES: \$ 515.000.000.00

Correspondiente al daño emergente consistente en las lesiones cerebrales que sufriera el menor en el claustro uterino materno ocasionadas por la mala atención que recibiera la madre durante la postrimería de su embarazo cuando se le detectó la PREECLAMPSIA y durante la atención del parto que terminó con una cesárea y que se tasan en un monto correspondiente a 1.000 SMMVL.

POR PERJUICIOS MORALES: \$ 1.030.000.000.00

Correspondientes a 2.000 SMMVL discriminados así: 1.000 SMMVL para los padres y 1.000 SMMVL para el menor hijo de ambos.

TERCERA.- La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo preceptuado por el artículo 308 del CPC y se reconocerán los intereses legales liquidados de conformidad con la variación promedio mensual del IPC, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta cuando se le dé cabal cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso.

CUARTA.- La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 307 del CPC."

1.2. Fundamentos fácticos.

Los supuestos fácticos en que la parte demandante apoya el petitum, en resumen son:

(i) Afirmó que la señora SCC durante el embarazo presentó signos y síntomas compatibles con la patología asociada al embarazo denominada preeclampsia, pero a pesar de esta circunstancia no fue manejada adecuadamente por parte del personal médico al servicio de C EPS sino que recibió los controles sin darle mayor importancia a la sintomatología presentada.

(ii) Arguyó que en vista de que el embarazo estaba a término y debido a que la gestante presentaba severos dolores de cabeza y edema tanto en rostro como extremidades inferiores, decidieron acudir a la clínica San Juan de Pasto el 22 de mayo de 2006, allí le tomaron la presión a la gestante confirmando que se encontraba elevada, informándole que dicha institución no tenía contrato de prestación de servicios con C, por lo que tuvieron que acudir en calidad de urgencias al HSP, en donde fue internada en vista de que presentaba preeclampsia.

(iii) Argumentó que la paciente fue internada inmediatamente antes de entrar en trabajo de parto, y el 23 de mayo del mismo año se le realizó una cesárea, ya que la inducción al parto no prosperó, pero desgraciadamente no se le brindó la atención que su delicada situación requería y como consecuencia de ello el producto de la gestación experimentó un sufrimiento fetal prolongado lo que determinó una pobre oxigenación cerebral del mismo, con la gravísima consecuencia de sufrir daño cerebral que haría que el niño presentara la sintomatología del síndrome de west, cuya causa es precisamente la hipoxia-isquémica perinatal.

(iv) Aseguró que existe una relación de causalidad entre la mala atención recibida por la madre del menor durante el embarazo, por haber presentado preeclampsia y la pobre atención brindada por el centro hospitalario, su personal médico y paramédico, a pesar del cuidado especial que el cuadro clínico asociado a su embarazo requería que tuvo como consecuencia el daño cerebral profundo característico del síndrome de West que padece el menor.

2. Trámite de primer grado.

2.1. Admisión.

Habiéndole correspondido en reparto el asunto de la referencia al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, mediante proveído del 23 de marzo de 2010, admitió la demanda y ordenó la notificación de la misma a la parte demandada.

2.2. Contestación de la demanda.

Los demandados en forma oportuna y por intermedio de procuradores judiciales contestaron la demanda, oponiéndose a las pretensiones deprecadas por la actora.

En este sentido la entidad promotora de salud demandada debatió que a la misma por ley, tan solo le corresponde el aseguramiento de las personas al sistema de seguridad social en salud de acuerdo al artículo 177 de la Ley 100 de 1993. Y que la prestación del servicio médico correspondía por contrato a la Fundación de Asesorías y Servicios Profesionales-FASERS así como a quien prestó el servicio de urgencias codemandada en este asunto, y por tanto ya que C EPS no tiene dependencia funcional o administrativa con dichas instituciones no existiría responsabilidad de la empresa si se llegara a demostrar la falla en el servicio.

Indicó que es de suprema trascendencia el tener en cuenta que en las fechas y controles realizados con anterioridad a la remisión a la entidad hospitalaria, la paciente no mostraba dentro de los análisis y estudios prenatales ningún tipo de alteración significativa ni elevaciones de la tensión arterial, y ya que el diagnóstico de preeclampsia se hace por elevación de las cifras de tensión, es claro que la misma no presentaba dicha condición previamente al 22 de mayo de 2006.

Por su parte la FHSP recalcó en el hecho que la atención brindada a la paciente fue la adecuada, correcta y aceptada por la ciencia médica actual, pues se cumplieron todos los procedimientos esperados, habiéndole prestado a la paciente la atención médica necesaria a través del servicio de salud que requería con lo cual se está indicando que la patología de base del paciente no tuvo origen en la conducta profesional del personal de la institución. Afirmaron que la hipoxia sufrida por el feto al momento del parto no podía preverse de ninguna manera, pues la misma se presenta de forma aleatoria y sin la posibilidad de determinación por parte del personal médico, además que las afirmaciones y conclusiones hechas por los demandantes carecen de cualquier sustento científico que los respalde.

Formularon los demandados las excepciones perentorias que denominaron: *"EXCEPCION DE FALTA DE JURISDICCION"* *"FALTA DE LEGITIMACION EN LA ACCION POR PASIVA"* *"AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD"* *"AUSENCIA DE FALLA DEL SERVICIO MEDICO"* *"FALTA DE NEXO DE CAUSALIDA"* *"FALTA DE INTEGRACION DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO POR PASIVA"* *"FUERZA MAYOR, CASO FORTUITO O HECHOS IMPREVISIBLES"* *"INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD"* y la *"INNOMINADA"*.

2.3. Audiencia del artículo 77 del C. de P.L. y pruebas.

2.3.1. En la fecha fijada en providencia de 11 de octubre de 2011, se surtió la audiencia que trata el artículo 77 del C. de P. L., en la cual se declaró fracasada por falta de ánimo conciliatorio. Al propio tiempo, el Juzgador no encontró probadas las excepciones previas propuestas, nulidades o irregularidades que vicien el proceso, y las partes reafirmaron las posturas por cada una de ellas acogidas, tanto en la demanda como en su contestación.

2.3.2. En la misma audiencia, se dio apertura al término probatorio, decretando el recaudo de las pruebas solicitadas por las partes, así: **(i)** Dispuso agregar al proceso los documentos allegados con la demanda; la práctica del dictamen médico pericial por parte de un médico especialista en el área de neurología del Hospital Universitario Departamental de Nariño; decretó recibir los testimonios de RB, LA y DLHA para referirse a los aspectos indicados en la demanda. **(ii)** Por otra parte dispuso agregar los documentos aportados junto con las contestaciones de la demanda; la recepción de los testimonios de los doctores Jorge Ortiz, Roberto De La Cruz, Filipo Moran Montenegro, Héctor Jaramillo Villareal y Héctor Fabio Vargas; además de establecer la práctica del

dictamen médico pericial por parte de un médico especialista en el área de ginecología del Hospital Universitario Departamental de Nariño.

2.4. Alegaciones.

Con proveído de 23 de agosto de 2013, se concedió un plazo común de ocho días para que las partes presenten sus respectivos alegatos de conclusión, quienes hicieron lo propio de la siguiente manera:

(i) La parte demandante hizo referencia de los hechos, acciones y omisiones que se probaron en el proceso, los cuales afirmó coinciden con los fundamentos de la demanda.

En cuanto a los medios de prueba que obran en el expediente, señaló la existencia de plena prueba documental, pericial y testimonial, que acreditan la negligencia médica en la que incurrieron los demandados en la atención y tratamiento prestado a la paciente; resaltó el hecho de no haberse realizado en forma inmediata al ingreso al hospital la cesárea que se requería para evitar el sufrimiento tanto de la madre como del menor, y que producto de la tardanza en la atención es que se produjo el daño en el infante. Adicionalmente argumentó que el feto no presentó problemas durante el periodo de gestación y que los padres asistieron a los controles cumpliendo las directrices del médico tratante y de los especialistas.

(ii) El HSP por su parte establece que su actuar se realizó cumpliendo a cabalidad los protocolos que el caso requería, brindándole a la paciente los cuidados que correspondían. Asevera que la preeclamsia afecta el bienestar del feto y de la madre, que las causas de dicho padecimiento son múltiples y ninguna de ellas prevenibles, es decir no existe forma de evitar que una mujer en embarazo presente esta patología. Además establece que la vía de terminación de un embarazo en las pacientes con preeclamsia es la vía vaginal, porque esto disminuye el riesgo de complicaciones hemorrágicas en la gestante. En cuanto a la situación del padecimiento que sufre el hijo de los demandantes al momento del nacimiento, informa que el sufrimiento fetal prolongado, puede darse por diferentes causas entre las que se encuentran la exposición a agentes infecciosos, diabetes en la madre, preeclamsia, hábitos tóxicos de la gestante como el consumo de sustancias psicoactivas, consumo de alcohol, consumo de cigarrillo y también alteraciones de tipo congénito. Argumentando de esta forma que el síndrome de West en este caso específico pudo surgir en el menor por diferentes motivos, pues en el caso concurren varios factores de riesgo que hicieron que el menor naciera con el prenombrado padecimiento, en especial el consumo de estupefacientes por parte de la madre, de lo cual dice se encuentra prueba en la hoja clínica de la misma.

(iii) Por otro lado, C.E.P.S. arguyó que no existe nexo de causalidad entre los hechos narrados y el daño reclamado que pueda atribuírsele a dicha entidad, pues la misma prestó los controles prenatales a la paciente, donde se evidencia que no presentaba ningún tipo de alteración significativa ni elevación de la tensión arterial, es decir, la preeclamsia se presenta en la usuaria al momento de finalizar su embarazo, donde se encuentra un aumento significativo en la presión sanguínea, por lo tanto es claro que la EPS cumplió a cabalidad con las obligaciones respecto de la usuaria y el procedimiento realizado por el codemandado corresponde a la *lex artis*.

3. Sentencia.

Mediante proveído de marzo 7 de 2014, después de realizar el recuento de la actuación procesal surtida, la a quo puso fin a la instancia, cuyo sustento admite la síntesis siguiente: **(i)** Indicó que se comprobó la ineptitud por parte de los médicos adscritos a la FHSP, al no practicar directamente la cesárea al ingreso de la paciente, pues la misma presentaba una preeclamsia severa y ese era el medio idóneo de aliviar la presión del cuerpo procurando mejorar la salud tanto de la madre como del niño por nacer **(ii)** Señaló que el daño en el asunto es la discapacidad del menor en razón al sufrimiento fetal al que se vio abocado en razón del mal manejo de la preeclamsia diagnosticada a su madre y la amniotomía realizada a la misma que desencadenó en la pérdida abundante de líquido meconiado, ello debido a la intervención quirúrgica realizada de manera tardía. **(iii)** Argumentó que el daño emergente se encuentra probado, y las demandadas deberán constituir una fiducia mercantil a nombre del menor para tratar de restituir la salud e integridad del mismo. Tasó los perjuicios morales en la suma de setenta salarios mínimos para cada uno de los padres, excepto los reclamados para el menor.

4. Apelación y trámite de segunda instancia.

4.1. La apoderada judicial de los demandados, en la oportunidad procesal correspondiente apeló el fallo dictado por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Pasto, al no estar de acuerdo con la decisión tomada argumentando que C y el HSP no tenían ningún tipo de vínculo contractual al momento que sucedieron los hechos, que no existe prueba que la paciente haya ingresado a la institución hospitalaria con preeclampsia severa, que el nexo de causalidad afirmado por la juez no tiene ningún tipo de sustento científico.

Asevera que a la paciente nunca se le realizó una amniotomía, por cuanto la paciente rompió membranas de forma espontánea; que la presencia de líquido amniótico meconiado no sugiere la existencia de sufrimiento fetal y que el verdadero riesgo existe cuando el bebé por falta de oxígeno llega a ingerir dicha sustancia, lo cual no ocurrió en este caso. El resto de argumentos hacen referencia a las acentuaciones de los alegatos de conclusión.

4.2. Concedida la alzada por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Pasto, correspondió por reparto el asunto de la referencia a esta Judicatura, el cual procedió a admitir la apelación en el efecto devolutivo, con auto datado a 24 de abril del 2014.

4.3. En término concedido mediante auto de sustanciación del 12 de mayo de 2014, ambos extremos del litigio se pronunciaron, así: **(i)** El apoderado de los demandantes, argumentó que no existió ningún error en las apreciaciones hechas por la a quo, que el síndrome de West producido en el menor se debió a la negligencia de los médicos tratantes al no considerar la preeclampsia para producir el parto vía cesárea en el instante que ingresó al HSP, la posición del menor cuando se induce el parto el cual presentaba distocia de cara. **(ii)** El extremo pasivo de la lid, solicitó se tuviera en consideración como argumentación de esta instancia la realizada al momento de interponer el recurso de apelación ante el juzgado de primer grado.

Resumida de esta manera el acaecer procesal, procede la Sala a resolver lo pertinente previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales y sanidad del litigio.

1.1. La demanda cumple con las exigencias legales. Los restantes elementos para la regular formación y desarrollo normal de la relación jurídico-procesal, tales como la competencia del juez, el derecho de postulación, la capacidad para ser parte y para comparecer al proceso se encuentran debidamente acreditados, por lo que la decisión debe ser de mérito.

1.2. No se vislumbran defectos sustanciales en la tramitación que invaliden la misma o permitan su saneamiento por la parte afectada.

2. Legitimación en la causa.

2.1. Como punto de partida habrá de recordarse que la legitimación en la causa, ha sido entendida como la aptitud jurídica que detentan ciertos sujetos de derecho para que en ejercicio de su derecho de acción puedan demandar a otras o puedan éstas resistir las pretensiones que se formulan en su contra, además se ha comprendido que aquella es una institución propia del derecho sustancial y no del procesal, lo que ocasiona que, ausente éste no se profiera sentencia inhibitoria, sino se decida de fondo el litigio, bien sea absolviendo al demandado si ella no se acredita por pasiva, o resolviendo desfavorablemente las pretensiones del demandante, si aquella no está presente por activa. Precisamente el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, ha dicho sobre este tema en específico lo siguiente:

¹ PARRA QUIJANO, Jairo. Los Terceros en el Proceso Civil. Ed. Ediciones del Profesional Ltda. Pág.:12.

"La legitimación en la causa consiste en ser la persona que la ley faculta para ejercitar la acción o para resistir la misma, por lo que concierne con el derecho sustancial y no al procesal, conforme lo ha tenido decantado la jurisprudencia.

En efecto, ésta ha sostenido que "el interés legítimo, serio y actual del "titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico" (U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360), exige plena coincidencia "de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva). (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185)" (CXXXVIII, 364/65), y el juez debe verificarla "con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular" (cas. Civ. Sentencia de 1º de julio de 2008, [SC-061-2008], exp. 11001-3103-033-2001-06291-01)." ²

Bajo esa coyuntura, puede decirse con precisión que la legitimación en la causa alude al derecho sustancial y concierne específicamente a la pretensión, bien sea porque el ordenamiento jurídico le permite a un sujeto de derechos entablarla o en la misma medida resistirla y/o contradecirla, en este caso en cuanto se refiere al tema de la legitimación en la causa por los dos extremos ya conocidos y del interés para obrar, se estima que no hay nada que agregar para dar por satisfecha la exigencia en comento.

3. La Sala atendiendo a que se alude en la demanda a la responsabilidad civil médica, la cual ha sido tratada por la doctrina y jurisprudencia de forma diferente a la ordinaria, teniendo en cuenta la actividad que desarrollan los profesionales de la medicina y la incidencia en el desarrollo de una sociedad. Se ha establecido que los médicos al prestar su profesión como servicio de salud deben responder por la idoneidad utilizada con ese fin, en ese sentido, responsabilidad de medios y no por el resultado obtenido en la salud del paciente, es decir, responsabilidad de resultados.

Por manera que, la Sala está en el deber de averiguar si en el sub lite concurren los elementos que configuran la responsabilidad civil de la índole anotada, vale decir, averiguar si existe daño, si aparece como se reclama evidente la relación de causalidad entre la conducta de las demandadas y el hecho calificado como dañoso y finalmente, si existe culpa atribuible a quien aparece como parte pasiva de las pretensiones, lo cual llevaría al Tribunal a acoger las súplicas de la demanda y confirmar lo decidido por el juez de primer grado, o si por el contrario, aquellos presupuestos axiológicos o uno cualquiera de ellos no aparecen demostrados en el expediente llevaría a revocar la sentencia apelada. A ello procede la Corporación así:

Esta Sala abordará el examen del asunto bajo los lineamientos descritos en el memorial de intervención de la parte apelante y concomitantemente analizará la sentencia de primer grado y consignará en apartes distintos las conclusiones a que arribe, todo en orden a decidir el conflicto planteado.

Como un primer lineamiento es importante relacionar lo dicho por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil sobre la carga de la prueba, esto con el fin de corregir lo establecido por la a quo en la sentencia que dictara en primer grado al aplicar la teoría de presunción de culpa:

"(...)Si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras)".

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de veinticuatro (24) de julio de dos mil doce (2012). M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

Añadió la Corte que “a esa conclusión no se opone que el juez, atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de la carga de la prueba, asiente determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto. En efecto, como quiera que es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esa situación, motivo por el cual asiente que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o ‘dulcifican’ (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del reseñado precepto”.

Y que, “dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 Ibidem); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una ‘culpa virtual’ o un ‘resultado desproporcionado’, todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento³”

Corolario de lo expuesto, es que, en línea de principio, las acciones dirigidas a que se declare la responsabilidad civil derivada de la actividad profesional médica, siguen la regla general que en cuanto hace a la carga probatoria contempla el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, por lo que compete al demandante acreditar sus elementos estructurales, entre ellos, la culpa de la parte demandada, sin que tal deber resulte desvirtuado por la circunstancia que según las particularidades de determinados casos, pueda flexibilizarse dicho principio procesal, en tal virtud, recurrirse a instrumentos lógicos como los señalados por la Corte, en procura de tener por acreditados los requisitos axiológicos propios de la indicada clase de responsabilidad civil, en particular el atinente a la imputación subjetiva de los galenos demandados; por lo demás en lo referente a la decisión tomada por la Juez de primera instancia, será referida en su momento dentro de esta misma sentencia para determinar la responsabilidad de los demandados.

Una vez resuelto el litigio sobre la carga de la prueba, se debe entrar a realizar el juicio de responsabilidad que afecta a los demandados. En ese contexto, es oportuno recordar que las disposiciones normativas, que regulan la responsabilidad civil médica, exigen la concurrencia de tres elementos, para su configuración, a saber: (i) La culpa, (ii) el daño y (iii) la relación de causalidad entre aquellos; por ello, le corresponde al extremo activo en la lid, de acuerdo a lo estatuido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, probar el supuesto de hecho que los respalde en aras de alcanzar la prosperidad de sus pretensiones.

En cuanto a la responsabilidad médica y al tema de la culpa, debemos servirnos de lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, cuando en la sentencia de 13 de septiembre de 2002, expone:

“RESPONSABILIDAD MÉDICA

LA CULPA DEBE SER PROBADA

EXTRACTOS: «En la forma en que lo tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia, en el campo de la responsabilidad civil el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros

³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de julio de 2010, expediente No. 41001 3103 004 2000 00042 01

de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico-patológicas. A este respecto la jurisprudencia de la Corte, a partir de su sentencia de 5 de marzo de 1940 (G.J., t. XLIX, pág. 116) ha sostenido, con no pocas vacilaciones, que la responsabilidad civil de los médicos (contractual o extracontractual) está regida en la legislación patria por el criterio de la culpa probada, salvo cuando se asume una expresa obligación de sanación y ésta se incumple, cual sucede, por ejemplo, con las obligaciones llamadas de resultado; criterio reiterado en términos generales por la Sala en su fallo de 30 de enero de 2001 (Exp. 5507), en el que ésta puntualizó la improcedencia de aplicar en esta materia, por regla de principio, la presunción de culpa prevista en el artículo 1604 del Código Civil, al sostener que, de conformidad con el inciso final de dicho precepto, priman sobre el resto de su contenido "las estipulaciones de las partes" que sobre el particular existan, añadiendo por lo consiguiente y no sin antes reconocer la importancia de la doctrina que diferencia entre las obligaciones de medio y de resultado, que "lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma".

Y si bien es verdad que en dicho fallo (30 de enero de 2001) se precisó, en armonía con lo precedente, 'que con independencia del caso concreto, no es dable, ni prudente, sentar precisos criterios de evaluación probatoria' porque es el alcance del contrato particularmente celebrado el que 'ofrecerá los elementos para identificar cuál fue realmente la prestación prometida' y el que permitirá 'establecer la relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente', también es de ver que en el mismo pronunciamiento la Corte dejó en claro que por no ser la responsabilidad civil del médico extraña al régimen general de la responsabilidad, respecto de ella 'debe operar el principio de la carga de la prueba (CPC, art. 177)...'; el que, en los precisos términos de dicha providencia, en algunos eventos debe hacerse actuar en sentido dinámico.

Si, entonces, el médico asume, acorde con el contrato de prestación de servicios celebrado, el deber jurídico de brindar al enfermo asistencia profesional tendiente a obtener su mejoría, y el resultado obtenido con su intervención es la agravación del estado de salud del paciente, que le causa un perjuicio específico, éste debe, con sujeción a ese acuerdo, demostrar, en línea de principio, el comportamiento culpable de aquél en cumplimiento de su obligación, bien sea por incurrir en error de diagnóstico o, en su caso, de tratamiento, lo mismo que probar la adecuada relación causal entre dicha culpa y el daño por él padecido, si es que pretende tener éxito en la reclamación de la indemnización correspondiente, cualquiera que sea el criterio que se tenga sobre la naturaleza jurídica de ese contrato, salvo el caso excepcional de la presunción de culpa que, con estricto apego al contenido del contrato, pueda darse, como sucede por ejemplo con la obligación profesional catalogable como de resultado»⁴.

Conforme a lo precedente, hagamos ahora una breve síntesis de lo que se ha denominado como acto médico y de los varios procesos que lo componen, a saber: a) el diagnóstico; b) la información; c) el consentimiento; d) el tratamiento; y e) el pos-tratamiento.

Considera la Sala y en general para determinar si los médicos tratantes han incurrido en falta es necesario establecer si existe correspondencia entre la conducta de los galenos y la práctica aceptable por la ciencia médica, o sea, si ha actuado conforme a la *lex artis*, el hospitalario habría obrado diligentemente y en caso contrario cometería la falta.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de septiembre de 2002, Exp. 6199. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas

Ahora bien, la Sala se pregunta: ¿cómo puede el juez concluir si el médico demandado ajustó su proceder a la lex artis o a la práctica aceptable por la ciencia médica? Ya expusimos el concepto general al respecto, consistente en que si hay correspondencia entre la conducta del médico y el uso adecuado, el médico ha obrado diligentemente como buen profesional, en caso contrario incurre en falta. El juez para determinar esa correspondencia deberá acudir a la ayuda de peritos y las guías establecidas por el ministerio de salud, y así constatar la existencia o no del uso médico adecuado y analizar en el caso concreto, si el médico lo aplicó o se apartó de él, y en el último caso, si dicha conducta está justificada o no por la ley o la ética médica.

Para resolver este interrogante, es imprescindible ceñir nuestro análisis a la enfermedad que padecía la madre al momento de parir al nasciturus, es decir, la preeclampsia, y desde este punto ver las directrices que se han establecido para el padecimiento y la revisión de la hoja clínica de la paciente, y de esta forma constatar si la entidad hospitalaria y sus funcionarios se guiaron o no respecto de estos lineamientos.

Sobre la preeclampsia se debe decir que se trata del trastorno hipertensivo más frecuente de la gestación, exclusiva de la especie humana, que se caracteriza por la aparición durante la segunda mitad del embarazo de hipertensión arterial y proteinuria. Se presenta en todas las poblaciones con una incidencia general que varía entre 5 y 7%; sin embargo, diferencias geográficas, socioeconómicas y raciales hacen que la incidencia en algunas áreas sea hasta tres veces mayor. Se considera hipertensión en el embarazo cuando se tiene una presión arterial sistólica mayor o igual a 140 mm Hg o una presión arterial diastólica mayor o igual a 90 mm Hg. Estas cifras deben ser confirmadas de manera repetida después de encontrarse la paciente en reposo mínimo 5 minutos o durante un seguimiento horario durante 24 horas hospitalariamente. El hallazgo de dos registros iguales o superiores a estos límites con un lapso de diferencia de tiempo entre 4 y 6 horas, confirma el diagnóstico de hipertensión arterial.

El procedimiento y tratamiento para este padecimiento se encuentra inscrito dentro de la guía N° 14 del ministerio de salud colombiano, la cual se volvió parte de la legislación colombiana por medio del Acuerdo 117 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y el artículo 10 de la Resolución 412 del 2000 por la cual se expidieron las normas técnicas y administrativas de obligatorio cumplimiento para Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y para las Direcciones Seccionales, distritales y locales de salud, dicha pauta estableció el manejo hospitalario para la preeclampsia desde su diagnóstico hasta su tratamiento:

“Diagnóstico: 80% de las pacientes con preeclampsia presentan factores de riesgo biopsicosocial antes de desarrollar el cuadro clínico característico. La preeclampsia es una entidad multisistémica, potencialmente mortal, de curso impredecible y de etiología desconocida. Un porcentaje de pacientes eclámpicas (25%), presentan su episodio convulsivo con cifras tensionales en rango de pre hipertensión. Pueden ser pacientes sin diagnóstico de preeclampsia antes de la convulsión y anteriormente clasificadas con el diagnóstico de preeclampsia leve.

El diagnóstico de preeclampsia aparece cuando la hipertensión arterial se acompaña de disfunción orgánica múltiple (DOM) o falla orgánica. Ocasionalmente, el compromiso materno es tan severo que la paciente ha trascendido al grado de hipotensión o shock anteriormente denominado colapso vasomotor

Tratamiento: No existe una medida terapéutica que revierta el compromiso endotelial y multisistémico de la preeclampsia. La enfermedad puede empeorar progresivamente, el síndrome de hipoperfusión tisular hasta la falla orgánica. De acuerdo con esto, el principal objetivo terapéutico es encontrar el momento oportuno para terminar el embarazo.

Medidas generales

- *Hospitalización de todas las pacientes con diagnóstico de preeclampsia en nivel de complejidad media o alta.*
- *Durante las primeras seis horas de hospitalización, calificar el compromiso materno y fetal, para clasificar la entidad. Además, precisar la edad gestacional, estabilizar las variables hemodinámicas y, en muchas ocasiones, terminar el embarazo.*
- *La paciente hospitalizada debe ser vigilada de la siguiente manera: tensión arterial cada cuatro*

horas, proteinuria cualitativa diaria, proteinuria cuantitativa semanal, control diario de peso, balance de líquidos administrados y eliminados. Además de solicitar los siguientes paraclínicos: hemoglobina, hematocrito, recuento de plaquetas, transaminasas, bilirrubinas, ácido úrico, BUN, creatinina, deshidrogenasa láctica, frotis de sangre periférica, depuración de creatinina, ecografía obstétrica, perfil biofísico y monitoria fetal.

- Administrar 12 mg de betametasona cada 24 horas por dos dosis para fomentar la maduración pulmonar en embarazos entre 26 y 34 semanas. Esta recomendación disminuye el riesgo de membrana hialina neonatal en 50%. Los corticosteroides están contraindicados en asfixia perinatal severa.

- Las indicaciones para terminar el embarazo son:

4. Preeclampsia en pacientes con embarazos menores de 26 semanas o mayores de 36 semanas.

2. Pacientes con dos o más criterios de DOM sin interesar la edad gestacional. Previo al manejo obstétrico iniciar el tratamiento correspondiente de acuerdo con la disfunción.

5. Pacientes con disfunción orgánica estable o progresiva en el curso de gestaciones mayores de 34 semanas.

6. El estado fetal crítico implicaría la realización de cesárea de emergencia inmediata. Estos casos corresponden a fetos con: variabilidad ausente, anhidramnios, desaceleraciones profundas y prolongadas, ausencia o reversión del flujo diastólico de la arteria umbilical o Doppler venoso anormal.

(...) **Manejo Periparto:** La inducción del trabajo de parto con oxitocina, está indicada en pacientes con embarazo mayor de 34 semanas, cifras tensionales controladas, sin alteración del sistema nervioso central y con puntajes de maduración cervical mayores o iguales a 6/13.

Cuando el cuello es desfavorable y el compromiso materno no es severo puede utilizarse dinoprostona. Si el compromiso materno es severo se debe estabilizar hemodinámica y neurológicamente para terminar el embarazo entre 6 y 24 horas, mediante operación cesárea.

Las indicaciones absolutas de cesárea son:

- Preeclampsia con cuello desfavorable
- Compromiso fetal severo
- Sospecha de abrupcio de placenta
- Inminencia de ruptura o ruptura de hematoma subcapsular hepático
- Fetos pretérminos entre 26 y 34 semanas." (Subrayado fuera del texto)

Al realizar una armonización entre el accionar de los demandados establecidos en la hoja clínica (Fls. 109 a 144 C. 1) y los direccionamientos previamente establecidos, se debe decir que no es posible apreciar una falla en la aplicación de la lex artis por parte de los mismos, pues tal como se les exige a los galenos a cargo de la paciente, al momento del ingreso de la señora SC, su actuar se dirige primeramente a internarla dentro de la clínica, haciéndole los paraclínicos necesarios para constatar que la paciente sufriera de preeclampsia; haciendo constantes controles de presión tanto a la madre como al feto por medio de ecografías, al descartar sufrimiento fetal, al constatar la preeclampsia moderada y estabilizar la presión de la paciente, deciden los médicos inducir el parto tal y como lo recomiendan los experticios; continuando con el control estricto tanto de la madre como del menor, no encuentran ningún tipo de problemas durante el trabajo de parto hasta las 7 de la noche del 23 de mayo, cuando el ginecólogo de turno encuentra con una nueva ecografía que el menor empezó a padecer desaceleraciones profundas y prolongadas, además de una distocia de cara, y ya que tal diagnóstico significaba la práctica de la cesárea de urgencia, ese fue el procedimiento que se llevó a cabo.

Con lo anterior se puede concluir que los galenos se ciñeron a los lineamientos obligatorios aplicables al caso en específico, pues muy equivocada es la argumentación usada por la juez de primer grado al considerar que los médicos tratantes debían dirigir directamente a la paciente al quirófano antes de estabilizar la presión sanguínea

y hacer las constataciones necesarias del estado del feto, pues no existía al momento de ingreso de la señora C ningún motivo para que fuera ingresada a cirugía, pues si bien la única forma de detener la preeclampsia es desembarazar a la madre, las recomendaciones médicas establecen que mientras el feto y la gestante lo toleren, se debe realizar el nacimiento por vía vaginal, esto debido a que una intervención quirúrgica como lo es la cesárea cuando la paciente tiene tan elevada la presión arterial, puede producir una hemorragia incontrolable en la sala de cirugía, que conllevaría a la muerte tanto de la mujer como del infante por nacer.

Igualmente resulta inadecuada la idea de la *a quo* referente a una amniotomía que supuestamente se le habría realizado a la paciente por parte del HSP, ya que en ningún folio de la hoja clínica fue posible encontrar prueba de dicho procedimiento, ya que la misma establece que la señora SV rompió de forma natural su saco amniótico y que el feto en ningún momento durante el parto ingirió dicho líquido a pesar de haber sufrido la hipoxia, y es precisamente de esa forma que la salud del menor podría verse afectada, pues contrario a lo que cree la parte demandante el niño no puede absorber dicha sustancia por medio diferente que por sus vías respiratorias lo que en el caso en concreto no ocurrió.

Entrando al análisis de otro de los puntos que se debe analizar en casos de responsabilidad, se debe mencionar el referente al daño, el cual tanto la Juez de primer grado como la parte activa han determinado como el síndrome de West que actualmente padece el menor JDH; al considerar que el mismo fue causado por los doctores debido a una tardía entrada a cirugía de la paciente produciéndole una encefalopatía hipóxica isquémica al recién nacido debido al sufrimiento fetal.

En casos como este, de responsabilidad civil médica, es necesario que el daño que se dice se causó por el demandado al demandante, sea cierto y actual y es cierto cuando *"produce en el juez la íntima convicción de que ese daño ha existido o existirá"*⁵ y según el dicho de la Corte Suprema de Justicia: *"Sin daño fehaciente comprobado no nace a la vida jurídica la obligación de indemnizarlo"* (Cas. Abril 26 de 1947).

Agreguemos a lo dicho que, tanto la jurisprudencia patria como la extranjera han dejado sentado que, en eventos como el que ahora nos ocupa, necesario es indagar en qué medida el acto médico fue determinante en el resultado, vale decir, lo que se evalúa es la diligencia médica en el desarrollo de la actividad de medio, pues el resultado en muchos casos no puede ser ajeno a las circunstancias que le sirven de causa, como es el hecho del síndrome de West relacionado. De ahí la necesidad de prueba perito-médica, cuya relevancia es innegable, ya que precisamente son los expertos en la materia los llamados a resolver las dudas e inquietudes que pueda tener el juzgador al momento de entrar al estudio del litigio. Sobre este acápite de estudio sería pertinente citar lo dicho por los galenos que fueron llamados a declarar dentro del asunto, haciendo énfasis a las causas probables del síndrome padecido por el menor, dichos experticios fueron allegados por uno de los demandados, pero ya que el apoderado de la parte activa concurrió a los interrogatorios y no usó la oportunidad para tachar las declaraciones o interrogar a los mismos, no ve esta Sala causa alguna para no tener a los mismos como ciertos.

El médico ginecobstetra Jorge Eliecer Ortiz Delgado, al ser interrogado sobre las posibles causas del síndrome de West del menor JH respondió:

*"(...) las causas de este síndrome son múltiples antes del embarazo puede estar asociado a trastornos genéticos, durante el parto puede estar asociado a hipoxias y después del parto a procesos sépticos e hipoglucemias, o sea glicemias bajas y en el caso que nos atañe el hijo de la señora SC, encontramos que este bebe probablemente estuvo afectado en in útero por alguna patología que no se evidenció durante el control prenatal, también haya (sic) otros datos que se encuentran en la historia clínica del hospital Departamental del neonato, en los cuales se encuentra datos de hipoglucemia, un proceso séptico y de una cardiopatía, el sufrimiento fetal agudo que el feto sufrió durante el trabajo también pudo contribuir al desarrollo del síndrome de West, en conclusión este feto estaba afectado innutero (sic) y sufrió o no soporte las exigencias del trabajo de parto y a pesar de que se realizó una cesárea en forma oportuna evidencio después del nacimiento la patología que ya presentaba desde antes del nacimiento. (...)"*⁶

⁵ Serrano Escobar, Luis Guillermo, "Nuevos conceptos de responsabilidad médica" pág. 131.

⁶ Cuaderno de Pruebas Parte Demandada, Folio 194

Por su parte el ginecólogo Héctor Efraín Jaramillo Villareal al ser interrogado sobre el sufrimiento fetal y su relación con la preeclampsia, el mismo concretó:

*"(...) El sufrimiento fetal o el estado fetal insatisfactorio es un término utilizado para determinar que un bebe está teniendo o puede tener o existe de tener hipoxia, es decir disminución de oxígeno en la sangre, esa fue la sospecha y por eso se indicó la cesárea en el caso en cuestión, los bebes tienen mecanismos propios para tolerar más la hipoxia que un adulto, el daño cerebral así es más raro en un bebe, pero puede ocurrir, lo importante es hacer el diagnostico de forma oportuna como se hizo en el caso en cuestión e intervenir inmediatamente extrayendo al bebe, por la vía más rápida que en este caso fue la cesárea para prevenir los casos de hipoxia o daño cerebral (...)"*⁷

Del mismo modo, el médico especializado en ginecología Filipo Vladimir Moran, quien atendiera a la demandante durante su estadía en el Hospital Departamental, se pronunció sobre la posible procedencia del síndrome sufrido por el menor:

*"(...) El síndrome de West es un conjunto de manifestaciones clínicas de predominio neurológico que abarcan varios hallazgos y también sus causas son múltiples, dentro de los descritos en la literatura médica se encuentra exposición a agentes tóxicos durante el embarazo, exposición a infecciones clínicas e infecciones de tipo subclínicas, es decir, infecciones que no presentaron ningún tipo de manifestación en la embarazada, pero que pueden llegar a afectar el desarrollo neurológico del feto, no siempre el síndrome de west está relacionado con el sufrimiento fetal, ni tampoco está relacionado siempre con periodos de asfisia al nacimiento, es decir, sus causas son múltiples"*⁸

Todo lo anterior puede ser constatado por la doctrina médica, en estudios como los realizados por la Doctora Albia J. Pozo Alonso, el Doctor Desiderio Pozo Lauzán y el Doctor Desi Pozo Alonso, quienes hicieron un estudio detallado sobre las posibles causas del síndrome de West, diferenciando las que pudieran ocurrir prenatal, perinatal y posnatalmente⁹.

Respecto de lo anterior puede decirse, que la obligación de la parte demandante consistía precisamente en probar dentro del proceso que la causa del síndrome de West que padece el menor JDHC es consecuencia directa de la hipoxia sufrida por el mismo en su nacimiento, y que dicha hipoxia se produjera por la falta de previsión de los médicos intervinientes o la negligencia de los mismos, y no por un mero acontecer de la naturaleza; ya que no es posible asegurar con las pruebas obrantes en el plenario que la enfermedad del menor se produjera por culpa de los galenos que cuidaran de su madre al momento de dar a luz y no por otras razones prenatales; en especial cuando en la hoja clínica del menor se encuentra que al momento de su nacimiento el mismo sufría de hipoglicemia, con un bajo peso en comparación a lo establecido por las ecografías realizadas a la madre previamente al trabajo de parto y durante el mismo¹⁰, un síndrome de dificultad respiratoria, taquipnea transitoria¹¹, ictericia neonatal, conjuntivitis neonatal¹² (estas dos últimas son muestras de una posible infección en el vientre materno) y el rostro con malformación.¹³ Lo que indica que la hipoxia isquémica padecida por el infante al momento de su nacimiento no es la única razón para el padecimiento actual del mismo, particularmente cuando se ha demostrado que el actuar médico al momento de atender la preeclampsia de la señora SVC fue diligente y ceñido a los lineamientos de la lex artis, además que la madre cuenta con un historial de adicción a la cocaína durante los tres años previos a quedar embarazada¹⁴ (sobre lo cual no hizo pronunciamiento alguno la juez de primera instancia), lo que se ha demostrado por parte de los estudiosos de la medicina como causa de complicaciones a los óvulos femeninos y afectación directa a los nonatos cuando la madre consume sustancias psicoactivas en estado de gestación, produciendo enfermedades de tipo congénito, malformaciones en el feto, bajo peso al nacer y talla por debajo de lo normal.

⁷ Cuaderno de Pruebas Parte Demandada, Folio 197

⁸ Ibidem, Folios 219 y 220

⁹ Hospital Pediátrico Universitario William Soler, "SÍNDROME DE WEST: ETIOLOGÍA, FISIOPATOLOGÍA, ASPECTOS CLÍNICOS Y PRONÓSTICO", Ciudad de la Habana-Cuba, Junio de 2002.

¹⁰ Pruebas parte demandada, Folio 61

¹¹ Ibidem, Folio 66

¹² Ibidem, Folio 67

¹³ Cuaderno 1, Folio 119

¹⁴ Cuaderno de pruebas de la parte demandada, folios 189 y 202

Lo anterior nos lleva a analizar y considerar la relación de causalidad entre el hecho y el daño y en forma específica para el sub lite, entre el acto médico y el daño, lo que tampoco encuentra la Sala concurrente al proceso, pues se tiene que, para que haya responsabilidad médica, se debe probar que el médico debe ser la causa del daño, daño que va más allá del riesgo terapéutico o quirúrgico.

Precisamente, esta Colegiatura advierte que en la censura que plantean los impugnantes, se enrostra principalmente un yerro *facti in iudicando* respecto de la sentencia de primer grado, por cuanto estima que en el acervo probatorio no existe prueba suficiente del nexo de causalidad entre la conducta desplegada por los galenos demandados y el daño irrogado a la parte demandante.

Sobre este tema en particular, la jurisprudencia¹⁵ ha señalado que el profesional de la medicina que se cite como demandado no podrá ser responsable sino en el evento en el que el error o falta que se le atribuye ha sido determinante para la causación del perjuicio; así pues, en sus propias palabras la Corte Suprema de Justicia dice lo siguiente:

"3. El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato, señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responde de los primeros cuando son "consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento". Por lo demás, es el sentido del artículo 2341 ib. El que da la pauta, junto al anterior precepto, para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil, cuando en la comisión de un "delito o culpa" –es decir, de acto doloso o culposo- hace responsable a su autor, en la medida en "que ha inferido" daño a otro.

Pero si hay consenso en la necesidad de esa relación causal, la doctrina, acompañada en este punto de complejas disquisiciones filosóficas, no ha atinado en ponerse de acuerdo sobre qué criterios han de seguirse para orientar la labor del investigador –jueces, abogados, partes- de modo que con certidumbre pueda definir en un caso determinado en el que confluyen muchas condiciones y antecedentes, cuál o cuáles de ellas adquieren la categoría de causa jurídica del daño. Pues no ha de negarse que de nada sirve el punto de vista naturalístico, conocido como teoría de la equivalencia de las condiciones –defendida hace algún tiempo y hoy abandonada en esta materia-, según el cual todos los antecedentes o condiciones (y aún las ocasiones), tienen ontológicamente el mismo peso para la producción del resultado. Semejante posición deja en las mismas al investigador, pues si decide mentalmente suprimir uno cualquiera de los antecedentes, con seguridad llegará a la conclusión de que el resultado no se hubiera dado, a más de la necesaria arbitrariedad en la elección de la condición a suprimir, dado que no ofrece la teoría criterios concretos de escogencia.

De las anteriores observaciones surgió la necesidad de adoptar otros criterios más individualizadores de modo que se pudiera predicar cuál de todos los antecedentes era el que debía tomar en cuenta el derecho para asignarle la categoría de causa. Teorías como la de la causa próxima, la de la causa preponderante o de la causa eficiente –que de cuando en cuando la Corte acogió- intentaron sin éxito proponer la manera de esclarecer la anterior duda, sobre la base de pautas específicas (la última condición puesta antes del resultado dañoso, o la más activa, o el antecedente que es principio del cambio, etc.). Y hoy, con la adopción de un criterio de razonabilidad que deja al investigador un gran espacio, con la precisión que más adelante se hará cuando de asuntos técnicos se trata, se asume que de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más "adecuado", el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Sentencia del 15 de enero de 2008. Exp. 11001-3103-037-2000-67300-01

que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo¹⁷. En fin, como se ve, la gran elasticidad del esquema conceptual anotado, permite en el investigador una conveniente amplitud de movimiento. Pero ese criterio de adecuación se lo acompañó de un elemento subjetivo que le valió por parte de un sector de la doctrina críticas a la teoría en su concepción clásica (entonces y ahora conocida como de la "causalidad adecuada"), cual es el de la previsibilidad, ya objetiva o subjetivamente considerada. Mas, dejando de lado esas honduras, toda vez que su entronque con la culpa como elemento subjetivo es evidente, y éste es tema que no se toca en el recurso, el criterio que se expone y que la Corte acoge, da a entender que en la indagación que se haga –obviamente luego de ocurrido el daño (la amputación de la pierna)- debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud.

Sin embargo, cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia –no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquellos que la practican- y que a fin de cuentas dan, con carácter general, las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causas o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan pero no ocasionan. De la misma manera, quedará al abrigo de la decisión judicial, pero tomada con el suficiente conocimiento aportado por esas pruebas técnicas a que se ha hecho alusión, la calificación que de culposa o no se dé a la actividad o inactividad del profesional, en tanto el grado de diligencia que le es exigible se sopesa y determina, de un lado, con la probabilidad de que el riesgo previsto se presente o no y con la gravedad que implique su materialización, y de otro, con la dificultad o facilidad que tuvo el profesional en evitarlo o disminuirlo, asuntos todos que, en punto de la ciencia médica, deben ser proporcionados al juez a efectos de ilustrarlo en tan especiales materias."¹⁸

Bajo las premisas teóricas que anteceden, recuerda esta Corporación que no se debe sostener una relación de causa y efecto entre la conducta del demandado y el daño padecido llanamente con el "*sentido común o las reglas de la vida*" –como lo señala la jurisprudencia transcrita – sino que deberá acudirse a aquellos elementos de juicio que de forma técnica permitan determinar si el procedimiento que realizaran las instituciones médicas demandadas resultan ser la causa jurídica adecuada del daño.

Bajo ese contexto esta Judicatura procederá a citar lo dicho por el Doctor Andrés Ricaurte en el experticio solicitado por el Juzgado de primer grado, el cual la a quo decidiera no tener en cuenta al considerar que siendo dicho médico quien diagnosticó en el control de natalidad de la demandante la preeclamsia, estaría incurriendo en una falta de ética al expresar que la gestante tuvo preeclamsia de carácter espontaneo. Con el fin de aclarar este punto, se debe decir que el galeno previamente referido efectivamente descubrió y remitió a la paciente por una posible preeclamsia, pero el mismo en ningún acápite de su concepto pericial afirma que la paciente sufriera de una

¹⁷ Esta última proposición, la de sopesar antecedentes que sólo de manera anormal o azarosa producen el resultado, se le ha añadido a la teoría de la causalidad adecuada, -que precisamente es criticada en ese aspecto, es decir, en que deja sin explicación aquellos daños que se producen por causas que normalmente no son aptas para ocasionarlo-, pues la ayuda que las ciencias forenses prestan a este propósito, permite que aún en esos raros casos, y junto con la "lógica de lo razonable" (Recasens) más precisamente que con las reglas de la experiencia, dichos eventos puedan esclarecerse.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, M.P. Dr. Jorge Santos Ballesteros. Sentencia del 26 de septiembre de 2002. Ref.: Expediente No. 6878

preeclamsia súbita, sino que informa de manera clara que dicho padecimiento puede darse de forma inesperada; tal y como se dio en la señora C, quien no presentó preeclamsia sino hasta su último control de natalidad, pues tal como consta en la historia clínica de la paciente,¹⁹ la misma presentaba normalidad en cuanto a su tensión arterial durante todo el embarazo, además lo dicho por los testimonios llevados por los demandantes en cuanto a la hinchazón, el reflujo y la acidez presentes en la mujer encinta son problemas comunes del embarazo, sobre los cuales no existe prueba en el proceso de que sean claros referentes sobre presentación de preeclamsia en la gestante previos al control de 22 de mayo de 2006²⁰, cuando se presenta una considerable alza en los valores de tensión arterial de SC, ya que hasta ese momento las consultas prenatales hechas por C EPS demuestran tener normalidad en cuanto a la condición física de la madre, descartando la presencia de preeclamsia previa a la fecha referida.

Hecha esta aclaración, entra la Sala a citar lo dicho por el galeno en su experticia, al considerar que el mismo no es una de las partes en conflicto dentro del proceso ni tiene pretensión alguna en la resolución del mismo:

"(...) Habiendo revisado la Historia Clínica de 56 folios enviada a nuestro servicio y teniendo en cuenta los hechos escritos en dicho documento los cuales hablan de una paciente que fue remitida por diagnóstico de Preeclamsia moderada con tensión arterial de 160/100, antecedente de radiculopatía y embarazo de 38,8 semanas al HSP. Quien a su ingreso a dicha institución se le hace dx de 37 semanas y 3 días por ecografía, trastorno hipertensivo asociado al embarazo y alto riesgo obstétrico. Con estos diagnósticos fue hospitalizada el día de su remisión 22 de mayo de 2006 donde se le deja control de tensión arterial estricto y de actividad uterina así como que se le solicitan paraclínicos pertinentes para su cuadro hipertensivo (perfil toxemico) más una monitoria fetal los cuales son normales. La paciente permanece estable con tensiones arteriales de 150/80 140/80 y amanece el día 23 de mayo cuando se le realiza ecografía que informa embarazo de 38 semanas 4 días, bienestar fetal, peso fetal 3130 gramos, líquido amniótico normal y placenta grado II normal anterior, con lo cual deciden a las 11 am de ese día 23 de mayo de 2006, inducción de trabajo de parto con prostaglandinas a dosis usuales y monitorización fetal correspondiente. La paciente cursa su trabajo de parto y a las 17:00 horas de ese mismo día se encuentra tacto vaginal en dilatación de 6 cm, borramiento del 60%, estación de -2 y refieren las notas ruptura de membranas con evidencia de líquido meconiado grado I, ordenándose en ese momento monitoreo fetal el cual es normal pero posteriormente se reevalúa a la paciente a las 7 pm por especialista quien determina al examen obstétrico: dilatación de 8 cm, borramiento del 80% estación -1 líquido meconiado I pero anota que el feto "presenta desaceleraciones profundas con las contracciones y recuperación lenta" por lo cual decide que se le realice cesárea a la paciente a esta hora por sufrimiento fetal probable. La paciente es llevada a cirugía encontrando como hallazgo recién nacido masculino, deprimido, cianótico, APGAR 4 y con deformidad facial como consta en la descripción quirúrgica. La operación se da sin complicaciones. En el postoperatorio la paciente presenta cifras tensionales 130/80 – 130/70 que se consideran normales pero refieren las notas que se queja de cefalea persistente por lo que el 25 de mayo de 2006 el especialista le ordena sulfato de magnesio y solicita laboratorios de control, los cuales en general están normales con discreta elevación de la deshidrogenasa láctica explicable por cuadro preeclamptico, y además solicita interconsulta a anesthesiólogo quien posterior a valorar a la paciente ordena reposo en cama, líquidos abundantes y neosaldina oral que es un analgésico. Finalmente el día 26 de mayo de 2006 a la paciente se le da salida con acetaminofén, neosaldina, ibuprofeno y cefalexina con orden de control por consulta externa en C en 8 días, como consta en la epicrisis que se me allego.

(...) Con todo este relato resumido de la atención de la paciente y considerando lo dispuesto y escrito en la Historia que se me allego pienso que la paciente fue correctamente manejada y que el cuerpo médico y de salud que la atendió se acogió a los protocolos establecidos para la condición que presentó la paciente, brindándole los cuidados que correspondían. Por otro lado conceptuó que efectivamente la preeclamsia es una patología que puede presentarse en una paciente de forma aguda y espontánea.

¹⁹ Cuaderno de Pruebas, Folios 185 a 189 y Folios 201 a 214. Véase también Cuaderno Principal 1, Folios 145 a 148

²⁰ Cuaderno Principal 1, Folio 149

y que esta patología es frecuente en nuestro medio. También decir respecto del feto que durante el trabajo de parto presento sufrimiento fetal, este también se puede producir durante el trabajo de parto pero que lo importante es detectarlo de forma temprana como en este caso a mi criterio sucedió llevándose la paciente a cesárea. (...) (Subrayado fuera del texto original)" ²¹

Teniendo ello en consideración, al igual que lo dicho en el artículo 13 del Decreto 3380 de 1981, que reza: *"Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos o de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico"*. Al respecto se debe hacer una connotación con el proceso bajo estudio, ya que del obrar probatorio se puede considerar claramente que no existe un nexo entre el padecimiento actual del niño JDH y el actuar de los médicos de C EPS y el HSP, puesto que era imposible para los galenos prevenir la preeclampsia, además el actuar de los mismos fue diligente al descubrir el sufrimiento fetal y proceder inmediatamente a la cesárea, pues tal y como se anotara previamente en esta misma providencia, los médicos están obligados a llevar a la madre a un parto natural por vía vaginal mientras sea posible, y solo si las circunstancias lo ameritan intervenir quirúrgicamente.

En este punto, considera la Corporación que no se encuentra probado el nexo de causalidad, pues como se dijo existen varias circunstancias que pudieron influir en la producción del padecimiento sufrido por el menor denominado síndrome de West, tal y como lo ha establecido el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil: *"el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas"* ²², y al no ser este el caso, pues se comprobó la diligencia con que actuaron los médicos, no será posible condenar a las instituciones demandadas en el presente proceso al no configurarse los requisitos necesarios de la responsabilidad civil. En mérito de todo lo expuesto, esta Judicatura revocará la providencia de primer grado, por estimarse equivocadas las consideraciones que en ella se expusieron.

Finalmente, se condenará en costas de primera y segunda instancia a los demandantes, de conformidad con lo previsto en la regla cuarta del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil. Por otra parte se fijará las agencias en derecho de primera instancia en tres millones veinticuatro mil novecientos sesenta y un pesos moneda corriente (\$3'024.961), mientras que las de segunda instancia serán por el valor de un millón seiscientos veintitrés mil cuarenta y nueve pesos moneda corriente (\$1'623.049), en razón a lo normado en el artículo 6 del acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 del mismo año, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, **EI TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO** en **SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia apelada, y en su lugar disponer lo siguiente:

²¹ Cuaderno Principal N° 2, Folios 597 a 599

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de septiembre de 2002, exp. 6199

"PRIMERO: Sin lugar a declarar civil y solidariamente responsables a los demandados C E.P.S. S.A. y a la FHSP.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de primera instancia a los demandantes y a favor de los demandados. FÍJESE por concepto de agencias en derecho la suma de tres millones veinticuatro mil novecientos sesenta y un pesos moneda corriente (\$3'024.961)"

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a los demandantes y a favor de los demandados. FÍJESE por concepto de agencias en derecho la suma de un millón seiscientos veintitrés mil cuarenta y nueve pesos moneda corriente (\$1'623.049).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FABIO RAÚL LÓPEZ CHAVES
Magistrado

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
Magistrado

AIDA MÓNICA ROSETO GARCÍA
Magistrada

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PERIODÍSTICA – ELEMENTOS: Aplicación del artículo 55 de la ley 29 de 1944. / **RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PERIODÍSTICA – HECHO DAÑOSO: No se configura** – Siendo que esta clase de responsabilidad, halla su fundamento legal en las especiales disposiciones contenidas en la ley 29 de 1944, es esta la llamada a regir el caso en estudio y no las normas del Código Civil que regulan la responsabilidad civil por culpa extracontractual por actividades peligrosas; y conforme la referida normatividad, se determina que no se encuentran acreditados sus requisitos axiológicos, en tanto que de los medios probatorios aportados, no se demostró la existencia del hecho dañoso en el ejercicio de la actividad periodística realizada por el demandado, por la divulgación informativa sobre hechos o conductas o imputaciones falsas o inexactas en contra de los demandantes, con la intención de perjudicarlos o deteriorar su buen nombre o su honra./

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISION CIVIL FAMILIA**

Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Guillermo Ortiz Narváez

Referencia: Apelación de Sentencia en proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual N° 2009 – 0269 – 01 (648 – 01)

Procedencia: Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto

Demandantes: GAOD y otros.

Demandado: FTS

San Juan de Pasto, trece (13) de enero de dos mil quince (2015).

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de alzada interpuesto por la parte demandante del presente asunto frente a la sentencia calendada a catorce (14) de noviembre de 2013, dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto en el marco del proceso ordinario de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

Los señores HSB, RPP, GO, OT y LCB, por intermedio de apoderado judicial presentaron demanda en contra de CR S.A. - LCP y FTS, con el fin de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, acojan sus pretensiones con base en los hechos que se sintetizan a continuación:

1.1. Fundamento Fáctico

a) De acuerdo con lo relatado por la parte demandante, el demandante HSB es un distinguido profesional nariñense que se ha desempeñado como concejal del Municipio de Pasto, Representante a la Cámara y Senador de la República de Colombia por varios periodos, además de ser un reconocido industrial que ha merecido el reconocimiento de una prestigiosa universidad honoris causa como administrador de empresas.

b) Que el señor FTS y la sociedad CR S.A. - LCP, en forma dolosa y permanente a difundido ataques y se

ha dedicado por años a injuriar y a ultrajar su honra y dignidad, calumniando al demandante HSB, endilgándole conductas punibles, atribuyéndole actividades ilegales, acusándolo de narcotraficante y que sus bienes son de dudosa procedencia. Afirmaciones falsas y malintencionadas que han causado enormes perjuicios morales y en la vida de relación del actor.

c) Se indica que la mentada información es falsa y difundida irresponsablemente con el ánimo de afectar al demandante, resultando nociva para su honra y buen nombre, causando un daño que no es reparable sólo por la vía de la rectificación, sino que se proyectó en su esfera patrimonial, siendo la única forma posible la indemnización del perjuicio moral de los afectados. Igualmente, respecto del daño a la vida de relación el directamente afectado ha recurrido a un tratamiento psicológico.

d) Además de lo relatado anteriormente, la parte demandada ha tomado similares actitudes en contra de los señores OT, RPP, LCB y GAO, profesionales del periodismo, endilgándoles conductas punibles, mancillando su honra y su profesión, conductas que han causado enormes perjuicios morales y profesionales.

1.2. Pretensiones

Que se declare a los demandados civilmente responsables en forma extracontractual de los daños y perjuicios morales ocasionados a los demandantes, por los hechos antes descritos.

Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a los demandados a pagar a cada uno de los demandantes los siguientes montos a título de perjuicios morales y daño a la vida de relación:

HSBS	500 S.M.L.M.V.
OT	200 S.M.L.M.V.
RPP	200 S.M.L.M.V.
LCB	200 S.M.L.M.V.
GAO	200 S.M.L.M.V.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez surtida la notificación personal del libelo, el día doce (12) de julio de dos mil diez (2010) el señor FTS y la sociedad CR S.A. - LCP, a través de sus respectivos apoderados judiciales dieron contestación al libelo introductorio tal como se reporta a folios 98 a 161 del cuaderno principal, proponiendo las excepciones de mérito que denominaron: *"inexistencia o carencia del derecho para demandar"*, *"existencia de investigación penal en curso"*, *"falta de legitimación en la causa por pasiva"*, *"ausencia de derecho sustancial para demandar"*, *inepta demanda por falta de determinación del hecho dañoso"*, *"ausencia del nexo causal"*, *"hecho de un tercero"*, *"excepción de veracidad de la información"*, *"ausencia de culpa e inexistencia de dolo"*, *"ausencia de tipificación de los delitos de injuria y calumnia"*, *"ausencia del requisito de procedibilidad de conciliación"* y *"la innominada"*.

3. TRÁMITE PROCESAL DE LA PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto interlocutorio del día treinta (30) de octubre de dos mil nueve (2009), el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, admitió la demanda, asumiendo el conocimiento del asunto, ordenando correr el correspondiente traslado, el cual una vez cumplido y dentro de la oportunidad legal, los demandados a través de su respectivo apoderado judicial presentaron su escrito de contestación tal como se había referenciado.

Desistidas las pretensiones frente a la sociedad CR S.A. - LCP, declarado el fracaso de la audiencia de conciliación por ausencia de ánimo conciliatorio¹ y evacuado el término probatorio se corrió el término para alegar a las partes², quienes guardaron silencio durante el término.

¹ Folio 183 a 185 - C. Principal No. 2.

² Folio 292 - C. Ibíd.

4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez surtido el trámite descrito, el día catorce (14) de noviembre de dos mil trece (2013), la Juez Cuarta Civil del Circuito de Pasto profirió sentencia de primera instancia, en donde resolvió negar las pretensiones del libelo propuesto por los demandantes y condenarlos a pagar las costas procesales. Dicha providencia fue objeto del recurso de apelación interpuesto el día veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013) por el procurador judicial del extremo actor.

5. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

5.1. El día veintidós (22) de enero de dos mil catorce (2014), se admitió la alzada y dentro del traslado a que se refiere el Art. 360 del C. de P. C. la parte demandante sustentó el medio impugnativo con los argumentos que se exponen:

a) Se resalta que los motivos de reproche expuestos por la parte apelante se destinan en primer lugar a reprochar la norma que la juez de primera instancia invocó con el fin de sustentar su providencia, siendo antitécnicamente aplicado el artículo 2341 del Código Civil, el que quizá sugirió la aplicación de los conceptos de injuria y calumnia establecidos en los artículos 220 y 221 del Código Penal. Que no obstante, de acuerdo con el principio de la valoración integral de la prueba establecido en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, el precepto legal en el que se subsume el asunto de marras es el artículo 1347, según el cual toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren bajo su cuidado. Al efecto agrega que si bien las dos normas se refieren a la indemnización que debe pagar quien crea un perjuicio, sus elementos axiológicos son diferentes.

b) Igualmente, sobre el tópico de la valoración integral de la prueba, indicó que la Juez de primera instancia debió insistir en la necesidad de obtener el medio de convicción solicitado dentro del cuerpo de la demanda, agravado con el hecho de que de forma permisiva y omisiva, aceptó que la sociedad CR S.A. soslayara lo ordenado mediante auto de veintiuno (21) de septiembre dentro del cual se requirió para que enviara la copia de las emisiones radiales objeto de controversia con las respectivas transcripciones, orden que no se cumplió nunca desconociéndose si éstas existían o no.

En adición, reclama que la falladora de instancia debió tener en cuenta la postura del demandado cuando *“aceptó en cierto modo”* los hechos que se le atribuyeron en la demanda, la cual debió ser relacionada cuando de forma directa mencionó al demandante involucrándolo en actividades delictuosas que pueden percibirse en la prueba documental que obra a folio 73 y con las declaraciones rendidas por los señores LAMN, JHCS y DFR.

Conforme a lo anterior, las dudas planteadas por la falladora que al final originaron la resolución desfavorable de las pretensiones se originaron en una valoración individual de las pruebas obrantes en el plenario, pero que otro puede ser el resultado si se consideran en conjunto, como lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil. Al respecto, critica la apreciación de lo dicho por los testigos LAMN y JHCS, para cuyo análisis, el alzadoista dedicó gran parte del escrito de sustentación.

c) Agregó que la A quo no tuvo en cuenta el fundamento fáctico y jurídico contenido en el cuerpo de la demanda, que no es otra cosa que la evidencia de la vulneración del bien jurídico tutelado que es el buen nombre y la dignidad de los demandantes partiendo del principio de la Congruencia que como daño colateral arrojó enormes perjuicios morales en la vida de relación del señor HSB y demás víctimas, armazón de los evidentes y demostrados comentarios mal intencionados e infundados de la parte demandada, perjuicios que están demostrados a través de la experticia psiquiatra -psicológica.

d) Que por lo demás, con la sentencia proferida en primera instancia la Juez Cuarta Civil del Circuito de Pasto incurrió en una vía de hecho a través del que el apelante consideró un evidente defecto fáctico por indebida valoración de la prueba, para lo cual sustentó sus argumentos en la transcripción o transliteración de algunos apartes de la sentencia T - 117 de 2013 proferida por la Corte Constitucional.

Conforme a lo anterior, solicitó la parte alzadoista la revocatoria en su integridad de la sentencia de primer grado.

5.2. Por su parte y dentro del término de traslado pertinente, el apoderado del señor FTS presentó su escrito tal como obra en la foliatura 17 a 21 del cuaderno de segunda instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. SANIDAD PROCESAL

Se observa la validez del proceso, puesto que no se advierte que en la tramitación del mismo se haya incurrido en causales de nulidad insaneables o de las que deban ponerse en conocimiento de las partes.

2. PRESUPUESTOS PROCESALES

Concurren a plenitud en el presente caso los presupuestos procesales a saber: tenía el Juez de primer grado competencia para avocar conocimiento en virtud de la naturaleza, cuantía del asunto y domicilio de los demandados. Los demandantes son personas naturales, mayores de edad, que tienen capacidad para ser parte y para comparecer al proceso y así mismo. Por otra parte, iguales características se pueden predicar del demandado. Las partes fueron asistidas por profesionales del Derecho y finalmente, se observa que la demanda presentada se allanó a cumplir con las exigencias legales previstas.

3. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Los señores HSB, RPP, GO, OT y LCB, como parte activa de la *litis* al igual que el señor FTS como pasiva de la misma, se encuentran legitimados en la causa en razón del interés jurídico que los ubica en los extremos de la relación, como cuestión del derecho sustancial en debate.

4. LA ACCIÓN INCOADA: De responsabilidad civil extracontractual.

En cuanto tiene que ver con la responsabilidad civil extracontractual, se hace menester en primer lugar hacer referencia a que la misma encuentra su origen en el derecho romano, en un delito privado denominado: *Damnum iniuria datum* el cual regulaba el daño injusto causado a los bienes del otro al igual que la reparación de aquellos, encontrándose tipificado en la llamada *Lex Aquilia*.

Dentro de nuestra legislación civil, tal institución, se recoge por Andrés Bello en la redacción del Código Sustancial de la materia, el que a pesar de su inspiración francesa, en lo que tiene que ver con el tema de la responsabilidad civil fue orientado por las instituciones que al respecto, el derecho romano había creado. Tal es así, que la institución del *Damnum iniuria datum* de la *Lex Aquilia* influyó en la redacción contenida en el artículo 2341 del Código Civil, mismo que consagra el postulado según el cual todo el que infiere un daño a otro intencionalmente o de manera culposa, está obligado a repararlo; así, la norma referida de manera textual expresa: "*El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido*".

Ahora, continuando el iter argumentativo, con el fin de desentrañar el concepto de responsabilidad contenido en la norma transcrita, acudimos a los comentarios que sobre la misma ha realizado el Doctor Oscar Marín Martínez, quien nos dice que: "*La responsabilidad es la obligación que tienen las personas de asumir las consecuencias de los actos que realizan, o de las omisiones, que causan daño a otro, de tal manera, que en virtud del daño causado, están llamados a reparar el detrimento de manera integral*." ³

³ MARÍN MARTÍNEZ, Oscar. "Responsabilidad Derivada de las Actividades de la Construcción" Revista: Responsabilidad Civil y del Estado No. 24. Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. p. 149

Sin embargo, una persona, no solo es responsable por las acciones u omisiones propias (responsabilidad directa), sino aún por el hecho ajeno (el padre de familia, el tutor etc.) o por el hecho de las cosas que le pertenecen o que están a su cuidado, si no emplea la debida vigilancia o si comete un error en la elección del subalterno (responsabilidad indirecta).

La teoría descrita en el párrafo anterior, encuentra su fundamento en consideraciones de orden social sobre la necesidad de la reparación: ocurrido el daño, parece acorde con la equidad que sea quien lo causa y no el perjudicado quien sufra sus consecuencias económicas.

La doctrina ha establecido que son elementos constantes de la responsabilidad extracontractual: el hecho dañoso, el daño y el nexo de causalidad entre el primero y el segundo⁴, y así mismo se ha determinado que el “*hecho dañoso*” se debe entender como aquella conducta activa u omisiva desplegada por el agente, o en otras palabras, el acto humano, que no pretende crear efectos jurídicos, pero que de hecho los crea porque produce un daño en forma ilícita.

Ahora, respecto del elemento del daño se dirá que este es el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial, el cual se puede indemnizar siempre que quien lo cause sea alguien distinto de quien lo padece. Será entonces daño patrimonial el que afecte el patrimonio económico de la víctima y por otro lado, se entenderá por daño extrapatrimonial el que lesione bienes jurídicamente protegidos pero que no gozan de valoración en dinero.

En cuanto tiene que ver con el nexo de causalidad, se dirá simplemente que éste es el vínculo que existe entre la conducta del agente que da origen a la responsabilidad y el daño patrimonial o extrapatrimonial sufrido por la víctima. Al respecto ha manifestado la doctrina:

“Este elemento se refiere a la relación de conexión, de causalidad o enlace, que debe existir entre el hecho y el daño, esto es, los elementos de la responsabilidad antes estudiados, ya que para estructurarse la responsabilidad, el daño debe ser el resultado o la consecuencia del hecho. Dicho al contrario, ese hecho o conducta culpable o riesgosa, debe ser la causa del daño. Naturalmente que esa relación de causalidad debe acreditarse en el proceso, ya que de lo contrario no podría nacer la obligación de reparación que es propia de la responsabilidad”⁵.

Así mismo, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil ha establecido respecto de este elemento:

“Así las cosas, la responsabilidad supone la inequívoca atribución de la autoría de un hecho que tenga la eficacia causal suficiente para generar el resultado, pues si la incertidumbre recae sobre la existencia de esa fuerza motora del suceso, en tanto que se ignora cuál fue la verdadera causa desencadenante del fenómeno, no sería posible endilgar responsabilidad al demandado”⁶.

Finalmente, respecto del nexo de causalidad deberá decirse que éste debe cumplir con unas características para poder endilgar responsabilidad civil, las cuales son: que sea próximo, determinante y adecuado.

5. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala determinar: ¿Con base en el material probatorio que reposa en el expediente, se puede determinar la acreditación de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual por los daños ocasionados a los demandantes, por el ejercicio de la actividad periodística desempeñada por los demandados?

⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I, Segunda Edición, LEGIS. Bogotá, 2007. p. 188

⁵ ISAZA DÁVILA, José Alfonso. Introducción a la responsabilidad civil. Módulo de aprendizaje autodirigido Plan de Formación de la Rama Judicial. 2009. p. 49.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 23 de junio de 2005, expediente No. 058-95, M.P. Edgardo Villamil Portilla.

Para responder el problema jurídico planteado, se observará lo dispuesto por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil que restringe la competencia del superior en los casos de existencia de apelante único, exclusivamente a lo que fue objeto del recurso.

Bajo ese entendido, de la lectura del escrito de apelación la Sala entiende que el primer argumento de reproche expuesto por el alzadista se refiere a la inadecuada aplicación al sub examine del artículo 2341 del Código Civil, norma que invocada por la Juez de primera instancia para fundamentar su fallo, difiere de la identificada con el número 2347 del compendio normativo ibídem, última que a juicio del apelante resultaba de correcta subsunción al caso concreto que nos ocupa. Al respecto, argumentó que la principal diferencia entre una y otra, eran los elementos axiológicos que las estructuran, indicando breves referencias a la necesidad de demostrar un hecho culposo o doloso, un daño y un nexo de causalidad entre el hecho y el daño.

Sobre el tópico planteado por el alzadista, es de particular relevancia para la Sala aclarar que el asunto que actualmente ocupa su atención, se refiere a la responsabilidad por los daños ocasionados en el ejercicio de la actividad periodística, entendiéndose que esta labor puede originar responsabilidades de diversa índole, pudiendo ser ética, penal o civil. Así, sin entrar en mayores elucubraciones respecto de las ajenas a la especialidad de la jurisdicción a la que esta Corporación pertenece, la responsabilidad de orden civil, al igual que la de naturaleza ética, halla su fundamento legal en las precisas y especiales disposiciones contenidas en la ley 29 de 1944, actualmente vigente.

Así, se destaca que conforme al artículo 55 de cuerpo normativo últimamente mencionado, las particularidades de la responsabilidad civil por el ejercicio de la actividad periodística se enmarcan dentro de la siguiente premisa legal:

"Art. 55.- Todo el que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, por medio de la imprenta, de la radiodifusión o del cinematógrafo, cause daño a otro estará obligado a indemnizarlo, salvo que se demuestre que no incurrió en culpa"

De lo anterior, que la responsabilidad civil en que incurren las entidades periodísticas únicamente puede configurarse en los casos en que aparezca debidamente acreditado que, con intención o culpa, en sus publicaciones falsas o parciales, se haya ocasionado daño a otro, en cuyo caso deberán resarcirse. En consecuencia, como puede observarse, no halla fundamento en una norma que se encuentre contenida en el Código Adjetivo de la materia, sino que su estructura y elementos axiológicos pueden extractarse del artículo 55 de la ley 29 de 1944, no obstante su similitud con los fundamentos jurídicos de la responsabilidad civil por culpa extracontractual consagrados en el artículo 2341, invocado por la falladora de primera instancia. Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil ha manifestado:

"Sin embargo, en primer término debe señalarse que se trata de una legislación particular, porque comprende la responsabilidad civil extracontractual por divulgación antijurídica del "pensamiento" que cause daño a otro que, dentro de una concepción amplia, incluye por supuesto la originada en información nociva. En segundo lugar, también advierte la Sala que los términos y redacción empleados en el sentido de que "todo el que por cualquier medio eficaz... cause daño a otro, estará obligado a indemnizarlo..." (art.55 ley 29 de 1944), no solo revelan que se trata de una aplicación particular de los principios que regulan la responsabilidad civil por culpa extracontractual, sino que además de servirle de fundamento, resultan útiles para la regulación general de este tipo de responsabilidad civil, la cual no se ubica entonces dentro de la responsabilidad por actividades peligrosas del artículo 2356 del Código Civil.

*De ello se desprende entonces, que la responsabilidad civil extracontractual por los daños ocasionados en ejercicio de la actividad periodística por la divulgación informativa, sobre hechos o conductas, que conlleve para una persona determinada o determinable imputaciones falsas o inexactas (delictuosas), solamente puede estructurarse cuando, de acuerdo con las circunstancias especiales de la actividad y los hechos relevantes de la misma, pueda atribuirse a culpa profesional del agente".*⁷

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de mayo de 1999. M.P. Dr. Pedro Lafont Pianetta. Expediente No.5244.

Así, independientemente de la norma que haya aplicado la falladora de instancia al caso bajo estudio o la que invoca el alzadista, siendo estas los artículos 2341 o 2347 del Código Civil, de acuerdo con la jurisprudencia en cita, los elementos axiológicos que configuran la responsabilidad civil extracontractual derivada del ejercicio de la actividad periodística y que la parte actora debe demostrar a fin de lograr la prosperidad de las pretensiones son las siguientes:

- En primer lugar, la presencia de intención de perjudicar o deteriorar el buen nombre o la honra de una persona determinada o determinable con la información falsa o inexacta que a sabiendas se divulga.
- En segundo lugar, también se requiere la existencia de un daño, que puede ser, de un lado, moral cuando se trata de un deterioro en el patrimonio moral que afecte la honra, la reputación o lesione alguno de los demás derechos inherentes a la personalidad; o bien material, cuando se refiere a una disminución en los derechos que conforman el patrimonio económico existente o que podía adquirirse mediante la realización de una labor o trabajo, o por medio de la explotación económica pertinente.
- Y en último término, dicha responsabilidad también exige que haya una relación de causalidad entre la divulgación falsa o parcial hecha intencional o culposamente y los daños mencionados⁸.

Conforme a lo anterior, no resulta de recibo el primer argumento de reproche expuesto por el apoderado judicial de los demandantes, en tanto el artículo 2347 del Código Civil invocado por él, no es el aplicable al asunto sub exámine, máxime, si se tiene en cuenta que los elementos axiológicos requeridos para la prosperidad de sus pretensiones no se encuentran en norma alguna del anotado compendio, sino que se decantan por la jurisprudencia, de lo establecido en el artículo 55 de la ley 29 de 1944, mismo que en su estructura guarda semejanza con el artículo 2341 del Código Civil.

Ahora, de la lectura de la sentencia de primera instancia emanada del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, se encuentra que la denegación de las pretensiones contenidas en la demanda obedeció a la falta de una debida acreditación del primer elemento axiológico de la responsabilidad extracontractual que nos atañe, es decir, el referido a la existencia del hecho dañoso, que para el caso específico consiste en el acto humano de divulgación de una información o pensamiento por cualquier medio eficaz con la intención de perjudicar o deteriorar el buen nombre o la honra de una persona determinada o determinable con información falsa o inexacta que a sabiendas se irradia.

Así, conforme a los hechos descritos en la demanda el hecho dañoso consiste en la difusión de injurias y calumnias emanadas por el demandado FTS y difundidas a través de CR S.A. - LCP, mediante las cuales se ha acusado y atacado al demandante HSB, acusándolo de participar en actividades relacionadas con el narcotráfico. Igualmente, se aclaró en el escrito de apelación que aquellas manifestaciones del pensamiento difundidas por y a través del ente demandado, se hicieron con fundamento en un libro denominado "Los Jinetes de la Cocaína".

Por lo tanto, frente a la descripción fáctica relacionada por la parte actora y con el objeto de demostrar aquellos supuestos de hecho a fin de obtener el efecto de la declaración de responsabilidad civil extracontractual contra sus contendores procesales, era menester y obligatorio demostrar: **i)** la existencia de las mencionadas injurias y calumnias en contra de los señores HSB, RPP, GO, OT y LCB, **ii)** que éstas hayan sido difundidas por el medio CR S.A. - LCP y **iii)** que fueran emanadas por el demandado FTS.

Al respecto, la prueba que fue aportada al proceso con el objetivo de demostrar el hecho dañoso, en cuanto documentos se refiere, se reducen a los instrumentos anexos a la demanda en donde constan unas transcripciones, que presuntamente corresponden a dos emisiones del programa radial conducido por el demandado FTS y que obran a folios 2 al 8 del cuaderno principal uno y dos discos compactos que descansan a folio 73 del mismo legajo.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de mayo de 1999. M.P. Dr. Pedro Lafont Pianetta. Expediente No.5244.

Frente a los primeros documentos relacionados y que obran a folios 2 a 8 del cuaderno principal, la Sala considera que no tienen el mayor peso demostrativo, puesto que en tales transcripciones no se encuentra referencia a la fecha, hora o medio radial de la presunta emisión a la que se hace referencia en el encabezado del documento, además de que no existe nada que lo autentique, pues las grabaciones contenidas en los discos compactos rotulados con la inscripción "1 original" y "2 original" no corresponden a las trasliteraciones mencionadas.

Por otra parte, los instrumentos a los que se hizo referencia en el párrafo anterior, no llevan una firma de un autor o al menos una suscripción que diera cuenta de la persona que lo elaboró, por lo que además, tampoco existe constancia de que corresponda a la exacta transcripción de la emisión radial que allí se describe, con una debida certificación de autenticidad. A partir de lo anterior, que las mencionadas transcripciones aportadas y elaboradas por la misma parte actora, no pueden ser tenidas en cuenta como elemento de convicción a fin de encontrar demostrado el elemento axiológico de la existencia del hecho dañoso, todo por cuanto nadie puede **fabricar su propia prueba** a fin de encontrar la prosperidad de sus pretensiones.

Ahora, los mismos defectos anunciados respecto de las transcripciones que atrás se analizaron, sufren las grabaciones en los discos compactos también aportados junto con la presentación de la demanda. Se aclara al respecto, que si bien están rotulados con insignias diferentes, el mensaje de datos contenido en ellos es exactamente el mismo, en donde tampoco existe referencia a la fecha, hora, programa radial al cual presuntamente pertenecen, aunado a que tampoco hay constancia de que aquellas grabaciones correspondan exactamente a una emisión o a manifestaciones del pensamiento del señor FTS a través de CR S.A. - LCP, pues no se halla constancia de autenticación.

Por otra parte, y aún así, si los mencionados discos compactos tuvieran algún mérito probatorio, el contenido de los mismos dividido en tres pistas, refiere la primera a una emisión en la que en su parte comprensible, se escuchan afirmaciones relacionadas con la empresa D.R.F.E. y luego unas manifestaciones vertidas por distintas personas, quienes según sus dichos fueron trabajadores del periódico DS, en las que se indica que el demandante HSB tenía un comportamiento irregular como empleador y frente al manejo de las noticias que se imprimían en el mentado medio escrito, principalmente una que directamente afectaba a los allí declarantes.

En la pista 2, en su parte legible, se habla de unas publicaciones realizadas en el periódico DS, cuyo director para la época de los hechos era el demandante HSB y que la noticia versaba respecto de la decisión de un conflicto judicial entre la Gobernación de Nariño y el denominado Consorcio Galeras. Finalmente, la pista No. 3 hace relación a una decisión producida dentro de un trámite de acción de tutela, la cual fue presuntamente incumplida por parte del DS frente a la corrección o rectificación de una noticia, situación que involucraba también a su director.

Por lo tanto, si aún en gracia de discusión se aceptara el valor probatorio de tales grabaciones contenidas en los discos compactos allegados a la demanda, ninguno de ellos habla de las injurias o calumnias que se describieron como fundamento fáctico, y mucho menos de la participación en conductas punibles tales como tráfico de estupefacientes, enriquecimiento ilícito, concierto para delinquir u otros de similar talante.

Ahora, en el escrito de apelación se reprocha que si bien el análisis de las pruebas individualmente considerado no devela el fundamento fáctico expuesto en el libelo, el alzadista considera que la apreciación integral de los instrumentos probatorios sí lo hace, para ello, argumentó que la Juez de instancia realizó una inadecuada valoración de los medios de convicción, trayendo a colación de manera específica lo dicho por los testigos LAM, JHCS y DFR. Así, la Sala analizará lo dicho por los mentados declarantes verificando si cumplen con el requisito de la razón de su dicho, elemento examinado por la A quo en su fallo para restarles mérito probatorio.

Así, en la declaración del señor LAM⁹, persona de 53 años, soltero, abogado y residente en el barrio Santa Isabel Occidental de la Ciudad de Bogotá D.C., quien preguntado sobre los hechos que sirvieron de fundamento a la demanda, describe que es testigo de las calumnias que el demandado FTS a través de la sociedad CR S.A. emitía en contra de los demandantes, acusándolos de cometer ciertos delitos y por ostentar bienes de dudosa procedencia, manifestaciones del pensamiento que también se dirigieron en contra del periódico DS y de sus periodistas,

⁹ Fl. 19 y 20 - C. 3

hechos que según él, ocurrieron en el año 2009 o antes. Al respecto, al ser interrogado por el Juzgado respecto de la razón del anunciado conocimiento, respondió que lo escuchó a través del programa MC y los noticieros de la emisora CR S.A. que se emitían en la prenombrada anualidad. Por lo demás, se refirió a los perjuicios morales padecidos por uno de los demandantes los que por ahora no merecen mayor atención.

Igualmente, de la declaración del señor JHCS¹⁰, persona de 64 años de edad, casado, residente en el barrio Rosales de la Ciudad de Bogotá D.C., abogado y profesor, pueden extractarse descripciones similares a las mentadas por el anterior testigo, cuando señala que el demandado utilizó su espacio radial para lanzar injurias y calumnias en contra del señor HSB, quien se desempeñó como director del DS, manifestando concretamente, que al referido actor se lo había expuesto como narcotraficante, que había hecho su fortuna mediante actividades ilegales, atacando la dignidad y la honra del ex senador. Al respecto, afirmó que él mismo escuchó una grabación que fue realizada en uno de los plurimentados programas.

De manera similar, cuando fue interrogado sobre la razón por la cual tuvo acceso a la información descrita, el señor JHCS indicó que todo obedecía a la grabación que él escuchó, en la cual el demandado se refería al señor HSB como “presunto narcotraficante”.

En este punto, resulta pertinente recordar algunas apreciaciones vertidas por la máxima regente de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad civil, sobre la valoración del medio de convicción testimonial, de manera concreta, sobre la razón o ciencia del dicho:

“Para salir al paso a estos inconvenientes, el Código de Procedimiento Civil prohija una técnica mixta en virtud de la cual el Juez debe apremiar al declarante para que realice una narración abierta de los hechos, interrogándolo, en seguida en procura de “precisar el conocimiento que pueda tener sobre esos hechos y obtener del testigo un informe espontáneo sobre ellos” (art. 228 del Código de Procedimiento Civil), esforzándose porque el testimonio sea “exacto y completo, para lo cual exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 226” (art. 228 ejusdem), todo ello, obviamente, con el fin de recoger una atestiguación espontánea y sincera que se erija en valladar frente a las eventuales preguntas insinuantes de las partes las cuales, como se sabe, también están facultadas para examinar al deponente...”¹¹.

Hasta aquí y relacionando lo transcrito con lo dicho por los dos testimonios resumidos en los párrafos que inmediatamente le anteceden, puede decirse que el primero de ellos, carece de la razón o de la ciencia de su dicho, pues a pesar del esfuerzo del Juez comisionado para determinar las causas del conocimiento expresado, no se observan las razones o los motivos por los que el señor LAM realizó tales manifestaciones, lo cual hace que este medio de prueba carezca de un requisito establecido en el numeral 3° del artículo 228 de nuestro Código Adjetivo, es decir, la explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió cada situación descrita y por sobre todo, el relato de la forma a través de la cual tuvo acceso a las emisiones de las que da cuenta, pues no deja claro cómo, si residiendo en la Ciudad de Bogotá, escuchó el programa radial emitido en la Ciudad de Pasto, ni siquiera aclara su lugar de residencia para la época en que las presuntas manifestaciones del pensamiento fueron radiodifundidas.

Ahora, es verdad que el avance de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones permiten en la actualidad, el acceso a emisiones radiales de cualquier lugar del mundo, a través de un ordenador o computadora con acceso a internet. No obstante, el testimonio bajo análisis en ningún momento aseveró sobre la forma en que pudo obtener, de manera concreta, la descripción fáctica expuesta. Como consecuencia de la falencia anotada, por cuanto no permite avizorar la manera lógica a través de la cual el testigo llegó al conocimiento de los hechos descritos en su declaración, se tendrá que la credibilidad y contundencia del medio probatorio analizado son muy escasas, tal como lo argumentó la Juez de primera instancia, considerandos con los que esta Sala se manifiesta de acuerdo.

¹⁰ Fl. 20 - 21 - C. 3

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de mayo de 1999. M. P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Rad. 4978.

De la misma forma, del testimonio del señor JHCS se puede señalar que como residente en el Distrito Capital, adolece de igual falencia a la identificada en el brindado por el señor AM. Sin embargo, además de ello, en su declaración se habla de una grabación en la que se escuchan injurias y calumnias contra el actor SB y el Periódico DS, cinta o disco de datos que jamás se reportó al plenario, pues tal como se advirtió en precedencia, aquellas que obran como prueba documental en el legajo, nada en absoluto contienen alguna manifestación injuriosa que afecte la honra o moral de alguno de los demandados, menos si en específico se refiere a la imputación del delito de tráfico de estupefacientes o enriquecimiento ilícito.

Por lo anterior, se descarta que la Juez de primera instancia haya incurrido en algún tipo de falencia o yerro al momento de analizar los medios de convicción aportados por la parte actora, menos aún, que pueda indicarse una falta al deber de valorarlos en su conjunto, puesto que es mandato contenido en el inciso final del artículo 187 del C. de P. C., la asignación del mérito a cada una de las pruebas objeto de valoración. Por otro lado, para que la apreciación integral derive la prosperidad de las pretensiones, se requiere que cada elemento encaje de tal forma que permita reconstruir en la mayor y mejor medida posible los hechos en que se fundamentan, no como en el presente caso, en el que los documentos (grabaciones) y los testimonios no son coincidentes en su contenido con la narración fáctica develada en la demanda.

En otras palabras, de la confrontación exigida por el alzadista entre los testimonios analizados y lo contenido en los discos compactos allegados al exordio genitor, que obran a folio 73 del cuaderno principal No. 1, no puede inferirse atendiendo a lógica, que sin lugar a dudas el señor FTS haya realizado una manifestación del pensamiento a través de su programa radial, en la que se impute la comisión de conductas delictivas realizadas por los demandantes HSB, RPP, GO, OT y LCB, tampoco que se haya hecho referencia al libro denominado "*Los jinetes de la Cocaína*".

En el mismo sentido, del testimonio del señor DFRA¹², persona mayor de edad, casado, locutor de profesión, para la fecha de rendir su testimonio trabajador independiente, pero aclaró que en el pasado había trabajado con el demandado FT, aproximadamente en el año 2008, manifestó en específico sobre el libro "*Los jinetes de la cocaína*", al que se hace referencia en el escrito de apelación:

*"Las noticias se hacían de manera general, se hicieron las noticias respecto de las personas nombradas en este proceso como demandantes pero con base en publicaciones nacionales e internacionales, que pueden ser libros y revistas con bastante credibilidad. De libros puede ser este conocido como "*Los jinetes de la Cocaína*" y la revista es una revista de origen norteamericano, su nombre no lo recuerdo, publicaciones de internet no recuerdo. Dentro del libro mencionado aparece el nombre de este señor HS y que se habló en el noticiero tenía la fuente con base en esas publicaciones que están en el libro y la revista, no recuerdo en éste momento con exactitud lo que decía éste libro respecto de él".*

Para la Sala, lo referido por el anotado testigo indica que posiblemente en el programa radial conducido por el demandado FTS se hizo mención al libro denominado "*Los jinetes de la Cocaína*" y que en él se hacía referencia al señor HSB, situación que confrontada con el texto que en su integridad obra en el expediente en un sobre de manila sin número, entre los folios 161 y 162, resulta ser cierto, pues en la página 138 párrafo 4, se encuentra una referencia al demandante. Es decir, y para mayor claridad, en el mencionado texto o documento se hace referencia al señor demandante HSB en la página y párrafo anotados.

Por lo tanto, si como lo afirma el testigo lo realizado en el programa radial conducido por el señor FTS y difundido por la sociedad CR S.A., fue una referencia a la existencia del libro y su contenido, no una acusación por la comisión de determinados delitos, no puede de manera concreta hablarse de una difusión del propio pensamiento del periodista tendiente a causar daños a los demandantes, situación que no configuraría la responsabilidad civil extracontractual por el ejercicio de la actividad profesional en cuestión.

Además, como se insiste, la presunta grabación de la emisión en la que supuestamente se hizo referencia en el cuestionado programa radial, jamás se aportó al plenario, pues como se advirtió, aún atribuyendo mérito

¹² Fl. 46 a 54 - C. 4

probatorio a la prueba documental aportada, ninguna de ellas refiere imputaciones de conductas que constituyan delitos, ni mención de adjetivos como “narcoperiodistas” a los que se refiere el señor OYTV en su declaración de parte¹³.

Sobre el tema, también el alzadoista controvierte la actitud de la Juez de primera instancia por no insistir en la práctica de la prueba decretada y consistente en el aporte de las grabaciones y transliteraciones que den autenticidad a las que fueron aportadas, carga impuesta sobre la parte demandada que a juicio del alzadoista fue soslayada impunemente.

Al respecto, suficiente resulta recordar que el artículo 184 del Código de Procedimiento Civil en su inciso segundo, establece que vencido el término probatorio o el adicional en su caso, **precluirá** la oportunidad para practicar pruebas y **el juez debe**, so pena de incurrir en falta disciplinaria, disponer sin tardanza el trámite que corresponda, mandato que fue cumplido en debida forma por la falladora A quo.

Del mismo modo, también es conveniente rememorar que la parte demandante dentro de la oportunidad para solicitar las pruebas, ya sea con la presentación de la demanda o en el escrito de contestación de las excepciones de mérito, no solicitó ante la Juez A quo el inicio del trámite de exhibición de documentos establecido en el artículo 283 del C. de P. C., mediante el cual hubiera sido posible exigir a su contraparte el aporte de las copias de las reproducciones de audio referidas; por el contrario, simplemente deprecó se libre oficio a CR S.A. con el fin de que las aporte.

Lo anterior, sumado al hecho de que la parte actora desistió de sus pretensiones en contra de CR S.A. tal como se hace constar a folio 178 del cuaderno principal y que fue aceptada mediante auto proferido dentro de la audiencia de que trata el artículo 101 del C. de P. C. llevada a cabo el día cuatro (4) de noviembre de dos mil diez (2010)¹⁴, lo que en últimas, convierte a la mentada persona jurídica en un tercero, cuya sanción por la renuencia a exhibir los documentos requeridos se encuentra establecida en el inciso final del artículo 285 Ibídem y concretada en la imposición de una multa, la cual por no solicitarse en momento específico, ni ser objeto del recurso de alzada, la Sala es incompetente para imponerla. Sin que por lo demás existan otro tipo de consecuencias como las insinuadas por el apoderado alzadoista en la sustentación del recurso.

En adición, llama la atención de la Sala que dentro de la sustentación del recurso, en un acápite particular, la parte alzadoista solicitó la práctica de aquellos medios de convicción que habían sido decretados por la A quo y que no pudieron obtenerse durante el trámite de la primera instancia, pues al respecto, el artículo 361 del C. de P. C. establece de manera clara la oportunidad para solicitar pruebas ante el Ad quem, reduciéndola al interregno de ejecutoria del auto que admite el recurso, lapso que por transcurrir en silencio hace más que extemporánea la deprecación expuesta.

Por lo anterior, que analizados los argumentos de reproche fundamentales que cimentaron el escrito de alzada, la Corporación no encuentra debidamente acreditado el desarrollo de acto humano tendiente a vulnerar derechos, o bienes jurídicos tutelados como los denomina el apoderado de los demandantes, es decir, la manifestación concreta, diáfana y específica del pensamiento humano difundida a través de medio radial que tenga como fin deteriorar el buen nombre o la honra de los demandantes, motivo por el cual, no demostrado dicho elemento axiológico de la acción que nos ocupa, no se hace necesario el análisis de los demás, y mucho menos hacer referencia a la existencia o cuantificación de perjuicios, sea cual sea su naturaleza. En consecuencia, se resuelve el problema jurídico planteado en los albores de este numeral de manera negativa, lo que conlleva a la confirmación en su integridad de la sentencia de primera instancia.

Finalmente, en virtud de que el recurso de apelación ha sido resuelto de manera negativa a la parte que lo interpuso, se hace necesaria la condena en costas de segunda instancia, tal como lo prevé la primera regla del artículo 392 del C. de P. C. Del mismo modo, también es imperativo según mandato contenido en el numeral 2º de la norma ibídem, fijar lo correspondiente a las agencias en derecho, por lo tanto, la Sala se ceñirá a lo prescrito

¹³ Fl. 188 - C. Principal.

¹⁴ Fl. 183 - C. Principal 2.

por el artículo 6° del Acuerdo 1887 de 2003, en lo pertinente a la segunda instancia, es decir, que aquellas podrán ascender **HASTA** el 5% de las pretensiones confirmadas o revocadas, a favor de la parte demandada.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en Sala de Decisión Civil Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

PRIMERO. CONFIRMAR en su integridad la sentencia de primera instancia proferida el día catorce (14) de noviembre de dos mil trece (2013) por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto al interior del presente asunto, por las razones expuestas en la parte considerativa de este fallo.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante y a favor de la parte demandada.

TERCERO. Al momento de tasar las costas de segunda instancia, **TENER** por agencias en derecho la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000.00) a favor de la parte demandada.

CUARTO. ORDENAR, una vez en firme la presente decisión, el envío del expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en los libros radicales que correspondan.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
Magistrado

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
Magistrada

FRANKLIN TORRES CABRERA
Magistrado

CONTRATO DE SEGURO – PRUEBA: Al ser consensual, sus elementos esenciales pueden demostrarse a través de cualquier medio probatorio, como un documento o confesión. / **CONTRATO DE SEGURO – ELEMENTOS: Identidad de las partes e intervinientes** – Siendo que la póliza no es un requisito sine qua non para demostrar la existencia del contrato de seguro, sino un mero medio probatorio, se determina que en el asunto, el mismo se encuentra acreditado a partir de la confesión efectuada por la parte pasiva de la lid y la documentación aportada, de lo cual es posible evidenciar sus elementos esenciales y la identidad de las partes; sin embargo, no se demostró que la fallecida, madre de los demandantes, se encontraba incluida como asegurada dentro del contrato de seguro de vida celebrado entre su esposo y la entidad aseguradora demandada, por lo cual no prosperan las pretensiones de cumplimiento del referido contrato.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL – REQUISITOS: Certeza del daño – No hay lugar a declarar a los demandados solidariamente responsables por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión del no pago de la póliza de seguro de vida, lo cual fue solicitado como pretensión subsidiaria, al no existir un daño cierto, en tanto que en este tipo de responsabilidad se requiere que el mismo sea real, no eventual o hipotético, ni puede estar fundado en una posibilidad remota de recibir un beneficio, tal como ocurre en el contrato de seguro, donde el acaecimiento del hecho o siniestro es una cuestión incierta./

**República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISION CIVIL FAMILIA**

Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Guillermo Ortíz Narváez

Referencia: Apelación de sentencia en proceso ordinario

Proceso No: 2011-0224-01 (334-01)

Demandante: ADRIANA URBANO ERAZO y otros

Demandado: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A y otros.

San Juan de Pasto, veinticinco (25) de mayo de dos mil quince (2015).

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de alzada interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil catorce (2014), proferida en primera instancia por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Pasto en el marco del proceso ordinario de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

a) El día veintidós (22) de agosto de dos mil once (2011) los señores ADRIANA URBANO ERAZO, WILSON IVÁN BURBANO ERAZO, ANDRÉS PABLO URBANO ERAZO y EDGAR ANCISAR URBANO ERAZO, a través de su apoderado judicial interpusieron demanda en contra de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

b) Las pretensiones principales consignadas en el exordio de entrada pueden resumirse de la siguiente forma:

- Que se declare que la muerte de la señora Aura Graciela Erazo Ruales, es un hecho amparado por la póliza de vida grupo deudores 40 2974 000541 expedida por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

- En consecuencia de lo anterior, se ordene a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, pagarle a los demandantes la suma de SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000.00) mas sus intereses moratorios a la tasa del interés bancario corriente aumentado en la mitad, a partir del primero (1º) de octubre de dos mil nueve (2009), hasta que se verifique el pago de la suma asegurada de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio.

De no prosperar las pretensiones relacionadas, deprecaron las siguientes como subsidiarias:

- Que se declare que MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y ALBERTO LÓPEZ HERNANDEZ son solidariamente responsables por los perjuicios causados a los señores demandantes, con ocasión del no pago de la póliza de seguro 40 2974 000541, expedida por la demandada.

- Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la sociedad MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y ALBERTO LÓPEZ HERNANDEZ a pagar a los demandantes la suma de SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000.00) mas intereses moratorios a la tasa del interés bancario corriente aumentado en la mitad, a partir del primero (1º) de octubre de dos mil nueve (2009), hasta que se verifique el pago de la suma asegurada.

c) La demanda tuvo como fundamento los siguientes hechos:

- Que el señor Cornelio Evangelista Urbano Pantoja, perteneciente al Magisterio Nacional y padre de los demandantes, fue asegurado junto con su esposa Aurora Graciela Erazo Ruales, con una póliza de grupo expedida por Seguros Bolivar S.A.

- Se describe, que MAPFRE y los trabajadores de Promotora de Seguros, contactaron a cada una de las personas del Magisterio que habían contratado con Seguros Bolivar S.A. para ofrecerles un traslado a la actual demandada a un seguro de vida de grupo que se había creado especialmente para ellos, que respetaba la continuidad que se tenía con la anterior empresa respecto del estado de salud de los asegurados y con la posibilidad de aumentar el valor asegurado que se tenía, sin exigencia alguna.

- Luego, que el día catorce (14) de mayo de dos mil nueve (2009), el padre de los demandantes aceptó el ofrecimiento de MAPFRE y decidió asegurar su vida y la de su esposa con dicha empresa por un valor de SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000.00) y una prima mensual de VIENTIOCHO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (\$28.874.00), ambas cifras por cada uno de los asegurados. En tal acuerdo, los demandantes figuran como beneficiarios.

- De acuerdo con los demandantes el mismo día de la suscripción, se manifestó que la esposa del señor Cornelio Evangelista padecía artrosis, sin que MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. ofreciera reparo alguno, pues no se les efectuó un cuestionamiento sobre su estado de salud, no se les practicó ningún examen médico, sino que quedaron asegurados inmediatamente pagaron la primera prima, lo cual se hizo el primero (1º) de julio de dos mil nueve (2009), mediante el respectivo descuento de nómina del salario correspondiente al señor Cornelio Evangelista Urbano, el cual se hizo durante los meses de junio, julio y agosto de la mencionada anualidad, por un valor de CINCUENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$57.748.00) por concepto de prima, es decir VEINTIOCHO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (\$28.874.00) por cada uno de los asegurados, tal como se acordó.

- Luego, se describe que la señora Aura Graciela Erazo el día veinte (20) de agosto de dos mil nueve (2009) falleció. Así, presentada la reclamación para que se efectuara el pago del siniestro, la entidad aseguradora manifestó que revisada su base de datos con los listados de asegurados de la póliza en comento, pudimos verificar que la señora Aura Graciela no pertenece al grupo asegurado en la póliza suscrita por Promotora de Seguros; toda vez que la solicitud de seguro presentada por ella en su momento fue rechazada por esta compañía. Destacan los actores que dicha determinación en su momento jamás fue notificada ni a la actualmente fallecida ni al señor Cornelio Evangelista Urbano y que al respecto, la demandada adujo que había sido comunicada a PROMOTORA DE SEGUROS.

- Frente a lo últimamente descrito en el numeral anterior, el apoderado demandante manifestó no constarle. Que no obstante si en gracia de discusión se aceptara lo dicho por la aseguradora, la demandada no tenía la fuerza jurídica para excluir a la señora Aura Graciela como asegurada por tres razones: 1. La manifestación de no aceptar un candidato debió ser puesta de presente inmediatamente después de que se solicitó el seguro y no después del pago de la prima, cuando arrancó su vigencia técnica. 2. La demandada, ofreció respetar la antigüedad de quienes fueron clientes de Seguros Bolívar y por ende no podía excluirse a nadie por motivos de enfermedades anteriores, o de lo contrario, se habría revocado la oferta mercantil hecha previamente. 3. La supuesta decisión de excluir a la señora Aura Graciela nunca fue comunicada al asegurado, lo que la hace inoponible.
- Con posterioridad, aducen los actores que en el formulario de solicitud de inclusión en el seguro de vida grupo MAPFRE, esa aseguradora y promotora de seguros consignaron abusivamente “*anulado por actualización*” y se persuadió al señor Cornelio Evangelista Urbano para que firmara una nueva solicitud de inclusión de seguro en el que ya no figuraba su fallecida esposa.
- Consecuentemente, se enteraron que PROMOTORA DE SEGUROS, en realidad había fungido como tomadora del seguro de vida grupo respectivo, y no como agente de MAPFRE, lo que considera un engaño hacia el consumidor, quien carente de información se le hizo creer que estaba celebrando un convenio con MAPFRE, en la calidad de asegurado y no de tomador.

2. Trámite de Primera Instancia

a) El libelo descrito fue admitido por parte del Juzgado Cuarto Civil del Circuito a través del auto fechado el día nueve (09) de septiembre de dos mil once (2011) se admitió el libelo y de igual manera, se ordenó el correspondiente traslado a los demandados previa notificación personal de la providencia.

b) Transcurrido el interregno de traslado para la contestación del libelo, el señor ALBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ, a través de apoderado judicial, manifestó su oposición a las pretensiones, se refirió a cada uno de los hechos narrados por el actor, y propuso las excepciones de mérito que denominó “*prescripción de la acción derivada del contrato de seguro*”, “*reticencia o inexactitud en la declaración del estado de riesgo*”, “*Ausencia de responsabilidad del agente intermediador de seguros en el pago y cancelación de la indemnización o realización del riesgo*” y “*falta de prueba en la causación de perjuicios*”.

Por su parte, MAPFRE VIDA SEGUROS S.A., mediante procurador judicial, también se refirió frente a los hechos y pretensiones expuestas en el libelo, manifestando su oposición expresa a éstas últimas. Igualmente, esgrimió los medios de defensa que designó: “*inexistencia del contrato de seguro respecto a la señora Aura Graciela Erazo Ruales*”, “*inexistencia de oferta mercantil por parte de MAPFRE*”, “*No cumplimiento de los requisitos necesarios para otorgar la continuidad de la cobertura*”, “*Asencia (sic) de los supuestos que dan origen a la teoría de la representación aparente*” y de forma subsidiaria: “*Nulidad relativa del contrato de seguro por reticencia de la señora Aura Graciela Erazo Ruales Q.E.P.D.*”.

c) De las excepciones propuestas se corrió traslado a la parte actora con el fin de que se refiriera a ellas, tal como lo hizo mediante escrito obrante a folio 197 a 204 del cuaderno principal 2. Luego, fijada la fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de la que trata el artículo 101 del C. de P. C., ésta se declaró fracasada en su etapa conciliatoria, prosiguiendo el interrogatorio de parte a los extremos en litigio asistentes, el saneamiento del proceso y la fijación del litigio¹. Con posterioridad, mediante auto de primero (1º) de abril de dos mil trece (2013) se abrió el trámite para la práctica de pruebas, decretando por tales las aportadas y solicitadas por las partes en su debida oportunidad, además de las que consideró de manera oficiosa.

d) Mediante auto de cuatro (4) de febrero de dos mil catorce (2014), se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión, derecho que fue ejercido por los apoderados judiciales del señor ALBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ y MAPFRE - COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., con sendos escritos legajados a folios 277 a 279 y 280 a 283.

¹ Fl. 218 a 239 - C. Principal 2.

3. La sentencia Apelada

a) El Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Pasto, el veintiocho (28) de mayo de dos mil catorce (2014) profirió sentencia en la que adoptó las siguientes determinaciones: **1)** Declarar probada la excepción de inexistencia del contrato de seguro respecto a la señora AURA GRACIELA ERAZO RUALES; **2)** Como consecuencia de lo anterior, desestimó la demanda ordinaria de cobro de seguro planteada por los demandantes en contra de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y ALBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ. **3)** Finalmente no condenó en costas procesales.

b) Las determinaciones descritas, se basaron en el análisis realizado a las normas que regulan el contrato de seguros, establecidas en el Código de Comercio y a los extractos jurisprudenciales emanados por parte de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, referidos al contrato de seguros. Así, con fundamento en ellos, indicó que existe un especial régimen probatorio al que se encuentra sometido el convenio *sub examine*, en el que no solamente se debe acreditar el perfeccionamiento del acuerdo de voluntades, sino también sus elementos esenciales y las estipulaciones convenidas por las partes en orden a reglamentar el vínculo contractual.

Que para el caso que nos ocupa, no se allegó la póliza expedida por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. al señor CORNELIO EVANGELISTA URBANO PANTOJA, en razón del contrato de seguro celebrado, donde se afirmó que también se encontraba su esposa Aura Graciela Erazo Ruales como asegurada. Por lo tanto, tal demostración se constituía como un requisito indispensable cuando se busca dilucidar el alcance que las partes quisieron darle a dicho vínculo, ya que entre ellas no pueden discutir una pretensión sin que se halle demostrada la existencia del contrato.

Así, concluyó la falladora de grado pretérito que las pruebas allegadas al plenario no eran suficientes a fin de encontrar demostrado la existencia del contrato, siéndole entonces doble la prosperidad de la excepción que en ese sentido había esgrimido el apoderado judicial de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., situación que además, también daba al traste con las pretensiones subsidiarias de los actores, en tanto también dependían de la demostración del vínculo contractual existente entre demandante y demandado.

e) La parte demandante, perjudicada con la decisión anteriormente descrita, interpuso el día nueve (09) de junio de dos mil catorce (2014), el recurso de apelación cuya resolución actualmente nos ocupa.

4. Trámite de segunda instancia

a) El día treinta y uno (31) de julio de dos mil catorce (2014) se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, quien dentro del término de traslado correspondiente, sustentó su recurso solicitando la revocatoria del fallo de primera instancia.

b) La parte apelante fundamentó la alzada manifestando:

- En primer lugar, el alzadista señaló que el único argumento en que la falladora A quo fundamentó su fallo fue en la ausencia de demostración de la existencia del contrato de seguro de vida, cuyo siniestro se pretendía hacer efectivo, por cuanto no se había aportado la respectiva póliza. Dicho argumento la parte actora no lo considera de recibo, en tanto el mismo extracto jurisprudencial citado en la sentencia, es el que indica que el convenio de marras puede ser probado por confesión o por escrito idóneo para deducir el acuerdo de voluntades.

- En segundo lugar, se alegó que la Juez de primera instancia echó de menos una póliza de seguro en los términos del artículo 1047 del Código de Comercio, concluyendo de ahí la inexistencia del contrato de seguro de vida base de la demanda, sin detenerse a valorar la abundante prueba documental obrante en el plenario que demuestra su existencia, contrariando lo establecido en el artículo 1046 del Código de Comercio. Además, indicó insistentemente en varios apartes de la sustentación del recurso en que la juez basó su argumentación sobre un tema que ninguno de los demandados había puesto en duda, cual era la existencia del acuerdo de voluntades, mismo que incluso fue confesado.

- En tercer lugar, el alzadista puso de presente que de acuerdo con el artículo 1045 del Código de Comercio, los elementos esenciales del contrato de seguro son: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador. Que además, dicho convenio era consensual, perfeccionándose únicamente con el acuerdo verbal entre las partes, no obstante la “tarifa legal” de la que habla el artículo 1046 del compendio normativo ibídem, referida al documento o la confesión. De lo anterior, se desprende el yerro en el que incurrió la A quo, pues adujo que la póliza era un requisito sine qua non para demostrar el acuerdo de voluntades.
 - Sobre el mismo tópico, indicó que la Juez dejó de ver el documento denominado “solicitud de póliza seguro vida grupo educadores de Nariño” No. 40 2974 000541 del 14 de mayo de 2009, que se aportó junto con la demanda y al interior de la audiencia de la que trata el artículo 101 del C. de P. C.. Al respecto, se dice que en dicho instrumento se encuentran contenidos todos los elementos esenciales del contrato de seguros y las condiciones en que se pidió ser aceptada la señora Aura Graciela Erazo. Que frente a los requisitos específicos, aparece junto con la contestación de la demanda un escrito denominado “condiciones técnicas del contrato de seguro suscrito entre MAPFRE y ALBERTO LÓPEZ”, en el cual puede verse de manera mas detallada su clausulado.
 - Por otra parte, que dentro del plenario obran los desprendibles de pago del trabajador Cornelio Evangelista Urbano, también asegurado, que dan cuenta del pago de la prima a MAPFRE a través del agente ALBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ (Promotor de seguros), quien de acuerdo al artículo 42 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, está en la obligación de recaudar los dineros referentes a todos los negocios o contratos que celebre. Sobre este tema, alegó que si por disposición legal los agentes tienen la facultad de recibir las primas o el precio del seguro en nombre de las aseguradoras, obvio se puede concluir que los dineros descontados a Cornelio Evangelista Urbano, a título de prima, es como si los hubiera recibido directamente la aseguradora MAPFRE.
 - Igualmente, se indicó que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que a partir del pago de la prima, empiezan a correr los riesgos a cargo de la aseguradora. Con el fin de fundamentarlo, el apoderado alzadista se permitió adjuntar la copia simple e íntegra de la sentencia emitida por la anunciada Corporación, datada a dieciséis (16) de diciembre de 2008, en el cual se ventiló una cuestión muy similar a la que nos ocupa. De dicho precedente fue solicitada su aplicación.
 - Finalmente, adujo que la ausencia de la póliza únicamente es atribuible a la aseguradora, quien de manera negligente no informó al interesado de la supuesta intención de no asegurar a la señora Aura Graciela Erazo, sino que lo hizo a su agente, quien tampoco comunicó tal decisión a los interesados. Que no obstante la ausencia de póliza, ello no implicaba la exclusión de la señora Erazo en el seguro de vida de grupo, pues se trata de dos actos diferentes que no se producen de manera concomitante. Además, la sentencia de primera instancia fue tan desafortunada, que omitió pronunciamiento respecto de las pretensiones subsidiarias, mismas que por considerarlas extracontractuales, no debían afectarse por la presunta ausencia de demostración del contrato.
- c) Dentro del traslado correspondiente, los integrantes de la parte demandada presentaron sendos memoriales que se reportan a folios 26 a 27 y 28 a 29 del cuaderno de segunda instancia.
- d) Surtido como se avizora todo el trámite referido, se procederá a resolver la apelación que nos ocupa con base en las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. Sanidad procesal

No se advierte que en la tramitación del proceso se haya incurrido en una causal de nulidad insanable o una de aquellas que deban ser puestas en conocimiento de las partes.

2. Presupuestos procesales

Concurren a plenitud en el presente caso los presupuestos procesales, a saber: tenía la Juez de primer grado

competencia para avocar el conocimiento en virtud de la cuantía de las pretensiones y la naturaleza de las mismas. Los demandantes: ADRIANA URBANO ERAZO, WILSON IVAN URBANO ERAZO, ANDRÉS PABLO URBANO ERAZO y EDGAR ANCISAR URBANO ERAZO, goza de plena capacidad para ser parte y comparecer al proceso, situación igualmente predicable de ALBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ, con plena capacidad para acudir al litigio, actuando ambos a través de apoderado judicial con derecho de postulación, atributos radicados en cabeza de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., representada legalmente por su Gerente y judicialmente por apoderado debidamente constituido. Asimismo, se observa que la demanda presentada se allanó a cumplir con las exigencias legales previstas en el Código Ritual de la materia.

3. La legitimación en la causa

La legitimación en la causa de las partes proviene del interés jurídico que las ubica en los extremos de la relación sustancial. Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, ha manifestado:

"En reiteradas oportunidades ha dicho la Corte que la legitimación en la causa, esto es, el interés directo, legítimo y actual del "titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico" (U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, T.I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360), es cuestión propia del derecho sustancial, atañe a la pretensión y es un presupuesto o condición para su prosperidad"

"Por tal motivo, el juzgador debe verificar la legitimatio ad causam con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular..."²

Por consiguiente, dentro del presente asunto los actores se ubican en el extremo activo de la mentada legitimación, en tanto, ADRIANA, WILSON IVAN, ANDRÉS PABLO y EDGAR ANCISAR URBANO ERAZO, adujeron y efectivamente demostraron ser hijos de quien en vida se identificó como Aura Graciela Erazo, persona de quien se informa era la asegurada dentro de la relación aseguraticia de vida, suscrito, presuntamente entre ella y su esposo Cornelio Evangelista Urbano, con la sociedad MAPFRE COLOMBIA - VIDA SEGUROS S.A., de ahí que también pueda predicarse que esta última, se encuentra legitimada por pasiva.

Igualmente, se anunció que el señor ALBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ fungió como agente independiente colocador de seguros de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., situación de la cual se desprende también su legitimación por pasiva.

No obstante lo anterior, la verificación de si asiste o no el derecho que se reclama a quienes fungen como demandantes y si dichas pretensiones deben ser resistidas por los demandados, será una cuestión que se analizará a mayor profundidad más adelante al interior del fallo.

4. El Contrato de seguro

El contrato de seguro, entendido como aquel *"en virtud del cual una persona jurídica, llamada aseguradora, se obliga para con otro, llamada tomador, a cambio de una remuneración (llamada prima), a asumir los riesgos del patrimonio o de la persona del mismo tomador o de un tercero (llamado asegurado) para en el caso de ocurrir el siniestro, pagar a otra (el beneficiario, que puede ser el tomador, el asegurado o el tercero) el valor del seguro debidamente convenido (arts. 1036 y ss. del C. Co.)"*³, se encuentra regulado por la legislación mercantil en los Títulos V y XIII del Código de Comercio, cuerpo normativo que clasifica el contrato de seguro en dos grandes ramas: **i) El seguro terrestre (arts. 1036 a 1162 del C. de Co.) y ii) El seguro marítimo (arts. 1703 a 1765 ibídem).**

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 1º de julio de 2008. M.P. William Namén Vargas. Exp. No. 11001-3103-033-2001-06291-01.

³ LAFONT PIANETTA Pedro, Manual de Contratos, Panorama de la negociación y contratación contemporánea, tomo I, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001, pág. 115.

Por su parte, el seguro terrestre a su vez se subdivide en: **i)** Seguro de daños, que se refiere a la protección directa del patrimonio del asegurado y en el que la indemnización siempre guardará relación con la magnitud económica de la pérdida efectivamente sufrida; y **ii)** Seguro de personas, el cual protege las consecuencias dañosas con repercusiones patrimoniales en derechos personalísimos como lo son la vida, la integridad personal, la salud y frente a las cuales la tasación de los valores asegurados presenta mayor elasticidad que en los seguros de daños.

La primera subclase, esto es el seguro de daños, puede ser real o patrimonial (art. 1082 C. de Co.) y se rige por los principios comunes a los seguros terrestres contenidos en el Capítulo I del Título V del C. de Co. y por los principios comunes a los seguros de daños descritos en la Sección I Capítulo II del Título V de la misma obra y siguientes.

Como notas características del contrato de seguro el art. 1.036 del C. de Co. establece que es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. Además para la doctrina⁴ el de seguro es un contrato típico, nominado, principal, de adhesión, personal, indemnizatorio y de buena fe.

Y bien el contrato de seguro como cualquier otro se encuentra sujeto al cumplimiento de los elementos generales contenidos en el artículo 1502 del C. C., cuales son: **i)** Capacidad; **ii)** Consentimiento que no adolezca de vicio; **iii)** Objeto lícito y **iv)** Causa lícita, destacando que en punto de elementos generales del contrato de seguro, el doctrinante y ex magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Pedro Lafont Pianetta a quien ya tuvimos oportunidad de citar, incluye **iv)** La legitimación, *"que en caso del tomador, le corresponde a cualquier persona natural o jurídica, y, en caso de la compañía aseguradora, solo se le atribuye en Colombia (sin perjuicio de los seguros en el exterior) a una persona jurídica (generalmente, colombiana) debidamente autorizada con arreglo a las leyes y reglamentos"*⁵.

Como elementos especiales esenciales de este negocio jurídico el art. 1045 del C. de Co. enlista los siguientes, desarrollados por el tratadista Hernán Fabio López Blanco⁶:

i) El interés asegurable: entendido como el provecho económico concreto que se tiene en, o sobre las personas, las cosas y el patrimonio propio o ajeno, es la posible afectación de una relación jurídica de contenido patrimonial cuando ocurra un siniestro. El interés debe estimarse pecuniariamente, respecto a ello en los seguros de personas no hay una delimitación pues no puede tasarse el valor de la vida de aquellas aunque en la práctica la estimación se hace por la capacidad económica de la persona, mientras que en los seguros de daños el valor venal del bien es la base para realizar la fijación máxima de la estimación pecuniaria del interés asegurable, que se puede enfocar no solo desde el punto de vista del daño sino también del lucro cesante.

ii) El riesgo asegurable: es definido en el art. 1.054 del C. de Co. como *"el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador"*. Disposición que además señala que *"Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro, Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento"*. Se advierte entonces que la base esencial del concepto de riesgo es la incertidumbre que puede referirse a si el suceso se presentará o no, o cuándo se presentará el suceso que fatalmente ha de ocurrir (por ejemplo la muerte).

iii) La prima o precio del seguro: es la contraprestación a cargo del tomador y en favor de la aseguradora por el hecho de asumir el amparo frente a la ocurrencia de un determinado siniestro, no debiéndose confundir la prima como elemento esencial del contrato, que se reduce a su estipulación, con el pago de ella, puesto que la actual legislación únicamente exige que exista el señalamiento de una prima o la manera de fijarla pero no que se haya pagado. Por tanto su cancelación o la falta de ello es irrelevante para la eficacia del contrato, pues mientras no se de la expiración automática por no pago al vencer el plazo legal o contractual para hacerlo (art. 1.066 y s.s. C. de Co.), el amparo existe.

⁴ Ibídem, tomo II, págs. 757 y 758 y LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, Comentarios al contrato de seguro, 4ª edición, Dupré Editores, Bogotá, 2004, pág. 38 y ss.

⁵ LAFONT PIANETTA Pedro, Manual de Contratos, Panorama de la negociación y contratación contemporánea, tomo II, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001, págs. 758 y 759.

⁶ LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, Comentarios al contrato de seguro, 4ª edición, Dupré Editores, Bogotá, 2004, pág. 78 y ss.

iv) La obligación condicional del asegurador: a ella se refiere el artículo 1054 del C. de Co. como consecuencia de la realización del riesgo que asume el asegurador y que le traslada el tomador. La obligación del asegurador está sometida a la condición suspensiva de la ocurrencia del siniestro, condición que como tal es un hecho futuro e incierto que no depende de la sola voluntad del tomador o asegurado.

Es de resaltar que el artículo 1045 luego de relacionar estos elementos esenciales, a renglón seguido establece que la ausencia de cualquiera de ellos lleva a que el contrato de seguro no produzca ningún efecto.

Por otra parte merece destacar que en virtud de la norma 1046 del compendio varias veces citado, el contrato de seguro puede probarse por escrito o por confesión y que con fines exclusivamente probatorios el asegurador está obligado a entregar en original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración, el documento contentivo del contrato de seguro denominado póliza, que ha de redactarse en castellano y firmarse por el asegurador y cuyo contenido lo determina el artículo 1047 siguiente, canon éste según el cual la póliza, además de las condiciones generales del contrato, debe expresar: 1) La razón o denominación social del asegurador; 2) El nombre del tomador; 3) Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador; 4) La calidad en que actúe el tomador del seguro; 5) La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro; 6) La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras; 7) La suma asegurada o el modo de precizarla; 8) La prima o el modo de calcularla y la forma de su pago; 9) Los riesgos que el asegurador toma a su cargo; 10) La fecha en que se extiende y la firma del asegurador; y 11) Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes. Además, en relación con la póliza, el artículo 1048 estipula que hacen parte de ella: 1) La solicitud de seguro firmada por el tomador y 2) Los anexos que se emitan para adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza.

Finalmente en lo que concierne a las obligaciones que genera el contrato de seguro podemos clasificarlas como sigue, de acuerdo con los sujetos que las tienen a cargo:

Son obligaciones del tomador: **i)** Declarar sinceramente todas las circunstancias inherentes al riesgo (art. 1.058 C. de Co.), en otras palabras, evitar reticencias; **ii)** Mantener el estado del riesgo (art. 1.060); **iii)** Cumplir estrictamente con las garantías (art. 1.061); **iv)** Pagar la prima (art. 1.066); **v)** Avisar sobre la contratación de otros seguros respecto del mismo objeto asegurado (art. 1.093); **vi)** Cuando se impone un coaseguro obligatorio, no asegurar la parte dejada en descubierto (art. 1.103).

Por su parte el asegurado y el beneficiario tienen como deberes: **i)** Evitar las extensión del siniestro (art. 1074); **ii)** Dar aviso del siniestro (art. 1075); **iii)** Informar sobre la existencia de otros seguros (art. 1076); **iv)** Demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía (art. 1077) y **v)** No renunciar a los derechos que pueden impedir la subrogación de la aseguradora (art. 1097).

Las obligaciones para el asegurador son fundamentalmente del siguiente tenor: **i)** Entregar la póliza en su original al tomador dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración (art. 1.046 C. de Co.); **ii)** Entregar copias o duplicados de la póliza, de la solicitud o anexos de la misma o de los documentos que den fe de la inspección del riesgo, cuando el tomador, el asegurado o el beneficiario lo soliciten en cualquier tiempo, sin que exista un plazo perentorio para resolver la petición (parágrafo único de los artículos 1046 y 1048); **iii)** Devolver las primas en determinados casos (arts. 1.066, 1.065, 1.071, 1.091, 1.107 inc. 2º y 1.070 entre otros) y **iv)** Pagar la indemnización dentro del término de un mes contado a partir del momento en que quedó formalmente presentada la reclamación, o en el plazo especialmente pactado en los seguros de grandes riesgos, aspectos que se consagran en los artículos 1053 numeral 3º y 1080 del C. de Co. y 185 del estatuto orgánico del sistema financiero (Decreto 663 de 1993).

5. Problema jurídico y caso concreto

¿Se encuentra demostrado que la señora Aura Graciela Erazo estuvo incluida como asegurada dentro del contrato de seguro de vida pactado entre el señor Cornelio Evangelista Urbano Pantoja y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.? En caso de encontrar una respuesta negativa a tal interrogante, ¿Puede derivarse responsabilidad

civil extracontractual radicada en el señor ALBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ y a favor de los hijos de la mentada de *cujus*?

Así, antes de resolver la cuestión planteada se hace necesario recordar que la Sala únicamente se referirá a los argumentos de inconformidad planteados en el escrito de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, pues por tratarse de apelante único resulta aplicable en lo pertinente lo dispuesto en el artículo 357 del C. de P. C.

Ahora, de acuerdo con el escrito de apelación, la Sala encuentra que los argumentos que se esgrimen y sirven de fundamento a la alzada pueden compendiarse en los siguientes postulados: **i)** Que ninguno de los demandados ha puesto en duda la existencia del contrato de seguro **ii)** Que el contrato de seguro puede demostrarse por medio de documento o confesión, destacando que en el caso que nos ocupa, existe el suficiente material probatorio para acreditar sus elementos esenciales establecidos en el artículo 1045 del Código de Comercio. **iii)** Que el caso sub examine es análogo al analizado por la H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de 16 de diciembre de 2008, expediente No. 76001310300120030050501, en el que fueron concedidas las pretensiones de los actores. **iv)** Finalmente, que la falladora A quo declarando la no prosperidad de las pretensiones principales, omitió fundamentar la no concesión de las subsidiarias, las que considera de índole extracontractual.

Precisado lo anterior, es dable destacar en primer lugar que la acción ejercida por parte de los demandantes, por ahora, en lo que incumbe a sus pretensiones principales es de raigambre contractual, pues se está exigiendo el cumplimiento de la contraprestación obligacional cuya fuente radica en un contrato de seguro de vida. Por lo anterior, que resulte válido que la Juez de primera instancia, antes de emprender el estudio de las postulaciones traídas en el libelo, haga un particular análisis de la existencia de un contrato válido, es decir, de aquel acto de donde emana la responsabilidad que se exige, presupuesto indispensable para poder endilgarla.

Bajo dicho entendido, no puede reprocharse que la Juez de primera instancia realice un análisis de la existencia del contrato, de su validez y oponibilidad, el cual debe abordarse aún sin petición de parte, pues como se advirtió, si de él se derivan las responsabilidades que se exigen, no resulta posible endilgarlas sino aparece evidente su fuente y eficacia. Otra cosa diferente, es la determinación de los elementos de convicción que aparecen necesarios para la acreditación del acuerdo de voluntades, ya sea para el contrato de seguro, tanto la confesión o el documento escrito, tópico que será analizado a posteriori.

Ahora, no es del todo cierto como lo afirma el alzadista que la falladora de instancia haya realizado un soliloquio frente al análisis de la existencia del contrato de seguro, como si ninguno de los demandados hubiera cuestionado su presencia. Pues los planteamientos esbozados por la A quo en la providencia objeto de alzada, conllevó a la declaración de prosperidad de una de las excepciones esgrimidas por el apoderado judicial de la sociedad MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., precisamente denominada: *"inexistencia del contrato de seguro respecto de la señora AURA GRACIELA ERAZO RUALES"*, primera enlistada en el acápite pertinente del respectivo escrito de contestación⁷.

Es del caso recordar, que los apartes transcritos por el apoderado demandante en la sustentación del recurso, reseñados todos en los primeros párrafos del folio 9 del cuaderno de segunda instancia, referidos a la supuesta confesión de la existencia del convenio, hacen referencia al pacto aseguratorio en el que se encuentran involucrados MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y el señor ALBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ, cuestión que jamás se ha puesto en duda. No obstante, lo anterior, no necesariamente significa que con tales manifestaciones vertidas en la demanda se de por cierta la existencia del contrato de seguro de vida que abarcara a la madre de los actores, Aura Graciela Erazo, máxime cuando es precisamente dicho tópico, el que motiva la cuestión en debate.

Descartado el anterior motivo de reproche y para abordar el segundo, se advierte que la Juez de primera instancia emprendió el estudio de la existencia del contrato de seguro de vida, argumentando que en atención a las particularidades que enmarcaban dicho pacto, no sólo era necesario para la parte actora acreditar su perfeccionamiento, sino también sus elementos esenciales y las estipulaciones convenidas por las partes en orden

⁷ Fl. 154 - C. Principal 1.

a reglamentarlo, razonamientos que hasta dicho momento se armonizaban con las exigencias legales establecidas en el artículo 1046 del Código de Comercio. No obstante, a renglones seguidos la falladora A quo, confundió los presupuestos subrayados cuando adujo: *“desde el punto de vista probatorio la póliza constituye requisito indispensable cuando se busca dilucidar el alcance que las partes quisieron darle a dicho vínculo, es decir, cuando lo controvertido dentro del proceso tiene que ver directamente con la existencia misma del contrato de seguro y de las obligaciones y derechos que de él emanan”*, calificando, incluso, a dicho instrumento, como un elemento sine qua non para la acreditación de lo que nos ocupa, posición que no se acompasa con las disposiciones legales actuales.

Al respecto, la Doctrina especializada ha referido:

“Según el artículo 1046 del Código de Comercio, el documento por medio del cual se perfeccionaba o probaba el contrato de seguro se denomina póliza y debía ser firmado por el asegurador. O sea que conforme a la ley, la póliza era al mismo tiempo, el título constitutivo del seguro, sin el cual el contrato carecía de existencia jurídica y, lógicamente de prueba.

Entonces, la póliza constituía requisito indispensable cuando se buscaba dilucidar el alcance que las partes quisieron darle a dicho vínculo, es decir, cuando lo controvertido dentro del proceso tenía que ver directamente con la existencia misma del contrato de seguro o de las obligaciones y derechos que de él emanan. Así, cuando el asegurado perseguía el pago del siniestro, o el asegurador el pago de la prima o subrogarse en los derechos del asegurado, es claro que la póliza venía a ser elemento probatorio, sine qua non, puesto que las partes discuten una pretensión que no puede existir sin que se halle demostrado el contrato.

*Con la modificación introducida al artículo 1046 del Código de Comercio por el artículo 3º de la ley 389 de 1997, y al tornarse consensual el contrato de seguro, la póliza deja de ser un documento de perfección para continuar siendo un mero medio probatorio. En consecuencia, la póliza no es el contrato de seguro, pero comprueba el contrato, es el procedimiento regularmente empleado para acreditarlo, porta un mero rol probatorio, su función pertenece a la prueba, no a la existencia del contrato”*⁸.

Así, de la lectura del fallo de primera instancia, encuentra la Sala que los razonamientos expuestos por la Juez, se basaron en las explicaciones que la H. Corte Suprema de Justicia había vertido en el siguiente sentido:

“Como lo ha expresado la jurisprudencia, bien vistas las cosas, se puede afirmar que, desde el punto de vista probatorio, la póliza de seguros es requisito indispensable cuando las pretensiones del demandante versan sobre las obligaciones y derechos que surgen del contrato de seguros, es decir, cuando lo que se discute procesalmente, es el alcance mismo que las partes pretenden darle al contrato. Así, cuando el asegurador pretende el pago de la prima, o cuando el asegurado pretende el pago del siniestro, o cual cuando el asegurador pretende subrogarse en los derechos del asegurado, es claro que la póliza será elemento probatorio esencial, según lo regula el art. 1046 del Código de Comercio. Las partes discuten una pretensión que no puede existir sin el contrato. Y, en ese sentido, la póliza es el soporte mismo de las pretensiones, ya que alguna de las partes estará interesada en que el contrato no se pruebe, llamadas al fracaso. Está pues, en discusión, la existencia misma del contrato de seguro.

*En cambio, cuando las partes en el proceso no están discutiendo los derechos y obligaciones emanados del contrato de seguros, como tema litigioso principal, sino una pretensión de naturaleza diferente, nada impide, en este último supuesto, demostrar hechos relacionados con la ejecución de los medios de prueba distintos de la póliza”*⁹.

Como puede observarse, el extracto transcrito guarda estrecha relación con los argumentos vertidos por la primera instancia. No obstante, como puede verse en la cita a pie de página, aquella providencia está fechada el seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995), es decir, proviene de una calenda anterior a la modificación que el artículo 3º de la ley 389 de 1997, hizo sobre el artículo 1046 del Código de Comercio, motivo por el cual, no resultan vigentes al caso sub examine, para el que se advierte, la póliza ya no es un requisito sine qua non para demostrar la existencia del contrato a partir de sus elementos esenciales y particulares, que pueden estar contenidos en cualquier documento o en una confesión.

⁸ LEAL PEREZ, Hildebrando. Código de Comercio Anotado. LEYER, Bogotá, 2015. p. 593.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 6 de octubre de 1995. M.P. Javier Tamayo Jaramillo. Expediente No. 4281.

Predica la doctrina:

"En esencia y a más de la polémica advertida, no fue otro diverso al de la mala práctica que un sector de la industria aseguradora asumió frente a la ejecución del contrato de seguro amparada en el requisito de la solemnidad pues, ya se destacó, el contrato se promovió como si fuera consensual, es decir otorgando el amparo desde el momento mismo que se ajustaba el consentimiento sobre los aspectos esenciales del contrato y sin importar que la póliza se suscribiera con posterioridad.

En verdad, desde que ocurría lo primero y mientras se presentaba lo segundo transcurría un lapso mas o menos importante que dependía de la agilidad administrativa de cada empresa (...), dentro del cual, si no se presentaba el siniestro, la póliza, que se elaboraba con base en lo estipulado inicialmente, se expedía con efecto retroactivo a la fecha de la emisión del consentimiento, es decir al momento de perfeccionamiento del contrato si hubiese sido consensual: empero, si antes de la expedición y, lo que es lo más delicado con anterioridad, no obstante estar expedida la póliza, a la entrega del documento, se presentaba un siniestro y se presentaba la correspondiente reclamación, la aseguradora objetaba la misma y negaba el pago de la indemnización con el argumento, exitoso por razones jurídicas contundentes, de que al no estar cumplida la solemnidad, o no poderse probar la misma, no habían nacido a la vida jurídica el contrato y, por ende, no existía responsabilidad de su parte.

La conducta anotada por repetitiva y evidente creó grave malestar dentro del medio, de modo que el objetivo inicial del proyecto de ley fue precisamente el de implantar la consensualidad para impedir que prosiguiera el estado de cosas..."¹⁰.

Por lo anterior, asiste la razón al alzadista cuando indica que la póliza ya no es un requisito sine qua non a fin de demostrar la existencia del contrato de seguros, pues de aquello se trataba cuando aquel pacto se caracterizaba por ser solemne. Ahora, en atención a su consensualidad, basta con demostrar sus elementos esenciales a través de cualquier documento o confesión, carga probatoria que aún así de restringida, debe ser asumida en debida forma por quien demandó ante la jurisdicción el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo de voluntades.

Cabe resaltar sobre el tópico bajo análisis:

*"Es conveniente sentar como presupuesto que cuando de demostrar un contrato consensual por medio de prueba escrito (sic) se trata, es menester que la misma contenga los elementos esenciales del contrato respectivo, de modo que si de probar el contrato de seguro concierne es necesario que el escrito, se entienda diverso a la póliza, dé cuenta de los elementos esenciales del contrato de seguro, los que se hallan previstos en el artículo 1045 del C. de Co, y que como es sabido son el interés asegurable, el riesgo, la prima y la obligación del asegurador, sin cuya presencia "el contrato no producirá efecto alguno", lo cual pone de presente que no se trata de un documento del que pueda insinuarse la posibilidad de estructuración del contrato, de un principio de prueba por escrito acerca de su existencia, sino de uno de donde surjan con claridad las bases tipificadoras del mismo, aspecto en el cual estoy de acuerdo con el profesor ANDRÉS ORDOÑEZ al comentar que "A mi manera de ver, no hay duda de que, tal como está redactada la ley, el sentido correcto de la misma es que debe existir un documento en el que consten, por lo menos, como se dijo anteriormente, **la identidad de las partes y los elementos esenciales del contrato de seguro**; sin ello no puede entenderse probado el contrato de seguro"¹¹. (Resalta la Sala).*

Así, el material probatorio documental que se legajó en el plenario a fin de demostrar la existencia del contrato, consistente en: documento original, de los desprendibles de pago del señor Cornelio Evangelista Urbano Pantoja, expedidos por la Secretaría de Educación Departamental¹², copias simples de diferentes recibos de pago, expedidos por Mapfre promotora de seguros, a través de ALBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ¹³, copia autenticada de la solicitud – póliza de seguro vida grupo educadores de Nariño¹⁴, documento original emitido por la Gobernación de Nariño,

¹⁰ LOPEZ BLANCO, Hernán. Comentarios al contrato de seguro. 4ª Ed. DUPRÉ EDITORES. Bogotá, 2004. p. 49.

¹¹ LOPEZ BLANCO, Hernán. Comentarios al contrato de seguro. 4ª Ed. DUPRÉ EDITORES. Bogotá, 2004. p 55.

¹² Fl. 17 a 24 - C. Principal 1.

¹³ Fl. 25 a 29 - C. Ibidem.

¹⁴ Fl. 22 a 31 - C. Ibidem.

en el que se certifica que al señor CORNELIO URBANO se le estaba haciendo un descuento por nomina a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. por el valor de \$57.748.00¹⁵.

Sin embargo, antes de abordar el estudio de la anotada prueba documental, se analizará una cuestión particular referida a las partes del contrato de seguro y a su identidad, todo con base en las confesiones contenidas en el escrito de demanda y contestación. En principio, como se advirtió en párrafos precedentes, dentro de un contrato de seguro, especialmente en el de vida, se encuentran involucrados varios sujetos, sin que pueda predicarse de todos ellos, que sean partes contractuales.

Al respecto, se encuentra que en el contrato de seguro en general y en el de vida en particular, pueden intervenir varios sujetos, como por ejemplo: el asegurador, el tomador, el asegurado, el beneficiario, los agentes de seguros, las agencias, los corredores y los ajustadores de seguros¹⁶, no obstante, únicamente los dos primeros pueden entenderse en estricto sentido como partes del acuerdo de voluntades, pues así lo establece el artículo 1037 del Código de Comercio. Norma que ha ameritado los siguientes comentarios:

"El asegurador es la persona que asume el riesgo en el contrato de seguro. Por su misma naturaleza el asegurador no es una persona natural; por el contrario, debe tratarse de una persona jurídica, y no cualquier persona jurídica sino una empresa dedicada a explotar el ramo asegurador, debidamente autorizada para ello con arreglo a la ley. En otras palabras, la persona natural, no puede tener la calidad de asegurador y tampoco la jurídica que no se encuentre autorizada.

(...)

"El tomador, como se dijo, es la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos. En otros términos, es la persona, natural o jurídica, que interviene como parte en la formación del contrato. Para mayor exactitud, como contraparte del asegurador, cuya capacidad y cuya conducta precontractual son factores determinantes de la validez del negocio jurídico y a cuyo cargo, a lo menos prioritariamente, las cargas, deberes y obligaciones respectivos, la de pagar la prima, entre ellos. Es una calidad unitaria que tanto vale en los seguros de daños como en los seguros de personas, no importa que, en la mayoría de los casos, coincida con la de asegurado. Repárese en que esta calidad, la de asegurado, a quien atribuía el carácter de parte la legislación derogada, es equívoca. (...) En los seguros de personas, el contrato puede celebrarse sobre la vida de un tercero, el asegurado, cuyo riesgo de muerte natural o accidental es determinante de la contraprestación del asegurador y quien tampoco puede ser parte. El concepto de tomador, en cambio, es unívoco, aplicable a todos los contratos de seguro, sean cuales fueren su naturaleza y su objeto. Por lo cual puede considerarse afortunada la expresión de la ley cuando lo define como la persona que obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos".

Así, para el caso resulta indiscutible que la calidad de parte aseguradora, la ostenta MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., persona jurídica dedicada a explotar el ramo asegurador, debidamente autorizada para ello. No obstante, la calidad de tomador del seguro, amerita un mayor análisis conforme a lo manifestado tanto en la demanda, como en la contestación a la misma. Al respecto, en el acápite fáctico del libelo, específicamente en el numeral 15º, se indicó:

"Solo con la negativa injustificada del pago del siniestro a los demandantes, el señor Cornelio Evangelista Urbano y sus hijos, se enteran que PROMOTORA DE SEGUROS realmente fungió como TOMADORA del seguro de vida grupo respectivo y no como un agente de MAPFRE, lo cual es un engaño por parte de las entidades demandadas hacia el consumidor, a quien -carente de información sobre las especificidades jurídicas del contrato de seguro- se le hace creer que él está celebrando un contrato con MAPFRE cuando en realidad él solo es asegurado y no tomador como debería ser, sino que el tomador resultó siendo una empresa que se hizo creer a la gente que representaba a la misma aseguradora"

Fundamento fáctico, frente al cual los demandados se pronunciaron en el siguiente sentido:

¹⁵ Fl. 33 a 37 - C. Ibídem.

¹⁶ LOPEZ BLANCO, Hernán. Comentarios al contrato de seguro. 4ª Ed. DUPRÉ EDITORES. Bogotá, 2004. p. 103.

Es falso, toda vez que es diáfano dentro del formato de solicitud, póliza de seguro vida grupo educadores de Nariño que el mismo demandante aporta al proceso, el hecho de que Promotora de Seguros, funge como tomador y el docente o el contratante, como asegurado, lo cual es totalmente visible dentro del documento y efectivamente explicado al momento de la asesoría..."¹⁷

"No me consta que el señor Cornelio Evangelista Urbano se haya enterado de la decisión de no asegurar a su esposa, solamente después de que esta última falleció.

Lo demás es falso, pues MAPFRE nunca ha dado a entender que ALBERTO LÓPEZ HERNANDEZ es su representante en los términos del artículo 842 del Código de Comercio que citan los demandantes.

(...)

En este caso, el 17 de junio de 2009 MAPFRE decidió, porque así se lo permite la Ley, no asegurar la vida de la señora AURA GRACIELA ERAZO RUALES, lo cual le fue comunicado a quien es la contraparte del seguro, el tomador ALBERTO LÓPEZ HERNANDEZ como propietario del establecimiento de comercio PROMOTORA DE SEGUROS"¹⁸.

Sobre el tópic, a folio 241 del cuaderno principal No. 2, obra la copia del documento denominado: "solicitud de póliza seguro vida grupo educadores de Nariño" identificada con el No. 40 2974 000541, en donde de manera clara puede observarse en su parte inicial, la anotación: "*Datos del Tomador*" Nombre: Promotora de Seguros; Dirección: Calle 18 No. 19 - 95, oficina 201; Ciudad: Túquerres; Teléfono: 7214800; reproducción que se encuentra en el plenario, aclarándose que a pesar de que el mismo instrumento se relacionó como anexo de la demanda, este jamás hizo parte de él, lo que se desprende de la revisión del consecutivo de la numeración de folios del cuaderno principal 1. Sin embargo, copia autenticada de la misma petición, obra a folio 24 del cuaderno de pruebas de la parte demandante, debidamente autenticada.

De la lectura de dicho instrumento, puede también observarse además que el señor CORNELIO EVANGELISTA URBANO PANTOJA, la suscribió en calidad de asegurado, tal como aparece en las casillas atinentes a: "*Datos del asegurado principal*" y en la parte final del documento, en donde puede verse su firma, número de cédula y la huella de su índice derecho. Igualmente, en tanto corresponde a los beneficiarios, aparecen los nombres de quienes ahora se reportan como demandantes: Adriana Urbano Erazo, Wilson Andrés Urbano Erazo y Edgar Ancisar Urbano Erazo.

Bajo el análisis de lo expuesto, bien refiere el apoderado alzado que los dos extremos en litigio coinciden ya sea por confesión, o por el aporte del respectivo documento, en la existencia de un contrato de seguro de vida, en el que pueden identificarse una parte aseguradora: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.; un asegurado: Cornelio Evangelista Urbano Pantoja; unos beneficiarios Adriana Urbano Erazo, Wilson Andrés Urbano Erazo y Edgar Ancisar Urbano Erazo; E igualmente, también puede darse cuenta de una parte tomadora, que para el caso a pesar de reportarse en la respectiva casilla un establecimiento de comercio, se entiende que es su propietario, el señor ALBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ, interpretación que resulta válida en atención a la confesión evidenciada en la contestación hecha por el apoderado de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y porque el documento analizado, apenas se constituye como una solicitud, no específicamente el convenio que pretende demostrarse.

Establecidos aquellas partes contractuales y personas involucradas, también asiste la razón al alzado cuando respecto de ellas, se tiene demostrada la existencia del contrato de seguro a partir de la acreditación de sus elementos esenciales establecidos en el artículo 1045 del C. de Co., "*el interés asegurable de su esposo*" (Cornelio Evangelista Urbano), el riesgo asegurable: "*fallecimiento por cualquier causa*", la prima o precio del seguro: "\$28.874", La obligación condicional del asegurador: "*La de pagar \$60.000.000.00 en caso de fallecimiento*". Igualmente, también se encuentran aportadas por la misma parte demandada, el documento denominado "*condiciones técnicas del contrato de seguro de vida suscrito entre MAPFRE y ALBERTO LÓPEZ*".

Pero entonces, conforme con lo anterior se cuestiona esta Corporación: ¿la señora Aura Graciela Erazo, se encuentra involucrada como asegurada dentro del contrato de seguro de vida al que hasta aquí hemos hecho referencia?

¹⁷ Fl. 63 - C. Principal 1: Contestación de la demanda por el apoderado judicial de: ALBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ.

¹⁸ Fl. 154 - C. Principal 1: Contestación apoderado judicial de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Para responder dicho cuestionamiento, importante resulta destacar que de la declaración de parte rendida por el señor ALBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ al interior de la audiencia de la que trata el artículo 101 del C. de P. C., manifestó:

"al mes de haber sido presentada esta afiliación a la aseguradora, recibimos un correo interno donde la Compañía objetaba la afiliación de la señora por presentar antecedente de artrosis. Nosotros, hablo a título personal y de un funcionario que trabajaba en mi oficina, llamado MARIO AGUILAR, teníamos una fecha límite que eran os (sic) cinco primeros días de cada mes para reportar novedades a cada Secretaría de Educación, municipal, departamental y de Ipiales, siempre los descuentos han sido mes vencido y de la fecha en que recibimos nosotros el correo interno a la fecha en que la Secretaría Departamental hizo el último descuento, transcurrieron tres pagos: junio, julio y agosto, en las novedades de septiembre ya no apareció el descuento del profesor CORELIO (sic) EVANGELISTA"

A su declaración, acompañó un documento en copia simple, en donde se relacionan unos correos electrónicos, entre ellos, uno enviado el 17 de junio de 2009 a las 03:17 p.m., en el cual se comunica:

"Se rechazan las siguientes solicitudes personas por presentar enfermedad, estas solicitudes son para personas que declaren encontrarse en buen estado de salud.

(...)

Aura Graciela Erazo (esposa del Sr. Cornelio Evangelista) - sufre de artrosis.

Documento que en su contenido, coincide con el aportado junto con la contestación de la demanda presentada por el apoderado judicial de MAPFRE COLOMBIA - VIDA SEGUROS S.A.

Ahora, sobre la misma materia de debate, y en cumplimiento del numeral 5º del acápite de pruebas de la parte demandante, providencia de primero (1º) de abril de dos mil trece (2013), la Profesional Universitaria Financiera de la Gobernación de Nariño, remitió oficio en el cual se informó al Despacho A quo:

"que el Pago realizado a la AGENCIA PROMOTORA DE SEGUROS, del valor descontado al Señor Cornelio Urbano Pantoja en el mes de junio de 2009, se realizó el día 3 de julio de 2009, mediante cheque de acuerdo al listado adjunto. Así mismo se adjunta relación de descuento realizado al Señor Urbano en el mes de junio de 2009"¹⁹.

De lo anterior, se desprende que el pago del primer valor correspondiente a la prima, se hizo el día tres (3) de julio de dos mil nueve (2009) mientras que la información sobre la no inclusión de la señora Aura Graciela Erazo se realizó por parte de la aseguradora al tomador del seguro, el día diecisiete (17) de junio del mismo año, es decir con 16 días de anticipación al descuento que se hacía por nómina y que se entregaba al establecimiento de comercio PROMOTORA DE SEGUROS de propiedad del demandado ALBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ, quien en su calidad de tomador, debía hacer el pago de las respectivas primas.

Ahora, el apoderado de la parte demandada, al momento de referirse a las excepciones de fondo, al igual que en la sustentación de recurso de apelación, invocó el fallo proferido por la H. Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, el día dieciséis (16) de diciembre de dos mil ocho (2008) en cuyo aparte considerativo pertinente a las consideraciones del Ad quem puede leerse:

"Obsérvese, con respecto al documento solicitud/certificado No. 01907, que el juzgador ad-quem concluyó que no podía ser considerado simple y únicamente como un escrito sometido al estudio de la compañía aseguradora, pues, por el contrario, era prueba inequívoca del contrato involucrado en esta litis. Sustuvo el sentenciador, a propósito de aquella condición, que "tal advertencia no aparece plasmada en el cuerpo del escrito..." (...) Adicionó que si efectivamente era una solicitud de seguro y la misma debía someterse a evaluación, no había explicación del por qué dicha prevención no aparecía

¹⁹ Fl. 33 - C. Pruebas de la parte demandante.

en la copia que le fue entregada al tomador. Además, reflexionó, si se trataba de una mera petición no se entendía porque no hubo respuesta en cuanto a negar o aceptarla. Sólo hubo pronunciamiento con motivo de la reclamación. Y concluyó el tema aseverando que "no existe explicación alguna que justifique el que se hubiese recibido el valor de la prima de seguro, si (sic) tan sólo se recibe la solicitud para estudio". Todo para concluir que la "solicitud-certificado" constituía y, con suficiencia, el escrito que la ley exige para acreditar la existencia del contrato de seguro".

A partir de lo anterior, se destaca que frente al caso analizado por la Corte Suprema de Justicia en aquella decisión, en comparación con el que actualmente nos ocupa, existen diferencias radicales por cuanto, en el asunto traído en la sentencia de la Alta Corporación, el escrito que fue firmado por el tomador no llevaba una inscripción en la que se advirtiera de que se trataba de una simple solicitud, no siendo el caso que nos ocupa, pues en la copia auténtica que obra a folio 24 del cuaderno No. 3, puede verse con claridad el membrete "*solicitud póliza de seguro vida grupo educadores de Nariño*", además, en aquel no existió pronunciamiento de la aseguradora en el sentido de rechazar o aceptar tal solicitud, hecho que resalta la H. Corte, mientras que en el sub examine la solicitud de estudio de aceptación sí tuvo una respuesta, la cual fue negativa, no incluyéndose jamás e incluso antes del pago de la prima, a la señora Aura Graciela Erazo, como asegurada.

En atención a la última situación señalada, hecho jurídico relevante, es que se dista de catalogar al sub examine como análogo del que tuvo a su conocimiento la Sala de Casación Civil, puesto que en aquel, el pago del importe de la prima se hizo en el mismo momento de la suscripción de la solicitud, mientras que en este fue dieciséis (16) días posteriores a la información que le fue brindada al tomador del seguro, sobre la negativa de aseguración.

Además de lo anterior, el tema fundamental a partir del cual gira la argumentación de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia relacionada por el alzadista, guarda estrecha relación con la existencia del contrato de seguro, la demostración de sus elementos esenciales y vigencia. No obstante dichos tópicos no son la cuestión que a juicio de la Sala debe analizarse, sino, en relación con la identidad de las partes e intervinientes, puede entenderse que la señora Aura Graciela Erazo ostentó la condición de asegurada dentro del pacto suscrito entre su esposo y la sociedad MAPFRE.

Ahora, de la lectura de los hechos de la demanda, el libelista describe que el señor Cornelio Evangelista Pantoja tenía un contrato con la compañía SEGUROS BOLIVAR S.A., y que luego, en atención a una gestión promovida por un agente, se hizo un traslado a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Al respecto, dentro de las pruebas allegadas al escrito de contestación del libelo por parte del apoderado judicial de la compañía aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., se encuentra la misiva dirigida por su poderdante a Seguros Bolivar S.A., mediante la cual se solicitó certificar de manera urgente la fecha de ingreso y terminación de la cobertura para la señora Aura Graciela Erazo Ruales (q.e.p.d.)²⁰. Así, como respuesta, obra el oficio de veintiocho (28) de octubre de dos mil nueve (2009) en el cual puede leerse:

"Dada su solicitud del pasado 10 de septiembre, informamos que no es posible suministrar la información requerida, dado que no consta en nuestros archivos algún traslado de seguro de la señora AURA GRACIELA ERAZO RUALES cc. 27.530.935 a su Compañía, estando vigente un certificado con nuestra Compañía". (Subraya la Sala).

Ahora, no puede pasarse por alto que el oficio cuyo contenido se ha transcrito y que se halla foliado con el número 169 del cuaderno principal, únicamente aparece en copia simple. Sin embargo, conforme a la modificación introducida por la ley 1395 de 2010 al artículo 252 del C. de P. C., se entiende que:

En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.

²⁰ Fl. 168 - C. Principal 1.

Como puede observarse, la anotada presunción de autenticidad o la ausencia de necesidad de autenticación, aplica para los documentos emanados de terceros, a excepción de los de naturaleza dispositiva, pues si otra hubiera sido la intención del legislador, no hubiera consagrado en la redacción legal las últimas tres palabras de la frase subrayada. Al respecto, ya la H. Corte Suprema de Justicia había explicado sobre el tema:

“En el régimen legal de la prueba documental, la eficacia probatoria de un documento privado está indisolublemente ligada, de una parte, a su origen o a su etiología, esto es, según provenga de una de las partes o de un tercero, y de la otra, a si es de contenido dispositivo, representativo o meramente declarativo”²¹.

Igualmente, a efectos de entender cuáles son los documentos de naturaleza dispositiva, el H. Alto Tribunal en la misma sentencia citada a pie de página, reiteró acudiendo a pasados pronunciamientos:

*“sabido es que los documentos son simplemente representativos cuando, sin plasmar narraciones o declaraciones de cualquier índole, contienen imágenes, tal como acontece con las fotografías, pinturas, dibujos, etc. Y son declarativos, cuando contienen una declaración de hombre y en tal caso se les suele clasificar en **dispositivos** y **testimoniales**, según correspondan a **una declaración constitutiva o de carácter negocial** (los primeros), o a una de carácter testimonial (los segundos)” (CCXXII, pág. 560)”.*

En consecuencia, tal como lo señala la norma bajo análisis, la presunción de autenticidad de las copias de documentos privados aportados por terceros, no aplica cuando aquellos son de naturaleza dispositiva, entendiéndose por tales los que contienen una declaración constitutiva o de carácter negocial, o en otras palabras los que de su contenido se puede extraer un acto de voluntad con el propósito de producir determinados efectos jurídicos.

Por lo tanto y bajo esos postulados, esta Corporación encuentra que el documento aportado por la parte demandada, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y que obra a folio 169 del cuaderno principal en copia simple, es un instrumento que emitido por un tercero ajeno al proceso, no es de naturaleza dispositiva, en tanto no contiene una declaración constitutiva o de carácter negocial, es decir, que de su contenido no puede extraerse una declaración de voluntad destinada a producir un efecto jurídico determinado. En consecuencia, está excluida de la excepción imperada en el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, pudiendo ser apreciada por esta Corporación en su mérito probatorio.

Bajo ese entendido, lo contenido en el documento al cual se ha hecho referencia y que obra a folio 169 del cuaderno principal, mismo que tampoco fuera controvertido en su veracidad por la parte actora, desvirtúa uno de los fundamentos de hecho descritos en la demanda, pues en el supuesto fáctico descrito en el numeral 2º, se habla de que a los trabajadores del Magisterio de Nariño se les ofreció la posibilidad de un realizar un cambio de compañía, pasando de SEGUROS BOLIVAR S.A., con la que habían celebrado un contrato, a una nueva, siendo esta MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., el cual fue aceptado por los señores Cornelio Evangelista Urbano Pantoja y Aura Graciela Erazo. No obstante lo anterior, el anotado documento lo que precisa es que dicho traslado jamás se realizó para la persona que en vida se identificó como Aura Graciela Erazo Ruales, quien para el día veintiocho (28) de octubre de dos mil nueve (2009), calenda del escrito, aún disponía de certificado vigente con la primera sociedad mencionada.

Bajo tal perspectiva de análisis y como corolario de todo lo hasta aquí expuesto, se entiende que conforme a las pruebas allegadas al plenario y en punto de determinar la identidad de las partes y demás integrantes del contrato de seguro, resulta obvia la existencia de una compañía aseguradora denominada MAPFRE VIDA SEGUROS S.A., un tomador del seguro, quien es el señor ALBERTO LÓPEZ HERNANDEZ, hecho que da cuenta no solo las confesiones de los integrantes de la parte demandada, sino que en el mismo texto del escrito obrante a folio 24 del cuaderno No. 3, una persona asegurada, quien para el caso es el señor Cornelio Evangelista Urbano Pantoja²² y unos beneficiarios quienes son los demandantes ADRIANA, WILSON IVÁN, ANDRÉS PABLO y EDGAR ANCISAR URBANO ERAZO²³.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de marzo de 2002. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. No. 6649

²² Fl. 30 - C. No. 3.

²³ Fl. 24 - C. No. 3.

Por lo tanto, no puede tenerse que la señora Aura Graciela Erazo Ruales, fallecida madre de los actores, ostentó la calidad de asegurada dentro del contrato de seguro de vida del que se habló en la demanda, pues la sociedad aseguradora informó al tomador la imposibilidad de asegurarla con anticipación al descuento por nómina de la primera prima²⁴, situación que puede ser corroborada en tanto el traslado de compañía jamás se concretó, conservando un certificado vigente con SEGUROS BOLIVAR S.A.

Así, se despacha de manera desfavorable otro de los argumentos de reproche expuestos por la parte alzada, pues contrario a lo por él advertido en el tercer párrafo del folio 11 del cuaderno de segunda instancia, si bien podría entenderse que está demostrada la existencia del contrato de Seguro de Vida Grupo Educadores de Nariño, celebrado entre MAPFRE y Alberto López, no puede decirse lo mismo respecto de la inclusión de la señora Aura Graciela Erazo.

Finalmente, el apoderado de la parte demandante indicó en el epílogo de la alzada que en la decisión de primera instancia ningún pronunciamiento se hizo respecto de las pretensiones subsidiarias formuladas en el libelo, mismas que indicó, buscan un pago basado en la eventual no notificación a la señora Aura Graciela Erazo de la decisión de MAPFRE de no incluirla en el seguro de vida grupo educadores de Nariño, lo cual aduce, creó en ella y sus beneficiarios una expectativa legítima de que estaba asegurada que se frustró arbitrariamente. Peticiones que indica son de índole extracontractual, por lo que para nada debía tenerse en cuenta la existencia o inexistencia del contrato.

Frente a lo últimamente señalado, de la lectura atenta de la sentencia de primera instancia se advierte que no es cierto que ésta carezca de fundamento para despachar de manera desfavorable las pretensiones subsidiarias deprecadas por la parte actora, pues dentro del cuerpo considerativo de aquella, puede leerse:

"Por último, frente a la responsabilidad solidaria de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y ALBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ frente a los demandantes ADRIANA URBANO ERAZO, WILSON IVÁN URBANO ERAZO, ANDRÉS PABLO URBANO ERAZO y EDGAR ANCISAR URBANO ERAZO, invocada como pretensión subsidiaria en razón del no pago de la póliza de seguros, ha de señalarse la improcedencia de tal pretensión con fundamento en lo expuesto en los párrafos anteriores, esto es por la inexistencia del contrato de seguro base de tal reclamación".

Como puede observarse, no resulta cierto que la sentencia carezca de fundamentación en cuanto al despacho desfavorable de las pretensiones subsidiarias de la demanda. Sin embargo, cosa distinta es controvertir la corrección o incorrección de dichos argumentos, puesto que a juicio del alzado, si se entiende que la señora Aura Graciela Erazo no ostentó la calidad de asegurada en el convenio objeto de discusión, la responsabilidad civil que se pretende sea declarada sería de índole extracontractual, debiendo quedar excluidas del análisis las particularidades atinentes a la existencia y vigencia de un acuerdo de voluntades.

Frente a lo anterior, la Sala pasará a analizar la deprecada configuración de la responsabilidad civil, bajo los siguientes postulados expuestos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del veintiuno (21) de enero de dos mil trece (2013), referida a los elementos necesarios para el surgimiento de la responsabilidad civil.

Ahora, para iniciar el análisis de los antedichos elementos y más allá de determinar si se trata de una de índole contractual o extracontractual, la Sala partirá por uno que es común a toda responsabilidad civil, es decir: el daño. Al respecto ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia:

b.-) El daño es todo menoscabo sufrido por la persona en los intereses tutelados, vinculados con su esfera patrimonial o extra patrimonial, y será indemnizable cuando su causación es imputable a un sujeto distinto al afectado, siempre que sea cierto y personal, condiciones necesarias para su existencia. La certeza atañe a la materialidad de la lesión, puesto que es la real y efectiva conculcación del derecho, interés o valor protegido jurídicamente, ya sea actual o bien potencial e inminente, más no eventual,

²⁴ Fl. 25 - C. No. 3, fl. 166 - C. Principal 1, fl. 245 -C. Principal 2.

de ahí que si está fundado en la posibilidad remota de obtener un beneficio en el caso de que la acción dañina no se hubiere producido será hipotético. Y la exigencia de ser personal implica que sólo el que lo ha sufrido debe ser resarcido, sin que impida el ejercicio de la acción indemnizatoria por sus herederos o por los terceros afectados con el daño reflejo”.²⁵

Así, en el extracto jurisprudencial antes transcrito, se entiende por daño a todo menoscabo sufrido por la persona en sus intereses patrimoniales o extra patrimoniales, y será indemnizable siempre que sea cierto y personal, condiciones necesarias para su existencia. Se advierte que la certeza atañe a la materialidad de la lesión, es decir, la real y efectiva conculcación del derecho, ya sea actual o bien potencial e inminente, más no eventual, no en una posibilidad remota de obtener un beneficio en el caso de que la acción dañina no se hubiere producido.

Por su lado, el alzadoista habló que el daño padecido por sus poderdantes se concretó en la creación de lo que él denomina una “*expectativa legítima*” término que si bien no resulta muy afortunado para conceptuar la situación fáctica en que fundaron las pretensiones los actores, de alguna forma se podría entender como la probabilidad cierta de una consolidación futura de un derecho.

En atención a lo anteriormente expuesto, como se advirtió, entre las características del daño que debe ser reparado, se encuentra que éste debe ser cierto, certeza que atañe a la materialidad de la lesión, una efectiva conculcación del derecho, actual o potencial e inminente, es decir, no eventual o hipotético, no fundado en una posibilidad remota de recibir un beneficio, de ahí que en relación con la expectativa legítima, se entienda que sea la probabilidad cierta de la consolidación futura de un derecho.

Al respecto, en otrora oportunidad, la H. Sala de Casación Civil en una de sus providencias, tuvo la oportunidad de analizar un asunto en el que se reclamó responsabilidad solidaria de una compañía aseguradora y de su agente de seguros, por la no inclusión como asegurado de quien para el momento de la interposición de la demanda, era el fallecido esposo de la señora actora. En dicha oportunidad, en los apartes pertinentes para el caso que nos ocupa, consideró:

“Al descender al asunto objeto de estudio encuentra la Sala que la actora, como se recordará, denunció su afectación patrimonial por razón de la conducta irregular de las demandadas, concretamente, al no haber procedido de buena fe y, por ello, petitionó el reconocimiento del valor de la cuantía asegurada (\$183.792.000.00.); y, de manera subsidiaria, a título de indemnización, una suma similar, pues en ese equivalente tasó los perjuicios derivados de la no inclusión del señor Juan Luis Londoño de la Cuesta como asegurado, lo que se tradujo en el no pago del valor del seguro.

Bajo esa perspectiva, puesta la Sala frente a la situación planteada en el asunto valorado, surgen dos referentes incuestionables que guiarán el desarrollo y definición de la acusación planteada. Por un lado, la inexistencia de alguna relación contractual con respecto a la cual el occiso, sus herederos o beneficiarios, hubiesen tenido la posibilidad de derivar cualquier beneficio económico proveniente de la misma. Por otro, la conducta de la parte demandada al no incluir al citado señor y, contrariamente, dejar como asegurada a la esposa del mismo, señora Zulema Vélez, sin siquiera informar a esta última de tal proceder, no obstante la condición de tomadora y beneficiaria que la Asociación de Padres de Familia del Colegio Anglo Colombiano, asumió en el contrato ajustado, comportamiento catalogado en el fallo recurrido como carente de buena fe, inferencia que no fue controvertida en el recurso aducido.

7.1. Relacionado con el primero de los aspectos mencionados, ab initio debe descartarse el reconocimiento del interés positivo o de cumplimiento, pues no hay relación contractual alguna en donde el señor Londoño de la Cuesta haya fungido como parte o bajo otra calidad y, en particular, en el contrato de seguro involucrado en esta litis, circunstancia que, de suyo, denota que no puede pregonarse obligación a cargo de cualquiera de las personas que sí integraron esa relación negocial ni de los sujetos procesales. (...)

Agrégase a lo anterior, otro de los matices de la pérdida de oportunidad, referida, en concreto, a la eventual ventaja derivada de esa particular situación. Resaltando, desde ya, que la probabilidad de realización se pregona de la oportunidad como tal; ese derecho de selección, empero, no puede percibirse

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de enero de 2013. M.P. Dr. Fernando Giraldo.

en similares condiciones el beneficio esperado; la utilidad puede o no acaecer, sin embargo, resulta indiferente para el establecimiento de la pérdida de oportunidad, aunque, sin duda, tiene enorme repercusión para el momento de tasar la magnitud del daño.

Y, como el asunto refiere a un contrato de seguro del que, por sabido se tiene, el acaecimiento del hecho o siniestro resulta ser una cuestión incierta y, por supuesto, las consecuencias derivadas para el beneficiario de tal suceso constituyen, en últimas, el objeto o la justificación de dicha relación contractual, **con mayor razón cuando refiere a la muerte del asegurado**, en cuanto que si bien resulta un evento inevitable y cierto, **lo que sí surge lejos de ser previsto es el momento en que acontecerá**. Por esta razón, la parte actora no podía, colocada en el instante en que hubo la selección del asegurado, **dar por establecido de manera indiscutida que el deceso de éste sobrevendría durante la vigencia del aseguramiento**, luego, ante la falta de dicha seguridad, **o mejor, frente a la evidente duda en la realización del siniestro**, no puede pretenderse aludir, así mismo, **a un resultado cierto, definitivo e indiscutible; en otros términos, la contraprestación de la aseguradora permanecía en vilo**. El perfeccionamiento de un negocio de ese linaje, **atendiendo su naturaleza, coloca a las partes ante meras eventualidades; no hay certeza de lo que en el futuro pueda acontecer; sólo el azar determinará la suerte de uno u otro de los interesados**. Por tanto, si el efecto no aparece como inevitable, si los afectados no tienen la seguridad del suceso, **por lo incierto del mismo, que para el caso bajo examen lo constituía la muerte del asegurado**, tampoco es posible aludir a un pago, a título indemnizatorio o compensatorio, como el resultado indefectible de aquella oportunidad excluida”²⁶.

Por otro lado, frente a las posibles conductas mal intencionadas o de mala fe en que pudieron haber incurrido tanto la compañía aseguradora como el agente de seguros, en relación con la configuración del daño, la misma Alta Corporación en argumentaciones vertidas en párrafos anteriores a los transcritos, consideró:

*“Las razones esgrimidas por el ad-quem, plasmadas precedentemente, no son sino la expresión de criterios unánimemente adoptados, de tiempo atrás, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, **en el sentido de que aun en presencia de una conducta malintencionada, si la misma no genera un daño o un perjuicio, de cualquier naturaleza, no hay lugar a indemnización**. En esencia, en la teoría de la responsabilidad civil si bien se impone al victimario, por regla general, la obligación de resarcir a la víctima, tal compromiso surge inevitable **siempre y cuando su conducta afecte, injustificada y dañinamente, la humanidad o el patrimonio de esta última**. Por supuesto, en el evento de no acaecer tal hipótesis, es decir, si a pesar del comportamiento del acusado no se generó un perjuicio o una afectación dañina, simplemente, no hay lugar a la reparación reclamada. Así lo consideró el Tribunal en la motivación registrada en la sentencia y esa forma de discurrir no comporta ninguna contradicción en la decisión que a la postre adoptó”.*

Así, en consideración a los argumentos esbozados en el extracto jurisprudencial transcrito, la presente Sala de Decisión encuentra en el asunto puesto a su conocimiento, que más allá de la existencia de una posible conducta de mala fe o mal intencionada, que a juicio de la parte alzadista se configura por no informar la no inclusión de la señora Aura Graciela Erazo Ruales como asegurada, para que surja el derecho a exigir una reparación, se hace necesario demostrar la existencia de un daño, mismo que debe ser real, es decir, no eventual o hipotético, y tampoco fundado en una posibilidad remota de recibir un beneficio.

Bajo ese hilo argumentativo, por un lado, como lo indicó la juez de primera instancia, no puede aceptarse el reconocimiento de un interés jurídico positivo o de cumplimiento del contrato, pues como se analizó, la señora Aura Graciela Erazo Ruales, no fungió ni como parte tomadora ni asegurada en el acuerdo de voluntades controvertido, de ahí que no puede derivarse responsabilidad u obligación frente a quienes sí ostentaron la calidad de contratantes, o cualquier otra al interior del contrato involucrado en la litis. Por tal motivo, tanto la occisa, como sus herederos o beneficiarios jamás hubieran podido obtener un beneficio económico proveniente de alguna relación contractual.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de agosto de 2014. M.P. Margarita Cabello Blanco. Exp. No. 11001 3103 036 2004 00037 01.

Por otro lado, frente a la “*expectativa legítima*” de la que habla el alzado de recibir un beneficio, la indemnización proveniente del acuerdo de voluntades podía o no acontecer, en la medida que tratándose de un contrato de seguros, el acaecimiento del siniestro resulta una cuestión incierta, pues siendo éste la muerte del asegurado, hecho que es inevitable, no es posible determinar el momento en que ocurrirá, de ahí que no es posible dar por sentado que el deceso de la señora Aura Graciela Erazo Ruales, sobrevendría dentro de la vigencia del convenio de aseguramiento. Por lo anterior, no es posible entender que el resultado pueda ser cierto, definitivo e indiscutible, pues la prestación de la compañía aseguradora MAPFRE VIDA SEGUROS S.A., estaba sometida a meras eventualidades, no existiendo certeza respecto de lo que iba a suceder.

Por lo anterior, si los demandantes no tenían la seguridad del suceso, por ser precisamente incierto el momento en que ocurriría el fallecimiento de su madre, tampoco resulta jurídicamente viable un pago a título de indemnización o compensación, como el resultado indefectible de la inclusión de la señora Aura Graciela Erazo Ruales como asegurada.

En resumen, más allá de la presunta conducta de mala fe de los demandados, es necesario como criterio para la concreción de la reparación la existencia de un daño de unas específicas características, entre ellas ser cierto, no eventual, mismo que por la naturaleza del contrato de seguro de vida, no puede entenderse que era un hecho advertible que la muerte de la señora iba a ocurrir durante la vigencia del acuerdo de voluntades, de ahí que no pueda hablarse de las expectativas legítimas que refirió el actor.

Con fundamento en lo hasta aquí expuesto, se resuelve de manera desfavorable el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora, resolviendo los problemas jurídicos planteados en los albores de este numeral de forma negativa, pues a juicio de la Sala no se encontró acreditado que la señora Aura Graciela Erazo estuvo incluida como asegurada dentro del contrato de seguro de vida pactado entre el señor Cornelio Evangelista Urbano Pantoja y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y además, tampoco es posible derivar responsabilidad civil radicada en los demandados y a favor de los hijos de la mentada de cujus, en tanto no ha existido un daño cierto.

Finalmente, en virtud de que el recurso de apelación ha sido resuelto de manera desfavorable a la parte que lo interpuso, se hace necesario condenarla en costas, tal como lo prevé el numeral 1º del artículo 392 del C. de P. C. Se agrega además, que en atención a lo previsto en la segunda regla de la norma ibídem, también es deber proceder a la fijación de las agencias en derecho a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.. Para ello, la Sala se registrará por lo dispuesto en el numeral 1.1. del artículo 6º del Acuerdo 1887 de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, es decir, que aquellas podrán ascender **HASTA** el 5% de las “*pretensiones confirmadas o revocadas, total o parcialmente*”.

Por otro lado, frente a las costas a favor del demandado ALBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ, no habrá lugar a ellas por cuanto no se han causado y por así autorizarlo el numeral 9º del artículo 392 del C. de P. C.

III. DECISIÓN

Amén de las consideraciones que atrás se han dejado sentadas el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en Sala de Decisión Civil Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

PRIMERO. CONFIRMAR en su integridad el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Pasto, al interior del presente asunto, pero por las razones expuestas en el presente fallo.

SEGUNDO. CONDENAR a la parte apelante al pago de las costas de segunda instancia a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A..

TERCERO. Al momento de tasar las costas de segunda instancia, **TÉNGANSE** como agencias en derecho la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000.00) a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

CUARTO. SIN LUGAR a condenar en costas de segunda instancia a favor del demandado ALBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ.

QUINTO: ORDENAR una vez culminada la actuación procesal el envío del expediente al Juzgado de origen dejando las anotaciones del caso en los libros radicadores que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ

Magistrado

FRANKLIN TORRES CABRERA

Magistrado

FABIO RAÚL LÓPEZ CHAVES

Magistrado

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA/ RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD – Requisitos. / RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS EPS POR DAÑO OCASIONADO POR SUS AGENTES - Deviene de la Responsabilidad Solidaria-

Al existir un contrato entre la EPS y la IPS para la prestación del servicio de salud y al encontrarse demostrada la culpa por negligencia en la atención a la paciente, por parte del personal médico adscrito a ésta, hay lugar a declarar la responsabilidad de la EPS por la solidaridad que une a estas entidades, debiendo responder en forma directa por los daños que se causaron con la ejecución del acto médico.

PERJUICIOS MATERIALES – Deben probarse. / DICTAMEN PERICIAL - Su eficacia probatoria, depende de que éste se encuentre soportado en hechos debidamente acreditados -

Improcedencia del reconocimiento de perjuicios materiales, dado que la prueba recogida en el asunto, no es suficiente para su demostración, siendo que el peritaje practicado, se estructuró sobre especificaciones hipotéticas y los demás medios de convicción no revelan circunstancias acerca de tales pretensiones.

PERJUICIOS MORALES - Derivados de lesiones corporales padecidas por un pariente cercano./

PERJUICIOS MORALES – Al presumirse el daño moral a partir de los lazos de familiaridad, para su acreditación basta la simple prueba del parentesco – Hay lugar a la indemnización por perjuicios morales a los hermanos e hijos de la víctima de lesiones no mortales, sean estas graves o leves, por cuanto no es necesario acreditar los vínculos de afecto que unían a los familiares, siendo suficiente la demostración del parentesco, al presumirse el daño moral por ellos sufrido.

PERJUICIOS A LA VIDA DE RELACIÓN – Afectación sexual – Procede la condena al pago de la indemnización por este concepto, dado que se acreditó que la actividad sexual de la demandante se vio afectada, sufriendo menoscabo su calidad de vida y bienestar.

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrada Ponente: AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

Radicación: 2010-00092-00 (029-01)
Asunto: Apelación de sentencia en proceso ordinario de responsabilidad civil médica
Demandante: ...
Demandado: ...
Procedencia: Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto

San Juan de Pasto, veintinueve (29) de octubre de dos mil quince (2015)

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, dentro del proceso referenciado.

I. ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA ..., en nombre propio y en representación de los menores ...; además, ..., por intermedio de apoderado judicial, presentaron demanda en contra de COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. -COOMEVA EPS S.A. de Pasto, con el fin de que en sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se declare **(i)** que entre la demandada y la demandante ..., para el período comprendido entre el 10 de octubre de 2006 y el 3 de enero de 2007 existió un contrato de prestación de servicios médicos **(ii)** que COOMEVA EPS S.A. es solidaria y

civilmente responsable del error en los procedimientos médico quirúrgicos y de diagnóstico en que incurrió la red de centros asistenciales de salud de la demandada — agencia Pasto en perjuicio de la mentada por los hechos expuestos en la demanda; **(iii)** que se condene a la demandada a pagar solidariamente la indemnización de los perjuicios morales causados a la señora ... en el equivalente a 350 S.M.L.M.V. como mínimo; a ..., su esposo, el equivalente a 250 S.M.L.M.V.; a ..., sus hijos, el equivalente a 150 S.M.L.M.V., para cada uno de ellos; a ..., sus padres, el equivalente a 150 S.M.L.M.V., para cada uno de ellos como mínimo y a ..., sus hermanos, el equivalente a 100 S.M.L.M.V. para cada uno como mínimo; **(iv)** que se condene a la demandada a pagar en favor de la demandante ...y de su esposo ..., los perjuicios causados a título de daño emergente y lucro cesante, cuantificados en \$18.150.000 y \$6.998.000, respectivamente; **(v)** que se pague a... , los perjuicios psicológicos, fisiológicos y estéticos que se le causaron con los hechos, a razón de 150 S.M.L.M.V., como mínimo.

Los hechos en los que se fundamenta la acción, en síntesis refieren lo siguiente:

En virtud del contrato vigente, la empresa demandada prestó entre los meses de octubre de 2006 y enero de 2007, sus servicios médicos a ..., a través de la CLÍNICA FASERS, hoy CENTRO MÉDICO VALLE DE ATRIZ, y la CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE FÁTIMA.

Es por ello que los médicos adscritos a la CLÍNICA FASERS, el 10 de octubre de 2006, siendo las 7:00 horas, le practicaron a la mencionada una cesárea, procedimiento durante el cual, por descuido, le dejaron dentro de su cuerpo una compresa, misma que se alojó posteriormente en la cavidad iliaca, generando una masa tumoral que comprometió gravemente la salud y vida de la paciente.

Inmediatamente después de la cirugía, la paciente presentó molestias, las cuales fueron asociadas por el cuerpo médico tratante con una *colecistoliasis*. Además, ocurrió que la incisión quirúrgica no cicatrizaba.

Tratada la "*colecistoliasis*", le dieron de alta a la paciente doce días después de la cirugía. No obstante, continuó con vómito, mareos y dolor en la parte baja del estómago y sin que la herida cerrase.

A pesar de haber solicitado seguidamente una cita médica, esta fue concedida por COOMEVA para el 21 de diciembre de 2006. Por tal razón acudió a consulta particular con el médico LUIS MONTES, quien al advertir que no había cicatrización de la herida, le recetó antibióticos, calmantes para el dolor y antifebriles.

Habiendo asistido a la cita programada por la demandada, el doctor B, al no encontrar coincidencia entre los síntomas y el diagnóstico inicial, ordenó un TAC y una ecografía, los cuales fueron asumidos por la demandante y en los que se evidenció la existencia de un "*cuero extraño*" en su organismo.

Exigiendo la usuaria el cambio de centro asistencial y de médico, COOMEVA le autorizó de manera inmediata la práctica de una colecistectomía laparoscópica y una laparotomía en la CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE FÁTIMA, a fin de extraer el elemento. Dicha intervención se realizó el 3 de enero de 2007, encontrándose "*UNA VESÍCULA CON ADHERENCIA, LLENA DE CÁLCULOS PEQUEÑOS, Y 'MASA INTRABDOMINAL DE 15 CENTÍMETROS DE DIÁMETRO'*".

Según el examen de laboratorio de patología se determinó que dicha masa correspondía a una "*COMPRESA QUE SE ENCUENTRA ADHERIDA A LA SUPERFICIE INTERNA DE LA MASA*".

Con base en lo expuesto, señalaron que la inobservancia de las obligaciones de la EPS con respecto a su afiliada les causó perjuicios del orden psicológico, moral y material.

Los primeros exteriorizados en la vida afectiva de cada uno de los demandantes, pues la convivencia entre los cónyuges se vio deteriorada al perderse la calidad en la intimidad; mientras que con los hijos se rompió la comunicación, se infundió temor y la felicidad se ausentó; y en los padres y hermanos de la víctima, nació la zozobra. Agregó que este daño es absolutamente distinto al moral, por cuanto es patológico, en tanto este último es estrictamente espiritual.

Y precisamente, con relación al daño moral, explicó que tanto la víctima como su grupo familiar soportaron los malestares derivados del error médico, estando pendientes de ella en todo momento, sin importar el lugar,

acompañándola a las consultas, preocupándose y buscando la mejor manera de ayudarla.

Finalmente refirieron de los terceros que se golpeó de manera injusta la actividad laboral de la víctima, en particular, y la del cónyuge. De aquella, por cuanto dejó de percibir de manera directa los ingresos en su condición de "MADRE FAMI", viéndose, además, obligada a pagar a terceras personas para que la reemplazaran y cumplieran con el contrato. Y del cónyuge, toda vez que dejó de ejecutar sus labores cotidianas para poder estar al tanto de la enfermedad de su esposa. En este punto añadió la afectación a la estética corporal de la señora...

DE LO ACTUADO EN PRIMERA INSTANCIA.- El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, tras su corrección, admitió la demanda, le imprimió el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía y ordenó notificarle personalmente la decisión a la entidad demandada por conducto de su representante legal y correrle traslado de la misma (fl. 114 y ss. cdno. 1).

Siendo así, la Sociedad COOMEVA PROMOTORA DE SALUD EPS S.A. se pronunció frente a los hechos expuestos por los demandados, aclarando que dada su naturaleza y de conformidad con la Ley 100 de 1993, a ella no le compete prestar directamente el servicio de salud a sus afiliados, sino a las instituciones prestadoras de salud (IPS) que contraten para el efecto. Es por ello que reconoció haber suscrito contrato con las Clínicas FASERS y NUESTRA SEÑORA DE FÁTIMA para los años 2006 y 2007.

Con respecto al impase sufrido por la demandante, adujo que el mismo no fue su responsabilidad, sino de la IPS CLÍNICA FASERS que prestó sus servicios y más concretamente del médico que se encargó del procedimiento. Sin embargo, manifestó que de todos modos, la extracción de la masa a la señora ... se realizó sin causarle ninguna lesión. En ese sentido rechazó la existencia de daños estéticos, comoquiera que al momento de la extracción de la masa abdominal, la demandante ya presentaba una cicatriz por la cesárea que previamente se le había practicado.

Además, la demandada se opuso a todas las pretensiones resarcitorias del orden moral por considerarlas desproporcionadas con respecto a los topes que ha fijado la jurisprudencia civil en la materia.

En atención a lo manifestado, formuló las excepciones de mérito que denominó "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*", "*INEXISTENCIA DE HECHO CULPOSO Y AUSENCIA DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EE HECHO Y EL DAÑO*", "*PACTO CONTRACTUAL ENTRE COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. Y FUNDACIÓN DE ASESORÍAS Y SERVICIOS PROFESIONALES FASERS, EN EE QUE EXPRESAMENTE SE EXONERA DE RESPONSABILIDAD A LA ENTIDAD QUE REPRESENTO*", "*AUSENCIA DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LOS HECHOS NARRADOS EN LA DEMANDA Y EL DAÑO*", "*HECHO DE UN TERCERO*", "*EXCESIVA TASACIÓN DE PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES A CARGO DE LA PARTE DEMANDANTE*" e "*INEXISTENCIA DE PERJUICIOS ESTÉTICOS EN CABEZA DE LA SEÑORA ...- COBRO DE LO NO DEBIDO*"

Paralelamente, la entidad demandada llamó en garantía a la IPS CENTRO DE ASESORÍAS Y SERVICIOS PROFESIONALES - FASERS - hoy, según afirmó, CENTRO MÉDICO VALLE DE ATRIZ, con base en un contrato celebrado entre la demandante y la llamada, para la prestación de servicios de salud, llamamiento que resultó admitido por la a quo. Y a pesar de dar la mentada empresa contestación al llamamiento, este no se tuvo en cuenta por cuanto el abogado que lo presentó carecía de poder.

Igualmente llamó en garantía a la doctora ... , quien realizó la cesárea a la demandante No obstante, este fue rechazado por no cumplir con las exigencias legales.

De las excepciones formuladas por COOMEVA se corrió traslado a la parte demandante, quien las replicó dentro del término establecido.

Después de resolver negativamente la solicitud de nulidad formulada por la parte demandada, se llevó a cabo la audiencia prevista en el art. 101 del C. de P. C. En el transcurso de la misma, se declaró fracasada la etapa conciliatoria en virtud de la ausencia de ánimo conciliatorio en las partes y no hubo fijación del litigio; tampoco se encontró ningún defecto que invalidara lo actuado. En la misma diligencia, el Juzgado recibió el interrogatorio de ... (fls. 284 y ss. cdno. ppal. 2).

Siguiendo con el trámite, se abrió el proceso a pruebas, negando algunas solicitadas por ambos extremo y decretando otras de oficio que consideró pertinentes, (fls. 327 y ss. cdno. ppal. 2). Culminada la etapa probatoria, mediante auto se corrió traslado a los litigantes para presentar sus alegatos, siendo esta etapa aprovechada oportunamente por la parte demandada y la llamada en garantía (fl. 373 cdno. ppal. 2).

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. La señora Jueza Cuarta Civil del Circuito de Pasto, profirió sentencia (fl. 394 a 435 cdno. ppal. 2) en la que luego de advertir que no se configuraron nulidades en el trámite, de estimar cumplidos los presupuestos procesales y de referirse a naturaleza jurídica de la pretensión de responsabilidad civil contractual y extracontractual, estudiando la legitimación en la causa de los actores para enervarlas, resolvió declarar a la demandada: **(i)** civil y contractualmente responsable a la entidad demandada de los perjuicios morales sufridos por la señora ..., tasándolos en suma equivalente a \$30.000.000; **(ii)** civil y extracontractualmente responsable a la entidad demandada de los perjuicios morales sufridos por los demandantes ..., tasando para ello una suma equivalente a \$10.000.000.00 para cada uno de los dos primeros y de \$3.000.000.00 para cada uno de los dos últimos. Además la condenó a pagar costas a favor de los mentados. De otra parte, absolvió a la accionada de las pretensiones indemnizatorias de daño material a título de daño emergente y lucro cesante reclamadas por ... y su esposo y del perjuicio fisiológico reclamado también por la primera, así como de las formuladas por el menor ..., representado legalmente por sus padres, y por ... , condenando a estos a pagar costas procesales. Finalmente también absolvió a la llamada en garantía CENTRO MÉDICO VALLE DE ATRIZ E.U. de las pretensiones de la llamante COOMEVA EPS S.A.

Para adoptar estas determinaciones, la a quo inicialmente se refirió a la legitimación de la llamada en garantía, diciendo que a pesar de que para ese efecto se citó a la FUNDACIÓN DE ASESORÍAS Y SERVICIOS PROFESIONALES FASERS "HOY CENTRO MÉDICO VALLE DE ATRIZ", se desprende del certificado de existencia y representación legal de una y otra que se trata de personas jurídicas diferentes, ya que la razón social anterior de este fue CENTRO DE TERAPIA FASERS EMPRESA UNIPERSONAL y no el de la FUNDACIÓN mencionada. Agrego que *"[s]i bien es cierto que de la historia clínica se advierte que tanto una como otra persona jurídica participaron en la prestación de servicios de salud a la señora ... y aunque en el escrito de llamamiento se hizo remisión al contrato de prestación de servicios que celebró con la FUNDACIÓN DE ASESORÍA Y SERVICIOS PROFESIONALES - FASERS, ello no salva el hecho de que la demanda se dirigió contra el CENTRO MÉDICO VALLE DE ATRIZ E.U., cuya dirección se suministró para la respectiva notificación, siendo citada y notificada dicha persona jurídica sin reparo alguno de la llamante. Ahora, como frente a ella nunca justificó, al menos sumariamente, el fundamento contractual que le permitía llamarla, tal como lo prevé el art. 54, inc. 2o. del C. de P.C., significa que no se acreditó legalmente la legitimación para llamarla..."*. Por tales razones absolvió a la llamada de las pretensiones de la llamante.

Posteriormente procedió a analizar las pretensiones formuladas por la parte demandante, separando las contractuales de las extracontractuales.

En cuanto a las primeras, encontró configurado el primer presupuesto de la pretensión, esto es la acreditación, mediante la prueba documental, del **vínculo contractual** existente entre las partes y del cual se derivó toda la atención médica prestada a la prenombrada demandante, a través de la IPS FUNDACIÓN DE ASESORÍAS Y SERVICIOS PROFESIONALES –FASERS, quien a su vez suscribió contrato con la EPS para la prestación de servicios de salud en favor de los afiliados a COOMEVA.

Igualmente fundó acreditado el incumplimiento **culpable** a través de los agentes de la demandada de su deber de seguridad de la paciente a su cargo, amén de que las pruebas y la propia confesión de la EPS muestran que después de la cesárea a ella practicada, se dejó por descuido una compresa dentro de su cuerpo y, además, porque el diagnóstico de lo ocurrido se advierte tardío, pues a pesar del malestar que presentó la demandante con posterioridad a la intervención y confundidos por los cálculos biliares que luego le diagnosticaron, tan sólo casi tres meses después el mismo le fue extraído.

Respecto al **daño**, no obstante la demandante ... alegó haber sufrido perjuicios morales, materiales, psicológicos, estéticos y fisiológicos o daño a su vida de relación, la a quo encontró demostrados tan solo los primeros, a partir del sufrimiento físico y moral que ella padeció al tener que enfrentar un acontecimiento médico extraordinario e imprevisto.

Y en similar sentido halló configurada la relación de causalidad entre la culpa y el daño *“con el hecho de que lo que produjo el malestar posoperatorio a la demandante ... no fue la cesárea, de la cual se recuperó positivamente, sino el descuido o negligencia de quienes al interior del quirófano, tenían la obligación de contar las compresas que utilizaron en el procedimiento, sin cumplir a cabalidad con su función, lo que llevó a los padecimientos morales de la demandada en razón del dolor físico que tuvo que padecer”*.

Pasando a las pretensiones extracontractuales, la Jueza de primera instancia del mismo modo encontró probado el **hecho dañoso** en la dejación al interior del cuerpo de la demandante ... de una compresa que después de un largo y doloroso período le fue finalmente retirada mediante laparotomía, remitiéndose a las consideraciones esbozadas para referirse al tema cuando analizó la pretensión contractual.

Refiriéndose al **daño padecido**, halló probado con los registros civiles de nacimiento aportados, que todos los demandantes tienen parentesco con la señora ..., y si bien consideró que en este caso no opera la presunción de daño moral, por cuanto dicha creación jurisprudencial obra cuando el pariente-víctima fallece, estimó que existe prueba testimonial de que gracias a ese parentesco el esposo de la demandante y sus hijos convivían bajo un mismo techo y que al menos su cónyuge y su hija ... velaron constantemente por ella, cuidándola; inclusive, que ... se encargó también del cuidado del bebé recién nacido, por lo que pudo verificar el perjuicio moral padecido solo por estos y los padres de la paciente.

En lo que atañe al daño material reclamado conjuntamente por ... con su esposa ... , se remitió a lo considerado frente al tema, como así también procedió con respecto a los puntos de la **culpa del autor** y el **nexo causal**.

Habiendo sido así, procedió a estudiar las excepciones planteadas por la EPS demandada, determinando con apoyo en la doctrina y la jurisprudencia que ella está legitimada en el extremo pasivo para responder a las pretensiones que se han formulado en su contra, pues legalmente tiene la función de control sobre las IPS que contrata, con el fin de garantizar una prestación del servicio de salud de calidad. Agregó frente al argumento de la exoneración de responsabilidad acordada entre COOMEVA EPS S.A. y la Fundación FASERS en el contrato de prestación de servicios de salud, que la ley 100 de 1993 establece cuál es la responsabilidad de las EPS y de aceptarse que ella pueda ser modificada al interior de la contratación entre EPS e IPS, es obvio que ningún efecto puede surtir frente a terceros ajenos a dicha contratación, ante quienes la misma es inoponible.

Para zanjar lo pertinente frente a la excepción de *“INEXISTENCIA DE PERJUICIOS ESTÉTICOS EN CABEZA DE LA SEÑORA ...- COBRO DE EO NO DEBIDO”*, la señora Jueza señaló que se remitía a las consideraciones que había realizado anteriormente, según las cuales, el mismo no se acreditó, por lo cual no estimó que no era necesario pronunciarse sobre la misma.

Finalmente, la excepción de *“EXCESIVA TASACIÓN DE PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES A CARGO DE LA PARTE DEMANDANTE”* fue resuelta de paso, cuando la a quo calculó los perjuicios a indemnizar en la forma como quedó anteriormente establecida.

Actuando dentro de término, tanto la parte demandante como la demandada presentaron recurso de apelación en contra de dicha decisión.

DEL RECURSO DE APELACIÓN.- En sustento del recurso, la **parte demandada** argumentó que pese a que en el proceso no se probó ningún actuar doloso o culposo, por parte de la EPS COOMEVA que hubiera incidido en la ocurrencia del hecho dañoso, la a quo encontró plenamente configurados los elementos clásicos de la responsabilidad civil contractual. Entonces replica que la Jueza, de ninguna manera explicó en qué consistía la culpa de la entidad promotora, dado que solo se refirió a la negligencia médica, asunto muy diferente, pues ni la IPS ni los médicos involucrados dependían de COOMEVA EPS.

Agregó que las pruebas allegadas y valoradas en el proceso solo dan cuenta de la conducta desplegada por el personal médico adscrito a la FUNDACIÓN DE ASESORÍAS Y SERVICIOS PROFESIONALES - FASERS durante el procedimiento quirúrgico que se le realizó a la paciente, conducta que califica *“completamente autónoma e independiente de la gestión adelantada por COOMEVA EPS, dado que está última si bien tenía un contrato de prestación de servicios con FASERS, ello no significa que la EPS tenga injerencia en la actividad administrativa,*

financiera, médica y científica de la confratista”.

También señaló que COOMEVA verificó que la FUNDACIÓN DE ASESORÍAS Y SERVICIOS PROFESIONALES FASERS, se encontraba debidamente conformada y registrada comercialmente, que los servicios que ofrecía al público se encontraban debidamente habilitados por parte del Instituto Departamental de Salud de Nariño, ente de control que daba fe que la IPS ofrecía servicios médicos aptos y que no representaban riesgo para los pacientes, razón por la cual no comparte el criterio judicial referente a que *“a la EPS le compete ejercer vigilancia sobre las IPS que contrata, porque ello, en principio no es atribución de mi representada, y además estaría fuera de las posibilidades de la empresa contratante, dado que el acto médico es específico y autónomo del ente hospitalario, y por ende no existe la manera que COOMEVA EPS S.A., realice vigilancia o auditoría de cada acto médico; no puede pretender la Juez que la EPS supervise que cada médico, enfermera, u otra persona cumpla con sus obligaciones profesionales, porque ello evidentemente es imposible, lo exigido significaría que en el acto quirúrgico, este un funcionario de COOMEVA EPS, haciendo auditoría y vigilancia del proceder del médico cirujano, lo que resulta imposible de cumplir”.*

El anterior argumento le permite afirmar que no puede endilgarse responsabilidad a la entidad demandada por haber contratado con la IPS que presuntamente incurrió en falla médica, *“pues aunque la empresa aseguradora es garante de la prestación de un servicio médico determinado, no lo es de la conducta particular del médico que interviene en la atención médica o en el procedimiento quirúrgico, puesto que es el Hospital, Centro Médico o Clínica el que responde por la idoneidad del personal que contrata para prestar los diferentes servicios”.*

Así mismo concluye que no es de recibo la responsabilidad solidaria por negligencia médica que se le imputa a la EPS, dado que esta solo debe responder frente al afiliado por haber faltado a sus obligaciones contractuales de manera culpable, sin que haya lugar a hacer una imputación objetiva de responsabilidad como efectivamente lo hizo la señora Jueza en el presente caso. En ese sentido reitera que sin tener dominio del acto médico, a la demandada le era imposible prever y consecuentemente evitar la ocurrencia de los daños sufridos, lo que de igual manera hace imposible la aplicación de la figura de la culpa frente a COOMEVA EPS S.A., más aun, cuando la eficiencia del servicio no es un marcador que se pueda determinar con anterioridad a la ocurrencia de un resultado, siendo entonces ilógico exigirle a una EPS, predecir un error del personal que intervino en el procedimiento, que se presume tiene un título de idoneidad para adelantarlos. Cerró recriminando que para haberle atribuido responsabilidad, se debió demostrar que la EPS fue negligente al momento de contratar con FASERS.

Por otra parte se refirió al reconocimiento de los perjuicios que reclaman los demandantes y que fueron negados por la a quo, convalidando la decisión tomada en primera instancia al respecto.

Finalmente solicitó revocar en todas sus partes el fallo proferido en primera instancia y en su lugar, se proceda a absolver a COOMEVA EPS S.A. de todas las pretensiones de la demanda.

Por su lado, la **parte demandante** solicitó se mantenga la sentencia en lo favorable a sus pretensiones, es decir, la declaración de responsabilidad en contra de la parte demandada, pero a la vez, se modifique en los “quantum” y en el reconocimiento de la reparación deprecada a favor de quienes no resultaron favorecidos en el fallo que se recurre. Como sustento de la petición atribuyó errores en la valoración probatoria que realizó la a quo en la sentencia. Bajo esa idea dijo que a pesar de obrar en el expediente una experticia con la que se comprueba la configuración del daño material a título de daño emergente y lucro cesante, este no fue tenido en cuenta en el fallo ni tampoco se enunció la razón de tal omisión.

En cuanto al daño a la salud, refirió que no es dable desconocer que *“este tipo de hechos perturban a la persona en la percepción que tiene de sí misma, la acomplejan y le impiden expresarse normalmente, lo que genera que la convivencia entre los cónyuges se deteriore. Es innegable que [la] calidad en la intimidad se pierde. De igual manera, este es un acontecimiento que afecta la calidad de vida de la víctima, afectan su cotidiano vivir y la forma en la que se relaciona con su entorno”.*

Y refiriéndose al perjuicio moral rebatió que a pesar de que se encontraban residiendo en España, tal situación no es un aspecto que por sí mismo los haga indiferentes ante el dolor o sufrimiento por los daños ocasionados a su hermana. Por el contrario incrementa su preocupación y estrés emocional al no acompañarla o apoyarla en su dolor. Adujo que la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que el perjuicio o daño

moral ocasionado a los miembros de un determinado grupo familiar, no sólo se valora por la cercanía que ellos conservan en su vida cotidiana, ya sea conviviendo bajo el mismo techo o manteniendo contacto diariamente, sino por los vínculos afectivos existentes entre ellos por sus lazos de consanguinidad, por las relaciones que se crean al crecer juntos, al compartir distintas etapas de la vida.

Igualmente señaló que debe reconocerse el daño causado respecto del menor ..., quien convivía con la señora ... y, es más, quien dependía de su cuidado, amor y comprensión. Agregó que él directamente padeció los daños ocasionados a su madre, por lo que no se entiende la razón por la cual se niega la reparación del daño moral respecto de éste, más aún cuando se aportó prueba suficiente del parentesco existente.

Concluyó que *"en este caso la unidad jurisprudencial se rompe en dos momentos a saber: a.) Se estaría fallando de manera divergente en la jurisdicción contenciosa y en la ordinaria, violentando así el derecho a la igualdad ante la justicia de las víctimas, b.) En la sentencia, se manifiesta que '... en estos casos no opera la presunción de daño por cuanto dicha creación jurisprudencial obra cuando el pariente fallece', pero cabe preguntarse dónde radica la diferencia entre el dolor y zozobra padecido por los familiares cuando se presenta un caso de tal gravedad como el presente?"*.

Aparte señaló sobre las costas y agencias en derecho fijadas al negarse los perjuicios morales en contra de ..., que la a quo *"no mencionó los parámetros y demás circunstancias que deberán tenerse en cuenta al momento de liquidarlas, de donde se obtiene la convicción de que aquellas estarán conformes con lo deprecado por perjuicios morales y sin que haya ninguna otra alternativa o lineamiento"*, poniéndolos a enfrentar un dilema al momento de determinar el valor para la liquidación, pues si se hace una simple operación aritmética las agencias resultarían enormemente gravosas para la parte obligada, perjudicando definitivamente su situación procesal y dejándola al arbitrio de una incertidumbre no cuantificada.

Mientras tanto, el CENTRO MÉDICO VALLE DE ATRIZ E.U., solicitó que se lo exonere de toda responsabilidad, argumentado que no existió contrato entre este y COMEVA E.P.S., puesto que el vínculo contractual para la prestación de servicios se hizo con la FUNDACIÓN DE ASESORÍAS Y SERVICIOS PROFESIONALES FASER, identificada con Nit No: 814007229-4, y no con el *"CENTRO MEDICO VALLE DE ATRIZ E.U."* antes Centro de Terapias FASER, identificada con Nit. No. 830504400-8, empresa con naturaleza jurídica diferente, toda vez que la primera es una FUNDACIÓN, tal y como consta en el certificado de la Cámara de Comercio que reposa en el expediente y la segunda una empresa unipersonal tal y como reposa en igual documento. Afirmó que la demandada realizó indebidamente el llamamiento en garantía, puesto que en lugar de citar a la Fundación FASER, llamó al Centro de Terapias FASER empresa unipersonal, hoy Centro Medico Valle de Atriz. E.U.

Teniendo dicha explicación como soporte, adujo que el llamamiento en garantía a él realizado carece de los requisitos legales para su procedencia y además, que no existe nexo causal para resarcir el daño o pago de perjuicios o el reembolso total o parcial en el evento en que se llegara a condenar a la EPS.

Reseñados los aspectos relevantes de la litis, se procede a resolver lo que en derecho corresponda, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

DE LA SANIDAD PROCESAL. No se advierte que en la tramitación del proceso se haya incurrido en una causal de nulidad insanable, o una de aquellas que deban ser puestas en conocimiento de las partes.

DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES/LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. Concurren en el plenario los presupuestos procesales, es decir, aquellos requisitos necesarios que permiten decidir de mérito la cuestión litigiosa planteada en la demanda. A saber: demanda en forma, competencia, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso.

En cuanto a la legitimación en la causa, no existe reparo alguno frente a la activa, en tanto los demandantes afirman haber sufrido daños como consecuencia de la intervención quirúrgica realizada a la señora..., por lo que

tanto esta última como sus familiares acreditados en este asunto tienen pleno interés jurídico para promover la acción de responsabilidad civil en procura de que el daño sea resarcido –legitimación en la causa por activa–, tal como se los permite los arts. 1602 y ss. y 2342 del C. C.

Por otro lado, la personería sustantiva en relación con COOMEVA EPS S.A.–legitimación en la causa por pasiva–, en principio, encuentra sustento en ser señalada como la entidad responsable de las lesiones de la señora..., quien resulta ser su afiliada.

Entre tanto, en lo que respecta al llamamiento en garantía de la “FUNDACIÓN DE ASESORÍAS Y SERVICIOS PROFESIONALES FASERS, HOY CENTRO MÉDICO VALLE DE ATRIZ”, fue decantado en primera instancia que según lo consignado en los sendos certificados de existencia y representación legal de una y otra (fls. 5 y 6 y 13 cdno. 3 del llamamiento en garantía), son estas dos personas jurídicas diferentes, ya que la razón social anterior del llamado en garantía CENTRO MÉDICO VALLE DE ATRIZ fue “CENTRO DE TERAPIA FASERS EMPRESA UNIPERSONAL” y no la de “FUNDACIÓN DE ASESORÍAS Y SERVICIOS PROFESIONALES FASERS”, por lo que si bien la llamante demostró vínculo contractual con dicha Fundación, no hizo lo propio con el Centro Médico mencionado, razón que llevó a la a quo a negar el llamamiento deprecado, lo cual, además de resultar acertado para esta Sala de Decisión, no fue objeto de reproche en esta instancia por los apelantes, por lo que no se hace necesario realizar más pronunciamientos al respecto.

DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA - RÉGIMEN GENERAL Y ELEMENTOS. La Corte Suprema ha decantado en su jurisprudencia los elementos que configuran la responsabilidad médica, por ello, esta Corporación trae a colación un fallo en el cual estimamos se hace una explicación detallada sobre el tema, señalando que:

*“En lo atañadero a la responsabilidad civil en general, y a la médica, en particular, conocida es su clasificación en contractual o extracontractual (cas. civ. sentencias de marzo 5 de 1940, 26 de noviembre de 1986, 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430). Aquélla, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad (cas. civ. sentencia de 12 de julio de 1994, exp. 3656). En cambio, en la última, el quebranto se produce al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre aquellos que se relacionan con ocasión del daño.
(...)”*

Centrada la Corte en la rogada responsabilidad [médica], y concebida la civil como el deber legal de reparar, resarcir o indemnizar el quebranto inmotivado de un derecho, bien, valor o interés jurídicamente protegido, para su surgimiento es menester la concurrencia íntegra de sus elementos estructurales conforme a su clase o especie, cuya demostración, salvo norma expresa contraria corresponde al demandante.

La responsabilidad civil médica, modalidad específica de la profesional, configura sistema compuesto por la proyección e incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad sicofísica de la persona, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales del sujeto. La salud, es derecho fundamental vinculado a la vida e integridad de las personas, base cardinal indisociable sin la cual el orden jurídico constituiría un simple enunciado vacuo, teórico e inocuo. La prestación del servicio médico y los servicios de salud, constituye derecho esencial del ser humano con singular y reforzada tutela normativa, a punto de ser deber constitucional del Estado, las instituciones prestadoras y del profesional. La protección de la vida humana, salud, dignidad y libertad de la persona, el principio de solidaridad social, reconduce las directrices tradicionales de la responsabilidad más allá de la relación directa médico paciente o de la naturaleza intelectual, liberal y discrecional de la profesión médica (artículos 11, 13, 44, 48, 49, 78, 95 y 366 Constitución Política; Ley 23 de 1991, art. 1º, “El respeto por la vida humana y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual”).

A las pautas generales de la responsabilidad civil, y a las singulares de la profesional, aúnanse las reglas, normas, o directrices específicas reguladoras del arte, ciencia o profesión con los cánones o principios científicos o técnicos de su ejercicio (Lex artis), según criterios o procedimientos usuales en cierto tiempo y lugar, el conocimiento, avance, progreso, desarrollo y estado actual (Lex artis ad hoc).

La actividad médica, en la época contemporánea más dinámica, eficiente y precisa merced a los adelantos científicos y tecnológicos, cumple una función de alto contenido social. Al profesional de la salud, es exigible una especial diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia y el arte, sobre él gravitan prestaciones concretas, sin llegar a extremo rigor, considerada la notable incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad de las personas. En este contexto, por regla general, la responsabilidad del médico no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa, entendida no como error en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las del autor del daño, sino más exactamente en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la lex artis, mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de experiencia y su particular proyección en la salud de las personas (arts. 12, Ley 23 de 1981 y 8º decreto 2280 de 1981), naturalmente “el médico, en el ejercicio de su profesión, está sometido al cumplimiento de una serie de deberes de diversa naturaleza”, incluso éticos componentes de su lex artis (cas. civ. sentencia de 31 de marzo de 2003, exp. 6430), respecto de los cuales asume la posición de garante frente a la sociedad y a los usuarios del servicio.

Justamente, la civil médica, es una especie de la responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, in solidum si fueren varios los autores, pues “el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas” (cas. civ. sentencia de 13 de septiembre de 2002, exp. 6199).

Tratándose de la responsabilidad civil extracontractual médica, indispensable demostrar sus elementos, en particular el acto o hecho dañoso, imputable a título de dolo o culpa, el daño y la relación de causalidad, cuya carga probatoria corresponde al demandante, sin admitirse “un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras”), ni se oponga a “que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 Ibídem); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur” (cas. civ. sentencia de 22 de julio de 2010, exp. 41001 3103 004 2000 00042 01).”¹

DEL CASO CONCRETO. - En el presente caso, no obstante que la sentencia fue apelada por los dos extremos de la litis, encuentra que son concretamente tres los puntos medulares sobre los cuales se soportan las inconformidades de los recurrentes, razón por la cual, aún pudiendo esta Sala de Decisión resolver sin limitaciones de conformidad con el art. 357 C. P. C., se ceñirá a tales motivos de censura. Así, marcará el derrotero de esta segunda instancia (i) el establecer si la entidad promotora de salud tiene responsabilidad directa por culpa en el acto médico, cuando se desarrolla por sus dependientes; y en caso de ser afirmativo lo anterior (ii) dilucidar si la prueba recogida en el trámite del asunto es suficiente para reconocer la causación de los perjuicios del orden material, moral y a la vida de relación reclamados por los demandantes.

Entrando en materia y refiriéndonos al primer punto a tratar, de entrada debe decir esta Sala de Decisión que la responsabilidad de las EPS, cuando se ocasiona un daño por parte de sus agentes, deviene de la “responsabilidad solidaria”, la cual se desprende de los arts., 1568, 1571, 1738, 2344 y 2347 del Código Civil, que autorizan al

¹ Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia Sentencia de noviembre 17 de 2011, M.P. William Namén Vargas

acreedor a “reclamar de cualquiera de sus deudores el pago total de la obligación” y el “correlativo deber de estos de pagar la totalidad de la misma...”, tema este que ha sido suficientemente decantado por la Jurisprudencia de la Corte Suprema al señalar:

“...Desde luego que esta unidad de tratamiento tiene asidero no sólo en la estructura fáctica de la relación obligacional establecida entre las partes del proceso, sino en los efectos que a partir de ella se derivan, porque con independencia del vínculo existente entre la clínica y el médico, lo cierto es que la atención al paciente (acreedor) por dicho profesional, fue dispuesta por la primera, se repite, con el consentimiento del último. **De modo que la culpa del señalado agente es la culpa de la sociedad, en los términos del art. 1738 del C. Civil**, que en atención al vínculo existente con el agente, estatuye como parte integrante del hecho o culpa del deudor, el hecho o culpa del agente, porque al fin de cuentas, como quedó dicho, se trata de la responsabilidad derivada del incumplimiento de una misma prestación, que por lo demás lesiona el mismo interés y produce el mismo daño, **lo cual como seguidamente se analizará, incide en el campo de la solidaridad.**”² (Subraya y negrilla fuera de texto).

De igual forma, en pronunciamiento más reciente, dicha Corporación adujo:

“La responsabilidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), es contractual o extracontractual. Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual, naturaleza expresamente prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1983 que prohíbe a las EPS “en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados”, y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los “contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados” y los planes complementarios. Contrario sensu, la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual.

Ahora, cuando se ocasiona el daño por varias personas o, en cuya causación intervienen varios agentes o autores, **todos son solidariamente responsables** frente a la víctima (art. 2344, Código Civil; cas. civ. sentencias de 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430; 18 de mayo de 2005, SC-084-2005], exp. 14415).

Ostensible, es la legitimación en la causa por pasiva de la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. y la Asociación Médica de Especialistas Pragma S.A.-Clínica Pragma S.A., de quienes, según quedó sentado, se **pretende la responsabilidad civil solidaria por los daños reclamados** a título personal por el hijo, padres y hermanas a causa del fallecimiento de Aream Alexander Verano con ocasión de la prestación de los servicios médicos.”³ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Así mismo no podemos perder de vista que el Decreto 2174 de 1996, en su art. 6o., dispone acerca de la responsabilidad de las entidades promotoras de salud y de los prestadores de servicios de salud señalando:

“Las Entidades Promotoras de Salud y las que se asimilen, y los prestadores de servicios de salud son responsables de la Calidad de la atención en salud de su población afiliada y usuaria, en el marco de las obligaciones que les asigna la ley; sin perjuicio de las responsabilidades propias de los demás integrantes del sistema”.

Bajo ese contexto, podemos decir que en el caso de marras, las argumentaciones vertidas por la EPS demandada para atacar el fallo de primera instancia pierden fuerza, porque es a partir del principio de solidaridad establecido

² Corte Suprema de Justicia, sentencia de 11 de septiembre de 2002, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, expediente 6430.

³ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 17 de noviembre de 2011, M.P. William Namén Vargas, expediente 1999-00533.

en la ley, que a su vez surge del vínculo contractual que para la época de los sucesos existía entre COOMEVA S.A. y la prestadora de servicios FUNDACIÓN DE ASESORÍAS Y SERVICIOS PROFESIONALES (fls 161 y ss. del cdno. ppal. 1), que se analizó su responsabilidad directa, y no por una actuación proveniente de ella que incidiera en la ocurrencia del hecho dañoso, como lo sostiene la censura. En otras palabras, al haberse demostrado la culpa del personal médico adscrito a la FUNDACIÓN FASERS, lo cual, dicho sea de paso, no ofrece reparo en virtud de que aflora evidente la negligencia en la atención a la paciente tanto en la intervención quirúrgica como en el diagnóstico posterior, es que se deduce la responsabilidad de la EPS **por la solidaridad** que los une al mediar un contrato entre ellos.

Conclusión que encuentra respaldo en el pronunciamiento de la Sala de Casación Civil ya citado, cuando trató el tema de la solidaridad, al señalar lo siguiente:

*"Respecto de este tema, es decir, el de la solidaridad, al contrario de lo que piensa el recurrente, la Corporación entiende que ésta nace de la propia ley, que es una de sus fuentes, (art. 1568 del C. Civil), concretamente de la aplicación del principio general consagrado por el art. 2344 del C. Civil, eficaz para todo tipo de responsabilidad, porque lo que hizo el Tribunal **no fue otra cosa que a partir de la demostración de la propia culpa del médico, deducir una responsabilidad directa, concurrente con la culpa contractual**, no controvertida en este cargo, de la otra codemandada. **En otras palabras, lo claro es que la solidaridad no surgió de una inexistente pluralidad de sujetos contratantes, como lo plantea el impugnante, sino de la propia ley, o sea el art. 2344, en tanto el juzgador consideró que el perjuicio había sido consecuencia de la culpa cometida por dos personas, una de ellas el médico encargado del tratamiento. Por supuesto que para arribar a esta nueva conclusión, vuelve a jugar papel determinante la estructura y el vínculo obligacional que hubo de quedar verificado, porque es la unidad de objeto prestacional y la relación existente de los codeudores entre sí y de éstos con el acreedor, en la forma como quedó averiguada, ligadas a la identidad del interés lesionado y del daño producido, la que permite hacer el predicamento de solidaridad que antes se expresó, porque como explica Adriano de Cupis al ocuparse de situaciones como la que ahora se estudia, para poder sostener la tesis de la solidaridad, "Es decisivo... que tales comportamientos concurren en la lesión del mismo interés y en la producción del mismo daño". Precisamente, agrega, "la diversidad de título, es decir, del fundamento de la responsabilidad, no excluye su solidaridad, porque deriva de comportamientos concurrentes a la producción del mismo daño..."**"⁴.*

Así las cosas, probada como se encuentra la culpa del equipo médico de la IPS contratada por COOMEVA EPS S.A. para la gestión del servicio de salud, es claro que ella debe responder por las consecuencias dañosas que causó la ejecución del acto médico, lo que subsecuentemente permite concluir que la a quo no incurrió en desacierto alguno al supeditar la responsabilidad de la demandada por el actuar de uno de sus subordinados a la culpa en que éste hubiese incurrido, pues tal criterio es el que en esa específica materia ha sostenido la Alta Corporación.

Y como tampoco merece reparo el escrutinio que hizo la Jueza de primera instancia de los requisitos que estructuran la responsabilidad contractual y extracontractual de las entidades prestadoras de los servicios médicos, esto es, existencia del vínculo contractual, hecho dañoso, culpa, daño y nexo de causalidad, podemos pasar a determinar si la negación en la sentencia apelada de parte de los perjuicios reclamados por los demandantes se ajusta a derecho o no.

Pues bien, la parte demandante adujo que a pesar de obrar en el expediente una experticia con la que se comprueba la configuración del **daño material a título de daño emergente y lucro cesante**, este no fue tenido en cuenta en el fallo ni tampoco se enunció la razón de tal omisión.

Revisado el expediente, encontramos que en efecto obra en el plenario un dictamen pericial⁵ que fue decretado a solicitud de la parte demandante y a través del cual se determinaron unos valores por concepto de lucro

⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 11 de septiembre de 2002, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, expediente 6430.

⁵ fls. 10 y ss. del cdno. de pruebas de la parte demandante No. 1

cesante y daño emergente a favor de la señora ... y del señor ..., mismo sobre el cual se solicitó su aclaración y complementación y a pesar de que resultó objetado por error grave por la entidad demandada, nada se dijo en la sentencia de primera instancia sobre su valor probatorio como tampoco se resolvió mencionada objeción.

Ahora, no obstante se avizora la omisión de la a quo, es claro para esta Sala de Decisión que la crítica en torno a la estimación de la prueba pericial presenta un cariz distinto al señalado, pues los apelantes encaran las deducciones de la juzgadora reprochándole que no realizó condenas pecuniarias con base en dicho medio.

Luego, y bajo ese entendido, debe considerar esta Judicatura que para otorgarle al dictamen eficacia probatoria, este debe estar soportado por hechos acreditados adecuadamente, lo que para el caso examinado no acontece, porque el peritaje se estructuró sobre especificaciones hipotéticas, ya que los demás medios de convicción no revelan circunstancias acerca de esa realidad requerida, pues ciertamente, por un lado, no obra prueba de los gastos en que dicen haber incurrido ... , al punto que el auxiliar de la justicia tuvo que acudir a un "promedio" para calcular el daño emergente *"ante la falta de documentación"*; y, de otro, tampoco hay referencia acerca del periodo de incapacidad laboral de aquella como para que el perito hubiese deducido el monto del dinero dejado de percibir por ambas personas bajo ese parámetro. Es más, tal cual lo registró la a quo, es la demandante quien resta mérito a la prueba pericial, cuando afirmó: *"Se nombra un reemplazo para la licencia de maternidad, en mi caso pedí permiso los 15 días que estuve bien mal y luego cuando ya me fui a Taminango me levanté de la segunda cirugía y seguí trabajando. Yo no pedí licencia, no caí en cuenta de lo mal que estaba que podía pedirla"*. Por estas razones es que no hay lugar a acoger el peritaje como fuente de convencimiento, pues se advierte la ausencia de condiciones ciertas y probables para predicar el menoscabo patrimonial de la forma como quedó allí establecido.

Por otro lado, considera esta Sala necesario pronunciarse sobre un punto no referido en la sentencia de primera instancia, el cual guarda relación con que los testigos asistentes al proceso afirmaron que el señor ... tuvo que descuidar su negocio de venta de carne y contratar a alguien para que lo atendiera, por dedicarse al cuidado de su cónyuge, lo cual es una circunstancia que pudiera advertir un menoscabo en el patrimonio del demandante. No obstante, cabe aclarar que tal situación no es suficiente para dar pie a calcular un daño material a favor del nombrado demandante, pues, como en efecto sucede, no hay por demás pruebas que sirvan de referente para ese propósito, como por ejemplo lo serían el tiempo que pudo estar cerrado el negocio o el periodo para el que fue contratado el reemplazo del propietario y la erogación que resultó del mismo.

Como soporte de los anteriores argumentos, tenemos que la Corte Suprema ha dejado sentado que *"[c]uando el perjuicio material tiene el adjetivo 'futuro', ha expuesto la Sala que 'no es posible aseverar, con seguridad absoluta, como habrían transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho', acudiendo al propósito de determinar 'un mínimo de razonable certidumbre' a 'juicios de probabilidad objetiva' y 'a un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del lucro cesante y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daños en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido' (cas. civ. sentencia de 4 de marzo de 1998, exp. 4921. Reiterada en decisión de 9 de septiembre de 2010 Ref, 2005-00103)"*⁶.

Entonces, lo expuesto nos hace concluir que la decisión tomada en primera instancia en lo que se refiere al reconocimiento de perjuicios materiales no amerita objeción alguna.

Siendo así, pasamos a ocuparnos de otro de los puntos de inconformidad develados por la parte demandante en esta instancia, esto es **el perjuicio moral** negado a ..., hermanos de la víctima directa, y el menor ..., hijo de la misma, tras considerar la señora Jueza que, al no operar en este caso la presunción de daño moral que se deriva del parentesco con la afectada, *"por cuanto dicha creación jurisprudencial obra [solo] cuando el pariente-víctima fallece"*, la prueba recaudada no es suficiente para determinar la afectación emocional, psicológica o afectiva que

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 4 de agosto de 2014, M.P. Margarita Cabello Blanco.

estos pudieron tener, así como también su otro hijo Posición refutada por la activa en tanto razona que la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que el daño moral ocasionado a los miembros de un determinado grupo familiar, no sólo se valora por la cercanía que ellos conservan en su vida cotidiana, sino por los vínculos afectivos existentes entre ellos por sus lasos de consanguinidad.

Con ese panorama, cabe aclarar que por regla general, a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho (art. 177 del C. de P. C.). Luego, quien pretenda el reconocimiento de perjuicios morales, tiene el deber mínimo de probar su existencia, contando para ello con diversos medios, los cuales de manera enunciativa, se encuentran determinados en el artículo 175 C. de P. C.

Ahora, siguiendo esa línea de ideas, tenemos que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha establecido que basta la acreditación del parentesco para presumir el daño moral, es decir, este puede constituir indicio suficiente de la existencia, entre los miembros de una misma familia, de una relación de afecto profunda y, por lo tanto, del sufrimiento intenso que experimentan los unos con la desaparición o el padecimiento de los otros.

Sobre el tema, tanto la Corte Suprema como el Consejo de Estado se han pronunciado en los términos referidos. Así, encontramos que la Sala de Casación Civil de la primera de las Corporaciones mencionadas, desde tiempo atrás, tiene sentada una tesis de presunción de hombres del daño moral, a partir de los lasos de familiaridad, como lo explica en la providencia que procedemos a transcribir, por la pertinencia y claridad de la misma:

“En lo que atañe a la Jurisprudencia de la Corte, esta, cuando se trata de tos parientes cercanos de la víctima, ha expuesto lo que, por ejemplo, puede leerse en fallo que data del 11 de mayo de 1976:

‘Solo resta por considerar, pues, lo referente a los perjuicios morales subjetivos, cuya existencia se presume en casos como el presente, según lo ha dicho esta Corporación, por la estrecha relación de consanguinidad entre la víctima y los demandantes, - por los lazos de afecto que tal parentesco crea y por el sufrimiento moral que a no dudarlo debió ocasionarles a éstos la muerte de su hijo ° (G. J., t. CLII, p. 142).’

(...)

Ahora bien. Aspecto de la mayor trascendencia es el definir qué es lo que debe entenderse por presunción cuando de la prueba de los perjuicios morales subjetivos se trata: En lo que al recurrente concierne, tal parece que toma el vocablo en el sentido que le asigna el artículo 176 del C. de p. c, o sea, como una exención de prueba. Pero, de otro lado, tampoco ha lugar a que se pierda de vista que en la providencia acabada de transcribir, la Corte habla de presunción simple. Y este, en verdad, constituye el quid del problema. Pero para su adecuado esclarecimiento, se debe, -previamente, dejar sentada la premisa de la que a continuación se habla.

En materia de perjuicios morales subjetivos, al igual que en toda clase de perjuicios, es indispensable distinguir entre la legitimación para solicitar su indemnización, la prueba de los mismos, y la cuantificación del resarcimiento. Solo que aquí el asunto, como de todos es sabido, ofrece particulares dificultades.

En lo que respecte a la legitimación, y para lo que concierne al presente caso, importa dejar establecido que doctrina y jurisprudencia coinciden en que de aquella están investidos los parientes cercanos (padre, hijos y hermanos) de la víctima fallecida. Esta legitimación dimana de la urdimbre de las relaciones que se entretienen con ocasión de los vínculos propios de la familia (consanguinidad, afinidad o adopción) y no solo de una de ellas en particular. Mirar el problema desde el punto de vista limitado de cualquiera de tales relaciones (deberes entre padres o hijos, alimentos, herencia, etc.), es dar de la cuestión una visión incompleta porque lo que a simple vista es perceptible es que el desaparecimiento de uno de los miembros de la familia representa una lesión para los otros en su propia integridad, o sea, que es algo que hiere directamente la personalidad de cada uno de ellos. La pérdida es, entonces, total, y no limitada o circunscrita a un aspecto cualquiera, por más importante que este sea.

En relación con la prueba, se ha de anotar que es, quizá, el tema en el que mayor confusión se advierte, como que suele entremezclarse con la legitimación cuando se mira respecto de los parientes cercanos a de la víctima desaparecida, para decir que ellos, por el hecho de ser tales, están exonerados de demostrarlos. Hay allí un gran equívoco que, justamente, proviene del significado o alcance que se le debe dar al término presunción. Ya un poco atrás se anotó que, conforme viene planteado el cargo, este vocablo se toma acá como un eximente de prueba, es decir, como se estuviera en frente de una presunción iuris tantum.

Sin embargo, no es tal la manera como la cuestión debe ser contemplada ya que allí no existe una presunción establecida por la ley. Es cierto que en determinadas hipótesis, por demás excepcionales, la ley presume -o permite que se presuma- la existencia de perjuicios. Mas no es tal cosa lo que sucede en el supuesto de los perjuicios morales subjetivos.

Entonces, cuando la jurisprudencia de la Corte ha hablado de presunción, ha querido decir que esta es judicial o de hombre. O sea, que la prueba dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por sus padres, hijos, hermanos o cónyuge.

Sin embargo, para salirle al paso a un eventual desbordamiento o distorsión que en el punto pueda aflorar, conviene añadir que esas reglas o máximas de la experiencia -como todo lo que tiene que ver con la conducta humana- no son de carácter absoluto. De ahí que sería necio negar que hay casos en los que el cariño o el amor no existe entre los miembros de una familia; o no surge con la misma intensidad que en otra, o con respecto a alguno o algunos de los integrantes del núcleo. Mas cuando esto suceda, la prueba que tienda a establecerlo, o, por lo menos, a cuestionar las bases factuales sobre las que el sentimiento al que se alude suele desarrollarse -y, por consiguiente, a desvirtuar la inferencia que de otra manera llevaría a cabo el juez-, no sería difícil, y si de hecho se incorpora al proceso, el juez, en su discreta soberanía, la evaluará y decidirá si en el caso particular -sigue teniendo cabida la presunción, o si, por el contrario, esta ha quedado desvanecida.

De todo lo anterior se sigue, en conclusión, que no obstante que sean tales, los perjuicios morales subjetivos están sujetos a prueba, prueba que, cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos del muerto, las más de las veces, puede residir en una presunción judicial. Y que nada obsta para que esta se desvirtúe por el llamado a indemnizar poniéndole de presente al fallador aquellos datos que, en su sentir, evidencian una falta o una menor inclinación entre los parientes.

Entretanto, el Consejo de Estado, en su Sección Tercera, ha desarrollado el argumento que el parentesco probado, funge como una prueba indiciaria de la configuración del daño moral. Sobre el punto refirió en reciente fallo lo siguiente:

"13. Cuando ha tratado el tema de la prueba de la existencia de los perjuicios morales en los parientes del afectado, esta Corporación ha considerado que el hecho de que esté acreditado el parentesco representa un indicio para la configuración de ese daño en los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, esto es, respecto de los padres, hermanos, abuelos e hijos del afectado y de su cónyuge o compañera permanente.

13.1. Las razones que sustentan el paso del hecho indicador del parentesco, a la circunstancia de que el daño causado a una persona afecta moralmente a sus parientes, se fundamentan en que: a) la experiencia humana y las relaciones sociales enseñan que entre los parientes existen vínculos de afecto y ayuda mutua y b) las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes (artículo 42 de la C.P.). De esta manera, la pérdida o enfermedad de uno de los parientes causa un grave dolor a los demás.

13.2. Lo anterior no obsta, para que en los eventos en que no esté acreditado el parentesco se pruebe el dolor moral de estos parientes en calidad de damnificados, mediante el uso de los diversos medios de prueba que dispone el C.P.C de los cuales se pueda inferir el daño moral sufrido.”⁷

Volviendo al caso bajo estudio, como ya lo habíamos reseñado, la señora Jueza no obstante estimó los planteamientos fijados por la jurisprudencia en torno a la presunción del daño, no los consideró aplicables a este asunto, aún cuando se acreditó que todos los demandantes tienen parentesco con la señora ..., mediante los registros civiles de nacimiento que obran en el expediente,⁸ pues no estamos frente a un fallecimiento de la víctima, sino a lesiones físicas.

Sin embargo, un repaso por la jurisprudencia permite sostener que en la Sección Tercera del Consejo de Estado existe una tesis contraria que, si bien ha sido objeto de cambios en su línea argumentativa, apunta al reconocimiento de perjuicios morales derivados de lesiones corporales padecidas por un pariente cercano. Así por ejemplo, en sentencia de 18 de marzo de 2004, señaló dicha entidad:

*“Una situación distinta se presenta cuando tratándose del daño moral derivado de la muerte o **lesionamiento** grave de un ser querido, la jurisprudencia ha deducido judicialmente éste, de la simple prueba del estado civil - junto con la demostración de la muerte o lesión grave -, tratándose de vínculos de consanguinidad cercanos como los existentes entre padres, hijos, hermanos y abuelos, sin que sea necesario demostrar el padecimiento o dolor moral sufrido. Evento en el cual, la legitimación material en la causa del demandante, podrá aducirse a través de la prueba del estado civil (tratándose de parientes cercanos), junto con la prueba de la muerte o **lesión grave del pariente cercano**, ya que el juez a partir de estos hechos **infiera el dolor**; de lo contrario deberá demostrarse el padecimiento moral sufrido con motivo del hecho dañoso⁹. En relación con el daño moral sobre lesiones personales la Sala ha distinguido con fines probatorios las graves de las leves”¹⁰* (Subraya y negrilla fuera de texto).

Ahora, no obstante en la providencia citada la Alta Corporación se refiere a un “daño grave”, el criterio fue objeto de cambios, como lo advertimos, ampliándose el reconocimiento de los perjuicios morales hasta cuando estos sean producto, incluso, de lesiones leves. Así lo deja ver el Consejo de Estado, por ejemplo, en pronunciamiento del 30 de junio de 2011, en el cual se dijo:

“Para acreditar el daño moral de los parientes del afectado por lesiones leves, actualmente la posición jurisprudencial considera que basta la acreditación del parentesco para inferir el daño moral, esto es la aplicación del indicio que se viene señalando. Con anterioridad, esta Corporación había juzgado que en el caso de lesiones leves además de la prueba de la existencia de la lesión, se debía acreditar el daño moral padecido por las víctimas indirectas que lo alegaran, sin que fuera suficiente la prueba del parentesco¹¹. Sólo se consideraba suficiente esta prueba para la acreditación del daño moral cuando se tratara de un caso de muerte o de lesión grave¹². Sin embargo, esta posición cambió¹³ bajo el argumento de que a) la presunción de los perjuicios morales causados a los parientes de la víctima del daño no la sustenta el tipo de lesión, sino la lesión misma y b) al causar ésta dolor a una persona, genera, por la

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de junio 30 de 2011, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Radicación número: 19001-23-31-000-1997-04001-01(19836)

⁸ Ver folios 24 a 29 del cuaderno principal No. 1, y folio 8 del cuaderno de pruebas de la parte demandante No. 1.

⁹ Sentencia proferida el día 17 de mayo de 2001. Exp. 12.956. Actor: Hernando Palacios Aroca y otros.

¹⁰ Pueden consultarse las sentencias dictadas los días: 28 de octubre de 1999 (Exp.12.384. Actor: Luis Eudoro Jojoa Jojoa); 23 de marzo de 2000 (Exp 12.814; demandante: Harold Gómez González y otros. Demandado: INPEC); 17 de agosto de 2000 (Exp 12.802; Demandante: Lucila Méndez y otros. Demandado: INPEC); 14 de septiembre de 2000 (Exp 12.166; Actor: Eduardo López Piedrahita y otros. Demandado: ICBF); 8 de noviembre de 2001 (Exp. 13.007; Actor: Orlando Miguel Bermúdez Torres y otros; Demandado: Municipio de Maicao); 27 de noviembre de 2002 (Actor: Vidal Lemus Layton y Otros; Exp 13.874).

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2004, C.P. María Elena Giraldo Gómez, radicación n. 14003; del 10 de agosto de 2005, de la misma consejera ponente, radicación n. 16205; del 7 de diciembre de 2005, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, radicación n. 14065.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación n. 16186

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2008, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, radicación n. 28259

*misma naturaleza humana, aflicción a las personas más próximas. El tipo de lesión, se concluyó, es útil para determinar la intensidad del daño y es relevante para la graduación del perjuicio”.*¹⁴

Con base en la tesis expuesta y en lo atinente a la indemnización por perjuicios morales a los hermanos e hijos de la víctima de lesiones no mortales – ya sea graves o leves - resta anunciar que la variación de la jurisprudencia ha comportado el paso de la exigencia de demostrar los vínculos de afecto que unían a los familiares a la sola exigencia de demostración del parentesco mediante los registros civiles, habida cuenta de que, en atención a las reglas surgidas de la experiencia, es posible presumir que los parientes se profesan afecto y que el daño causado a alguno, así no sea la muerte, aflige a los otros.

Por tal razón, resulta fácil concluir que la señora Jueza de primera instancia desconoció la jurisprudencia vigente, pues sólo ordenó la indemnización por perjuicios morales a favor del cónyuge, los padres y la hija de la señora ..., mas no a favor de sus hermanos ..., a quienes descartó por no residir con ella, así como a sus hijos ..., por no haber probado especiales lazos de afecto con la víctima, cuando para el efecto bastaba la simple prueba del parentesco.

Y aunque es importante resaltar que el precedente *“establecido por los órganos de cierre de cada una de las jurisdicciones (ordinaria o contenciosa) es relevante al interior de cada una de ellas y respecto de los asuntos que son objeto de su conocimiento; dicho de otro modo, el precedente fijado por la jurisdicción ordinaria o por la contenciosa administrativa, no se vuelve vinculante para la otra, pues cada una, dentro de su propia autonomía, puede establecer las reglas de interpretación de los asuntos sometidos a su conocimiento. Esto es especialmente importante en el tema consultado, pues respecto de los factores salariales que deben tomarse en cuenta para liquidar la pensión, la jurisprudencia del Consejo de Estado es diferente a la fijada por la Corte Suprema de Justicia en los asuntos de su competencia, de forma que lo dicho en cada jurisdicción no es trasladable necesariamente a la otra”*¹⁵, también es cierto que *“[l]o anterior [es] sin perjuicio, claro está, de que dentro de su propia autonomía, las jurisdicciones ordinaria y contenciosa puedan tener en cuenta lo dicho por la otra al resolver casos iguales o semejantes y que para tal fin los interesados puedan invocar los precedentes que mejor respondan a sus intereses dentro del proceso”*.¹⁶

En ese sentido, no es desconocido que la Corte Suprema de Justicia ha acudido en múltiples ocasiones a la labor doctrinaria y jurisprudencial realizada por el Consejo de Estado en torno al tema del daño. Así por ejemplo, en sentencia de 13 de mayo de 2008¹⁷, la Sala de Casación Civil, señalando que *“es forzoso reconocer el valioso aporte de la jurisprudencia elaborada por la Sección Tercera del Consejo de Estado”* hizo alusión a la configuración del daño a la vida de relación, pudiendo, con base en los señalamientos del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, diferenciarlo del daño moral.

Agréguese a lo expuesto que para esta Sala de Decisión, hacer una distinción entre la situación que enfrentan las personas afectadas moralmente por la muerte de un familiar y los que la soportan a causa de una lesión, como para hacer presunciones en un caso y en el otro no, no resulta proporcional y, por el contrario, discriminatorio, pues es la lesión en sí la que genera dolor o aflicción a las personas y no su tipo, lo cual a todas luces violenta el principio de igualdad imperante en un estado Social de Derecho, que obliga aplicar la misma regla a quienes estén en la misma situación de hecho¹⁸.

Corolario de tales argumentos debe resultar entonces el reconocimiento de los perjuicios morales reclamados por los demandantes en esta instancia, lo que de suyo trae la revocatoria del numeral 8 de la sentencia y, de paso, la modificación del numeral 4 y 5 de la misma, siendo además de interés anotar que en relación con el afecto profesado entre hermanos, en el expediente aparecen otras pruebas, como las testimoniales, cuya valoración puede reforzar las conclusiones derivadas de la presunción fundada en la experiencia, ya que todos los declarantes fueron contestes en describir la unión y apego existente entre la afectada y sus estos y la forma como sus familiares a pesar de estar ausentes, se mantuvieron pendientes de la salud de la señora....

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de junio 30 de 2011, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Radicación número: 19001-23-31-000-1997-04001-01(19836)

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia de 16 de febrero de 2012, Consejero Ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069).

¹⁶ Ídem.

¹⁷ M.P. César Julio Valencia Copete, Radicación número: 11001-3103-006-1997-09327-01.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 1995.

Ahora, para la tasación de los perjuicios anunciados, partimos de que en el juez radica la facultad discrecional de determinar el monto a reconocer. Por ello y siendo consecuentes con el análisis realizado por la *a quo* para tasar el **daño moral** (atendiendo la cercanía del parentesco), el cual es acertado para esta Sala de Decisión, y dando un trato igualitario a todos los demandantes, se fijan por el concepto pertinente, las siguientes sumas de dinero:

- A favor de ... la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10'000.000), para cada uno de ellos.
- A favor de ... la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3'000.000.), para cada uno de ellos.

Luego, nos queda por resolver lo concerniente **al daño a la vida de relación** (perjuicios fisiológicos) reclamado por la señora Y con ese objeto hemos de considerar que la Corte Suprema, a manera de compendio, ha puntualizado que este tipo de perjuicio se distingue por las siguientes características o particularidades:

*"a) tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado; b) adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho; c) en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico; d) no sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos; e) según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o la compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquélla y éstos; f) su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos negativos que de él se derivan; y g) es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño - patrimonial o extrapatrimonial - que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad, como infortunadamente ha ocurrido en algunos casos, en franco desmedro de los derechos que en todo momento han de asistir a las víctimas"*¹⁹.

Sentados tales preceptos, para esta Corporación es claro que el perjuicio denunciado radica, en parte, en el desmejoramiento que sufrió la vida íntima de la señora ... y su pareja, producto de las *"incomodidades propias de la dolencia y de las operaciones"* (hecho 3.2 de la demanda). No obstante, para la *a quo* sucede que *"[n]o obra prueba en el proceso, de la manera como la situación que ... tuvo que enfrentar, afectó la relación con su entorno, pues si bien la historia clínica devela el dolor físico que debió soportar dado el estado en que se encontraba la compresa o gasa quirúrgica para cuando le fue extraída y el sitio en que se había alojado, no por ello se puede presumir el daño en su vida de relación, el cual, si bien es extrapatrimonial, requiere también de demostración probatoria, ausente en este caso"*.

Frente a ello y partiendo de que es difícil obtener directamente pruebas acerca de vida sexual de los cónyuges ... a través de terceros, por ser esta una circunstancia propia de la órbita íntima y personal del ser humano, la Sala considera que sí es dable **inferir**, a partir de las aseveraciones de la actora, así como también, de su delicado estado de salud, que en efecto su actividad sexual se hubiese visto diezmada durante el tiempo que padeció las

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 13 de mayo de 2008, M.P. César Julio Valencia Copete, Radicación número: 11001-3103-006-1997-09327-01.

dolencias por albergar dentro de su organismo un cuerpo extraño y, después, durante la convalecencia que dejó la práctica de la cirugía con la que se extrajo aquel, lo cual hace predicable la afectación a la calidad de vida y bienestar de la lesionada.

Entonces, siendo *“necesario ahora retomar el estudio del concepto de daño a la vida de relación, no sólo con el propósito de asegurar el acatamiento del mandato impuesto por el artículo 16 de la ley 446 de 1998, en el sentido de que en cualquier proceso judicial la valoración de los daños irrogados a las personas o las cosas deberá estar guiada por los principios de reparación integral y equidad, sino también con la convicción de que esta es una de las vías a través de las cuales puede ser preservado el absoluto respeto y la integridad de los derechos superiores contemplados en la Constitución Política”*²⁰, es menester del Tribunal adoptar en este caso las medidas idóneas para el reconocimiento de los perjuicios a la vida de relación de la señora ..., mismos que se tasan en la suma de CINCO MILLONES DE PESOS (\$5'000.000).

Así las cosas, se revocará el numeral 6 de la sentencia en lo pertinente al perjuicio tratado y se modificará el numeral 3 para introducir en la parte resolutive de la misma providencia su reconocimiento.

Finalmente, comoquiera que se reconoce en esta instancia las pretensiones formuladas por los demandantes ..., se revocará el numeral 9 de la sentencia de primera instancia. Por lo dicho y dado que se acepta por esta Corporación el daño a la vida de relación deprecado por la señora ..., se modificará el numeral 7 de dicha providencia.

Además, teniendo en cuenta que la condena impuesta a cargo de la EPS COOMEVA se confirmó por este ad quem, se condenará a esta empresa a pagar las costas de esta instancia a favor de los demandantes y de la llamada en garantía, comentándose que por la reforma que al num. 2º de dicho canon le introdujo el art. 19 de la Ley 1395 de 2010, se fijará el valor de las agencias en derecho en este mismo fallo. Para su tasación, nos ceñiremos a lo dispuesto para los procesos ordinarios en segunda instancia, en el numeral 1.1. del Título I del art. 6º del Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el art. 1º del Acuerdo N° 2222 de 2003 proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y, en tal sentido, se fijarán las agencias en derecho a favor de los demandantes en un monto de SEIS (6) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES y a favor de la llamada en garantía CENTRO MÉDICO VALLE DE ATRIZ E.U. en DOS (2) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, EN SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR los numerales 1, 2, 3, 10 y 11 de la sentencia de primera instancia, dictada por la señora Jueza Cuarta Civil del Circuito de Pasto al interior del presente asunto.

SEGUNDO.- REVOCAR los numerales 6, en lo pertinente al no reconocimiento del daño a la vida de relación; y 8 y 9 de la providencia antes mencionada.

TERCERO.- MODIFICAR los numerales 3, 4, 5 y 7 de la sentencia recurrida y, en su lugar, se dispone:

“3. Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a COOMEVA EPS S.A., a pagar a la ejecutoria de esta decisión, en favor de la demandante, ... la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000), a título de perjuicios morales.

Así mismo, la suma de CINCO MILLONES DE PESOS (\$5'000.000), por concepto de daño a la vida de relación.

²⁰ Ídem.

En caso de mora en el pago de la condena, se pagarán por la demandada en favor de la demandante intereses legales civiles sobre la misma hasta cumplir con el pago total.

4. DECLARAR a COOMEVA EPS S.A., responsable civil y extracontractualmente de los perjuicios morales, sufridos por los demandantes ..., representado legalmente por sus padres, ..., por los hechos mencionados en el numeral 2o. de esta resolutive.

5. Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a COOMEVA EPS S.A., a pagar a la ejecutoria de esta decisión, en favor de los prenombrados demandantes, las siguientes sumas de dinero:

- ..., representado legalmente por sus padres: DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000), a título de perjuicios morales a cada uno.

- ...: TRES MILLONES DE PESOS (\$3.000.000), a cada uno a título de perjuicios morales.
(...)

7. CONDENAR a la demandada al pago del 90% de las costas procesales en favor de la demandante..., del 95% de las costas en favor de ... y del 100% de las costas procesales en favor de"

CUARTO.- CONDENAR a la parte demandada, a pagar las costas de segunda instancia a favor de la parte demandante y de la empresa llamada en garantía CENTRO MÉDICO VALLE DE ATRIZ E.U. Al momento de elaborar la liquidación de las costas causadas, téngase como agencias en derecho, SEIS (6) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES y DOS (2) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, respectivamente.

QUINTO. ORDENAR, una vez culminada la actuación procesal, el envío del expediente al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, dejando las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

Magistrada

FRANKLIN CABRERA TORRES

Magistrado

FABIO RAÚL LÓPEZ CHAVES

Magistrado

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EXTRACONTRACTUAL – ELEMENTOS: La imputación del daño se encuadra en la obligación de seguridad que adquieren las entidades hospitalarias frente al paciente, originada en el contrato de salud – Acreditados los presupuestos que configuran este tipo de responsabilidad, hay lugar a declarar civil y extracontractualmente responsables a los demandados de los daños causados a los actores, por el fallecimiento de su esposa y madre, como consecuencia de la caída de la camilla donde era atendida, siendo que se demostró que esto ocurrió con ocasión del incumplimiento de la obligación de seguridad y atención que debía ofrecerse a la paciente, dadas las especiales condiciones de salud en que se encontraba; estableciéndose que se desatendieron los deberes de seguridad, vigilancia y custodia, siendo procedente la condena al pago de perjuicios.

PERJUICIOS MATERIALES – LUCRO CESANTE CONSOLIDADO: Al calcular la probabilidad de vida, las tablas de mortalidad oficiales, sólo se tendrán en cuenta si no existe otra prueba al respecto – Siendo que en primera instancia en la experticia realizada, no se tuvieron en cuenta las fórmulas establecidas jurisprudencialmente para efectuar la cuantificación de la indemnización por lucro cesante, la Sala no acoge tal dictamen, procediendo a elaborar la correspondiente liquidación, para lo cual a fin de establecer objetivamente la probabilidad de vida de la paciente, teniendo en cuenta la enfermedad que padecía, lo cual puede llevar a inferir razonadamente que tal expectativa sería menor a la estandarizada, se parte del dictamen del médico tratante de la paciente, apartándose de los cálculos que al respecto existen en las tablas de mortalidad oficiales.

CONTRATO DE SEGURO – ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD: Facultad de los herederos para ejercer acción directa frente al asegurador del responsable del daño – Con fundamento en el contrato de seguro y siendo que los demandantes reclamaron la reparación de sus propios daños y la indemnización de perjuicios personales por la muerte de la víctima directa, es procedente, situándose en el campo de la responsabilidad extracontractual, condenar a la entidad aseguradora, la cual ocupa el lugar del causante del daño, al pago de los perjuicios patrimoniales hasta el monto del valor asegurado, más no el daño moral, al no estar cubierto por la póliza./

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrada Ponente: AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

Radicación: 2010-00271-00 (135-01)

Asunto: Apelación de sentencia en proceso ordinario de responsabilidad civil médica

Demandante: JOSÉ LUIS FELIPE ERAZO MORA y otros

Demandado: CLÍNICA FÁTIMA y LA PREVISORA DE SEGUROS S.A.

Procedencia: Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Pasto

San Juan de Pasto, primero (1º) de julio de dos mil quince (2015)

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Pasto, dentro del proceso referenciado.

I. ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA. ..., por intermedio de apoderado judicial, presentaron demanda en contra de la ... con el fin de que, previo el trámite del proceso ordinario, se declare a las entidades demandadas extracontractualmente responsables de los perjuicios morales y materiales, causados a los demandantes, con ocasión de la muerte de la señora ..., los cuales tasa en montos determinados.

Los hechos en los que se fundamenta la acción, en síntesis refieren lo siguiente:

El 18 de agosto de 2005, la señora ..., esposa y madre de los ahora demandantes, estando afiliada a EMSSANAR E.S.S., acudió a la IPS Clínica Nuestra Señora de Fátima con el objeto de lograr una transfusión de sangre, para lo cual dicha clínica consideró necesario internar a la paciente, asignándole la habitación 229 de sus instalaciones físicas, la que se encontraba dotada de una cama sin rejas, pese a que los médicos manifestaron que *"a la paciente se le debía suministrar una camilla con rejas por cuanto (...) era propensa a sufrir convulsiones por su enfermedad"*.

El 19 de agosto de 2005, a las 8:00 pm, la interna comenzó a presentar molestias, razón por la que su hija ..., quien la acompañaba en ese momento, solicitó la asistencia de una enfermera en repetidas ocasiones a través del timbre disponible en la habitación para ese objeto. Al no recibir respuesta, decidió salir de la habitación y buscar personalmente a las encargadas en el puesto de enfermería, en donde no encontró a nadie.

A las 8:10 pm del mismo día, la paciente cayó de la cama, fue atendida por su pariente que regresaba del puesto de enfermeras, convulsionó y perdió el conocimiento.

A las 8:20 pm, las enfermeras ... y un camillero levantaron a la señora ... La segunda de ellas solicitó la presencia del médico de urgencias, quien, a su vez, llamó al internista de turno, Dr. Jesús Coral, el cual consideró necesario remitirla a la unidad de cuidados intensivos de la misma institución. No obstante, la paciente fue dirigida a la unidad de urgencias, porque en la U.C.I. no había camas disponibles. Después se solicitó el servicio de neurocirugía.

A las 9:00 pm, el especialista en neurocirugía, Dr. Porfirio Muñoz, ordenó de carácter urgente la realización de un TAC cerebral. La clínica manifestó que no contaba con el servicio y llamó a la EPSS para que autorizara dicho examen en MEDINUCLEAR. Realizado el TAC cerebral se encontró en la paciente un hematoma craneoencefálico y un derrame interno, motivo por el cual, los especialistas de la clínica decidieron no operarla.

El 20 de agosto de 2005, a las 2:15 am, la señora ... falleció a causa de un *shock* neurogénico de tallo cerebral y cerebelo, siendo la causa de la muerte *"la hemorragia cerebral, secundaria a trauma cráneo encefálico"*, generado con la caída dentro de la clínica.

Denuncia que la ... no cuenta con personal de enfermería suficiente para atender el número de pacientes que alberga. Así mismo, dice que la cama de la paciente no tenía la protección suficiente para prevenir el accidente, teniendo en cuenta que la usuaria sufría de convulsiones. Agrega que la mala preparación del espacio donde se internó a la paciente, el descuido del personal encargado de cuidarla y la tardía y deficiente atención que se le prestó luego de su caída, propiciaron el fallecimiento.

La señora ... tenía 56 años de edad cuando falleció, y al momento de su deceso trabajaba independientemente en la labor de comerciante, percibiendo por su actividad \$408.000, dinero con el cual ayudaba al sostenimiento del hogar conformado con su esposo ..., quien dependía económicamente de ella, al ser una persona de la tercera edad que no cuenta con trabajo ni pensión. Del mismo modo, la muerte generó un daño material y moral al núcleo familiar del que hacen parte los demandantes.

DE LO ACTUADO EN PRIMERA INSTANCIA.- El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto admitió la demanda,

le imprimió el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía y ordenó notificarle personalmente la decisión a las entidades demandadas por conducto de sus representantes legales y correrles traslado de la misma (fl. 90 y ss. cdno. 1).

Siendo así, la ..., a pesar de referirse oportunamente a la demanda, no acreditó adecuadamente el derecho de postulación, razón por la que sus alegaciones no fueron tenidas en cuenta por el Juzgado de primera instancia (fl. 184 cdno 1).

Por su parte, LA PREVISORA S.A. manifestó no constarle la ocurrencia de la mayoría de los hechos esgrimidos en el libelo y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Como excepciones propuso las que denominó *"FALTA DE COBERTURA EN EL SEGURO PREVIHOSPITAL PÓLIZA MULTIRIESGO NO. 1001018 VIGENTE DESDE EL PRIMERO (IO) DE ENERO DE 2005 HASTA EL PRIMERO (IO) DE ENERO DE 2006"*, fundada en que el hecho que presuntamente ocasionó el daño tuvo origen en la ejecución del contrato celebrado entre la clínica demandada y EMSSANAR ESS, por lo que el siniestro no se encuentra amparado por la póliza de *"responsabilidad civil extracontractual"*; *"AUSENCIA DE CULPA EN LA OCURRENCIA DEL HECHO"*, ésta basada en la decisión acogida por la Fiscalía General de la Nación de no imputar penalmente responsabilidad al personal de enfermeras que atendieron a la occisa; *"LIMITACIÓN A LA CUANTÍA MÁXIMA EN UNA EVENTUAL CONDENA DE INDEMNIZACIÓN"* y *"LA INNOMINADA"* (fls. 178 y ss. cdno. 1).

Frente a los anteriores argumentos, los demandantes replicaron que recibieron un daño por parte de la ..., sin mediar entre ellos un contrato, razón por la que precisamente pretenden la declaración de una responsabilidad civil extracontractual. Aunado a ello, rebaten la idoneidad del auto emitido por la Fiscalía General de la Nación con el cual se ordenó cerrar la investigación y recalcan que de todos modos la acción penal es diferente a la acción civil.

Posteriormente se llevó a cabo la audiencia prevista en el art. 101 del C. de P. C. En el transcurso de la misma, se declaró fracasada la etapa conciliatoria y no hubo fijación del litigio en virtud de la ausencia de ánimo conciliatorio en las partes; no hubo excepciones previas que resolver y no se encontró ningún defecto que invalidara lo actuado. En la misma diligencia, el Juzgado recibió el interrogatorio de los demandantes y de los representantes legales de las entidades demandadas (fls. 188 y ss. cdno. 1).

Siguiendo con el trámite, se abrió el proceso a pruebas, negando algunas solicitadas por el extremo activo de la litis y decretando la mayoría de las solicitadas por las partes, así como de oficio las que consideró pertinentes, (fls. 227 y ss. cdno. 1). Culminada la etapa probatoria, mediante auto se corrió traslado a los litigantes para presentar sus alegatos, siendo esta etapa aprovechada oportunamente por la parte demandante y la demandada ... (fl. 259 cdno. 1).

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El Juzgado Civil de Circuito de Descongestión de Pasto, en virtud de lo estipulado en los Acuerdos PSAA-13-9991 y PSAA-13-9984, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, profirió sentencia (fl. 305 a 308 cdno 1) en la que luego de advertir que no se configuraron nulidades en el trámite y de referirse a la acción de responsabilidad civil extracontractual, en particular la responsabilidad médica, determinó que del estudio conjunto de las pruebas allegadas al proceso no es dable verificar la culpa como elemento de estructuración del juicio de responsabilidad, pues pudo *"inferirse tan sólo una conclusión probable: que la ocurrencia del percance se propició accidentalmente, por un desventurado albur totalmente ajeno al querer de los familiares de la víctima y ajeno por completo a cualquier grado de culpa del personal encargado de cuidarlo"*. Ello porque *"la paciente recibió las atenciones necesarias para asegurar su normal cuidado en consideración a su sintomatología y estado, se siguieron los protocolos usuales de atención y se efectuaron rondas rutinarias de inspección que según se vio, no contradijeron ningún tipo de pauta médica expresa [como la de preparar una cama con barras laterales de seguridad, por cuanto la paciente era propensa a sufrir convulsiones]. Las enfermeras en ronda, lejos de descuidar a la persona que se hallaba bajo su atención, demostraron tan sólo encontrarse atendiendo los restantes pacientes que ocupaban el ala asignada, pues como se ha sostenido con insistencia, no se encontró una sola constancia médica que prescriba a favor de la difunta persona una atención constante y personalizada, y aún más, no puede dejar de observarse que contaba ella con la compañía de al menos una de sus familiares; suponiéndose de tal modo que gozaba de una supervisión continua."*

Igualmente no encontró reparo en la atención prestada a la usuaria con posterioridad a la lesión padecida, teniendo en cuenta que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses reportó en el dictamen pericial solicitado como prueba que *"la atención prodigada a la paciente, teniendo en cuenta las descripciones médicas y paramédicas de la historia clínica se ajustan a la lex artis de la medicina, es decir la paciente a su ingreso recibió la atención médica indicada, siguiendo los protocolos que orientan el tratamiento de la patología de base que ella tenía, (...) incluso después de la caída la atención que se le brindó también se ajusta a las recomendaciones médicas para estos casos"*

En atención a lo dicho, la Juzgadora resolvió denegar las pretensiones de la demanda, sin que, no obstante, se hubiera condenado a los demandantes al pago de las costas procesales, por estar beneficiados con amparo de pobreza.

DEL RECURSO DE APELACIÓN.- Actuando dentro de término, la parte demandante presentó escrito en el que manifestó apelar el fallo emitido. En sustento del recurso, argumenta que la señora Juez apreció erróneamente las pruebas, toda vez que de las declaraciones rendidas por las enfermeras que sirvieron como testigos dentro del proceso, surge evidente la carencia de personal de enfermería para atender a los pacientes que alberga la clínica demandada. Del mismo modo, a través del testimonio de ..., se pudo probar que la cama hospitalaria no contaba con la protección suficiente para la prevención de accidentes. Y de la historia clínica del médico legista, emerge una inadecuada atención de urgencias hospitalarias, ya que no se trasladó a la paciente de inmediato a la unidad de cuidados intensivos (UCI), toda vez que no habían camas disponibles en esa dependencia, y además, la realización de un TAC cerebral no se llevó a cabo en la misma clínica, sino en otro centro médico.

Agrega que la clínica demandada obvió valorar los factores extrínsecos que pudieran generar un riesgo de caída en la señora ..., cuando ésta ingresó al centro médico, a pesar de saber que era una paciente que tenía un *cáncer bronco génico metastásico*, en tratamiento paliativo con quimioterapia y síndrome anémico, lo cual le produjo un cuadro clínico de vómito de un día de evolución, estado alterado de conciencia y dificultad respiratoria, y que además era persona de la tercera edad, que no podía deambular por sí misma, que presentaba inestabilidad hemodinámica y que requería una supervisión para la movilización fuera de la cama, circunstancias que alteraban su equilibrio. Por estas razones dice que no comparte la apreciación de la a quo referente a que no se encontró una sola constancia médica que prescriba a favor de la difunta una atención constante y personalizada, porque es la Resolución 00741 del 14 de marzo de 1997 la que obliga a las entidades prestadoras de salud valorar dicho riesgo de acuerdo a la patología del usuario.

Señala que la sentencia apelada no hizo referencia a la presunción de culpa que existe en contra de la clínica demandada, teniendo en cuenta que la actividad desarrollada por ella es de las relacionadas como peligrosas. En ese sentido dice que dicha entidad no desvirtuó esa presunción en su contra y que además la a quo no explicó cómo ésta demostró la existencia de un elemento extraño en la producción del daño.

Finalmente, rebate que la Juzgadora en ningún momento habló de la póliza multiriesgo No. 1001018, vigente para el momento del accidente, a pesar de que las víctimas ejercieron frente a la PREVISORA S.A. la acción directa conferida por el art. 1133 del C. de Co., en virtud de haber surgido para ellas, después de la ocurrencia el siniestro, el derecho de reclamarle a la aseguradora la responsabilidad civil de la entidad asegurada y la indemnización de los perjuicios patrimoniales experimentados.

A partir de lo expuesto, solicita se revoque la sentencia apelada y en su lugar se concedan la pretensiones de la demanda.

Posteriormente, el Despacho de la Magistrada Ponente decretó oficiosamente el testimonio del Dr. ..., quien fue el médico tratante de la señora ... en lo que respecta a la patología de cáncer.

Reseñados los aspectos relevantes de la *litis*, se procede a resolver lo que en derecho corresponda, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

DE LA SANIDAD PROCESAL. No se advierte que en la tramitación del proceso se haya incurrido en una causal de nulidad insanable, o una de aquellas que deban ser puestas en conocimiento de las partes.

DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES. Concurren a plenitud en el presente caso, veamos: tenía el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto competencia para avocar conocimiento en primera instancia, en virtud de la naturaleza y cuantía del asunto (art. 16 num. 1º del C. de P. C.), así como por el lugar de domicilio de la entidad demandada (art. 23 nums. 1º y 3º ibídem), la a quo estaba facultada para proferir sentencia conforme lo dispusieron los Acuerdos PSAA-13-9991 y PSAA-13-9984, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura; mientras que esta Corporación tiene competencia funcional para desatar el recurso de alzada interpuesto (literal a) num. 1º art. 26 C. de P. C.).

De otro lado, los demandantes son personas naturales, mayores de edad, sobre quien no pesa decreto de interdicción o al menos ello no se controvierte. Así mismo las entidades demandadas gozan de personería jurídica y atiende el llamado representada por sus gerentes, por lo que todos tienen capacidad para ser parte y comparecer al proceso.

Continuando con el análisis de los presupuestos procesales, encontramos que las partes fueron asistidas por profesionales del derecho de su escogencia y, finalmente, se observa que la demanda presentada se allanó a cumplir con las mínimas exigencias que permiten decidir de fondo el asunto.

DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. Los demandantes afirman haber sufrido daños como consecuencia de la muerte de su madre y esposa ... Esta Sala de Decisión encuentra demostrado el deceso de la mentada por medio del respectivo registro civil de defunción, así como el vínculo marital y filial que unía a ésta con los demandantes a través de los registros civiles de matrimonio y nacimiento, por lo que se evidencia, a la vez, que ... tienen pleno interés jurídico para promover la acción de responsabilidad civil en procura de que el daño sea resarcido –legitimación en la causa por activa–, tal como se lo permite el art. 2342 del C. C.

En efecto, en el punto tiene dicho la Corte Suprema que *“Cuando la víctima directa de un acto lesivo, fallece como consecuencia del mismo, sus herederos están legitimados para reclamar la indemnización del perjuicio por ella padecido, mediante el ejercicio de la denominada acción hereditaria o acción hereditatis, transmitida por el causante, y en la cual demandan, por cuenta de éste, la reparación del daño que hubiere recibido.”*

Por otro lado, la personería sustantiva en relación con la ... –legitimación en la causa por pasiva–, en principio, encuentra sustento en ser señalada como la entidad responsable de la muerte de la señora ..., mientras que la PREVISORA S.A. es convocada en virtud del contrato de seguros que ampara a dicho establecimiento médico.

DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA - RÉGIMEN GENERAL Y ELEMENTOS. La Corte Suprema ha decantado en su jurisprudencia los elementos que configuran la responsabilidad médica, por ello, esta Corporación trae a colación un fallo en el cual estimamos se hace una explicación detallada sobre el tema, señalando que:

“En lo atañedor a la responsabilidad civil en general, y a la médica, en particular, conocida es su clasificación en contractual o extracontractual (cas. civ. sentencias de marzo 5 de 1940, 26 de noviembre de 1986, 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430). Aquélla, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad (cas. civ. sentencia de 12 de julio de 1994, exp. 3656). En cambio, en la última, el quebranto se produce al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre aquellos que se relacionan con ocasión del daño.
(...)

Centrada la Corte en la rogada responsabilidad [médica], y concebida la civil como el deber legal de

reparar, resarcir o indemnizar el quebranto inmotivado de un derecho, bien, valor o interés jurídicamente protegido, para su surgimiento es menester la concurrencia íntegra de sus elementos estructurales conforme a su clase o especie, cuya demostración, salvo norma expresa contraria corresponde al demandante.

La responsabilidad civil médica, modalidad específica de la profesional, configura sistema compuesto por la proyección e incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad sicofísica de la persona, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales del sujeto. La salud, es derecho fundamental vinculado a la vida e integridad de las personas, base cardinal indisociable sin la cual el orden jurídico constituiría un simple enunciado vacuo, teórico e inocuo. La prestación del servicio médico y los servicios de salud, constituye derecho esencial del ser humano con singular y reforzada tutela normativa, a punto de ser deber constitucional del Estado, las instituciones prestadoras y del profesional. La protección de la vida humana, salud, dignidad y libertad de la persona, el principio de solidaridad social, reconduce las directrices tradicionales de la responsabilidad más allá de la relación directa médico paciente o de la naturaleza intelectual, liberal y discrecional de la profesión médica (artículos 11, 13, 44, 48, 49, 78, 95 y 366 Constitución Política; Ley 23 de 1991, art. 1º, "El respeto por la vida humana y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual").

A las pautas generales de la responsabilidad civil, y a las singulares de la profesional, aúnanse las reglas, normas, o directrices específicas reguladoras del arte, ciencia o profesión con los cánones o principios científicos o técnicos de su ejercicio (Lex artis), según criterios o procederes usuales en cierto tiempo y lugar, el conocimiento, avance, progreso, desarrollo y estado actual (Lex artis ad hoc).

La actividad médica, en la época contemporánea más dinámica, eficiente y precisa merced a los adelantos científicos y tecnológicos, cumple una función de alto contenido social. Al profesional de la salud, es exigible una especial diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia y el arte, sobre él gravitan prestaciones concretas, sin llegar a extremo rigor, considerada la notable incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad de las personas. En este contexto, por regla general, la responsabilidad del médico no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa, entendida no como error en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las del autor del daño, sino más exactamente en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la lex artis, mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de experiencia y su particular proyección en la salud de las personas (arts. 12, Ley 23 de 1981 y 8º decreto 2280 de 1981), naturalmente "el médico, en el ejercicio de su profesión, está sometido al cumplimiento de una serie de deberes de diversa naturaleza", incluso éticos componentes de su lex artis (cas. civ. sentencia de 31 de marzo de 2003, exp. 6430), respecto de los cuales asume la posición de garante frente a la sociedad y a los usuarios del servicio.

Justamente, la civil médica, es una especie de la responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, in solidum si fueren varios los autores, pues "el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas" (cas. civ. sentencia de 13 de septiembre de 2002, exp. 6199).

Tratándose de la responsabilidad civil extracontractual médica, indispensable demostrar sus elementos, en particular el acto o hecho dañoso, imputable a título de dolo o culpa, el daño y la relación de causalidad, cuya carga probatoria corresponde al demandante, sin admitirse "un principio general

*encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras), ni se oponga a "que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 Ibídem); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur" (cas. civ. sentencia de 22 de julio de 2010, exp. 41001 3103 004 2000 00042 01)."*¹

DEL CASO CONCRETO.- En curso de zanjar la discusión suscitada en esta instancia, partimos de que está probado, a través de los distintos medios de convicción obrantes en el expediente, el hecho de que el deceso de la señora ... se produjo el 20 de agosto de 2005 a las 2:15 a.m., por un shock neurogénico, a causa de la presencia de hemorragia cerebral, en el tallo cerebral y el cerebelo, como consecuencia de un trauma cráneo-encefálico severo, producido por la caída de la paciente desde la camilla ubicada en la habitación 229 de la ..., como contundentemente lo indica la experticia rendida por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fl. 68 cdno. pruebas parte demandante), la cual no fue objetada por los contendientes procesales.

Conclusión así tomada por la a quo como sustento de su decisión y que, dicho sea de paso, no fue controvertida por ninguna de las partes, a pesar de que en los alegatos de conclusión la representación de la Clínica adujera que se determinó médicamente que el daño no se originó por la caída, sino por la condición preexistente de la paciente en su estado de salud que le produjo una hemorragia interna mucho antes de que ocurriera el accidente.

Luego, teniendo en cuenta que ha sido posible verificar la concurrencia del daño y el nexo causal, resta a esta Sala de Decisión, acorde a los planteamientos de la parte recurrente, dilucidar si se presentó una mala praxis en el manejo de la hospitalización y atención, antes y después, de la lesión que causó su deceso, que nos pueda llevar a establecer el elemento estructural de la culpa en cabeza del centro clínico y, por ende, poder endilgar la responsabilidad deprecada.

Siendo así, entonces conviene inicialmente hacer una breve acotación en torno al tema de la obligación de seguridad que adquieren las entidades hospitalarias frente al paciente. Y para ello resulta oportuno el siguiente fragmento jurisprudencial:

2. Ya ha tenido oportunidad la Corte, en varias ocasiones, por demás, de señalar que dentro de las diversas obligaciones a cargo de clínicas, hospitales y entidades de asistencia médica de similar temperamento, a las cuales el paciente confía el cuidado de su persona para efectos de que aquellas cumplan los deberes a los cuales se han comprometido, existe la denominada de seguridad, cuyas características más sobresalientes acaban de exponerse.

Ha dicho esta Corporación, que en los contratos relativos a la prestación de servicios asistenciales por parte de entes hospitalarios, "... por fuerza del ameritado deber de procurar la seguridad personal del enfermo, el centro asistencial ha de tomar las medidas necesarias para que no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento de las prestaciones esenciales que por razón del contrato dicho centro asume, criterio que la Corte ha aceptado en sus lineamientos básicos al declarar que, de cara al denominado 'contrato de hospitalización', 'el establecimiento contrae frente al enfermo una obligación de seguridad que le impone la de evitar que le ocurran accidentes con motivo o con ocasión del cumplimiento del contrato, obligación que comprende también la de custodia y vigilancia si se trata de establecimientos para enfermos con afecciones mentales, pues en tal caso se busca la propia seguridad personal ...' (G.J. T. CLXXX, Pág. 421), identificándose así un imperativo de conducta que en el común de los casos, cuando el paciente no ha desempeñado función activa alguna en la producción del daño, constituye una obligación determinada o de resultado, mientras que en la hipótesis contraria,

¹ Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia Sentencia de noviembre 17 de 2011, M.P. William Namén Vargas

o sea cuando ha mediado un papel activo de la víctima en el proceso de causación del perjuicio, al establecimiento deudor tan sólo le es exigible un quehacer diligente y técnicamente apropiado, deber que se estima satisfecho en tanto demuestre que el accidente acaecido no se debió a negligencia, imprudencia o impericia de su parte. Todo depende, pues, de los factores particulares que rodean cada situación, factores circunstanciales que no son siempre iguales y que, al fin de cuentas, son los llamados a fijar los deberes y graduar la diligencia exigible, siguiendo un método que antiguas legislaciones europeas formulaban diciendo que cuanto mayor sea el deber de actuar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que se desprenda de las consecuencias posibles de los hechos" (casación del 1º de febrero de 1993).

3. Es palmario, por consiguiente, que hipótesis hay en las que el paciente confía enteramente su cuerpo al centro clínico u hospitalario en el cual se interna o al que encomienda la práctica de diversos exámenes, y para cuya realización queda notoriamente reducida su libertad de obrar y, por ende, es mínima o nula su intervención activa en los actos que al efecto ejecuta el establecimiento, a la vez que los accidentes que entonces ocurran no pueden concebirse como acontecimientos cotidianos o frecuentes que conduzcan a pensar que, no obstante el diligente empeño del deudor, la seguridad del examinado constituya un alea que escapa a su control, de frente a situaciones de esta índole, se decía, es preciso inferir que la entidad asistencial asume de manera determinada el compromiso de evitar que el paciente sufra cualquier accidente, obligación de la cual solamente puede exonerarse demostrando que el mismo obedeció a una causa extraña.

Por el contrario, ocasiones habrá en las que, dada la injerencia activa del usuario en los hechos, o la frecuente intervención de sucesos azarosos, la actividad no esté enteramente sometida al control de la institución, supuestos estos en los cuales, subsecuentemente, la obligación de ésta solamente se concreta en un deber de diligencia y prudencia.²

Infirió la a quo en el presente caso que el suceso nefasto en el que se vio envuelta ... ocurrió por un "desventurado albur ajeno por completo a cualquier grado de culpa del personal encargado de cuidarlo (sic)", ello a partir de que pudo observar, con base en el material probatorio recaudado, que "el personal de atención que se hallaba cumpliendo su jornada laboral al momento de los hechos justific[ó] su alejamiento de la habitación de aquella interna", pues de la versión de la auxiliar de enfermería ... constató que ella se encontraba cuidando a una persona que había dado a luz y debía ser trasladada de una camilla a una cama, mientras que la enfermera ... señaló que después de encontrar que la paciente "estaba somnolienta y no respondía ningún llamado", procedió a agotar su ronda de administración de medicamentos a otros pacientes. Inferencia que se robusteció para la falladora en la medida que en la noche del percance, la señora ... estaba acompañada de dos familiares y la clínica contaba con 18 pacientes hospitalizados, es decir, "tenía[n] el servicio lleno", por lo que les era a las enfermeras "imposible atender exclusivamente a una paciente".

Pues bien, puesto de ese modo, para esta Sala de Decisión, las deducciones realizadas por la Juzgadora no se acompasan con el devenir fáctico sustraído de las pruebas recogidas en el plenario y los señalamientos jurisprudenciales acerca de la obligación de seguridad que adquieren las entidades hospitalarias frente al paciente.

En efecto, no es de recibo que se haya llegado a la conclusión que el infortunio se trató de una eventualidad no atribuible a la entidad médica, cuando las obligaciones de vigilancia, custodia y seguridad se hacen exigibles frente a todo usuario y, en esa medida, decir que el acto extra-médico de la caída de la paciente, estando ésta dentro de la órbita de cuidado del establecimiento, no genera responsabilidad, no hace más que desdibujar el deber de protección y cuidado de los pacientes durante su permanencia en el establecimiento sanitario.

² Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 18 de octubre 2005, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

Como se observa, para la Sala, el estudio de la imputación del daño en el caso concreto parte de encuadrar el mismo en la **“obligación de seguridad”**³ que nace del contrato de salud en virtud del cual la paciente fue hospitalizada⁴, conforme a los mandatos de la ley 23 de 1981, de la ley 100 de 1993 y de los reglamentos que para la época de los hechos eran aplicables en materia de seguridad y atención del paciente, los cuales tienen en cuenta que la salvaguarda del usuario es condición indispensable para lograr que la atención médica sea efectiva y además, de calidad.

Sobre esa base, considera este ad quem que en el caso concreto hay prueba suficiente que permite deducir la imputación del daño causado, habida cuenta que el estado de salud de la paciente ameritaba que se hubiesen tomado todas las precauciones necesarias para impedir la caída de la camilla, y sin embargo el personal de enfermería no lo realizó.

En esa línea de ideas, vemos como el doctor Porfirio Muñoz Bermeo, especialista en neurocirugía y médico tratante de la señora ..., da señales acerca de que pudo ser previsible clínicamente que cualquier predisposición originada en su enfermedad de base generaba la posibilidad de una caída de la camilla, pues en su declaración explicó: *“viendo el contexto referido en la historia clínica en donde se documenta tomografía cerebral antes del trauma de la paciente que evidencia lesiones metastásicas en el tallo cerebral y en el cerebelo, además leyendo informe de escanografía foliado como 162 del expediente se puede documentar lesión metastásica frontal izquierda y presencia de hematoma subgaleal frontal izquierdo y así mismo se documenta según la historia clínica episodio de deterioro neurológico ocurrido el 19 de agosto a las 6 y 30 de la tarde y referido como que la paciente presenta desmayo y no puede consumir alimentos, así mismo que no responde adecuadamente a los estímulos verbales, así las cosas es evidente en primer lugar un compromiso estructural del sistema nervioso central y un compromiso neurológico clínico de la paciente antes de ocurrido el trauma craneoencefálico”*. (subraya fuera de texto).

Y ello se concluye de esa manera como quiera que, sabido es, una afectación al sistema nervioso central compromete la estabilidad de una persona, lo que la hace propensa a accidentes como las caídas. Sobre el punto, la doctrina médica explica que además de las alteraciones fisiológicas propias del envejecimiento, existen *“otros procesos patológicos que contribuyen a la presencia de caídas”*, entre varios, el *“[d]eterioro cognitivo”*, explicando respecto al tema: *“La demencia puede acrecentar el número de caídas por tener alterada la capacidad de percepción visuoespacial, comprensión y orientación geográfica. En general, toda la patología del SNC (sistema nervioso central) y periférico condiciona un mayor riesgo de caída”*⁵. Aspecto este también corroborado por el Dr. Carlos José Narváez López, cuando atendió el cuestionario que el Despacho de la Magistrada Ponente le formuló.⁶

En ese sentido, también el hecho de haber permitido excepcionalmente la compañía de dos familiares en la noche del deceso de la señora ..., es indicativo de que el personal de la entidad sabía de su estado grave y que por lo mismo ameritaba un mayor cuidado. Nótese como la señora ..., enfermera que atendió a la paciente, señaló en su testimonio: *“...se encontraba acompañada por dos familiares, la jefe de turno le había dado permiso para que acompañen a la paciente porque se encontraba en regulares condiciones, somnolienta, pálida, decaída, la jefe los dejó a los familiares para que estén pendientes de la paciente si necesita algo pero no para que realicen ningún procedimiento, eso se hizo por petición de los familiares...”* (fl. 58 y ss. cdno. No. 2).

Luego, dadas las condiciones de salud de la señora ..., se tornaba previsible que era propensa a sufrir caídas, motivo por el cual, la seguridad y atención de la usuaria debió llevar a la entidad demandada a adoptar las medidas para contar con el personal suficiente en un área que albergaba un número significativo de pacientes y a determinar las precauciones necesarias como la utilización de las barandillas con que contaba la camilla en donde reposaba.

³ La Corte Suprema señala aquella obligación se presenta cuando *“una de las partes en la relación comercial se compromete a devolver sanos y salvos –ya sea a la persona del otro contratante o sus bienes– al concluir el cometido que es materia de la prestación a cargo de dicha parte estipulada, pudiendo tal obligación ser asumida en forma expresa, venir impuesta por la ley en circunstancias especiales o, en fin, surgir virtualmente del contenido propio del pacto a través de entendimiento integral a la luz del postulado de la buena fe que consagran con notable amplitud los artículos 1501 y 1603 del Código Civil”* (sentencia de 1 de febrero de 1993).

⁴ Reposa en el expediente a folios 6 y siguientes del cuaderno de pruebas de oficio el contrato No. 163-050 suscrito entre la Clínica Nuestra Señora de Fátima S.A. y EMSSANAR EPS, entidad prestadora del servicio de salud a la cual estaba afiliada la paciente según constancia obrante a folio 67 del cuaderno de pruebas La Previsora S.A.

⁵ *“Tratado de Geriatría para residentes”* file:///C:/Users/alvaroefe/Downloads/S35-05%2019_II%20(1).pdf - documento consultado en línea el 18 de junio de 2015.

⁶ Ver folio 31 y 32 del cuaderno de segunda instancia.

Con respecto a lo primero, el personal de enfermería da a entender que el número de profesionales del área de hospitalización no era suficiente para atender a los pacientes instalados ahí la noche del siniestro y en especial a la occisa, comoquiera que su condición delicada así lo ameritaba.

Sobre el punto, advirtió ... a la Fiscalía General de la Nación, al ser cuestionada acerca de si era obligatorio para la clínica la permanencia de un empleado de ésta frente a una paciente que se encontraba en malas condiciones: *"no, porque tenemos a cargo en esa noche 18 pacientes, teníamos el servicio lleno entonces no[s] es imposible atender exclusivamente a una paciente. Yo tenía que dar la droga a 15 pacientes en mi turno, entonces me era imposible estar cuidando a la enferma."* Situación reiterada ante el Juzgado de conocimiento cuando afirmó: *"yo estaba asignada en la estación 264 que comprende desde la habitación 208 hasta la 230, solamente estábamos asignadas mi persona y ... otra enfermera que en ese tiempo se llama (sic) relevo y la jefe que está asignada para toda la clínica de hospitalización, en la clínica se tiene dos estaciones más y en cada estación igual personal, y el camillero para toda la clínica, en ese día de los hechos habían 18 pacientes porque estaba llena la estación, la habitación donde estaba la señora ... estaba sola."* Y más adelante explicó que el servicio de enfermería *"no es personalizado porque tenemos [que] atend[er] mas (sic) pacientes a nuestro cargo, si una persona o familiar quiere llevar a una enfermera esos costos corren por cuenta de los familiares, eso si (sic) se autoriza. En UCI si hay más personal para que esten (sic) pendientes de los pacientes por la gravedad de ellos, es en la única parte que hay más personal, pero no se asigna a determinado paciente, se atiende más en general pero con más personal, pero exclusividad con pacientes no."* (Subraya de la Sala).

Acorde con lo expuesto, es inexplicable cómo a sabiendas de que el estado de salud de la señora ... era delicado, no optaron por elevar al menos el número del personal de enfermería que hubiese colaborado en la atención de los pacientes y no hiciera *"imposible"* el cuidado de la mentada, quien, se itera, por su condición merecía unos cuidados especiales, como sí los hubiese tenido en un área como la unidad de cuidados intensivos, en donde hay más personal médico pendiente de aquellos por su gravedad.

Y con relación a lo segundo, no cabe duda que efectivamente la camilla utilizada por la paciente afectada tenía barandas. Así se constata de lo expuesto por las enfermeras ... en sus declaraciones⁷ y de la inspección judicial⁸ realizada al lugar donde sucedieron los hechos.

De ahí, tampoco se explica esta Sala el por qué, aunque la camilla en donde se encontraba la señora ... contaba con dicha protección, ésta no fue utilizada, siendo que tal acción se hubiese constituido como una precaución que habría minimizado el riesgo del accidente, pues ..., en su declaración refirió que la prevención de las caídas dentro del establecimiento se hace a través de un protocolo, el cual consiste en la asignación de una cama baja, la utilización de barandillas y permitir la presencia de acompañantes (fl 3 cdno. pruebas de oficio).

Cabe aclarar que no obstante ... aseveró que al momento de ingresar la paciente a la habitación 229 la cama sí tenía las barandas puestas, resulta más creíble la versión opuesta esgrimida por la parte demandante si se tiene en cuenta el desenlace fatal de los hechos.

Entonces, a manera de conclusión, podemos decir que desde el ámbito fáctico no hay duda de que el daño antijurídico causado a la paciente tiene relación directa con el incumplimiento de la obligación de seguridad y atención que debía ofrecerse a la paciente, atendiendo a los deberes de seguridad, vigilancia y custodia que por diversas razones no se cumplieron a cabalidad, con eficiencia y de manera ajustada a las especiales condiciones de una paciente con un cáncer cerebral que afectaba su sistema nervioso central.

Ahora, el hecho de que la señora ... hubiese contado con la compañía de dos familiares el día de su deceso, no puede constituirse como causal de exoneración de la responsabilidad endilgada, ya que las obligaciones de seguridad y atención del paciente no pueden ser dejadas en cabeza de un extraño a los deberes profesionales inherentes a tales obligaciones.

⁷ Ver la declaración de la enfermera María Teresa Toro Villota rendida durante la inspección judicial.

⁸ Folio 20 y siguientes del cuaderno de pruebas de oficio.

Conforme a lo dicho, no resulta próspera la excepción enervada por LA PREVISORA S.A. respecto a la ausencia de culpa en la ocurrencia del hecho, como tampoco el argumento de que existe cosa juzgada frente a la decisión tomada por la Fiscalía Quinta Seccional de Pasto el 14 de febrero de 2006, atinente al archivo de las diligencias previas realizadas en torno al fallecimiento de ..., al no encontrar mérito para la apertura de una investigación, puesto que sencillamente no se puede hablar en este caso de la configuración de mencionada figura jurídica, comoquiera que no estamos ante una sentencia⁹ ni tampoco ante un pronunciamiento irreversible que ponga fin a un trámite definitivamente, que a su vez impida a esta Sala desentrañar en el fondo el litigio aquí planteado, sino ante una orden del Fiscal que, a voces del art. 79 del C. de P.¹⁰, puede variar.

Explica la Corte Constitucional con relación a lo expuesto: *"El artículo [79] prevé la posibilidad de reanudar la indagación en el evento de que surjan nuevos elementos probatorios que permitan caracterizar el hecho como delito, siempre y cuando no haya prescrito la acción. **Por lo tanto, el archivo de la diligencia no reviste el carácter de cosa juzgada.** Así, el archivo de la diligencia previsto en el artículo 79 bajo estudio, es la aplicación directa del principio de legalidad que dispone que el fiscal deberá ejercer la acción penal e investigar aquellas conductas que revistan las características de un delito, lo cual es imposible de hacer frente a hechos que claramente no corresponden a los tipos penales vigentes o nunca sucedieron. La previsión de la reanudación de la investigación busca también proteger a las víctimas. Éstas, al igual que el fiscal, en cualquier momento pueden aportar elementos probatorios orientados a mostrar la existencia de la tipificación objetiva de la acción penal o la posibilidad de su existencia, lo que de inmediato desencadenaría la obligación de reanudar la indagación"*¹¹ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Asume la empresa demandada equivocadamente que el acto de archivo absuelve de manera definitiva a las personas que sean investigadas, cuando en realidad la decisión no se refiere a la responsabilidad del investigado, no hace tránsito a cosa juzgada y puede decidirse la reapertura del caso cuando aparezcan nuevos elementos probatorios.

Además, al margen de lo dicho, pasa por alto que si aun en gracia de discusión se aceptara que la comentada decisión tiene efectos de cosa juzgada, misma que está basada en que la conducta por la cual se investiga a la implicada no constituye delito¹², ésta no limita al juez civil para admitir o continuar con la acción, pues aunque un procesado no merezca reproche punitivo, *"su responsabilidad civil frente al daño no se define en la sentencia penal absolutoria, pues este fallo no tiene efectos de cosa juzgada erga omnes"*¹³. Sólo tendrán el efecto erga omnes las sentencias absolutorias basadas en (i) haberse declarado la inexistencia de la conducta que causó el perjuicio; (ii) haberse declarado que el sindicado no cometió el delito; (iii) haberse establecido que éste actuó en estricto cumplimiento de un deber legal y (iv) haberse determinado que el sindicado actuó en legítima defensa¹⁴; circunstancias que no fueron el motivo para archivar la investigación adelantada por la Fiscalía Quinta Seccional de Pasto.

Así las cosas, establecida la responsabilidad y los demás elementos que configuran la responsabilidad civil, es factible pasar a analizar si se encuentran demostrados los perjuicios que habrían sufrido los demandantes a consecuencia de la muerte de ... –los cuales aparecen enlistados en el petitum de la demanda– y, si es del caso, entrar a cuantificarlos.

En cuanto a los perjuicios materiales, recordemos que tienen dos modalidades: **(i)** Daño Emergente, entendido como las erogaciones en que debe incurrir quien soporta el perjuicio; y **(ii)** Lucro Cesante, o sea los ingresos que la víctima deja de percibir. En este punto la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que *"[L]a indemnización de*

⁹ Dispone el art. 332 del C. de P. C. en su inciso primero que la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entrambos procesos haya identidad jurídica de partes.

¹⁰ Señala el art 79: Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación. Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal. (subraya fuera de texto)

¹¹ Sentencia C-1154 de 2005.

¹² Ver folios 59 a 62 del cuaderno de pruebas de la parte demandante.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-899 de 2003.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-899 de 2003.

*perjuicios materiales o patrimoniales, comprende las compensaciones relativas a la pérdida, destrucción o deterioro real y efectiva del patrimonio económico, la erogación o gasto necesario para su recuperación o restablecimiento (damnum emergens) y a la privación de la utilidad, beneficio, aumento o provecho que deja de percibirse por la lesión y sin la cual se hubiera percibido (lucrum cessans), o en otros términos, alcanza todo el daño causado, cierto, actual o futuro, mas no eventual ni hipotético (artículo 16 de la Ley 446 de 1998)."*¹⁵

Respecto al **daño emergente**, tomando como parámetro el texto de la demanda y las pruebas que militan en el expediente, los perjuicios que soportaron los demandantes por este concepto, se reducen a los valores invertidos por DIANA ERAZO en el funeral de su madre y el TAC cerebral a ella realizado, de los cuales, no obstante, tan solo aparecen soportados los primeros, en la factura allegada con la demanda (fls. 34– cdno. 1), expedida por "Funerales Las Mercedes" por valor de \$2'000.000, por concepto de servicios funerarios, misma que tiene valor probatorio por tratarse de documento privado aportado en original, como prevé el art. 268 del C. de P. C., que en términos del art. 252 inc. 10° se reputa auténtico al emanar de terceros y no ser de naturaleza dispositiva, amén de que no fue controvertido o tachado por los demandados en las oportunidades consagradas en el art. 289 de la misma obra.

Dicho valor ha de indexarse, teniendo en cuenta que la fecha de la erogación es 20 de agosto de 2005, para lo cual acudiremos a la siguiente fórmula:

VA: Valor actualizado

Vh: Valor a actualizar

VA = $Vh \times \frac{\text{índice final (IPC del mes anterior a la decisión de 2ª instancia)}}{\text{índice inicial (IPC del mes anterior a la fecha de pago)}}$

VA = $\$2'000.000 \times \frac{121,63}{97,62}$ (IPC abril / 15)
(IPC agosto / 05)

VA = $\$2'000.000 \times 1,245953698$

VA = \$ 2.491.907,40

En total, lo correspondiente a este concepto asciende a **\$2'491.907,40 a favor de ...**

Ocupándonos del **lucro cesante**, ... reclamó este daño, el cual hizo consistir en la pérdida de la ayuda económica que su fallecida cónyuge le proporcionaba y que ésta, a su vez, derivaba de la labor de comerciante independiente que desplegaba.

Emerge de las declaraciones de ... (fls 1 y ss. cdno. pruebas parte demandante), ... (fls. 6 y ss.) y ... (fls. 11 y ss.) que la víctima se dedicaba en efecto a la comercialización de ropa y a la compra y venta de artículos usados, y que con los ingresos que recogía por tales actividades, colaboraba al sostenimiento del hogar conformado con su esposo, mismo que no tenía un trabajo estable que le generara ingresos.

Puestas así las cosas, es procedente reconocer la indemnización pedida por lucro cesante, para cuya cuantificación se practicó en primera instancia la experticia que obra a folios 15 a 17 del cuaderno No. 3. No obstante, dado que la perito no hizo uso de las fórmulas establecidas en línea jurisprudencial, la Sala desatenderá el mencionado dictamen y en su lugar, procederá a elaborar la correspondiente liquidación, siguiendo de cerca, para tal efecto, los lineamientos que con el mismo fin se tuvieron en cuenta en las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia el 30 de junio de 2005 (Exp. No.1998 – 00650 01), el 5 de octubre de 2004 (Exp. No.6975) y el 7 de octubre de 1999 (Exp. No. 5002).

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil, sentencia de 9 de julio de 2010, M. P. Dr. William Namén Vargas, expediente N° 11001-3103-035-1999-02191-01.

Para alcanzar el aludido cometido es oportuno precisar que la víctima falleció el 20 de agosto de 2005, conforme se demostró con el certificado de defunción que obra a folio 21 del cuaderno principal.

Igualmente, que el salario percibido por la víctima ascendía al mínimo legal mensual de la época (2005) como lo sostuvieron los declarantes antes relacionados. Y aunque la ... rebate en la etapa de los alegatos de conclusión ante la primera instancia que ello no puede deducirse por diversas circunstancias fácticas, lo cierto es que estando probada la realización de una actividad productiva por parte de la señora ..., de todos modos ha de presumirse que ella devengaba tal emolumento, posición compartida por la decana de la jurisdicción ordinaria¹⁶, como se advierte en la decisión que en lo pertinente pasamos a transcribir:

*"6.2.- Sobre el lucro cesante pasado y futuro, según se trate de una incapacidad temporal para laborar o de una disminución de la capacidad productiva, debe decirse que sólo procede reconocer el primero, porque aunque en el proceso no se afirma ni aparece demostrada la actividad productiva del demandante, verbi gratia, empleado, empresario, trabajador independiente, en fin, como tampoco el quantum de sus ingresos mensuales, **debe presumirse que sin consideración a su ocupación, percibía al menos el equivalente al salario mínimo legal mensual, como así lo ha reconocido la Corte**¹⁷.*

*Acreditado como se encuentra que Medicina Legal confirmó en cuarenta (40) días la incapacidad definitiva de OLIMPO RIVERA MEDINA, según las copias adosadas del proceso penal, respecto de las cuales en la apelación la parte demandada expresa que "no propongo reparo alguno" sobre la "validez como se incorporó al proceso", **la condena por dicho aspecto debe ser, con relación a ese tiempo, el equivalente al salario mínimo legal mensual cuando se produzca el pago**. Esto porque la parte demandada no demostró que esa incapacidad haya sido pagada como consecuencia de una relación laboral o por cualquier otro motivo. Por supuesto que tal cual se reiteró en la sentencia inmediatamente citada, **"como apenas ahora haríase efectiva la indemnización, el nuevo salario legal fijado trae 'implícita la pérdida del poder adquisitivo del peso'**".*

En cambio, para el reconocimiento del lucro cesante futuro sí era indispensable afirmar y probar la actividad productiva del demandante, inclusive en el evento de presunción de ingresos no inferiores al salario mínimo legal mensual, porque si no existe una relación de causalidad entre la lesión o secuela sufrida con el oficio que ordinariamente se desarrolla, no podría hablarse de disminución de la capacidad laboral, o lo que es lo mismo, los ingresos no sufrirían mengua alguna.

En la demanda en forma abstracta se afirma que los ingresos del demandante al momento del accidente oscilaban entre \$120.000.00 mensuales, pero no se concreta el oficio que desempeñaba. Si era empleado, no existe prueba de la dependencia. Tampoco de la actividad productiva en el caso de que ejerciera una profesión liberal, un trabajo independiente o fuere empresario. De ahí que no sea posible ponderar la incidencia que pudo haber tenido la disminución de la visión o el acortamiento del miembro inferior con determinada labor."

Por otra parte, y como quiera que la víctima destinaba sus ingresos para solventar sus gastos personales y los de su cónyuge, los cuales ascendían a \$381.500 (salario mínimo de 2005), como quedó dicho, resulta prudente y equitativo estimar que aquella dedicaba el 50% de su mesada para atender las necesidades del demandante.

Ahora bien, probado resulta que al morir ... sufría una enfermedad de base consistente en un cáncer broncogénico con metástasis cerebral, lo cual puede llevar a inferir razonadamente que su expectativa de vida sería menor a la estandarizada en la Resolución No. 0497 del 20 de mayo de 1997, que modificó la Resolución No. 0585 del 11 de abril de 1994, lo cual es corroborado por el testimonio técnico rendido por el médico oncólogo tratante de la paciente, Dr. Carlos José Narváez López, al manifestar en su declaración: *"Se trataba de una paciente con diagnóstico de cáncer broncogénico quien estaba en tratamiento con quimio y radioterapia y presentó progresión de*

¹⁶ Cita N° 1.

¹⁷ Sentencia de 9 de octubre de 1999 (CCLXI, 574-575, volumen I)

su enfermedad con metástasis cerebrales, por lo que su pronóstico era malo y la expectativa de vida es muy difícil cuantificarla, pero su evolución y clínica de la época se podría pensar entre año y año y medio.”¹⁸

Con base en dicho argumento, existe una prueba docta que resulta suficiente para poder establecer objetivamente la probabilidad de vida de la paciente, pues la misma proviene de un testigo técnico que tiene una doble connotación: la de haber tratado a la paciente de su patología de cáncer directamente hasta antes de su deceso, esto es, junio de 2005, como lo expusiera, lo que lo hace un referente de los hechos que interesan al asunto; y poseer conocimientos especiales en el campo de la medicina oncológica, a lo que se puede agregar, con una gran experiencia y conocimiento en la especialidad, dadas las calidades y estudios que anunció cuando fue interrogado al respecto¹⁹.

Por ello, contando con una prueba que nos permite apartarnos de los cálculos sobre la vida probable de las personas diseñados en las resoluciones antes citadas, es menester de la Sala acogerla y, en ese sentido, tener en cuenta que la víctima al momento de su deceso, 20 de agosto de 2005, contaba con 56 años de edad y concluir que la expectativa de vida de la señora ... era de un año y medio más, es decir que viviría hasta el 20 de enero de 2007.

En referencia a la anterior conclusión, vale la pena traer a colación un pronunciamiento de la Corte Suprema de 22 de marzo de 2007 en un asunto en donde casó un aparte de la sentencia proferida por el ad quem, quien no acogió el dictamen de los médicos peritos para calcular la vida probable de un paciente, sino que se apegó a las tablas de mortalidad oficiales. En esa oportunidad señaló:

*“Respecto del tiempo de vida probable de la víctima, que el Tribunal contabilizó teniendo en cuenta las tablas de mortalidad suministradas por el DANE (folio 37 del cuaderno del Tribunal), debe observarse que en las mismas expresamente se señala que esa esperanza de vida representa los años que vivirán en promedio, los recién nacidos “si las condiciones de mortalidad observadas en un período no cambian durante toda su vida”, tablas que por lo demás, como ha definido la Corte, **han de tomarse en cuenta si no existe otra prueba de la cual pueda deducirse esa probabilidad de vida**. En este caso al doctor Rodríguez se le diagnosticó una enfermedad cuyo pronóstico a 10 años era pésimo, “con una mortalidad entre el 80% y el 90% de los pacientes”, como manifestaron los peritos médicos en el dictamen que obra a folios 123 a 125 del cuaderno número 1. Por lo tanto, de acuerdo con esta prueba, de la que, como se dijo, se solicitó su complementación por la codemandada Clínica Cardiovascular, pero nunca suministró lo necesario para ello, el tiempo de vida probable del paciente si se le hubiera practicado la cirugía cuando se presentó para el examen, era de máximo diez (10) años y no de trece (13) como decidió erradamente el Tribunal.*

Incurrió el sentenciador en el error de hecho denunciado por preterición de prueba, error trascendente porque de no haber incurrido en él, la reparación a cargo de las demandadas habría sido menor. Por consiguiente, se casará la sentencia en el punto relativo al monto de la indemnización que por lucro cesante deberán pagar las entidades demandadas a las demandantes, quedando sin variación alguna la decisión impugnada en lo demás.”²⁰ (Subraya y negrilla de la Sala).

En ese orden de ideas y con miras a realizar las operaciones que nos permitan determinar el lucro cesante consolidado, procedemos a actualizar el monto indemnizable bajo la fórmula aplicada con antelación.

¹⁸ Folio 32 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁹ El Dr. Carlos José Narváez López es médico general de la Escuela de Medicina Juan N Corpas, especialista en Oncología Clínica de la Universidad del Bosque y el Instituto Nacional de Cancerología – Bogotá, con un Fellow en el National Cancer Center de Tokio, Japón, pertenece a la Sociedad Norteamérica de Oncología Clínica (ASCO), a la Sociedad Médica de Oncología Clínica de Europa (ESMO) y a la Sociedad Colombiana de Oncología Clínica, actualmente trabaja como médico especialista en Oncología Clínica en el Hospital Universitario Departamental de Nariño y como oncólogo clínico del Instituto Cancerológico de Nariño.

²⁰ M. P. Edgardo Villamil Portilla Ref.: Exp. No. 05001-3103-000-1997-5125-01.

$$VA = \$381.500 \times \frac{121,95}{97,62} \quad \begin{array}{l} \text{(IPC mayo / 15)} \\ \text{(IPC agosto / 05)} \end{array}$$

$$VA = \$381.500 \times 1,245953698$$

$$VA = \$476.598,82$$

Y como señalamos que el 50% de dicho monto era destinado para la manutención del hogar, el valor que le corresponde al cónyuge sobreviviente es **\$ 238.299,41.**

A continuación, con el objetivo de concretar el valor actualizado por lucro cesante pasado, acudimos a la siguiente fórmula de cálculo, teniendo en cuenta que ésta abarca el número de meses transcurridos desde el momento del accidente hasta la fecha de la liquidación:

$$VA = LCM \times S_n$$

Donde:

VA = valor actual del lucro cesante pasado total, incluidos intereses del 6% anual

LCM = lucro cesante mensual actualizado

S_n = el valor acumulado de la renta periódica de un peso que se paga "n" veces a una tasa de interés "i" por período.

A su vez, para calcular S_n, debemos aplicar la siguiente fórmula:

$$S_n = \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Donde:

n = número de meses a liquidar

i = tasa de interés 6% anual (0,004867)*

Aplicada dicha fórmula al caso particular, tenemos:

$$VA = \frac{\$238.299,41 \times (1+0,004867)^{18**} - 1}{0,004867}$$

$$VA = \$4.471.530,63$$

El lucro cesante consolidado equivale a la suma de \$4.471.530,63

En cuanto al lucro cesante futuro, en vista de que no existe periodo posterior al de la liquidación que calcular, no hay lugar a su verificación.

Ocupándonos ahora del daño moral reclamado, tendremos en cuenta que la parte demandante afirma que ha sufrido *"un gran dolor por la pérdida intempestiva de su madre, esposa y amiga"* (hecho 14 de la demanda).

Sobre el punto, es de rememorar lo que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema ha señalado en sentencia reciente:

"En lo atinente al daño moral en sentido estricto o puro, es decir, "el que es consecuencia de un dolor psíquico o físico" (CSJ SC, 17 agos. 2001, Rad. 6492), el que quebranta "la esfera sentimental y afectiva

* Se toma el interés efectivo nominal.

** 118 es el número de meses transcurridos desde el momento de la muerte hasta la fecha de la liquidación.

de una persona" (CSJ SC, 9 jul. 2010, Rad. 1999-02191-01), el que "corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo" (CSJ SC 13 may 2008, 1997-09327-01), o el de "ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos" (CSJ SC, 18 sept. de 2009, Rad. 2005-00406-01), requiere como presupuesto indispensable para su reparación "ser cierto" (CSJ SC, 28 sept. 1937, GJ. T XLV, pág. 759), lo que en términos procesales significa que debe ostentar pleno respaldo probatorio.

En efecto, la Corte respecto de ese tema enseñó:

"Cuando se predica del daño moral que debe ser cierto para que haya lugar a su reparación, se alude sin duda a la necesidad de que obra prueba, tanto de su existencia como de la intensidad que lo resalta, prueba que en la mayor parte de los supuestos depende en últimas de la correcta aplicación, no de presunciones legales que en este ámbito la verdad sea dicha el ordenamiento positivo no consagra en parte alguna, sino de simples presunciones de hombre cuyo papel es aquí de gran importancia [...] Las bases de este razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y psicológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza o condición social [...] Finalmente, incidiendo el daño moral puro en la órbita de los afectos, en el mundo de los sentimientos más íntimos y consistiendo el mismo, como al comienzo de estas consideraciones se dejó apuntado, en el pesar, la afrenta o sensación dolorosa que padece la víctima y que en no pocas veces ni siquiera ella puede apreciar en toda su virulencia, de ese tipo de agravios se ha dicho que son 'económicamente inasibles', casación civil 9 de septiembre de 1991, significándose con ello que la reparación no puede ser exacta y frente a esta deficiencia, originada en la insuperable imposibilidad racional de aquilatar con precisión la magnitud cuantitativa que dicha reparación pueda tener, es claro que alguno de los interesados habrá de salir perdiendo, y discurriendo con sentido de justicia preferible es a todas luces que la pérdida recaiga sobre quien es responsable del daño y no sobre quien ha sido su víctima, debiendo buscarse, por lo tanto, con ayuda del buen sentido, muy sobre el caso específico en estudio, y con apoyo en hechos probados que den cuenta de las circunstancias personales de los damnificados reclamantes, una relativa satisfacción para estos últimos, proporcionándoles de ordinario una suma de dinero que no deje incólume la agresión, pero que tampoco represente un lucro injustificado que acabe por desvirtuar la función institucional que prestaciones de ese linaje están llamadas a cumplir" (CSJ SC, 25 nov. 1992, Rad. 3382)."²¹ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Con base en ello y conforme a la facultad del juzgador de poder a través de la razón, la experiencia y las presunciones de hombre estimar el monto del daño moral conforme al arbitrio judicial, por lo que en nada afecta la cuantificación hecha en la demanda, y probado el daño padecido por la víctima, así como el parentesco y el vínculo conyugal entre ella y los demandantes, es posible asumir por la Sala el padecimiento de los perjuicios morales que se reclaman, por cuanto, como lo ha decantado el Consejo de Estado, "...las reglas de la experiencia hacen presumir[1] que el sufrimiento de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad"²².

Sin embargo, la intensidad de los mismos no se encuentra respaldada por los testimonios que escasamente se refieren sobre el punto, más que la narración lacónica de ... acerca del abandono de la casa por parte de "...", el descarrío de sus nietos y el hecho de que su esposo se "dedicó más al alcohol", lo cual, no puede ser indicador de tal factor, comoquiera que razonadamente no es factible atribuir totalmente a ese hecho la salida de la demandante ... del hogar, ya que al momento de hacer su declaración (17 de marzo de 2011) señaló que contaba con 40 años

²¹ Sentencia de 13 de junio de 2014. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez, Radicación n° 0800131030092007-00103-01

²² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencias del 18 de marzo de 2010; Exp. 32651 y 18569

de edad, circunstancias que hace pensar que a una edad así es racional proceder a esa emancipación. Del mismo modo, a partir del escueto dicho de la testigo se alcanza a colegir que el esposo ya tenía un problema con el alcohol, que si bien pudo aumentar con la muerte de su cónyuge, era algo que venía de tiempo atrás. Y sobre el desvío de los nietos, la testigo se guarda el nombre de estos y las circunstancias de tiempo modo y lugar en que basa su declaración, lo cual le resta valor probatorio.

Sin embargo, sabiendo que *"...en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado arbitrio iudicis, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador"*²³, considera la Sala que las circunstancias del sufrimiento de los demandantes que se puede desprender de la relación madre-hijos, así como de cónyuges, sin pasar por alto que la señora venía padeciendo de un cáncer que no le auguraba una vida larga, lo cual pudo generar consciencia en los reclamantes de una muerte próxima y no repentina, hace viable, apelando al arbitrio iudicis, el conceder un reconocimiento **por daño moral en un monto de dieciséis (16) salarios mínimos mensuales legales para cada uno de ellos.**

Habiéndonos referido a los perjuicios soportados por los demandantes y su cuantificación, es necesario recordar que LA PREVISORA S.A. propuso excepciones de mérito que exigen respuesta, a la sazón de que tales medios de defensa, no fueron estudiados por la *a quo*, tras negar las pretensiones de la demanda por considerar no cumplidos todos los requisitos de la acción propuesta, eso sí, aclarando que la denominada *"AUSENCIA DE CULPA EN LA OCURRENCIA DEL HECHO"* ya fue decantada por esta Corporación líneas atrás, por lo que no es necesario un nuevo pronunciamiento sobre ella.

Con miras a lograr tal propósito, corresponde preliminarmente dejar sentado que los demandantes convocan a dicha entidad en virtud de la posibilidad de ejercicio de la acción directa contemplada en el artículo 1133 del Código de Comercio, por lo que la aseguradora ocupa el lugar del causante del daño, estando por ello eventualmente obligada a indemnizar a las víctimas, con fundamento en el contrato de seguro.

En cuanto a la prosperidad de la acción referida, jurisprudencialmente se ha dicho que está supeditada principalmente a la comprobación de los siguientes presupuestos:

*1) la existencia de un contrato en el cual se ampare la responsabilidad civil del asegurado, porque sólo en cuanto dicha responsabilidad sea objeto de la cobertura brindada por el contrato, estará obligado el asegurador a abonar a la víctima, en su condición de beneficiaria del seguro contratado, la prestación prometida, y 2) la responsabilidad del asegurado frente a la víctima, y la magnitud del daño a ella irrogado, pues el surgimiento de una deuda de responsabilidad a cargo de aquel, es lo que determina el siniestro, en esta clase de seguro.*²⁴

En el caso bajo examen, reposa en el expediente la copia auténtica de la póliza de seguro emitida por LA PREVISORA S.A., distinguida con el número 1001018, con vigencia desde el 1° de enero de 2005 hasta el 1° de enero de 2006, en la que figura como asegurado la ..., por un valor de \$2.478'633.848,00., y cuyo objeto es el amparo, entre otras circunstancias, de la indemnización, *"dentro de los límites y bajo las condiciones de esta sección y durante la vigencia de la póliza, [de] los perjuicios patrimoniales, los daños materiales y las lesiones personales que EL ASEGURADO cause con motivo de determinada Responsabilidad Civil extracontractual (...) derivada de: (...) b) Las operaciones que lleve a cabo el asegurado en el desarrollo de las actividades que le son inherentes en el giro normal de sus negocios"*.

Luego, con dicho documento, queda satisfecho el primer requisito, comoquiera que se prueba la existencia del contrato en el cual se ampara la responsabilidad civil de la clínica demandada.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de septiembre de 2009, M.P. William Namén Vargas, radicación 20001-3103-005-2005-00406-01

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 10 de febrero 2005, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, Referencia: Expediente No. 7614

Mientras tanto, el segundo de los presupuestos ya no encuentra reparo en este momento, porque fue dilucidada anteriormente la responsabilidad de la entidad asegurada frente a las víctimas, así como la magnitud del daño producido a ellas.

Volviendo ahora sobre los medios exceptivos, encontramos que la entidad aseguradora además formuló como excepciones de mérito la *"FALTA DE COBERTURA DEL SEGURO PREVIHOSPITAL PÓLIZA MULTIRIESGO No. 1001018 VIGENTE DESDE EL PRIMERO (1°) DE ENERO DE 2005 HASTA EL PRIMERO (1°) DE ENERO DE 2006"* y la *"LIMITACIÓN DE LA CUANTÍA MÁXIMA EVENTUAL EN UNA MÁXIMA CONDENA"*.

La primera se basa en que ante la existencia de un contrato, en virtud del cual la ... le prestó un servicio de atención médica a la señora ... siendo beneficiaria de EMSSANAR, se concluye que el hecho que presuntamente ocasionó el daño tuvo origen en la ejecución de ese contrato, por lo tanto, el siniestro alegado no está amparado por la póliza que cubre únicamente el tipo de responsabilidad civil extracontractual.

Sobre el punto, resulta conocido que la responsabilidad civil en general, y la médica, en particular, se clasifica en contractual o extracontractual. La primera hace entender la existencia de una relación jurídica preexistente entre las partes, es decir, un contrato, del cual generalmente se reclama su existencia, validez e incumplimiento de donde se genera el daño y la relación de causalidad. Mientras que para la segunda, la responsabilidad se presenta aun sin la presencia de ese vínculo jurídico previo.

No obstante, a veces, en asuntos como el que ocupa la atención de este Tribunal (responsabilidad médica) o, incluso, los que tienen que ver con el transporte de pasajeros, la identificación de la clase de responsabilidad puede generar algún grado de dificultad como lo ha sostenido la Corte Suprema²⁵.

Por tal razón, dicha Corporación ha sentado doctrina para tener en cuenta a la hora de garantizar que los usuarios del servicio jurisdiccional cuenten con pronunciamientos que honren el postulado de una justicia material. En esa línea de ideas, hacemos referencia al siguiente pronunciamiento del Alto Tribunal en torno al tema:

*"la Corte, en su prístino propósito de administrar y lograr la justicia, sin desconocer la dicotomía normativa entre la responsabilidad contractual y extracontractual por sus directrices o reglas jurídicas diferenciales (cas. civ. 30 de octubre de 1915, num. 1953, p. 118 ss.; cas. civ. 31 mayo 1938, XLVI, ...) ha admitido, en determinadas hipótesis, el deber resarcitorio del quebranto inferido a sujetos diversos, precisamente en repudio de la impunidad a que conduciría la exclusión de la reparación del daño inmotivado causada a la esfera tutelada por el ordenamiento jurídico, verbi gratia, en tratándose de los intereses de consumidores y usuarios cuya protección 'no puede verse restringida o limitada por el principio de la relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial (sentencia de 28 de julio de 2005, exp. 00449-01), puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante' (cas. civ. 7 de febrero de 2007, exp. 23162-31-03-001- 1999-00097-01, [SC-016-2007]) y, de la responsabilidad médica, por cuanto, en oportunidades, **unos mismos hechos, actos o conductas, a más de lesionar el contrato y, por tanto, los derechos e intereses de las partes contratantes, pueden generar un detrimento a terceros extraños al vínculo contractual, o sujetos distintos pueden causar el quebranto a una misma persona o a varias personas bajo distintas relaciones o situaciones jurídicas o diversos títulos de imputación, por ello legitimados para reclamarlos de conformidad con las normas legales (cas. civ. 11 de septiembre de 2002 [SC- 172-2002], exp. 6430; 13 de septiembre de 2002, exp. 6199; 27 de septiembre de 2002, exp. 6143; 18 de mayo de 2005, exp. 14405)"**²⁶ (Negrilla de la Sala).*

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 4 de mayo de 2009, M.P. William Namén Vargas, exp. 05001-3103-002-2002-00099-01.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 4 de mayo de 2009, M.P. William Namén Vargas, exp. 05001-3103-002-2002-00099-01.

Atendiendo la citada doctrina jurisprudencial, del análisis de la demanda, a simple vista refulge en este asunto el reclamo por los demandantes de la reparación de sus propios daños, esto es, actúan iure proprio, piden para sí y por sí perjuicios personales por la muerte de la víctima directa. Por esa razón, la demanda expone que la responsabilidad suplicada por los demandantes mediante el ejercicio de la acción a nombre propio, **"es extracontractual", por tratarse de terceros ajenos al vínculo, quienes no pueden invocar el contrato para exigir la indemnización de sus propios daños "con el fallecimiento de la víctima-contratante, debiendo situarse, para tal propósito, en el campo de la responsabilidad extracontractual"** (cas. civ. sentencia de 18 de mayo de 2005, [SC-084-2005], exp. 14415).

Entonces resulta que en virtud de la póliza multiriesgo No. 1001018 a que se hizo antes referencia, la cual cubre el tipo de responsabilidad civil extracontractual por *"las operaciones que lleve a cabo el asegurado en el desarrollo de las actividades que le son inherentes en el giro normal de sus negocios"*, la aseguradora está obligada a abonar a las víctimas demandantes, en su condición de beneficiarios del seguro contratado por la ..., la prestación acordada.

Pasando a analizar la segunda excepción referenciada, esta tiene como fundamento el que ante una eventual condena al pago de los perjuicios demandados, estos se deben ajustar al monto máximo asegurado, tal como quedó acordado en la Condición Tercera de la Sección II *"Responsabilidad Civil Extracontractual"* de la póliza, en donde se estipuló *"[el] límite máximo de Responsabilidad, asumido por LA PREVISORA al producirse cualquiera de los eventos amparados en esta sección, será el que se encuentra estipulado en la carátula de la presente póliza"*

Al respecto, es necesario hacer dos precisiones, a saber: **(i)** que revisada la póliza No. 1001018 se verifica que el amparo de la misma sólo se dirige a perjuicios patrimoniales, los daños materiales y las lesiones personales que el asegurado cause, es decir, el daño moral no está cubierto, por lo que la aseguradora no está obligada a garantizar el resarcimiento reconocido por este concepto; y **(ii)** que en el expediente no aparece la carátula de la póliza mencionada, por lo que no es posible establecer el límite máximo de responsabilidad asumido por LA PREVISORA, ya que este fue acordado por las partes en ella. No obstante, ello no es óbice para condicionar que las ordenanzas que se impartan más adelante no se dirijan a que la empresa aseguradora asuma las condenas impuestas a la ..., por concepto del lucro cesante y el daño emergente o, si es del caso, hasta el monto del valor asegurado.

Por otra parte, es necesario aclarar dos cuestiones más, la primera, que en términos del art. 306 del C. de P. C., no se encuentran probados hechos que constituyan una excepción de mérito diferente a las propuestas, por lo que la petición elevada por la empresa de seguros en ese sentido no es próspera; y la segunda, que no es veraz que la misma entidad haya enervado la excepción de prescripción como lo sostiene en sus alegatos de conclusión, razón por la cual, esta Corporación se releva de un pronunciamiento al respecto.

Finalmente, toda vez que se revocará totalmente la sentencia de primer grado, en atención a lo dispuesto en el art. 392 num. 4° del C. de P. C., se condenará a la parte vencida a pagar las costas de ambas instancias, comentándose que por la reforma que al num. 2° de dicho canon le introdujo el art. 19 de la Ley 1395 de 2010, se fijará el valor de las agencias en derecho en este mismo fallo. Para su tasación, nos ceñiremos a lo dispuesto para los procesos ordinarios en primera y segunda instancia, en el numeral 1.1. del Título I del art. 6° del Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el art. 1° del Acuerdo N° 2222 de 2003 proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y, en tal sentido, se fijarán las agencias en derecho de primera instancia, hasta el 20% del valor de las pretensiones acogidas y, las de segundo grado, hasta el 5% de dicho valor, el cual estará determinado por la sumatoria del monto de los perjuicios reconocidos a la demandante en este fallo.

Además, tomando en consideración que a los demandantes se les concedió amparo de pobreza, que actúan por medio de abogado y que reportan provecho económico en razón del presente proceso ordinario, por así disponerlo el art. 164 del C. de P. C., tenemos que al apoderado le corresponden las agencias en derecho y el veinte por ciento (20%) de tal provecho, con deducción de lo que perciba por agencias en derecho.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, EN SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º). **REVOCAR** en su integridad la sentencia de primera instancia, dictada por la señora Jueza Civil del Circuito de Descongestión de Pasto al interior del presente asunto y, en su lugar, se dispone:

"1. DECLARAR infundadas las excepciones de fondo propuestas en contra de las pretensiones de la demanda, por parte de LA PREVISORA S.A.

2. DECLARAR que la ..., representada legalmente por su Gerente o por quien haga sus veces, y LA PREVISORA S.A., igualmente representada legalmente por su Presidente (a) o por quien haga sus veces, esta última en virtud del contrato de seguro "PREVIHOSPITAL PÓLIZA MULTIRIESGO" No. 1001018, son civil y extracontractualmente responsables, de los daños irrogados a ..., con ocasión del incumplimiento de la obligación de seguridad y atención que debía ofrecerse a la paciente ..., venerando los deberes de seguridad, vigilancia y custodia.

3. CONDENAR a LA PREVISORA S.A., representada legalmente por el (la) Presidente (a) o por quien haga sus veces, a pagar en virtud del contrato de seguro "PREVIHOSPITAL PÓLIZA MULTIRIESGO" No. 1001018, los daños materiales provocados a los demandantes, de la siguiente forma o, en su defecto, hasta el monto del valor asegurado:

*3.1. A ..., la suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN MIL NOVECIENTOS SIETE PESOS CON 40/100 (\$2'491.907,40) por concepto de **daño emergente**.*

*3.2. A ..., la suma de CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS CON 63/100 (\$4.471.530,63), por concepto de **lucro cesante consolidado**.*

*4. CONDENAR a la ..., representada legalmente por el (la) Gerente o por quien haga sus veces, a pagar, a la ejecutoria de la presente sentencia, a favor de ..., un monto equivalente a DIECISÉIS (16) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES para cada uno de ellos, por **perjuicios morales**."*

2º). **CONDENAR** a la parte vencida en juicio, a pagar las costas de ambas instancias a favor del abogado HUGO FERNANDO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, quien apoderó a los demandantes cobijados con amparo de pobreza y que resultaron triunfantes. Al momento de elaborar la liquidación de las costas causadas en primera y segunda instancia, téngase como agencias en derecho, las sumas de CINCO MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS (\$5.700.000) y UN MILLÓN CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$1.400.000), respectivamente.

3º). **RECONOCER** al abogado HUGO FERNANDO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, el veinte por ciento (20%) del provecho económico que la demandante reporta por cuenta de este proceso, con deducción de lo que perciba por agencias en derecho.

4º). **ORDENAR**, una vez culminada la actuación procesal, el envío del expediente al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, dejando las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
Magistrada

FRANKLIN CABRERA TORRES
Magistrado

Con permiso concedido mediante Res. No. 494 del 30 junio de 2015

FABIO RAÚL LÓPEZ CHAVES
Magistrado

PERTENENCIA / ACCIÓN PUBLICIANA – REQUISITOS: Al entrarse la litis entre poseedores, se prefiere al que demuestre ser Poseedor Regular. / **POSESIÓN REGULAR – PRESUPUESTOS :** Necesidad de acreditar la aprehensión material del bien con ánimo de señor y dueño. / **ACCIÓN REIVINDICATORIA – PRESUPUESTOS:** El Derecho de Dominio debe radicarse en cabeza del demandante - Teniendo en cuenta que la acción propuesta por la demandante fue la Publiciana, no hay lugar a la prosperidad de las pretensiones, en tanto no logró demostrar la posesión regular, al no haberse acreditado la materialidad de los actos posesorios sobre el inmueble, que según afirma entró a poseer de buena fe y en virtud de un justo título y cuyo dominio pretendió adquirir por prescripción ordinaria. La posesión que otorga, junto con los hechos probados de su ejercicio, derechos y los convalida, no es la posesión inscrita, sino la material o verdadera posesión. No es posible que conforme al deber de interpretar la demanda, en el caso concreto, se pueda entender que la pretensión era la Reivindicatoria y no la Publiciana. Además tampoco se satisface el requisito de ser la actora propietaria del bien. De otra parte como la causa petendi en las acciones que se analizan es diferente, no podían ejercitarse conjuntamente y al no haberse realizado la acumulación objetiva de pretensiones, el funcionario judicial debía fallar conforme lo pedido, so pena de vulnerar el principio de congruencia./

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL FAMILIA**

Magistrado Ponente: Dr. FRANKLIN TORRES CABRERA

Acta N° 413

Temas: - Justo título - Posesión regular
- Acción Publiciana - Acción Reivindicatoria
- Principio de Congruencia
- Interpretación de la Demanda

Pasto, veintiuno (21) de julio de dos mil quince (2.015)

1. ASUNTO A TRATAR

Se decide el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida el cuatro (4) de febrero de 2015, por el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres - Nariño, dentro del presente proceso Ordinario instaurado por la señora ARRDEC contra CERV.

2. ANTECEDENTES

2.1 DEMANDA¹

I. DE LAS PRETENSIONES

Pretendió la demandante, previo el trámite del proceso ordinario, se declare que le pertenece el inmueble consistente en el lote de terreno, ubicado en la sección Pilcuán, jurisdicción del municipio de Imués, alinderado,

¹ Folios 1 a 11 del tomo I del cuaderno principal del Juzgado.

según títulos de adquisición, de la siguiente manera: "NORTE, con camino público que conduce a varios terrenos. SUR, con las de Carmenza de Bastidas y Rosalba Ricaurte, mojones en línea recta al medio. ORIENTE, con las de Humberto Mejía, paredes de ladrillo al medio. OCCIDENTE, con las de Enrique Vicente Dávila Burgos, muros propios de ladrillo al medio." Aclarando que los linderos actuales son los siguientes: "NORTE, camino público que conduce a diferentes propiedades. SUR, propiedades de Carmenza Ricaurte Freire, antes alambre por medio puesto por el demandado; ahora con muro de ladrillo al medio construido por el demandado, ORIENTE, con Carlos Romo o Eleazar Romo, muro al medio construido por el tradente Carlos Ricaurte. OCCIDENTE, con Guillermo Chacón Bolaños, muro de ladrillo construido por el tradente Carlos Ricaurte." ².

Solicitó igualmente condenar al demandado a restituirle el inmueble antedicho, en el que se comprenderán todos los usos, mejoras, servidumbres, y en general las cosas que forman parte del fundo, exonerándosele a la actora indemnizar las expensas necesarias, al catalogar la posesión como de mala fe.

Así mismo, obligar al demandado a cancelarle los frutos naturales y civiles desde el momento en que tuvo el inmueble en su poder, los cuales los estima en \$20.000 mensuales, por concepto de arrendamiento, a partir del 1 de diciembre de 2005 y hasta cuando que se verifique el pago.

De igual manera al pago de perjuicios materiales los cuales los estima en la suma de \$ 8.861.074, y a treinta (30) S.M.L.M.V. que es el equivalente por concepto de perjuicios morales.

Finalmente, deprecó la condigna condena en costas al llamado a juicio.

II. De los fundamentos fácticos

Para cimentar sus pedimentos, se expresó en la demanda que dio origen al proceso, lo que a continuación se compendia en orden lógico, cronológico y de conformidad con su pertinencia:

i. El inmueble mencionado, fue adquirido por la demandante por compra hecha al señor Francisco Hernando Caro Vélez mediante escritura pública N° 814 otorgada el 6 de julio de 2005 otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Ipiales, inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Túquerres bajo el folio de matrícula inmobiliaria N° 254-20796.

ii. El tradente Francisco Caro Vélez, adquirió el inmueble por compra hecha a la señora Rosalba Ricaurte Freire mediante instrumento público N° 173 de fecha 18 de febrero de 1999 corrido ante la Notaría Primera del Círculo de Ipiales, aclarado el antedicho documento, precisando en las anotaciones 6 y 7 la titularidad de dominio incompleto. Por su parte la antecesora Rosalba Ricaurte Freire había adquirido la nuda propiedad, por adjudicación en la sucesión intestada del causante Carlos Efraín Ricaurte Citelly, la cual se liquidó notarialmente por escritura pública N° 774 de fecha 17 de mayo de 1989 de la Notaría Segunda del Círculo de Ipiales.

iii. Afirmó que el demandado, entró "de manera clandestina y violenta", en la segunda quincena del mes de noviembre de 2005, al bien objeto de litis, aprovechando que su propietario no se encontraba en la región, en tanto por enfermedad en esa época viajó a Bogotá.

iv. Entre tanto, en procura de recuperar la posesión la actora presentó proceso abreviado posesorio contra el hoy demandado, el cual cursó en el Juzgado Promiscuo Municipal de Imués, que mediante sentencia de 20 de septiembre de 2007, accedió a las pretensiones rogadas en la demanda, pero por vía de apelación el proceso terminó con sentencia de segunda instancia proferida por el Juez Civil del Circuito de Túquerres negando las pretensiones y revocando la de primer grado que había acogido los pedimentos, en razón a que faltó demostrar que la libelista había poseído el bien por lo menos un año.

² Folio 5 ídem.

2.2 Admisión de la demanda e integración de la litis Contestatio

Inicialmente se tiene que el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres, al que le correspondiera el conocimiento de la presente demanda, inadmitió su tramitación por auto del 30 de marzo de 2011, considerando que el libelo de la demanda evidenciaba unos defectos formales subsanables, y hecha la revisión se encontró “(...) que en el acápite de los hechos, la demandante afirma ser la propietaria del inmueble a reivindicar, empero de la continuación del relato, es posible inferir que actúa en condición de poseedora del bien”³; razón por la cual la señora Juez A quo no comprendió cual era la acción que la demandante quería promover si la reivindicatoria o publiciana, por lo cual procedió a conceder el término legal a la parte actora con el fin que aclare dicha inconsistencia.

De acuerdo con lo anterior, y mediante memorial de fecha 17 de abril de 2011, el apoderado de la parte demandante procedió a presentar escrito de subsanación de la demanda aclarando que en los hechos 2º, 3º, 4º y 5º relativos a la tradición del inmueble objeto de las pretensiones se destacó con negrillas que “registra falsa tradición, titular de dominio incompleto, este folio tiene falsa tradición”. Puntualizó que la demandante carece de título de dominio, por lo tanto la acción a seguir es la publiciana tal como se había resaltado en las disposiciones jurídicas que debían aplicarse a la demanda⁴.

Una vez hecha la aclaración sobre las cuestiones advertidas, y en razón que la demanda reunía los requisitos del artículo 75 C de P. C, la admitió, ordenando su notificación, corriendo traslado de la demanda al demandado por el término de rigor⁵.

2.3 CONTESTACIÓN

Enterado de lo anterior mediante diligencia de notificación personal, él demandado intervino por conducto de apoderada judicial, procediendo a contestar la demanda⁶, oponiéndose íntegramente al éxito de las pretensiones en ella contenidas.

Fue así como manifestó que no detenta el predio cuya reivindicación se reclama. Adujo que el bien nunca lo ha poseído la demandante tal cual quedó demostrado en sentencia de fecha 11 de abril de 2008 proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres.

Advirtió que el predio en mención lo adquirió de manera legítima, por sucesión de sus padres la cual se efectuó mediante acto público N° 2308 de 1° de octubre de 2004 protocolizado en la Notaría Segunda del Círculo de Pasto, y registrado a folio de matrícula inmobiliaria N° 254-6775 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Túquerres, lo que quiere decir que se hizo un año antes de la fecha presunta que lo adquirió la demandante, por tanto la posesión que ejerce respecto del predio es un acto de buena fe, y no se le puede endilgar que haya ejercido acciones fraudulentas o violentas, aprovechando que la actora haya estado ausente pese a su enfermedad, lo anterior en razón que dentro del proceso posesorio aludido en el libelo de la demanda estos supuestos no fueron probados.

Con respecto a la tradición del bien inmueble este fue adquirido mediante escritura pública N° 2308 de 1 de octubre de 2004 otorgado en la Notaría Segunda del Círculo de Pasto, identificado con matrícula inmobiliaria N° 254-6775 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Túquerres, donde consta que se trata de: “Un lote de terreno denominado La Recta, ubicado en la sección Pilcuán, jurisdicción del municipio de Imués, conocido por los siguientes linderos especiales: Oriente, con propiedades de Roberto Pantoja. (Este lindero, corresponde al predio que ahora se encuentra en poder del sucesor de Eleazar Romo Dr. Alberto Arturo Romo, hermano de mi mandante) cerco de alambre al medio, Norte, con camino público que conduce a varias secciones, Occidente con Florinda Freire de Ricaurte, cerco de alambre al medio y Sur con las de Carmenza de Bastidas y Rosalba Ricaurte, cerco de alambre al medio;” mismo que fue adquirido por Juan Eleazar Romo Burbano (q.p.d) padre del demandado, por compraventa hecha a la señora Carmen Mejía Pazmiño mediante escritura pública N° 1974 del 5 de septiembre

³ Folio 18 a 19 ídem

⁴ Folio 20 ídem

⁵ Folios 21-22 ídem.

⁶ Folios 29-36 ídem.

de 1994 protocolizada en la Notaría Segunda de Ipiales, inscrita bajo el folio de matrícula N° 254-303 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Túquerres⁷.

Adujo que la parte demandante no puede invocar algún derecho de conformidad con el artículo 951 del Código Civil, puesto que nunca ha ostentado la posesión ni tampoco puede referir suma de posesiones dado que los mismos presupuestos fueron descartados en su oportunidad por el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres.

Realizó un análisis del bien referido en el acto público que aduce la actora, en el que anota que se trata de un bien diferente al que él ostenta, respecto a los linderos cuales son contrarios a los que se verificaron en la inspección judicial y los del acto público que presentó la libelista, a excepción de los que se aluden en su escritura pública que sí corresponden con el bien en que ostenta su posesión.

Se resalta que agotada la etapa probatoria y en la oportunidad para formular alegatos de conclusión, el apoderado de la parte actora plantea que se dan los requisitos para la prosperidad de la acción publiciana en virtud de la posesión regular que habilita a su cliente para ganar el dominio por prescripción, pero si no se dieran esos elementos, invoca se tenga como alegada la acción reivindicatoria. Resalta la identidad del bien, discrepando de la posición del demandado quien sostiene que se trata de un bien distinto, así como que de las pruebas recaudadas está acreditada la condición de poseedor del demandado.

Por su parte la apoderada del demandado insiste en que el predio en litigio fue adquirido por su representado por el modo de la sucesión de su padre, quien a su vez lo había adquirido por compraventa y que es el que posee su representado quien lo adquirió legítimamente, lo ha poseído y por tanto contra él por ser verdadero dueño no procede la acción prevista en el artículo 951 del Código Civil; además que la demandante no ha tenido en ningún momento la posesión que aduce en la demanda.

2.4 SENTENCIA RECURRIDA

Fechada el 4 de febrero de 2015, en ella el Juzgado de conocimiento resolvió negar las pretensiones de la demanda, condenando en costas a la parte demandante fijando por agencias en derecho el equivalente a cuatro (4) salarios mínimos legales vigentes⁸.

Tomando como punto de partida que la acción ejercida es la publiciana, y luego de historiar los presupuestos de la misma, y resaltando más adelante cuando inicia el estudio del caso concreto pone de presente que la acción ejercida no es la reivindicatoria sino la publiciana, conforme a lo expresamente señalado por el apoderado de la actora ante el requerimiento hecho en auto 0071 de 30 marzo de 2011, pasa a estudiar el primero de los requisitos señalados por la jurisprudencia para la prosperidad de esa acción, es decir la posesión regular del bien en cabeza de la demandante y previa la relación de los medios de prueba conforme a los supuestos fácticos de la demanda, entre otros la prueba documental, resalta que la demandante compró al señor Francisco Hernando Caro Vélez el inmueble materia de controversia, y que en la escritura de venta se anota que el vendedor hizo entrega del inmueble y de la posesión del mismo, pero expone la Jueza que esa manifestación escritural en modo alguno, constituye acto posesorio material, además que de las demás pruebas tampoco refulge el ejercicio de esa posesión material.

Esta última conclusión la acompasa con el examen de todos y cada uno de los testimonios recaudados, del interrogatorio del demandado, de la inspección judicial y del dictamen pericial.

Entiende la Sala que ante la ausencia de la demostración de la posesión material anterior al inicio de la posesión del demandado, inane resultaba estudiar los otros requisitos entre otros, concretamente si esa posesión era ciertamente regular, es decir si tenía como fuente un justo título y la buena fe.

⁷ Folio 31-32 ídem

⁸ Folios 142- 164 ídem

2.5 RECURSO DE APELACIÓN

2.5.1 Oportunamente presentado⁹ y legalmente concedido¹⁰ a instancia de la parte demandante, una vez admitido por esta Corporación¹¹ y anunciado el traslado de rigor¹², tempestivamente la parte demandante lo sustentó¹³, procurando la revocatoria de la sentencia, y en consecuencia solicitó se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda. Fundó las razones de la alzada como a renglón seguido se sintetizan:

Inicialmente el apelante expone que la Jueza luego de encontrar viable fallar de fondo, tuvo como problema jurídico estudiar los requisitos de la acción publiciana y no encontró satisfecho el relativo a la existencia de la *"posesión material"* por lo que no pasó al análisis de los demás presupuestos.

Plantea un cuestionamiento al auto inadmisorio de la demanda y apoyándose en jurisprudencia de la Corte sostiene que esa inadmisión como la subsanación que el mismo hizo, están en un error porque si bien una vez requerido según el auto de marzo 30 de 2011, resaltó en el escrito aclaratorio, que la demandante carece de título de dominio, y por eso no ejercita la acción del artículo 946 del Código Civil, siendo dueña o poseedora inscrita por haber adquirido con justo título y resaltó *"el artículo 951 del Código Civil, como dando a entender que la acción es publiciana"*, pero que con base en la sentencia de la Corte que cita, cuando se ha consumado la prescripción adquisitiva puede ejercerse la acción reivindicatoria contra quien alega posesión fundada en título posterior al del actor.

En esa línea dice que su representada invocó la suma de posesiones preceptuada en los artículos 778 y 2521 del Código Civil y por lo tanto cumple el plazo para la declaratoria de pertenencia por prescripción ordinaria en tanto adquirió con justo título y buena fe.

Hace una reseña de la prueba trasladada cuyo origen fue el proceso abreviado posesorio 2007-00001 adelantado entre las mismas parte ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Imués, prueba que en esencia contiene versiones testimoniales, que en su sentir le dan razón a sus pedimentos.

Vuelve y fustiga la interpretación de la Jueza A quo, sosteniendo con citas de sentencias de la Corte que la Jueza debió asumir como acción la reivindicatoria de modo que por suma de posesiones y por la vía de la prescripción ordinaria, insistiendo en la existencia de justo título y buena fe, la demandante reúne los requisitos para ganar el bien por usucapión. Inclusive termina su crítica diciendo que *"Inclusive, la suma de posesiones le da derecho de adquirirlo por prescripción extraordinaria"*.

En esa línea de pensamiento se ocupa de poner de presente los requisitos de la acción de dominio insiste en que está demostrada la posesión real y material de su poderdante y de sus antecesores por el tiempo requerido y que el título de propiedad mencionado en el hecho 2º) de la demanda junto con el folio de matrícula inmobiliaria donde se inscribió hace ver la titularidad de la propiedad sin necesidad de los demás escrituras por lo que al margen de estas y de la prueba testimonial, está legitimada la señora R de C para ejercer la acción reivindicatoria. Recorre los otros presupuestos de esta acción, o sea, la posesión del demandado, la identidad del bien, el carácter de cosa singular y en su sentir los encuentra demostrados por lo que debió accederse a la pretensión entendida en el ejercicio de la acción reivindicatoria, por lo que haber invocado el artículo 951 del Código Civil no puede ser óbice para entender que la acción que ejerció fue la reivindicatoria.

Discurre seguidamente sobre la acción publiciana bajo el entendido que de no aceptarse que la acción propuesta fue la de dominio, según quedó plasmado en la síntesis de los argumentos anteriores, entonces se abra paso a las pretensiones de la publiciana, en tanto tres de sus presupuestos son comunes, distinto si el primero para la una y para la otra, pero vuelve y persiste en que no debió asumirse por el despacho que la acción ejercida era la publiciana sino la reivindicatoria.

⁹ Folio 167 ídem

¹⁰ Folios 169 ídem

¹¹ Folio 6 del cuaderno del Tribunal

¹² Folio 8 ídem

¹³ Folios 10 a 26 ídem

Señala que la falladora incurrió en errores de apreciación porque, según ella, en la demanda no se aludió a la posesión de la demandante y sus antecesores, y porque cercenó la prueba testimonial al excluir las manifestaciones relativas a la posesión de demandante y a la pérdida de esa posesión, debido a maniobras fraudulentas, violentas y clandestinas del demandado; desconociendo la prueba trasladada que no la valoró.

Insiste en el despojo de su representada, en la titularidad de la propiedad de su representada, en que para el ejercicio de la acción publiciana basta un día de posesión regular y que bajo ese ítem no es necesario en la publiciana que la posesión de la demandante haya perdurado desde que adquirió el bien hasta que fue despojada del mismo sino que basta tener justo título y buena fe, justo título que es la escritura pública 814 de 6 de julio de 2005; en tanto los demás títulos escriturarios estaban encaminados a acreditar la suma o agregación de posesiones; que para la publiciana no se necesita pues insiste el apoderado, para la publiciana le basta recuperar la posesión con solo demostrar como adquirió el bien.

Pero en todo caso, según el demandante aunque no sea presupuesto de la publiciana, en el cardumen probatorio se encuentra demostrada la posesión de su mandante y el despojo del que fue víctima, al punto que en audiencia de 18 de abril de 2012 un testigo de apellido Jaramillo Benavidez manifiesta haber acompañado al propio enajenante Caro Vélez a hacer entrega real y material del lote a la señora RdeC por lo que *"el solo hecho de haberlo recibido se entiende que la demandante ejerció posesión sobre el inmueble"*. Esta aseveración acerca de la posesión ejercida dice que se respalda en otros testimonios como los de José Joaquín Ruiz Realpe, Miriam Pazcuas, Rosario y María Beatriz Guachavez; así como estas mismas testigos deponen sobre las circunstancias del despojo.

Finalmente combate el título esgrimido por el demandado y pone de presente lo consignado en la sentencia de 2 de septiembre de 2007 proferida en el proceso abreviado posesorio N 2007-00001, conforme a cuyo contenido el bien inmueble poseído por el demandado no es otro que el que allá fue materia de debate y explícita que aunque dicha sentencia no hace parte del material probatorio en este nuevo asunto no hay duda que los títulos del demandado corresponden a otro bien.

Reitera la existencia de justo título y buena fe por cuenta de la señora ARRdeC y con ello su posesión regular.

2.5.2 Intervención en segunda instancia de la parte demandada.

De cara a la argumentación contenida en la sustentación del recurso de alzada interpuesto por el apoderado judicial de la actora, la apoderada del convocado a la litis, se pronunció en los siguientes términos:

Al tenor del requerimiento del despacho y del memorial aclaratorio del apoderado actor, entiende la parte demandada, tal como lo entendió el juzgado que la acción a ejercer fue la publiciana, insistiendo que el predio que pretende recuperar la demandante ha sido previamente adquirido por su representado pero que obra dos registros de instrumentos públicos.

En breve síntesis de la prueba testimonial estima que la mayoría de los declarantes no conocen a la demandante y resalta apartes para respaldar su conclusión encaminada a que no se demostró de la demandante, en cambio sí la posesión del señor CER, la cual inicialmente la ejerció el padre de este Eliacer Romo.

Al hacer el análisis de los requisitos de la acción publiciana no encuentra satisfecho ninguno y encuentra que la sentencia se ajustó a derecho.

Cuestiona los argumentos del apelante en el sentido que no existe disposición que establezca la necesidad de indicar la acción invocando que la correspondiente está en el numeral 9 del artículo 75 del C. de P, y que la acción debe ser identificada por cuanto la demanda debe ser clara y precisa y existir concordancia entre los hechos y las pretensiones de la demanda.

Además que la enunciación de la tradición del inmueble no es equiparable a haber alegado suma de posesiones, al punto que en el acápite de las normas de derecho aplicable ni siquiera se mencionaron los artículos 778 y 2521 del Código Civil. Cuestiona lo afirmado por la parte actora en cuanto para la apoderada del demandado, contrario a las afirmaciones de aquella, no fueron acreditados los presupuestos de la acción publiciana.

3. CONSIDERACIONES

3.1 ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

3.1.1 Presupuestos Procesales

Concurren a plenitud en el presente caso los presupuestos procesales, a saber: tenía el Juez de primer grado competencia para avocar el conocimiento en virtud de la naturaleza del proceso, y la ubicación del bien inmueble. Las partes, gozan de plena capacidad para ser parte y comparecer al proceso, representados por mandatario con poder debidamente conferido.

3.1.2 La Legitimación en la Causa

La legitimación en la causa de las partes proviene del interés que las ubica en los extremos de la relación jurídica sustancial subyacente a la litis.

Delanteramente dadas las particularidades del caso, incluyendo el ataque bifronte que hace el apelante en cuanto a la interpretación de la demanda y a los argumentos que por ese mismo ataque despliega, ora reclamando que la acción incoada era la reivindicatoria, ora que si ella no prospera salga adelante la publiciana, menester es precisar lo siguiente:

Tanto la reivindicatoria como la publiciana persiguen el mismo objeto, es decir la restitución de la posesión, pero mientras la primera se le concede a quien acredite la calidad de dueño, la otra sólo requiere su condición de poseedor regular. Ha dicho la Corte:

"Hay pues, en cuanto a legitimatio ad causam activa --- presupuesto de la acción ---, fundamental diferencia entre la dos. Y por ende la causa petendi es distinta según se ejercite una u otra.

Así pues, la acción reivindicatoria corresponde al dueño de una cosa singular a quien se ha privado de la posesión material.

"Se concede la misma acción ---dice el artículo 951 del Código Civil --- aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en caso de poderla ganar por prescripción"¹⁴

Hechas éstas precisiones, y además por lo que en seguida y más adelante se dirá, esta Sala prohíja la interpretación que hiciera la jueza a quo al tenor de lo explicitado por el apoderado de la actora frente al requerimiento hecho en el auto inicial que inadmitió la demanda y conforme a los hechos narrados en el sentido que la acción incoada era la publiciana, pues en el memorial adosado a folio 20 del cuaderno principal de primera instancia, así se le puso en evidencia, cuando el apoderado de la parte demandante se presenta predicando de su representada "en cuanto no es propietaria con título de dominio, sino poseedora inscrita por haber adquirido el inmueble con justo título", iterando que al citar las normas de derecho, se invoca el artículo 951 del C.C. que concede la acción reivindicatoria, en la modalidad publiciana,"al que ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción".

De la acción publiciana, se ha dicho que se entiende como "reivindicatoria de la posesión". Al efecto se hace la siguiente cita en lo pertinente¹⁵:

¹⁴ CSJ SC fecha 2 diciembre de 1954 M.P. Manuel Barrera Parra. G.J XXXX

¹⁵ Ídem

"La acción publiciana de nuestro Código, ---dice Claro Solar---tiene como la acción del pretor romano un fundamento de equidad, pues con ella se quiere amparar al poseedor legítimo y de buena fe que se hallaba en situación de adquirir por prescripción el dominio de la cosa que ha entrado a poseer de buena fe y en virtud de un justo título.

...

*En realidad, la acción que otorga el artículo 894 al que ha perdido la posesión regular de la cosa que se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción, **es una acción reivindicatoria de posesión**, pues mediante ella sólo se ampara la situación de hecho anterior y no un derecho in rem, que aún no se ha podido adquirir, sino que se encontraba en situación de llegar a serlo por medio de la prescripción adquisitiva si se completaba por él el tiempo de posesión necesario para la realización de éste modo de adquirir el dominio" (Luis Claro Solar, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", T. 9º. No. 1743, páginas 404 y 405)" **(subrayas y negritas fuera de texto)***

Se concluye entonces que la acción propuesta fue la publiciana y no la reivindicatoria propiamente dicha, y que de cara a la primera tiene legitimación en la causa por activa el poseedor regular que se hallaba en situación de adquirir por prescripción ordinaria el dominio de la cosa que ha entrado a poseer de buena fe y en virtud de un justo título, en tanto que la legitimación en la causa pasiva la tiene el actual poseedor.

Es entonces una litis que ha de entrabarse entre poseedores, tal como memora la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en cuanto expone: *"Dado que por la naturaleza de dicha acción la controversia enfrenta a dos poseedores, salta a la vista, entonces, que la ley civil, en orden a dirimir a cuál de ellos corresponde la posesión, favorece a aquel que demuestre la causa adquisitiva de ésta que sea de mayor consistencia jurídica y que se aproxime más a la que, en rigor, es exigida para hacerse dueño de acuerdo con la ley; condición que es predicable del poseedor regular que, en caso de perderla, puede hacerla prevalecer frente a otro poseedor que retenga la cosa sin justo título o sin buena fe inicial (artículo 764 C. C.), o que, aun ostentando aquél y ésta, sea posterior"*¹⁶.

En este caso por una parte, la demandante, presentándose como poseedora inscrita del bien disputado, impetró la acción publiciana, invocando la anotación N° 8 del folio de matrícula N° 254-20796¹⁷ y de acuerdo con lo señalado por el inciso 1 del artículo 951 del Código Civil que menciona que: *"Se concede la misma acción aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción"*. Por otra parte en cuanto al demandado, de quien se indicó ser poseedor y al no desconocer él dicha condición, más aún cuando lo ha reiterado inclusive al responder la alzada, todo lo cual permite estimar que por pasiva esté llamado a resistir las pretensiones formuladas.

En esta línea de interpretación se analizará entonces el recurso de alzada, sin perjuicio de señalar lo que se estimará pertinente para responder a la argumentación hecha por el apelante en lo atinente a la acción reivindicatoria que enunció tangencialmente en sus alegatos de conclusión y reiteró en la sustentación en esta instancia.

3.1.3 Sanidad Procesal

La Sala encuentra configurada la validez del proceso, puesto que no se advierte que en la tramitación del mismo se haya incurrido en causales de nulidad insaneables, o de las que deban ponerse en conocimiento de las partes, lo cual permite a la Corporación efectuar un pronunciamiento que defina la Litis en esta instancia.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde en esta oportunidad a la Sala, establecer si se cumplen los presupuestos axiológicos de la acción publiciana y es procedente la revocatoria de la sentencia impugnada.

¹⁶ CSJ SC, 3 dic. 1999, rad. 5291

¹⁷ Folios 42 a 43 y 60 a 61 tomo 2 cuaderno de pruebas parte demandante.

3.3 PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN PUBLICIANA

Para resolver el interrogante planteado se habrá de tener en cuenta los cuatro presupuestos que la Corte ha señalado en relación a la acción publiciana¹⁸. Estos son:

- Posesión regular del bien en cabeza del demandante
- Posesión actual por el demandado
- Identidad del bien poseído con el que es perseguido por el demandante
- Y cosa singular o cuota proindiviso en cosa singular como objeto del proceso.

Para lo que se cuestiona en este proceso, se enfatiza sobre el primero de los presupuestos, al tenor de lo que dice la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al referirse al tema de la posesión regular en fallo del 9 de marzo de 1989:

*"1.2 Ahora bien, esta posesión regular se configura, **de una parte, con la existencia de la posesión;** y, de otra, con que **su adquisición sea regular**, esto es, surgida con buena fe inicial y con justo título"*

La Corte sostiene sobre el mismo punto:

"La posesión regular, como es sabido, es "la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque ésta no subsista después de adquirida la posesión" (artículo 764 del C.C.); es decir, que en ella concurren dos elementos: el justo título y la buena fe, cada uno con contenido propio, no obstante estar relacionados entre sí al punto de que el título puede servir para explicar la buena fe del poseedor, cuando no exista circunstancia alguna contraindicante (G.J. t.CVII, pág.365).

*La jurisprudencia ha entendido por justo título "todo hecho o acto jurídico que, por su naturaleza y por su carácter de verdadero y válido, sería apto para atribuir en abstracto el dominio. Esto último, porque se toma en cuenta el título en sí, con prescindencia de circunstancias ajenas al mismo, que, en concreto, podrían determinar que, a pesar de su calidad de justo, no obrase la adquisición del dominio" (G.J.t. CVII, pág.365; en similar sentido, G.J.t.CXLII, pág.68 y CLIX, pág.347, sentencia de 23 de septiembre de 2004, entre otras). En otras palabras, **será justo título aquel que daría lugar a la adquisición del dominio de no mediar el vicio o el defecto que la prescripción está llamada a subsanar.***

En otra oportunidad, la Corte también precisó que el justo título, en lo que viene al caso, "es aquel constituido conforme a la ley y susceptible de originar la posesión para el cual nace, lo que supone tres requisitos, a saber: a) existencia real y jurídica del título o disposición voluntaria pertinente, pues de lo contrario mal puede hablarse de justeza de un título que no existe. Luego, no habrá justo título cuando no ha habido acto alguno o éste se estima jurídicamente inexistente. b) naturaleza traslativa (vgr. venta, permuta, donación, remate, etc.) o declarativa (vgr. sentencia aprobatoria de partición o división, actos divisorios, etc.) de dominio, porque solo en virtud de estos actos o negocios aparece de manera inequívoca la voluntad de transferir o declarar el derecho en cuya virtud el adquirente adquiere la posesión, aun cuando no adquiera el derecho de propiedad (art.753 C.C.). ... c) justeza del título, esto es, legitimidad, la que presupone, salvo que se trate de título injusto conforme al artículo 766 C.C." (Sent. Cas. Civil de 9 de marzo de 1989).

Aquel, además, puede ser constitutivo o traslativo de dominio (artículo 765 *Ibidem*). Este último, que es el que para el presente caso interesa, lo ha definido la Corte como "aquel mediante el cual quien ejerce señorío sobre la cosa, actualmente no es propietario de la misma, no por un defecto de su título, sino por alguna falla jurídica, bien porque se descubre que su causante, pese a toda la apariencia, no era dueño de lo que pretendía transmitir, dado que nadie puede recibir lo que no tenía su autor, como ocurre con la venta de cosa ajena; ya por alguna falencia de la tradición, inclusive sobreviniente, cuestión que tiene lugar cuando, por ejemplo, sin perjuicio de la buena fe del

¹⁸ *Ibidem*

adquirente, se aniquilan los títulos y registros del derecho de dominio de los antecesores" (Sent. Cas. Civil de 4 de diciembre de 2009, Exp.No.2002 00003 01"¹⁹.

Igualmente el Tribunal Superior de Tunja ha indicado:

*"En conclusión, justo título es aquél que la ley señala como idóneo para transferir el dominio como el de compraventa y permuta entre otros celebrados por escritura pública, cuando versa sobre inmuebles y que finalmente no genera el efecto natural de la tradición del dominio porque el enajenante no era el verdadero dueño. Pero si por virtud de ese título se entrega la posesión y, además, quien la recibe lo hace con la creencia de que viene de quien es el verdadero dueño, entonces la ley en defensa de esa buena fe fundada en un título que conforme a la ley es eficaz para transferir el dominio, no obstante que en el caso concreto no lo produzca porque quien se dijo dueño no lo era, le reconoce la calidad de poseedor regular, situación que tiene la particularidad de permitirle acceder al dominio si persevera en esa posesión, aunque la buena fe no persista, en el término de 10 años, lapso que fue reducido a cinco por la Ley 791 de 2002 para las posesiones iniciadas dentro de su vigencia"*²⁰.

En otra providencia donde la Corte se refiere al tema del justo título pone de presente que éste lo será aunque la venta la haga quien no sea el verdadero dueño, como ocurre en la venta de cosa ajena, que es supuesto fáctico distinto al que ocurre cuando el título de venta falso por haberse hecho pasar el vendedor por el verdadero dueño. Se extracta lo pertinente:

*"Acorde con lo que se viene exponiendo, podría decirse entonces que el título posesorio seguirá siendo justo siempre que su único defecto sea el de provenir de un non dominus. (en este sentido, Josseland Louis, Derecho Civil, T. I, Vol. III, Europa - América - Bosch, Buenos Aires, 1952, pag. 314, y Valencia Zea Arturo, Derecho Civil, T. II., Temis, Bogotá, 1987, pag. 308)"*²¹.

Más adelante recalca:

*"en la venta de cosa ajena, quien vende lo hace por sí mismo y sin sustituir al verdadero dueño, lo que hace que el título sea real. El falsificado deja de ser título traslativo de dominio y vicia el correspondiente modo de adquirir, en cambio, cuando alguien vende lo que no le pertenece su proceder es legítimo, y lo avala el artículo 1871 del Código Civil, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso del tiempo; en fin, con el título falso no se vende, con el otro sí y, por lo mismo, se habilita al comprador que posee para adquirir el bien por prescripción, si se reúnen las demás condiciones de ley"*²².

Justamente situaciones como la venta de cosa ajena cuando de inmuebles se trate, dan lugar para que se haya estimado que la anotación en el folio de matrícula inmobiliaria, como se transmite un derecho o un bien inmueble sin ser el titular de la propiedad, se denomine transmisión del derecho incompleto; y para el ejemplo y bajo estos términos, se catalogue como falsa tradición a la inscripción que se hace en estos casos ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y por estimarse como justo título considera al poseedor como regular y lo habilita poseedor para adquirir por prescripción ordinaria.

Al efecto el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 2 de abril de 2008²³, indicó:

"Lo que aquí se debate es si la compraventa de cosa ajena es justo título, pues fue a partir de negarle esa característica al contrato celebrado entre los señores García y Bernal, que el juzgador de primer grado frustró la pretensión de pertenencia. No fue cuestión de suma de posesiones, como se argumentó en el escrito de sustentación del recurso, sino de la configuración misma de la posesión regular.

¹⁹ CSJ SC, 19 dic. 2011, rad. 2002 00329 01

²⁰ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Civil Familia, sentencia de marzo 7 de 2007, M.P. Luis Humberto Otálora Mesa, rad. 2005-729.

²¹ CSJ SC, 23 sep. 2004, rad 7362

²² Ídem

²³ M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez, rad. 20200500404 01.

2. Para responder esa pregunta, basta recordar que se entiende por justo título "la causa que conforme a derecho permite integrar la adquisición del dominio, de manera originaria o derivativa"²⁴. Se trata, pues, de un negocio jurídico celebrado con el poseedor anterior que, en sí mismo considerado, resulta idóneo para transmitir ulteriormente la propiedad, de suerte que el adquirente entre a ejercer una posesión de propietario.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que "lo que realmente acontece con el justo título es que la ley, sabedora como está de que el poseedor no se ha hecho al dominio por razones puramente jurídicas, no desea extremar su rigor y viene entonces en pos de quien tenía razones creíbles para pasar por propietario, sin serlo, permitiéndole la posibilidad de una prescripción más generosa en cuanto a su duración; para decirlo de una vez, es ésta otra de las ocasiones en que la ley mira con buen favor las situaciones que crea la apariencia, pues fundada como puede estar ésta en la falibilidad humana, se cuida de calificarla como infértil del todo. Le atribuye uno que otro efecto jurídico, más o menos importante: en la de ahora se patentiza con la dulcedumbre con que la ley mira a ese poseedor, distinguiéndolo del de posesión simple, esto es, carente de justo título"²⁵

Es por eso que, de antaño, la misma Corporación ha sostenido que "la venta real, aunque lo sea de cosa ajena, es justo título posesorio"²⁶. Al fin y al cabo, si el comprador no llegó a ser propietario "fue por alguna falla jurídica, como acaece cuando se descubre por ejemplo que tal antecesor, pese a toda la apariencia, no era dueño de lo que así pretendía transmitir. Así que el adquirente, en vez de dueño como se le propuso, reducido quedó a la condición de poseedor. Pero, eso sí, no uno cualquiera. Sin duda que es un poseedor regular, que a punto estuvo de ser dueño"; en estos eventos, "cuando descubre que a dicha clase de adquirentes les hace una mala pasada la apariencia, la ley se muestra indulgente, cosa que se patentiza en el poseedor con justo título por la dulcedumbre con que la ley mira a ese poseedor, diferenciándolo del poseedor mudo y lironde, esto es, carente de justo título, o „poseedor natural“..."²⁷

Ahora, por ser ligado como lo anterior, es decir, al justo título, para la decisión del caso concreto, lo relativo a la denominada "titularidad de derecho incompleto" se estima por esta Sala, traer a cita lo que en ese ítem expone la Superintendencia de Notariado y Registro²⁸:

"ASPECTOS QUE DETERMINAN UN DERECHO INCOMPLETO:

1. FALSA TRADICIÓN

Definición: Es la inscripción en el registro de instrumentos públicos del acto de transferencia de un derecho incompleto que se hace a favor de una persona, por parte de quien carece de dominio sobre determinado inmueble (6ª columna del folio real).

Tipos: Entre otros, los siguientes: compraventa de derechos y acciones; adjudicación en sucesión ilíquida (partición amigable); mejoras; posesión; declaración de construcción sobre suelo ajeno; enajenación de cuerpo cierto teniendo sólo derechos de cuota; venta de cosa ajena, remate de derechos y acciones.

Características: i) No se transfiere la propiedad ii) no permite ejecutar actos de señor y dueño tales como: enajenar el derecho real de dominio, englobar, constituir servidumbres, propiedad horizontal, entre otros.

Saneamiento: Requiere de escritura pública, decisión judicial o administrativa en los términos legalmente establecidos, según el caso.

²⁴ Cita del texto original-G.J. XCVIII, pág. 52

²⁵ Cita del texto original-Cas. civ. 4 de julio de 2002; exp. 7187.

²⁶ Cita del texto original- Sentencia de 27 de febrero de 1962; G.J. XCVIII, pág. 52; Cfme.: cas. civ. de 20 de mayo de 1936; 12 de julio de 1944 y 7 de septiembre de 1995; G.J. XLIII, LVII, CXIII y CXIV.

²⁷ Cita del texto original- Cas. civ. de 5 de julio de 2007; Exp.: 00358-01

²⁸ Superintendencia de Notariado y Registro Circular N° 115, fecha 1 de junio de 2009.

Es procedente la apertura de folio de matrícula inmobiliaria cuya historia jurídica se refiera a la transferencia de derechos acciones, siempre que se encuentre determinado el bien inmueble y sin consideración a que en la identificación de su área y linderos se omita la utilización del sistema métrico decimal.

Es importante considerar, frente a casos complejos, como son la partición material extrajudicial de derechos y acciones, así como predios los predios de mayor extensión de donde ellos se originan, que se requerirá de un juicioso y detallado estudio de las tradiciones, cuidando de consignar en los respectivos libros primero y de matrícula el número de folio que se abre.

2. POSESIÓN INSCRITA:

El artículo 762 del C.C. la define como “La tenencia de una cosa determinada con el ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en su lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”.

En nuestro sistema de folio actual -Decreto ley 1250 de 1970-, por tratarse de un hecho y no de un derecho real, no es viable el registro de la posesión y en consecuencia, de radicarse hoy un documento referido a ésta, será improcedente la asignación de folio de matrícula.

No obstante, los actos de posesión inscrita, efectuados en vigencia del antiguo sistema de registro – Título 43 del Código Civil-, deberán publicarse y trasladarse a la matrícula inmobiliaria, para lo cual se utilizará la sexta columna del folio, conforme lo dispone el inciso final del artículo 81 del actual Estatuto de Registro”.

Establecidos los anteriores parámetros sobre el justo título y la buena fe posesoria que se presume, como uno de los pilares de la posesión regular, cual es el atinente a la buena fe inicial y el justo título, a renglón seguido se hará referencia al otro pilar de la posesión regular, cual es la existencia de la posesión, tal como se predica en la sentencia 9 de marzo de 1989 de la Sala de Casación Civil.

Adviértase que siendo la posesión un hecho demostrable conforme a la regla de la libertad probatoria del artículo 175 del C. de P. Civil, en tanto estamos hablando para los efectos del caso de la verdadera posesión, que no es otra que la llamada por muchos “material”, salta de primera mano que en ese entendido, por ser la materialidad de los actos posesorios la generante de los derechos que de ella se derivan, su necesidad de prueba es incontrovertible.

En el punto sostiene la Corte que “[l]a posesión ni se da por supuesta, ni se inscribe, lo cenital es la aprehensión material del bien con ánimo de señor y dueño”²⁹. Y agrega que esto “debe traducirse en acciones”³⁰. Enfatizando en otro momento:

“Al respecto, no huelga memorar —además que sobre el tópico las decisiones de instancia aludieron al tema— que es esa y no otra la razón fundamental para que haya desaparecido de nuestro derecho la denominada posesión tabular, como de antiguo lo expresó esta Corte al advertir: “La llamada posesión inscrita no es posesión. Un uso indiscriminado de la palabra “posesión” vino a colocar aquélla al lado de la material, como si se tratase de dos especies de un mismo género. Lo mismo sucedió en España, según Jerónimo González y Martínez (“Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil”, 1948. Tomo 2, página 65), con motivo de la ley hipotecaria de 1861, la que, siguiendo el modelo del Código Civil austríaco, introdujo una posesión tabular o inscrita, incompatible con la material, la cual quedó eliminada. Nada más erróneo que hacer de la llamada “inscrita” una especie de posesión, porque la posesión es conjugación de dos elementos, subjetivo el uno y objetivo el otro; porque es poder físico directo sobre las cosas, en virtud del cual se ejecutan sobre ellas actos materiales de goce y transformación, sea

²⁹ CSJ SC, 20 mar. 2014, rad. 2007 00120 01

³⁰ Ídem

que se tenga el derecho o que no se tenga; por ella obtenemos de los bienes patrimoniales el beneficio señalado por la naturaleza o por el hombre; ella misma realiza en el tiempo los trascendentales efectos que se le atribuyen, de crear y sanear el derecho, brindar la prueba óptima de la propiedad, y llevar a los asociados orden y bonanza; y es ella y no las inscripciones en los libros de Registro, la que realiza la función social de la propiedad sobre la tierra, asiento de la especie y cumbre de las aspiraciones de las masas humanas". (Resaltado fuera de texto). (Cas. Civ. sentencia de 27 de abril de 1955, G. J. t. LXXX, N° 2153, p. 87)".

3.4 CASO CONCRETO

Al tenor de la acción que tanto por la Jueza de instancia como por esta Sala, se estimó y se estima impetrada, y que no es otra que la publiciana, se traen frente al caso en concreto los elementos de juicio tanto fácticos como probatorios adosados al expediente, procediéndose a su análisis, luego de cual, siendo dos los elementos del primer presupuesto axiológico, se tiene:

3.4.1 Conforme a los hechos de la demanda y las manifestaciones contenidas en el memorial aclaratorio presentado por el apoderado demandante para dar respuesta al requerimiento de auto 30 de marzo de 2011, la señora ARRdeC se presenta como titular de derecho de dominio incompleto sobre el inmueble materia de la litis.

Efectivamente tal como se afirma en el hecho segundo del escrito de demanda y se corroboran con la copia auténtica de la escritura N° 814 del 6 de julio de 2005 otorgada por Francisco Hernando Caro Vélez como vendedor a favor de la señora ARRdeC como compradora, el primero de ellos transfirió según dijo "la propiedad" sobre el lote de terreno descrito en el literal B) identificado con matrícula inmobiliaria 254-20796 de la O.R.I.P. de Túquerres la cual obra a folios 60 a 61 y con la copia auténtica del folio de matrícula inmobiliaria respectivo que obra a folios 42 y 43 del cuaderno de pruebas de la parte demandante. Adviértase que tales pruebas documentales fueron ordenadas en debida forma según el auto N° 0107 del 13 de febrero de 2012 conforme al ordinal 1° literales b) y g) según se lee en los folios 1 y 2 del cuaderno N° 2 de pruebas de la parte demandante, la señora RdeC mediante compraventa adquirió el derecho de dominio incompleto, o sea ostenta una falsa tradición respecto del plurimentado inmueble, al punto que así se hace evidente en el respectivo folio de matrícula en el cual desde la anotación 001 del año 1971 y las consecutivas incluida la de 7 de julio del año 2005, número 8, refulge a la vista.

Con ello cumple uno de los requisitos del primer presupuesto axiológico cual es tener en su favor justo título y buena fe. Obviamente y de una vez resáltese, no tiene el derecho de dominio como tal, pero como se indicó bien pudiera llegar a consolidar su propiedad, por la vía de la prescripción ordinaria, pues la proposición de los hechos de la demanda con la puntualización que se hiciera al aclarar el petitum lo ubica en el tercer caso de los referidos por la Corte en sentencia de fecha 2 de diciembre de 1954, casos que se explayarán más adelante.

3.4.2 Viene ahora de contera analizar si aparece estructurado probatoriamente el segundo de los requisitos del primer presupuesto axiológico, es decir, y trayendo a colación lo que se dijo en la parte general, la materialidad de los actos posesorios que es la generante de los derechos que de ella se derivan, pues como recalca la Corte: *"La posesión ni se da por supuesta, ni se inscribe, lo cenital es la aprehensión material del bien con ánimo de señor y dueño".* Y agrega que esto *"debe traducirse en acciones"*³¹.

3.4.3 Pasa entonces la Sala a analizar los medios de prueba que integran el cardumen adosado al expediente y que fueran debidamente decretados y debidamente incorporados, en tanto solo pueden tener valor probatorio las pruebas regular y oportunamente aportadas, pues dígame de una vez la prueba trasladada de la Fiscalía 19 local y del Juzgado Promiscuo Municipal de Imués (Nariño) por lo que en su momento se dirá no fue allegada atemperándose a las normas de rigor.

3.4.3.1 Se inicia el análisis probatorio con la valoración de la testimonial recaudada al interior de este proceso y ordenada en el auto de apertura a pruebas N° 0107 de 13 de febrero de 2012 en el ordinal 3°, folios 2 y 3 del cuaderno de pruebas de la parte demandante y en el auto N° 0108 de la misma fecha, numeral 2° del folio 2 del cuaderno de pruebas de la parte demandada:

³¹ CSJ SC, 20 mar. 2014, rad. 2007 00120 01

Jesús Serafín Cánchala Revelo, dice no conocer a la señora ARdeC y dice haber conocido a la señora Rosalba Ricaurte y haber conocido a los señores Carlos Ricaurte y Florinda Freire y haber cuidado la casa, aunque frente a una pregunta no da razón cierta de quién o quiénes se encargaron del predio después de la muerte de los esposos Ricaurte Freire. Identifica el lote materia de la litis como el que estuvo a su cuidado, distinguiéndolo del que supuestamente está titulado a nombre de los Romo, sin dar mayores detalles.

De Macario Antidio Roque, basta decir que su testimonio finalmente no se recaudó por el estado de alicoramiento en que se encontraba.

Amalia del Carmen Guachavez Sánchez, dice no conocer a la señora demandante. Conoció al señor Carlos Ricaurte y a su esposa Florinda y además de agregar que sabe que lo han vendido a la señora R, no da detalles sobre el punto.

Luis Antonio Mardoqueo Dávila Burgos, dice no conocer a la señora ARR y haber administrado el terreno cuando fue de la señora Rosa Ricaurte e identifica el lote en litigio.

Después de unos cinco años de haberse encargado del lote, haberle puesto agua y trabajado allí por cuenta de Rosa Ricaurte no pudo entrar más porque le impidieron la entrada, tampoco conoce a Francisco Caro Vélez. Afirma que CR apareció como dueño después de muerto Eleazar Romo y quien dice ser dueño ubicando un periodo de cuatro a cinco años, sin saber cómo *“entró”* (sic) al inmueble. Dice saber que el predio de Rosa Ricaurte fue antes del padre de ella Carlos Ricaurte. Narra que él administró no lo que fue de Eleazar Romo, poniendo de presente haber sido así este último señor, de quien dice era muy respetuoso, por lo que le hubiera requerido por administrar el predio de Rosa Ricaurte.

María Beatriz Guachaves España, no conoce a la señora ARdeC, pero sí a CER por razones de vecindad. Expone conocer la propiedad de RV y la identifica como distinta de un huerto que ahora *“cerró”* el demandado, aclarando que la parte cerrada era de Rosalba Ricaurte sin dar razón del tiempo ni de la razón del cierre. Además dice conocer lo expuesto por ella por vivir en el sector.

Miriam del Carmen Pascuas, cuyo testimonio fue tachado de sospechoso por la apoderada del demandado, según dijo por animadversión notoria que se hizo pública en una diligencia de inspección del proceso anterior entre las mismas partes. Dice conocer a las partes por ser AR cuñada de Rosita Ricaurte, y al demandado por motivos de paisanaje. Dice conocer el lote y ante pregunta que contiene una eventual respuesta y que no debió permitirse en esos términos, expresando que sabe que la señora AR lo compró al señor *“Karo”* (sic) cuyo apellido no recuerda. Estima que más o menos la compra se hizo hace cuatro años y que por eso y como se lo dejaron a ella hizo cuatro cosechas de frijol una cada año y dos con el señor *“Karo”* (sic).

Narra que CER la ubicó y con una escritura le afirmó que el lote era de él. Expone que habiéndose sorprendido pelándose unas naranjas y ante la reclamación de la ahora testigo, le reiteró ser propietario. Dice la testigo que intentó poner en conocimiento de Rosita Ricaurte, porque en ese tiempo el predio era de ella. Dice que R le puso de presente que el predio en disputa no lo había comprado sino que tenía escritura por cuenta de Eliazar Romo.

Cuando logró contactarse con la señora Rosita, esta con una persona a quien identifica como don Joaquín, buscaron a R para ponerle de presente la escritura de propiedad de Rosita pues su padre se la había dejado de herencia. Narra que luego del diálogo de Rosita con R la testigo no impidió más las actuaciones de R y éste tiene cerrado el lote.

Al tenor de las preguntas que le formula el apoderado de la parte demandante ubica los linderos del predio, la propiedad que fuera de Eliazar Romo y concluye destacando que el predio de los Romo no se extiende hasta donde la propiedad de la señora Rosita o Rosalba Ricaurte sino que CR levantó un muro en el predio de las tantas veces nombrada Rosita. Ante unas preguntas de la apoderada del demandado pone de presente que en el lote había siembras de café, aguacate y otros frutales, sin explicar por qué habla en plural *“teníamos sembrado”*, quién o quiénes o por cuenta de quién o cuándo se hicieron esas siembras. Termina insistiendo que ni Eliazar Romo ni CR han sido dueños del lote en disputa.

Robert Mardoqueo Dávila Pascuaz, expone que conoce a las partes, explicando el por qué las conoce y predica que sabe que la señora A es dueña del predio, indicando más adelante que este, es decir, el predio no fue de Eleazar Romo. Expone que trabajó el lote a medias cuando era de la señora Rosalba Ricaurte, durante mucho tiempo sin especificarlo, porque la ubicación que da en el margen temporal de 1996 a 2004 como de su conocimiento, no queda claro que sea de la época en que dice trabajó a medias aunque más adelante diga que en el 2004, cuando él salió de la zona de Pilcuán, la madre del testigo Miriam Pascuas siguió al cuidado del lote sin saber hasta cuándo.

Causa curiosidad que ante una pregunta alusiva a otra que se le había formulado al testigo Mardoqueo Dávila, según la cual el lote se encontraba abandonado, dijo que *"ese lote si tenía un poco de descuido, solo se iba de pronto a cosechar el café o alguna que otra fruta"* supuestamente por inconvenientes para entrar al predio, cuando antes había dicho que su señora madre, es decir la del testigo, cuidaba el lote. Además, no es explicable que sostenga en su testimonio que con Rosalba Ricaurte lo haya trabajado a medias, ubicando ello hasta el año 2004, cuando los derechos sobre el lote habían sido transferidos al señor Caro desde 1989 y que como se verá más adelante, el mandatario de este, Jaramillo Benavides, luego sostenga que por su intermedio Caro le pagaba a la nombrada Miriam, para que le cuidara el lote, pago al que tampoco ésta testigo aludiera en ningún momento.

Melba Esperanza Florez Pascuaz, dice conocer a las partes porque su hermana Miriam Pascuas trabajaba con *"esa gente"*, refiriéndose a ARR y Miriam como trabajaba con ellos la llevaba a coger café y frutas y le daba para llevar. Identifica las propiedades que se dice, una es de los Romo y otra la del conflicto, pero indica que desde el año 2003 no ha ido al lugar de los hechos. Afirma que para el año 2003 el lote era de la señora Rubiela y lo cuidaba su hermana Miriam, pero dice no conocer al señor Francisco Hernando Caro Vélez.

Carmen Mejía Pazmiño expone libremente cuestiones relativas a la negociación que ella y el hermano hiciera con el señor Roberto Pantoja y el hijo de éste Alvar, y luego una venta que se le hiciera a Eliazar Romo, aunque dice que el arreglo previo para esa venta se hizo con Alberto Romo. Ante preguntas de las partes, en esencia para lo que interesa a los hechos demostrables con prueba testimonial, no aporta mayores elementos de juicio. Igualmente la parte solicitante del testimonio de Luis Humberto Mejía desistió del mismo y ese desistimiento fue aceptado.

Héctor Fernando Jaramillo Benavides, narra que conoce el lote por razones de trabajo con el señor José Joaquín Ruiz, conociendo igualmente que el lote era de Rosalba Ricaurte quien se lo vendió a Hernando Caro, quien a su vez fue amigo del testigo y le otorgó poder para disponer o administrar ese lote. Que entre 1989 a 2005 hicieron tres visitas al predio y la última, es decir, una cuarta visita fue cuando se lo entregaron a la señora AR y desde que vendió el lote no sabe más.

Menciona que cuando vendieron el lote tenía árboles frutales y muros de ladrillo en tres costados menos al sur donde habían mojones y que Hernando Caro *"poseyó y mandó hasta el 2005"*, respuesta que da, ante pregunta que contiene la misma respuesta, y que no debió admitirse en esos términos.

Ante preguntas de la abogada del demandado manifiesta que del predio no se dispuso jurídicamente, (no arrendo, no anticresis) y que la señora Miriam Pascuas cuidaba el lote y recogía frutas para ella y que el valor del cuido lo pagaba Hernando Caro por intermedio del ahora testigo.

Reafirma que el señor Caro Vélez tuvo la posesión del 1999 a 2005, y que en ese tiempo nadie reclamó el lote como suyo y que al señor Caro no se lo conoció en la zona porque solo estuvieron en el predio dos o tres veces y al momento de entregarlo.

José Joaquín Realpe, tachado por la parte demandada en tanto es hermano de la demandante. Conoce el lote, es casado con Rosalba Ricaurte quien lo heredó de su padre Carlos Ricaurte. En el 2005 compró la esposa del testigo ahora demandante. Relata que tuvieron conversaciones, él, su esposa y la señora Miriam Pascuas a raíz de un boquete que abrió el demandado a finales del año 2005 y que este sostuvo que el lote era la herencia de su padre. Luego refiere que como no hubo arreglo pacífico se adelantaron acciones extrajudiciales y judiciales con apoyo de abogado. Seguidamente detalla actos realizados por el demandado RV y es él que *"manda en el lote"*. Narra aspectos relativos a las discrepancias escriturales por los predios con la familia Romo Viteri y dice que entre su suegro y las personas a quienes los Romo Viteri compraron un predio contiguo al que es materia de debate construyeron un muro.

Cuenta la cadena de tradiciones sobre el predio en disputa desde Florinda Freire y Carlos Ricaurte hasta RR, reafirmando que fue perturbada en el año 2005, señalando que las posesiones derivadas de estas tradiciones no han sido interrumpidas y ante preguntas de la abogada de la parte demandada reafirma conocer los respectivos lotes y reitera el tema de las acciones extrajudiciales y judiciales.

3.4.3.2 Se ocupará ahora la Sala de analizar los testimonios de la parte demandada.

Raúl Burbano Mora refiere conocer a RV pero no a la demandante: conocimiento de aquel desde niño. En cuanto al terreno afirma que fue del padre del demandado, y que al morir este, el lote fue adjudicado a sus dos hijos C y A. C, dice el testigo se lo entregó en arrendamiento, aunque más adelante frente a un cuestionamiento del apoderado de la demandante explica que inicialmente lo explotó *"de a medias"* y luego modificaron esa relación a contrato de arrendamiento por años. Da razón de la ubicación del lote, expone que en vida de Eliazar Romo nadie ha interferido la posesión de este y que por razones de amistad con el dueño, cosechaban naranjas y mandarinas, que era lo único que había en el predio, penetrando al mismo mediante una escalera por la parte superior. Dice no conocer a Rosalba Ricaurte ni al padre de esta ni al señor Francisco Hernando Caro Vélez. No precisa cuándo o desde cuándo CR tiene la posesión del predio, y expone sí que CR construyó un muro hace aproximadamente un año y medio.

Fabio Eduardo Burbano Ortega, hijo del anterior deponente conoce al demandado pero no a la demandante. Ubica el lote y dice haberlo visitado por razones de paisanaje con quienes tiene como propietarios, los Romo Viteri y haberlo hecho en época de vacaciones generalmente en julio y agosto, más que en diciembre o en semana santa o en los fines de semana festivos y recoger frutas por orden del señor Romo sin que hubiese presentado personas a impedirles la recolección de esas frutas, lo que hacía en compañía de trabajadores del señor Romo. Para el ingreso utilizaban una escalera. Expone que el lote es cuidado, por Raúl Burbano, de quién predica lo hace a medias con el propietario RV, sin precisar específicamente cual relación hay respecto del lote entre Raúl Burbano y RV.

Genaro Daniel Goyes Villareal, conoce al demandado desde la niñez en la escuela de Iles, pero no conoce a la demandante. Sobre el lote dice que el demandado lo heredó de su padre Eleazar Romo, quién tenía dos hijos C y A, indicando que después de la muerte del señor Eleazar abrieron una puerta pequeña a la calle y ahora hay un portón grande, con cerradura en la parte trasera, constándole por haber trabajado en la Caja Agraria y ser Eleazar cliente de esa entidad, precisando los linderos del inmueble y recalcando que en él habían árboles de naranja y que ahora quien lo cuida y lo cultiva es Raúl Burbano, no conociendo a Carlos Ricaurte ni a Rosalba, ni a Hernando Caro. Dice que el lote antes de la posesión que atribuye a CR, no había puerta, hacia la calle había una pared, a los lados muro de ladrillo y hacia atrás era monte, descubierto. Dice que para entrar había que acudir a una cuidadora pero no del lote sino de una casa colindante, a quien más adelante ante una pregunta, identifica como Concepción Guachavez sostiene que hay un muro que fue construido por CR hace cuatro o cinco años. Se le pregunta al testigo por pruebas documentales sobre lo que sabe a lo que responde que no las conoce.

Juan Bautista Taquez Pantoja, conoció a Eleazar Romo por amistad con su padre, ubica el lote sin precisar linderos y conoce al demandado, afirmando no conocer a la demandante ni al señor Hernando Caro. Dice que solo una vez vio el lote de terreno, entre otras razones porque le ofreció compra al señor Romo, lote *"estaba lleno de hierba, hecho monte y allí habían unos árboles frutales"*. Del conocimiento actual de la posesión del lote la tiene de oídas por comentarios del mismo demandado.

Miguel Ángel Jurado Palma, conoció a Eleazar Romo en razón a trabajar el testigo en labores de albañilería y construcción y por ser paisanos de Iles. El predio lo conoció cuando fue a reparar unos grifos de agua resaltando la existencia de una casa y de una cuadra encerrada. Dice que ahora CR es quien tiene la posesión de la cuadra a la que aludió antes y lo sabe porque fue contratado por CR para cerrar el lindero por la parte de atrás, cerramiento que hizo sin que nadie se lo impidiera, salvo una señora a quien no identifica le dijo que se fuera a pasar del lindero hacia arriba. Ante pregunta del apoderado demandante precisa que el muro que dice haber construido por orden de CR lo levantó hace aproximadamente un año y dos meses, *"un año larguito"*. También explica que el arreglo del grifo no fue en el lote sino en la casa de Eleazar Romo quien afirmó tener mando sobre el lote que antes describió como *"cuadra"*.

3.4.4 De las versiones testimoniales recaudadas salta a la vista que no hay exposiciones claras y contundentes que hagan vislumbrar sin dubitación, el ejercicio de la posesión material, ni de la demandante, ni de sus antecesores. Véase cómo se alude a que el lote antes de los actos de RV ni siquiera estaba debidamente cerrado, ni tenía cultivos que pusieran de manifiesto la voluntad consciente de quienes se dice fueron sus titulares de dominio incompleto, salvo que en predio habían unos frutales, cítricos, mandarinas y naranjas, de los cuales no se señala que hayan sido cultivados, pues al parecer más corresponden a árboles propios de la zona. La única que expone haber hecho siembras a nombre de la demandante, pretextando su condición de cuidadora por ella designada, fue la señora Miriam Pascuas, pero con evidente contradicción en su dicho, como lo resaltó la Juzgadora de primera instancia, al decir la testigo que hizo cuatro siembras de frijol, una cada año, lo que implicaría en sana lógica, que la demandante hubiese tenido el predio mínimo por cuatro años, lo que entra en evidente contradicción con lo afirmado por la misma demandante en su demanda. Expone también esa testigo que a su vez hizo dos siembras de frijol por disposición del anterior titular de dominio incompleto Hernando Caro, sin explicitar en qué o por qué hizo esas siembras. Dígase de una vez que llama la atención de la Sala que es la única alusión sobre la presunta relación entre esa testigo y el mentado señor, que la declarante hace, es decir que para Hernando Caro hizo esas siembras, y el testigo Héctor Fernando Jaramillo Benavides sostiene que a Miriam Pascuas, Hernando Caro le pagaba para cuidar el predio, por intermedio del testigo, sin precisar cómo le pagaba o cada cuánto le pagaba, al margen de decir, que unas frutas que se cosechaban, sin precisar tampoco que frutas le quedaban a la cuidadora.

No es entendible para la Sala que la mentada testigo no hubiera puesto de relieve esto en su declaración, y menos cuando refiriéndose a su actuación en defensa de los intereses de los *"dueños del lote"* para nada menciona haber acudido a poner en conocimiento de las posibles perturbaciones por parte del demandado, al señor Caro o a quien sostiene tenía poder de este en relación con el lote Jaramillo Benavides, sino que alude es fundamentalmente a la señora Rosita, de quien sí se examina su precaria titularidad la ostentó hasta el año 1989; en tanto que Caro la tuvo de 1989 a 2005.

Se insiste, Miriam ubica ser cuidadora por cuenta de Rosita y Rosita vendió a Caro e igual acontece con la versión de su hermana Melba Esperanza Flores, más cuando esta última ubica su conocimiento hasta el año 2003.

En la declaración del testigo Jaramillo Benavides, quien afirma haber tenido poder del titular inscrito, inmediatamente anterior a la ahora demandante, se evidencia que ni por este mandatario ni por su mandante se hubieran ejercido verdaderos actos posesorios, pues el mandante no dispuso del predio ni jurídicamente, por vía de arrendamiento de medianería o de contratos anticréticos, ni tampoco directamente cuidados como cierres, cultivos, de hierbas o construcciones, nada se menciona en cuanto al pago de impuestos. Por el contrario se limita a decir que fue a mirar dos o tres veces, y como, ya se dijo los supuestos pagos por cuidados que hizo a Miriam Pascuas, en nada fueron referidos por esta, y vuelve se itera, esta alude en sus versiones esencialmente es a la señora *"Rosita"* quien realmente se llama Rosalba Ricaurte Freire.

En más, Jaramillo Benavides dice que con ocasión de la venta hecha a ARRdeC, le hizo entrega a esta del predio, pero ni el testigo espontáneamente, ni la Jueza de conocimiento ni la parte demandante, esta última que era la más interesada, se preocuparon porque se apuntalara esa expresión genérica de haberse hecho la entrega, puntualizada con las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la misma; menos hay prueba con fundamento en el acto jurídico negocial la demandante, así hubiera sido por un mínimo periodo de tiempo, efectivamente hubiera realizado actos materiales que reflejaran su animus posesorio sobre el corpus en litigio. Memorícese tal como se trajo a colación que la posesión que da junto con los hechos probados de su ejercicio, derechos y los convalida, no es la posesión inscrita, sino la denominada material o verdadera posesión.

Ergo, ni por la vía de la posesión propia de la actora, ni de la eventual suma de posesiones, que no se avizora alegada en el escrito de demanda, y que por lo tanto en esta instancia constituye un hecho nuevo, así se haya querido introducir de soslayo en los alegatos de conclusión en primera instancia y los alegatos en esta segunda instancia, encuentra la Sala que, por parte de la demandante se haya demostrado el segundo ítem del primer presupuesto axiológico de la acción publiciana.

Y es que si bien hay unas pruebas documentales que no son otras que los títulos escriturarios adosados al expediente, títulos que reflejan los actos jurídicos, que a partir de la apertura del folio, generaron la inscripción en la casilla de falsa tradición de las ventas de los derechos posesorios, señalados en la demanda, ni son prueba por

ese solo hecho de los actos posesorios, ni significa haber alegado la suma de posesiones de los antecesores, pues por ser esto optativo del actor, en debates de este raigambre, debe ser invocada expresamente y asumir la carga demostrativa de los actos posesorios de los anteriores poseedores.

Y, en este contexto valorativo, la inspección judicial con apoyo de perito, si bien es cierto que finalmente lleva a la conclusión que queda debidamente identificado y singularizado el bien inspeccionado, como el reclamado por la actora, y está en poder del demandado, también es cierto que conforme a lo observado por la perito, hay siembras hacia los muros, frutas en mal estado no cosechadas y otras en el piso, y la ocupación del terreno por un automóvil, se concluye que no hay una verdadera explotación agrícola pero sí hay ocupación por el demandado. En efecto, media un contrato de arrendamiento con el señor Raúl Burbano y el demandado ha hecho mejoras por el lindero Norte y por el lindero Sur, consistentes respectivamente en una puerta amplia de rejas de hierro y el levantamiento de una pared de ladrillo.

Expone la auxiliar judicial que las siembras de yuca, naranja, plátano, guayaba y café son escasas y sin técnica agrícola, indicando que en su orden que las siembras tienen de tres a cuatro meses, diez meses, ocho meses, ocho meses, y trece meses. Y en cuanto a las construcciones aparte de la anotación que se dejó hecha en el párrafo anterior, dice la perito no puede precisar quien los construyó, pero itera que se hizo el mejoramiento de los linderos.

Como se dijo, con el dictamen se concluye la identidad del predio disputado, la ocupación por el demandado, las mejoras y aparece a petición del apoderado de la demandante el cálculo de los frutos civiles.

En todo caso, se itera, el dictamen pericial da pie para evidenciar que el demandado sí posee el predio litigado, que ha hecho mejoras y que hay unos cultivos relativamente recientes, pero nada dice acerca de explotación económica o mejoras en la época que antecedió a la venta que se le hiciera a la ahora demandante, ni durante el tiempo que pudo pasar una vez hecha la entrega a esta, entrega que tampoco, como se dijo atrás, y para los efectos de este proceso, fue demostrada, salvo la afirmación documental, que por se no es suficiente en el debate procesal y probatorio que aquí nos ocupa.

En cuanto a las mejoras, que según la perito no pudo determinar quién las hizo, en provecho del demandado emerge de la declaración del albañil Miguel Ángel Jurado Palma, quién expone haber hecho un cerramiento en muro por la parte posterior, cerramiento que conforme a la fecha de su declaración en el año 2012, fue hecho durante la ocupación por el demandado. Además, si se hace la lectura de las demás declaraciones solicitadas por el demandado, al margen que los testigos estuvieran errados en cuanto a la identidad del lote conforme a los títulos, lo fundamental es que ese lote sí ha estado, como se confirma también con las declaraciones testimoniales de la contraparte, utilizado y ocupado por el demandado, y que antes de esa ocupación, el predio *"estaba lleno de hierba, hecho monte y allí habían unos árboles frutales"*.

Ello es suficiente para desestimar la apelación en cuanto a las directrices trazadas por el apoderado demandante y al entendimiento acerca de la acción ejercida, entendimiento acogido por la Jueza de instancia, por la parte demandada y también por la Sala en esta instancia.

3.4.5 Como el apoderado de la parte demandante invocó en su favor la prueba trasladada de la Fiscalía 19 Local de Túquerres y del Juzgado Promiscuo Municipal de Imués, prueba que se decretó, se aportó y se valoró en primera instancia, y se insiste en lo que ella pudiera aportar, en esta segunda instancia, previamente ya se dijo no fue allegada atemperándose a las normas de rigor, como enseguida se explicitará con apoyo en jurisprudencia de la Corte³²:

"(...) 2. En relación con la expedición de copias de las actuaciones cumplidas dentro de un proceso judicial, dispone el numeral 7º del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil que las auténticas "requerirán auto que las ordene y la firma del secretario" (se subraya).

A su turno, el artículo 253 de ordenamiento en precedencia citado establece que *"[l]os documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento"*.

³² CSJ SC, 9 nov. 2010, rad. 2002-00364-01

Y el artículo 254 ibídem prevé que “[l]as copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos: 1º. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada” (se subraya).

De conformidad con dichos preceptos, los cuales, valga resaltarlo, son aplicables a los asuntos laborales por la expresa remisión contenida en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en tratándose de actuaciones verificadas en el interior de un proceso judicial, las copias, para que puedan tenerse por auténticas y, por consiguiente, ostenten el mismo valor probatorio que los originales, están sujetas a la satisfacción de dos requisitos: en primer lugar, que su compulsación haya sido ordenada por el juez que conoce del litigio; y, en segundo término, que en cumplimiento de ese decreto judicial, el secretario de la respectiva oficina ateste su identidad con el original o con copia auténtica del mismo que obre en el correspondiente expediente.

Se infiere, pues, que el mérito probatorio de la copia de una actuación procesal que se pretenda hacer valer en otra controversia litigiosa, depende de la verificación que el juez encargado de esta última pueda hacer de la satisfacción de las indicadas exigencias, constatación que, en cuanto hace a la primera de ellas, se puede obtener con la aportación de copia del auto que ordenó las reproducciones o de la constancia misma de autenticación, si en ella se alude expresamente a dicha providencia; y que, respecto de la segunda, se desprende de la comentada nota secretarial.

Esa ha sido la postura de la Corte, recogida en fallo del 22 de abril de 2002, reiterada recientemente en sentencias del 11 de febrero (expediente No. 11001 3103 008 2001 00038 01) y 4 de noviembre de 2009 (expediente No. 15001 3103 004 2001 00127 01). En el primero de tales pronunciamientos, la Sala expuso lo siguiente:

“Sin embargo, para que la copia de la providencia que reconoció a un heredero en el proceso de sucesión, tenga mérito probatorio, es necesario que cumpla las formalidades establecidas en la ley, específicamente que se encuentre autenticada, calidad que, tratándose de actuaciones judiciales, únicamente se puede predicar si el Juez las ha ordenado previamente y, en cumplimiento de ello, el secretario las autoriza con su firma.

“En efecto, de conformidad con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, ‘Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original,..., 1o. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada’, norma que guarda concordancia con el numeral 7º del artículo 115 del mismo estatuto, a cuyo tenor, ‘Las copias auténticas requerirán auto que las ordene y la firma del secretario’ (se subraya).

“Se trata, entonces, de un acto mixto o, si se quiere, de naturaleza compleja, habida cuenta que la autenticación de la copia de un documento que obre en un expediente judicial, reclama la participación del Juez, en orden a posibilitar –mediante providencia previa– que la copia sea expedida con tal carácter, así como del secretario del respectivo Juzgado, quien cumple la función de ‘extender la diligencia de autenticación directamente o utilizando un sello’, precisando ‘que el contenido del documento corresponde exactamente al que tuvo a la vista’, según lo establece el artículo 35 del Decreto 2148 de 1983, tras lo cual procederá a suscribirla con firma autógrafa, que es en lo que consiste la autorización propiamente dicha.

“Establecidas, pues, las condiciones bajo las cuales debe producirse este tipo de prueba, para que ella tenga mérito probatorio, se requiere que exista constancia de que los dos actos se verificaron, esto es, tanto el relativo a la orden del Juez, como el concerniente a la autorización del Secretario, dada la estrecha y acerada vinculación que existe entre uno y otro. En tal sentido, la sola presencia del último, ayuna de toda referencia a la señalada actuación judicial, no permite otorgarle a una copia la calidad de autenticada, puesto que, en tal supuesto no hay forma de verificar si, efectivamente y como al unísono lo disponen los citados artículos 115 (num 7º) y 254 (num. 1º), la reproducción de esas copias fue ordenada por el respectivo Juez, quedando sin demostración no sólo la existencia de la supraindicada providencia, sino aún el hecho mismo de que ella hubiera sido expedida con anterioridad al momento en que el secretario procediera a acometer la comentada labor de autenticación, todo lo

cual lleva a concluir que, en la hipótesis así planteada, de conformidad con el artículo 174 de la misma codificación, no habrá lugar a apreciar como prueba las copias en esta forma autenticadas, máxime cuando, acorde con el propio artículo 115, numeral 5º, frente al único evento en que el secretario puede prescindir de la mencionada orden judicial, es decir, entratándose de la expedición de copias simples, éstas 'no tendrán valor probatorio de ninguna clase' (Cas. Civ., sentencia del 22 de abril de 2002, expediente No. 6636; se subraya).

3. Se deduce de lo precedentemente consignado que, ciertamente, como lo denunció el recurrente, el Tribunal incurrió en el error de derecho advertido en la primera parte del cargo en estudio, como pasa a elucidarse.

3.1. Las copias remitidas por el Secretario del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Manizales al Tribunal, en atención al decreto oficioso de pruebas memorado al inicio de estas consideraciones, no dan cuenta de la satisfacción de la formalidad atinente con que su expedición hubiese estado precedida de orden impartida por el titular del Despacho, sino solamente de la segunda -la atestación del Secretario de que las reproducciones mecánicas son fiel copia de los originales que tuvo a la vista y que forman parte del proceso ordinario laboral que se adelantó en dicha oficina-.

3.2. El vacío demostrativo advertido en el punto anterior obedece a que entre las copias recibidas no figura la del auto contentivo del mandato de su compulsación, ni la constancia secretarial de autenticación hace la más mínima referencia o alusión al mismo"

En aplicación de la preceptiva normativa analizada por la Corte al caso que nos ocupa, tenemos que, efectivamente en el auto que abrió pruebas el proceso, entre las pruebas de la parte demandante³³ y entre las pruebas de la parte demandada³⁴, se ordenaron como trasladadas respectivamente copias auténticas de la totalidad del expediente del proceso abreviado posesorio N° 2007-00001 y 2009-0052 y a la Fiscalía 18 local de Túquerres lo relativo a la existencia de la actuación penal contra CARV. Los despachos requeridos efectivamente remitieron los expedientes referenciados: el Juzgado Promiscuo Municipal de Imués (Nariño) según oficio 0242 del 29 de marzo de 2012 que aparece con nota de recibido de fecha 9 de abril de 2012 por el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres, obrante al primer folio no numerado del denominado cuaderno de pruebas trasladadas y oficio N° 058 de fecha 12 de abril de 2013 con nota en el anverso 17 de marzo de 2013, también glosado en el respectivo cuaderno con 65 folios al cuaderno de pruebas trasladadas; y con constancia de que en ambos casos se trata de copias auténticas.

Bajo estas constancias acabadas de referenciar y con la firma de la Secretaría del Juzgado Promiscuo Municipal de Imués y del asistente del Fiscal II, podría a primer golpe de vista y con el antecedente del decreto de dicha prueba, que la misma satisface a cabalidad la preceptiva que rige su aducción de los procesos primigenios a la nueva lid procesal, pero lo cierto es que la correspondiente preceptiva quedó a mitad de camino, lo que imposibilita su valoración, so pena de incurrir en un error de derecho en materia probatoria. Ello, porque, iterando el soporte jurisprudencial memorado, *"Se trata, entonces, de un acto mixto o, si se quiere, de naturaleza compleja, habida cuenta que la autenticación de la copia de un documento que obre en un expediente judicial, reclama la participación del Juez, en orden a posibilitar –mediante providencia previa- que la copia sea expedida con tal carácter, así como del secretario del respectivo Juzgado, quien cumple la función de 'extender la diligencia de autenticación directamente o utilizando un sello', precisando 'que el contenido del documento corresponde exactamente al que tuvo a la vista', según lo establece el artículo 35 del Decreto 2148 de 1983, tras lo cual procederá a suscribirla con firma autógrafa, que es en lo que consiste la autorización propiamente dicha"*.

Por eso el Juez que conoce de la segunda controversia litigiosa en la cual se quieran hacer valer pruebas trasladadas de otras iníciales, como ocurre en este caso, así sea entre las mismas partes, solo les puede conferir mérito probatorio, si verifica que obran no solo las copias con firma del Secretario o del asistente en el caso de la Fiscalía, sino que también obra copia del auto que ordenó las reproducciones o de la constancia misma de autenticación, si en ella se alude expresamente a dicha providencia; lo que en las copias adosadas como prueba

³³ Auto de sustanciación 0107 del 13 de febrero de 2012, literales h) e i) del ordinal 1ª DOCUMENTALES.

³⁴ Auto de sustanciación 0108 del 13 de febrero de 2012, literales d) y e) del ordinal 1ª DOCUMENTALES.

trasladada no acontece, pues ni el Juzgado de origen, ni la Fiscalía expedieron el respectivo auto disponiendo la expedición de las copias auténticas, ni en la nota secretarial se alude a que tal providencia se hubiera emitido y en virtud de ella se procedía a expedir las plurimentadas y cuestionadas copias. En conclusión tal prueba trasladada no puede ser tomada en cuenta, pues sólo pueden serlo las que fueron oportuna y regularmente aportadas al proceso.

3.5 DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

3.5.1 Habida cuenta que la parte demandante pese a que como ya quedó anotado, tanto para la contraparte como para la Jueza A quo y para esta Sala, la acción que ejerció fue la publiciana, en los alegatos de conclusión en primera instancia quiso relieves haber acudido al órgano jurisdiccional por la vía de la acción reivindicatoria, y en sus alegatos ante esta Corporación, al hacer el ataque bifronte al que se aludió delantamente al desatar este recurso, enfiló ese ataque con fundamentos relativos a esta última acción, de todo lo cual estima la Sala, en todo caso, se debe responder a ellos en los siguientes términos:

3.5.2 En primer lugar para viabilidad de esta acción se han de cumplir los supuestos esenciales, en los términos que expone la Corte Suprema de Justicia:

"a) De la exposición de las anteriores premisas se infieren los supuestos esenciales que han de acreditarse para la prosperidad de la acción reivindicatoria, a saber: a) derecho de dominio en cabeza del actor; b) posesión del bien materia de la reivindicación por parte del demandado; c) identidad del bien poseído con aquel cuya recuperación se pretende; y d) que se trate de una cosa singular o de cuota proindiviso de cosa singular"³⁵.

3.5.3 En el caso en concreto, como bien lo señaló el apoderado de la parte demandante en su escrito de corrección para que la demanda fuera admitida, respecto del hecho primero, puso de presente que la actora "es poseedora inscrita, y en este punto queda aclarado el hecho "1º" en cuanto no es propietaria con título de dominio sino poseedora inscrita por haber adquirido el inmueble con justo título", lo que en las consideraciones anteriores respecto del estudio de la acción publiciana, se dejó establecido. Por lo tanto, con ello es suficiente para descartar la satisfacción del supuesto del literal a) previsto en la Ley y memorado en el aparte jurisprudencial citado.

3.5.4 Ahora bien, tampoco desconoce la Sala, conforme a jurisprudencia de la misma Corte, que el poseedor inscrito en algunos eventos puede ejercer la acción reivindicatoria, como a continuación se explicita en los dos primeros eventos:

"(...)

- Se halla cumplido el plazo señalado por la Ley para la usucapión ordinaria y el usucapiente ha obtenido sentencia declarativa de pertenencia a su favor, la cual fue debidamente registrada. En este caso, existe la acción reivindicatoria general y no hay lugar a ejercer la acción reivindicatoria especial del artículo 951 del Código Civil. El poseedor regular ha adquirido por usucapión el dominio de la cosa y una decisión judicial, así lo ha declarado.

- El poseedor regular, o sea, el poseedor con justo título y buena fe, y tradición si existe el título traslativo de dominio, ha cumplido íntegramente el plazo señalado por la ley para la usucapión ordinaria, pero ésta no ha sido declarada judicialmente, y se ve privado de la posesión material de la cosa. En este caso, existe también la acción reivindicatoria general. No es necesario que el demandante haya ejercitado previamente la acción declarativa de pertenencia por usucapión. Habiéndose consumado la prescripción adquisitiva y adquirido por este medio el dominio, la acción reivindicatoria puede ejercitarse prósperamente contra quien alega una posesión fundamentada en título posterior al presentado por el actor. Precisamente uno de los efectos propios de la usucapión es conferir al prescribiente acción para exigir la restitución de la cosa en caso de que vea privado de su posesión.

³⁵ CSJ SC, 3 oct. 2014, Rad. 1997-13031-01

- El poseedor regular no ha cumplido íntegramente el lapso necesario para la usucapión ordinaria y se ve privado de la posesión. No habiéndose consumado todavía la usucapión no ha adquirido por este medio el dominio de la cosa y por tanto no puede ejercitar la acción reivindicatoria que solo corresponde al dueño.

En este último caso la ley, por razones de equidad, ampara al poseedor regular mediante la acción reivindicatoria especial consagrada en el artículo 951 del Código Civil (acción publiciana)”³⁶.

El primer evento ni el segundo son los del caso en concreto, en cuanto ni obra acreditación que previamente se le hubiera declarado la prescripción adquisitiva, ni tampoco comprobó que hubiera cumplido íntegramente el plazo señalado por la ley para la usucapión ordinaria, y que hubiera sido privada de la posesión material de la cosa, menos en este último caso cuando ni invocó la suma de posesiones en debida forma, aunado que al margen de ello no satisfizo la carga de probarla y ni siquiera probó la material de sí misma.

3.5.5 Ahora, en cuanto a la crítica que se hace por la parte demandante acerca de la no exigencia adjetiva de indicar la clase de acción, lo cierto es que, entre los requisitos de la demanda, lo pretendido debe expresarse con precisión y claridad, por lo que bien hizo la Jueza, en ejercicio del control que legalmente debe hacer como directora del proceso, advertir que tal precisión se encuentra ausente y de entrada exigirla, como en efecto se hizo en este caso. Porque si bien es cierto que los dispensadores de justicia pueden dentro de márgenes razonables interpretar la demanda, cuanto mejor es que, en asuntos como los de esta naturaleza, donde prima la regla dispositiva, sean los mismos interesados los que encaucen al funcionario conforme a su legítimo querer, más cuando lo hacen a través de apoderados con amplio conocimiento de los asuntos que asumen. No se desconoce con la actuación hecha por la Jueza, que puede darse el caso, que si previamente no se buscó esa precisión, y finalmente, llegado el momento de resolver, deba más que pueda, hacer uso de las posibilidades interpretativas, siempre limitadas por casos donde pese a sus esfuerzos no logren desentrañar el querer de las partes. Pero se insiste, lo mejor y más prudente es que en la etapa de la litis contestatio, se puntualicen los verdaderos alcances de los pedimentos ante el órgano jurisdiccional³⁷.

En el caso concreto así lo hizo la falladora de primera instancia y así también lo avala la Sala, bajo el entendido que la acción incoada era la publiciana y no la reivindicatoria.

3.5.6 A lo anterior agréguese que, trabada la litis sobre la precisión hecha por el apoderado demandante en los términos en que lo hizo al dar cumplimiento al requerimiento inicial de la falladora de instancia, es obvio que esa precisión ata a la juzgadora y evita interpretaciones, que inclusive al percibirlas, prefirió que se las definieran y además encauza también las defensas de la contraparte, delimitando en el desarrollo del proceso el aspecto probatorio, en cuanto a pertinencia y conducencia, trazando al momento de fallar el marco del respeto a la congruencia, confiando en la buena fe de las partes, buena fe que no solo se aplica a los actos sustantivos sino también a los actos procesales, que como tales y en virtud del respeto al acto propio, han de observar los contratantes, o, si es en el proceso, los contendientes procesales. En el punto téngase presente lo siguiente:

“(…) 5.3. Como es pertinente colegirlo, el ejercicio de las acciones judiciales y la realización de las actividades que luego de iniciadas se efectúen en virtud de ellas, son comportamientos que también están sometidos al imperio de artículo 83 de la Constitución Política. Significa lo anterior que en los litigios, los intervinientes, independientemente de la posición que ocupen, deben desempeñarse con respeto en relación con sus actuaciones anteriores, ya sea que ellas se hayan verificado por fuera del proceso o en su interior, de modo que su gestión sea siempre un reflejo de la coherencia.

³⁶ CSJ SC, fecha 2 de diciembre de 1954, G.J. T CXXXIX pág. 161.

³⁷ “ (...) b) Quiérese destacar, entonces, que cuando la demanda genitora del proceso sea oscura, imprecisa o vaga, gravita sobre el juzgador, no una mera potestad de interpretarla, sino el deber de hacerlo, por supuesto dentro de los límites establecidos en la ley con miras a precisar sus verdaderos alcances, labor a la que sólo pueda sustraerse cuando la confusión sea de tal magnitud que, pese a sus esfuerzos, no logre desentrañar sus alcances sin alterar el contenido objetivo, pues es obvio que en tal caso, en lugar de cumplir con su cometido, estaría sustituyendo la voluntad del demandante y trocando, a su antojo, el objeto del litigio” CSJ. SC, 17 abr. 1998, rad. 4680

Por consiguiente, en desarrollo de los derechos de acción y de defensa, las partes de un proceso no pueden, sin mediar una justificación legalmente atendible y, mucho menos, de manera intempestiva e inconsulta, actuar en contravía de la posición que con anterioridad asumieron, así la nueva postura sea lícita, si con ello vulneran las expectativas legítimamente generadas en su contraparte o en los terceros, o los derechos de una y otros.

Es pertinente entender, en consecuencia, que la efectiva aplicación del principio de la buena fe y de la regla que de él se deriva que nos compele a respetar los actos propios, garantizan que los procesos judiciales, en general, y los actos que en desarrollo de ellos se realicen, en particular, sean siempre expresión de probidad, corrección, transparencia y coherencia, y que, por ende, no se utilicen para propósitos diversos, en perjuicio de la contraparte o de la propia administración de justicia”³⁸.

3.5.7 Y es que bien pudo la parte, si finalmente no hubiera tenido la claridad suficiente, como la tuvo al presentar la demanda y luego reafirmarla en el escrito de corrección, que la Juez requirió para explicitar su interés en que el cauce de su accionar procesal fuese el de la vía publiciana, hacer uso de la acumulación objetiva de pretensiones, regulada en nuestro estatuto procesal en el artículo 82, que se justifica por razones de economía y justicia, y que abre la posibilidad de alcanzar el resultado del proceso a través de las mismas pruebas³⁹, lo que no hizo oportunamente, y en sentir de la Sala quiso remediarlo en etapas procesales como los alegatos de conclusión en primera instancia y la sustentación de la alzada; o sea, cuando ya las reglas de la eventualidad y la preclusión se convertían en valladar para su propósito.

Como así, es decir por la vía de la acumulación de pretensiones, no lo acotó, tampoco oficiosamente bajo la pretextada interpretación, puede esta Sala o podía la Jueza, avalar los alegatos en el sentido que se expuso por el apoderado demandante y que se estudia ahora, pues retomando el punto de la congruencia, hacerlo iría en contravía de lo que incluso, en fallo de casación que en seguida se cita en lo pertinente, puso de presente la Corte cuando habiéndose en ese evento alegado la acción reivindicatoria, interpretando la demanda resolvió el Tribunal al desatar la apelación, conceder las pretensiones al amparo de la publiciana. Al efecto en lo pertinente se cita:

*“Es evidente que en el caso **sub judice** el actor dedujo la acción reivindicatoria que consagra la ley en favor del verdadero dueño de la cosa (C.C., artículos 946 y 950). Así aparece claramente en la parte petitoria del libelo, pues no sólo se pide la restitución del inmueble, sino que se demanda la declaración de dominio a favor del actor. Y en los hechos invocados como fundamento de la acción, se afirma reiteradamente la condición de dueño en el demandante.*

El Tribunal, estimando con razón que los títulos presentados por el actor no acreditaban propiedad sobre inmueble, negó la acción de dominio, pero dedujo la acción publiciana consagrada en el artículo 951 del C.C., que es una reivindicación especial concedida al poseedor regular que ha sido privado de la posesión y que estaba en vía de usucapir.

*Aun cuando ambas acciones persiguen el mismo objeto, la una exige en el actor la calidad de dueño, mientras que la otra sólo requiere su condición de poseedor regular. Hay, pues en cuanto a la **legitimatio ad causam activa** – presupuesto de la acción-, fundamental diferencia entre las dos. Y por ende la **causa pretendi** es distinta según se ejercite una u otra.*

Así, pues, la acción reivindicatoria corresponde al dueño de una singular a quien se ha privado de la posesión material.

“Se concede la misma acción- dice el artículo 951 del C.C.- aunque no se pruebe dominio al que ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción”.

...

³⁸ CSJ SC fecha 8 de noviembre de 2013, M.P Arturo Solarte Rodríguez

³⁹ CSJ SC, 3 oct. 2014, rad. 1997-13031-01

...Precisadas las diferencias de las dos acciones, conviene advertir que ellas no pueden ejercitarse conjuntamente sino en forma subsidiaria o condicional, pues no se concibe que el actor afirme al mismo tiempo su carácter de dueño del inmueble reivindicado, y su condición de poseedor regular en vía de ganarlo por usucapión.

En el caso examinado el actor sólo promovió la acción reivindicatoria general, bajo el supuesto de que sus títulos acreditaban dominio sobre el inmueble reivindicado. La acción publiciana no fue incoada en forma principal o subsidiaria.

*Por todo lo anterior se concluye que el sentenciador falló **extra petita** al aceptar la acción del artículo 951 del C.C, que no había sido pedida por el actor y se hallaba fuera de la litis contestatio. Se alteró por el juzgador la **causa pretendi** y se cambió la acción deducida entre los litigantes. Por lo cual debe prosperar la causal segunda invocada y casarse el fallo recurrido para pronunciar en su reemplazo sentencia absolutoria respecto de la demanda reivindicatoria, ya que por este aspecto son válidas las razones del Tribunal para negarla.”⁴⁰*

3.6 En conclusión, habiéndose ocupado la Sala de estudiar los argumentos del recurso de alzada en todos sus aspectos torales, y no encontrándolos fundados, ora por la vía de la publiciana ora por la postrera y extemporánea reivindicatoria, el fallo de instancia habrá de confirmarse.

3.7 Atendiendo a lo previsto en el artículo 392 del C. de P. Civil numeral 1º en armonía con lo normado en los numerales 3º y 9º de la misma norma, amén de la réplica del recurso, se condenará en costas a la parte apelante, tasándose como agencias en derecho en ésta segunda instancia, la suma correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente, suma que habrá de tomarse en cuenta al momento de la respectiva liquidación.

4. DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, SALA CIVIL FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del cuatro (4) de febrero de 2015, proferida por Juzgado Civil del Circuito de Túquerres, dentro del presente proceso Ordinario instaurado por ARRDEC contra CERV.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a ARRDEC a favor de CERV.

En la liquidación inclúyase por concepto de agencias en derecho la suma de SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$644.350,00).

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

Los Magistrados,

FRANKLIN TORRES CABRERA

FABIO RAUL LÓPEZ CHAVES

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ

⁴⁰ CSJ- SC, fecha 2 de diciembre de 1954, M.P. Manuel Barrera Parra, GJ N° 2149, pág.262.

UNIÓN MARITAL DE HECHO Y SOCIEDAD PATRIMONIAL – PAREJAS DEL MISMO SEXO: Requisitos. / EFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD – SENTENCIA C-075 DE 2007 : Aplicación general, inmediata, hacia el futuro, pero con retrospectividad./ UNIÓN MARITAL DE HECHO Y SOCIEDAD PATRIMONIAL - Aplicación retrospectiva de la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005 - Efectuado en conjunto, bajo las reglas de la sana crítica, el análisis del material probatorio obrante en el proceso, se considera que se cumplen los presupuestos para la constitución de una unión marital de hecho y su consecuencial sociedad patrimonial entre compañeros del mismo sexo desde su surgimiento, siendo procedente su declaratoria y posterior disolución y liquidación por la muerte de uno de ellos, y teniendo en cuenta que conforme lineamientos jurisprudenciales, es posible concluir que la Ley 54 de 1990, con las modificaciones de la Ley 979 de 2005, tiene aplicabilidad frente a uniones maritales de personas del mismo sexo conformadas antes de su pronunciamiento y que continuaron con posterioridad a esta, en virtud de los efectos retrospectivos derivados del pronunciamiento judicial de constitucionalidad, contenido en la sentencia C-075 de 2007./

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL FAMILIA**

Magistrado Ponente: Dr. FRANKLIN TORRES CABRERA

Acta N° 681

Pasto, veintinueve (29) de octubre de dos mil quince (2.015)

I. ASUNTO A TRATAR

Se decide el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Pasto, el día veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015), dentro del PROCESO ORDINARIO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE UNIÓN MARITAL DE HECHO Y DE SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES instaurado por..., a través de apoderada judicial, en contra de..., en condición de HEREDERA DETERMINADA del causante ... y de los HEREDEROS INDETERMINADOS del mismo.

II. ANTECEDENTES

2.1 DEMANDA¹

2.1.1 De las pretensiones

Pretendió el demandante, en forma principal, que se declare la existencia de la unión marital de hecho entre los señores ... y ... (q.e.p.d.), en el periodo comprendido entre el quince (15) de abril de dos mil cuatro (2004) y el nueve (9) de mayo de dos mil diez (2010), fecha del fallecimiento de éste último.

Consecuencialmente, pidió que se declare la existencia de la sociedad patrimonial entre los mencionados compañeros permanentes, durante el periodo precitado; disponiendo, además, la disolución y posterior liquidación de la misma.

¹ Folios 1-11 cuaderno 1

Igualmente, en caso de la oposición de la parte demandada, se disponga la condena en costas con inclusión de las agencias en derecho.

2.1.2 Del fundamento fáctico

En sustento de sus pretensiones, la parte demandante expuso los supuestos fácticos que, de acuerdo a su pertinencia y lectura armonizada del escrito genitor, a continuación se sintetizan:

1. Entre los señores ... y ... (q.e.p.d.), se constituyó unión marital de hecho en el periodo comprendido entre el 15 de abril de 2004 y el 9 de mayo de 2010, fecha última en la que falleció el segundo nombrado.
2. En el transcurso del periodo mencionado, los acotados ex compañeros permanentes una serie de actos que los acredita como pareja, entre los cuales se encuentran los constantes viajes a diversos destinos nacionales con ocasión de las labores desempeñadas por el occiso para la aerolínea ..., teniendo como beneficiario de dichos servicios al actual libelista, existiendo de ello registros fotográficos y notas personales.
3. El 15 de abril del año 2004, en procura de la necesidad del difunto de domiciliarse en Pasto a consecuencia de un traslado laboral, la mencionada pareja inició su convivencia, como arrendatarios, en el Barrio... . Con posteridad, el 25 de julio de 2006, se trasladaron con anuencia mutua al apartamento ubicado en ... de la misma ciudad, distinguido bajo el No....
4. A lo largo de su estadía en cada una de sus viviendas, la pareja adelantaba frecuentes reuniones tanto familiares como sociales, con el círculo de personas con quienes frecuentaban y compartían su relación.
5. A partir del mes de marzo de 2010, los mencionados convivieron con la madre (quien les brindó apoyo desde el momento de su domicilio en Pasto) y el hermano menor del libelista, siendo testigos de primera mano de la relación entre los nombrados compañeros.
6. La demandada, señora..., junto con sus demás hijos visitaban frecuentemente a la pareja en el lugar de su residencia.
7. El 9 de mayo de 2010, falleció el señor..., en las instalaciones de la Clínica Fátima de Pasto, generando, como consecuencia, la terminación de la unión marital de hecho y la disolución de la sociedad patrimonial habida entre los mencionados, producto del trabajo, socorro y ayuda mutua entre los mismos.
8. Sin embargo, los familiares del referido causante ordenaron al demandante el desalojo del inmueble adquirido entre los compañeros permanentes en el transcurso de 6 años de convivencia, arrebatándole, además, los bienes muebles adquiridos durante el mismo periodo.

2.2 ADMISIÓN Y NOTIFICACIONES

El conocimiento del asunto correspondió, por reparto, al Juzgado Primero de Familia del Circuito de Pasto, el que, mediante auto del 29 de julio de 2010², admitió la demanda, imprimiéndole el trámite de proceso declarativo de mayor cuantía, ordenó la notificación de los demandados, disponiendo para tal efecto el emplazamiento a través de edicto del extremo pasivo.

Con posteridad, la demandada..., concurrió al trámite por medio de apoderado judicial y se notificó personalmente del auto admisorio del libelo el 27 de septiembre de 2010³.

A su vez, surtido el emplazamiento de los herederos indeterminados del causante..., se les designó curador ad litem con quien se surtió la notificación del auto admisorio de la demanda y contestó la demanda el día 18 de junio de 2013⁴.

² folios 28-31 ibídem

³ Folio 35 ibídem

⁴ Folio 125 cuaderno segundo de juzgado

2.3 CONTESTACIONES

2.3.1 La señora..., en su calidad de heredera determinada del causante..., describió el traslado de la demanda, oponiéndose a las pretensiones, negando los hechos primero, decimosexto, vigésimo primero y vigésimo segundo y dijo no constarle los hechos segundo a duodécimo, decimocuarto, decimoquinto, decimoséptimo, decimoctavo y vigésimo.

En relación con el hecho duodécimo, además de decir no constarle, agregó que es cierto que la familia del señor ... y, principalmente, su madre..., lo visitaban con frecuencia; además, debido a la edad y situación económica de ésta, el mencionado velaba por sus necesidades económicas, consignándole dinero en forma quincenal en una cuenta bancaria a nombre de la hermana del occiso, y la tenía afiliada como su beneficiaria en el Sistema de Seguridad Social.

Por otra parte, advirtió que resulta impropio a la realidad fáctica que pretenda derivarse una relación sentimental de una simple relación de naturaleza personal, pero que no ostentaba nada más que netos lazos de amistad.

Por lo anterior, concluyó que al no ser posible la declaración de la unión marital de hecho pretendida, resultaría imposible hablar de la formación de una sociedad patrimonial aunada a su posterior disolución y liquidación.

Protestó el hecho que las pruebas aducidas por la parte demandante no le hubieran sido debidamente entregadas en el traslado y anunció posibles acciones penales, con ocasión de las manifestaciones y pruebas de la demanda. Además, aportó y solicitó pruebas en su defensa y propuso dos excepciones de mérito que denominó *"INEXISTENCIA DE LA PRESUNTA UNIÓN MARITAL DE HECHO"* y *"LAINNOMINADA"*.

La primera de las excepciones propuestas, la fundamentó en que no es posible que se declare que entre .. y ... existió una unión marital de hecho y, por ende, la formación de la institución de la familia, por cuanto fáctica y sustancialmente no se concretan o evidencian los requisitos del artículo 42 de la Constitución Política, de la Ley 54 de 1990 y de la ley 979 de 2005, como tampoco se da cumplimiento de los requisitos exigidos por la Corte Constitucional en la sentencia que declaró la exequibilidad condicionada de dicha ley.

En cuanto a la segunda excepción, indicó que en caso de que en el desarrollo del proceso resulte probada otra excepción, la misma se declare probada.

2.3.2 El curador ad litem de los herederos indeterminados del causante ... contestó la demanda sin oponerse a las pretensiones formuladas por la demandante siempre y cuando resulten plenamente demostrados en el proceso los hechos que las sustentan.

2.4 TRÁMITE

2.4.1 Una vez trabada la litis, el A quo impulsó el proceso, mediante auto proferido el 17 de julio de 2013⁵ y dispuso correr traslado a la parte demandante de las excepciones de mérito formuladas por la heredera determinada....

2.4.2 Mediante auto calendarado 5 de agosto de 2013, procedió a fijar fecha y hora para la celebración de la audiencia prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil⁶, llevada a cabo el 17 de septiembre de 2013.

2.4.3 Con posterioridad, por medio de auto dictado el 24 de octubre de 2013, se abrió a pruebas el proceso, decretando las que habían sido aportadas y solicitadas por los litigantes.⁷

2.4.4 El 20 de febrero de 2015, se clausuró el debate probatorio, concediendo el término legal para alegar de conclusión⁸, oportunidad que venció en silencio.

⁵ Folio 130 ibídem

⁶ Folio 131 ibídem

⁷ Folios 137 a 139 ibídem

⁸ Folio 177 ibídem.

2.5 SENTENCIA RECURRIDA⁹

El Juzgado Primero de Familia del Circuito de Pasto, mediante sentencia proferida el 27 de mayo de 2015, declaró no prósperas las excepciones propuestas por la parte demandada; declaró la existencia de una unión marital de hecho entre los señores... y ..., con la consecuencial existencia de la sociedad patrimonial surgida entre los compañeros permanentes, durante el periodo comprendido entre el 15 de abril de 2004 y el 10 de mayo de 2010; además, decretó la disolución y dispuso la liquidación de la misma por los medios legales previstos para tal efecto; seguidamente, ordenó la inscripción de la decisión en los correspondientes folios de registro civil de nacimiento; finalmente condenó en costas a la parte demandada, a favor de su contrincante vencedor.

Cimentó el juzgador de instancia las anteriores determinaciones, expresando que del análisis del proceso se llegó a la conclusión de que se encuentran cumplidos los presupuestos que determinan la configuración de una unión marital de hecho entre el demandante ... y el señor ... (q.e.p.d.) y que efectivamente tal unión perduró por más de dos años.

Además, señaló que por no existir entre la pareja ningún impedimento legal para contraer matrimonio, se dan por cumplidos los presupuestos vertidos por la Corte Constitucional en sentencia C-075 de 2007, referente a que el régimen contemplado en la Ley 54 de 1990, se extiende a las parejas del mismo sexo, es decir, las parejas, sin importar su inclinación sexual, que cumplan con las condiciones previstas en la ley, referentes a la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos (2) años en socorro y ayuda mutuos, acceden al régimen de protección dispuesto por la norma, pudiendo acudir a la declaratoria de la existencia de unión marital de hecho con el consiguiente surgimiento de una sociedad patrimonial, que al terminarse concede el derecho de declarar su disolución y liquidación por los correspondientes e idóneos medios legales.

Una vez historiado el asunto, verificados los presupuestos procesales y con apoyo en precedentes jurisprudenciales, en la confrontación de las versiones testimoniales transcritas ampliamente, unas, las de la parte demandante, recogidas directamente en el Juzgado de conocimiento, en tanto que otras, las de la parte demandada, recepcionadas ante el Juzgado de Familia Piloto de la ciudad de Cali.

Reseña el fallador de primera instancia que algunos de los testigos son unánimes en poner de presente la condición personal en cuanto a sus inclinaciones sexuales de los señores ... y ... y la continuidad y permanencia pública de ellos y del trato correspondiente como verdaderos compañeros permanentes.

De otra parte, otros testigos niegan la existencia de vínculo entre... y ..., incluso poniendo de presente que el primero de ellos era muy reservado en sus asuntos personales y que a ... ni siquiera lo conoce.

Un tercer grupo expone que si bien hubo relación entre los presuntos compañeros, la misma la tildan de "amantes" pues no fue continua y otro testigo expone que la relación no trascendió de una simple amistad, al punto que ... tenía una relación con otra persona.

Para el Juez del conocimiento, las versiones testimoniales recaudadas por cuenta de la defensa, de las cuales pone de presente provienen de familiares en distintos grados y líneas de parentesco del fallecido ... corresponden además a personas sin la suficiente proximidad y continuidad de las vivencias de las partes, entre otras razones por su sitio de residencia, distante de la ciudad de Pasto, donde tales vivencias se afirma existieron, además, encuentra contradicciones e impresiones en sus decires¹⁰.

En ese entendido, estima de mayor credibilidad los testimonios del círculo más cercano a los pretensos compañeros, recabando en que por la particularidad de esa relación, la misma suele reservarse o trascender solo para quienes están más involucrados con ellos y no necesariamente, como ocurre en las relaciones tradicionales, para sus familiares cercanos, trayendo también a colación que por lo mismo la publicidad en aquellas relaciones conduce a que la intimidad sea más notoria que la publicidad.

⁹ Folios 179 a 197 ibidem.

¹⁰ Folios 188 continuación cuaderno 1 del Juzgado.

Recaba que justamente por eso, los parientes del fallecido, ni siquiera fueron requeridos para auxiliar a éste en su enfermedad, sino que acudió a la madre del susodicho compañero señora... , de quien se acepta incluso por la testigo de la parte demandada ..., tenía elementos personales en el apartamento del fallecido y que por..., pariente del fallecido, quiso justificar la presencia de esos elementos y de la nombrada..., como mecanismo para atraer por parte de ... a

Por otro lado, las pruebas documentales aportadas por la demandada en su escrito de contestación de la demanda, referente a diferentes obligaciones que el señor ... hubiere cancelado individualmente, no tiene la fuerza para desvirtuar la relación de pareja en nada aportan al desprestigio de las pretensiones del actor, y no aportan en concreto sobre el objeto de la presente litis, sino más bien, permiten observar que el señor..., administraba y disponía de sus bienes en forma personal.

Por el contrario, los documentos aportados por la parte actora guardan estrecha relación con lo dicho en las declaraciones por los testigos de cargo, como, por ejemplo, las fotografías que aporta el demandante y que más tarde darían cuenta los declarantes sobre los viajes que soportan; igualmente las cartas que el señor ... enviaba a ..., las cuales soportan hechos que los testigos describen en la vida de la pareja, como algunos contratiempos que tuvieron, el tiempo de duración de la relación, etc. Llama la atención en estas cartas dirigidas por ...a su presunto compañero..., de recalcarle los 6 años vividos juntos y las cosas en común que disfrutaban, como la cocina, la casa, el desayuno, la bicicleta, la finca de recreación, entre otros.

INTERROGATORIO DE PARTE: se dispuso escuchar en interrogatorio de parte tanto al demandante como a la demandada, ésta última no concurrió a la diligencia fijada para el 12 de diciembre de 2013, entre tanto que el señor ... lo hizo en la misma fecha y se ratificó en todo lo dicho en su escrito demandatorio.

La no asistencia al interrogatorio de parte, de conformidad con el artículo 210 del Ordenamiento Procesal Civil, hace presumir, ciertos los hechos susceptibles de pruebas de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito; la misma presunción se deducirá respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca.

Concluye de la valoración individual y conjunta de los medios de prueba, que éstos aportan la certeza necesaria acerca de la existencia y naturaleza de la relación de pareja que, según afirmación de la parte demandante, existió entre el extinto ... y ... evidenciándose la voluntad responsable de mantener una comunidad de vida con los requisitos de singularidad, publicidad y permanencia, previstos en la ley para obtener el reconocimiento de vida familiar y los efectos patrimoniales de la Ley 54 de 1990.

De la prueba documental se obtiene que la unión marital cuya declaratoria se pretende, tiene como protagonistas a dos individuos del mismo sexo, quienes para la época en que se aduce inicio su convivencia, superaban la pubertad y eran solteros, sin impedimento alguno para conformarla.

2.6 RECURSOS DE APELACIÓN

Oportunamente presentado¹¹, ampliado¹² y legalmente concedido¹³ a instancia de la parte demandada, una vez admitidos por esta Corporación¹⁴ y anunciado el traslado de rigor¹⁵, se suscitó la oportuna intervención de la demandada..., a través de su apoderado judicial, quien planteó su inconformidad con la decisión de primer grado y persigue la revocatoria de la misma, en su la integridad, para que, en su lugar, se declaren probadas las excepciones formuladas, expresando lo que a continuación se sintetiza:

¹¹ Folios199-200ibídem

¹² Folios201-204ibídem

¹³ Folios223-227ibídem

¹⁴ Folio 4 del cuaderno del Tribunal

¹⁵ Folio 7 ibídem

En relación a la unión marital de hecho declarada entre su fallecido hijo y el demandante..., además del surgimiento de una sociedad patrimonial entre los supuestos compañeros permanentes, señaló que la jueza de instancia sustentó su decisión con base en las pruebas aportadas por la parte demandante, dando total credibilidad a sus relatos y dejando de lado el análisis de las pruebas aportadas por la parte demandada, incurriendo, en su consideración en la omisión del tenor probatorio, al descalificar los testimonios practicados en la ciudad de Cali en defensa del extremo pasivo del presente proceso.

Por consiguiente, arguye la inexistencia de una debida confrontación del cúmulo total del referido material probatorio aportado.

Por otra parte, adujo que no se prueba la veracidad de los documentos aportados por la parte actora, ni se tiene plena certeza de su idoneidad ni de la calidad de remitente o destinatario de alguno de los integrantes de la presunta pareja de compañeros permanentes con respecto de las “cartas” aportadas.

Concluyó, entonces, que no está demostrada la comunidad de vida permanente y singular, puesto que los testimonios tenidos en cuenta afirmaron frecuentar a los señores... y ..., quienes mantenían una relación de amigos, no como erróneamente lo manifiesta la Jueza A quo, lo que no da lugar a tener por demostrados los presupuestos que exige la Ley 54 de 1990, en procura de las pretensiones inicial y consecuencial incoadas.

III. CONSIDERACIONES

3.1 ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

3.1.1 Presupuestos Procesales

La Sala observa que los presupuestos procesales se encuentran a cabalidad cumplidos, en la medida que el Juzgado de primer grado tenía competencia para avocar el conocimiento del proceso, en virtud de la naturaleza del proceso y corresponder al circuito judicial donde se dice fue el lugar del domicilio común anterior de los compañeros permanentes y que conserva el demandante; además, esta Corporación tiene competencia funcional para desatar el recurso interpuesto, por ser el superior jerárquico del Juzgado que profirió la decisión apelada.

De otro lado, las partes son sujetos de derecho y cuentan con capacidad para serlo; en cuanto a la capacidad para comparecer al proceso, el demandante y la heredera determinada demandada, son mayores de edad y, por tanto, cuentan con capacidad para hacerlo por sí mismos; además han ejercido adecuadamente el derecho de postulación, mediante apoderados judiciales debidamente constituidos; por su parte, los herederos indeterminados del causante se encuentran representados por curador ad litem debidamente designado y posesionado, luego de haberse surtido el emplazamiento de los mismos sin que persona alguna compareciera al proceso.

Finalmente, se observa que la demanda se presentó con el lleno de los requisitos legales contemplados en los artículos 75 y 76 del Código de Procedimiento Civil.

3.1.2 Legitimación en la Causa

Tanto por activa como por pasiva, se cumple con la habilitación sustancial para ocupar los extremos de la Litis, por cuanto la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, habilita al compañero permanente supérstite para demandar la declaración de la unión marital de hecho y/o de la sociedad patrimonial frente a los herederos determinados e indeterminados de su compañero fallecido, como en efecto ocurre en el presente asunto, pues la unión marital de hecho y la correspondiente sociedad patrimonial deprecadas, se dice haberse conformado por el demandante ... y..., quien al haber fallecido, los llamados a resistir dichas pretensiones son sus herederos determinados e indeterminados, según lo dispone el artículo 81 del Estatuto Procesal Civil., anotando que ante la no existencia de descendientes del causante, su sucesión se abre en segundo grado conforme al artículo 1046 del C.C. siendo la llamada a heredarlo su señora madre, cuya calidad está acreditada¹⁶.

¹⁶ Folio 47 Cuaderno 1.

3.1.3 Sanidad Procesal

No se vislumbra en la tramitación del asunto vicio procedimental alguno capaz de invalidar total o parcialmente lo actuado, debido a que las actuaciones procesales se han llevado a cabo conforme a la ley respetando el debido proceso; además no se advierte que se haya incurrido en una causal de nulidad insanable, o una de aquellas que deban ser puestas en conocimiento de las partes, por lo que es procedente proferir decisión de fondo.

3.2 UNIÓN MARITAL DE HECHO Y SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES

La importancia de definir este aspecto obedece a la circunstancia de que antes de la Ley 54 de 1990, el ordenamiento jurídico colombiano carecía, en absoluto, de un régimen legal propio de las uniones maritales de hecho como forma de constituir familia y consecuentemente generar efectos patrimoniales entre los miembros de la pareja, al punto que incluso moralmente se cuestionaba ese tipo de uniones y legalmente se repudiaba su reconocimiento, y, los eventuales efectos económicos, si bien podían discutirse, conforme a precedentes jurisprudenciales sustentados en aplicación del principio de *"enriquecimiento sin causa"*, tal discusión había que encauzarla sobre la base de que concurrían los elementos estructurales de una sociedad civil o comercial de hecho, extraña a la concepción de familia¹⁷.

Fue así como el legislador ante ausencia de una reglamentación completa y frente a la presión social de un número cada vez más creciente de parejas unidas por fuera de los vínculos formales, que otorgó por primera vez una fisonomía propia al fenómeno social de la UMH, reconociendo la misma bajo unas condiciones específicas en orden a generar la existencia presunta de una sociedad patrimonial que garantizaría derechos a sus integrantes¹⁸.

Así, a nivel de nuestras normas constitucionales y legales, la institución de la UMH está regulada en la Ley 54 de 1990 con las modificaciones introducidas por la Ley 979 de 2005 y las decisiones jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, la cual se ocupa de definir las uniones maritales de hecho y establecer régimen patrimonial entre compañeros permanentes, siendo esta la principal manifestación de la legislación escrita, con respaldo expreso tanto institucional como específico en la Constitución de 1991, lo que le permite adquirir un carácter legislativo que goza de importancia como fuente y objeto de derecho, especialmente familiar, razón por la cual su regulación asume el carácter de un régimen legal y por lo tanto obligatorio¹⁹.

La ley en cita, en su artículo 1º define a la unión marital de hecho, definición que hoy se encuentra ajustada a las decisiones de constitucionalidad que abren la posibilidad de conformarla no solo entre heterosexuales sino entre personas del mismo sexo²⁰.

Para delimitar sus presupuestos, es menester recurrir a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, alto tribunal que al respecto manifestó: *"Tres son, pues, en esencia, los requisitos que deben concurrir para la configuración de una unión material de hecho: la voluntad por parte de un hombre y una mujer (sic) –en el contexto de la ley 54 de 1990–, de querer conformar, el uno con el otro, una comunidad de vida, y, por ende, dar origen a una familia; que dicho proyecto común se realice exclusivamente entre ellos, de tal manera que no existan otras uniones de alguno o de ambos con otras personas, que ostenten las mismas características o persigan similares finalidades; y que tal designio y su concreción en la convivencia se prolonguen en el tiempo."*²¹. Obsérvese que además no han de estar casados entre sí, y como ya se dijo no necesariamente deben ser pareja integrada por un hombre y una mujer.

La conjunción de esos requisitos producen efectos jurídicos de orden personal y económico, comprendiendo los primeros lo relativo al vínculo marital de hecho, estado de compañero, deberes, derechos y responsabilidades,

¹⁷ TREJOS BUENO, Silvio Fernando. Conferencia Unión Marital de Hecho- Evolución Jurisprudencial, Pág. 4.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ ECHEVERRÍA ACUÑA, Nancy Margarita. Lecciones de Derecho Privado Tomo II, ISBN: 978-958-8621-31-9. Pág. 20.

²⁰ Corte Constitucional Sentencia C-075 de 7 de febrero de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 12 de diciembre de 2011, M.P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez, Exp. N° 11001-3110-022-2003-01261-01.

mientras que los segundos se derivan de los aspectos económicos relacionados con las cargas del hogar, y en definitiva los aspectos económicos de su relación, lo que hace que sus consecuencias sean de naturaleza civil²².

Frente al carácter permanente de la unión, la Sala de Casación Civil siguió el derrotero que ya había trazado en la sentencia citada en el tema precedente de 20 de septiembre de 2000 cuando dijo que *"la permanencia toca con la duración firme, la constancia, la perseverancia y, sobre todo, la estabilidad de comunidad de vida, y excluye la que es meramente pasajera o casual"*; a lo cual añadió *"la comunidad de vida (...) por definición implica compartir la vida misma formando una unidad indisoluble como núcleo familiar"*²³.

En este sentido ha de entenderse que *"la comunidad de vida, o comunidad vital o consorcio de vida"* es un concepto integrado por elementos fácticos objetivos como la convivencia, la ayuda y el socorro mutuo, las relaciones sexuales y la permanencia, y subjetivos otros, como el ánimo mutuo de permanencia, de unidad y la ***affection maritalis***, que unidos concretan jurídicamente la noción de familia, afirmando sin ambages que es en la comunidad de vida permanente donde se conjugan adecuada y equitativamente tanto los efectos personales como los económicos de toda UMH²⁴.

Ahora bien, como una es la institución de la unión marital y otros los efectos patrimoniales que se pueden derivar de la misma, bajo el entendido que no siempre que haya unión marital surgirá sociedad patrimonial, pues habrá casos en que, entre otros, por la preexistencia y continuidad de la vigencia de la sociedad conyugal de uno de los compañeros o compañeras, no pueda surgir la patrimonial. Ello es tan evidente que en el Artículo 2º se regulan puntualmente los requisitos para presumir el nacimiento de la sociedad patrimonial entre quienes decidieron convivir en unión marital.

Literalmente, el artículo 2 de la Ley 54 de 1990, modificado por la Ley 979 de 2005 establece:

"Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer (sic) sin impedimento legal para contraer matrimonio;

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas²⁵ por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho."

En cuanto a los impedimentos para contraer matrimonio hacen referencia a las causales de nulidad contenidas en el artículo 140 del Estatuto Civil, además que se consideran impedimento para la constitución de la sociedad patrimonial tener sociedades conyugales vigentes sin disolver, por lo que no es posible la existencia de dos sociedades tanto patrimoniales como conyugales de manera simultánea.

En efecto, La Ley 54 de 1990 no consagra ningún requisito económico para que se presuma la existencia de una sociedad patrimonial y se pueda pedir su declaratoria, pues para ello es suficiente que se compruebe la existencia de una unión de hecho durante un término no inferior a dos años, con la aclaración de que en los casos en que uno o ambos compañeros tengan impedimentos legales para contraer matrimonio, deben haber disuelto sus sociedades conyugales anteriores.

A su turno, la Corte Constitucional precisa que *"Las acciones de "disolver" y "liquidar", corresponden a dos fenómenos distintos. Por un lado la "disolución" es aquel hecho que extingue una relación jurídica de ejecución sucesiva, cuya consecuencia es la generación de un patrimonio liquidable. Los hechos de los que se desprende la "disolución" de la*

²² Tomado de <http://www.ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a5/6.pdf>.

²³ Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de Diciembre de 2001, Exp. 6721.

²⁴ TREJOS BUENO, Silvio Fernando. Conferencia Unión Marital de Hecho- Evolución Jurisprudencial, Pág. 11.

²⁵ La expresión *"y liquidadas"* contenida en el literal b) del Artículo 2º de la Ley 54 de 1990 modificado por el Artículo 1º de la Ley 979 de 2005 entre paréntesis, fue declarada inexecutable mediante Sentencia C-700de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos.

*sociedad conyugal, se recogen en las causales del artículo 1820 del Código Civil. Por otro lado, la liquidación es el fenómeno mediante el cual se cuantifica una masa partible (se liquida un patrimonio) y se distribuye para satisfacer los derechos de quienes en ella participaron (adjudicación). Para la Corte es esencial reconocer la distinción entre disolver y liquidar una sociedad conyugal, por cuanto una de las razones para justificar la presunta desproporción de la exigencia de "liquidación", es que para evitar la existencia simultánea de sociedades conyugales y patrimoniales basta la "disolución" de la sociedad conyugal anterior."*²⁶

Memórese que el artículo 5° de la Ley 54 de 1990 con la modificación introducida por la Ley 979 de 2005, establece las causales de disolución de la sociedad patrimonial, señalando textualmente:

"La sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se disuelve por los siguientes hechos:

1. Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a escritura pública ante notario.

2. De común acuerdo entre compañeros permanentes, mediante acta suscrita ante un centro de conciliación legalmente reconocido.

3. Por sentencia judicial.

4. Por la muerte de uno o ambos compañeros."

Como se dijo al estudiar el punto de la legitimación en la causa, ocurrida la muerte de uno o ambos compañeros, están habilitados los herederos y/o el compañero supérstite para pedir la liquidación de la sociedad patrimonial y la adjudicación de los bienes, no perdiendo de vista que previamente debe estar declarada la unión marital y la sociedad patrimonial y ordenada la disolución de esta última; o de lo contrario es viable como en este caso acumular las respectivas pretensiones declarativas de la unión marital, la sociedad patrimonial y disponer la disolución y posterior liquidación de ésta última.

3.3 PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si se acreditaron en legal forma los presupuestos para predicar configuradas en el sub iudice, la unión marital de hecho y, en consecuencia, la sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes a que se hace referencia en primera instancia.

3.4 CASO CONCRETO

Con fundamento en los anteriores postulados y descendiendo al asunto que ocupa la atención de la Sala, teniendo en cuenta que se trata de un recurso de apelación interpuesto únicamente por la parte demandada, el estudio en esta segunda instancia habrá de proveer sobre el acierto de la decisión de la Jueza A quo, que enmarca la declaración de existencia de la unión marital de hecho, surgida entre el actor ... y el fenecido ..., junto al reconocimiento de la correspondiente sociedad patrimonial destinada a su posterior disolución y liquidación.

Para brindar solución al meollo del asunto es menester examinar el cumplimiento de los presupuestos normativos, analizando también el estudio que de ellos hizo la primera instancia y los reparos que hace el recurrente para luego concluir si fueron o no satisfechos.

Así las cosas, bajo el postulado normativo que regula y garantiza aspectos tanto familiares como económicos de la unión marital de hecho, lo pretendido en el asunto por la parte recurrente, señora..., es que no se declare la existencia de una unión marital de hecho entre su hijo ...(q.e.p.d.) y la parte activa del presente proceso, con todas las implicaciones que se derivan de ello, según lo estipulado por la Jueza de instancia, como es la consecuente declaración de la sociedad patrimonial, junto con la orden impartida orientada a su disolución y posterior liquidación al tenor del artículo 5°, ordinal 4°, de la plurimentada ley.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-700/2013, M.P. Alberto Rojas Río, Exp. D-9593.

Ahora bien, con el objetivo de cimentar normativamente el sentido de la decisión y antes de adentrarse al estudio de las circunstancias arrojadas por el presente caso, es menester traer a colación los diversos pronunciamientos que sobre el tema ha expuesto la Corte Constitucional, teniendo que en, sentencia C-075 de 2007, adujo:

"No puede perderse de vista que el objeto de la ley es atender a la disposición del patrimonio conformado durante el tiempo de cohabitación en los eventos en los que la misma termine por cualquier causa. En ese contexto, el régimen legal tiene dos manifestaciones centrales: Por un lado, se establece la presunción sobre la existencia de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, y por otro, aunque concebida desde una perspectiva probatoria, se contempla la posibilidad que tienen los integrantes de la pareja, a partir de la convivencia mantenida por un período de al menos dos años, de acceder voluntariamente a ese régimen mediante declaración ante notario o en el escenario de una conciliación. Independientemente de la motivación original de la ley, es claro que hoy la misma tiene una clara dimensión protectora de la pareja, tanto en el ámbito de la autonomía de sus integrantes, como en el de las hipótesis de desamparo que en materia patrimonial puedan surgir cuando termine la cohabitación. En esa perspectiva, se reitera, mantener ese régimen de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales e ignorar la realidad constituida por las parejas homosexuales, resulta discriminatorio.

6.3. A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales.

Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado."

Además de lo anterior, dispuso el reconocimiento y la extensión de otros derechos, para ese entonces sólo reconocidos en pro de parejas heterosexuales, tales como el patrimonio de familia inembargable y afectación de bienes inmuebles a vivienda familiar, obligación de prestar alimentos, derechos migratorios para las parejas, garantía de no incriminación en materia penal, beneficio de prescindir de la sanción penal, circunstancias de agravación punitiva, verdad, la justicia y la reparación de víctimas de crímenes atroces, prestaciones en el régimen pensional y de salud de la fuerza pública, subsidio familiar en servicios, subsidio familiar para vivienda, entre otros, que se observan exployados en Sentencia C-029 de 2009.

Asimismo, elimina requisito diferencial para el acceso de parejas del mismo sexo al derecho de pensión de sobrevivientes en sentencia de constitucionalidad C-336 de 2008, con base en la cual se fundamentaron sentencias como la T-911 del 2009, T-051 de 2010 y T-860 de 2011, anotando desde ya que para lo pertinente al problema jurídico que más adelante se resolverá, se retomará lo relativo a la aplicación retrospectiva de los fallos de constitucionalidad.

Bajo ese entendido y considerando que el asunto materia de debate se ajusta a lo aludido, la jueza de primera instancia estimó que era deber de la parte interesada demostrar la existencia de la unión marital de hecho reclamada y por otro lado era menester del extremo pasivo de la litis, señora ... el desvirtuar lo pretendido con el aporte de las respectivas pruebas idóneas en pro de ello; sin embargo para la A quo la recurrente no aportó acervo de tal trascendencia que permitiera arrojar un sentido diferente del incoado en el escrito de la demanda, por lo que logran determinarse cumplidos los presupuestos que configuran la unión solicitada, puesto que ésta perduró por más de 2 años, sin existir entre la pareja impedimento alguno para ello, tampoco se cuenta con ningún documento que permita acreditar que entre ellos mediase lazo conyugal, además de la ayuda mutua tanto espiritual como económica dilucidada de dicha unión y del comportamiento de una pareja afectiva emanado

tanto de forma pública como privada.

De ahí que el punto medular a resolver se relacione con determinar si la Jueza de primera instancia realizó un estudio parcializado de las pruebas aportadas, tal y como arguye la recurrente y si en consecuencia de lo anterior, efectivamente desconoció lo dispuesto por el extremo pasivo de la litis.

Así, debe tenerse en cuenta que frente a la reclamación encontrada dentro del escrito de impugnación relacionada con el hecho de que, a consideración de la parte recurrente, el juez *A quo* no le dio pleno valor probatorio a los testimonios practicados en la ciudad de Cali²⁷, por considerar que a causa de la distancia de los testigos con el señor ... podría darse desconocimiento de las circunstancias que daban por sentada la unión marital de hecho entre el fenecido y el demandante. No se encuentra fundamento alguno para dar paso a lo afirmado en el recurso, puesto que en providencia del 27 de mayo de 2015 expedida por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Pasto²⁸, la *A quo* realiza debido estudio de cada uno de los testimonios aportados tanto en defensa de la parte actora como del extremo pasivo, encontrando divergencias, consideradas evidentes a la luz del examen igualmente realizado por la Sala, entre los testimonios practicados en la ciudad de Cali solicitados por el último extremo en mención, puesto que, como bien considera el juez de familia, a causa de la distancia territorial existente entre los testigos acotados y la presunta pareja de compañeros permanentes, se obtuvieron distintas posturas frente a la relación cierta entre los señores ... y ..., encontrándose que el primer grupo de testigos aseveran desconocer el vínculo a resolver en discusión del presente proceso, esto, argumentado la postura reservada que con ellos siempre guardó el difunto frente a su vida sentimental; por otro lado, un segundo grupo de testigos afirman la existencia de una relación sentimental entre los ya nombrados, sin embargo, se asegura que dicha relación fungía como una unión de amantes y no de compañeros permanentes; finalmente el último grupo de los plurinombrados testigos enuncia el reconocimiento de una relación de mera amistad entre el señor ... y el mencionado causante.

Consecuentemente, y contrario a lo arrojado por los testimonios solicitados por el extremo activo, en donde se asevera postura unificada frente a la relación sentimental entre el demandante y el ahora occiso, se observa una innegable dispersión de opiniones sobre los testimonios arrojados en defensa de la parte demandada lo que proporciona un entendible desconocimiento sobre la verdadera relación llevada por la pareja homosexual. Ajustándose, de esa manera, a las reglas de la sana crítica y la justa valoración probatoria.

Tema frente al cual uno de los grandes inspiradores del Derecho Procesal Civil, expresó:

"Probar indica una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio. Lo que se prueba es una afirmación; cuando se habla de probar un hecho, ocurre así por el acostumbrado cambio entre la afirmación y el hecho afirmado. Como los medios para la verificación son las razones, esta actividad se resuelve en la aportación de razones.

*Prueba, como sustantivo de probar, es, pues, el procedimiento dirigido a tal verificación. Pero las razones no pueden estar montadas en el aire; en efecto, el raciocinio no actúa sino partiendo de un dato sensible, que constituye el fundamento de la razón. En lenguaje figurado, también estos fundamentos se llaman pruebas; en este segundo significado, prueba no es un procedimiento, sino un quid sensible en cuanto sirve para fundamentar una razón".*²⁹

Bajo el mismo lineamiento, la Honorable Corte Constitucional sobre el precitado asunto concerniente a la sana crítica, enunció:

"Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

²⁷

²⁸ Folios 179-197 c. de juzgado parte B

²⁹ CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Editorial Uteha Argentina, 1944, Tomo II, Ps. 398-399.

"El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento"³⁰,³¹

Se encuentra por la Sala, conducente el sentido del fallo dado en primera instancia, en procura de todo lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia y en aras del paupérrimo planteamiento dado a los puntos de inconformidad esbozados en el escrito impugnatorio, entre los cuales se manifiesta: que la comunidad de vida permanente y singular necesarias para declarar la existencia de una unión marital de hecho no se encuentran acreditadas en el proceso, puesto que los testimonios arrojan, a consideración de la parte recurrente, sí, el reconocimiento de los señores ... Y ... (q.e.p.d.) como pareja, pero que jamás aclaran a qué tipo de relación de pareja se refieren, que el occiso no involucró, en el transcurso de la supuesta vida de permanencia, en sus bienes ni en su actividad económica al demandante y como ya se mencionó, que el A quo obvió la totalidad del acervo probatorio testimonial al hacer descalificación respetuosa de lo expuesto por los requeridos en la ciudad de Cali.

Habiendo analizado las discordancias del extremo pasivo de la litis respecto de los puntos relacionados con los testigos llamados por éste y todo lo que en procura de ellos desenvuelve la Jueza de instancia, procede el Tribunal a dar examen de la inconformidad con respecto de la decisión arrojada en providencia del 27 de mayo de 2015 basada en las pruebas documentales aportadas por el mismo extremo en el proceso como también lo concerniente al sentido, que a consideración de la parte demandada, debió dársele al fallo.

La Sala, recuerda que no son pocos los casos cuya resolución comporta definir el mayor o menor grado de credibilidad de los testigos, justamente cuando han de confrontarse las versiones de *"grupos de testigos que afirman posiciones contrarias, dando cada uno la razón de la ciencia de su dicho"*³², lo que hará que el Juez mediante el uso racional de su discreta autonomía en la apreciación de las pruebas, estime que tiene uno u otro grupo, mayor fuerza persuasiva, apoyándose aparte de la convicción que le da ese medio, en la que le suma o le suman otro u otros de los medios de prueba que juntamente con aquel se adosaron oportuna y regularmente a la foliatura.

Tal como se reseñó atrás, así lo hizo la Jueza A quo y enseguida lo expondrá esta Sala, justamente para continuar la respuesta a los cuestionamientos expuestos en la alzada.

En efecto, considera la recurrente que no fueron valoradas en debida forma las pruebas documentales aportadas, entre las cuales se encuentran registros civiles de nacimiento y nacimiento y defunción de las partes en discordia y el occiso respectivamente, certificados de libertad y tradición y de revisión periódica, solicitud de seguro de vida del señor ...donde se vislumbra como única beneficiaria a su madre y actual recurrente ... y recibos de pago de servicios públicos e impuestos a cargo del fallecido

Pruebas, que el presente órgano judicial analiza, llegando a la misma conclusión de la jueza de primera instancia, pues si bien en ellas no se vislumbra en ningún lugar el nombre del demandante como parte del núcleo familiar o como beneficiario económico del occiso, este tipo de referencias no son elementos primordiales para concluir que no existe una relación afectiva entre la plurimentada pareja homosexual, mucho menos para dictaminar la ausencia de una unión marital de hecho, puesto que ello no se conmemora como uno de los requisitos esenciales para su declaración. Siendo estos, como ya se mencionó anteriormente, la vida en permanencia por al menos un término de dos años, de la cual se dé publico conocimiento y que pueda denotarse de este el socorro y ayuda mutua prestada entre los integrantes de la pareja.

Resultando así, que el indicativo de las pruebas acotadas arroja únicamente las obligaciones contraídas por el fenecido señor..., producto de su buen estado económico, puesto que la ausencia del señor ... en el movimiento de sus cuentas o demás documentos no desvirtúa la existencia de una relación afectiva entre ellos no siendo menester de la Sala adentrarse a definir cuáles eran los roles que desempeñaba cada uno de los integrantes al interior de su vida en comunidad.

³⁰ Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones De palma, Buenos Aires, 1962.

³¹ Sentencia C-622 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz, Salvamento Parcial de Voto de Eduardo Cifuentes Muñoz.

³² CSC, Magistrado Ponente Jorge Santos Ballesteros, sentencia de 11 de febrero de 2003, expediente 6948.

Ahora bien, no deben dejarse de lado los documentos aportados por la parte demandante, siendo estos un álbum de fotografías de la pareja... , enviadas por aquél a éste, con escritos manifestativos de afecto donde se destaca el uso y goce de los bienes adquiridos por la pareja y unas cartas personales también enviadas por el fenecido en donde igualmente se vislumbra su relación afectiva, puesto que junto con ellos y con las declaraciones uniformes brindadas por los testimonios practicados a solicitud del mismo extremo activo, se concluye la existencia de una relación afectiva entre los señores ... y ..., llevada en convivencia superior al término de dos años exigido por la ley y exteriorizada a sus familiares y amigos más cercanos.

En punto de la pruebas documentales cuestionadas a través del recurso de alzada, es menester recordar que conforme al inciso cuarto del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley 1395 de 2010, en su artículo 11, *"EN TODOS LOS PROCESOS, LOS DOCUMENTOS PRIVADOS, MANUSCRITOS, FIRMADOS, O ELABORADOS POR LAS PARTES, PRESENTADOS EN ORIGINAL O EN COPIA PARA SER INCORPORADOS A UN EXEDIENTE JUDICIAL CON FINES PROBATORIOS, SE PRESUMIRÁN AUTÉNTICOS, SIN NECESIDAD DE PRESENTACIÓN PERSONAL NI AUTENTICACIÓN (...)"*.

Y el mismo artículo en su numeral 3º dice que cuando se aporta a un proceso un documento privado y se afirma estar suscrito por la parte contra quien se opone, se tiene como auténtico si la parte respecto de la cual se afirma haberlo suscrito no lo tacha de falso, o si sus sucesores no hacen la manifestación del artículo 289 del C.P.C.

En el caso de autos, las cartas presentadas y respecto de las cuales se señaló estaban manuscritas por el compañero fallecido, incluso unas de ellas con la rúbrica *"W de P"*, si bien por el fallecimiento del señor ... no se podían tachar de falsas por éste, bien pudo acudir a la figura enlistada en el 289, por la heredera convocada a resistir las pretensiones, al punto que como no se hizo opera la norma que las hace estimar auténticas.

Lo anterior, arroja que el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Pasto, en providencia que data del 27 de mayo del año en curso, efectuó debido estudio del total de las pruebas testimoniales, contrario a lo arrojado por la recurrente, y basó su decisión no sólo en el estudio de dichas pruebas sino también de toda prueba documental aportada, existiendo diáfano y pertinente examen orientado a estructurar una decisión conforme a derecho.

Advirtiéndose, con base en el estudio integral del acervo probatorio, la existencia de la idoneidad objetiva para la configuración de la unión marital de hecho incoada, puesto que se encuentran como acreditadas todas las circunstancias expuestas por el demandante, teniendo que además de las pruebas documentales aportadas, las declaraciones rendidas por los testigos cuentan con total credibilidad para el despacho, habida cuenta que la gran mayoría provienen de personas muy cercanas a la pareja, existiendo entre los precitados, miembros de la familia de uno de los presuntos compañeros permanentes. Lo anterior con ocasión de considerar que nadie, como estas personas, puede dar fe de tal unión.

Finalmente, se contempla que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en Ley³³ para uniones maritales de hecho, es decir comunidad de vida permanente y singular basada en la comprensión y la ayuda mutua, mantenida por un periodo de al menos dos años, tendrá acceso a las protecciones y deberes en ella dispuesta.

Habiéndose resuelto conforme al análisis acabado de hacer positivamente, el primer problema jurídico planteado, es decir, confirmando la decisión estimatoria de la declaración de la unión marital de hecho, se adentrará la Sala en el análisis de la segunda problemática a decidir, problemática que no es otra que la correspondiente a las fechas de iniciación y terminación de la mentada unión marital, pues de contera, ello incidirá en la correspondiente postura analítica para determinar si se satisfacen los presupuestos temporales y subjetivos para considerar si se aplica o no la presunción de existencia de la correspondiente sociedad patrimonial.

A ello, se dedicará la Sala, en tanto, si bien el Juez de Primera Instancia accedió a la pretensión consecuencial, y tanto respecto de ella como de la principal, trazó como marco temporario desde el 15 de abril de 2004, hasta el 10 de mayo de 2010, para esta Sala, no puede obviarse, que ab initio la institución de la unión marital de hecho y los efectos patrimoniales de ella, se regularon, a similitud del matrimonio, para parejas heterosexuales y, así, legalmente y jurisprudencialmente se enfocaron y se decidieron.

³³ Ley 54 de 1990.

No obstante, esas disposiciones legales respecto de varios de los derechos que bajo la concepción tradicional, se habían conferido única y exclusivamente a parejas de esa estirpe, fueron puestas en entredicho a través de acciones de inconstitucionalidad, hasta que para el punto nodal de la controversia que se suscita entre ... y el extinto ... en el análisis de una de esas demandas, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, haciendo extensivos los derechos a la conformación de una unión marital y de la eventual sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, a parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Y es aquí donde nos detendremos a analizar ese punto bajo el entendido que las decisiones proferidas mediante fallos de constitucionalidad, según la ley y reiteradas jurisprudencias surten sus efectos hacia el futuro.

En efecto, la misma Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en su artículo 45, establece las reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad señalando que: *"Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, **tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario**"* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Bajo ese entendido, la Corte Constitucional ha señalado que a los efectos temporales de las sentencias de control de constitucionalidad se aplican los criterios generales que regulan los efectos de las normas en el tiempo, aduciendo:

*"En este orden, se ha sostenido que 'la regulación de los efectos temporales de estos fallos, se ha diseñado a partir de varias fuentes normativas; la Constitución (arts. 243), la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270/96, art. 45), la aplicación de los principios generales del derecho sobre la vigencia de las normas jurídicas y la jurisprudencia constitucional'³⁴. Una interpretación sistemática de las normas reseñadas³⁵ permite concluir que el efecto temporal de sentencias de control, que coincide en lo esencial con los efectos en el tiempo de las proposiciones jurídicas, es **(i) la aplicación general (erga omnes), inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad, (ii)** siempre que la sentencia (o la norma) no dispongan otro efecto temporal, esto es, que quien produce la providencia o la disposición normativa tiene prima facie la posibilidad de asignarle efectos temporales distintos de los que sugiere la regla general descrita.*

*Esto quiere decir que **el efecto práctico de una sentencia de control sobre la norma controlada (inexequibilidad o exequibilidad condicionada) debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad)**, es decir, situaciones jurídicas en curso al momento en que se expide la sentencia. Tal como se explicó en la citada T-389 de 2009, este efecto temporal coincide con la noción de los efectos temporales de actos jurídicos, denominados efectos ex nunc. Éstos suponen, justamente, efectos inmediatos, hacia el futuro y vinculantes para situaciones jurídicas originadas en el pasado y en curso. Por ello, la Corte Constitucional ha desarrollado la tesis según la cual, por regla general los efectos de sus sentencias de constitucionalidad son ex nunc, salvo que la misma Corte asigne otros efectos temporales, en los términos del artículo 45 de la Ley 270 de 1996.*

*De conformidad con lo anterior, se entiende que **el efecto retrospectivo consiste en que tanto las sentencias aludidas como las normas jurídicas tienen la cualidad única de modificar situaciones de la vida en curso.**"³⁶* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

³⁴ Sentencia T-389 de 2009. Fundamento jurídico número 13.

³⁵ *Ibidem*. "...del artículo 243 de la Constitución se desprende la prohibición a las autoridades de reproducir contenidos normativos, después de que éstos hayan sido declarados inexequibles por la Corte Constitucional. Luego, se entiende que ello sugiere un efecto hacia el futuro de este tipo de sentencias, al menos en lo que corresponde a la prohibición descrita. El artículo 45 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270/96), dispone que las sentencias dictadas por esta Corte, en ejercicio del control de constitucionalidad del artículo 241 superior, "tendrán efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario". Este contenido fue declarado exequible en sentencia C-037 de 2006, y se fundamentó en la reiteración jurisprudencial según la cual "sólo la Corte Constitucional puede definir los efectos de sus sentencias".

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-860 de 2011

Memórese que la argumentación que en lo pertinente se acaba de transcribir, y que como se anota en el pie de página respectivo corresponde a una sentencia de tutela tiene su bastión para resolver ese asunto en concreto, la decisión de constitucionalidad C-336 de 2008, mediante la cual se incorporó a partir de la misma, el derecho a la pensión de sobrevivientes entre compañeros del mismo sexo, que conforme al texto inicial de la ley, al igual que el texto inicial de la Ley 54 de 1990, sólo estaba consagrada para parejas heterosexuales.

Criterio de similar raigambre puede observarse en Sentencia C- 037 de 1996, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, al realizar el control de constitucionalidad del artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en el que señaló que las decisiones de la Corte Constitucional que declaran ajustada o contraria a la constitución una norma del ordenamiento jurídico por regla general tiene efectos hacia el futuro, a menos de que en el texto de la sentencia se establezca los efectos de ésta.

En ese mismo entendimiento, es menester acotar que en punto de la aplicación de la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, en un principio la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, consideró que la misma no podía aplicarse a uniones maritales que nacieron con anterioridad a su vigencia, razón por la cual el término establecido para presumir la existencia de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes sólo podía contabilizarse desde la fecha de su promulgación en adelante, en virtud del principio de la irretroactividad de la ley.³⁷

No obstante, la Altísima Corporación, a partir de la sentencia del 28 de octubre de 2005, (expediente No. 08001-3110-004-2000-00591-01), recogió dicha postura y cambió de criterio sentando que la mencionada Ley tiene aplicación retrospectiva. Precisamente, en sentencia proferida el 12 de diciembre de 2011 (expediente No. 11001-3110-022-2003-01261-01), reiteró la postura adoptada, bajo los siguientes argumentos:

“2.1. La interpretación y la aplicación de la Ley 54 de 1990 debe ajustarse en un todo a las normas de la Constitución Política de 1991, que son de aplicación inmediata, en particular, a su artículo 42, en el que, además de haberse reconocido a la familia constituida con base en lazos naturales, se impuso al Estado y a la sociedad el deber de su protección y defensa plenas.

2.2. El carácter tuitivo de la Ley 54 de 1990, derivado del interés general que existía en que se brindara pronta y cumplida tutela a quienes carecían de ella, indica que su aplicación es inmediata, al punto que los efectos patrimoniales que ella consagró no pueden siquiera entenderse diferidos al término de dos años previsto en su artículo 2º, pues ese entendimiento significaría consentir que durante ese lapso de tiempo hubiese continuado la injusticia que, precisamente, intentó solucionar la ley.

2.3. La aplicación inmediata del ordenamiento jurídico en cuestión no traduce que se le reconozca un efecto retroactivo, propiamente dicho, en tanto que con anterioridad a su promulgación no existía norma legal alguna que se ocupara de la problemática que la ley en comento desarrolló -sin que pueda tenerse como tal el artículo 2082 del Código Civil, del que no se desprende ningún derecho subjetivo, toda vez que se limita a establecer una prohibición- y, por ende, mal podía, y puede, hablarse de la existencia de derechos adquiridos o de un conflicto entre legislaciones sucesivas, que son, en esencia, los factores que impiden la retroactividad de las leyes.

2.4. En punto de la aplicación en el tiempo de la ley, la regla general es la de la inmediatez, que comporta que las situaciones jurídicas en curso, es decir, aquellas que al momento de empezar su vigencia venían desarrollándose pero no se habían consolidado, quedaran comprendidas por el correspondiente ordenamiento jurídico, fenómeno que corresponde a la retrospectividad de la ley y que es el que tiene cabida en frente de la que es objeto de estos comentarios.

2.5. Si de retroactividad de la ley se tratara, debe destacarse que la Ley 54 de 1990 en su artículo 2º estableció la presunción legal de conformación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y que tales clases de presunciones constituyen una excepción al principio de la irretroactividad de la ley,

³⁷ Ver, entre otras, sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, proferidas el 20 de abril de 2001, 20 de marzo de 2003 y 9 de marzo de 2004.

de lo que se sigue que nada impide la aplicación inmediata de la susodicha compilación legal.”(Negrillas y subrayas fuera de texto).

En el asunto que ocupa la atención de la Sala se tienen como hechos relevantes los siguientes:

De la apreciación en conjunto y de acuerdo con la sana crítica de los medios probatorios que han sido regular y oportunamente allegados al proceso, se pudo determinar que los señores ... y ...(q.e.p.d.)formaron una relación de pareja estable y vivieron juntos bajo el mismo techo de manera continua durante varios, se ayudaron y socorrieron mutuamente, acreditándose con ello los elementos de fondo que tienen que ver con la comunidad de vida, la permanencia y la singularidad de la unión para declarar que efectivamente entre los mencionados existió una unión marital de hecho por más de dos años que perduró desde el 15 de abril de 2004 hasta el 9 de mayo de 2010, fecha del fallecimiento del último de los nombrados.

Con los lineamientos jurisprudenciales arriba citados, se pudo concluir que la Ley 54 de 1990, con las modificaciones de la Ley 979 de 2005, tiene aplicabilidad frente a uniones maritales conformadas antes de su expedición y que continuaron con posterioridad a ella, dada su aplicación retrospectiva.

De igual forma, se pudo establecer que la sentencia C-075 de 2007 proferida por la Corte Constitucional, en ejercicio del control de constitucionalidad, mediante la cual declaró la exequibilidad condicionada de la mencionada ley, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales, produce efectos inmediatos, hacia el futuro y vinculantes frente a uniones maritales conformadas por personas del mismo sexo que tuvieron origen con anterioridad a la fecha de su pronunciamiento y que permanecieron en curso con posterioridad a ésta.

Teniendo en cuenta lo anterior y como quiera que la unión marital de hecho entre los pluricitados surgió con anterioridad a la vigencia de la sentencia C- 075 de 2007, y se mantuvo con posterioridad a ésta, su declaratoria de existencia puede y debe hacerse desde el momento mismo de su surgimiento, en virtud de los efectos retrospectivos derivados del pronunciamiento judicial de constitucionalidad, conforme a lo anotado de manera precedente.

En este orden de ideas, se impone la confirmación de la sentencia objeto de la alzada que declaró la unión marital de hecho y la consecuencial sociedad patrimonial entre los señores ... y ... (q.e.p.d.), entre el 15 de abril de 2004 hasta el 9 de mayo de 2010, por encontrarse ajustada a los lineamientos legales y jurisprudenciales citados.

Fracasados los puntos de la apelación no es necesario entonces hacer cualquier otro análisis en relación con la aplicación la Ley y la jurisprudencia correspondiente al tema tratado, puesto que se denota amplia valoración de lo manifestado normativamente en lo atinente a los requisitos necesarios para configurar una unión marital de hecho y su consecuencial sociedad patrimonial con la respectiva ampliación a las parejas del mismo sexo, por lo que se confirmará la decisión apelada.

Por la oposición que enfrentó el recurso de alzada, siendo además adversa la presente determinación de segundo grado, las costas en esta instancia correrán a cargo de la parte demandada, a favor de la parte actora, sin que se fijen agencias en derecho, en tanto si bien de una parte fracasó la alzada (artículo 392, numeral 1º, del C.P.C.), de otra parte, no se evidencia actuación alguna de la parte no recurrente que amerite la causación de las mismas (artículo 392, numeral 9º, ibídem).

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, SALA CIVIL FAMILIA,** “Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley”

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR, íntegramente, la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Pasto, el día veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015), dentro del Proceso Ordinario de declaración de existencia de unión marital de hecho y de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes instaurado por..., a través de apoderada judicial, en contra de..., en condición de HEREDERA DETERMINADA del causante ... y de los HEREDEROS INDETERMINADOS del mismo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar a la parte recurrente a pagar las costas de esta instancia, a favor del demandante..., sin que se fijen agencias en derecho, conforme a lo señalado de manera precedente,

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

LOS MAGISTRADOS,

FRANKLIN TORRES CABRERA

FABIO RAUL LÓPEZ CHAVES

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

Sala Laboral



***Dra. Clara Inés López Dávila, Dr. Juan Carlos Muñoz,
Dra. Claudia Cecilia Toro Ramírez (Presidenta Sala)***

ACCIDENTE LABORAL CON OCASIÓN DEL TRABAJO: Se configura no obstante la muerte del trabajador se produzca por hechos de un tercero. / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES POR ACCIDENTE DE TRABAJO – Responsabilidad a cargo de la ARL, a la cual se encontraba afiliado el trabajador al momento del insuceso./ BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – Requisitos – Al establecerse que la muerte del trabajador ocurrió con ocasión del trabajo, por cuanto sobrevino cuando se hallaba en su lugar de trabajo y ejecutando actividades propias para las que había sido contratado y siendo que al momento de su deceso, se encontraba afiliado a la entidad aseguradora demandada, es ésta la llamada a responder por las prestaciones económicas derivadas de dicha muerte, entre ellas la pensión de sobrevivientes, no obstante el hecho haya sido ocasionado por culpa de un tercero, por tratarse de una responsabilidad objetiva, que opera en los eventos de la reparación tarifada derivada de las contingencias de riesgos laborales; de la cual es beneficiaria pensional la demandante al haber acreditado los presupuestos legales./

REPUBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2013-00082-01(191)

En San Juan de Pasto, a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil quince (2015), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ**, en asocio del Secretario, se constituyen en AUDIENCIA PÚBLICA dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **PATRICIA GARCÍA CHIRIPUA**, actuando a nombre propio y en representación de su hija **KAROL TATIANA LÓPEZ GARCÍA** en contra de **LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA ORGANISMO COOPERATIVO**. El Secretario informa que las partes se encuentran debidamente notificadas. Acto seguido el señor Magistrado Sustanciador, presenta a consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, el que después de ser discutido es aprobado. A continuación la Sala procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

San Juan de Pasto, treinta (30) de octubre de dos mil quince (2015).

1. ANTECEDENTES

PATRICIA GARCÍA CHIRIPUA, actuando a nombre propio y en representación de su hija **KAROL TATIANA LÓPEZ GARCÍA**, por conducto de apoderado judicial instauró demanda ordinaria Laboral de Primera Instancia en contra de **LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA ORGANISMO COOPERATIVO**, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en sus condiciones de compañera permanente supérstite e hija del causante **JULIAN WILLIAM LOPEZ**, así como el pago retroactivo de las mesadas causadas desde la fecha de causación del derecho – 19 de agosto de 2011 –, los intereses moratorios respectivos y se condene a la parte demandada al pago de las costas procesales.

1.1. HECHOS.

Del escrito de demanda se extractan en síntesis los siguientes:

- Que la demandante convivió por más de 10 años, con quien en vida respondió al nombre de JULIÁN

WILLIAM LÓPEZ (q.e.p.d.), configurándose una unión marital de hecho, fruto de la cual procrearon a la menor KAROL TATIANA LÓPEZ GARCÍA.

- Que el de cujus laboró en el establecimiento de comercio denominado GRANERO EL TITÁN, ubicado en la calle del comercio de la ciudad de Tumaco (N), de propiedad de WILSON DARÍO GIRALDO, empleador del causante, quien lo afilió a la aseguradora accionada para cubrir las contingencias derivadas de los riesgos laborales.
- Que el día 19 de agosto de 2011, cuando el trabajador fallecido se encontraba cumplimiento su jornada de trabajo, a la 8:30 a.m., terroristas lanzaron un artefacto explosivo al interior del establecimiento de comercia, causándole la muerte, razón por la cual las accionantes presentaron ante la demandada la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la que le fuera negada con escrito de 26 de septiembre de 2011, aduciendo que la entidad se encontraba exonerada de esa prestación, por no configurarse un accidente de trabajo.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco (N), mediante auto No. 2013-629 de 12 de junio de 2013 (ver Fls. 28 a 29 Cdo. de Primera Instancia), admitió la demanda ordinaria laboral interpuesta por activa, ordenando en el mismo proveído la notificación personal a la parte accionada y el respectivo traslado del libelo introductor por el término legal establecido para ello, situación que tuvo lugar en forma personal a través de apoderado judicial legamente facultado para ello el 29 de julio de 2013 (Fl. 48), quien recorrió el traslado del introductorio en forma oportuna, según fue considerado por el juez de primer grado a través de auto No. 2013-905 de 11 de septiembre de 2013 (ver Fl. 64).

En la contestación de la demanda, la accionada a través de mandatario judicial y mediante escrito visible a folios 49 a 55 del cuaderno de primera instancia, aceptó como ciertos los hechos relacionados con la actividad laboral del causante en el establecimiento de comercio denominado "GRANERO EL TITÁN" de la ciudad de Tumaco (N), así como también que aquel al momento de su deceso se encontraba afiliado a la ARL accionada, el accidente sufrido por JULIÁN WILLIAM LÓPEZ (q.e.p.d.), que trajo consigo su deceso y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió aquel, aceptando que el causante se encontraba dentro del establecimiento cuando sucedió la explosión del artefacto explosivo lanzado.

En el acápite de hechos, fundamentos y razones de derecho de la defensa, indica que en el presente evento no se está frente a la ocurrencia de un accidente laboral, a la luz de lo preceptuado en el inciso primero del artículo 10 de Decreto 1295 de 1994, por cuanto el suceso que causó la muerte al afiliado, no sobrevino con fundamento del trabajo que desempeñaba en el granero o que fuera concurrente con su desempeño laboral, a menos que hubiese desempeñado labores de vigilancia y control del establecimiento y se le hubiere dotado por el empleador elementos como mecanismos de defensa de sus bienes y las propias vidas de los ocupantes, para repeler el ataque.

Por lo anterior, se opone a las pretensiones incoadas en la demanda y propone la excepción de mérito que denominó "CARENCIA DE ACCIÓN Y DE DERECHO SUSTANCIAL DE LA DEMANDANTE EN CONTRA DE LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA O.C".

Agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y estando clausurado el debate del mismo, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, profirió sentencia el 08 de abril de 2015 (Fls. 111 a 115 CD. No. 02 PISTA 02), mediante la cual condenó a la entidad accionada, al reconocimiento y pago a favor de las demandantes a la pensión vitalicia de sobrevivientes a partir del 19 de agosto de 2011, por encontrar acreditados los requisitos necesarios para tal efecto, junto con el retroactivo pensional a que hubo lugar y los intereses moratorios respectivos, habida cuenta que en el plenario se acreditó que el causante sufrió un accidente de trabajo, que en dicho momento se encontraba afiliado al sistema de riesgos profesionales hoy laborales y las demandantes cumplen los presupuestos para ser tenidas como beneficiarias pensionales de su difunto compañero permanente y padre, conforme lo tiene establecido el artículo 11 de la Ley 776 de 2002 y el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, normas que consideró aplicables al presente evento al encontrarse vigente a la fecha de fallecimiento del afiliado.

1.3. APELACIÓN.

Inconforme con la decisión proferida en primera instancia, la parte accionada interpuso recursos de apelación (MINUTO 00:00:16 a 00:04:46 CD. No. 02 PISTA 03), para lo cual expuso que a su juicio no halla acreditado en el subexamine **i)** que la demandante acredite el convivencia mínima con el afiliado fallecido, para detentar la condición de beneficiaria pensional, pues el interrogatorio de parte y las pruebas testimoniales recaudadas en el presente asunto, no son concretas en determinar dicha convivencia entre aquella y el de cujus, desconociendo con ello el a quo el artículo 177 del C. de P. C.; **ii)** tampoco se tiene por demostrado que el hecho de la muerte del afiliado, se haya producido con ocasión o por causa del trabajo por él desempeñado, es decir, el material probatorio recaudado no da cuenta la existencia de un accidente de trabajo y **iii)** expone que no es procedente la condena por intereses moratorios. Por lo anterior solicita se revoque la decisión proferida en primera instancia, al no tener responsabilidad la accionada respecto del beneficio pensional pretendido por la parte activa del contradictorio.

1.4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

Surtido el trámite en segunda instancia, al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procedemos a decidir, previas las siguientes:

2. CONSIDERACIONES

2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S. S., el estudio del plenario en la segunda instancia se limita a los puntos de censura enrostrados por el recurrente al proveído objeto de apelación, por lo cual corresponde a esta Sala determinar si la decisión tomada por el a quo respecto de la responsabilidad de LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA ORGANISMO COOPERATIVO, en el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes pretendida por la parte demandante y los intereses moratorios, se encuentra ajustada a derecho.

2.2 SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

2.2.1. PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES POR ACCIDENTE DE TRABAJO.

Consideró el a quo que en el presente asunto se encuentran debidamente acreditados los requisitos exigidos en el artículo 11 de la Ley 776 de 2002 y el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para conceder a favor de las demandantes el beneficio pensional de sobreviviente solicitado con ocasión de la muerte por accidente de trabajo del afiliado JULIÁN WILLIAM LÓPEZ, estando a cargo el pago de dicha prestación económica a LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA ORGANISMO COOPERATIVO, por ser la entidad a la que se encontraba afiliado el de cujus al momento del siniestro y acreditarse con el presente evento la ocurrencia de un accidente de trabajo generador del deceso del afiliado, responsabilidad endilgada que fue objeto de reproche por la parte pasiva del contradictorio, manifestando que en el asunto de marras no se acreditó por una parte, la ocurrencia del accidente de trabajo como generador de la muerte del de cujus y por otra, que la actora detente la condición de beneficiaria pensional.

De cara a resolver el disenso planteado, es oportuno manifestar que en el presente evento no se halla en discusión lo relacionado a que JULIÁN WILLIAM LÓPEZ (q.e.p.d.), se encontraba afiliado a la entidad accionada LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA ORGANISMO COOPERATIVO, para las contingencias de riesgos profesionales hoy laborales, como trabajador dependiente de WILSON DARÍO GIRALDO, propietario del establecimiento de comercio GRANERO EL TITÁN, a partir del 02 de mayo de 2009, así como tampoco que la muerte del prenombrado acaeció el 19 de agosto de 2011, como consecuencia de un atentado terrorista del cual fue objeto el establecimiento de comercio y que la menor KAROL TATIANA LÓPEZ GARCÍA, es hija del de cujus, situaciones que fueron reconocidas como ciertas por la parte accionada, se confirman con los documentos obrantes en el plenario correspondiente a las constancia de pago de aportes al sistema de riesgos laborales, la copia del registro civil de defunción y del acta de inspección técnica de cadáver de folios y de la copia del registro civil de nacimiento, los que se hallan visibles a folios 10 a 12, 13, 17 a 21 y 14 del expediente, facticos que además no fueron objeto de reproche por la parte apelante, estando por lo tanto únicamente en discusión, la responsabilidad de la accionada en el reconocimiento

y pago de dicha prestación económica y si la demandante PATRICIA GARCÍA CHIRIPUA detenta la condición de beneficiaria pensional.

Ahora bien, la sustitución pensional supone la vocación o la legitimidad para reemplazar a la persona que venía gozando del beneficio o había adquirido el derecho a disfrutarlo, siempre y cuando cumpla los requisitos legales exigidos para ello en el régimen vigente al momento del fallecimiento del causante, ya que la aplicación en el tiempo de la normativa que regula el derecho de los beneficiarios para obtener la pensión de sobrevivientes, se circunscribe a la data del fallecimiento, toda vez que dicho evento es el que da nacimiento o genera la causación de la sustitución pensional, por tanto, la normativa aplicable es aquella que se encuentra vigente en ese momento y no otra anterior, salvo en los eventos en que es posible aplicar la condición más beneficiosa, en los términos consagrados en la sentencia de 25 de julio de 2012 de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación No. 38.674, razón por la cual para el presente caso, partiendo de la data de fallecimiento del afiliado como causa del accidente de trabajo – 19 de agosto de 2011 – la que se extrae según Registro Civil de Defunción visible a folio 13 del plenario, la normativa aplicable es la dispuesta en la Ley 100 de 1993, con las modificaciones hechas por la Ley 797 de 2003, el Decreto Ley 1295 de 1994, modificado por la Ley 776 de 2002 y las demás normas que lo reglamentan y modifican, disertación que encuentra soporte en la jurisprudencia emitida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, cuando en providencia de 2 de marzo de 2007, Radicación No. 27593 y con ponencia del Doctor Francisco Javier Ricaurte Gómez, concluyó que *“(...) la muerte del pensionado es el evento que marca la aplicación en el tiempo de la normatividad que ha de regular el derecho de los beneficiarios a la sustitución de su pensión”*; y más adelante en providencia de 25 de abril del mismo año, Radicación No. 29075 y con ponencia del doctor Camilo Tarquino Gallego, reiteró que *“Frente a la pensión de sobrevivientes, tiene establecido la Sala, que es la fecha del fallecimiento la que determina la normatividad que gobierna el caso (...)”*.

La censura expone como primera medida que en el presente evento, la muerte del causante no es producto de un accidente de trabajo, sin desconocer la afiliación de aquel por su conducto al sistema de riesgos laborales, dado que en su sentir dicho insuceso no se produjo como consecuencia de la prestación del servicio contratado, ni en la jornada de trabajo pactada y que por tanto, su deceso no fue con ocasión del trabajo, por lo cual denunció como errada la apreciación de los medios de convicción del asunto de marras.

Al respecto, como se consagra en la Ley 100 de 1993 y en las demás normas que la complementan o modifican, el ordenamiento jurídico distingue dos modalidades de accidentes o enfermedades, según el tipo de riesgo al cual se expone una persona, esto es, el riesgo laboral o profesional frente a los denominados riesgos comunes. En el primero se agrupan los accidentes o enfermedades que sobrevienen por causa o con ocasión del trabajo, o como resultado de la exposición a factores de riesgos inherentes a la actividad laboral o al medio en el que trabajador se vio obligado a prestar sus servicios. Por su parte, en el segundo, se compendian los accidentes o enfermedades que provienen de la realización de cualquier actividad cotidiana no laboral.

Desde este punto de vista, mientras que los primeros son objeto de protección por parte del Sistema General de Riesgos laborales (SGRL), al tener como finalidad el amparo del trabajador y de sus beneficiarios; los segundos se apoyan en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y en el Sistema General de Pensiones, al resguardar las contingencias que puedan afectar a todos los habitantes en las otras etapas o proyecciones de su vida.

Por esta razón, una vez ocurre un suceso que lesiona la integridad física o psíquica de una persona, surge a favor de éste o de sus beneficiarios, el derecho a obtener la determinación de su origen, con el propósito de establecer el sistema que se encuentra obligado – de cumplirse con los demás requisitos legales – a satisfacer las prestaciones sociales que brinda el Sistema Integral de Seguridad Social. Así las cosas, en principio, una Administradora de Riesgos Laborales (ARL) sólo estaría obligada a satisfacer las prestaciones que surgen del accidente o de la enfermedad de uno de sus afiliados, si la misma es calificada como laboral, pues si la contingencia tiene su origen en un riesgo común, como ya dijo, son otras las entidades llamadas a brindar las coberturas que ofrece el sistema.

Según el literal n) del artículo 1º de la Decisión 584 de 2004 del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad Andina de Naciones – CAN, normativa aplicable al presente asunto por ser la vigente al momento del fallecimiento del afiliado – 19 de agosto de 2011 – es accidente de trabajo *“todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una*

perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo. (...)”¹.

A partir de la anterior definición, es claro que el accidente de trabajo consiste en aquella eventualidad que afecta la salud física o psíquica del trabajador y que incluso puede conllevar a su muerte, siempre y cuando ocurra por causa o con ocasión del trabajo, lo cual significa, por su propia naturaleza, que este tipo de accidente se encuentra vinculado con el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato laboral enunciadas en el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, las cuales consisten, básicamente, en la realización de manera personal la labor encomendada, cumplir con los reglamentos, obedecer las órdenes e instrucciones impartidas por el empleador, guardar la reserva de la información que se tenga bajo su custodia, cuidar los bienes y colaborar en casos de siniestros o de riesgos inminentes que afecten a las personas o a las cosas de la empresa, lo cual se describe como el accidente de trabajo que sobreviene por causa del trabajo, entendiéndose aquél que se produce con ocasión del mismo, a juicio de esta Corporación, cuando el suceso repentino ocurre cuando la persona se encuentra desempeñando la labor encomendada, sin que necesariamente se limite a una hipótesis de una orden dada por el empleador o a una de las actividades normales que se encuentran a su cargo, es decir, desde esta perspectiva la expresión “con ocasión del trabajo”, significa que el accidente ocurra mientras se está trabajando.

Este ha sido el entendido que de antaño la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha decantado sobre el tema bajo estudio. Tal es el caso de la sentencia del 20 de septiembre de 1993, Magistrado Ponente Rafael Méndez Arango, radicado 5911, en donde manifestó:

“No está por demás anotar que si se considere rara que únicamente queda cobijado como accidente de trabajo el suceso imprevisto y repentino, no querido por la víctima ni tampoco provocado por grave culpa suya, que ocurre de modo exclusivo cuando el trabajador se encuentra “dedicado a sus actividades normales” o a las “funciones propias de su empleo”, bastaría entonces que el trabajador no obstante hallarse a disposición del patrono estuviese ocupado en una faena distinta a la suya propia, o en cualquier actividad que estrictamente no pudiera considerarse como una de “sus actividades normales” o “funciones propias de su empleo”, como, por ejemplo, entrando en la empresa o saliendo de ella, bajando o subiendo unas escaleras después de terminada su labor habitual, o en fin ejecutando cualquier otra acción diferente a la labor para la cual fue contratado, para que dejara de considerarse como dedicado a una de “sus actividades normales”, desapareciendo, por ende, el accidente de trabajo por faltar uno de los elementos que lo configuran. Desde luego que este entendimiento de la norma implicaría un notorio retroceso en el proceso legislativo, doctrinario y jurisprudencial que se ha recorrido desde las primeras manifestaciones de amparo al trabajador, que entre nosotros se produjo con la Ley 57 de 1915, o sea, sería desandar todo lo que en esta materia se ha avanzado para colocarse en una época anterior a tal ley”.

En conclusión, para que el accidente de trabajo sea catalogado como tal, es necesario que ocurra por causa o con ocasión de la labor desempeñada, lo que excluye los sucesos que padezca una persona durante la realización de cualquier actividad cotidiana no laboral y fuera del ámbito del trabajo. Con fundamento en lo anterior, se analizará si el accidente sufrido por el causante afiliado el 19 de agosto de 2011 es de origen profesional.

Para tal cometido obra en el plenario a folios 15 a 21 y 23 a 25, la constancia de existencia de proceso penal expedida por la Fiscalía Cuarta Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializado de Pasto (N) y el reporte de Inspección Técnica a Cadáver, así como también la respuesta dada por parte de la entidad accionada al requerimiento elevado por la demandante, documento visible a folios 23 a 25 del expediente, de los cuales se extrae que el día 19 de agosto de 2011, siendo aproximadamente la 8:05 a.m., fue arrojado por desconocidos un elemento explosivo al interior del establecimiento de comercio denominado GRANERO EL TITÁN, resultando varias personas heridas y causando la muerte a la persona que en vida respondió al nombre de JULIÁN WILLIAM LÓPEZ (q.e.p.d.), empleado del establecimiento.

¹ Decisión 584 de 2004 de la Comunidad Andina de Naciones – CAN, artículo 1 literal n, aplicable a este asunto según concepto del Ministerio de la Protección Social del 20 de junio de 2007, ya que mediante sentencia C-858 de 2006, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 9º del Dcto. 1295 de 1994 sobre riesgos profesionales que traía la definición de accidente de trabajo, y la Ley 1562 de 11 de julio de 2012 por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional, que define el accidente de trabajo, entró en vigencia con posterioridad a la ocurrencia del accidente.

Tal situación se corrobora con lo narrado por los testigos MANUELA LATA YAUROPOMA y LUIS GILBERTO BISBICUS (CD. No. 02 Pista 01), quienes además informan que al momento del fallecimiento del afiliado, aquel se encontraba cumpliendo su jornada laboral y las labores para las que fue contratado que eran las de vendedor y despachador de mercancía en el establecimiento de comercio denominado GRANERO EL TITÁN, testigos que al ser contestes entre sí, al no evidenciarse parcialidad alguna en su relato y no ser tachados por sospecha por la parte contraria, gozan de plena credibilidad para esta Corporación.

Lo anterior indiscutiblemente implica, que el insuceso que causó la muerte a JULIÁN WILLIAM LÓPEZ (q.e.p.d.), no puede considerarse como ajeno al trabajo que para entonces ejecutaba aquel en el multicitado establecimiento de comercio, encuadrándose tal situación en un accidente de tipo laboral que sobrevino con ocasión del trabajo, pues al momento de su fallecimiento aquel se hallaba en su lugar de trabajo y ejecutando actividades propias para las que había sido contratado, verificándose con ello las previsiones contempladas en el literal n) del artículo 1º de la Decisión 584 de 2004 de la CAN antes transcrita y en vista de que el de cujus al momento de su fallecimiento, se encontraba afiliado a la entidad accionada, para las contingencias derivada de los riesgos laborales, en aplicación del artículo 1º parágrafo 2º de la Ley 776 de 2002, por medio de la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales, que dispone "(...) *Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.*", resulta acertado y lógico concluir que es esta administradora de riesgos demandada, la llamada a cubrir las contingencias derivadas del accidente de trabajo sufrido por el causante, en las que se encuentran la pensión de sobrevivientes, según se desprende de los artículos 11, 12, 13 y 14 idem, sin que para ello sea óbice, que el suceso repentino haya sido ocasionado por culpa de un tercero, por tratarse de una responsabilidad objetiva.

Ello es así, pues en la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Laboral, con ponencia del H. M., LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ, radicación N° 29582, fechada el veintiséis (26) de abril de dos mil siete (2007), en la cual hace referencia al accidente de trabajo cuando la muerte de un trabajador subordinado se produce por hechos de un tercero, se precisó:

"Es dable anotar que, resulta pertinente traer a colación que en un proceso análogo en el que se discutía el origen de un accidente que le produjo la muerte a un trabajador a manos de terceros desconocidos y sin que se conociera las causas del hecho, esta Sala de Casación entendió que si ello ocurría mientras la víctima cumplía una actividad subordinada, se configuraba el accidente de trabajo porque habría de tenerse como sucedido con ocasión del trabajo, y que si la entidad de riesgos profesionales pretendía liberarse de la responsabilidad debía probar la falta de causalidad...." En tal sentido, se pronunció esta Corporación en sentencia del 4 de abril de 2006 radicado 25986 y reiterada en decisión del 12 de septiembre de igual año, con radicación 27924:

"(...) Resultando además, que tampoco hubo una aplicación indebida de la norma, por cuanto siendo esa la conclusión del Tribunal, de haber sido baleado el trabajador cuando se encontraba laborando, aun no habiéndose establecido la causa, el hecho si se dio con ocasión del mismo y fue por ello que dijo que la demandada ARP, debió probar la falta de causalidad.

"Cabe aquí lo precisado por la Corte, en diferentes oportunidades, más recientemente en la sentencia 25390 del 22 de febrero de 2006, cuando rememorando anteriores pronunciamientos sostuvo:

<El inciso 1º del artículo 9º del decreto extraordinario 1295 de 1994, al igual que el 199 del CST, no introdujo el elemento culpa como factor de la responsabilidad del empleador en la definición del accidente de trabajo; en lo sustancial, de su redacción no se desprende la introducción del sistema subjetivo de responsabilidad que se funda en la culpa. Y esa conclusión no surge de haber excluido de su redacción el término "imprevisto", puesto que tanto él como el término "repentino" significan "no previsto".

"El inciso 2º del artículo 9º del decreto extraordinario 1295 de 1994 considera accidente de trabajo el suceso dañoso para el trabajador que ocurra durante la ejecución de una orden del empleador

o en cumplimiento de una labor bajo la autoridad de él, con lo cual se desvinculó la noción de dos circunstancias accesorias: el lugar de trabajo y la jornada laboral. Es, a nivel legislativo, un avance, manejado de tiempo atrás por la jurisprudencia y la doctrina.

“Lo que es tanto como decir que, con independencia del horario de trabajo y del lugar donde se preste el servicio, el ámbito de protección del trabajo, que se reitera en épocas pretéritas competía exclusivamente al empleador pero que hoy delega la ley a los administradores del Sistema de Riesgos Profesionales, cobija por el mero hecho de la subordinación al trabajador y, por ende, cualquier evento repentino que afecte o ponga en riesgo su salud o su vida queda comprendido dentro de la noción de ‘accidente de trabajo’. (Resalta fuera del texto).

En este orden de ideas, no le asiste razón al recurrente por pasiva respecto de sus alegaciones, pues de lo discutido en precedencia se colige que la muerte del afiliado se produjo con ocasión al contrato de trabajo, estando la accionada llamada a responder por las prestaciones económicas derivadas de la muerte del afiliado JULIÁN WILLIAM LÓPEZ (q.e.p.d.), a la cual el causante se encontraba afiliado al momento de ocurrencia del siniestro, en aplicación del artículo 1º parágrafo 2º de la Ley 776 de 2002, con lo cual la Sala avala la postura asumida por el a quo dentro del asunto de marras, por considerarla ajustada a derecho, pues como ya se dijo y se reitera, si bien el hecho del infortunio en la cual perdió la vida el afiliado fue ocasionado por terceros, ello no implica la inexistencia de responsabilidad de la entidad accionada, habida consideración de la teoría de la responsabilidad objetiva que opera en los eventos de la reparación tarifada derivada de las contingencias de riesgos laborales.

2.2.2. BENEFICIARIOS PENSIONALES DEL CAUSANTE AFILIADO.

Al respecto alega la censura, que en el presente evento la demandante PATRICIA GARCÍA CHIRIPÚA, no acreditó ser beneficiaria pensional del derecho dejado por quien en vida respondió al nombre de JULIÁN WILLIAM LÓPEZ (q.e.p.d.), alegación que únicamente se predica de la referida demandante y no respecto de la menor KAROL TATIANA LÓPEZ GARCÍA, a quien el juzgado de primer grado le concedió pensión de sobrevivientes a partir del 19 de agosto de 2011, en el equivalente al 50% de la mesada pensional correspondiente, que fue fijada en un monto igual al salario mínimo legal mensual vigente para cada época.

Para tal efecto, el artículo 11 de la Ley 776 de 2002 preceptúa: “MUERTE DEL AFILIADO O DEL PENSIONADO POR RIESGOS PROFESIONALES. Si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sobreviene la muerte del afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y su reglamentario.

Por su parte, el artículo 47 de la ley de seguridad social, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, señala que “(...) Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (...)

La hermenéutica de la anterior reglamentación permite establecer claramente, que tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes por muerte de un pensionado o afiliado, en forma vitalicia, los miembros del grupo familiar y quienes demuestren, en primer lugar, la condición de compañero permanente supérstite de la fallecida para este caso y en segundo lugar, la convivencia entre éstos de no menos de cinco (05) años continuos anteriores al fallecimiento del pensionado o afiliado.

• CONDICIÓN DE COMPAÑERA PERMANENTE SUPÉRSTITE DE LA DEMANDANTE Y REQUISITO DE CONVIVENCIA CON EL AFILIADO FALLECIDO.

Observa la Sala que en el presente evento se encuentra acreditado en el proceso la condición de compañera permanente supérstite de la demandante, lo cual se soporta con los testimonios rendidos por LUIS GILBERTO BISBICUS MOREANO y MANUELA LATA YAURIPOMA, a los que ya se ha hecho referencia, quienes afirman que el

afiliado fallecido y la demandante hicieron vida marital a lo largo de 12 y 15 años aproximadamente, hasta que se produjo el deceso del causante, deponentes que como ya se advirtió, gozan de plena credibilidad para esta Corporación, habida cuenta que no se avizora parcialidad alguna que invalide su relato.

En efecto, LUIS GILBERTO BISBICUS MOREANO, a lo largo de su declaración refiere que conoció al de cujus por espacio de 25 años, que desde hace 40 años tiene un negocio de verduras en el mercado cerca al lugar donde laboraba el fallecido y que fue él quien le presentó a su compañera la señora PATRICIA GARCÍA, que a diario se miraban con el extinto señor, el que esperaba en su negocio hasta que el propietario del local donde trabajaba aquel lo abriera para ingresar a laborar, informa el lugar donde la pareja residía junto con su hija y que nunca se separaron hasta el fallecimiento.

Por su parte, la testigo MANUELA LATA YAUROPOMA, afirma que conoció a William por espacio de 14 años, porque fueron compañeros de estudios, manteniendo por dicho lapso de tiempo una amistad con aquel, aduciendo que entre él y la accionante se verificó una relación marital por espacio de 12 años, sin que el hecho de que la deponente no recuerde las direcciones exactas de donde vivieron la demandante y el afiliado fallecido, le reste credibilidad a lo afirmado por aquella.

Por lo tanto, del conjunto de los medios probatorios analizados, se logra extraer sin hesitación alguna, que la demandante fungió como compañera permanente del causante pensional, acreditándose además el cumplimiento del requisito de convivencia mínima requerida por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que es de cinco (05) años inmediatamente anteriores a la data de fallecimiento del causante, pues el medio de prueba testimonial que se analiza, dan cuenta que la relación marital de hecho entre la actora y el fallecido afiliado perduró al menos por un lapso de 12 años, la que se mantuvo sin interrupción alguna hasta la data del deceso de JULIÁN WILLIAM LÓPEZ (q.e.p.d.), con lo cual se tiene por cumplido con el requisito de tiempo mínimo de convivencia exigido.

Por todo lo anterior, no cabe duda para esta Corporación que la demandante PATRICIA GARCÍA CHIRIPÚA, compañera permanente del fallecido afiliado, funge como beneficiario de la pensión de sobrevivientes por él causada, por cumplimiento de los requisitos consagrados en los artículos 47 de la Ley 100 de 1993.

2.3. INTERESES DE MORA.

El juzgado de conocimiento condenó a la accionada al pago de esta pretensión, la que estableció precedente desde el 26 de noviembre de 2011, data en la cual la entidad accionada negó el beneficio pensional pretendido por activa y sobre las mesadas causadas desde el 19 de agosto de 2011 hasta la fecha del pago efectivo de las mismas, decisión que fue objeto de apelación por la parte pasiva de la Litis, quien expone que dicha condena a su juicio es improcedente.

Al respecto, la Ley 100 de 1993 consagró en su artículo 141 que *"A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago."*

Al estudiar la exequibilidad de parte del referido artículo, la Corte Constitucional en sentencia C-601 de mayo 24 de 2000, consideró que *"introduce en el orden jurídico el fenómeno del reconocimiento de los intereses de mora a favor de los pensionados, resolviendo un viejo problema hermenéutico en el sistema pensional colombiano, pues antes de la vigencia de dicha ley, no existía una fórmula jurídica única y clara que definiera el tema de cómo liquidar una pensión que se encontraba en mora de ser cancelada a favor de su beneficiario o titular, a pesar de la existencia de múltiples y variadas interpretaciones que, en su momento, formularon, tanto los órganos judiciales como los doctrinantes, para equilibrar las cargas correspondientes, cuando una entidad de previsión social o un órgano de seguridad social incurría en mora en el pago efectivo de las mesadas pensionales"*.

En esa oportunidad, dicha alta Corporación realizó el estudio de la temporalidad de la norma, al afirmar que la correcta interpretación de la misma da a entender *"que a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las pensiones a que se refiere la ley, esto es, las pensiones que tienen como origen el fenómeno laboral de*

la jubilación, la vejez, la enfermedad o la sustitución por causa de muerte, que se presente después de esa fecha, el pensionado afectado, sin importar bajo la vigencia de qué normatividad se le reconoce su condición de pensionado, tendrá derecho al pago de su mesada y sobre el importe de ella la tasa máxima del interés moratorio vigente. Es decir, la disposición acusada no distingue entre pensionados, pues, sólo alude al momento en el cual se produce la mora para efectos de su cálculo, de suerte que si ésta se produjo con anterioridad al 1º de enero de 1994, ésta se deberá calcular de conformidad con la normativa vigente hasta ese momento, esto es, el artículo 8º de la ley 10 de 1972, reglamentada por el artículo 6º del decreto 1672 de 1973, y eventualmente, por aplicación analógica de algunos criterios plasmados en el Código Civil colombiano, diferentes al artículo 1617 de la misma obra, y si la mora se produjo después de esa fecha su valor se deberá calcular con base en los lineamientos contenidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993”.

Reiteró que es evidente desde el punto de vista constitucional, que las entidades de seguridad social “están obligadas a indemnizar a los pensionados por la cancelación tardía de las mesadas pensionales atrasadas que se les adeudan, pues el artículo 53 de la Carta es imperativo y contundente al disponer que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones. En este sentido, el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desarrolló cabalmente este mandato superior, **pues, la obligación de pagar oportunamente las pensiones y de asumir, en caso de no hacerlo, un interés de mora que consulte la real situación de la economía, es una consecuencia del artículo superior referido, en la parte concerniente a pensiones legales en conexidad con el artículo 25 ibídem**, que contempla una especial protección para el trabajo. En este sentido también es oportuno precisar que tal indemnización a los titulares de las pensiones por la cancelación tardía de las mesadas pensionales atrasadas debe aplicárseles a los regímenes especiales anteriores y subsistentes con la ley 100 de 1993, esto es, los que se encuentren en las excepciones previstas en el artículo 279 de la referida ley” (resaltado por fuera del texto original).

Lo anterior redundaba en el hecho, en que no queda duda que el derecho al pago por mora de los referidos intereses, se tiene sin importar el tiempo en el que se causó, siempre y cuando la pensión sea de rango legal, sin afectar bajo que norma se le reconoció su condición de pensionado, pues por ello fue declarado exequible lo demandado del referido artículo, al considerar que la disposición solamente es aplicable para pensiones causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993 y todas aquellas que fueron acogidas por ésta, con fundamento en la normatividad integral de la misma; por lo tanto, lo que hay que tener en cuenta para que se configure el derecho al pago de los intereses de mora consagrados en el citado artículo, es que se esté frente al incumplimiento de la obligación por parte de la entidad de reconocer la pensión a su cargo, que se tiene desde que el reclamante reúne las exigencias indispensables de la pensión legal que se pretenda, sanción que opera frente al retardo en el pago de las mesadas, más no en las diferencias pensionales originadas en reajustes, criterio que ha sido fijado por nuestra superioridad en sentencia CSJ SL, 21 feb. 2012, rad. 44793, en la que se reiteró la CSJ SL, 3 sep. 2003, rad. 21027.

Por lo demás, para la imposición de los referidos intereses moratorios, no resulta menester examinar si hubo buena o mala fe en el comportamiento del deudor, pues ellos se causan por el solo hecho del retardo en el pago de las pensiones, a manera de resarcimiento económico y para mitigar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Esto es, tienen carácter resarcitorio y no sancionatorio, posición que ha sido sostenida y reiterada por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia de 13 de junio de 2012, rad. No. 42783, en la que ratificó las orientaciones vertidas sobre el particular en sentencia de 29 de mayo de 2003, rad. N° 18789, oportunidad en la que con voz de autoridad manifestó:

“Del texto transcrito se desprende que el legislador previó el pago de intereses moratorios en caso de retardo en el pago de las mesadas pensionales, sin hacer distinción alguna en relación con la clase, fuente u otras calidades de la pensión, siendo irrelevante que el derecho en cuestión hubiese sido controvertido por la parte obligada a su pago. Aceptar lo contrario podría hacer nugatorio el derecho del pensionado a ser resarcido por la mora en el pago de su derecho pensional, pues bastaría que el obligado a su reconocimiento simplemente discuta el derecho en cuestión para que quede eximido de los intereses moratorios. Nótese además que a diferencia de la indemnización moratoria regulada en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, la propia Ley 100 de 1993 se apartó de esa terminología y denominó al beneficio en cuestión ‘intereses de mora’, con lo que se ve con claridad la naturaleza que le asignó, descartando en todo caso el carácter de sanción o de indemnización. Y tal diferenciación no sólo es terminológica sino también respecto del distinto tratamiento que le otorga el artículo 141 citado

a los intereses de mora en cuanto a su contenido y alcance, muy diferentes de los denominados por la doctrina 'salarios caídos', los cuales sí tienen un carácter sancionatorio".

Establecida entonces la procedencia de los intereses moratorios en el presente evento en contra de la entidad demandada, pues se está frente a la deuda de ésta respecto de las mesadas pensionales causadas a favor de la actora a partir del 19 de agosto de 2011, resulta necesario establecer la fecha a partir de la cual se hacen exigibles los referidos intereses de mora, para lo cual se aduce que las administradoras de pensiones para resolver las peticiones de reconocimiento de pensiones de sobrevivientes, cuentan con el término consagrado en el artículo 1° de la Ley 717 de 2001 que expresamente reguló el tema al disponer: *"El reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad de previsión social correspondiente, deberá efectuarse a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho"*, sin embargo, en el asunto de marras no se tiene prueba alguna que permita establecer la data en la cual la parte actora, solicitó a la entidad accionada el reconocimiento a su favor del beneficio pensional pretendido, por lo tanto, la fecha a partir de la cual tienen operancia los intereses moratorios solicitados, será a partir de la cual la demandada contestó al requerimiento elevado por activa, esto es, el 26 de noviembre de 2011, tal y como acertadamente fue definido por el a quo y hasta cuando la entidad accionada reconozca y pague a favor de la parte demandante el valor de las mesadas adeudadas por concepto de pensión de sobrevivientes y sobre el importe de ellas, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

3. CONCLUSIÓN.

En este orden de ideas y agotados como se encuentran los puntos de censura propuestos por la parte pasiva del contradictorio, únicos sobre los cuales tiene competencia ésta Corporación, en aplicación del contenido normativo dispuesto en el artículo 66 A del estatuto adjetivo laboral, con fundamento en los razonamientos jurídicos y probatorios precedentemente expuestos, colofona esta Colegiatura que no le asiste razón al recurrente respecto de sus alegaciones, pues de lo discurrido se colige i) la existencia de un accidente de trabajo que le propinó la muerte al afiliado JULIÁN WILLIAM LÓPEZ (q.e.p.d.); ii) que la convocada al litigio es la llamada a responder por las prestaciones económicas derivadas de dicho insuceso y iii) que la demandante PATRICIA GARCÍA CHIRIPÚA, compañera permanente del fallecido afiliado, funge como beneficiario de la pensión de sobrevivientes, por acreditar los presupuestos necesarios para tal fin, con lo cual la Sala avala la postura asumida por el a quo dentro del asunto de marras, por considerarla ajustada a derecho.

Basta con agregar, que como el fundamento del recurso de apelación interpuesto por el accionado, giró en torno a la existencia del derecho de la parte de la demandante a percibir de aquella el beneficio económico de la pensión de sobrevivientes solicitada, lo cual queda contestado con lo ya analizado y no mostró ninguna inconformidad con los términos precisos en que se impartió o fulminó la condena por parte del a quo, se confirmará íntegramente lo decidido en la sentencia objeto del recurso de apelación, clarificando que toda vez que el monto pensional concluido en primera instancia, fue el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente y que en virtud del artículo 35 de la Ley 100 de 1993 *"(...) El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente."*, la cuantía de la pensión de sobreviviente a favor de la parte demandante debe mantenerse en el equivalente a aquel.

4. COSTAS.

Teniendo en cuenta lo previsto en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que determina las tarifas de las agencias en derecho, y en virtud de la facultad que le otorga el artículo 43 de la Ley 794 de 2003, que señala como criterios para aplicar gradualmente las tarifas establecidas la naturaleza del asunto, la *"calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente"*, se tiene que, dadas las resultas de la alzada, no hay lugar a condenar en costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida dentro del presente proceso por el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco (N), dentro de la Audiencia Pública celebrada el 08 de abril de 2015, objeto de apelación, por las razones fácticas y jurídicas plasmadas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. y se notifica a las partes en ESTRADOS.

No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece:

JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado Ponente.

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

Magistrada.

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ

Magistrada.

JAMES RODRÍGUEZ ROSERO

Secretario Sala Laboral

PENSIÓN DE INVALIDEZ DE ORIGEN COMÚN / DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ Y DATA DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA PERSONAS CON ENFERMEDAD DEGENERATIVA Y DE DETERIORO PROGRESIVO: Aplicación del Principio de Favorabilidad y la Condición más Beneficiosa - No obstante, analizada la norma que regula la pensión de invalidez vigente al momento de estructurarse el estado de invalidez, el demandante no cumplía con el requisito de la densidad de cotizaciones necesarias para adquirir el estatus pensional, hay lugar al reconocimiento de tal prestación, conforme los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y dando aplicación a los principios de favorabilidad, la condición más beneficiosa y la primacía de la realidad al momento de estructurar el dictamen de invalidez, al tratarse de enfermedades degenerativas, catastróficas o de tipo progresivo, en este caso VIH-SIDA, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina y como el trabajador continuó laborando y cotizando al sistema de seguridad social, se deben tener en cuenta los aportes realizados desde la estructuración de la invalidez hasta que efectivamente se presentó la pérdida de capacidad para trabajar, en este evento hasta su última cotización efectiva.

COSA JUZGADA: Requisitos - Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional, en revisión de acción de tutela propuesta por el demandante, decidió concederla, ordenando a COLPENSIONES reconocer de manera definitiva la pensión de invalidez, y siendo que se cumplen con los presupuestos para ello, es procedente declarar probada de oficio la excepción de cosa juzgada, recayendo la misma sobre el reconocimiento del pretendido derecho pensional, más no en lo referente al retroactivo pensional solicitado. /

REPUBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2013-00404-02(316).

En San Juan de Pasto, a los veinte (20) días del mes de octubre de dos mil quince (2015), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ**, en asocio del Secretario, se constituyen en **AUDIENCIA PÚBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **LFCC** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**. Preside el acto el doctor **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien lo declara abierto. El Secretario informa que las partes se encuentran debidamente notificadas. Acto seguido el suscrito Magistrado Sustanciador, presenta a consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, el que después de ser discutido es aprobado. A continuación la Sala procede a dictar el siguiente,

SENTENCIA

San Juan de Pasto, veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015).

1. ANTECEDENTES

LFCC, identificado con la cédula de ciudadanía No. expedida en Pasto (N), a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de origen común, a la cual tiene derecho por cumplir con los requisitos legales dispuestos en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año, normativa que considera aplicable en virtud del principio de favorabilidad, así como

también el retroactivo pensional a que tiene derecho, a partir de la fecha de estructuración de su discapacidad, la indexación de dichos valores y las costas procesales.

1.1. HECHOS

Como argumentos fácticos de sus pretensiones, el actor expuso los siguientes:

- Que el Instituto de Seguros Sociales, a través de dictamen proferido el 15 de junio de 2012, declaró que el actor sufrió una pérdida de capacidad laboral por enfermedad de origen común equivalente al 67.70%.
- Que mediante Resolución No. GNR 004849 de 15 de Noviembre de 2012, la entidad accionada negó la pensión de invalidez solicitada por el demandante, considerando para tal efecto, que si bien aquel acredita una pérdida de la capacidad laboral por enfermedad común equivalente al 67.70%, también lo es que no detenta la densidad de cotizaciones necesarias para adquirir el estatus pensional que pretende, decisión que fue objeto de recurso de reposición y en subsidio de apelación, decidiéndose el primero de ellos a través de Resolución No. GNR 112373 de 28 de mayo de 2013 y el recurso de apelación mediante Resolución No. VPB 2490 de 19 de julio de 2013, confirmando la decisión inicial por la falta de cotizaciones mínimas, esto es, 50 semanas dentro de los tres últimos años anteriores a la estructuración de su invalidez.
- Que mediante fallo de tutela proferido el 20 de agosto de 2013 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, se ampararon los derechos fundamentales del actor a la Seguridad Social en conexidad con los derechos a la vida y el mínimo vital, ordenando a la entidad accionada a reconocer y pagar de manera transitoria, la respectiva pensión de invalidez solicitada por activa en el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente.

1.2. TRÁMITE Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, despacho que admitió la demanda mediante auto de 28 de octubre de 2013 (Fls. 41 a 42), en el que además se ordenó la notificación al ente demandado, así como también al Agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, actos que se llevaron a cabo el 13 de marzo, el 08 de mayo de 2014 y el 27 de febrero de 2015, respectivamente, este último, en acatamiento de la orden impartida por esta Corporación, en auto proferido el 28 de enero de 2015, a través del cual se declaró la nulidad de lo actuado, a partir de la sentencia proferida por el juzgado de primera instancia el 15 de agosto de 2014, por indebida notificación de la existencia del presente asunto, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fls. 46 a 48, 74 y 70 a 71).

Notificada la parte accionada, la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", no contestó el libelo introductorio, situación que así fue considerada por el juzgado de primera instancia, mediante auto de 07 de mayo de 2014 (Fls. 49 a 50) disponiendo por lo tanto, tener por no contestada la demandada por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Una vez recaudado el material probatorio y clausurado el debate del mismo, previo el acatamiento de la orden impartida por este Tribunal mediante proveído el 28 de enero de 2015, mediante auto de 19 de mayo del hogaño (Fl. 75), el juzgado de primer grado realizó nuevamente la actuación objeto de nulidad y profirió sentencia en audiencia pública llevada a cabo el 03 de julio de 2015 (Fls. 76 a 79 CD. No. 03), mediante la cual declaró que el actor tiene derecho a la pensión de invalidez por riesgo común incoada con la demanda, por acreditar los requisitos legales exigidos en la Ley 100 de 1993 en su texto original, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, acreditando así el requisito de densidad de cotizaciones dentro del último año anterior a la data de estructuración de su invalidez, esto es, en dicho lapso de tiempo superar las 26 semanas mínimas requeridas. Por lo tanto condenó al ente demandado a pagar a favor del demandante la pensión de invalidez por riesgo común con retroactividad al 10 de marzo de 2012, en la suma indexada de \$14.262.169.00, incluida la mesada adicional de diciembre, calculada hasta el 28 de febrero de 2014, porque a partir del 1º de marzo de 2014 la demandada COLPENSIONES, reconoció el derecho pensional pretendido por activa, con fundamento en la acción

constitucional que le ordenó tal situación, disponiendo además que la entidad accionada continúe con el pago de la pensión de invalidez en forma definitiva, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, con los respectivos descuentos que en salud haya lugar y la condenó en costas equivalentes a dos (02) salarios mínimos.

1.3 GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

Al ser el proveído estudiado adverso a las pretensiones de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, entidad de la cual la Nación es garante conforme lo dejó establecido la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en pronunciamiento de tutela de 04 de diciembre de 2013, radicación No. 51237, esta Corporación en cumplimiento a lo establecido en el artículo 69 del C. P. del T. y de la S. S., lo admitió para que se surta el grado jurisdiccional de consulta

1.4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El asunto fue admitido por esta Corporación para que surta el grado jurisdiccional de consulta, a través de proveído de 31 de julio de 2015 (Fl. 06 del Cdno. de Segunda Instancia). Mediante auto de 30 de septiembre del hogaño (Fl. 08 del Cdno. de Segunda Instancia), está la Sala de Decisión resolvió reabrir el debate probatorio a fin de tener como prueba documental dentro del en el sub judice, la copia autentica de la sentencia T – 893 de 2013, proferida por la Corte Constitucional y el auto de obediencia al superior, remitidos por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pasto, visibles a folios 10 a 45 del cuaderno de segunda instancia, por considerar que tales actuaciones judiciales son necesarias para decidir el recurso de alzada objeto de estudio.

Surtido el trámite en segunda instancia, al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procedemos a decidir, previas las siguientes:

2. CONSIDERACIONES

2.1. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.

Como la decisión adoptada en primera instancia es totalmente adversa a COLPENSIONES, se procede a examinar la sentencia objeto del grado jurisdiccional de consulta y sin limitaciones de ninguna naturaleza, se emitirá la decisión que corresponda. En virtud de lo anterior, observa la Sala de Decisión que es su deber resolver si la parte demandante cumple con los requisitos exigidos por la ley, para detentar la pensión de invalidez reconocida por la a quo y determinar el valor del retroactivo pensional a que haya lugar.

2.2. RÉGIMEN APLICABLE AL CASO CONCRETO Y SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.

2.2.1. PENSIÓN DE INVALIDEZ.

Al respecto precisa la Sala, que la pensión de invalidez se establece como una compensación económica tendiente a resguardar las necesidades básicas de aquellas personas cuya capacidad laboral se ve disminuida, como una fuente de ingreso para solventar una vida en condiciones de dignidad, conforme lo ha considerado la H. Corte Constitucional en sentencia C-227 de 2004, derecho que adquiere una connotación especial al buscar preservar los derechos de los sujetos de especial protección como los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos¹, siempre y cuando aquellos cumplan con los requisitos legales exigidos en el régimen vigente al momento de la estructuración de la invalidez, ya que la aplicación en el tiempo de la normativa que regula el derecho para obtener la pensión de invalidez, se circunscribe a la data en la que tal deficiencia aparece, pues es dicho evento el que da nacimiento

¹ T-26 de 1992, T-011 de 1993, T-427 de 1992, T-144 de 1995; T-1007 de 2004

o genera la causación de dicho derecho pensional, por tanto, la normativa aplicable es aquella que se encuentra vigente en ese momento y no otra anterior o posterior, que para el presente caso es la dispuesta en la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 860 de 2003, toda vez que la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral fue determinada para el 09 de marzo de 2012, según se extrae del dictamen de calificación de invalidez obrante a folios 11 a 12, el cual determina una pérdida de capacidad laboral del demandante equivalente al 67.70%.

Lo anterior encuentra fundamento en lo manifestado por la H. Corte Suprema de Justicia, quien sostiene que para ser beneficiario de la pensión de invalidez, es necesario evaluar los requisitos de la norma aplicable al momento de estructurarse el estado de invalidez y no la de rendición del dictamen por parte de la Junta de Calificación de Invalidez, tal como lo reiteró en sentencia de 5 de junio de 2005, Radicación No. 24.280 cuando manifestó:

“Desde luego que no se desconoce el efecto general inmediato de las normas laborales, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 16 del C. S. del T. Lo que ocurre es que en eventos como el analizado, se debe tener en cuenta que para acceder a la pensión de invalidez, así como a la causada por muerte, no resulta válido considerar como único parámetro para determinar si existe o no el derecho correspondiente, la fecha del respectivo acontecimiento (incapacidad para laborar o deceso); es necesario adicionalmente observar el conjunto de postulados y la naturaleza misma del derecho a la seguridad social, con miras a lograr el amparo y la asistencia propuestos constitucionalmente, y a los cuales se arriba con la puesta en vigor de las instituciones legalmente previstas.”

Ahora bien, en relación con la pensión de invalidez, la Ley 100 de 1993 definió en el artículo 38, que se considera una persona inválida cuando por “cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”, entendiéndose por capacidad laboral de acuerdo con el literal c) del artículo 2 del Decreto 917 de 1999, “(...) el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes o potencialidades de todo orden, que le permiten al trabajador desarrollar su trabajo habitual”. Igualmente, el artículo 39 en su texto original disponía como requisitos para obtener la pensión de invalidez:

- i) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y tenga cotizadas por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.*
- ii) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se hubiere producido el estado de invalidez.*

No obstante, el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, modificó dichos requisitos para acceder a la pensión de invalidez causada por enfermedad y por accidente, estableciendo que para el reconocimiento de dicha acreencia pensional se requiere:

- i) Haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración.*
- ii) Una fidelidad de cotización al sistema no menor al veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que la persona cumplió 20 años y la fecha de calificación de la invalidez.*

Sin embargo, el requisito de fidelidad de cotización al sistema fue objeto de diversos exámenes por parte del Máximo Tribunal Constitucional en sede de tutela, posterior a la promulgación de la Ley 860 de 2003, por ser considerado un requisito más gravoso para acceder a la pensión de invalidez, a través de los cuales se colofonó tal disposición como inconstitucional, en la medida en que se trataba de un requisito regresivo en materia de derechos económicos, sociales y culturales, razón por la cual se acudió a la excepción de inconstitucionalidad dispuesta en el artículo 4 de la C.P., para inaplicar el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, en cuanto al requisito de fidelidad al Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones², postura que fue finalmente asumida por dicha

² Criterio contenido en la línea jurisprudencial conformada por las sentencias T-287 de 2008, T-145 de 2008, T-110 de 2008, T-104 de 2008, T-103 de 2008, T-104 de 2008, T-080 de 2008, T-078 de 2008, T-077 de 2008, T-069 de 2008, T-018 de 2008, T-590 de 2008, T-1048 de 2007, T-1072 de 2007, T-699A de 2007, T-641 de 2007, T-580 de 2007, T-043 de 2007, T-221 de 2006, T-1291 de 2005 y sentencia T-287 de 2008, entre otras, última en la que se razonó que “(...) mientras no haya un pronunciamiento del pleno de esta Corte sobre la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en sede de tutela el juez podrá inaplicar dicho artículo y ordenar que se aplique la norma anterior más favorable de la Ley 100 de 1993 (artículo 39), cuando se constaten circunstancias de especial vulnerabilidad”.

Corporación en la sentencia C-428 del 1º de julio de 2009, a través de la cual la H. Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, oportunidad en la que concluyó *“que el requisito de fidelidad contemplado en la norma analizada, tanto en su numeral 1º como en el 2º, deben ser declarados inexecutable puesto que no se logró desvirtuar la presunción de regresividad y justificar la necesidad de la medida de acuerdo con los fines perseguidos por la misma”*, lo cual implica entre otras cosas, que su inaplicación es de obligatorio cumplimiento, tanto para los fondos administradores de pensiones –públicos y privados– como para las autoridades judiciales, quienes están en la obligación de observar el contenido material de la sentencia C-428 de 2009, independientemente que el hecho generador del derecho pensional haya ocurrido con anterioridad al 1º de julio de 2009 fecha en la cual se profirió dicha sentencia de constitucionalidad, tal y como fue determinado por el referido Alto Tribunal en Sentencia T-730 de 2011

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, al respecto manifestó que exigir el requisito de fidelidad al Sistema de Seguridad Social, tal como lo ordenó el artículo 1º de la Ley 860 del 2003, para la pensión de invalidez o el artículo 12 de la Ley 797 del 2003, para la de sobrevivientes, no consulta el principio de progresividad, por lo tanto a su juicio, tal requisito, consistente en que el afiliado cotiche al sistema un porcentaje del tiempo transcurrido entre el momento en que cumple 20 años y la fecha en que se estructura el riesgo, no debe exigirse cuando impida acceder a tales pensiones, inaplicación de la exigencia de fidelidad al sistema, que debe hacerse, no por razón de darle efectos retroactivos a la decisión de inexecutable de dicho requisito adicional que la Corte Constitucional dispuso en la sentencia C-428 de 2009, sino por la particular circunstancia, de que el mentado requisito de fidelidad al sistema, implica una contradicción con respecto al principio constitucional de la progresividad y no regresividad, consagrado, tanto en la Constitución Política de 1991 (artículo 48), como en el *“Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC)”*, ratificado por Colombia, el cual debe tenerse en cuenta por virtud de lo establecido en el artículo 93 superior, a la hora de interpretar los derechos y deberes constitucionales. (ver sentencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia de julio 10 de 2012, radicación No. 42423, M. P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz)

En síntesis y de acuerdo con el precedente establecido por la H. Corte Constitucional y la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, resulta inadmisibles en cualquier tiempo, exigir el requisito de fidelidad al Sistema para el reconocimiento de la pensión de invalidez, con fundamento en la violación que dicha exigencia implica con respecto al principio constitucional de la progresividad y no regresividad, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991.

Precisado lo anterior, se encuentra en el sub judice que está debidamente acreditado: i) que el actor es inválido, ya que tiene una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, exactamente un total de 67.70% por enfermedad común; ii) que la fecha de estructuración del estado de invalidez es del 09 de marzo de 2012 (Fls. 11 a 12 del expediente) y iii) y que según la copia del Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones visible a folios 37 a 40, tiene un tiempo cotizado total equivalente a 441.71 semanas, sufragadas en forma discontinua en el período comprendido entre el 26 de enero de 1987 al 30 de abril de 2013, de las cuales 44 corresponden a los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez, lo que se corrobora con la Resolución No. VPB 2490 de 19 de julio de 2013, emanada por la entidad demandada (Fls. 20 a 21).

Teniendo presentes los anteriores elementos de juicio y partiendo del hecho de que la norma llamada a regular la pensión de invalidez es, por regla general, la que se encuentra vigente en el momento en el que se estructura el estado de invalidez, en este caso, al corresponder dicho suceso al 09 de marzo de 2012, la norma aplicable es el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que consagra como presupuesto para acceder al beneficio de la pensión de invalidez, haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración, densidad de cotizaciones que efectivamente el actor no acredita y por lo tanto, en principio, no sería ajustado a derecho conceder la pensión de invalidez invocada por el actor dentro de la presente causa.

Ahora bien, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos, han clarificado que es posible acudir al principio de la condición más beneficiosa, en aras de aplicar del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, o incluso el contenido normativo del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a aquellas situaciones gobernadas por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

La primera Corporación nombrada, en sentencia de treinta (30) de abril de dos mil trece (2013), Radicación No. 45815, Magistrado ponente, doctor RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, al respecto de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en la concesión de pensiones de invalidez, adoctrinó:

"(...) el principio de la condición más beneficiosa no supone una búsqueda histórica de normas con el fin de conseguir aquella que se acomode de mejor manera a las condiciones personales de cada asegurado, sino la aplicación excepcional de la norma inmediatamente anterior a la que regula por principio la situación. Dijo la Sala, en esa oportunidad (hace referencia a la sentencia del 25 de julio de 2012, Rad. 38674):

"Como lo anterior implica un cambio de criterio de la Sala frente a la PENSIÓN DE INVALIDEZ, cuando el estado de invalidez se estructura en vigor del artículo 1° de Ley 860 de 2003 y para el momento en que entró a regir este nuevo ordenamiento legal se tenían satisfechos los requisitos de la norma precedente, se rectifica y recoge cualquier pronunciamiento que en contrario se hubiera proferido, aclarando que lo expresado también tendría plena aplicación en lo concerniente a la PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES y la Ley 797 de 2003, para efectos de ampliar los alcances del mencionado principio legal y constitucional de la condición más beneficiosa a legislaciones posteriores a la Ley 100 de 1993.

"3. CASO CONCRETO:

"El afiliado demandante para la fecha de estructuración de la invalidez, que como está comprobado se produjo el 1° de junio de 2004, no tenía 50 semanas cotizadas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a ese hecho, pues como lo estableció el Tribunal y no es materia de controversia en sede de casación, en ese lapso del 1° de junio de 2000 al 1° junio de 2004, no cotizó ninguna semana.

*"Como atrás quedó explicado, para poder aplicar el principio de la condición más beneficiosa de acuerdo con el criterio jurisprudencial que se está fijando, es necesario que **el afiliado cumpla con la densidad de semanas de la norma inmediatamente precedente en las hipótesis que se han señalado**, para este caso en particular el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que es la disposición que fue modificada o remplazada por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, no siendo en consecuencia cualquier otra norma anterior. En sentencia del 9 de diciembre de 2008 radicado 32642, al respecto se especificó que "no es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, **sino la que regía inmediatamente antes de adquirir plena eficacia y validez el precepto aplicable** conforme a las reglas generales del derecho" (resalta la Sala).*

*"De ahí que, el hecho indiscutido de que el actor tenga más de 300 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994 cuando entró a regir la Ley 100 de 1993, no tiene para este asunto en particular ninguna incidencia, en la medida que bajo el amparo de la llamada condición más beneficiosa, los requisitos para acceder a la pensión de invalidez no son los contenidos en el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, sino los previstos en el artículo **39 de la Ley 100 de 1993**.*

"Pero sucede, que el promotor del proceso no satisface la densidad de semanas exigida por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, en los términos antes descritos, ya que no cuenta con el mínimo de 26 semanas cotizadas dentro del año previo a la estructuración al estado de invalidez que en este caso ocurrió el 1° de junio de 2004, ni con las 26 semanas dentro del año anterior a la fecha de entrada en vigencia del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, es decir, para el lapso del 29 de diciembre de 2002 al 29 de diciembre de 2003, si se tiene en cuenta que en los tres últimos años a la invalidez tiene cero (0) semanas de cotización.

"Así las cosas, en el asunto en particular, no hay lugar a conceder la pensión de invalidez implorada en los términos de la norma que en un comienzo gobierna la situación pensional del accionante (artículo 1° de la Ley 860 de 2003), ni tampoco es dable acudir al principio de la condición más beneficiosa para tener en cuenta los requisitos de la norma inmediatamente precedente, que lo es el artículo 39 de la

Ley 100 de 1993, por no tener siquiera las 26 semanas de cotización allí exigidas.” Sentencia del 25 de julio de 2012, Rad. 38674. (Ver también las sentencias del 17 de julio de 2012, Rad. 41785, y 2 de octubre de 2012, Rad. 42623).

“Tampoco resultaba aplicable, para este caso en particular, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, cuya aplicación excepcional, como ya se dijo, ha sido aceptada por la Sala para situaciones gobernadas por la Ley 860 de 2003, pues el asegurado no cumple con los presupuestos necesarios para ello y que la Sala ha definido en los siguientes términos:

“f) Dando aplicación a la condición más beneficiosa frente a la pensión de invalidez, debe precisarse que para que el derecho a esta prestación se gobierne por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, es necesario en primer lugar, que para quienes hubieran dejado de cotizar al sistema, cuenten con 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha en que se produzca el estado de invalidez y, en segundo término, es menester que también registren un mínimo de 26 semanas de aportes en el último año a la entrada en vigencia del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que comenzó a regir el 29 de diciembre de 2003 según el Diario Oficial No. 45.415.

“Con lo anterior no se está haciendo más gravosa la situación para los afiliados que reclamen la aplicación del régimen jurídico o legislación precedente, con base en aportes por 26 semanas, sino cumpliendo con el imperativo legal que establece un mínimo de aportes, que debe quedar satisfecho dentro de un determinado interregno cercano al momento en que se produce la invalidez.” Sentencia del 25 de julio de 2012, Rad. 38674”.

Por su parte, la H. Corte Constitucional al respecto de la aplicación del principio de favorabilidad y la condición más beneficiosa en los casos de pensión de invalidez, en múltiples pronunciamientos, entre otros, en sentencia T-893 de diciembre 13 de 2013, consideró:

“(…)”

“En concordancia con esta línea argumentativa, el artículo 3° del decreto 917 de 1999, establece que el momento de estructuración de la invalidez es “la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva.”. A su vez la Corte Constitucional, ha determinado que el régimen jurídico aplicable al momento de reconocer una pensión de invalidez en principio, es el vigente al momento de estructurarse la misma. La sentencia T-043 de 2007 sobre ese aspecto manifestó lo siguiente:

“De manera general y salvo la norma aplicable en cada caso, la ley de estructuración es la vigente al momento del acaecimiento de la condición que hace exigible la prestación, es decir, la fecha de estructuración de la discapacidad, declarada por la junta de calificación correspondiente³”

Actualmente, los requisitos para acceder a la pensión de invalidez se encuentran consagrados en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. La norma dispone que “tendrá derecho a la pensión de invalidez la persona que sea declarada inválida, por enfermedad o por accidente”, y que “haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.”.

Sin embargo, este tribunal se ha pronunciado sobre la pensión de invalidez de las personas cuando se evidencia la expedición de una normatividad que consagra requisitos más gravosos para acceder a una prestación propia de la seguridad social. Específicamente se ha analizado la relación existente entre la aplicación del principio de favorabilidad cuando existe sucesión de leyes en el tiempo, detallando el efecto nocivo de la ausencia de un régimen de transición respecto de supuestos en los que la normatividad posterior desconoce la previa consolidación de prestaciones. Expuso esta corporación en la sentencia T-1064 de 2006 lo siguiente:

³ Cfr. Sentencia T-043 de 2007.

“Se ha manifestado que frente a los cambios normativos que puedan presentarse respecto a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, la Ley 100 de 1993 no previó un régimen de transición, el cual no resulta indispensable cuando la nueva normatividad implica cambios favorables y progresivos en materia de seguridad social. Sin embargo, cuando se establecen medidas regresivas como la imposición de requisitos más gravosos para acceder a la pensión, el legislador debe en principio prever un régimen de transición atendiendo la prohibición prima facie de retrocesos frente al nivel de protección constitucional alcanzado, y más en tratándose de regulaciones que afecten a sujetos de especial protección constitucional como son los disminuidos físicos. Régimen de transición que debe predicarse del régimen anterior, estableciendo periodos que permitan acoplarse a las exigencias del nuevo régimen y salvaguarde así las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a cumplir los requisitos para pensionarse. Bajo tal situación, como la Corte lo ha expuesto en dos sentencias de revisión⁴, lo procedente es aplicar el régimen pensional anterior que resulta más favorable, inaplicando para el caso la normatividad legal vigente para la fecha de estructuración de la invalidez”.

En torno al cumplimiento de los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión, se debe distinguir entre dos tipos de sujetos, ya que por un lado, están las personas que ingresaron al sistema de seguridad social antes de que se expidiera la nueva legislación, pero no cumplieron con los requisitos que la primera disposición establecía. A este tipo de personas no podría cobijársele de alguna manera con los beneficios consagrados en la anterior ley, ya que en ningún momento se consolidó algún tipo de expectativa para ellos.

Por otro lado, están las personas que cumplieron a cabalidad con las semanas de cotización y el tiempo de permanencia al sistema que consagraba la anterior ley, pero debido a la modificación, en la nueva disposición se hizo más gravoso acceder a las prestaciones que consagra la nueva normatividad. A este tipo de sujetos y dependiendo de las características propias de la incapacidad, las semanas y aportes con las que contribuyó al sistema, podrían aplicársele las disposiciones contenidas en el anterior régimen legal, en razón al principio de favorabilidad.

Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha manifestado lo siguiente⁵:

“Se debe tener en cuenta que para acceder a la pensión de invalidez, así como a la causada por muerte, no resulta válido considerar como único parámetro para determinar si existe o no el derecho correspondiente, la fecha del respectivo acontecimiento (incapacidad para laborar o deceso); es necesario adicionalmente observar el conjunto de postulados y la naturaleza misma del derecho a la seguridad social, con miras a lograr el amparo y la asistencia propuestos constitucionalmente, y a los cuales se arriba con la puesta en vigor de las instituciones legalmente previstas.

*Sería una paradoja jurídica entender que quien había cotizado dentro del régimen anterior con abundancia de semanas, como acontece con la actual demandante, quede privada de la pensión por falta de las 26 semanas exigidas en el nuevo régimen, **ya que de antemano tenía consolidado un amparo para sobrellevar la invalidez dentro del régimen antiguo**, amparo éste que ni los principios constitucionales tutelares del trabajo humano ni la Justicia y la equidad permiten desconocer. Más aun cuando la entidad obligada a reconocer la pensión de invalidez ya lo estaba dentro del antiguo régimen, sin que ahora pueda escudarse en el nuevo, para abstenerse de cumplir ese deber jurídico que de antemano ya pesaba sobre tal entidad”.*

Sobre este último aspecto, es decir respecto del deber de aplicar el principio de favorabilidad cuando el accionante cumplió con los requisitos bajo la anterior legislación, esta corporación en sentencia T-062A de 2011 manifestó:

“Si el afiliado había cumplido requisitos más estrictos, al amparo de una legislación anterior, para acceder a la pensión de invalidez, no resultaba proporcionado ni conforme a los principios constitucionales de

⁴ Sentencias T-1291 de 2005 y T-221 de 2006.

⁵ Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Laboral., Radicación No. 24280, Bogotá, D.C, cinco (5) de julio de dos mil cinco (2005)

la seguridad social, entre ellos el de la condición más beneficiosa, que se negara la prestación con base en la aplicación del nuevo régimen, incluso en el evento que la estructuración de la invalidez hubiera acaecido bajo la vigencia de la Ley 100/93"

Siguiendo ese mismo precedente, recientemente en la sentencia T-138 de 2012 la Corte estableció que en determinados casos se debe aplicar la ley más favorable independientemente de que esta haya sido derogada, si la nueva disposición no consagra un régimen de transición que permita a los afectados adaptarse a esta nueva situación, siempre y cuando esta sea más restrictiva. En ese caso se determinó que:

"En efecto el numeral 1° del artículo 1° de la ley 860 de 2003 exige un mayor número de semanas para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez, afectando a las personas que han cumplido con los requisitos de las normas anteriores y por efecto de la declaratoria de pérdida de la capacidad laboral no pueden continuar cotizando para obtener la pensión de invalidez y con ocasión de los cambios legislativos resultan gravemente afectados. Esta situación ha sido considerada como una medida regresiva y por ello en ciertos casos especiales se ha dado aplicación al principio de favorabilidad en la medida que los requisitos exigidos en el artículo 39 de la ley 100 de 1993 resultan menos gravosos que las disposiciones actuales en materia de pensión de invalidez".

Así las cosas el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de las normas además de ser un mandato constitucional, encuentra respaldo en la legislación y en toda la doctrina y jurisprudencia laboral y de seguridad social. Por esto, debe ser empleado cuando se presentan los supuestos anteriormente referenciados, esto con el fin de amparar las garantías constitucionales de las personas que previamente habían consolidado dichas prerrogativas en su favor".

De los anteriores apartes jurisprudenciales traídos a colación, esta Corporación destaca que en el tema de pensión de invalidez, es posible aplicar normas anteriores a la que rige cada caso, teniendo en cuenta la data de estructuración de la pérdida de capacidad laboral superior al 50%, ello con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa, siempre y cuando quien pretenda el beneficio pensional de invalidez, haya cumplido el requisito de densidad de cotizaciones necesarias con anterioridad a la expedición de la Ley vigente a la fecha en que se produzca el estado de invalidez.

Transponiendo dichos requisitos al sub judice, encuentra esta Corporación, que el actor no acredita ninguno de los presupuestos dados tanto por la Sala de Casación Laboral como por la Corte Constitucional, para hacerse acreedor a la pensión de invalidez que deprecia, por las siguientes razones:

a) Que el actor fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 67.70% (ver Fls 11 y 12), con fecha de estructuración de su invalidez el 09 de marzo de 2012, por lo tanto, siendo la normativa aplicable al presente asunto lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, el demandante debía acreditar una densidad de cotizaciones igual a 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la data de estructuración, requisito que no se halla acreditado, pues dentro de dicho período el accionante alcanza un total de 44 semanas de cotización.

b) En aplicación del principio de la condición más beneficiosa, expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el promotor del contradictorio debía acreditar que a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, esto es, el 29 de diciembre de 2003, según el Diario Oficial No. 45.415, contaba con al menos 26 semanas de cotización dentro del año inmediatamente anterior a dicha calenda, con el fin de que sea posible la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente para la ocurrencia de la pérdida de calificación de invalidez, presupuesto que el actor no cumple, pues en el lapso de tiempo comprendido entre el 30 de diciembre de 2002 y el 29 de diciembre de 2003, no reporta semanas efectivamente cotizadas, según el resumen de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, visible a folios 37 a 39.

c) Y empleando el criterio decantado por la H. Corte Constitucional, opcionalmente el demandante

debía demostrar el haber cotizado al menos trescientas (300) semanas, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 – 1º de abril de 1994 – con el fin de que le sea aplicable el contenido normativo dispuesto en el artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, sin que dicha densidad de cotizaciones sea alcanzada por la parte activa del contradictorio, pues a dicha data contaba con tan solo 140 semanas efectivamente cotizadas.

Sin embargo, encuentra esta Colegiatura que el presente disenso ya fue resuelto por el Máximo Tribunal Constitucional, cuando mediante sentencia T – 893 de diciembre 13 de 2013, en revisión de la decisión proferida el 15 de abril de 2013 por el Juzgado Único Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pasto, dentro de la acción constitucional signada bajo el No. 2013-00010, actuando como partes accionante y accionado los mismos sujetos procesales que conforman el presente contradictorio, resolvió: “(...) Tercero. Dentro del expediente T-3.942.900, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Único Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pasto, del 15 de abril de 2013, denegó la protección de los derechos fundamentales invocados por el señor **LFCC**. En su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, al derecho de petición, a la subsistencia digna y al mínimo vital por los argumentos presentados en esta providencia y **ORDENAR a la COLPENSIONES que en el término de 48 horas inicie los trámites pertinentes para que el actor le sea reconocido de manera definitiva la pensión de invalidez, este procedimiento no podrá exceder el término de 20 días calendario**”.

Para tal efecto consideró:

“Ahora bien, el accionante solicita mediante la acción de tutela que se le apliquen las disposiciones contenidas en el artículo 6 del decreto 758 de 1990. Según el LFCC está plenamente demostrado que ha cotizado al sistema de seguridad social más de 300 semanas en cualquier época, por lo cual debe reconocerse la prestación solicitada. Sin embargo y tal como se explicó en la parte motiva de esta sentencia, si bien la Corte ha permitido que en aplicación del principio de favorabilidad en un caso concreto se empleen las disposiciones del anterior régimen de pensión, esto solo sucede cuando “este resulta más favorable” y “cuando previamente el accionante cumplía los requisitos que contemplaba la anterior disposición”.

“En el asunto específico está demostrado que el accionante, para el momento de expedirse la normatividad en mención, no había cumplido con los requisitos que contempla el citado decreto, razón por la cual no podría accederse a su pretensión.

“(...)”

“Sin embargo, esta Sala después de observar detalladamente el material probatorio obrante en el expediente, evidencia que el señor LFCC, desde su iniciación en la vida laboral ha cotizado en diversas oportunidades, prueba de ello es que a la fecha tiene reportadas más de 452 semanas al sistema. Si analizamos su última vinculación laboral podríamos afirmar que desde el 1º de mayo de 2011 hasta la fecha, el peticionario ha cotizado más de 102 semanas.

“Así las cosas en el presente caso está demostrado que el accionante ha seguido desempeñado su trabajo hasta la actualidad. Razón por la cual no debe desconocerse que tratándose del virus del VIH- SIDA la pérdida de capacidad laboral no es inmediata sino progresiva, y en ese contexto es inconstitucional que el fondo de pensiones no tenga en cuenta las cotizaciones que el accionante realizó desde la estructuración de la invalidez hasta que efectivamente se presentó la disminución real de capacidad laboral.

“Así lo consideró la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia T-509 de 2010.

“(...)”

“Bajo tales condiciones, la Sala concluye que en este caso también procede la protección de los derechos fundamentales invocados, en razón a que se comprueba que el peticionario reúne los requisitos para acceder de manera definitiva a la pensión de invalidez de conformidad al Decreto 2591 de 1990”.

Por lo expuesto encuentra esta Sala de Decisión Laboral, que en el presente evento se configura la excepción de cosa juzgada, en tanto concurren las exigencias procesales traídas para tal efecto en el artículo 332 del C. de P. C., aplicable al proceso laboral por remisión que hace el artículo 145 del C. P. del T. y de la S. S., es decir, que *i) "Que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia dictada", ii) "Que haya identidad jurídica de las partes", iii) "Que el nuevo proceso verse sobre un mismo objeto" y iv) "Que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior"*⁶, siendo dable su declaratoria de oficio en aplicación de lo reglado en el artículo 306 del C. de P. C., misma que recae sobre el reconocimiento del derecho pensional por invalidez pretendido por el demandante y no en cuanto al retroactivo pensional por él solicitado.

2.2.2. RETROACTIVO PENSIONAL.

Definida como se encuentra la procedencia del derecho pensional por invalidez en favor del demandante, considera esta Sala de Decisión Laboral que dicho beneficio pensional en principio, debe ser reconocido a partir de la data de estructuración de invalidez – 09 de marzo de 2012 – en cuantía igual al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad y en razón de 13 mesadas anuales, en virtud del inciso 8º del artículo 1º y el Parágrafo Transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005; sin embargo, teniendo en cuenta que el beneficio pensional fue definido por la Corte Constitucional en la sentencia T-893 de 2013, a la que ya se hizo en extenso referencia, evento en el que el Máximo Tribunal tuvo en cuenta para tal efecto, hasta la última cotización efectivamente realizada por el demandante, a fin de tener por acreditado el derecho pensional a su favor, dicha situación no puede desconocerse a la hora de realizar el cálculo del retroactivo pensional a que haya lugar, mismo que por lo anterior resulta procedente a partir del 1º de febrero de 2013, habida cuenta que en el Reporte de Semanas de Cotización visible a folios 37 a 39, indica que la última cotización efectiva del demandante, se lleva a cabo el 31 de enero de dicho año.

Ahora estando acreditado que en el sub lite la entidad accionada reconoció pensión de invalidez en favor del demandante a partir del 1º de marzo de 2014 en forma transitoria, en acatamiento de la orden impartida por Juez Primero Penal del Circuito de Pasto, proferida el 20 de agosto de 2013, dentro de la acción de tutela No. 2013-00158, tal y como lo indican los folios 23 a 36 y 57 a 59 del expediente, el retroactivo pensional debe calcularse por el período comprendido entre el 01 de febrero de 2013 (data de la última cotización realizada por el actor al sistema pensional) y hasta el 28 de febrero de 2014, siendo necesario por tal motivo modificar el numeral CUARTO de la parte resolutive de la decisión objeto de estudio, aclarando que el número de mesadas pensionales a que tiene derecho el demandante, equivalen a 13 mesadas anuales.

Así las cosas, una vez realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, mismas que se encuentran incluidas en el anexo único que hace parte de la presente decisión, arroja un valor total indexado de \$8.442.646.75, guarismo que al ser inferior al concluido por la juez de primer grado (\$14.262.168.64) será modificado, al favorecer aquel a la parte respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta.

2.2.3. CONCLUSIÓN.

Por todo lo anterior, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuados y agotados como se encuentran los puntos objeto del grado jurisdiccional de consulta, corresponde a esta instancia modificar el numeral PRIMERO, SEGUNDO y CUARTO de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 03 de junio de 2015, por los razonamientos que anteceden, para en su lugar declarar probada de oficio la excepción de cosa juzgada y confirmar en lo restante, al estar acorde el numeral TERCERO, con lo decidido por la H. Corte Constitucional, en sentencia T – 893 de diciembre 13 de 2013.

⁶ HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO, Tomo I Parte General, Undécima Edición 2012, páginas 666 a 668

3. COSTAS.

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 392 del C. de P. C. y en concordancia con lo previsto en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que determina las tarifas de las agencias en derecho y en virtud de la facultad que le otorga el artículo 43 de la Ley 794 de 2003, que señala como criterios para aplicar gradualmente las tarifas establecidas la naturaleza del asunto, la *"calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente"*, se tiene que dadas las resultas del grado jurisdiccional de consulta, no hay lugar a condenar en costas en esta instancia.

4. DECISIÓN

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 03 de junio de 2015, objeto del grado jurisdiccional de consulta, por los razonamientos jurídicos expuesto en la parte motiva de esta decisión, para en su lugar:

***"DECLARAR PROBADA DE OFICIO** la excepción de **COSA JUZGADA**, únicamente respecto del reconocimiento del derecho pensional por invalidez pretendido por el demandante LFCC, sin quedar afectado con dicho fenómeno el retroactivo pensional por él solicitado, en consonancia con la parte motiva de la presente decisión. En consecuencia, la entidad demandada COLPENSIONES, deberá dar estricto cumplimiento a la orden impartida por la Corte Constitucional, en el numeral Tercero de la parte resolutive de la sentencia T – 893 de 13 de diciembre de 2013.*

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 03 de junio de 2015, objeto del grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con los razonamientos jurídicos expuestos en la parte motiva de esta decisión, el cual quedará de la siguiente forma:

***"CONDENAR a COLPENSIONES** a pagar en favor del demandante **LFCC**, **PENSIÓN DE INVALIDEZ POR RIEGO COMÚN**, a partir del 1º de febrero de 2013 y en adelante, con los incrementos a que haya lugar, en razón de 13 mesadas anuales, las que en ningún caso podrán ser inferiores al salario mínimo legal mensual vigente, previos los descuentos que por concepto de salud se hagan en favor del demandante.*

TERCERO. MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 03 de junio de 2015, objeto del grado jurisdiccional de consulta, por los razonamientos jurídicos expuesto en la parte motiva de esta decisión, el cual quedará de la siguiente forma:

***"CONDENAR a COLPENSIONES** a pagar en favor del demandante **LFCC**, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las mesadas pensionales causadas desde el 1º de FEBRERO de 2013 hasta el 28 de FEBRERO de 2014, incluida la mesada adicional de diciembre, retroactivo que asciende a la suma de OCHO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$8.442.646.75) M/CTE., en razón de 13 mesadas anuales".*

CUARTO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida dentro del presente proceso, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N), el 03 de junio de 2015 objeto del grado jurisdiccional de consulta, pero por las

razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, al encontrarse lo dispuesto en el numeral TERCERO, acorde con lo decidido por la H. Corte Constitucional, en sentencia T – 893 de diciembre 13 de 2013.

QUINTO. Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. _____ y se notifica a las partes en ESTRADOS.

No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece:

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente.

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada.

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada.

JAMES RODRÍGUEZ ROSERO
Secretario Sala Laboral

RELIQUIDACIÓN MESADA PENSIONAL / DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES FRENTE AL MANEJO DE LA HISTORIA LABORAL: El afiliado no puede asumir las consecuencias adversas derivadas de las inconsistencias que en ellas se presenten. / **RELIQUIDACIÓN MESADA PENSIONAL- APLICACIÓN DEL IBL, MONTO Y FECHA DE CAUSACIÓN MÁS BENEFICIOSOS:** Solo de configurarse una situación desventajosa, hay lugar a la abstracción de las cotizaciones efectuadas con posterioridad al cumplimiento de los requisitos para pensionarse – No obstante se considera que la entidad administradora de pensiones en la historia laboral no registró de manera completa y oportuna las semanas cotizadas, conllevando a que por su negligencia la actora realizara aportes adicionales a los legalmente requeridos, no es procedente, tal como ésta lo solicita, que el reconocimiento de la pensión se efectúe a partir de la fecha en que se consolidó el derecho pensional, sin tener en cuenta los aportes realizados con posterioridad, al no ser esto más favorable a sus intereses pensionales, siendo que al realizar el cálculo del IBL, con base en el promedio de los salarios correspondientes a los 10 años anteriores al cumplimiento de los requisitos, se obtiene un promedio inferior al obtenido para el año en que su derecho le fue reconocido, lo cual conllevaría a la disminución de su pensión; por tanto, al resultar más beneficioso, el reconocimiento pensional debe hacerse desde la data en la cual se efectuó la última cotización al sistema.

PERJUICIOS: Deben acreditarse – Improcedencia de condenar al pago de perjuicios solicitados por la actora, en tanto no se demostró que las afecciones de salud o sus necesidades crediticias sufridas, se derivaron de la presunta negligencia por parte del extinto ISS, el cual con el extravío de semanas cotizadas, dilató la posibilidad de pensionarse bajo las normas vigentes para el año 2010; estableciéndose que aquella reinició los aportes al sistema por decisión voluntaria, no obstante le asistía el derecho de acudir ante las instancias administrativas o judiciales, con el fin de obtener la corrección de su historia laboral y el derecho pensional./

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA DE DECISIÓN LABORAL ACTA DE AUDIENCIA

Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO No. 520013105001–2012–00451–01(071).

AUDIENCIA PÚBLICA

San Juan de Pasto, dos (2) de junio de dos mil quince (2015), siendo el día y hora previamente señalados, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, doctores **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**, en mi calidad de ponente, **CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ** y **JUAN CARLOS MUÑOZ**, en asocio del Secretario, nos constituimos en **AUDIENCIA PÚBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **BCJDEB** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, radicado bajo el número 520013105001–2012–00451–01(071). El Secretario informa que las partes se encuentran debidamente notificadas.

A continuación se procede a dictar la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

1.1. DEMANDA

La señora **BCJDEB**, mayor de edad, identificada con la C.C. No. ... expedida en Pasto (N), por intermedio de

apoderada judicial y a través de escrito presentado el 29 de noviembre de 2012 (Fls. 1-19), demandó por la vía ordinaria laboral de primera instancia a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, para que el Juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, reliquide la pensión de vejez reconocida a favor de la demandante, aplicando una tasa de reemplazo equivalente al 67.77%, que contempla el artículo 34 de la ley 100 de 1993, modificado por el art. 10 de la ley 797 de 2003, con relación a 1280.82 semanas cotizadas y sobre el promedio de lo cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento, que corresponde a \$1.188.705,22. Igualmente se condene a pagar la diferencia entre las mesadas canceladas y las reliquidadas desde 1º de mayo de 2010, intereses moratorios, los ajustes de valor conforme al IPC y la indemnización por perjuicio moral.

Como sustento de dichas pretensiones, la demandante puntualizó los siguientes hechos (Fls. 135 a 149):

- Que nació el 1º de mayo de 1955 y prestó sus servicios en diferentes empresas de carácter privado, cotizando al I.S.S., a AIG Colmena y a través del Consorcio Prosperar, cumpliendo los requisitos el 1º de mayo de 2010, razón por la cual radicó su solicitud de reconocimiento pensional el 10 del mismo mes y año, la que le fue negada por el I.S.S. mediante Resolución 100553 de 2010, sustentado en que solo contaba con 740 semanas de cotización, pues a 13 de julio de 2007, no registraba las semanas cotizadas a través de su empleador Seguros Médicos Voluntarios S.A.
- Que entre el 1º de mayo de 2009 y el 30 de septiembre de 2010, dejó de aportar al sistema y por ello, se vio obligada a recurrir a los subsidios del Consorcio Prosperar, cotizando desde el 1º de marzo hasta el 30 de septiembre de 2011 con base en un salario mínimo, con el fin de cumplir con las semanas “faltantes”, luego de esto, a través de la Cruz Roja Colombiana cotizó del 1º de octubre de 2011 al 30 de abril de 2012.
- Que entre febrero y abril de 2012, insistió ante el I.S.S. para la corrección de las inconsistencias de su historia laboral, con resultado positivo después de padecer perjuicios morales, ya que vio frustrada su aspiración pensional desde el año 2010 a 2012, atravesar penurias, aflicciones, vergüenza social y quebrantos de salud.
- Que el I.S.S. mediante Resolución No. 0814 de 8 de mayo de 2012, le reconoció la pensión de vejez en cuantía de \$615.065,00 a partir del 1º de junio de 2012, sobre la base de 1226 semanas, IBC equivalente a \$951.229,00 y una tasa de reemplazo del 64.6%, sin tener en cuenta que hasta el 30 de abril de 2012, reunía 1280 semanas y según los salarios de los últimos 10 años, el IBL promedio es de \$931.475,69, al cual se le debe aplicar una tasa de reemplazo del 67.77%, dando una mesada de \$631.261,07; en consecuencia, se le adeuda la diferencia por la reliquidación, así como los intereses y los perjuicios morales.

1.2. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El presente proceso, correspondió por reparto al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, autoridad que luego de ordenar la corrección de la demanda (Fls. 131 a 133), la admitió mediante auto calendado el 4 de abril de 2013, ordenando la notificación y el traslado a la parte accionada (Fl. 152). Igualmente se corrió traslado en debida forma de la existencia del presente proceso a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fls. 155 a 156) y notificó personalmente al Agente del Ministerio Público (Fl. 164).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se notificó por aviso (Fls. 166 a 167) y contestó la demanda (Fls. 168 a 171), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN y la INNOMINADA.

Frente a los hechos, señaló que no es cierto que la demandante tenga derecho a la reliquidación de su pensión, pues existen varios periodos no cancelados y el monto que señala en la demanda obedece a sus apreciaciones jurídicas. Asimismo manifestó no constarle lo relacionado con los perjuicios que aduce haber padecido la actora, siendo cierto lo referente a las decisiones adoptadas por el I.S.S., hoy Colpensiones y la reclamación administrativa.

Esta contestación fue acogida judicialmente con auto calendado el 21 de marzo de 2014 (Fl. 164).

1.3. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El proceso se dirimió en primera instancia, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, mediante sentencia emitida el 19 de enero de 2015 (Fls. 229 a 233 CD de audiencia), condenando a la Administradora de Pensiones – COLPENSIONES, a reliquidar y pagar la pensión de vejez de la demandante, la cual a partir de enero de 2015 no podrá ser inferior a \$735.539,43, más las mesadas adicionales pertinentes. Igualmente condenó a pagar la suma de \$2.423.624 por concepto de mesadas impagadas y diferencias entre las mesadas canceladas y reliquidadas, absolvió de las restantes pretensiones y condenó en costas.

Para asumir la anterior determinación, el a quo consideró que de acuerdo con la suma de las semanas cotizadas, las cuales se desprenden del reporte actualizado a agosto de 2012, éstas ascienden a 1.282,82 y aunque la parte demandada aduce mora y no cancelación de algunos periodos que suman 54 semanas, advierte que de acuerdo con la jurisprudencia nacional, el trabajador no puede asumir las consecuencias de la mora de su empleador, pues el I.S.S., hoy Colpensiones, cuenta con las herramientas legales para su cobro. Además, señaló que para contabilizar las semanas debe calcularse los años con 365 días y no de 360.

Todo esto lo llevó a concluir que la demandante acreditó los requisitos el 1º de mayo de 2010, por lo que de acuerdo con lo estipulado en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, el monto asciende a 67.77% del IBL, el cual equivale al promedio de los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión - mayo de 2002 a abril de 2012-; es decir, \$955.474,00, resultando una mesada pensional de \$647.525,00 causada a partir de mayo de 2012, fecha en la que se desafilió del sistema y generando un retroactivo indexado de \$2.423.624,00, como antes se indicó.

Por último, en cuanto a los intereses moratorios y los perjuicios morales, los consideró no procedentes, toda vez que los primeros resultan del incumplimiento en el pago de las mesadas, conforme lo señalado en el artículo 131 de la Ley 100 de 1993, presupuesto que no aconteció en el presente caso, pues lo adeudado es una diferencia mínima. En cuanto a los segundos, adujo que si bien los testigos citados al proceso narran que la demandante vivió momentos de angustia por ver frustrada su posibilidad de pensionarse, por estar mal económicamente y padecer dolencias físicas, no puede asegurarse que éstas circunstancias sean consecuencia de ese momento prepensional, pues no hay una constancia médica que así lo acredite, además no puede endilgarse a la entidad tales padecimientos, si se tiene en cuenta que la negativa a su reconocimiento pensional no obedeció a una situación injusta, arbitraria o dolosa, sino que tuvo una razón admisible, el incumplimiento en las semanas de cotización requeridas y por ello, el tiempo transcurrido para su solución se considera prudencial, sobre todo porque para esa época Colpensiones, que subrogó al I.S.S., tenía un plazo especial dado por la Corte Constitucional para resolver todo lo relacionado con el tema.

1.4. RECURSO DE APELACIÓN

La determinación adoptada en primera instancia fue recurrida por la parte demandante, a través de su apoderada judicial, quien inconforme con la decisión, expuso los siguientes argumentos:

- Que debe revocarse la sentencia en lo atinente a la fecha desde la cual se reconoció el derecho pensional, pues está acreditado en el plenario que la demandante tenía derecho al reconocimiento de su pensión de vejez desde el 1º de mayo de 2010 y fue víctima de la negligencia de la entidad al extraviar las semanas que necesitaba para completar su requisito pensional, situación que conllevó a una nueva afiliación y a reiniciar cotizaciones el 1º de octubre de 2010, con subsidios que le generaron aportes con base en el salario mínimo, viendo disminuido su IBL, lo cual no ocurriría si el reconocimiento del derecho se hace en la fecha indicada.
- Que la regla tradicional de tener en cuenta hasta la última semana de cotización para la liquidación de la pensión, debe morigerarse, tal y como lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando expuso que si por incuria de la entidad, el afiliado debe seguir cotizando y este hecho incide negativamente en el monto pensional o le genera perjuicios, no hay lugar a considerar dichas cotizaciones, pues las mismas se generaron luego de recibir una información errada frente a la insuficiencia de semanas.
- Que el hecho de la insistencia de la demandante para arreglar sus semanas extraviadas y los percances económicos y de salud, que debió soportar, no pueden ignorarse ni dejar de resarcirse,

pues la justicia laboral es la competente para ello y puede hacerlo, reconociendo la pensión desde el 1º de mayo de 2010.

1.5. CONSULTA

Como la decisión adoptada en primera instancia es totalmente adversa a la entidad demandada, de la cual el Estado es garante, se debe dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 69 del C. P. del T. y de la S. S., modificado por el art. 14 de la ley 1149 de 2007, surtiéndose el grado jurisdiccional de consulta.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite en segunda instancia y no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la sentencia objeto de apelación y consulta, en aras de determinar si la decisión adoptada se encuentra ajustada a derecho.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante, a través de su apoderada judicial, presentó dentro de la oportunidad legal los alegatos finales, profundizando en los argumentos vertidos desde la primera instancia e insistiendo que lo verdaderamente pretendido por la accionante, es el reconocimiento de su pensión a partir de mayo de 2010, así como el resarcimiento de los perjuicios morales padecidos con ocasión de la pérdida de las semanas de cotización por parte del extinto ISS, hoy COLPENSIONES.

Soporta sus pretensiones en las sentencias 15921 de 29 de noviembre de 2001, 19794 de 22 de julio de 2003, 22630 de 7 de septiembre de 2004 y 34514 de 1º. de septiembre de 2009, en las cuales la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reitera la postura frente al tratamiento que se debe dar en casos especiales, en los cuales no puede castigarse al afiliado por haber cotizado más semanas. Eventualidad que permite no incluir la totalidad de las semanas cotizadas, frente a la mala información entregada a la accionante, omitiendo semanas en su registro pensional que la llevaron a realizar más de las exigidas por la ley.

Insiste en que el derecho pensional se le debe reconocer a partir del 1º. de mayo de 2010, cuando consolidó derecho pensional y como mecanismo para resarcir los perjuicios causados por la entidad administradora, Seguros Sociales, al extraviar semanas de cotización, dilatando el derecho pensional de la demandante, generando en ella consecuencias y trastornos personales, debidamente demostrados y con nexo causal entre el daño alegado y la causa invocada. Considera preciso, por tanto, que esta jurisdicción le reconozca el resarcimiento pertinente, discrepando del a quo, quien manifestó que no es de su competencia.

2.2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Teniendo en cuenta que la competencia en esta instancia se asumió en virtud al grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad accionada, como también por los puntos de inconformidad enrostrados por la recurrente por activa en su recurso de apelación, procede la Sala a examinar la sentencia de primera instancia sin limitaciones de ninguna naturaleza, emitiendo la decisión que corresponda.

Conforme a ello, encuentra la Sala que dada la temática planteada y su consecuencialidad, debe abordar los siguientes problemas jurídicos, en este orden:

- a) Determinar la procedencia de reliquidación de la mesada pensional reconocida a la demandante por el I.S.S., hoy Colpensiones, en cuanto a su IBL, monto y fecha de causación que le resulte más beneficiosa.
- b) Establecer si se acreditaron, por parte de la demandante, los perjuicios que alega en la demanda y si ellos se derivan de la presunta negligencia por parte del extinto ISS, al extraviar semanas de cotización y en consecuencia, su posibilidad de pensionarse bajo las normas vigentes para el año 2010.

- c) Analizar la procedencia de los intereses moratorios y la indexación.

2.3. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.3.1. Procedencia de la Reliquidación de la Mesada Pensional

Parte la Sala por afirmar, que en el presente asunto no existe discusión alguna en cuanto a la calidad de pensionada que ostenta la demandante, así como tampoco el derecho a su pensión de vejez a cargo del ente accionado, antes ISS hoy COLPENSIONES, pues dicha circunstancia fue consignada en los hechos del escrito genitor, confirmada en la contestación del mismo y probada de conformidad con el reconocimiento que en legal forma le hiciera el extinto I.S.S., mediante Resolución No. 0814 de 8 de mayo de 2012 (Fls. 95 a 96).

Tampoco es objeto de controversia, que el régimen aplicable a la demandante para su reconocimiento pensional es el contenido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, cuyo artículo 33 señala que tienen derecho a la pensión de vejez, las mujeres que cumplan 55 años de edad hasta el 31 de diciembre de 2013, pues a partir del 1º de enero de 2014, la exigencia es de 57 años y un mínimo de 1.300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, aumentado las 1.000 iniciales, en forma progresiva, desde el año 2005 en 50 semanas y 25 por cada año subsiguiente, entre el año 2006 y el 2015.

Ahora bien, según se establece de la documental obrante en el proceso, la demandante desde el año 2005, efectuó varios trámites ante el extinto I.S.S. (Fls. 71 a 83), con el fin de que le fuera corregida su historia laboral, toda vez que no aparecían reportadas todas las semanas cotizadas por parte de su empleador, Seguros Médicos Voluntarios de Pasto, entre agosto de 1976 y diciembre 1985. Esta situación se reflejaba en el reporte de semanas cotizadas emitido hasta marzo de 2011 (Fls. 25 a 34) y en el generado hasta enero de 2012 (Fl. 35 a 44), pues de ellos emerge que los aportes por dicho patronal se realizaron entre el 1º de agosto de 1976 y el 31 de mayo de 1983, con novedad de retiro (Fls. 67 a 69); sin embargo, en los reportes actualizados de 2 de mayo de 2012 (Fls. 45 a 55) y 24 de agosto del mismo año (Fls. 56 a 67), dicha falencia fue corregida, estableciendo cotizaciones desde el 1º de agosto de 1976 hasta el 31 de diciembre de 1985, con excepción de agosto de este último año.

También se desprende de la Resolución No. 100553 de 1º de junio de 2010, emanada del extinto I.S.S., hoy sustituido en sus obligaciones como administrador de pensiones por COLPENSIONES, cuando al resolver la solicitud elevada por la demandante el 10 de mayo de ese año (Fls. 89 a 90), negó su pensión de vejez bajo el argumento que sólo había cotizado 740 semanas desde su ingreso el 1º de enero de 1976 hasta 30 de abril de 2009, manifestándole como alternativa continuar cotizando hasta acreditar los requisitos para acceder a la pensión de vejez o manifestar su imposibilidad de hacerlo y acceder a la indemnización sustitutiva.

Luego de esta negativa y conforme se visualiza en todos los reportes de semanas cotizadas que obran en el expediente (Fls. 25 a 69), la demandante renueva su afiliación para continuar con sus aportes al sistema desde el 1º de octubre de 2010 hasta el 30 de abril de 2012, inicialmente de manera directa, luego con aporte subsidiado (Fls. 100) y finalmente, con el empleador Cruz Roja Colombiana.

Posteriormente, a través de la Resolución No. 0814 de 8 de mayo de 2012, la entidad responsable, resolvió una nueva solicitud pensional elevada por la demandante el 1º de febrero de ese año (Fls. 95 a 96), reconociéndole la pensión de vejez a partir del 1º de junio de 2012, en un monto de \$615.065.00, con base en 1226 semanas cotizadas y un IBL de \$951.229.

No obstante dicho reconocimiento, la demandante pretende con su demanda y el recurso de apelación que ahora ocupa la atención de esta Sala, que se le reconozca su pensión desde el 1º de mayo de 2010 y no desde el 1º de junio de 2012, aplicándole una tasa de reemplazo equivalente al 67.77% sobre las 1280,82 semanas de cotización acumuladas, toda vez que el Juzgado de conocimiento, si bien acogió estos últimos ítems, reconoció el derecho pensional a partir de mayo de 2012, fecha en la cual la actora se desafilió del sistema, con una mesada de \$647.525.00.

Aclarada de esta manera la controversia que se presenta en el sub – examine, se procede a verificar si le asiste razón a la recurrente en su reproche o si es correcta la determinación del *a - quo*.

Según los reportes corregidos de la historia laboral de la demandante (Fls. 56 a 66), se constata que la última cotización al sistema se efectuó en abril de 2012 (con novedad de retiro), acumulando un total de 8841 días, los cuales traducidos en semanas, conforme a la regla establecida en el parágrafo 2º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993¹, equivalen a 1263 y a no las 1280,82 que se alegan en la demanda y con las cuales coincidió el *a quo*. (Cuadro Anexo No. 1).

Ahora bien, el artículo 13 del Decreto 758 de 1990 señala que *"La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos (...), pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo,"* por lo tanto, atendiendo el tenor literal de esta norma, la actora debía disfrutar de su pensión de vejez a partir de mayo de 2012, puesto que su última cotización, como ya se indicó, se realizó en abril del año en cita, siendo así, conforme a lo preceptuado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el IBL se calcularía sobre el promedio de los salarios correspondientes a los 10 años anteriores, esto es, desde mayo de 2002 hasta abril de 2012; sin embargo, como en ese periodo existen meses sin cotizaciones, según lo preceptuó la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 23 de febrero de 2010, radicación 37036 y en sentencia 43663 de 24 de abril de 2013, esa medida de los 10 años no debe tomarse únicamente con base en el calendario, sino que debe corresponder a los periodos cotizados que equivalgan efectivamente a 10 años, consideración que en el presente caso implica trasponer esos meses no cotizados hacia atrás hasta completar 10 años de cotizaciones o 120 meses; esto es, a partir de septiembre de 2000. Esta operación arroja un promedio actualizado de \$995.149,30 (Cuadro Anexo 2).

Ese IBL equivalía para el año 2012 a 1,76 salarios mínimos, por lo que aplicando la fórmula contenida en el artículo 34 de la misma Ley 100 de 1993 ($r=65.50-0.50 s$), da un porcentaje de 64.62; los que resultan inmodificables, porque si bien la demandante debía tener un mínimo de 1.225 semanas de cotización y acredita 1263, las 38 restantes no le permiten acceder al incremento del 1.5% adicional por cada 50 semanas que superen las mínimas requeridas.

Siendo así, aplicando ese monto del 64.62% al IBL de \$ 995.149.30, da como valor de la pensión para mayo de 2012, la suma de \$643.085,17, que resulta superior a la reconocida por el ente accionado, \$ 615.065.00, pero inferior a la definida en primera instancia, \$ 647.525.00.

No obstante, la demandante pretende que el reconocimiento de su pensión se efectúe a partir de mayo de 2010, puesto que en su sentir y con fundamento en reiteradas jurisprudencias, completó las semanas requeridas para pensionarse desde dicha data, siendo una inexactitud de la entidad demandada que la obligó a realizar cotizaciones posteriores, perjudicando el valor de su mesada.

Frente a esta situación, considera esta Sala necesario citar la sentencia T-855 de 2011, mediante la cual la Corte Constitucional en un caso similar al presente, donde se generaron inconsistencias en la historia laboral de un afiliado respecto al periodo y número de semanas cotizadas, recalcó el deber que tienen las entidades de seguridad social frente al manejo de la historia laboral, señalando que si de esta situación se generan consecuencias adversas, éstas no pueden ser asumidas por el afiliado.

Textualmente expuso:

"Entonces, resulta pertinente destacar que las entidades administradoras tienen obligaciones de custodia, conservación y guarda sobre la información, mediante la cual corroboran el cumplimiento de los requisitos en comento, que conllevan, simultáneamente, las obligaciones de organización y sistematización de dicha información, de manera que se evite su pérdida o deterioro y la consecuencial afectación negativa de un reconocimiento.

"(...)

¹ "Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el periodo de siete (7) días calendario"

"La importancia de estos deberes se entiende mucho mejor cuando se toma en cuenta que el reconocimiento de prestaciones económicas como la pensión de vejez depende, de una parte, de la suma de cotizaciones que el afiliado haga a lo largo de su vida, lo cual exige a la entidad administradora la observancia de este tipo de obligaciones, cuyo cumplimiento garantiza al afiliado la posibilidad real de acceder a las prestaciones a las que aspira, pues gracias a dicho cumplimiento puede consolidar los esfuerzos que hizo durante su vida laboral para pensionarse.

"(...)

"En todo caso, resulta importante reafirmar que, al ser las entidades administradoras de pensiones las llamadas a la conservación, guarda y custodia de los documentos contentivos de la información correspondiente a la vinculación del afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, no les es dable trasladarle al interesado las consecuencias negativas del deficiente cumplimiento de dichas obligaciones, es decir, de la pérdida, deterioro, desorganización o no sistematización de dicha información."

Es claro entonces, que si una entidad administradora incumple con su deber de custodia de la información sobre las semanas de cotización, no es el afiliado quien debe soportar las consecuencias de ello, por lo tanto, teniendo en cuenta que en el presente caso no existe duda en que el extinto I.S.S. fue negligente en el manejo de la historia laboral de la demandante, pues no registró de manera completa y oportuna las semanas cotizadas por la actora hasta abril de 2009, le corresponde a la Sala verificar si el reconocimiento pensional a mayo de 2010, cuando cumplió los requisitos para pensionarse, le resulta más favorable a sus intereses pensionales, o si por el contrario, tal declaración le resulta adversa con ocasión de los aportes sobre un IBL inferior, realizados con posterioridad, pues de presentarse esta situación, conforme lo decantó la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia con Radicación 22630 de 7 de septiembre de 2004, reiterada en sentencia con Radicación 34514 de 1º de septiembre de 2009 *"(...) Del anterior modo, si al afiliado le resulta más beneficioso que el ingreso base de liquidación se obtenga tomando sólo el promedio de lo devengado entre la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 y el momento en que cumpla los requisitos para la pensión, haciendo abstracción de los aportes realizados con posterioridad a dicha calenda, como sucede en el sub judice, donde las cotizaciones efectuadas se llevaron a cabo con un salario significativamente inferior que le reduciría ostensiblemente su ingreso base, así debe procederse"*.

Puestos esa tarea, avizora la Sala que según los reportes corregidos de la historia laboral de la demandante (Fls. 56 a 66) y contabilizando únicamente las cotizaciones realizadas hasta abril de 2009, se presentaba un acumulado total de 8321 días, los cuales equivalen a 1188,71 semanas (Cuadro Anexo No. 3), número que se encuentra por encima del mínimo de 1.175 establecido para el año 2010, conforme a la regla inserta en el numeral 2º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, toda vez que hasta el año 2004 eran 1.000 las semanas de cotización requeridas, pero *"A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015"*., siendo así, se constata que para mayo de 2010, data en la que cumplió la edad (Fl. 21), la actora ya completaba las cotizaciones mínimas requeridas para acceder al derecho pensional.

Sin embargo, al realizar el cálculo del IBL de acuerdo al mencionado artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con base en el promedio de los salarios correspondientes a los 10 años anteriores, desde marzo de 1999 y trasponiendo 120 meses cotizados, se obtiene un promedio actualizado a 2010 de \$869.913,61 (Cuadro Anexo 4). Este sin duda resulta inferior al obtenido para el año 2012 y por ello, en aplicación de los precedentes jurisprudenciales, la situación que mejor le resulta para los intereses de la accionante, es que su derecho le sea reconocido a partir de mayo de 2012.

Ahora bien, para abundar en argumentos, se procede a verificar si tal beneficio también se traslada al valor de la mesada. Se tiene entonces que el IBL equivalía para el año 2010 a 1,69 salarios mínimos, por lo que aplicando la ya referida fórmula contenida en el artículo 34 de la misma Ley 100 de 1993 ($r=65.50-0.50\ s$), da un porcentaje de 64.66; sin lugar a aplicar el incremento del 1.5% adicional, por acreditar cotizaciones adicionales de tan sólo 13.72 semanas. En consecuencia, aplicando ese monto del 64.66% al IBL de \$869.913,61, da como valor de la pensión para mayo de 2010, la suma de \$562.446,33 (Cuadro Anexo 4).

Actualización dicha suma conforme a los incrementos porcentuales anuales del IPC, arroja que la mesada

correspondiente al año 2011 equivaldría a \$580.275,88 y para el año 2012 a \$601.920,17, para concluir que en todo caso, la aplicada a mayo de 2012 resulta más beneficiosa.

Así las cosas y atendiendo las directrices que establece la ya citada sentencia con radicación No. 22630 de 7 de septiembre de 2004, proferida por nuestro Máximo Tribunal de Casación, se concluye que comparado el IBL y al hacer abstracción de las semanas cotizadas por la demandante entre los años 2010 a 2012, deviene automáticamente la disminución de su pensión, por lo tanto, como la postura que se defiende jurisprudencialmente para no tener en cuenta las cotizaciones posteriores al cumplimiento de los requisitos de la pensión, es la configuración de una situación desventajosa, lo cual no sucede en el presente caso, no hay lugar a aplicar dicha tesis y por tanto, no cabe duda que el reconocimiento pensional de la accionante debió realizarse desde mayo de 2012, data en la cual se efectuó la última cotización al sistema, dado que ello le resulta más favorable, tal y como lo dedujo el *a quo*, pero en un monto de \$643.085,17.

De acuerdo con lo anterior y conforme a los incrementos porcentuales anuales del IPC, la mesada correspondiente al año 2013 equivaldría a \$658.776,45, para el año 2014 de \$671.556,71 y para el año 2015, de \$696.135,69; en consecuencia, como de las certificaciones emitidas por la entidad accionada (Fls. 207 a 210 y 213 a 218) se constata que las mesadas devengadas por la demandante fueron inferiores, se entiende que hasta la fecha se ha generado un retroactivo por concepto de diferencia pensional por valor de \$1.157.373,87 (Cuadro Anexo 7), monto al que sumada a la mesada insoluta de mayo 2012, asciende a \$1.800.459,04.

Corolario de lo expuesto, se modificará la sentencia apelada y consultada, con fundamento en lo anteriormente explicado, señalando que a partir del mes de junio de 2015, la mesada que debe ser reconocida por Colpensiones a favor de la demandante es por valor de \$696.135,69, con base en las semanas cotizadas hasta el mes de abril de 2012, más una mesada adicional, por haber causado su derecho pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011, de conformidad con el acto legislativo No. 01 de 2005, así como los incrementos legales anuales posteriores y sobre ellas, los descuentos por salud a que haya lugar.

2.3.2. Perjuicios

No compartió la recurrente la determinación absolutoria proferida en primera instancia sobre este pedimento, pues alega que no pueden ignorarse los percances de salud y económicos por los que atravesó la demandante para que le arreglaran sus semanas extraviadas, por lo que considera que una manera de subsanarlos, es reconociendo la pensión desde el 1º de mayo de 2010.

En forma sucinta establece esta Corporación, que si bien se encuentra acreditado en el plenario que la demandante realizó diversos trámites y diligencias con el fin de obtener la corrección de su historia laboral y, por ende, la recuperación de sus semanas extraviadas, no es menos cierto que el haber reiniciado las cotizaciones al sistema fue una decisión voluntaria de la demandante, quien bien pudo acudir ante las instancias correspondientes, administrativas o judiciales, con el fin de obtener la corrección de su historia laboral y el derecho pensional; por lo tanto, no puede endilgarse a la demandada la causación de perjuicios por este concepto, máxime cuando no se demostró fehacientemente con los documentos contentivos de la historia clínica de la actora (Fls. 107 a 114), los extractos bancarios (Fls. 119 a 122) y con las declaraciones de las dos testigos citados al proceso (Min. 00:06:36 a 00:31:40 y Min. 00:31:15 a 00:47:20 Cd. Audiencia 19 enero 2015 Fls. 229 a 233), que sus afecciones de salud o sus necesidades crediticias entre los años 2010 y 2012, hayan sido consecuencia directa de las inconsistencias presentadas en su historia laboral, es decir, no se avizora una relación de causalidad entre los menoscabos reclamados y el no reconocimiento de la pensión desde mayo de 2010.

Por lo expuesto, los perjuicios alegados por la accionante no tienen ánimo de prosperidad, debiendo en consecuencia confirmar en este aspecto la sentencia apelada y consultada.

2.3.3. Intereses e Indexación

Como quiera que el *a quo* no concedió los intereses moratorios, decisión que no fue apelada y siendo que el grado jurisdiccional de consulta se surte a favor de COLPENSIONES, no se liquidaran éstos, manteniéndose por ende la indexación decretada por el juzgador de primera instancia sobre las sumas adeudadas por mesadas

pensionales, desde su causación hasta la fecha en que se efectuó el pago, a fin de que dichas obligaciones se solucionen actualizadas; es decir, sin mengua de su poder adquisitivo, tal como lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 25 de junio de 2014, radicación SL9737- 46912. Así entonces, la indexación se liquida al mes de abril de la presente anualidad, lo que arroja un total por concepto de mesada insoluta y diferencia pensional indexada de \$1.968.447,94, cuyas operaciones matemáticas se anexan en el cuadro 7.

Por lo expuesto, se modificará el numeral SEGUNDO de la providencia de primera instancia.

De esta manera quedan agotados, tanto los argumentos de la alzada, como los demás puntos en que la Sala obtuvo competencia para analizar por el grado jurisdiccional de consulta.

III. EXCEPCIONES

Dentro de la oportunidad legal, la demandada COLPENSIONES propuso excepciones de mérito.

Frente a las que denominó *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO DEBIDO"* y *"BUENA FE"*, considera la Sala que en razón a que los medios exceptivos propuestos se fundamentan en la improcedencia de la reliquidación de la pensión de la demandante, éstos están destinadas al fracaso, por las razones que anteceden.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN, el artículo 151 del C. P. del T. y la S. S. señala que *"Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."*

En el presente caso, el derecho pensional de la demandante fue reconocido mediante Resolución No. 0814 de 8 de mayo de 2012, por lo que tenía hasta el 8 de mayo de 2015, para presentar su demanda o hacer el reclamo directo ante Colpensiones; sin embargo, como la reclamación la realizó el 10 de octubre de 2012 y la demanda la presentó el 29 de noviembre del mismo año, se advierte que no operó el fenómeno prescriptivo.

Por último, respecto a la excepción INNOMINADA, no avizora la Sala ninguna situación que deba ser declarada de oficio como tal.

IV. COSTAS

4.1. Costas de Primera Instancia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2.3 del Acuerdo No. 1887 de 2003, expedido por la Sala Administrativa del H. Consejo Superior de la Judicatura y el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003, en su numeral 2º modificado por la Ley 1395 de 2010, se mantendrá la condena en costas a favor de la parte demandante, debiendo ser tasadas las agencias en derecho, ante la omisión mostrada en este sentido por el a quo, para ser incluidas en la liquidación correspondiente, el equivalente a un (1) s.m.l.m.v., esto es, la suma de \$644.350.

4.2. Costas de Segunda Instancia

Invocando igualmente el marco normativo antecitado, como criterios para aplicar gradualmente las tarifas establecidas por concepto de costas procesales, se tiene que, dadas las resultas del proceso, no se impondrán agencias en derecho en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida el 19 de enero de 2015, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación y consulta, el cual quedará así:

CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, legalmente representada, a RELIQUIDAR la pensión de vejez de la demandante BCJDEB, de notas conocidas en el plenario, debiendo reconocerle en consecuencia una mesada pensional correspondiente a la suma de \$696.135,69 M/CTE. a partir del mes de junio de 2015 y en adelante junto con los incrementos legales anuales, una mesada adicional y los descuentos por salud a que haya lugar.

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 19 de enero de 2015, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación y consulta, el cual quedará así:

CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- a pagar a la demandante BCJDEB, la mesada insoluta de mayo de 2012, más la diferencia por concepto de mesadas pensionales entre lo percibido y lo que realmente le correspondía pagarle, por el periodo comprendido entre los meses de junio de 2012 a mayo de 2015, teniendo en cuenta la mesada pensional decretada en esta providencia y de conformidad con lo explicado en la parte motiva de esta decisión, la suma indexada de **\$1.968.447,94**. El ente demandado queda facultado para deducir el valor correspondiente a las cotizaciones con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

TERCERO. ADICIONAR el numeral QUINTO de la sentencia proferida el 19 de enero de 2015, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación y consulta, el cual quedará así:

CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- a pagar a favor de la demandante BCJDEB, las costas de este proceso. Como agencias en derecho se fija el equivalente a un (1) s.m.m.l.v., esto es, la suma de \$644.350,00.

CUARTO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia apelada y consultada.

QUINTO. Sin COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

SEXTO. Glosar al expediente para que hagan parte del acta los cuadros realizados por la Sala y que se mencionaron en esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado en sesión de esta fecha, según Acta No. y se notifica a las partes en ESTRADOS.

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada Ponente

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrada

JAMES RODRÍGUEZ ROSERO
Secretario

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / MESADAS PENSIONALES - INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN: La Reclamación Administrativa surte efectos respecto de la primera exigencia que se hace ante la administración y restringe las posibilidades de provocarla posteriormente./ **SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN – Se mantiene mientras esté pendiente el agotamiento de la reclamación administrativa** - Teniendo en cuenta que es la fecha de la primera reclamación administrativa efectuada por la demandante, la que demarca la interrupción de la prescripción respecto del pago de las mesadas pensionales derivadas de la pensión de sobrevivientes, la cual conservó sus efectos al haberse presentado la demanda dentro de los tres años siguientes, se determina que la actora tiene derecho al reconocimiento retroactivo de tales mesadas causadas durante los tres años anteriores a la reclamación del derecho. Estableciéndose además que en el asunto, también se verificó la suspensión del término de esa interrupción, el cual se extendió por el tiempo que tomó la entidad demandada en responder, agotándose en debida forma la “*vía gubernativa*”; sin que sea de recibo lo alegado por ésta, de tener como data un segundo reclamo presentado por la actora, por cuanto la prescripción se interrumpe una sola vez por un término igual. /

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL
ACTA DE AUDIENCIA**

Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO No. 520013105002–2014–00230–01(211)

En San Juan de Pasto, siendo el día y hora previamente señalados (14 de octubre de 2015), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, doctores **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**, en mi calidad de ponente, **CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ** y **JUAN CARLOS MUÑOZ**, en asocio del Secretario, nos constituimos en **AUDIENCIA PUBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **NIDIA LEONOR QUIROZ GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, radicado bajo el número 520013105002–2014–00230–01(211). Preside el acto y lo declara abierto quien les habla, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**, en calidad de Magistrada Ponente. Acto seguido se pone a consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, el que una vez discutido es aprobado. El Secretario informa que las partes se encuentran debidamente notificadas.

A continuación se procede a dictar la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

1.1. DEMANDA

La señora **NIDIA LEONOR QUIROZ GÓMEZ**, mayor de edad, debidamente identificada en el plenario, por intermedio de apoderada judicial y a través de escrito presentado el 29 de mayo de 2014 (Fls. 1 - 7), demandó por la vía ordinaria laboral de primera instancia a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, para que el Juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare que la primera reclamación administrativa de la pensión de sobrevivientes fue presentada el 9 de septiembre de 2010 ante el SEGURO SOCIAL PENSIONES y, por ello, tiene derecho a percibir tal emolumento a partir del 9 de septiembre de 2007, junto con la liquidación de la primera mesada pensional, la retroactividad desde esa data, así como la indexación, las costas y agencias en derecho.

Como sustento de dichas pretensiones, la demandante puntualizó los siguientes hechos:

- Que el 9 de septiembre de 2010, presentó reclamación administrativa para el cobro de la pensión de sobrevivientes ante el I.S.S., con la cual interrumpió el término prescriptivo, pero mediante Resolución No. 0249 de 1º de febrero de 2011, le fue negada y luego confirmada tal decisión mediante Resolución de 29 de abril del mismo año.
- Que el 25 de enero de 2013 y por segunda vez, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones y por ello, mediante Resolución No. GNR 180610 de 12 de julio de 2013, le reconoció y ordenó el pago de la pensión de sobrevivientes dejada por Olegario Madroñero Grijalba, desde el 25 de enero de 2009, acto administrativo que le fue notificado el 30 de agosto de 2013.
- Que por la interrupción de la primera reclamación administrativa ante el I.S.S., Colpensiones omitió hacer el reconocimiento pensional desde septiembre de 2007, así como la indexación de la primera mesada pensional, ni tampoco giró las mesadas comprendidas entre el 25 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2009.

1.2. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El presente proceso, correspondió por reparto al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, autoridad que luego de ordenar su corrección (Fls. 44 a 45), admitió la demanda mediante auto calendado el 22 de julio de 2014, ordenando la notificación y el traslado a la parte accionada (Fl. 54). Igualmente se corrió traslado en debida forma de la existencia del presente proceso a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fls. 60 a 64).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se notificó por conducta concluyente (Fl. 92) y contestó la demanda (Fls. 87 a 91), aceptando lo relacionado con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 25 de enero de 2009 y la reclamación administrativa ante Colpensiones el 25 de enero de 2013, pero manifestó no constarle lo relacionado con la reclamación realizada en septiembre de 2010 y que por tanto debería probarse.

En su defensa enervó las excepciones de fondo que denominó: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO"*, *"INNOMINADA"*, *"PRESCRIPCIÓN"* y *"BUENA FE"*.

Esta actuación de parte fue acogida judicialmente con auto calendado el 15 de diciembre de 2014 (Fl. 93).

1.3. DECISIÓN DE PRIMER GRADO.

El proceso se dirimió en primera instancia, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, mediante sentencia emitida el 4 de marzo de 2015 (Fls. 98 a 100 CD de audiencia), condenando a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la suma de \$11.503.753,00 por concepto de las mesadas comprendidas entre el 9 de septiembre de 2007 y el 24 de enero de 2009, declaró no probadas las excepciones de mérito y condenó en costas a la demandada.

Para arribar a tal determinación, el a quo discurrió que según lo estableció la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, sentencia de 21 de enero de 1984, la prescripción no opera frente al derecho pensional sino solo en cuanto a las mesadas, al igual que la Corte Constitucional al proferir la sentencia C-198 de 1999, cuando señaló que dada su naturaleza periódica, la prescripción resulta viable respecto de las mesadas que no se hubieren solicitado dentro de los tres años anteriores a la reclamación del derecho. Asimismo expuso que conforme a los artículos 6º y 151 del C. P. del T. y la S. S., la prescripción se interrumpe una sola vez por un término igual; es decir, por tres años y no de manera indefinida cada vez que se presente reclamaciones, por lo tanto, como en el presente caso, el día 9 de septiembre de 2010 la demandante presentó ante el I.S.S. la reclamación de su pensión de sobrevivientes, la cual fue resuelta negativamente el 1º de febrero de 2011 y presentó recursos de reposición y apelación contra ésta, los cuales fueron resueltos mediante Resolución No. 1356 de 29 de abril 2011 y Resolución No. 000423 de 2 de noviembre de 2011, notificadas a la demandante el 7 de junio de 2011 y el 17 de noviembre de 2011, respectivamente, se entiende agotada la reclamación en esta última data donde quedó en firme la respuesta

negativa a la primera solicitud pensional, en consecuencia, dado que la demanda se presentó dentro de los tres años siguientes, ya que se radicó el 29 de mayo de 2014, la demandante tiene derecho al reconocimiento de las mesadas pensionales causadas dentro de los tres años anteriores, esto es, desde el 9 de septiembre de 2010, tal y como lo expuso la C. S. de J. en sentencia 37251 de 7 de febrero de 2012.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite en segunda instancia y al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, a examinar la sentencia en su integridad, sin limitaciones de ninguna naturaleza, al tenor de lo establecido en el artículo 69 del C. P. del T. y la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, por resultar ésta adversa a los intereses de la entidad demandada COLPENSIONES, entidad de la cual la Nación es garante conforme lo estableció la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en pronunciamiento de tutela de 4 de diciembre de 2013, rad. No. 51237.

2.1. PROBLEMAS JURÍDICOS

En atención a las posturas adoptadas por las partes en contienda, procede la Sala a determinar primigeniamente en el sub examine, cuál es el escrito que se válida para efecto de las reclamaciones administrativas, con la cual se interrumpe la prescripción y a partir de ello, establecer la fecha desde la cual la demandante tiene derecho al pago de las mesadas pensionales derivadas de pensión de sobrevivientes.

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

Parte la Sala por afirmar, que debido al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que hiciera COLPENSIONES a la actora mediante Resolución No. GNR 180610 de 12 de julio de 2013 (Fls. 9 a 12), no es motivo de discusión en el sub – examine lo relacionado con su derecho pensional.

Lo realmente debatido en el sub lite, es establecer la fecha a partir de la cual operó el fenómeno prescriptivo respecto de las mesadas causadas, puesto que según se advierte en el referido acto administrativo de reconocimiento, el deceso del causante Olegario Madroñero Grijalba ocurrió el 20 de diciembre de 1994 y Colpensiones le reconoció a la demandante las mesadas retroactivas únicamente desde el 25 de enero de 2009, basándose para ello en que el artículo 50 del Decreto 758 de 1990, establece que la prescripción para el reconocimiento de las mesadas pensionales es de 4 años y que la actora "(...) realizó la nueva solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el día 25 de enero de 2013" (Subraya la Sala).

Ahora bien, según se avizora en el expediente, antes del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la actora, el I.S.S. hoy Colpensiones, mediante Resolución 0249 de 1º de febrero de 2011, ya se había pronunciado negativamente frente a una solicitud que en el mismo sentido presentó la actora el 9 de septiembre de 2010 (Fl. 23). Ese acto administrativo fue impugnado en reposición y apelación, siendo confirmado en todas sus partes, así: el trámite de reposición, mediante Resolución 1356 de 29 de abril de 2011 (Fls. 28 a 30), notificada el 7 de junio de 2011 (Fl. 27); y el de apelación, mediante Resolución 00423 de 2 de noviembre de 2011 (Fls. 34 a 36), notificada personalmente el 17 de noviembre de 2011 (Fl. 33), por lo que se advierte que ya se había efectuado un reclamo específico para el pago de la prestación referida.

En este entendido, tal y como lo concluyó el fallador de instancia, no puede el ente accionado invocar la última reclamación presentada por la actora para aplicar el fenómeno prescriptivo a las mesadas causadas, puesto que la data que demarca la interrupción de la prescripción es la que corresponde a la primera reclamación y no a la segunda o a la "nueva" que adujo el ente accionado, puesto que el artículo 151 de C. P. del T. y la S. S., es claro al establecer que: "*El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual*"; lo cual en concordancia con lo establecido en el artículo 488 del C. S. del T., esto es, que el referido reclamo "(...), interrumpe la prescripción por una sola vez", permite colegir que los efectos de la reclamación administrativa solo surte efectos respecto de la primera exigencia que se hace ante la administración y restringe las posibilidades de provocarla posteriormente.

Siendo así, como la demandante realizó la reclamación de su derecho pensional el 9 de septiembre de 2010, se entendería que desde dicha data operó la interrupción de la prescripción y, para que ésta conserve sus efectos, la demanda debió presentarse dentro de los 3 años siguientes, esto es, hasta el 8 de septiembre de 2013; no obstante, conforme lo regula el artículo 6º del C. P. del T. y la S. S., la reclamación administrativa como requisito de procedibilidad "(...) se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta." y "Mientras esté pendiente el agotamiento de la reclamación administrativa se suspende el término de prescripción de la respectiva acción"; es decir, que se configura como tal cuando se encuentre plenamente surtida, bien sea por haber operado el silencio administrativo negativo o porque se obtuvo una decisión de fondo, a opción del reclamante, tal y como lo entendió la H. Corte Constitucional en sentencia C – 792 de 2006, cuando estableció la exequibilidad de dicha norma en los siguientes términos: "(...) siempre y cuando se entienda que el agotamiento de la vía gubernativa por virtud del silencio administrativo negativo allí previsto, es potestativo del administrado en cuyo beneficio se ha establecido tal figura, pero que si éste opta por esperar una respuesta formal y expresa de la Administración, la suspensión del término de prescripción de la respectiva acción se extenderá por el tiempo que tome ésta en responder."

Por su parte nuestro Órgano de Cierre, a través de su Sala de Casación Laboral, en sentencia con rad. No. 37251 de 7 de febrero de 2012, reiterada mediante fallo con rad. 45677 de 29 de octubre de 2014, consideró que "(...) para que se entienda la eficacia de la reclamación, la ley procesal laboral ha dispuesto dos momentos claramente diferenciables, el primero, cuando se haya decidido, es decir cuando la Administración responde la reclamación, evento que supone, si el pronunciamiento contempla la posibilidad de impugnarlo a través de los recursos de la llamada vía gubernativa, que esa decisión quede en suspenso hasta cuando tales recursos sean decididos definitivamente, instante desde el cual puede afirmarse que se ha agotado la reclamación. El segundo, que se materializa cuando transcurrido un mes desde la presentación, la reclamación no ha sido resuelta. Naturalmente, como dicha figura tiene como actor a quien pretenda el derecho, debe ser el mismo quien tenga la opción de escoger uno de los dos eventos reseñados, es decir, que puede esperar a que la Administración se pronuncie, recurrir esa decisión cuando ello sea posible y esperar que los recursos sean resueltos definitivamente, o bien esperar que transcurra el mes."

Más adelante y en el mismo pronunciamiento, aclaró que "(...), en los términos del inciso 2º del precepto instrumental reseñado, mientras esté pendiente la reclamación administrativa, el término de prescripción de la acción queda suspendido. Por tanto, si el interesado, en caso de pronunciamiento, opta por recurrirlo, no puede afirmarse que la prescripción, como uno de los modos de extinguir las obligaciones, ha seguido su curso normal, pues de acuerdo con el mandato legal, el efecto no es otro que el de su suspensión, ya que mientras estén pendientes de resolverse los medios impugnativos, no puede decirse que la reclamación administrativa está agotada. Y no puede verse afectado el interesado en esta hipótesis, por la demora o tardanza de la Administración para resolver las inconformidades interpuestas, pues obviamente no puede responder por la culpa de la entidad pública, quien debe obrar diligentemente y dentro de los términos de ley. Naturalmente, si el interesado, una vez transcurre el mes de presentada la reclamación sin que haya habido pronunciamiento, inicia la acción judicial, debe entenderse que dio por agotado su reclamo y desde ese momento cesa la suspensión del término prescriptivo, así la Administración se pronuncie con posterioridad."

De acuerdo con la citas jurisprudenciales citadas, se advierte que en el presente caso, además de la interrupción de la prescripción producida con la presentación de la reclamación por parte de la demandante el 9 de septiembre de 2010, se verificó también la suspensión del término de esa interrupción, puesto que la actora optó por utilizar todos los recursos de la "vía gubernativa", quedando ésta debida y totalmente agotada el 17 de noviembre de 2011, (Fl. 33) cuando se notificó personalmente la Resolución 00423 de 2 de noviembre de 2011, emitida por la Gerencia del I.S.S. Cauca (Fls. 34 a 36), mediante la cual se desató el recurso de apelación contra la Resolución 0249 de 1º de febrero de 2011, que le negó el derecho.

En consecuencia, solo desde el día siguiente al que se surtió debidamente la reclamación administrativa es que inició nuevamente el término de los 3 años que señala el artículo 151 del C. P. del T. y la S.S.; por lo tanto, la demandante tenía entre el 18 de noviembre de 2011 y el 17 de noviembre de 2014, para iniciar su acción judicial y así conservar los efectos de la interrupción de la prescripción, situación que en efecto ocurrió, pues del expediente se avizora que la demanda la radicó a través de apoderada judicial el 29 de mayo de 2014 (Fl. 7).

Por lo tanto, aunque el hecho generador del derecho a la pensión de sobrevivientes fue el fallecimiento del

causante Olegario Madroñero Grijalba, ocurrido el 20 de diciembre de 1994, como la reclamación inicial de esta acreencia se efectuó el 9 de septiembre de 2010, la demandante tiene derecho al reconocimiento retroactivo de las mesadas causadas durante los tres años anteriores, esto es, desde el 9 de septiembre de 2007 y no sólo desde el 25 de enero de 2009, como lo determinó la accionada.

Por lo expuesto, encuentra esta Sala acertada la determinación del *a quo* de reconocer el retroactivo de la pensión de sobrevivientes correspondiente al periodo comprendido entre 9 de septiembre de 2007 y el 24 de enero de 2009; no obstante, conforme a las operaciones aritméticas correspondientes, las cuales se realizan con base en el salario mínimo legal de cada época y 14 mesadas, ya que en ese monto y condiciones fue reconocida la pensión y sobre ello no existe controversia alguna, se obtiene la suma indexada de \$10.858.243,66, monto inferior al reconocido en primera instancia, tal y como se evidencia en el cuadro anexo a la presente acta.

Año	Monto	No. Mesadas	Total	Indexada
2007	433700	4 + 22 días	\$2.052.847,00	\$ 2.611.621,90
2008	461500	14	\$6.461.000,00	\$ 7.771.286,28
2009	496900	0,8 = (24 días)	\$ 397.520,00	\$ 475.335,48
		TOTAL	\$8.911.367,00	\$ 10.858.243,66

Siendo así, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta surtido a favor de la entidad accionada, se modificará la condena impuesta en primera instancia por resultar más favorable a sus intereses.

III. EXCEPCIONES

Dentro de la oportunidad legal, la demandada COLPENSIONES propuso las excepciones de mérito que denominaron *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO"* y *"BUENA FE"*, las cuales no prosperan, pues considera la Sala que en razón a que los medios exceptivos propuestos se fundamentan en la improcedencia de las pretensiones, éstos están destinados al fracaso, por las razones que anteceden.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN, teniendo en cuenta los razonamientos expuestos en las consideraciones que preceden, se constata que frente a las específicas pretensiones de la demanda, como lo fueron el reconocimiento de las mesadas pensionales causadas desde septiembre de 2007 hasta el 24 de enero de 2009, éste fenómeno no operó de conformidad con los argumentos expuestos y en especial lo previsto en el artículo 151 del C. P. del T. y la S. S.

No sobra recordar que conforme al criterio vigente en esta Corporación y que recientemente ha sido reiterado por la H. Corte Constitucional en sentencia T – 831 de 2014, *"(...) el derecho a la pensión es imprescriptible, mientras que las mesadas pensionales pueden extinguirse si no son reclamadas en los plazos señalados por la ley. (...)"*.

IV. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2.1.1 del Acuerdo No. 1887 de 2003, expedido por la Sala Administrativa del H. Consejo Superior de la Judicatura y el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003, en su numeral 2º modificado por la Ley 1395 de 2010, se tiene que no se impondrán costas en esta instancia.

De esta manera y bajo las consideraciones precedentes, se modificará el numeral PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia revisada, quedando agotados todos los puntos de estudio sobre los cuales adquirió competencia esta instancia en grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida el 4 de marzo de 2015, por el Juzgado Segundo Laboral de Circuito de Pasto, objeto de consulta, la cual quedará así:

CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, representada legalmente en este proceso por GERMÁN ERNESTO PONCE BRAVO, o quien haga sus veces, en su condición de Gerente Nacional de Doctrina, a pagar dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el valor total de las mesadas causadas entre el 9 de septiembre de 2007 y el 24 de enero de 2009, debidamente indexadas, que equivale a la suma de \$ 10.858.243,66 a favor de NIDIA LEONOR QUIROZ GÓMEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 30.703.900 de Pasto, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia consultada.

TERCERO. Sin COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

CUARTO. GLOSAR a la presente acta el cuadro de liquidación al que se hizo referencia en la parte motiva de la presente decisión.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado en sesión de esta fecha, según Acta No. y se notifica a las partes en **ESTRADOS**.

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada Ponente

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

JAMES RODRÍGUEZ ROSERO
Secretario Sala Laboral

NULIDAD – La causal invocada debe acreditarse– Improcedencia de declarar la invalidación de lo actuado, al establecerse que la causal invocada no encaja dentro del presente proceso ejecutivo, siendo que el numeral 6º del art 140 del C. de P.C., se aplica en el evento de negarse el derecho a pedir o practicar pruebas, lo cual no ocurrió; y si lo alegado es que no se le dio trámite a la excepción de prescripción propuesta, se considera que tal irregularidad, de haberse presentado, se encuentra saneada, en tanto la misma debió formularse dentro de la oportunidad procesal correspondiente.

PLEITO PENDIENTE - Requisitos – No es factible declarar probada de oficio tal excepción, al verificarse que no se cumple con los presupuestos legales y siendo que la solicitud de nulidad contra la sentencia T-283 de 2013, promovida por el Departamento de Nariño, fundamento de la petición, fue resuelta negativamente, mediante providencia emitida por la Sala Plena de la H. Corte Constitucional.

MEDIDAS CAUTELARES CONFORME LA LEY 550 DE 1999 – En aquellos eventos en los cuales el ente territorial se encuentre bajo un acuerdo de reestructuración de pasivos, estas no proceden por expresa prohibición legal./ EFECTOS DE LOS FALLOS DE CONSTITUCIONALIDAD – Prevalecen como precedente jurisprudencial sobre los de tutela a los cuales no se les otorga efectos inter comunis - Hay lugar a la suspensión de la medida cautelar decretada por el juzgado de conocimiento, teniendo en cuenta que la Ley 550 de 1999, prohíbe dicho decreto cuando los entes territoriales -Departamento de Nariño - se encuentran en proceso de reestructuración de pasivos; norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, cuyo precedente jurisprudencial prevalece sobre la sentencia de Tutela 283 de 2013, fallada por la misma corporación y que fue acogida por el a quo para tomar su decisión; dentro de la cual se analizó el caso específico de quienes como la actora laboraron al servicio de la INDUSTRIA LICORERA DE NARIÑO y como aquella no fungió como accionante, la misma no puede ser aplicada al caso concreto, en tanto tiene efectos inter partes, al no haber establecido la facultad de extender los efectos a terceros./

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: DRA. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ

Ordinario Laboral No. 2001-00225

En San Juan de Pasto, a los tres (03) días del mes de diciembre de dos mil quince (2015), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, doctores **CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ** en su calidad de ponente y **JUAN CARLOS MUÑOZ**, como integrante de la Sala de Decisión, en asocio del Secretario, procedemos a emitir decisión de fondo dentro del proceso **EJECUTIVO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA** instaurado por **LUZ MARINA PORTILLA CAICEDO** contra el **DEPARTAMENTO DE NARIÑO – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES PÚBLICAS DE NARIÑO**, radicado bajo el número 52001310500120010022501.

Se deja constancia que la doctora CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA, restante integrante de la Sala de Decisión, se ha declarado impedida para conocer de este asunto.

A continuación procede la Sala a resolver los recursos de apelación formulados por la parte ejecutada contra las providencias de fecha 09 de mayo y 17 de septiembre de 2014, para lo cual emite el siguiente,

AUTO INTERLOCUTORIO

San Juan de Pasto, tres (03) de diciembre de dos mil quince (2015).

1. ANTECEDENTES

La señora LUZ MARINA PORTILLA CAICEDO, a través de apoderado judicial, instauró demanda ejecutiva laboral en contra del DEPARTAMENTO DE NARIÑO - FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES PÚBLICAS DE NARIÑO (folios 1 a 4 del Cuaderno de Primera Instancia) para que se libre mandamiento de pago por concepto de mesadas retroactivas incluidas las mesadas de junio y diciembre de cada año, desde el 1º de enero de 1996 hasta el 31 de diciembre de 2007, indexación, intereses, las costas y agencias en derecho a que fue condenada la EMPRESA LICORERA DE NARIÑO.

1.1. HECHOS

Del escrito inicial de demanda y los anexos aportados se extractan en síntesis los siguientes hechos, en los cuales la parte actora soporta sus pretensiones:

- Que LUZ MARINA PORTILLA CAICEDO presentó demanda para que le fuera reconocida la pensión convencional de jubilación por los servicios prestados a la EMPRESA LICORERA DE NARIÑO, proceso que terminó con sentencia condenatoria proferida por la Corte Suprema de Justicia el 8 de agosto de 2007, reconociéndole la pensión a partir del 1º de enero de 1996, en cuantía inicial de \$342.690,63 y los incrementos legales más indexación.
- Que mediante Resolución No. 639 del 7 de marzo de 2008, la Secretaría de Hacienda del Departamento de Nariño, le reconoció y pagó la pensión ordenada en la sentencia por valor de \$1.018.773,00, con retroactividad desde el 1º de enero de 2008.
- Que la Gobernación de Nariño no le reconoció ni pagó las mesadas causadas desde el 1º de enero de 1996 al 31 de diciembre de 2007, suma que asciende a \$115.401.678,14.
- Que dentro del proceso ordinario se condenó a la demandada al pago de costas procesales, las cuales no han sido pagadas por la entidad territorial.

1.2. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

El presente proceso, correspondió al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, autoridad que mediante auto calendarado a 16 de septiembre de 2013, libró mandamiento de pago contra el DEPARTAMENTO DE NARIÑO – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES PÚBLICAS DE NARIÑO, por la suma indexada de \$115.401.676,14 por concepto de las mesadas retroactivas de la pensión de jubilación incluidas las mesadas de junio y diciembre de cada año, a partir del 1º de enero de 1996 hasta el 31 de diciembre de 2007, por las mesadas pensionales que se causen a partir del mes de septiembre de 2013 y por los intereses causados sobre las sumas insolutas a la máxima tasa del interés moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago, a partir del 1º de enero de 2008 hasta el pago total de la obligación (folios 111 a 117 y 164 a 168 del cuaderno de copias).

Para tomar la anterior decisión, el a quo consideró que si bien el Departamento de Nariño – Fondo Territorial de Pensiones Públicas de Nariño, se encuentra bajo el acuerdo de reestructuración de pasivos y en principio no sería procedente librar el mandamiento de pago, en el presente caso y en tratándose de derechos pensionales de trabajadores de la EMPRESA LICORERA DE NARIÑO, se libraría pero sólo por los valores correspondientes a la Pensión Convencional de la ejecutante, absteniéndose de hacerlo por cualquier otro concepto.

Una vez notificada del auto que libró mandamiento de pago, la entidad territorial ejecutada por intermedio de apoderado judicial interpuso recurso de reposición contra la referida providencia y formuló las excepciones previas de: *"FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA"*, *"COSA JUZGADA"*, *"FALTA DE REQUISITOS FORMALES DEL TÍTULO EJECUTIVO"* y las excepciones de mérito que denominó: *"INEXISTENCIA DEL TÍTULO EJECUTIVO"*, *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION A CARGO DEL DEMANDADO - PAGO DE LO NO DEBIDO"*, *"COSA JUZGADA"* y *"PRESCRIPCIÓN"* (folios 139 a 145).

Por auto de fecha 16 de enero de 2013, el a quo resolvió no darle trámite a las excepciones propuestas por la entidad demandada, indicando como argumentos que el presente proceso ejecutivo se está tramitando a continuación de un ordinario, razón por la cual no son viables las excepciones propuestas, pues el inciso 2º del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía, preceptúa de manera exegética cuáles excepciones se pueden proponer cuando el ejecutivo tiene como título base de recaudo una sentencia (folios 147 a 159).

Mediante auto de fecha 14 de febrero de 2014, el juzgado de origen ordenó seguir adelante la ejecución, practicar la liquidación del crédito y condenó en costas a la parte ejecutada (folios 152 y 153).

La entidad demandada, mediante escrito radicado el 11 de marzo de 2014 (folios 156 a 161), solicitó se declare la nulidad del proceso a partir del auto de fecha 16 de enero de 2013, que decidió no darle trámite a las excepciones propuestas, se realice un control de legalidad al título ejecutivo declarando de oficio la excepción de "PLEITO PENDIENTE", peticiones que fundamentó, en que en el auto que ordenó seguir adelante con la ejecución se dijo en la parte motiva que no se habían propuesto excepciones, afirmación que no es cierta, por cuanto si se propusieron y el mismo despacho no les dio trámite, por lo que se configuró la causal de nulidad consagrada en el numeral 6º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

Respecto de la solicitud de declarar la excepción previa de pleito pendiente, señaló que se encuentra en trámite la nulidad que fue presentada por el Departamento de Nariño contra la Sentencia T-283 de 2013, por lo que hay lugar a la referida excepción.

Mediante auto de fecha 09 de mayo de 2014 (folios 186 a 190), el Juzgado de primera instancia resolvió las peticiones de la entidad territorial demandada, no decretó la nulidad propuesta ni declaró la excepción de pleito pendiente.

Para tal decisión, el a quo manifestó que la causal de nulidad alegada por la parte ejecutada no encaja dentro del presente proceso ejecutivo, toda vez que, el numeral 6º del artículo 140 de la norma procedimental civil, solo tiene justificación cuando se niega el derecho a pedir o practicar pruebas, hecho que no sucedió, pues las excepciones ni siquiera fueron tenidas en cuenta por el despacho, razón por la cual no era posible darles trámite y en consecuencia no era procedente el decreto de pruebas. Respecto de la excepción de pleito pendiente que solicita se declare de oficio, indica que a pesar de que se conoce la existencia de la nulidad impetrada contra la sentencia T-283, no se puede suspender el proceso, teniendo en cuenta que ya se profirió el auto donde se ordena seguir adelante con la ejecución, siendo la ejecutante quien debe atenerse a lo resuelto en el trámite de la nulidad.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN AUTO DEL 9 DE MAYO DE 2014

El apoderado judicial de la parte ejecutada formuló recurso de apelación contra la providencia que no decretó la nulidad propuesta ni declaró la excepción de pleito pendiente, el cual tiene fundamento en:

- Que una vez notificada la demandada del presente proceso ejecutivo, se presentaron las excepciones previas y perentorias y las mismas no fueron tenidas en cuenta por el a quo, por cuanto no son las señaladas taxativamente en el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil.
- Que en el presente caso no es aplicable el artículo 509 ibídem, toda vez que, es un título complejo del que hace parte una sentencia de tutela que en el momento no se encuentra ejecutoriada por la nulidad que contra ella se interpuso por parte de la Gobernación de Nariño.
- Que ante la inaplicabilidad de la norma mencionada, el a quo debió hacer el estudio de las excepciones propuestas y en últimas de la petición subsidiaria que se hiciera de declarar de oficio la excepción de pleito pendiente.

1.4. SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES

Por escrito allegado al juzgado de origen el 9 de julio de 2014 (folio 169 del cuaderno de copias), el apoderado de la ejecutante solicitó el embargo y retención de los dineros que el Departamento de Nariño con NIT.800103923-8 tenga en cuentas corrientes, de ahorro y CDT en los bancos a nivel nacional.

El A – *quo*, previo a darle trámite a la anterior solicitud, dispuso mediante auto calendado el 23 de julio de 2014, que la parte ejecutante allegara el certificado expedido por la Secretaría de Hacienda Departamental que determine la renta bruta de la vigencia fiscal del año inmediatamente anterior (folios 171 y 172 del cuaderno de copias), mandato que fue cumplido por la ejecutante allegando en efecto dicha certificación suscrita por la Tesorera General del Departamento (folios 173 a 175 del cuaderno de copias).

Mediante auto de fecha 15 de agosto de 2014, el juez de primera instancia decretó el embargo y retención de los dineros que posea el Departamento de Nariño en las cuentas corrientes, de ahorro y CDT de los bancos a nivel nacional, limitó la medida a la suma de \$200.000.000 y ordenó oficiar a los gerentes de los bancos para que tomen nota de la medida (folios 177 y 178 del cuaderno de copias).

Inconforme con la decisión, la entidad demandada mediante escrito radicado en el juzgado el 26 de agosto de 2014 (folios 179 a 181 del cuaderno de copias), solicitó se suspenda el embargo decretado, fundamentando su petición en que el ente territorial se encuentra bajo un acuerdo de reestructuración de pasivos que regula la Ley 550 de 1999, normatividad que señala durante la negociación y ejecución de éste acuerdo no hay lugar a la iniciación de procesos de ejecuciones, ni embargos de activos y recursos de la entidad y que si estos se hallan en curso deben suspenderse.

En auto de fecha 17 de septiembre de 2014 (folios 190 a 192 del cuaderno de copias), el Juzgado de primera instancia resolvió la petición de la entidad territorial demandada no declarando la suspensión de la medida cautelar decretada, teniendo como argumentos los esgrimidos por la Corte Constitucional en la Sentencia de tutela T- 283 del 16 de mayo de 2013, que señaló que la demanda ejecutiva es procedente y que en consecuencia es viable decretar las medidas cautelares, pues de lo contrario dicha acción sería *"ilusoria"*.

1.5. APELACIÓN PARTE EJECUTADA AUTO DEL 17 DE SEPTIEMBRE DE 2014.

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte ejecutada a través de su apoderado judicial, interpuso y sustentó el recurso de apelación, en el que en síntesis expuso lo siguiente:

- Que el juez de primera instancia no puede sostener su decisión en la Sentencia de tutela T- 283 del 16 de mayo de 2013, para referirse a la suspensión de las medidas cautelares solicitada, por cuanto dicho tema no fue tratado en la misma y por tanto se deben seguir los parámetros señalados en la Ley 550 de 1999.
- Que los efectos de la sentencia de tutela mencionada son interpartes y por tanto no puede extenderse a terceros.

1.6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en segunda instancia y al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar las providencias objeto de apelación para determinar si están o no acorde a derecho, previas las siguientes:

2. CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar que la señora LUZ MARINA PORTILLA CAICEDO, no fue beneficiaria de la sentencia T 283 de 2013, toda vez que los accionantes dentro de la referida acción constitucional, fueron los señores JOSÉ IGNACIO ROMERO DÍAZ, BRÍGIDA NATALIA BENAVIDES DE HIDALGO, BERTHA CECILIA LAGOS HIDANGO, OMARY DEL SOCORRO ORTEGA, ELSY LIDIA GORLATO ARROYO, ALFREDO FROILÁN NARVÁEZ y ERLINTO FRANCISCO CERÓN SANTACRUZ.

De conformidad a lo certificado por el Secretario de Hacienda del Departamento de Nariño el 25 de agosto de 2014, en documento que reposa a folio 186 del expediente: *"el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos del Departamento de Nariño, suscrito con todos sus Acreedores el 24 y 25 de abril de 2002, tiene una duración de 14 años tal como se encuentra determinado en la cláusula 58..."*

La obligación cuyo cumplimiento se pretende por la vía ejecutiva laboral se encuentra contenida en la sentencia de fecha 8 de agosto de 2007, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente radicado bajo el número 29499 con ponencia del Dr. Camilo Tarquino Gallego, decisión posterior a la suscripción del acuerdo de reestructuración de pasivos del Departamento de Nariño, que se repite, se llevó a cabo entre los días 24 y 25 de abril de 2002.

El Juzgado de conocimiento libró mandamiento de pago por las mesadas retroactivas incluidas las de junio y diciembre de cada año desde el 1º de enero de 1996 al 31 de diciembre de 2007 y por las causadas a partir del mes de septiembre de 2013, más los intereses generados a partir del 1º de enero de 2008 hasta el pago total de la obligación.

De acuerdo al documento que reposa a folio 16 del cuaderno de segunda instancia, la ejecutante viene percibiendo sus mesadas pensionales en cumplimiento de una sentencia de tutela por ella incoada, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas del Circuito de Pasto, prestación que le fue reconocida por medio de la Resolución No. 639 del 7 de marzo de 2008, a partir del 1º de enero de esa anualidad, hecho reconocido por su apoderado judicial en documento de folio 17 en el que textualmente indica: *"la demandante solo está recibiendo sus mesada (sic) ordenadas por sentencia de tutela, desde enero de 2008. Las demás condenas entre la fecha de ejecutoria de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, el retroactivo y los intereses, así como agencias en derecho, están impagadas y es la materia del proceso ejecutivo."*

Hechas las anteriores precisiones, procede la Sala a realizar el,

2.1. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

En virtud de los argumentos expuestos en los recursos de alzada y, considerando que el estudio del plenario en la segunda instancia se limita única y exclusivamente a los puntos de censura enrostrados por el apelante al proveído impugnado, según lo dispone el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, adicionado por la ley 712 de 2001, le corresponde a esta Sala de Decisión resolver:

- i)** Si el a quo erró al no declarar la nulidad con base en el numeral 6º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, alegada por la ejecutada.
- ii)** Si hay lugar a declarar la excepción de pleito pendiente.
- iii)** Si erró el juez de primera instancia al no suspender las medidas cautelares decretadas, teniendo en cuenta que el Departamento de Nariño se encuentra en proceso de reestructuración de pasivos que señala la Ley 550 de 1999.

2.2.1. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.2.2. DE LA NULIDAD PROPUESTA.

La demandada invocó la nulidad procesal prevista en el artículo 140 numeral 6º del Código de Procedimiento Civil que dispone:

*"Artículo 140.- El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:
...6. Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión."*

Como claramente se desprende de la norma en cita, se incurre en esta causal en los siguientes eventos: **i)** cuando se impide el derecho de solicitar pruebas, **ii)** cuando se omite su práctica o, **iii)** cuando se impide alegar de conclusión.

Esta causal de nulidad parte del supuesto de que las solicitudes o actuaciones se presenten en los términos y oportunidades procesales establecidas para tal efecto, así cuando la solicitud de pruebas o la práctica de las mismas y los alegatos son extemporáneos, no es procedente la estructuración de esta causal de nulidad, así mismo cuando se dejó pasar la oportunidad de alegarla.

En el caso particular, observa la Sala que a las partes no se les impidió solicitar las pruebas que consideraron pertinentes para llevar al juez al convencimiento de los hechos que son materia de debate, pues si bien, la ejecutada al ser notificada propuso una serie de excepciones previas y de fondo, también es cierto que en el escrito pertinente, no se avizora solicitud de prueba alguna.

Ahora bien, el inciso 3º del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, señala que las excepciones previas que se pretendan hacer valer por parte del ejecutado deben alegarse por medio del recurso de reposición que contra el mandamiento de pago presente la parte ejecutada, sin embargo, en materia procesal del trabajo y de la seguridad social, existe norma propia, cual es el artículo 32 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que en su tenor literal consagra:

"El juez decidirá las excepciones previas en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio. También podrá proponerse como previa la excepción de prescripción cuando no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión, y decidir sobre la excepción de cosa juzgada. Si el demandante tuviere que contraprobar deberá presentar las pruebas en el acto y el juez resolverá allí mismo.

Las excepciones de mérito serán decididas en la sentencia."

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la ejecutada propuso entre otras la excepción de prescripción, que efectivamente se encuentra dentro de las enlistadas en la normativa señalada; sin embargo, se advierte que el excepcionante se limitó a enunciar el exceptivo, sin indicar fundamento alguno.

Ahora bien, si en gracia de discusión se acepta que la excepción propuesta está bien planteada y el a quo no le dio el trámite señalado, configurándose la causal de nulidad alegada por la ejecutada, considera la Sala que la misma está saneada, pues el momento procesal para alegarla, debía ser cuando el juez de primera instancia mediante auto de fecha 16 de enero de 2013, decidió no darle trámite a las excepciones propuestas, providencia que quedó ejecutoriada el 22 de enero de 2013 y la ejecutada solo viene a pronunciarse solicitando la nulidad el 15 de mayo de 2014, es decir 1 año, 3 meses y 22 días después, con posterioridad al auto que ordena seguir adelante la ejecución y ha sido liquidado el crédito, sin que la ejecutada haya objetado ninguna de las dos actuaciones dentro de los términos señalados por la ley para tal fin. Lo anterior, teniendo en cuenta que el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al laboral, determina en su numeral 1º que la nulidad se considera saneada *"Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente"*.

2.2.3. DE LA EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE.

El Código de Procedimiento Civil regula las excepciones previas y en el artículo 97 las señala taxativamente, entre otras, la de pleito pendiente, *"entre las mismas partes y sobre el mismo asunto"* (numeral 10º), siendo el objeto de esta excepción evitar de una parte, la existencia de dos o más juicios con idénticas pretensiones y entre las mismas partes y, de otra, juicios contradictorios frente a las mismas pretensiones.

Para que se configure esta excepción se requiere que exista otro proceso que se esté adelantando, cuyas pretensiones sean idénticas, que las partes sean las mismas, debe haber identidad de causa, los procesos estén soportados en los mismos hechos, circunstancias que no se presentan en este asunto, cuando si bien dicho exceptivo según el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, se puede declarar de oficio, pues no se encuentra dentro de las que específicamente consagra la referida norma, no es factible en este asunto, proceder de conformidad, cuando además la solicitud de nulidad respecto a la sentencia de tutela T 283 de 2013, ya fue resuelta mediante providencia emitida por la Sala Plena de la H. Corte Constitucional el 22 de abril de 2015, a través de la cual la Alta Corporación dijo:

"En síntesis, en la sentencia T-283 de 2013, la Sala realizó un recuento de los requisitos de procedencia y procedibilidad de la acción de tutela contenidos en la sentencia C-590 de 2005¹, en relación con los

¹ Ibid.

cuales desplegó el análisis constitucional sobre la solicitud contenida en el expediente T-3.567.368 y determinó que los peticionarios habían cumplido con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, así como los demás que prescribe el precedente. A partir del recuento expuesto, esta Corte no evidencia decisión o razonamiento que haya desconocido el precedente constitucional en la materia y que tenga la virtualidad de generar la nulidad del fallo...

... En conclusión, esta Sala no advierte que dentro de la sentencia T-283 de 2013 se haya configurado la causal de nulidad por desconocimiento la concurrencia de alguna causal de nulidad que proceda en contra de la sentencia T-283 de 2013, razón por la cual, se procederá a denegar la solicitud de nulidad impetrada la apoderada especial del Departamento de Nariño, administrador del Fondo Territorial de Pensiones Públicas de Nariño."

Con base en lo anterior, no es necesario efectuar más elucubraciones, para confirmar el auto de fecha 9 de mayo de 2014, por los motivos indicados en esta providencia.

7.1.1. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES BAJO LA ÉGIDA DE LA LEY 550 DE 1999.

Sea lo primero señalar que las medidas cautelares son instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional y, mientras dura el proceso la integridad de un derecho que está siendo controvertido. De esta manera, se protege preventivamente a quien acude ante las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada.

Es decir, que las cautelas contribuyen a un mayor equilibrio procesal, pues garantizan la efectividad de las sentencias y tienen por objeto proteger el ejercicio de un derecho, legal o convencionalmente reconocido e impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelanta y concluye la respectiva actuación, situaciones que de otra forma quedarían desamparadas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado.

No obstante lo anterior, existen eventos en que la Ley prohíbe expresamente decretar medidas cautelares, por cuanto pretende que las empresas privadas y los entes territoriales tengan un lapso de tiempo en el cual se busca arreglar las finanzas, tal y como ocurre en los casos de reestructuración de pasivos que se rigen bajo la ley 550 de 1999.

Así las cosas, el numeral 13 del artículo 58 de la referida normatividad señala:

"... 13. Durante la negociación y ejecución del acuerdo de reestructuración, se suspende el término de prescripción y no opera la caducidad de las acciones respecto de los créditos a cargo de la entidad territorial, y no habrá lugar a la iniciación de procesos de ejecución ni embargos de los activos y recursos de la entidad. De hallarse en curso tales procesos o embargos, se suspenderán de pleno derecho..."

Por otra parte, la Corte Constitucional al hacer el estudio de constitucionalidad de la norma enunciada dijo:

"...Sobre el particular, observa la Corte que el numeral 13 demandado debe integrarse con las demás normas del artículo 58 para apreciar su contenido, pues la lectura e interpretación aisladas descontextualizan su propósito en la medida en que aquél numeral hace parte de una serie de medidas integrales que apuntan a un interés común.

En efecto, tal integración de la norma demandada con otras normas de la Ley 550 se evidencia desde la misma estructuración inicial del proyecto de ley, en donde se postula la improcedencia de los procesos de ejecución o embargo de activos del ente territorial como una norma especial para regular los acuerdos de reestructuración. En este sentido, en la exposición de motivos se señala que para la reactivación de las entidades territoriales se proponen algunas normas especiales, como las siguientes: a) Corresponderá el papel de promotor a quien designe el Ministerio de Hacienda; b) la celebración del acuerdo propenderá por la viabilidad del ente territorial; c) Serán ineficaces los actos o contratos que se celebren incumpliendo las reglas previstas en el acuerdo; d) Se podrá convenir la venta de

activos que sean comercializables; e) la celebración y ejecución del acuerdo es un proyecto regional de inversión prioritario; f) el Ministerio de Hacienda determinará las operaciones que puede realizar la entidad territorial luego de la celebración del acuerdo, sin que vulnere la autonomía constitucional, propendiendo por la continuación en la prestación de los servicios fundamentales; g) Dentro del proceso no procederán los procesos de ejecución o embargo de activos del ente territorial; y h) Las inscripciones legales se harán en el registro que lleve el Ministerio de Hacienda.

Es innegable, por lo tanto, que el numeral 13 adquiere sentido en el entorno creado por la Ley 550 para asumir la recuperación financiera de las entidades territoriales, que les permita atender eficientemente las funciones y servicios a su cargo, con el propósito de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y de promover el desarrollo armónico de las regiones.

Así, el artículo 58 de la Ley 550 de 1999 desarrolla la figura según la cual los acuerdos de reestructuración serán aplicables a las entidades territoriales. En este sentido, el artículo 58 es preciso al señalar que "las disposiciones sobre acuerdos de reestructuración e instrumentos de intervención a que hace referencia esta ley serán igualmente aplicables a las entidades territoriales, tanto en su sector central como descentralizado, con el fin de asegurar la prestación de los servicios a cargo de las mismas y el desarrollo de las regiones, teniendo en cuenta la naturaleza y las características de tales entidades, de conformidad con las siguientes reglas especiales". Para ello dispone de algunas reglas especiales dentro de las cuales está la contenida en el numeral 13, objeto de la acción de inconstitucionalidad que ahora de (sic) analiza y en el cual toma las siguientes determinaciones para ser tenidas en cuenta durante la negociación y ejecución del acuerdo de reestructuración que celebren las entidades territoriales: 1º) se suspende el término de prescripción y no opera la caducidad de las acciones respecto de los créditos a cargo de la entidad territorial; 2º) no habrá lugar a la iniciación de procesos de ejecución ni embargos de los activos y recursos de la entidad, y 3º) de hallarse en curso tales procesos o embargos, se suspenderán de pleno derecho.

Así las cosas, el acuerdo de reestructuración se constituye en un mecanismo temporal de organización financiera, administrativa y contable para las entidades territoriales, que les permita tomar las medidas conducentes a su recuperación y viabilidad institucional. Con esta orientación, el numeral 3 del artículo 58 de la Ley 550 dispone que "en el acuerdo de reestructuración se establecerán las reglas que debe aplicar la entidad territorial para su manejo financiero o para la realización de las demás actividades administrativas que tengan implicaciones financieras".

...El acuerdo de reestructuración no constituye entonces una forma de extinción de las obligaciones y créditos a cargo de las entidades territoriales que acudan a él. Por el contrario, su pretensión es la de recuperar la entidad y organizar el pago de las obligaciones con sus acreedores.

Por lo tanto, no se puede simplificar el alcance de la norma demandada para afirmar que con ella lo que se hace es vulnerar los derechos de los extrabajadores de las entidades territoriales al no permitir la iniciación de los procesos de ejecución ni de embargos de los activos y recursos de la entidad, con la consecuente suspensión de los términos de prescripción y la orden para que no opere la caducidad de las acciones respecto de los créditos a cargo del departamento, distrito o municipio, porque se genera una situación de desigualdad injustificada frente a los empleados activos, quienes sí perciben puntualmente su remuneración.

Nada más alejado de la finalidad de la norma demandada y de la realidad administrativa territorial por cuanto, contrario a lo afirmado por los actores, las entidades territoriales que celebren los acuerdos de reestructuración son precisamente aquellas que no están en condiciones de atender sus obligaciones con ningún acreedor en particular ni tampoco de efectuar el pago oportuno de los salarios a sus empleados, pues su crítica situación financiera y de déficit fiscal no les permite ningún margen de maniobra.

Así entonces, las medidas del numeral 13 en referencia, es decir, la suspensión de términos de prescripción, la no operancia de la caducidad de las acciones respecto de los créditos a cargo de la entidad territorial,

la no iniciación de procesos de ejecución ni embargos de los activos y recursos de la entidad, y la suspensión de tales procesos o embargos, lejos de configurar la vulneración del derecho a la igualdad, el incumplimiento de las obligaciones del Estado y el desconocimiento de derechos adquiridos de los extrabajadores, son medidas razonables y proporcionadas, coherentes con la finalidad de la Ley 550 y con la necesidad de recuperación institucional de las entidades territoriales, encargadas de garantizar la atención de las necesidades básicas de la población. Además, estas medidas no constituyen una forma de extinción de las obligaciones a cargo de los departamentos, distritos y municipios sino un mecanismo para poder cumplir con ellas, en la medida en que se recupere la capacidad de gestión administrativa y financiera de la respectiva entidad territorial. De esta forma, considera la Corte que el legislador atiende adecuadamente la tensión que pudiese existir entre la prevalencia del interés general y los derechos que asisten a los acreedores del respectivo ente seccional o local que, en aplicación de la Ley 550, acude a un acuerdo de reestructuración.

De otra parte, con la norma acusada tampoco se vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia para el caso específico de los extrabajadores acreedores de las entidades territoriales que celebren el acuerdo de reestructuración, pues ellos disponen de la oportunidad y del escenario garantizado por la Ley 550 para ver atendidos sus créditos. “Así las cosas, resulta adecuada esta concepción no judicial del denominado acuerdo de reestructuración, el cual se negocia dentro de un marco legal debidamente divulgado, con un plazo definido, y que reserva entonces al juez para que intervenga cuando realmente se requiere, esto es, cuando se presentan controversias acerca de la eficacia del acuerdo celebrado, o de algunas de sus cláusulas, respecto del incumplimiento o sobre eventuales acciones revocatorias o de simulación de determinados actos del empresario (...). El acuerdo que se celebre de conformidad con la ley vincula al empresario y a todos sus acreedores, y surte efectos legales por el hecho de su celebración, sin necesidad de aprobación judicial alguna. En este sentido, la norma demandada armoniza con lo dispuesto en los numerales 10,11 y 15 del artículo 58 de la Ley 550.

Por lo anterior, para evitar otorgar alcances legislativos diferentes al numeral 13 acusado, hay que armonizarlo con las demás reglas de derecho consagradas en el artículo 58 de la Ley 550. A partir de esta integración se aprecia que la norma demandada, por sí, no desprotege a las personas que tienen créditos pendientes, en tanto en este artículo existe otro numeral que establece un orden de prelación para realizar los pagos a cargo de las entidades territoriales que celebren un acuerdo de reestructuración y uno más que condiciona el destino de los recursos que perciba la entidad. Tampoco consagra el numeral 13 que a los exempleados se les desconozca el pago de sus acreencias pues, según el numeral 7, son los pensionados los primeros en el orden de prelación de pagos y los demás acreedores laborales también están allí debidamente clasificados. Por lo tanto, no es acertado afirmar que se vulnera el derecho a la igualdad o se desconocen los derechos laborales adquiridos porque a los empleados se le paga puntualmente y a los exempleados no, pues las entidades territoriales que celebren estos acuerdos son aquellas que en general no tienen capacidad de pago a ninguno de sus acreedores, sean ellos empleados, exempleados u otros acreedores.

En síntesis, la decisión adoptada en el numeral 13 del artículo 58 de la Ley 550 hace parte del principio de libertad de configuración legislativa en materia económica, contiene medidas razonables y proporcionadas de dirección económica del Estado y apunta en la misma dirección en que concebida la ley de la cual hace parte: lograr la reactivación económica; proteger la función social de la empresa; facilitar la prestación de los servicios y el cumplimiento de las funciones a cargo de las entidades territoriales, y propender por el desarrollo armónico de las regiones. Por tanto, la Corte estima que los cargos formulados contra la norma acusada no están llamados a prosperar y, en consecuencia, declarará su exequibilidad.”²

Así las cosas, queda claro para la Sala, que las medidas cautelares no son procedentes cuando una entidad territorial se encuentra en proceso de reestructuración de pasivos, pues la Ley 550 de 1999, que consagra dicha figura, no lo permite, toda vez que el fin último del mencionado proceso, es que con los activos que posee la

² Sentencia C-493 del 25 de junio de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

entidad en el momento, se puedan pagar todas aquellas obligaciones que el ente territorial adquirió y por tanto sus finanzas se encuentran afectadas para seguir cumpliendo el giro normal de sus actividades y, es por ello que aun cuando las medidas cautelares son necesarias para que se cumpla la obligación que se persigue, debe tenerse presente que la figura está prohibida de manera expresa por la Ley en tratándose de entidades que como el Departamento de Nariño se encuentra en proceso de reestructuración de pasivos, proceso del que da cuenta el documento de folio 186.

Ahora bien, en la Sentencia T 283 del 16 de mayo 2013, la Corte Constitucional expuso: “...aunque las reglas de saneamiento fiscal materializan los principios de **eficacia** y de **transparencia** que deben regir la administración pública, las limitaciones que impone este criterio –de sostenibilidad fiscal- no pueden ser usadas por las entidades territoriales para justificar el desconocimiento de los derechos adquiridos ni de derechos fundamentales. Esto porque existe la obligación de las entidades de asignar dentro de su presupuesto, una partida destinada de manera exclusiva a garantizar el pago de las acreencias, en particular, de las mesadas pensionales. Descendiendo al auto que se analiza, si se decidiera inaplicar el artículo 26 del Acuerdo 001 de 2002, se garantizarían los derechos adquiridos de los accionantes y se interpretarían las normas de saneamiento fiscal de las entidades territoriales³ conforme a los criterios trazados por la jurisprudencia constitucional. En efecto, a partir del mandato constitucional de garantizar los derechos adquiridos⁴ y adecuar las normas de sostenibilidad fiscal a esta prerrogativa, se concluye: (i) que el acuerdo de reestructuración de pasivos celebrado entre el departamento de Nariño y sus acreedores, desconoce la obligación del Estado de tomar las medidas necesarias para garantizar los derechos prestacionales de los pensionados hacia el futuro y no afectar sus derechos adquiridos, contenida en la Ley 549 de 1999 y, (ii) que el acuerdo mencionado prevé la exoneración del pago de las obligaciones pensionales futuras, y de esta manera ignora la finalidad de la Ley 550 de 1999 y se beneficia de las prerrogativas consagradas en ésta para desconocer los derechos adquiridos de los pensionados que se constituyen en acreedores de la entidad territorial con posterioridad al acuerdo.

Por las anteriores razones, el auto que se analiza incurre también en violación directa de la Constitución porque ante dos posibles soluciones divergentes, optó por aquella que contraría la Constitución. Ante esta situación, el Tribunal demandado debió haber inaplicado el Acta para así hacer efectivos los derechos y principios constitucionales señalados.”

Pero así mismo, debe tenerse presente que la actora no fungió como accionante dentro de la acción de tutela que concluyó con la sentencia T 283 de 2013, providencia en la que si bien se analizó el caso específico de quienes como la demandante laboraron al servicio de la INDUSTRIA LICORERA DE NARIÑO, también lo es que en la misma, vale decir la sentencia T 283 de 2013, la Corte Constitucional no estableció la facultad de extender los efectos de dicho fallo de tutela a quienes no acudieron a ella ante la amenaza o vulneración de sus derechos, es decir consagrar efectos inter comunis, con el objeto de que la sentencia tuviese un alcance mayor al meramente inter partes.

Por consiguiente, prevalece como precedente jurisprudencial la sentencia de constitucionalidad sobre la de tutela, que como se dijo en precedencia, no tiene efectos inter comunis.

Corolario de lo anterior, la Sala revocará la decisión tomada por el a quo en auto del 17 de septiembre de 2014, para en su lugar disponer la suspensión de la medida cautelar decretada por el juzgado de conocimiento.

³ Ante la crisis económica que se vivió a finales de los años noventas, el Congreso de la República aprobó una serie de leyes de intervención económica, destinadas a producir reformas urgentes para garantizar la viabilidad económica del país. Se trata de normas de saneamiento fiscal que pretenden consolidar la política financiera del país a través de distintos mecanismos, mediante los cuales se controlan las finanzas territoriales y se crean las condiciones necesarias para que las entidades territoriales sean eficientes y optimicen la utilización de los recursos y bienes públicos. Entre otras, se encuentran las leyes 549 de 1999 (Por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional), 550 de 1999, 617 de 2000 (Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional), 715 de 2001 (Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros), y 817 de 2003 (Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.)

⁴ El artículo 58 de la Constitución Política determina que [s]e garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

3. COSTAS

Teniendo en cuenta lo previsto en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que determina las tarifas de las agencias en derecho, teniendo en cuenta los resultados de la alzada, no hay lugar a condenar en costas en esta instancia.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, Sala de Decisión Laboral,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 09 de mayo de 2014, objeto de apelación.

SEGUNDO: REVOCAR el auto de fecha 17 de septiembre de 2014 emitido dentro del presente asunto, para en su lugar, declarar la suspensión de la medida cautelar decretada mediante auto del 15 de agosto de 2014.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, por no haberse causado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. _____ y se notifica a las partes por **ESTADO**.

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ

Magistrada Ponente.

JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

Magistrada

(Con impedimento)

JAMES RODRÍGUEZ ROSERO

Secretario

CONTRATO DE TRABAJO/ PRESCRIPCIÓN Y RENUNCIA DE LA PRESCRIPCIÓN - Aplicación analógica de normas procesales civiles. / PRESCRIPCIÓN Y RENUNCIA TÁCITA DE LA PRESCRIPCIÓN – Quien tiene la oportunidad de alegarla, puede renunciar a ella, cuando la misma haya producido sus efectos – Evidenciada la existencia de la relación laboral entre el demandante y la empresa accionada a la cual éste prestó sus servicios, hay lugar a la condena al pago de los acreencias laborales solicitadas, por cuanto al aplicarse por analogía el contenido de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que regulan la materia, se determina que, no obstante los derechos reclamados se encontraban prescritos, al haber transcurrido más de un año sin que se hubiera efectuado la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, éste renuncio en forma tácita a la prescripción, al haber reconocido la obligación que tenía con el actor, en tanto dio a conocer dentro del proceso laboral que lo reclamado se encontraba como acreencia dentro del proceso de reorganización empresarial, iniciando la contabilización de un nuevo término; procediendo por tanto la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

CONTRATO DE TRABAJO – ACREENCIAS LABORALES: Solidaridad legal del dueño de la obra, cuando ésta no es ajena a sus actividades normales o corrientes./ CONTRATO DE TRABAJO – ACREENCIAS LABORALES: Responsabilidad del llamado en garantía - Procedencia de declarar a la entidad estatal demandada solidariamente responsable de las obligaciones laborales surgidas entre el actor y la empresa contratista, al tratarse de una solidaridad establecida por la ley, por la cual el dueño de la obra se constituye en garante para el pago de tales obligaciones y en este caso surge en virtud del contrato celebrado entre la entidad estatal y el empleador, el cual se suscribió para cumplir con su objetivo y en uso de las funciones que le fueron concedidas, existiendo por tanto un nexo de causalidad entre las actividades desarrolladas por el demandante y la obra contratada; más sin embargo, los valores a los que se condena solidariamente al ente estatal, deberán ser pagados por la aseguradora llamada en garantía hasta por el monto del valor asegurado, al establecerse que la relación laboral entre las partes culminó cuando todavía estaba vigente la póliza de seguro./

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: DRA. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ

ORDINARIO LABORAL No. 20110021701 (106)

En San Juan de Pasto, a los ocho (08) días del mes de septiembre de dos mil quince (2015), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, doctores **CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ, JUAN CARLOS MUÑOZ y CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**, en asocio del Secretario de la Sala, nos constituimos en audiencia pública dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia adelantado por el señor **RICARDO ORTÍZ MONTUFAR** en contra de **PANAVÍAS INGENIERÍA y CONSTRUCCIONES S.A.; INSCO LIMITADA e INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**, proceso radicado bajo el número 52001310500120110021701.

Se deja constancia que el proyecto de fallo fue presentado a consideración de la Sala, el que después de ser discutido fue aprobado.

A continuación, la Sala procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

San Juan de Pasto, ocho (08) de septiembre de dos mil quince (2015).

1. ANTECEDENTES

El señor RICARDO ORTÍZ MONTUFAR, actuando a través de apoderado judicial, formuló demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de PANAÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A., representada legalmente por su gerente LUIS ALBERTO CALDERÓN TORRES, o quien haga sus veces; INSCO LIMITADA, representada legalmente por ALEJANDRO ÁNGEL MENDIETA o quien haga sus veces y el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, representado legalmente por JOSÉ FERNANDO VITERI MUÑOZ, en su condición de Director Territorial de Nariño o quien haga sus veces, a fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que se extendió entre el 15 de junio de 2008 hasta el 30 de julio de 2009, desempeñando el cargo de director de obra, y como consecuencia de ello, se condene a las demandadas de manera solidaria a pagar salarios, cesantías e intereses a las cesantías correspondientes al año 2008, las cesantías y sus intereses causados al terminar el contrato, sanción por no pago oportuno y completo de los intereses a las cesantías, prima de servicios del año 2008, compensación en dinero de vacaciones, la sanción establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y las costas del proceso.

1.1. SUPUESTOS FÁCTICOS.

Refieren los hechos que sustentan la presente acción, que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS, adelantó proceso de licitación para el mejoramiento y mantenimiento de las carreteras de la zona sur occidente del país Grupo II, la cual fue adjudicada al consorcio TUMACO – MOCOA, integrado por las sociedades INSCO LTDA. y PANAÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A.

Que con el fin de llevar a cabo la ejecución del contrato adjudicado, el consorcio vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido al señor JAIRO ORTÍZ MONTUFAR, para desempeñarse como director de obra desde el 15 de junio de 2008 hasta el 30 de julio de 2009, con un salario de \$6.000.000, donde \$4.000.000 correspondían a la asignación mensual y \$2.000.000 a transporte.

Que el consorcio le pagó al demandante los salarios hasta el mes de octubre de 2008, adeudando los causados desde noviembre de esa anualidad hasta julio de 2009, las primas legales correspondientes durante la relación laboral, las cesantías, intereses de cesantías y las vacaciones a que tenía derecho.

Que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS, es solidariamente responsable de las obligaciones laborales a cargo del CONSORCIO TUMACO – MOCOA integrado por las sociedades PANAÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A. e INSCO LTDA.

1.2. TRÁMITE IMPARTIDO.

La demanda correspondió por reparto al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 27 de mayo de 2011¹, autoridad que mediante auto del 16 de junio del mismo año² la admitió, ordenando la notificación personal a los demandados y el traslado de la misma, así como impartir el trámite de un proceso ordinario laboral de primera instancia.

Una vez notificado EL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS, por intermedio de apoderada judicial contestó, señalando frente a los hechos que son ciertos el primero, segundo, decimoprimer y decimosegundo; que no son ciertos el noveno y el décimo y que los demás no son hechos que le consten.

En suma, explicó que no le consta que el demandante haya laborado con el Instituto, pues no hay existencia de algún antecedente ni constancia de su vinculación con tal entidad. Aclaró que dentro de los contratos suscritos entre INVÍAS y el consorcio, existe una cláusula que hace alusión a que los empleados y obreros que se necesiten en la obra son nombrados por el contratista, siendo éste quien debe cumplir con todas las obligaciones legales.

¹ Folio 34

² Folio 35

Por otra parte, se opuso a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones y en su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION"*, *"INOPONIBILIDAD"*, *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, *"INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR ACCION INDEBIDA"*, *"FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA A FAVOR DEL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS"* y *"BUENA FE PATRONAL"*³, llamando en garantía a la Compañía Aseguradora COLPATRIA, SEGUROS COLPATRIA S.A.⁴.

Por auto del 29 de septiembre de 2011, el a quo ordenó la notificación del Agente del Ministerio Público⁵, quien fue notificado el 7 de octubre del mismo año.

Mediante escrito el apoderado judicial del demandante, solicitó la notificación por aviso de las demandadas PANAÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A. e INSCO LTDA., teniendo en cuenta que las notificaciones personales se entregaron sin que se hicieran presentes en el proceso⁶, solicitud que fue negada por el juez de primer grado mediante auto del 9 de noviembre de 2011⁷, señalando que se debe proceder conforme a lo señalado en el artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y por ello, ordenó efectuar nuevamente la notificación personal de la sociedad INSCO LIMITADA, en tanto ésta se realizó con una dirección incompleta.

Posteriormente, el representante legal de PANAÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A., informó que la Superintendencia de Sociedades de Cali aceptó un proceso de reorganización empresarial y por tanto según lo establecido por el artículo 20 de la Ley 1116 de 2006, no podía admitirse, ni continuarse demanda ejecutiva o cualquier otro proceso en contra del deudor⁸.

Por auto del 19 de febrero de 2013⁹, el juzgado de origen dispuso emplazar a la demandada INSCO LTDA., a través de su gerente liquidador y le nombró Curador Ad litem, quien contestó señalando frente a los hechos que no le constan y por ello, no se opuso a las pretensiones ni propuso excepciones¹⁰, por lo que el juzgado tuvo por contestada la demanda por parte del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS, aceptó el llamamiento en garantía que éste hiciera, tuvo por contestada la demanda por parte de INSCO LTDA y ordenó notificar personalmente del contenido del auto admisorio de la demanda al liquidador de la sociedad PANAÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A.¹¹.

Notificada la llamada en garantía¹², SEGUROS COLPATRIA S.A. respondió a la acción indicando que al no ser parte de la relación laboral, no le constan ninguno de los hechos que se relatan en la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, coadyuvó las excepciones de mérito propuestas por INVÍAS y propuso otras a las que llamó: *"COBERTURA EXCLUSIVA DE LOS RIESGOS PACTADOS EN LA POLIZA DE SEGURO"*, *"IMPOSIBILIDAD DE EXTENDERSE EL CARÁCTER SUBJETIVO DE LA MALA FE COMO FUNDAMENTO DE LAS INDEMNIZACIONES LABORES, EN LOS RESPONSABLES SOLIDARIOS"*, *"IMPOSIBILIDAD DE CONDENAR AL EMPLEADOR SOLIDARIO AL PAGO DE LAS SANCIONES LABORALES"*, *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, *"LIMITACION DE LA RESPONSABILIDAD AL VALOR ASEGURADO"*, *"PRESCRIPCION DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE SEGURO"* y *"EXCEPCION GENERICA DE FONDO"*¹³.

Por auto del 25 de junio de 2013, se tuvo por contestada la demanda por parte de la llamada en garantía, ordenando mantener el proceso en Secretaría hasta que se venciera el término para la notificación del liquidador de PANAÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A.¹⁴

³ Folios 55 a 57

⁴ Folios 87 y 88

⁵ Folio 92

⁶ Folios 94

⁷ Folios 98 y 99

⁸ Folio 112

⁹ Folios 127 y 128

¹⁰ Folio 135

¹¹ Folios 1136 a 138

¹² Folio 169

¹³ Folios 184 a 192

¹⁴ Folios 200 y 201

Notificada PANAVÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A., por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda, manifestando frente a los hechos que son ciertos el primero, segundo, tercero y quinto; que no acepta el cuarto, sexto, séptimo y noveno; se opone al octavo y no le constan los demás.

En suma, aceptó la existencia de una relación laboral, más no así los extremos señalados por el actor, admitió que el salario fue el mencionado por el demandante, se opuso a la prosperidad de las reclamaciones y en su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas: "PAGO", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION", "PRESCRIPCION", "AUSENCIA DE MALA FE" e "INNOMINADA"¹⁵.

1.3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de tramitar en legal forma el proceso, mediante sentencia del 10 de febrero de 2015, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, declaró que entre el señor RICARDO ORTÍZ MONTUFAR en calidad de trabajador y PANAVÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A., existió un contrato de trabajo desde el 15 de junio de 2008 hasta el 30 de julio de 2009; sin embargo, declaró probada la excepción de prescripción, absolviendo a las demandadas de todos los cargos formulados por el actor a quien condenó en costas.

Fundamentó su decisión absolutoria, en que de acuerdo con la contestación de la demanda que hiciera PANAVÍAS, se encuentra acreditada con prueba de confesión la existencia de la relación laboral, los extremos temporales y el salario, lo que igualmente se acredita con la constancia expedida por dicha entidad. Dijo además, que se absolverá a INSCO LTDA, pues a pesar de hacer parte del consorcio, no existe prueba alguna que acredite que hizo parte de la relación laboral, pues es factible que los consorciados respondan por las obligaciones comunes y particulares acordadas al momento de su constitución.

En lo relacionado a la solidaridad para el pago de las acreencias laborales indicó que, teniendo en cuenta que INVÍAS es una entidad cuyo objetivo es dirigir y administrar los recursos públicos para legalizar la contratación estatal y no la de construir vías, no hay manera de determinar responsabilidad alguna, por cuanto para que se pueda predicar la solidaridad solicitada, se exige que la entidad contratante tenga como objetivo el mismo del deudor principal.

Respecto de las condenas solicitadas, manifestó que revisado el expediente, se encuentra que a agosto de 2012, transcurrió el año del que habla el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, sin que la parte demandante hubiera notificado a la demandada del auto admisorio. Explicó que si bien existió demora en la notificación de la demandada PANAVÍAS S.A., por parte de la oficina judicial, éste término se contó a partir del 9 de noviembre de 2011, fecha en la cual se incurre en inactividad pues solo hasta el 5 de julio de 2013, el apoderado judicial solicitó la notificación, por lo que transcurrieron más de 20 meses sin que el demandante realizara actividad alguna para lograr la notificación personal del demandado, por lo que las pretensiones iniciales de la demanda prescribieron en el mes de octubre de 2011 y las últimas en julio de 2012.

2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término de traslado para alegatos de conclusión concedido en segunda instancia, el apoderado judicial del accionante solicita se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, por cuanto el a quo debió declarar la relación laboral y cuantificar las condenas y luego entrar a estudiar la prescripción. Que la notificación de la demandada PANAVÍAS se vio entorpecida por el juez de la causa, quien impidió que se realizara la misma por aviso, además la demandada realizó maniobras dilatorias, pues inicialmente compareció al proceso y fue el despacho el que dispuso a quien se debía notificar de acuerdo al escrito allegado el 18 de julio de 2012, pero la demandada con el ánimo de dilatar, allegó un nuevo oficio aduciendo que el liquidador no era la persona a la cual se debía notificar, pues no era el representante legal.

Manifiesta además que el juez de primera instancia no debió declarar la prescripción, por cuanto PANAVÍAS renunció tácitamente a ella, cuando en documento allegado al despacho, aceptó la obligación que tiene con el demandante.

¹⁵ Folios 284 a 287

Por último, refiere que no es posible absolver a las otras demandadas, por cuanto el consorcio estuvo conformado por INSCO LTDA y PANAÍAS, quienes celebraron un contrato con el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS y por tanto no se puede sostener que este ente estatal no sea el beneficiario de la obra que contrató y que como consecuencia de esa solidaridad, se condene a la aseguradora llamada en garantía, pues el juez de la causa la retiró totalmente del proceso.¹⁶

Surtido el trámite de la segunda instancia y al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la sentencia consultada, para determinar si la decisión adoptada está o no acorde a derecho, previas las siguientes:

2.1. CONSIDERACIONES

2.1.1. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.

De acuerdo a los argumentos de las partes, lo decidido en la sentencia que se revisa, los problemas jurídicos a dilucidar en esta instancia se contraen a determinar: i) la existencia de la relación laboral y sus extremos cronológicos; ii) la prescripción del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil; iii) la renuncia tácita de la prescripción; para luego descender al análisis del caso concreto y determinar, en caso de probarse la relación laboral, la procedencia del pago de los derechos laborales solicitados en la demanda y la solidaridad del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS y la responsabilidad del llamado en garantía.

2.1.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.

2.1.2.1. DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL QUE RIGIÓ ENTRE LAS PARTES Y SUS EXTREMOS CRONOLÓGICOS

Para que pueda hablarse de la existencia de un contrato de trabajo se requiere que concurren los elementos regulados en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, contenido en los Decretos 2363 y 3740 de 1950, que en su tenor literal establece:

"1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato, y c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen."

Ahora bien, el legislador estableció en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, la siguiente presunción legal¹⁷:

"Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo."

En relación con esta presunción, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha expresado lo siguiente:

¹⁶ Folios 5 a 9 del cuaderno de segunda instancia

¹⁷ Artículo 66 Código Civil. *"Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias conocidas que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias"*

"...de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala, demostrada la prestación personal del servicio, obra la presunción en favor de quien lo ejecutó, y le incumbe al patrono demostrar que la relación fue independiente y no subordinada. Acreditado el hecho en que la presunción legal se funda, "queda establecido que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario"¹⁸

De lo hasta ahora visto, resulta claro que si bien la relación de trabajo es eminentemente consensual y hay contrato de trabajo, cuando se presentan los tres elementos establecidos en el artículo 23 y que además orbita la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en todo caso, quien alega la existencia de un contrato de trabajo, debe probar al menos la prestación personal del servicio y que fue remunerado, para de ese modo encontrarse en una situación de ventaja frente al presunto empleador, quien, tiene la posibilidad de desvirtuar tal presunción, demostrando que dicha prestación de servicios no fue subordinada sino que por el contrario, fue autónoma e independiente.

De otra parte, con respecto a la carga de la prueba de los extremos temporales, debe tenerse presente lo establecido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, disposición aplicable al procedimiento del trabajo y de la seguridad social por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, norma según la cual, las partes deben probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el derecho que invocan.

Consecuente con lo anterior, si el demandante pretende el reconocimiento de derechos laborales, no queda duda que es él, quien tiene la carga de probar la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, disfrutando de libertad probatoria, atendiendo a los diferentes medios de prueba establecidos en la ley.

Lo anterior, en razón de lo consagrado en el artículo 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que establece:

"El juez al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo"

De otro lado, el artículo 61 del mismo estatuto procesal, reza:

"Libre formación del convencimiento. El Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio. En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento"

Se concluye entonces, que si bien es cierto el juez o la jueza debe valorar la totalidad de los medios de prueba que se allegaron al proceso según las normas de la sana crítica, esta situación no exime a la parte demandante de cumplir con la carga procesal que le incumbe, en el sentido de otorgar al funcionario judicial la certeza sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en el supuesto de hecho de la norma en que fundamenta sus pretensiones, siendo la demandada la obligada a demostrar las excepciones propuestas, en procura de enervar las aspiraciones del actor.

Así las cosas, palmario es que en todo caso quien alega la existencia de un contrato de trabajo, debe probar además las fechas de inicio y terminación de la relación laboral que afirma, todo ello como una derivación del principio de derecho procesal según el cual los sujetos están obligados a demostrar los supuestos de hecho en que se funda la pretensión, siendo la demostración de los extremos de vital importancia, en tanto para cuantificar el monto de los derechos laborales se hace necesario en la mayoría de los casos, conocer el número de días trabajados.

¹⁸ (G.J. XCIV, 347 y XCVIII, 257)". (Citada en Cas. dic. 1º/81).

Es por ello que de tiempo atrás, la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que, no basta con acreditar la prestación del servicio, pues el demandante tiene además la carga de probar los extremos temporales en que ésta se efectuó:

*"La presunción legal establecida en el artículo 24 del C.S.T. no define necesariamente la contienda con la imposición del derecho invocado. Su virtud consiste simplemente en relevar al trabajador de toda otra actividad probatoria en torno a la existencia del vínculo contractual. Por tanto, quién alegue que prestó servicios personales no puede pretender que la baste la sola existencia del contrato para que se dé por establecido lo relacionado con otros factores o elementos indispensables que permitan determinar el monto y la extensión de los derechos reclamados, como son, entre otros, el tiempo de servicios con sus límites de iniciación y terminación, el monto de los salarios, etc. Acerca de estos extremos el trabajador debe aducir la prueba correspondiente."*¹⁹

2.1.2.2. LA PRESCRIPCIÓN SEÑALADA EN EL ARTÍCULO 90 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

El artículo 90 del Código de Procedimiento Civil señala:

"La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquella, o el mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado.

La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes.

Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo, se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para surtan dichos efectos."

En materia laboral, el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra:

"El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente."

Por su parte el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social contempla:

"Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."

De lo anterior se deduce que la forma procesal de interrumpir la prescripción de los derechos laborales no está contemplada ni en la codificación sustantiva ni en la adjetiva que rige la materia, sino en el Código de Procedimiento Civil por remisión que el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social hace y corresponde a la presentación de la demanda.

¹⁹ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 15 de diciembre de 1965.

En efecto, el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social contempla la aplicación analógica de otras normas cuando no exista una regulación específica en el mismo, y en razón a ello es aplicable la prescripción que contempla el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, que no es otra que la interrupción por la presentación de la demanda, de suerte que ésta puede ser provocada, siempre que la demanda se formule antes de que se haya producido el fenómeno prescriptivo.

Vale precisar que según la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 15 de mayo de 2012, radicación 38504, los dos mecanismos para interrumpir la prescripción (judicial y extrajudicial), no son excluyentes, de suerte que se pueden aplicar los dos, esto es que primero se puede provocar la interrupción mediante el proceso extrajudicial (que solo opera una vez) y luego con la presentación de la demanda.

2.1.2.3. LA RENUNCIA TÁCITA DE LA PRESCRIPCIÓN

De conformidad con lo reglado en el artículo 2512 del Código Civil, aplicable en materia laboral según lo establece el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, la prescripción es:

“un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción.”

En materia laboral, la prescripción opera, por regla general, cuando no se han ejercido las acciones para el reclamo de los derechos laborales dentro de los tres años siguientes a la fecha de su exigibilidad, según lo establece el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, que a la letra dice:

“Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.”

Y en cuanto a la interrupción de dicho fenómeno, es preciso traer a colación los artículos 489 ídem y 151 del Código Procesal del Trabajo.

Ahora bien, en cuanto a la renuncia tácita de la prescripción, el artículo 2514 del Código Civil, aplicable en materia laboral según lo establece el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, establece:

“La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida.

Renúnciase tácitamente, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazos”.

En ese entendido, tenemos que la prescripción puede ser objeto de renuncia por quien tiene la oportunidad de alegarla, cuando la misma ya haya producido sus efectos, es decir, opera sólo luego de vencido el plazo y adquirido el derecho a oponerla, situación que se puede presentar en forma expresa o tácita, segundo evento que ocurre cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo, que reconoce el derecho del acreedor afectado con la prescripción, siendo procedente contabilizar un nuevo término, tal y como lo definió la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia cuando expuso: *“resultado de la renuncia, igual que la interrupción, es la prescindencia de todo el tiempo de inercia corrido hasta entonces, de modo que el cómputo se reinicia, con posibilidad prácticamente indefinida de que se repitan los fenómenos, hasta que el término respectivo transcurra íntegro nuevamente”*²⁰.

²⁰ Sentencia de 28 de febrero de 1984, G. J. Tomo CLXXVI, pág. 55

2.1.2.4. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala, sea pertinente resaltar que no fue objeto de debate la existencia de la relación laboral, bajo la cual el promotor de esta acción fungió como trabajador al servicio de la demandada PANAÍAS S.A., entre el 15 de junio de 2008 y el 30 de julio de 2009, cumpliendo las funciones de Director de Obra, lo cual fue aceptado por dicha entidad al dar contestación al libelo genitor²¹, siendo el contrato a término indefinido, por cuanto no obra en el expediente prueba alguna que permita colegir que el mismo fue de naturaleza jurídica distinta.

Ahora bien, respecto de la responsabilidad que los consorcios adquieren frente a sus trabajadores, esta recae en cabeza de cada empresario que se vincula al consorcio, pues queda claro que no es una sociedad ya que es simplemente un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante.

Así, estos pueden distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, sumar recursos financieros, tecnológicos etc., pero conservando su independencia jurídica.

Tampoco las obligaciones laborales reposan en cabeza del consorcio, pues como tal, al no ser una persona jurídica, no es sujeto de derechos y obligaciones, por ello, las obligaciones laborales estarán en cabeza de cada una de las sociedades que lo conforman.

Así las cosas, se puede colegir de las pruebas arrimadas al proceso, que el actor no hacía parte de la planta de personal de la empresa INSCO LTDA., sino de PANAÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES, tal y como se colige de los documentos que obran entre folios 31 y 33 del cuaderno de primera instancia y de la aceptación que de ese hecho hace la referida empresa, al responder la demanda y en virtud de ello, no existe duda sobre la existencia de la relación laboral entre las fechas indicadas en el libelo introductorio, esto es desde el 15 de junio de 2008 hasta el 30 de julio de 2009, circunstancia que genera a favor del trabajador demandante los derechos derivados de la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procederá a revisar las pretensiones del demandante.

2.1.2.4.1. SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES

En cuanto a la petición de acreencias laborales tales como salarios dejados de percibir, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y auxilio de transporte, debe recordarse que al trabajador le basta negar el pago de estos para que se traslade la carga probatoria al empleador de demostrar su cancelación, por tratarse de una negación indefinida (artículo 177 Código de Procedimiento Civil) y en caso de que el empleador incumpla con dicha carga, debe soportar las consecuencias de su incuria pagando las acreencias reclamadas al tratarse de derechos ineludibles que emanan del contrato de trabajo.

SALARIOS DEJADOS DE PERCIBIR: Se indica en la demanda que la accionada adeuda los salarios causados desde noviembre de 2008 a julio de 2009, sin que aparezca demostrada su cancelación por parte de la empleadora, motivo por el cual se dispondrá el pago de los mismos, atendiendo una remuneración mensual de \$4'000.000, pues si bien en el cuerpo de la demanda se aduce que el actor devengaba \$6'000.000 mensuales, suma que fue admitida por PANAÍAS al dar contestación a la acción, también lo es que de esa suma \$2'000.000 correspondían a gastos de transporte, monto que de conformidad al artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no constituye salario, en consecuencia, el valor a pagar por este concepto es del orden de \$36'000.000,00 y aunque tampoco aparece demostrado en autos que la demandada hubiese pagado el valor del transporte durante el periodo referido, el demandante no lo solicitó dentro de las pretensiones de la acción, sin que sea dable al juez de segunda instancia proferir decisiones extra o ultra petita.

$$\$4'000.000,00 \times 9 \text{ meses} = \$36'000.000,00$$

²¹ Folios 272 a 276 cuaderno de primera instancia

CESANTÍAS: Este derecho se encuentra contemplado en el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que consagra que al término del contrato de trabajo, el empleador está obligado a pagarle al trabajador un mes de salario por cada año trabajado o proporcional, si el tiempo fuere inferior a un año.

Quiere decir esto, que las cesantías son exigibles por parte del trabajador al momento de terminar el contrato de trabajo, debiéndose liquidar las mismas conforme a la Ley 50 de 1990, para lo cual la Sala tendrá en cuenta como salario la suma de \$4'000.000 conforme lo indicado en precedencia, ascendiendo este rubro por todo el período laborado a \$4'500.000,00

$$405 \text{ días} \times \frac{\$4'000.000,00}{360} = \$4'500.000,00$$

INTERESES DE CESANTÍAS Y SANCIÓN POR NO PAGO OPORTUNO DE LOS MISMOS: El artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece que el empleador deberá pagar al trabajador intereses legales del 12% anual, o proporcionales al tiempo laborado por el trabajador, pago que debe efectuarse a más tardar el 31 de enero del año siguiente al de su causación, quedando obligado si no lo hace, a pagar el doble de los intereses legalmente establecidos, por manera que sobre el valor de las cesantías que antecede, el valor a que tiene derecho el demandante por este concepto es del orden de \$1'249.200,00

$$\$4'500.000,00 \times 13,5 \% = \$607.500,00 \times 2 = \$1'215.000,00$$

PRIMA DE SERVICIOS: El demandante tiene derecho a la causada por el segundo semestre de 2008, la del primer semestre de 2009 y proporcional causada entre el 1º y el 30 de julio de 2009, ascendiendo este rubro a la suma de \$4.500.000,00.

$$405 \text{ días} \times \frac{\$2'000.000}{180} = \$4'500.000,00$$

VACACIONES: Con respecto a este ítem, se aplicará lo establecido en el artículo 189 numeral 3º del Código Sustantivo del Trabajo, norma que contempla que para la compensación en dinero de las vacaciones, se tomará como base el último salario devengado por el trabajador, en consecuencia, las vacaciones a que tiene derecho el actor ascienden a \$2'250.000,00

$$405 \text{ días} \times \frac{\$2'000.000}{360} = \$2'250.000,00$$

INDEMNIZACIÓN MORATORIA: Parte la Sala por señalar, que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que el empleador tiene la obligación de pagar los salarios y prestaciones debidas a la terminación del contrato de trabajo y que en caso de no hacerlo, debe pagar al asalariado una indemnización equivalente al último salario diario por cada día de retardo durante los primeros 24 meses y posteriormente deberá reconocer intereses moratorios sobre las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales, hasta cuando el pago se verifique. Sobre esta temática, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de abril de 2012, radicación 36.167, señaló: *"Ahora bien, es equivocado afirmar, como lo hizo el Tribunal, que "...no se logró demostrar la mala fe patronal...", porque el mencionado artículo 65 del CST no establece una presunción de buena fe del empleador que no paga, ni tampoco la contraria, que alega la censura, simplemente dicha disposición establece que, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no soluciona lo que le adeuda a su trabajador, debe ser sancionado de acuerdo a lo allí dispuesto, de donde, conforme a la carga de la prueba que establece el artículo 177 del C.P.C., le corresponderá a éste último (el trabajador) demostrar que existe un crédito insoluto a su favor y, a aquél (el empleador), que pagó o, en caso contrario, que existen circunstancias atendibles que le impidieron hacerlo, toda vez que "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen."*

En tal sentido, corresponde en esta instancia determinar si el trabajador logró demostrar la existencia de un crédito insoluto a su favor por concepto de salarios y prestaciones sociales a cargo de la demandada y si por su parte, la empleadora logró acreditar que pagó o que existen circunstancias que justifiquen su conducta, para exonerarlas de la imposición de la condena por la sanción moratoria que reclama el actor.

En el *sub lite*, al demandante le asiste el derecho a percibir por parte de la accionada, las sumas de dinero por concepto de prestaciones sociales causadas entre el 15 de junio de 2008 y el 30 de julio de 2009, de igual manera, se advierte la inexistencia en el plenario de prueba que demuestre que inmediatamente terminada la relación laboral, esto es el 30 de julio de 2009, PANAVÍAS hubiere liquidado y cancelado los valores que por dichos conceptos adeudaba a favor del accionante, siendo entonces procedente estudiar si la parte pasiva de la litis arguyó razones que resulten atendibles y debidamente fundadas, para haberse sustraído de dichas obligaciones.

De dicho ejercicio se extrae, que PANAVÍAS, no adujo ninguna razón válida para haberse sustraído del pago de los derechos que le correspondían al demandante, cuando la citada era conocedora de la vinculación laboral existente entre ellos, pues así lo admitió en la respuesta a la demanda.

Por ello, al no encontrar argumentos atendibles y razonables que den lugar a la absolución de la parte pasiva a la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, resulta procedente condenar a la accionada por dicho concepto, siendo oportuno ordenar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, esto es, \$133.333,33 a partir del 1º de agosto de 2009 y hasta el 31 de julio de 2011, lo que arroja una suma de \$96'000.000,00 y a partir del 1º de agosto de 2011, deberá la demandada reconocer intereses moratorios sobre los valores adeudados por concepto de salarios y prestaciones sociales, hasta cuando se verifique su pago total.

$$\begin{array}{r} \$4'000.000,00 = \$133.333,33 \\ 30 \\ \$133.333,33 \times 720 \text{ días} = \$96'000.000,00 \end{array}$$

2.1.2.5. DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Pasa la Sala entonces a verificar si en efecto en el sub judice operó la prescripción señalada en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, como lo señaló el a quo, o por el contrario, como lo afirma el recurrente por activa, operó la renuncia tácita de la prescripción señalada en el artículo 2514 del Código Civil.

A folio 162 del cuaderno de primera instancia, se encuentra un escrito dirigido por el Representante Legal de PANAVÍAS S.A. en Reorganización Empresarial, en el que se señala:

"En calidad de Representante Legal de PANAVIAS S.A. En reorganización Empresarial, respetuosamente informo que nuestra empresa se encuentra inmersa en la Ley 1116 de 2006 desde el 31 de Mayo de 2012, por lo que me permito describirle las siguientes actuaciones:

PRIMERA: Por medio del Acta 620-00323 del 20 de Diciembre de 2012 el señor RICARDO ADOLFO ORTIZ MONTUFAR, quedó graduado con QUINCE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL PESOS (\$15'595.000) M/CTE, como puede apreciarse en la página 9/18 que se adjunta con la primera y última de la citada Acta.

SEGUNDA: En fecha 16 de Julio de 2012, oportunamente se le comunicó al señor Ortiz Montufar sobre el acogimiento de nuestra empresa a la Ley 116 de 2006, como se aprecia en las fotocopias adjuntas..."

A folios 163 a 166 del mismo cuaderno, se observa que en la audiencia de resolución de objeciones, reconocimiento de créditos, calificación y graduación y asignación de derechos de voto de la sociedad PANAVÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A., se emitió un auto de fecha 20 de diciembre de 2012, en el cual se encuentra relacionado el señor ORTÍZ MONTUFAR con un crédito por valor de \$15.595.000.

Lo anterior nos indica, que en efecto el empleador, mediante el escrito allegado al juzgado de conocimiento, reconoció la obligación que tiene con el actor y si bien, en el escrito no se señala que dicho crédito corresponde a derechos laborales, se puede colegir, que el querer de la demandada fue hacer saber al a quo dentro del proceso laboral que lo reclamado se encuentra como acreencia dentro del proceso de reorganización, haciendo con ello un reconocimiento tácito de la obligación nacida de la relación laboral y que además fue objeto de confesión en la contestación (folios 272 a 276).

Sumado a lo anterior, la demandada mediante escrito visible a folio 213 y calendado el 26 de julio de 2013 señaló: *"... informo que dentro del Proceso de Reorganización de nuestra empresa, la acreencia a nombre del señor RICARDO ORTIZ MONTUFAR se encuentra calificada, graduada y con derecho de voto, como se lo hemos comunicado anteriormente"*, lo que hace que se pueda asegurar sin lugar a dudas que dicha obligación se encuentra reconocida por la empresa llamada a juicio.

Y es que, conforme lo señala el artículo 2514 del Código Civil, para la renuncia tácita de la prescripción, se requiere: i) Que haya transcurrido el plazo necesario para su configuración y, ii) que el que pueda alegarla manifieste por un hecho suyo, que reconoce el derecho del acreedor afectado por la prescripción, evento que se cumplen a plenitud en el presente asunto, pues por una parte la aceptación de la obligación por parte de la demandada tuvo lugar el 4 de junio de 2013²², pero el reconocimiento de la obligación a favor del actor lo efectuó dentro del proceso de reorganización empresarial el 20 de diciembre de 2012, según se desprende del documento cuya copia obra entre folios 163 a 166 del expediente, data para la cual, los derechos reclamados por el actor se encontraban afectados por el fenómeno de la prescripción, pues si bien el demandante formuló su acción el 27 de mayo de 2011, esto es, antes de transcurrido el término de 3 años luego del fenecimiento del vínculo laboral, dejó transcurrir más de un año para efectuar la notificación a la demandada y al haber reconocido la obligación con posterioridad al transcurso de un año luego de la admisión de la demanda, se puede colegir que efectivamente hubo una renuncia tácita del fenómeno prescriptivo de las obligaciones, sin que para tal evento sea necesario el estar en frente de un acuerdo entre sus intervinientes.

Por lo tanto, es claro que en el presente evento resulta aplicable por remisión que hace el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, el contenido normativo dispuesto en el artículo 2514 del Código Civil, esto es, la renuncia tácita de la prescripción, tal y como lo arguye el recurrente, reviviendo en favor del acreedor, el término prescriptivo de sus derechos laborales a partir del día siguiente de la fecha en que se llevó a cabo la audiencia de resolución de objeciones, reconocimiento de créditos, calificación, graduación y asignación de derechos de voto de la sociedad PANAIVAS INGENIERIA & CONSTRUCCIONES S.A., el 20 de diciembre de 2012, por lo que es factible concluir que la prescripción no tuvo operancia en el sub judice y en tal virtud, se revocará la sentencia de primer grado, no sin antes advertir que efectivamente debió el actor a quo estudiar en primer lugar la procedencia de los derechos reclamados por el actor, para luego, considerar si los mismos estaban afectados por la prescripción.

2.1.2.6. DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE INVÍAS

El artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo señala:

"1º) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2º) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas".

Respecto a la interpretación que se le debe dar a la normativa en cita, ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

"El artículo 34 del CST reconoce a los contratistas independientes como verdaderos empleadores del trabajador, y agrega que "...el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de

²² Ver folios 162 a 166 del cuaderno de primera instancia

labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores”.

Distinta a la establecida por el tribunal, la relación de causalidad que la Sala laboral, desde antaño, ha extraído al interpretar el precitado artículo 34 del CST consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo tal acción de solidaridad.

La solidaridad consagrada en el artículo 34 en comento, como lo ha manifestado esta Sala, “...no es más que una manera de proteger los derechos de los trabajadores, para cuyo efecto se le hacen extensivas, al obligado solidario, las deudas insolutas (prestacionales o indemnizatorias) en su calidad de dueño o beneficiario de la obra contratada, ante la usual insolvencia del deudor principal que no es otro que el empleador. Así lo sostuvo esta Sala en sentencia del 25 de mayo de 1968, en uno de sus apartes:

‘Mas el legislador, con el sentido proteccionista que corresponde al derecho laboral, previendo la posibilidad de que el contrato por las grandes empresas, como vehículo que les sirva para evadir las obligaciones sociales, y dada la frecuencia con que los pequeños contratistas independientes caen en la insolvencia o carecen de la responsabilidad necesaria, sin desconocer el principio de que el beneficiario de la obra no es en caso alguno el sujeto patronal, estableció expresamente, a favor exclusivo de los trabajadores, la responsabilidad solidaria del contratista y del beneficiario por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que puedan tener derecho, sin perjuicio de que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o repita contra él lo pagado a esos trabajadores.!’”²³

De lo anterior se colige que la solidaridad establecida por el legislador en la norma en comento es una garantía del pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, la cual se activa a cargo del beneficiario del trabajo o dueño de la obra en virtud del contrato celebrado entre este y el empleador, salvo que se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de aquel, aspecto este que, se reitera, no hace parte de la controversia.

Para la Corte:

“... esta figura jurídica [refiriéndose a la solidaridad] no puede asimilarse ni confundirse con la vinculación laboral..., pues tiene cada una alcances y consecuencias distintas. Es claro que la vinculación de carácter laboral es con el contratista independiente y que el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede también exigir el pago total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía. [...]

De esta manera lo ha dicho esta Corporación:

‘La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley: esta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o en otros términos: los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal. Ellos y la relación de causalidad entre las dos figuras jurídicas, son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada (Sent., 23 de septiembre 1960, “G.J”, XCIII, 915)!’”²⁴

Colofón de lo anterior, el cargo primero resulta fundado, pues no acertó el ad quem al excluir tal solidaridad de cara a la beneficiaria de la obra en cuya ejecución participó el trabajador, en razón a que, a su juicio, no había nexo causal entre la contratación del trabajador y la ejecución de la obra de la codemandada, por haberse vinculado, al trabajador, desde marzo de 1977, en función de otros

²³ Sentencia 14038 de 2000.

²⁴ Ibidem

contratantes de obra no concurrentes con el aquí demandado. Pues, aparte de que el tan mentado artículo 34 no hace tal salvedad, la restricción impuesta por el juez de apelaciones desconoce, sin razón, el fundamento de la solidaridad atrás comentado, y deja sin garantía los derechos del trabajador pese a que, en instancia, se establecieron los supuestos de hecho que daban lugar a la solidaridad legal establecida en el ordenamiento laboral.”²⁵

Ahora bien, el Instituto Nacional de Vías, INVÍAS, de acuerdo a lo señalado en el Acuerdo 018 de 2000, es un establecimiento público del orden nacional, creado por el Decreto 2171 de 1992, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio autónomo y adscrito al Ministerio de Transporte.

Señala el mismo Acuerdo que su objetivo es “*ejecutar las políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial a cargo de la nación en lo que se refiere a carreteras*” y entre sus funciones se encuentra la de “*celebrar todo tipo de negocios, contratos y convenios que se requieran para el cumplimiento de su objetivo*”.

Así las cosas, la entidad llamada a responder solidariamente, para cumplir con su objetivo y en uso de las funciones que le fueron concedidas, firmó un contrato con el CONSORCIO TUMACO MOCOA, integrado por INSCO LIMITADA y PANAÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A., con el objeto de mejorar y mantener la carretera Pasto – El Encanto de la transversal Tumaco – Mocoa – Ruta 10 tramo 1003 – Modulo 2²⁶, el día 31 de diciembre de 2007, hecho que fue aceptado por la entidad en la contestación de la demanda y que se prueba con el contrato arrimado al proceso, lo que quiere decir que la beneficiaria de la obra que el consorcio del cual hacía parte PANAÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A., era el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS, por lo que existe un nexo de causalidad entre las actividades desarrolladas por el actor y la obra contratada, lo que sin lugar a dudas trae como consecuencia la responsabilidad solidaria de la entidad estatal llamada a juicio en solidaridad.

Con respecto a la sanción moratoria, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo en su tenor literal establece:

“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.” (subraya la Sala).

Es por lo anterior que, si bien el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no prevé la imposición de la sanción moratoria al deudor solidario, en aplicación de las previsiones del artículo 34 traído a colación, deberá la entidad llamada en solidaridad responder por el monto de la misma, ya que el dueño de la obra es garante del pago de la indemnización, no porque se haga extensiva la culpa, sino por el fenómeno de la solidaridad, cuya fuente en este caso es la ley, posición adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras entre otras en las sentencias SL 651-2013, de fecha 11 de septiembre de 2013, radicación 38350 Magistrado Ponente Rigoberto Echeverri Bueno; sentencia del 24 de febrero de 2009, radicación 31280 Magistrado Ponente Isaura Vargas Díaz; sentencia del 26 de septiembre de 2000, radicación 14038 Magistrado Ponente Isaura Vargas Díaz y del 19 de junio de 2002, radicación 17432 Magistrado Ponente Isaura Vargas Díaz.

²⁵ Sentencia del 17 de abril de 2012, Corte Suprema de Justicia, Rad. 38250, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz

²⁶ Ver folios 76 a 82 del cuaderno principal

Teniendo en cuenta lo anterior, el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS, responderá solidariamente por las condenas impuestas en esta providencia a cargo de PANAÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A.

Con relación a INSCO LTDA., entidad que igualmente fue demandada en solidaridad, como integrante del CONSORCIO TUMACO MOCOA, no se demostró en el plenario que el actor hubiera laborado a su servicio, por tal motivo se le absolverá de los cargos formulados en su contra.

Finalmente, atendiendo a que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVÍAS, llamó en garantía a la Aseguradora COLPATRIA S.A., revisada la póliza: No. 8001015918 tomada por el CONSORCIO TUMACO MOCOA, del cual hace parte la demandada PANAÍAS S.A., el día 23 de enero de 2009²⁷ y cuya vigencia se estipuló sería desde el 31 de diciembre de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2012, se observa que entre los amparos contratados se encuentra: *“pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones”*, por lo que los valores a los que solidariamente se está condenando en esta instancia a INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVÍAS, deberán ser pagadas por la llamada en garantía hasta por el monto del valor asegurado.

Lo anterior, teniendo en cuenta que las entidades aseguradoras subrogan al tomador de la póliza en las obligaciones para las cuales se ha suscrito la misma y en el caso de autos, los amparos contratados además del cumplimiento de la obra, del anticipo y estabilidad de la obra, está el pago de prestaciones sociales e indemnizaciones, ellos derivados del contrato No. 3458 de 2007, el que de acuerdo al documento de folios 69 a 82 de cuaderno de primera instancia tiene por objeto del *“MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO DE LA CARRETERA TUMACO – JUNIN – PEDREGAL DE LA TRANSVERSAL TUMACO – MOCOA – RUTA 10 TRAMO 1001 Y 1002 MODULO 1”*, habiéndose estipulado para el caso de la cobertura que ahora ocupa la atención de la Sala una vigencia entre el 31 de diciembre de 2007 hasta el 1º de diciembre de 2011, período que encierra perfectamente el tiempo durante el cual el actor prestó sus servicios a la demandada PANAÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A. esto es, del 15 de junio de 2008 al 30 de julio de 2009.

3. EXCEPCIONES

Al dar respuesta a la demanda, las accionadas y llamada en garantía formularon las excepciones que se enuncian a continuación:

El INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVÍAS: Inexistencia de la obligación, inoponibilidad, cobro de lo no debido, ineptitud sustantiva de la demanda por acción indebida, falta de legitimidad en la causa por pasiva a favor del Instituto Nacional de Vías y buena fe patronal.

SEGUROS COLPATRIA S.A.: Cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro; imposibilidad de extenderse el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las indemnizaciones laborales, en los responsables solidarios; imposibilidad de condenar al empleador solidario al pago de las sanciones laborales; cobro de lo no debido; limitación de la responsabilidad al valor asegurado; prescripción de los derechos derivados del contrato de seguro y genérica.

PANAÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A.: Además de la prescripción ya analizada, formuló las excepciones de pago; inexistencia de la obligación; ausencia de mala fe e innominada.

Por su parte, INSCO LTDA, quien estuvo representada por Curador Ad Litem, tal como se indicó al inicio de esta providencia, no formuló excepciones.

De acuerdo con lo analizado en precedencia, quedan sin piso jurídico las excepciones propuestas por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVÍAS y PANAÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A.

²⁷ Ver folio 58 a 68 del cuaderno de primera instancia

Respecto a los exceptivos propuestos por SEGUROS COLPATRIA S.A. como entidad llamada en garantía, es claro que la póliza de seguros como se indicó anteriormente, cubre el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, por manera que la excepción de *"Cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro"*, está llamada al fracaso.

Con relación a la *"Imposibilidad de extenderse el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las indemnizaciones laborales en los responsables solidarios"* e *"Imposibilidad de condenar al empleador solidario al pago de las sanciones laborales"*, al momento de analizar la indemnización moratoria se explicó que el fundamento de la condena a cargo de la entidad llamada en solidaridad no radica en la mala fe, sino en la ley – artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que estas excepciones no prosperan.

Cobro de lo no debido, tal como se analizó, la demandada PANAÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A. adeuda al actor los derechos derivados de la existencia del contrato de trabajo que aquí se reconoce, además la aseguradora se comprometió a responder por las obligaciones prestacionales de los trabajadores del CONSORCIO TUMACO MOCOA, del cual hizo parte la sociedad PANAÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A., que participó en el desarrollo del contrato No. 3458 de 2007, en los que se encuentra el demandante, en caso de que la empleadora no cumpliera con sus compromisos laborales, excepción que no logra quebrantar los derechos del actor.

La limitación de la responsabilidad al valor asegurado, le asiste razón a la excepcionante, por manera que el pago de la condena habrá de limitarse hasta por la suma de \$1.635.314.883,00, valor que fuera asegurado en la póliza 8001015918.

En lo atinente a la prescripción de los derechos derivados del contrato de seguro, es claro que este medio exceptivo no está llamado a prosperar, toda vez que la relación laboral entre las partes terminó el día 30 de julio de 2009, cuando todavía estaba vigente la Póliza de Seguro de Cumplimiento a favor del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVÍAS, y el demandante presentó la acción el día 27 de mayo de 2011, es decir, que se presentó la demanda antes de que prescribiera la acción.

Por último y en cuanto a la excepción genérica o también llamada innominada, durante el proceso no se demostró ningún hecho que logre desvirtuar las pretensiones reconocidas al actor, por tanto esta excepción no prospera.

4. COSTAS

Teniendo en cuenta que en esta instancia se revocará la sentencia de primer grado, es menester condenar a la parte demandada en costas de primera instancia a favor del accionante, fijando como agencias en derecho, de acuerdo a lo dispuesto por el Acuerdo 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que establece las tarifas de agencias en derecho, la suma de \$3'611.625,00 a favor de la parte actora, que equivale al 2,5% del valor de las condenas impuestas.

En la segunda instancia, no hay lugar a condenar en costas.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida 10 de febrero de 2015 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, para en su lugar:

SEGUNDO: DECLARAR que entre el demandante RICARDO ORTÍZ MONTUFAR en calidad de trabajador y la empresa PANAVÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A., existió un contrato de trabajo desde el 15 de junio de 2008 hasta el 30 de julio de 2009, conforme a lo señalado en la parte considerativa del presente proveído.

TERCERO: DECLARAR que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS- INVÍAS, es solidariamente responsable de las obligaciones laborales surgidas entre el señor RICARDO ORTÍZ MONTUFAR en calidad de trabajador y la empresa PANAVÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A., conforme a lo señalado en la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a la empresa PANAVÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A. y solidariamente al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS a pagar al señor RICARDO ORTÍZ MONTUFAR, de condiciones civiles acreditadas en juicio dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia las siguiente sumas de dinero:

- a) \$36'000.000,00 por concepto de salarios dejados de percibir por los meses de noviembre de 2008 a julio de 2009.
- b) \$4'500.000,00 por concepto de auxilio de cesantías.
- c) \$1'249.200,00 por concepto de intereses a las cesantías y sanción por no pago oportuno de los mismos.
- d) \$4'500.000,00 por concepto de prima de servicios.
- e) \$2'250.000,00 por concepto de vacaciones.
- f) \$96'000.000,00 como indemnización moratoria causada desde el 1º de agosto de 2009 hasta el 31 de julio de 2011 y a partir del 1º de agosto de 2011, intereses moratorios hasta cuando se verifique el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudados al demandante.

QUINTO: DISPONER que la Aseguradora COLPATRIA S.A., como llamada en garantía, responda por los valores a los que solidariamente se está condenando en esta instancia al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS, haciendo efectiva la póliza No. 8001015918 tomada por el CONSORCIO TUMACO MOCO, el día 23 de enero de 2009, hasta el monto del valor asegurado.

SEXTO: ABSOLVER a la empresa INSCO LTDA., de los cargos formulados en su contra por el actor.

SEPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y llamada en garantía al dar contestación a la acción.

OCTAVO: CONDENAR en COSTAS de primera instancia a PANAVÍAS INGENIERÍA & CONSTRUCCIONES S.A. a favor del demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$3'611.625,00 equivalente al 2,5% del monto de las condenas impuestas.

NOVENO: SIN costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según Acta No. y se notifica a las partes en ESTRADOS.

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los intervinientes.

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada Ponente

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado (con permiso)

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JAMES RODRÍGUEZ ROSERO
Secretario

Sala Penal



***Dr. Franco Solarte Portilla (Presidente Sala), Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno,
Dr. José Anibal Mejía Camacho, Dr. Silvio Castrillón Paz***

NULIDAD POR FALTA DE PLENA IDENTIFICACIÓN O INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO – NO SE CONFIGURA: Este aspecto no puede ser objeto de prueba en el juicio, si la verificación se produjo desde el inicio del trámite judicial - Improcedencia de decretar la nulidad parcial de lo actuado, al no vislumbrarse violación al debido proceso ni al derecho de defensa del acusado, por cuanto, no obstante la Fiscalía dentro de las oportunidades legales no descubrió, enunció ni pidió los medios de prueba tendientes a demostrar su identidad, se tiene que conforme las circunstancias que rodearon el caso, el mismo se encontraba plenamente identificado e individualizado desde el inicio del trámite judicial y en ninguna de las etapas procesales existió duda al respecto.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA – El cambio en la calificación jurídica de la conducta que presentó el ente instructor en el debate oral, no comporta vulneración a las garantías fundamentales, tales como el principio de Congruencia, en tanto se respetó el núcleo fáctico, las conductas se encuentran dentro del mismo género y la segunda calificación desde el punto de vista punitivo es menos gravosa, favoreciendo los intereses del sentenciado./

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente: Dr. Jaime Cabrera Jiménez

Proceso N°: 523566000514201180349-01-01
Número Interno: 6221
Conducta Punible: Tentativa acceso sexual menor 14 años
Acusado: ÁRM
Decisión: Auto I. confirma el recurrido
Aprobado: Acta N°17 de mayo 5 de 2015

San Juan de Pasto, mayo doce de dos mil quince
(Hora: 08:30 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se trata de resolver el recurso de apelación interpuesto por la señora defensora del sentenciado contra la sentencia calendada el 16 de diciembre de 2014 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales Nariño, mediante la cual, condenó al acusado ÁRM a la pena principal de 108 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado y en grado de tentativa.

El motivo de la apelación apunta a que se declare la nulidad de la actuación por violación al debido proceso y derecho de defensa.

1. El aspecto fáctico

Una buena síntesis de los sucesos se logró en la sentencia revisada que nos permitimos acoger:

“Los hechos que originaron este proceso tuvieron ocurrencia el día 1º. De septiembre de 2.011 en el municipio de I. Nariño, entre las 6 y 7 de la noche en el barrio LP. La menor MFPE se encontraba en su casa en compañía de su madre la señora ACEP y de su padrastro el señor ÁRM. Se requería ir a recoger hierba y el señor MR se ofreció a hacerlo pero le dijo a la señora E que mandara a la menor con él. Fue así como el señor M y la niña se dirigieron a un sector aledaño a la casa donde quedaba una arboleda. Estando solos el sujeto primero, intentó besarla pero ella no aceptó; luego, la hizo caer, la cogió; él se acostó boca arriba, se bajó el pantalón, puso a la menor encima de él, le bajó los pantalones

a la niña, empezó a besarla, a tocarle las nalgas, intentó tocarle la vagina, le tapó la boca, la besaba y la niña gritó. Estando en esas llega la señora EP y observó lo que estaba sucediendo procediendo luego a denunciar a su compañero.

2. La providencia impugnada

En la providencia objeto de revisión, el señor Juez de conocimiento, luego de presentar una síntesis fáctica, de referirse a la identidad e individualización del acusado y de los antecedentes procesales, entra al examen de los considerandos, cuyo resumen pasamos a exponer:

Como el objeto de la revisión de la actuación apunta a demostrar la existencia de irregularidades sustanciales, la Sala se ocupara de examinar tales aspectos, para desentrañar si los mismos tienen existencia en la forma como lo pregona la parte recurrente.

Referente a la identidad e individualización de la persona sometida a la investigación penal, se afirma en la sentencia

"La plena identificación del procesado quedó totalmente establecida pues la Fiscalía ha allegado el Informe de 3 de julio de 2014 suscrito por el Dactiloscopista del Inpec BOSCO JESÚS JOJOA PRADO, producto de lo cual se atestó que confrontadas las huellas de la tarjeta decadactilar con la huella que parece en la cédula de ciudadanía, se determina que se identifican entre sí, con lo cual este aspecto quedó acreditado. El mencionado EMP sufrió el trámite de publicidad y contradicción respectivos, en cuyo caso se dispuso su incorporación formal para ser valorado en este momento."

Luego aclara que si bien no presidio el debate en el juicio oral, ni emitió el sentido del fallo, acogiendo reciente jurisprudencia de la H. Corte Suprema, concluye que comparte las manifestaciones de su antecesor en punto al sentido del fallo de condena por el delito que finalmente señaló o pidió la Fiscalía.

Seguidamente pasa al examen de los aspectos objetivo y de responsabilidad, expresando que están debidamente demostrados con los medios de prueba practicados en el juicio oral, destacando en lo esencial la prueba testimonial de la menor ofendida MFPE a quien se le asigna determinante mérito probatorio, dado que el ofrecimiento de su relato es fluido, espontáneo y concatenado, de donde deriva que lo narrado en un suceso histórico que realmente acaeció.

Al dicho de la víctima le suma la versión de su madre la señora ACEP quien al escuchar los gritos de auxilio de su hija, acude al escenario, pudiendo observar de manera directa la actitud y pretensión de su compañero permanente para con su pequeña hijastra. De cara a tan grotesco y desconsolador cuadro intervine y procede a formular la denuncia respectiva.

También obra la declaración de la psicóloga del ICBF ADRIANA ISABEL HERNÁNDEZ VILLARREAL dando cuenta después de las pruebas realizadas que la versión suministrada por la menor ofendida es coherente, detallada, consistente, exenta de inventos, fantasías y manipulaciones, ratificando la credibilidad de su versión.

No comparte la postura de la defensa, quien acudiendo a detalles no esenciales o intrascendentes en los relatos de la víctima y su madre pretende restarles credibilidad, haciendo ver una situación de duda probatoria inexistente.

Referente al cambio en la calificación jurídica del delito que en el curso del debate oral presentó la Fiscalía, de *"ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS"* artículo 209 CP, *agravado artículo 211-2, a ACCESO CARNAL ABUSIVO AGRAVADO en grado de TENTATIVA*, en principio, reconoce la posible afectación al principio de congruencia¹; sin embargo en seguida advierte que según jurisprudencia de la H. Corte Suprema², no se presenta la vulneración al mentado principio, cuando la Fiscalía lo solicita y se trate de un delito de igual género y el cambio derive en uno de menor entidad o sea menos gravoso para el acusado.

¹ Artículo 448 CPP

² Sentencia 28 octubre de 2009 Rad. 32192

A continuación se ocupa de la dosificación punitiva, expresando que efectuada la ritualidad legal, la pena a imponer por el delito de acceso carnal abusivo en la modalidad tentada, será de 108 meses de prisión.

Referente al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria, afirma que dada la prohibición consagrada en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 no hay lugar a concederlos.

3. Sustentación del recurso e intervención de las partes

La señora defensora fundamenta su inconformidad con la decisión apelada, en razón a que avizora dos irregularidades sustanciales que amerita se corrija a través de la invalidación parcial de la actuación. Veamos.

De una parte, sostiene que la Fiscalía en el curso del debate probatorio no presentó ninguna evidencia para acreditar la plena identidad del procesado, incumpliendo con esa carga probatoria.

Crítica que la Fiscalía pretenda llenar ese vacío después de transcurrido un año y medio de haber concluido el debate oral, quebrantando la estructura que tiene el sistema probatorio en el juicio oral, de descubrimiento, enunciación, solicitud, decreto e incorporación y posterior práctica y contradicción. Señala que es evidente la violación al derecho de defensa y contradicción no quedando otro remedio que invalidar lo actuado.

Cita en respaldo decisión de este Tribunal³ en la que frente a situación similar, la solución no fue la absolución sino la declaratoria de nulidad.

II. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. El conflicto a resolver

En primer lugar, se trata de examinar si evidentemente la Fiscalía incumplió dentro de la oportunidad legal, con la carga de probar la individualización o identificación del acusado, como lo alega la parte recurrente, lo que de demostrarse, podría conducir a la declaratoria de nulidad parcial de lo actuado, y por tanto, no tendría ningún sentido entrar a examinar el otro de los argumentos encaminado a demostrar que se quebrantó el principio de congruencia.

2. Antecedentes de la actuación

A efecto de examinar la veracidad de lo anunciado por la defensa, es preciso detenerse en los distintos estadios de la actuación adelantada por la Fiscalía en su rol de instructor y de acusador.

2.1 El 2 de septiembre de 2011 la Fiscalía 25 Seccional, adelantó ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Iles en función de control de garantías, la audiencia preliminar concentrada de legalización de captura, formulación de imputación, sin aceptación de cargos y medida de aseguramiento por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados art. 211-2

Fueron presentados por la Fiscalía en esa oportunidad los siguientes elementos materiales, evidencias físicas e información legal:

- Informe ejecutivo FPJ3
- Formato FPJ6, Acta de derechos del capturado y Constancia de buen trato

³ Auto de 30 de abril de 2014. Rad. I. No. 9410

- Formato FPJ5 Informe de Policía de Vigilancia que da cuenta de los casos de captura en flagrancia
- Entrevista psicológica efectuada a la menor MFPE
- Valoración médica efectuada a la víctima en el Centro de Salud de Iles
- Reporte de iniciación Formato FPJ-1
- Entrevista Formato FPJ-14 a la menor MFPE y a su madre
- Informe de antecedentes del DAS
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía del indiciado

2.2 Se radicó el escrito de acusación el 23 de noviembre de 2011. De la revisión del escrito de anexo de pruebas que haría valer la Fiscalía en el debate del juicio oral, ni en el acápite de pruebas testimoniales, ni documentales, se observa que hubiere ofrecido demostrar la plena identidad del acusado.

Se practicó la audiencia de acusación el 12 de enero de 2012 y en esta oportunidad la Fiscalía hizo el descubrimiento de las pruebas que relacionó en el anexo, omitiendo también en esa oportunidad descubrir los medios de prueba para demostrar la plena identidad del acusado. No obstante, en la oportunidad legal, nadie puso en duda la identificación o individualización del acusado

2.3 Se practicó la audiencia preparatoria el 19 de abril de 2012 y realizada la verificación de las pruebas enunciadas, solicitadas y decretadas de parte de la Fiscalía, se evidencia que igual que ocurrió en las otras oportunidades, no se descubrió, enunció, solicitó y obviamente que no se iba a decretar la prueba sobre la plena identidad del acusado.

En el curso de la referida audiencia, en la oportunidad legal para acordar entre las partes aquellos hechos o circunstancias que no son materia de controversia sustantiva, nada se dijo acerca de dar por probada la identidad e individualización del acusado.

2.4 Como es lógico entender, al no haberse pedido esa prueba en el curso de la práctica de pruebas en el juicio oral tampoco se practicó. Pero igualmente, ninguna de las partes hizo reproche alguno sobre la identidad o individualización del acusado.

3. Necesidad de identidad e individualización

La jurisprudencia ha sido pacífica en el sentido de refrendar que para proferir el fallo y evitar los problemas de homonimia, o de falsa identidad, precisa individualizar o identificar de manera correcta a los autores o partícipes de la conducta punible, como un requisito *sine qua non*⁴.

En pasada oportunidad⁵ esta Sala, señaló que a través de los distintos Códigos Instrumentales, es coincidente observar en ellos, la necesidad de la individualización o identificación del enjuiciado, procesado o acusado, como presupuesto insustituible para proferir sentencia de mérito; así se ve en el Decreto 050 de 1987, artículo 341; Decreto 2700 de 1991, artículo 319; Ley 600 de 2000, artículo 322; Ley 906, artículo 128 modificado por el artículo 99 de la Ley 1453 de 2011.

También se dijo⁶ en una temática similar a la que ahora convoca la atención de la Sala, en actuación tramitada por la vía del juicio ordinario, que se tomó la decisión de revocar la decisión de la primera instancia, que decidió absolver de cara a que la Fiscalía no demostró en el juicio oral la plena identidad de los acusados, para en su lugar, decretar la nulidad de lo actuado conforme al precedente de la Corte Suprema de Justicia⁷.

Sin embargo, como es sabido, cada caso tiene sus propias particularidades que precisa examinar y ello puede conducir a soluciones diferentes, frente a eventos aparentemente similares.

⁴ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias del 13 de febrero de 2003, Rad. Núm. 11412.

⁵ Auto 24 febrero de 2014 Rad. N.I. 9288, y auto 7 de abril de 2015 Rad. I. 12.490 M.P. Jaime Cabrera Jiménez

⁶ ibídem

⁷ Sentencia 27 julio de 2011 Rad. 34779

De la revisión de la actuación que nos ocupa, si bien es fácil advertir que la Fiscalía dentro de las oportunidades legales no descubrió, enunció ni pidió la reseña decadactilar ni el registro fotográfico del acusado, que son los medios de prueba que generalmente se estila pedir para demostrar la plena identidad, aunque no son los únicos, pues ésta puede demostrarse a través de cualquiera de los medios de prueba autorizados⁸, ya que no está por demás recordar, que no se está de cara a un sistema de tarifa legal, sino de libertad probatoria⁹, también se observa sin dificultad que dadas las circunstancias que rodearon los sucesos nadie y en ningún momento puso en duda la identidad e individualización del señor **ÁRMR**, quizás debido a las siguientes circunstancias fácticas.

El victimario en este caso, no era un extraño al núcleo familiar, se trata de la persona que estaba haciendo vida marital con la madre de la menor víctima, es decir, era su padrastro.

Dadas las circunstancias en que sucedieron los hechos, la madre de la menor alertada por los gritos de su hija acudió al escenario y pudo percibir de manera directa parte de los hechos, tomando la decisión de denunciar penalmente a su compañero sentimental. Puede afirmarse que el victimario fue sorprendido en flagrancia.

El propio **ÁRMR**, asumió su rol de procesado, sin ponerlo en duda, identificándose con su cédula de ciudadanía, asistiendo y dando cara al proceso penal, incluso concurriendo al juicio oral, cuando ya había obtenido su libertad por vencimiento de términos.

En estas condiciones puede aseverarse que en ningún momento de las etapas procesales existió duda acerca de la identidad e individualización del procesado, quizás por eso, la Fiscalía consideró innecesario entrar a probar una situación que se estaba dando por probada. Por consiguiente, no encuentra la Sala mérito para acoger el planteamiento de la defensa encaminado a que se invalide lo actuado por no haberse demostrado la identidad e individualización del procesado.

En reciente decisión de la H. Corte Suprema¹⁰ al referirse al tema de la identificación e individualización del procesado, afirma que no es objeto de prueba en el juicio si la verificación de ese aspecto se produjo desde el inicio del trámite judicial. Veamos lo que en lo pertinente dice:

“Adicional a lo dicho y sin que se entienda como una respuesta de fondo sino como una garantía más frente al planteamiento propuesto, la Sala en reciente oportunidad y frente a idéntico tema, señaló (CSJ SP, 19 Feb 2014, Rad. 43002):

«No entiende la Sala cuál es la motivación que impulsa a la defensa técnica a reclamar tarjeta decadactilar o copia de preparación de la cédula de la funcionaria, cuando está claro que la ley no establece ningún tipo de tarifa probatoria al respecto, pero, además, con los elementos de juicio desde el comienzo aportados el tópico fue siempre pacífico e incontrovertible.

Es necesario precisar, además, que el tema de la plena identidad del acusado no aparece determinado como propio del objeto de lo discutido ante el fallador y, por ende, debería entenderse ajeno al material probatorio reclamado por las partes para introducir en la audiencia de juicio oral, en el entendido que es ese, el de la identificación, un factor necesario para el inicio mismo del trámite formalizado del proceso, a la manera de concluir, en estricto sentido jurídico, que si se llega a la audiencia de juicio oral es necesariamente porque en la audiencia de formulación de imputación y en la siguiente de acusación, ya se encontraba suficientemente identificada la persona.

Es por ello que expresamente el artículo 288 de la Ley 906 de 2004, que referencia los elementos formales de la imputación, reclama en su numeral primero la “Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones”. Incluso, se ha establecido un sistema para que a la persona se le cedule, en caso de no contar con la correspondiente ficha en la Registraduría Nacional del Estado Civil.

⁸ Artículo 382 CPP

⁹ Artículo 373 CPP

¹⁰ Auto 30 julio de 2014 Rad. 40.663

En el escrito de acusación, a su vez, ha de contenerse, conforme lo estatuye el numeral primero del artículo 337 ibídem: "La individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirven para identificarlo y el domicilio de citaciones.

Cuando se han adelantado las audiencias previas a la del juicio oral, desde luego que necesariamente debió identificarse a la persona objeto de acusación, así que el tema de la llamada "plena identidad", no tiene por qué representar objeto de prueba para el juicio, a no ser que ello sea punto concreto de discusión y se alegue, en consecuencia, la conducencia y pertinencia de verificar algo que se entendía dilucidado desde el comienzo del trámite»".

Atendiendo lo examinado, no tiene entonces cabida la pretensión de la defensa dirigida a que prospere la invalidación de lo actuado, pues lejos se está de la presunta transgresión al contenido del artículo 128 L. 906 de 2004 atinente a la demostración de la identidad e individualización del acusado, como presupuesto procesal, no solo para iniciar la acción penal, sino para la posible ejecución de la sentencia, alejando el presunto riesgo de aprehender a persona distinta a la verdaderamente responsable.

4. La presunta violación del principio de congruencia

El otro aspecto de inconformidad de la parte recurrente apunta a la violación al principio de congruencia, toda vez que la Fiscalía en el debate oral optó por el cambio en la calificación jurídica de la conducta que en principio le imputó al procesado y mantuvo en la acusación.

Al respecto, la Sala comparte el criterio del señor juez de la primera instancia, pues si bien es cierto hubo un cambio en la calificación jurídica de la conducta que se le cargó al procesado en la imputación y acusación, variándola de *"ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS" artículo 209 CP, agravado artículo 211-2, pasándola a ACCESO CARNAL ABUSIVO AGRAVADO en grado de TENTATIVA*", de entrada podría aseverarse la afectación al referido principio de congruencia¹¹, pues se entendería que a última hora se han cambiado las condiciones iniciales, pudiéndose afectar los derechos del acusado.

Esta inicial impresión, se queda en ese plano, pues examinando con detenimiento la variación en la calificación de la conducta que se le atribuye al acusado, en primer término está dentro del mismo género de la inicialmente imputada, manteniendo invariable el núcleo fáctico y en segundo lugar, la segunda calificación desde el punto de vista punitivo es menos gravosa, favoreciendo significativamente los intereses del sentenciado.

Al efecto, la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia¹², sobre la temática que nos ocupa de manera reiterada e invariable ha sostenido:

"Así las cosas, en virtud del principio de congruencia, el acusado no puede ser sorprendido en la sentencia con imputaciones fácticas no incluidas en la acusación, ni condenado por las imputaciones jurídicas que no hayan sido expresamente solicitadas por la Fiscalía al término del debate oral, como tampoco se le pueden desconocer aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena, pues de hacerlo, en cualquiera de dichas eventualidades se viola el principio de congruencia entre sentencia y acusación.

Lo expuesto en manera alguna implica sostener que, de acuerdo con lo acreditado en la fase probatoria del juicio, el juez no se halle facultado para condenar por un delito de menor entidad al imputado por la Fiscalía, para excluir circunstancias genéricas o específicas de agravación punitiva o para reconocer cualquier clase de atenuante genérica o específica que observe configurada, es decir, variar a favor del acusado la calificación jurídica de la conducta específicamente realizada por la Fiscalía, pero respetando siempre el núcleo fáctico de la acusación objeto de controversia en el juicio oral, como la Corte recientemente ha tenido ocasión de reiterarlo^[13]:

¹¹ Artículo 448 CPP

¹² CSJ AP 30 jul. 2014 Rad. 38142

^[13] Cfr. Cas. 32685. 16 de marzo de 2011

“Conforme a lo anterior, se tiene que en el postulado de congruencia, convergen la imputación fáctica y la jurídica, entendidas en su amplitud y complejidad, la cual abarca con respecto a esta última todas las categorías sustanciales que valoran la conducta punible, y se integran de manera inescindible dos eslabones, valga decir, los hechos y los delitos, los cuales en la sentencia no podrán ser distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso.

“Pues bien, en lo que dice relación con la imputación fáctica, es claro que los jueces de instancia bajo ningún pretexto se pueden apartar de los hechos y menos cuando estos no constan en la acusación en los términos de que trata el artículo 448 ejusdem.

“No ocurre lo mismo tratándose de la imputación jurídica, de la cual se pueden apartar los jueces cuando se trate de otro delito del mismo género y de menor entidad como lo ha planteado la jurisprudencia¹⁴, entendiéndose que aquél no se circunscribe de manera exclusiva y excluyente a la denominación específica de que se trate, sino que por el contrario hace apertura en sus alcances hacia la denominación genérica, valga decir, hacia un comportamiento que haga parte del mismo nomen iuris y que desde luego sea de menor entidad, ejercicio de degradación el cual reafirma el postulado en sentido de que si se puede lo más, se puede lo menos, insístase en la dimensión que viene de referirse, esto es, valga precisarlo que esa degradación opera siempre y cuando los hechos constitutivos del delito menor hagan parte del núcleo fáctico contenido en la acusación”.

Acordes con lo examinado, y atendiendo la jurisprudencia reseñada, tenemos que la variación de la calificación de la conducta que la Fiscalía hizo en el debate oral y acogida por el señor Juez de conocimiento, no es vulneradora del principio de congruencia, y por lo tanto, no se afectó ningún derecho fundamental ni garantías del procesado. En consecuencia no procede la solicitud de invalidación, debiéndose confirmar la sentencia sin reparos.

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, **Resuelve:**

1°. No declarar la invalidación parcial de la actuación, en consecuencia, **confirmar** la decisión objeto de apelación.

2°. Esta providencia se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede el recurso de casación que deberá interponerse, dentro de los 5 días siguientes.

Notifíquese y Cúmplase,

JAIME CABRERA JIMÉNEZ
Magistrado Ponente

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

CONSTANZA MUÑOZ SANTANDER
Magistrada

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
Secretario

AUDIENCIA PREPARATORIA / DECRETO DE PRUEBAS – PRUEBA DE REFERENCIA: Diferencias con el Testigo de Oídas y Prueba Directa. / PRUEBA TESTIMONIAL – Si lo que se pretende probar, fue personalmente percibido por el testigo, no es prueba de referencia sino directa

- Procedencia de admitir para el juicio, el testimonio solicitado por la defensa, por cuanto el mismo al versar, entre otros temas, sobre la conversación que el testigo sostuvo con la persona que presuntamente le confesó haber cometido la conducta punible atribuida al procesado, no es prueba de oídas o de referencia, por cuanto no pretende introducir al debate oral conocimientos personales ajenos, sino informar, sea esto cierto o no, sobre hechos o circunstancias que tuvo la ocasión de percibir o escuchar en forma directa y personal; siendo esta prueba pertinente, admisible, necesaria, útil para sustentar la teoría sobre la inocencia del acusado y puede servir a los imperativos de reconstruir la verdad histórica en aras de la justicia material./

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente: Dr. Mauricio Alfonso Senejoa Venegas

Proceso N°: 520016000485201309584
No. Interno: 10264
Conducta: Acceso carnal o Acto sexual con persona puesta en incapacidad de Resistir
Acusado: DERJ
Decisión: Auto I. modifica el recurrido
Aprobado: Acta N° 27 de septiembre 3 de 2015

San Juan de Pasto, septiembre diez de dos mil quince
(Hora: 9:30 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se ocupa la Sala de resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado contra la decisión contenida en el proveído de marzo 2 del año en curso, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Pasto, en audiencia preparatoria sobre las pruebas a practicar en el juicio oral.

1. Providencia impugnada

En lo que atañe al tema de alzada, en el trámite de la audiencia preparatoria, la defensa solicitó el testimonio de JDRB, cuya finalidad sería informar sobre la relación existente entre el acusado DERJ, y la reputada víctima, restar credibilidad al testimonio de ésta, manifestar que el día de los hechos ella no se encontraba a solas con aquél sino que también estaba presente ÁPRG, primo del potencial testigo, quien así lo confirmó en una declaración ante la Defensoría del Pueblo.

Además, poner en conocimiento que el referido RG, le confesó, que el día de la ocurrencia de los hechos, después que la joven Á.D.H. se durmiera producto de la ingesta de bebidas embriagantes, él la accedió carnalmente sin su consentimiento¹.

La Fiscalía manifestó inconformidad parcial respecto de esta solicitud, afirmando que en cuanto se refiere a la conversación sostenida con ÁPRG, se trata de un testimonio de referencia, por lo que en consecuencia solicitó que no se decrete al no estar enmarcado dentro de las causales del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal².

¹ Cd audiencia preparatoria, corte 3, minuto 32.

² Cd audiencia preparatoria, corte 3, minuto 42.

La Juez de conocimiento, al decidir, atendió la objeción de la Fiscalía y consideró que el “...testimonio de JDRB tiene contenido referencial, pues sólo podría dar cuenta de la existencia de esa conversación más no de la ocurrencia de los hechos como tal.” Por lo tanto, decretó el testimonio para escucharlo sobre los hechos de los que fuera testigo presencial, pero no sobre las manifestaciones que hubiese oído de parte de ÁPRG³.

2. Sustentación del recurso

La defensa sustentó el recurso de apelación expresando que JDRB, conoce de los hechos por la conversación que sostuvo con su primo ÁPRG, así como sabe de la relación entre DR y ÁDH, e incluso de las amenazas recibidas de parte de su primo, todo ello útil y necesario por su importancia para la teoría defensiva.

En lo concerniente a la prueba de referencia, trae a colación pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado 24468, para criticar e impugnar la decisión judicial.

El Ministerio Público y la Fiscalía, como no recurrentes, afirmaron estar conformes con lo resuelto por la *a quo*.

II. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. El problema planteado

Corresponde determinar si es procedente admitir para juicio el testimonio de JDRB, en lo que respecta a la conversación en la que ÁPRG, presuntamente le confesó haber cometido la conducta punible atribuida a DERJ, testimonio en ese aspecto particular negado por considerarse que tiene carácter de prueba de referencia.

2. La audiencia preparatoria y las solicitudes probatorias

Consagra el artículo 372 de la Ley 906 de 2004, que los fines de las pruebas son: llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe en su ejecución, para cuyo efecto se consagra la posibilidad que las partes, en aras de la solución correcta del caso, acudan a cualquiera de los medios establecidos en la ley procesal penal, o cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos.

En el desarrollo de la audiencia preparatoria, uno de los episodios más trascendentales que ha de cumplirse se refiere a las solicitudes probatorias y su sustentación⁴, previendo el Estatuto Procesal Penal que dentro de ese quehacer el Juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas por las partes cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en ese mismo compendio de normas.

Según el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal, la pertinencia de la prueba hace referencia a que los elementos materiales probatorios, las evidencias físicas y los medios de prueba, deberán referirse, bien sea directa o indirectamente, a uno o más de los siguientes tópicos: *i*). los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias; *ii*). la identidad o responsabilidad del acusado; *iii*). para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados; y *iv*). cuando se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.

A su turno el artículo 376 del mencionado estatuto procedimental, enseña que, por regla, toda prueba pertinente será admisible, excepto en los siguientes casos: a) que exista peligro de causar grave perjuicio indebido; b) probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio; y, c) que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

³ Cd audiencia preparatoria, corte 3, minuto 47.

⁴ Artículo 357 CPP

En ese sentido los medios probatorios, antes de su práctica en juicio oral, deben ser sometidos a un escrutinio sobre su conformidad con las mencionadas reglas de prueba y principios tales como los de libertad, oportunidad, inmediación, concentración y contradicción, por lo que de suma importancia que los pedimentos probatorios de las partes en conflicto se ajusten a todas esas previsiones, sin descontar criterios inherentes a su necesidad y utilidad para sustentar la teoría del caso que se pretenda hacer valer en el debate oral ante el juez de la causa criminal y, por supuesto, la licitud y legalidad de esas pruebas.

3. La prueba de referencia y el testimonio de oídas

En torno al tema debatido en el *sub judice*, el principio de inmediación tiene una particular importancia en tanto que solamente pueden ser tenidas por pruebas aquellas que hayan sido practicadas y controvertidas en presencia del funcionario judicial, previendo el artículo 379 de la obra en cita la admisibilidad excepcional de la prueba de referencia, precisamente porque el diseño del proceso penal desarrollado a partir de las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 03 de 2002 al artículo 250 de la Constitución Política, dígame la implantación del modelo de tendencia acusatoria con primacía de la oralidad en los actuaciones en los procesos penales, hace a un lado el principio de la permanencia de la prueba, acogido en anteriores codificaciones de la materia.

No obstante, se consagra la admisibilidad excepcional de la denominada prueba de referencia, que al tenor del artículo 437 es *"...toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio."*

Pero para que un tal medio de convicción sea acogido en un caso dado, se exige que se presente alguna de las especiales situaciones que el artículo 438 del ordenamiento procesal penal prevé, a saber, que el testigo: a) manifieste bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y se tiene corroboración pericial de ello; b) sea víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) padezca grave enfermedad que le impida declarar; d) ha fallecido.

Y, adicionalmente, contempla la ley procesal penal que se pueda aceptar la prueba de referencia cuando *"...las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos."*

Sobre esta temática ha explicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en crucial pronunciamiento que en rigor no ha variado en la línea de pensamiento de esa Corporación, lo siguiente:

"En términos menos abstrusos, puede decirse que prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).

Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros).

La doctrina comparada coincide en señalar, con criterio general, que la declaración que se realiza por fuera del juicio oral puede ser verbal o escrita, o provenir inclusive de otras formas de comunicación

normalmente aceptadas, como ademanes o expresiones gesticulares que provoquen en quien las percibe la impresión de asentimiento, negación o respuesta.

También conviene en precisar que la declaración que informa de los hechos cuya verdad se pretende probar, debe provenir de una persona determinada, entendida por tal, la que se halla debidamente identificada, o cuando menos individualizada, con el fin de evitar que a través de la prueba de referencia se introduzcan al proceso rumores callejeros o manifestaciones anónimas, sin fuente conocida.

La exigencia consistente en que la declaración realizada por fuera del juicio oral verse sobre hechos de los cuales la persona que hace la declaración ha tenido conocimiento personal, responde a los requerimientos del principio de inmediación objetiva, previsto en el artículo 402 del Código, que impone como condición para la admisión a práctica de un testimonio en el juicio, que el testigo informe de hechos o circunstancias que haya tenido la ocasión de observar o percibir en forma directa y personal:

"Artículo 402. Conocimiento personal..."

La prueba testimonial llamada indirecta, de oídas, hearsay o *oui dire* (oir decir), es por antonomasia una especie de prueba de referencia, pero no la única. Existen otros modos o medios, igualmente admisibles, a través de los cuales puede intentarse probar la verdad de la declaración emitida por fuera del juicio oral, como por ejemplo una evidencia escrita (una carta) o un medio técnico (una grabación). Lo importante es que se trate de un medio legítimo, legalmente admisible, a través del cual se aspire llevar al proceso un conocimiento personal ajeno (de un tercero).

Una de las particularidades más sobresalientes de la prueba de referencia, y la que, a no dudarlo, marca la diferencia con la prueba directa, es que tenga por objeto probar la verdad de una declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que tuvo conocimiento personal y directo de aspectos que interesan a la justicia, quien no concurre al proceso. O lo que es igual, que la prueba tenga por finalidad introducir al debate oral conocimientos personales ajenos.

Si A, por ejemplo, escuchó a B decir que C fue el autor del homicidio de Z, y A es llevado a juicio para probar la verdad de la afirmación hecha por B, es decir, que C fue el autor del homicidio, se estará frente a una prueba de referencia, pues lo buscado, a través de ella, es probar la verdad de un conocimiento personal ajeno. Pero si lo pretendido es simplemente acreditar que B hizo la manifestación, o que ésta simplemente existió, independientemente de que su contenido sea o no veraz, se estará frente a una prueba directa, porque el aspecto que se pretende probar (que la manifestación se hizo), fue personalmente percibido por el testigo.

Esta especial característica la diferencia también de la llamada prueba de referencia con fines de impugnación, a través de la cual no se busca probar la verdad de la declaración realizada por una persona que no está disponible para concurrir al juicio oral, como de ordinario acontece con la evidencia que se utiliza con propósitos estrictamente probatorios, sino simplemente con el fin de cuestionar la credibilidad de un determinado testigo, en los casos previstos en el artículo 403 del Código.

Adicionalmente a estos requerimientos, la normatividad exige que la verdad que se pretende probar a través de la prueba de referencia, tenga adicionalmente la virtualidad de definir aspectos sustanciales del proceso, como las categorías del delito, o las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, exigencia que no responde en estricto sentido a las notas características de la prueba de referencia, sino a una condición de admisibilidad de las pruebas en general, en virtud de su pertinencia objetiva y funcional.⁵ (subrayado ajeno al original).

De igual forma útil resulta ser para el sentido de la decisión que se construye, acudir a lo que la misma Corte en cita ha explicado en particular sobre el llamado "testimonio de oídas o indirecto", punto sobre el que de antaño se ha explicado que:

⁵ Sentencia 6 de marzo de 2008, radicación 27477.

"El testimonio de oídas, indirecto, de referencia o ex auditu, per se, no puede ser desechado en el estudio conjunto de la prueba. Es posible de análisis y, por ende, objeto de la sana crítica judicial con fundamento en las leyes científicas, las reglas de la experiencia y los principios lógicos. Merece, entonces, el mismo examen que el directo. La Sala ha sido enfática sobre el punto. Por ejemplo, ha dicho que:

"Si bien es cierto el testigo de oídas lo único que puede acreditar es la existencia de un relato que otra persona le hace sobre unos hechos...y que generalmente ese concreto elemento de convicción no responde al ideal de que en el proceso se pueda contar con pruebas caracterizadas por su originalidad, que son las 'inmediatas', tampoco implica lo anterior que dicho mecanismo de verificación deba ser rechazado; lo que ocurre es que frente a las especiales características en precedencia señaladas, es necesario estudiar en cada caso particular, analizando de manera razonable su credibilidad de acuerdo con las circunstancias personales y sociales del deponente, así como las de la fuente de su conocimiento, si se ha de tener en cuenta que el testigo de oídas no fue el que presenció el desarrollo de los sucesos y que por ende no existe un real acercamiento al hecho que se pretende verificar, (sentencia de 2ª instancia, 29 de abril de 1999, M. P. Carlos E. Mejía Escobar)"⁶⁷

En otras palabras, el testigo de oídas no es de por sí prueba deleznable, pues el servidor judicial está en la obligación de dedicar especial cuidado al ejercicio valorativo que implica esa clase de prueba, sin que esta especie de testimonio se pueda descartar debido a que en el estudio sistemático de las probanzas en un evento dado puede servir a los imperativos de reconstruir la verdad histórica y hacer justicia material.

Y para complementar lo expuesto, también se considera de valor acudir a lo que se explica en tiempo más reciente por esa misma Corte, en cuanto a que si bien el testimonio de oídas podría tenerse como una especie de prueba de referencia, en todo caso tiene singulares características que lo distinguen y permiten tenerlo como un medio admisible, siempre y cuando se acredite su pertinencia en un caso dado, al igual que las demás condiciones para su decreto y práctica en juicio oral, de la siguiente manera:

"La prueba de referencia se refiere entonces a aquel medio de convicción (grabación, escrito, audio, incluso un testimonio), que se lleva al proceso para dar a conocer un testimonio practicado por fuera del juicio, en orden a demostrar que es verdadero cuando es imposible llevar al testigo por las causas expresamente señaladas en la ley; por ser éste un instituto que obviamente raya con los principios probatorios del juicio, principalmente los de inmediación y contradicción, su admisibilidad se torna excepcional y también su fuerza demostrativa resulta menguada.

De otra parte, el testigo de oídas, es aquel cuyo conocimiento sobre un particular suceso, es adquirido a través de otras fuentes distintas a su percepción directa sobre los hechos, cuyo poder suasorio debe ser sopesado por el juez por la mayor o menor fiabilidad de esa fuente precaria de conocimiento. La admisibilidad del testigo de oídas, a diferencia de la prueba de referencia, no se encuentra condicionada a las especiales situaciones que señala la ley, pues en todo caso puede accederse a su práctica, pero se enfrentará a problemas de idoneidad demostrativa frente a los testigos directos, lo cual dependerá de la valoración probatoria que en sana crítica haga el juez.

Por su parte, la prueba de referencia, no solo se enfrentará a inconvenientes sobre su poder suasorio, sino a cuestiones que afectan el debido proceso constitucional en lo que atañe a los principios que regulan la práctica de los medios de convicción en el juicio".⁸

4. La solución del caso

El testimonio de JDRB, pedido por la defensa del acusado DERJ, de acuerdo con lo que fue planteado por el solicitante, tiene varios objetivos, dentro de los cuales está dar fe de la relación existente entre el acusado y la

⁶ Sentencia de 2 de octubre de 2001, radicación 15286.

⁷ Sentencia de 2 de septiembre de 2008, radicación 24920.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de julio 6 de 2011, radicación 35250.

supuesta víctima, a fin de restar credibilidad a la misma; referir lo que ocurrió y él percibió con ocasión de la reunión en que estuvo junto con ellos, y, además, las conversaciones sostenidas el mismo día de los hechos con su primo ÁPRG, quien le confesó que fue él quien perpetró la agresión sexual en contra de la por entonces menor de edad ÁDH, luego que ella quedara dormida por la ingesta de bebidas alcohólicas.

Así las cosas, la conclusión que se adopta por la primera instancia acerca de que este declarante, en el último aspecto mencionado en precedencia, que es el objeto de la discusión, podría ser catalogado como de referencia, o eventualmente de oídas, no es acertada porque nada de eso confluye en su respecto siguiendo lo que se ha citado en líneas anteriores acerca de esas especies de pruebas.

Valga precisar que el carácter de referencia que se predica de un medio de prueba surge no de la relación, directa o indirecta, que tiene esa prueba que se quiere llevar a juicio con la ocurrencia de los hechos objeto del debate, sino con la imposibilidad de que el órgano de prueba sea sometido por las partes y ante el juez a confrontación, contradicción y controversia en el acto oral de juzgamiento -inmediación-, precisamente porque no comparecería a su realización.

De manera que cuando se explica por la defensa que uno de los temas que sería informado por JDRB, en el momento de testificar, sería que ÁPRG, le dijo haber sido quien accedió carnalmente a la joven Á.D.H. en la fecha de autos, su dicho no es, desde ninguna perspectiva de análisis, constitutivo de referencia o de oídas, en cuanto lo que se quiere llevar al Juez de conocimiento es algo que él percibió, más precisamente escuchó, de parte de su consanguíneo.

Como quedó precisado, siendo que lo pretendido es acreditar en el debate oral que ÁPRG hizo la manifestación de haber sido autor del asalto sexual en contra de la menor ya conocida, reato que se atribuye al acusado RJ, es decir, que sería el verdadero autor delictual, es dable considerar que, independientemente que eso sea cierto o no, se está frente a una prueba directa porque el aspecto que se pretende probar (que la manifestación se hizo), fue personalmente percibida por el pretendido testigo RB, parafraseando a la Corte.

En ese esquema de análisis, lo que informaría sí tiene relación directa -pertinencia- con los sucesos que según la acusación presentada por la Fiscalía delegada son el objeto de la investigación penal, no en el entendido que los presenció, pues es claro que no se alega de él haber estado en la habitación de la residencia donde ocurrieron; sino que supo quién es su verdadero ejecutor, el cual es persona que a través del mismo testigo, como también por conducto de otros, ciertamente en el marco del juzgamiento sería ubicado en el teatro criminal, acorde con lo que postula la defensa, de ahí la necesidad y utilidad para sustentar la teoría que se avizora sobre la inocencia del acusado.

En suma, no debe perderse de vista que la teleología anunciada por el peticionario del testimonio de JDRB, es que exponga su conocimiento sobre los sucesos acaecidos el 9 de noviembre de 2013, del que hacen parte las afirmaciones que el mismo día escuchó de ÁPRG, que manifestó ser el autor del ilícito, descartando la intervención en la ejecución material del acto censurado al encausado DERJ.

Por ende, como el propósito del proceso penal es realizar una reconstrucción fidedigna de los hechos que en un caso particular son investigados, la búsqueda de una aproximación lo más cercana posible a la verdad real o histórica, en ese contexto es evidente que el referido testigo a pesar de no ser presencial directo de los que son materia de la presente actuación; sin embargo, se lo cita como testigo de haber escuchado de viva voz a quien manifestó ser el verdadero autor de la conducta ilícita; lo que sin duda tiene capital importancia para los referidos fines del proceso, en aras de la justicia material.

Dichas finalidades, sitúan el testimonio de JDRB, en el ámbito de la admisibilidad también, porque la defensa deja en claro que el testigo, tras haber sido descubierto, enunciado y solicitado, manifestando claramente el propósito que se persigue con él -necesidad y utilidad-, no causaría grave perjuicio ni generaría confusión o dilación del procedimiento, siguiendo la carga argumentativa que se cumplió completa y adecuadamente por la defensa en la audiencia preparatoria.

Consecuentemente, se modificará la decisión recurrida y, en su lugar, se admitirá el testimonio de JDRB para que

exponga sobre todos los temas que solicitó la defensa.

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, Resuelve:

1°. Modificar la decisión impugnada en el sentido de admitir el testimonio de JDRB, para que deponga sobre todos los temas que solicitó la defensa.

2°. Esta providencia se notifica en estrados y se hace saber que en su contra no es procedente recurso alguno.

Comuníquese y Cúmplase,

MAURICIO ALFONSO SENEJOA VENEGAS

Magistrado Ponente

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA

Secretario

JUICIO ORAL - RECHAZO DE PRUEBAS: Improcedencia de rechazar una prueba que ya fue decretada o admitida en audiencia preparatoria – No es posible que el juez de conocimiento dentro del debate oral rechace una prueba que ha sido decretada, al constituir una vulneración a la dinámica propia del proceso penal acusatorio, en tanto este es un tópico que debió ventilarse en la audiencia preparatoria; por tanto, a fin de garantizar que el juicio sea concentrado y por celeridad procesal, el funcionario judicial no puede permitir que las partes promuevan debates relacionados con la depuración de la prueba, siendo lo correcto diferir su análisis para la sentencia; además que las oposiciones a las pruebas decretadas y admitidas en audiencia preparatoria pueden resolverse de plano, sin lugar a dar vía a los recursos.

JUICIO ORAL – TESTIMONIO: Acreditación de Testigos – Se revoca el auto mediante el cual se rechazó por indebido descubrimiento probatorio el testimonio de una perito convocada por la Fiscalía, siendo que al versar la discusión sobre su identidad y al estar esto relacionado con la acreditación, lo procedente es permitir su interrogatorio a fin de demostrar su identidad y determinar si es la misma persona que fue ofrecida en etapas preliminares, luego de lo cual podrá el juez apreciar su confiabilidad y validez; pudiendo la defensa desacreditar a la testigo, si es del caso, en el momento del contrainterrogatorio. Sin embargo, en aras de preservar los derechos de ambas partes, se otorga a la defensa un término judicial adicional, con lo cual se le permitiría realizar un programa metodológico de investigación de la perito y ejercer a cabalidad su rol.

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

Auto interlocutorio: 010
Radicación: 520016000496201200029-02 N. I. 6311
Acusado: ÁJGT- JACB
Delitos: Actos sexuales con persona puesta en incapacidad de resistir.
Acta de Aprobación: 24 de 2 de marzo de 2015

San Juan de Pasto, tres (3) de marzo de dos mil quince (2015)

ASUNTO A DECIDIR

Procedente del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto (Nariño) ha llegado a esta Corporación judicial el proceso penal que se tramita en contra de ÁJGT y JACB, como probables coautores a título de dolo de la conducta punible de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravada, bajo la modalidad de poner a la víctima bajo inferioridad psíquica que les permitiera comprender la realización sexual o dar su consentimiento. Le corresponde a la Sala resolver la impugnación presentada por el Fiscal 52 Seccional JAIRO ALBERTO FAJARDO RONDÓN y por la Representante del Ministerio Público Dra. MIRIAM CANAL RICAURTE, contra el auto interlocutorio proferido en el curso de la sesión de audiencia de juicio oral celebrada el 17 de septiembre de 2014, a través del cual se rechazó por indebido descubrimiento probatorio el testimonio de la señora Myrna García, que había sido convocada a dicho acto por el ente acusador.

ANTECEDENTES QUE INTERESAN A LA DECISIÓN:

Aparecen relatados en el escrito de acusación, de la siguiente forma:

“en la ciudad de Pasto, dentro de las instalaciones del denominado “MA y PS” ubicadas en el antiguo teatro Alcázar, en un noche de febrero a abril de 2007, sin precisarse la fecha exacta, el señor ÁJGT en su calidad de Apóstol de ese “Ministerio” se encontraba realizando una “guerra espiritual” (reunión de varias personas que oran por algo) con unas veinte personas a las que dividió en grupos de a cuatro personas y entre ellas se encontraba KXSI a quien en determinado momento le dijo que iba a orar

por ella y la llevó al segundo piso del teatro en donde se encontraba con un grupo de doncellas de las danzas y mujeres "profetas" y una vez allí la hace sentar en una silla, le dice que va a orar por ella, que la va a ministrar y le pide que se disponga, confíe y crea en él porque iba a recibir la dirección de Dios y ella solo debía sujetarse (obedecer). Seguidamente y siguiendo unas instrucciones dadas por JACB, el señor ÁJGT procede a besarla desde la frente hasta los pies, supuestamente para "sellarla", incluyendo sus senos y vagina por encima de la ropa y a deslizar sus manos por todo el cuerpo de la ofendida y a continuación le pidió que se acostara en la silla y le empezó a soplar en la boca diciéndole que no abra los ojos. En seguida e invocando un pasaje bíblico JACB le dice al señor GT que debía colocarse sobre KXSI como Elías con el hijo de la viuda para devolverla a la vida y con la ayuda de las otras mujeres que le abren los brazos y piernas que tenía cruzados y entonces ÁJGT se le coloca encima y realiza una serie de movimientos eróticos de arriba abajo y en vista de que aquella se puso muy nerviosa, el apóstol le pide que se quede tranquila, le dice que eso no era malo, ni fornicación ni nada perverso porque era una ministración del Espíritu Santo dirigida por Dios, pero ella finalmente lo empujó y por ello ÁJGT dejó de realizar ese tipo de actos en contra de la víctima.

De otra parte, también en la ciudad de Pasto, dentro de las instalaciones del denominado "MA y PS" ubicadas en el antiguo teatro Alcázar y más concretamente en su oficina particular, a partir de finales del año 2008 y hasta mediados de 2010, el mismo ÁJGT accedió carnalmente en al menos diez oportunidades a ACMA, persona que regresó a esa iglesia luego de haberse retirado por un tiempo, y a quien igualmente le hacía las "ministraciones" los días domingos en medio del culto, utilizando para ello a dos mujeres que estaban pendientes de que ninguna persona ingresara a esa oficina y si fuere el caso avisarle al apóstol de la presencia de esa persona. Para estas ministraciones se le pedía a la ofendida que asistiera vistiendo sudadera o una falda o algo fácil de quitarse, advirtiéndole a ACM que no fuera a decir nada de lo ocurrido porque sino se ganaba una maldición."

El 08 de Julio de 2012, el Juzgado Veinte Penal Municipal de Bogotá llevó a cabo audiencia de legalización de captura, misma que declaró legal, así como de formulación de imputación por el delito de acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, en concurso, pero se abstuvo de imponer medida de aseguramiento a ÁJGT, decisión que fue apelada por el Delegado de la Fiscalía y el Representante del Ministerio Público.¹

El 02 de agosto de 2012, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pasto, actuando en función de control de garantías, en audiencia reservada emitió orden de captura en contra de JCB, con vigencia de un año².

Para el 06 de agosto de 2012, el Juzgado Tercero Penal Municipal de control de garantías legalizó la orden y el procedimiento de registro y allanamiento, así mismo, el procedimiento de captura de JCB, a quién la Fiscalía le formuló imputación en audiencia concentrada por el delito de acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir en calidad de coautora, cargos no aceptados por ella imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, decisiones todas apeladas por la defensa³.

En decisión del 28 de septiembre de 2012, el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, actuando con función de control de garantías, revocó la decisión del Juez Veinte Penal Municipal a través de la cual se abstuvo de impartir medida de aseguramiento a GT, para en su lugar afectarlo con una medida privativa de la libertad en centro carcelario, de manera provisional.⁴

Con posterioridad a ello, se radicó escrito de acusación el 5 de octubre de 2012 y la audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo durante los días 14 de enero, 11 de febrero y 24 de abril de 2013. Acto seguido, los días 10, 11, 12 y 13 de diciembre de 2013 y 6 de febrero de 2014 se realizó la audiencia preparatoria.

¹ Folio No.45

² Folio No.07

³ Folio No.20

⁴ Folio No.43

Por otra parte, el 12 de mayo, del 15 al 24 de julio; y del 15 al 17 de septiembre de 2014 se desarrolló la audiencia de juicio oral, la cual fue suspendida en razón a que el abogado defensor se opuso a la realización del testimonio de la señora MYRNA GARCÍA, toda vez que consideró se lo estaba sorprendiendo con una testigo diferente al descubierto por la Fiscalía en su oportunidad, pues ella ahora se identifica con el nombre de MYRNA MARIE HOUSE y, de manera pretérita, es decir tanto en la audiencia de acusación como en la preparatoria, el ente titular de la acción penal mencionó que llevaría a juicio a la primera mencionada, persona ésta a la que no pudo investigar ni mucho menos ubicar. De tal manera arguyó que se está vulnerando de manera flagrante el derecho a la defensa y el debido proceso. En consecuencia, advirtió que la Corte Suprema ha señalado que la sanción a un mal descubrimiento probatorio es el rechazo, por lo que elevó su pedimento en tal sentido.

FUNDAMENTOS DE LA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de Primera Instancia determinó rechazar por indebido descubrimiento probatorio el testimonio de MYRNA GARCÍA, quien en desarrollo del juicio oral se presentó como MYRNA MARIE HOUSE, con fundamento en que el descubrimiento probatorio es parte de la esencia del sistema adversarial por lo que tanto la Fiscalía como la Defensa deben suministrar, exhibir o poner a disposición todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que posean como resultado de sus investigaciones, y que pretendan sean tenidas como pruebas en el juicio oral, permitiendo que la contraparte conozca oportunamente los elementos de prueba sobre los cuales el adversario fundará su teoría de caso, para de ese modo elaborar la estrategia pertinente.

De tal manera que el descubrimiento probatorio se encuentra íntimamente ligado con el derecho de defensa y el debido proceso, en consecuencia, el debido descubrimiento condiciona la admisibilidad de la prueba, de lo contrario el juez tiene la competencia para rechazar todos aquellos elementos probatorios o evidencia sobre los cuales se haya incumplido el deber de revelar información durante el proceso de descubrimiento.

Procedimiento este que consideró no se cumplió a cabalidad por parte de la Fiscalía, pues cuando dicho ente presenta el escrito de acusación tiene el deber de acompañarlo con un anexo que debe contener, entre otros, nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en juicio. No obstante, en el caso concreto el señor Fiscal descubrió el testimonio de MYRNA GARCÍA, pero en desarrollo de la audiencia de juicio oral se presentó una mujer de nombre MYRNA MARIE HOUSE, apellido que utiliza en Estados Unidos al ser una mujer casada; sin embargo, al haberse aportado documentos foráneos que no estaban apostillados, ellos no pueden ser tenidos en cuenta a efecto de establecer que se trata de la misma persona que el ente investigador descubrió en su momento.

Así las cosas, no se puede afirmar que se esté suplantando a una testigo, sino que no se cumple con una formalidad para determinar que la persona que comparece a juicio es MYRNA GARCÍA, razón por la cual la censura elevada por el abogado defensor de los intereses del procesado, tiene asidero jurídico.

ARGUMENTOS DE LOS IMPUGNANTES

Fiscalía:

Inconforme con la decisión, el doctor JAIRO ALBERTO FAJARDO RONDÓN, Fiscal 52 Seccional, de manera preliminar hizo énfasis en que el juzgado de primera instancia aceptó no tener duda alguna respecto a que la persona que comparece a la audiencia de juicio oral es la misma persona que él descubrió en su momento, esto es, MYRNA GARCÍA.

Posterior a ello, refirió que no se advierte vulnerado el derecho de defensa, porque la Fiscalía enunció el nombre de la testigo, manifestó cuál era su labor e hizo el respectivo descubrimiento de los informes que ella realizó, con base en lo cual el equipo de defensa efectuó distintas labores investigativas en internet y corroboró que la testigo es parte de la red de apoyo de víctimas, es decir, conoce a Myrna García, incluso realizó algunas críticas de su labor, por tanto, no se ha truncado la citada garantía fundamental de su contraparte.

Aunado a ello, aseguró que con la determinación adoptada por el Juez de primer grado, que restó cualquier tipo de valor probatorio a un documento de origen extranjero que certifica que MYRNA GARCÍA es la misma

MYRNA MARIE HOUSE, con fundamento en que el mismo no cumple con las formalidades que exige nuestra legislación, no se ha tenido en cuenta el principio fundamental de libertad probatoria y que si el busilis del asunto era la identificación de la testigo, el juez A quo debió hacer uso de otros medios en aras de obtener dicha individualización.

Finalmente, afirmó que ello es posible inferirlo a través de los informes periciales conocidos por el equipo de la defensa, así como también esgrimió que se debió considerar el hecho que la identificación de la testigo fue verificada por las autoridades colombianas al momento de expedirle su visa de trabajo.

Ministerio Público:

La representante del Ministerio Público arguyó que la carga de la prueba está invertida, pues es la defensa quien debe demostrar que la testigo que tiene en frente no es MYRNA GARCÍA, que en su momento fue quien el ente acusador descubrió en la respectiva audiencia de acusación, pues tuvo acceso a documentos elaborados por ella, incluso efectuó observaciones a la labor realizada por la testigo. Así, hizo énfasis e insistió en la posibilidad que ha tenido el abogado defensor de conocer su trabajo.

ARGUMENTACIONES DE LOS NO IMPUGNANTES

Defensa:

Solicita la defensa se confirme la decisión del Juez de Primera instancia, pues considera que los informes no están firmados por nadie, simplemente llevan el nombre de MYRNA GARCÍA, pero no los ha suscrito persona alguna; aunado al hecho que tampoco tienen un "código de profesional" o un número de identificación, de manera que la defensa jamás ha aceptado que los informes están suscritos por ella. En consecuencia, recordó que ante un mal descubrimiento por parte de alguna de las partes, es deber del juez rechazar el elemento material probatorio.

Ahora bien, trajo a colación los artículos 393 y 403 del Código de Procedimiento Penal, que hacen referencia a la posibilidad de impugnar la credibilidad del testigo, manejándose dos aspectos, su acreditación y su credibilidad; el primero de ellos que se refiere a conocer si la testigo es profesional en el área de la salud, si es médico o no, o si es o no psicóloga, entre otros, y ello sólo lo podía consultar si se le hubiera descubierto el testimonio de MYRNA MARIE HOUSE.

Por otra parte, no está de acuerdo con lo afirmado por la Fiscalía referente a que el Juez debió utilizar el principio de libertad probatoria para determinar la identidad de la testigo, pues ello significaría que la autoridad judicial incurriera en prevaricato, en razón a que en nuestro país toda prueba de oficio es ilícita, pues el proceso penal acusatorio es rogado.

Acto seguido, arguyó que no hay razón para que con fundamento en el principio de la buena fe el Juez deba practicar una prueba que fue mal descubierta, sin embargo, la defensa no pudo "atacarla" en su momento, esto es, en la audiencia preparatoria, ya que no tenía conocimiento de la situación que ahora lo aqueja.

Finalmente, en cuanto a los requisitos formales que el documento extranjero debía contener a efecto de que se pudiera determinar si la persona que iba a rendir su testimonio en audiencia de juicio oral es la misma que se le descubrió por parte del ente acusador, está de acuerdo con la determinación adoptada por el juez de primera instancia, respecto a que el mismo debía estar apostillado para ser objeto de valoración, por lo que solicita se confirme la decisión del A quo.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Advierte la Sala que de los argumentos de los impugnantes se desprende el siguiente problema jurídico a resolver:

¿Es posible rechazar un testimonio en desarrollo de la audiencia de juicio oral, que ha sido debidamente decretado en la audiencia preparatoria, por cuestionamientos sobre su identidad?

CONSIDERACIONES DE LA SALA

- **Competencia**

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal.

- **El caso que concita la atención de la Sala**

Tal como se señaló en precedencia, el problema fáctico y con trascendencia jurídica que subyace en el presente asunto se reduce a establecer si la señora MYRNA GARCÍA es la misma MYRNA MARIE HOUSE que ha llegado a la audiencia de juicio oral convocada por el Delegado de la Fiscalía General de la Nación para que sirva como testigo perito, en la demostración de la teoría del caso acusatoria en contra ÁJGT Y JACB.

Recordemos que desde la presentación del escrito de acusación (ver folios 28 a 31 de la carpeta 8189) aparece en el punto 6.2.6. que la Fiscalía cuenta con un informe pericial psicológico preliminar de la víctima LDVO, realizado por la psicóloga MYRNA GARCIA, el cual debería ser incorporado oralmente en el debate público a través de la mencionada profesional de la psicología. Posteriormente se indica que esta testigo pertenece a la *"Red de Apoyo a las víctimas de sectas"* y que sería citada o convocada a juicio por intermedio de la Fiscalía. También aparece claro que en la audiencia de formulación de acusación celebrada el 14 de agosto de 2013 fue descubierto a la defensa el informe base de opinión pericial que la citada MYRNA GARCIA, había rendido preliminarmente, sin que presentara controversia alguna.

Posteriormente, en desarrollo de la audiencia preparatoria del día 10 de diciembre de 2013 fue enunciado el nombre de MYRNA GARCÍA como potencial testigo para llegar a juicio, y se solicitó de manera formal dicho testimonio, motivo por el cual fue decretado merced a su pertinencia y utilidad para los fines del proceso.

Es en desarrollo de la audiencia de juicio oral, específicamente en la sesión del 17 de septiembre de 2014, cuando fue llamada al estrado la testigo perito MYRNA GARCÍA, cuando se presentó una controversia entre la Fiscalía y la Defensa; esto porque al cubículo de testigos se hizo presente una mujer portadora de un pasaporte americano que en sus generales del ley dijo llamarse MYRNA MARIE HOUSE, momento en el cual presentó oposición el abogado suplente de la defensa Dr. Wilson Caballero Ariza para solicitar el RECHAZO de este testimonio, porque no se le había descubierto oportunamente en etapas anteriores; mientras tanto el representante de la Fiscalía insistía en que MYRNA GARCÍA y MYRNA MARIE HOUSE son la misma persona, solo que el primer apellido es latino y el segundo lo utiliza en sus estancias en Norteamérica, porque al ser casada asumía el nombre de su esposo, motivo por el cual así aparece en el pasaporte de los Estados Unidos de América.

Fue en este momento en el cual el juez de conocimiento decidió disponer el RECHAZO de dicha prueba testimonial, al considerar que había faltado la Fiscalía a su deber legal de descubrimiento del nombre de MYRNA MARIE HOUSE como la testigo perito en psicología que iba a llevar a juicio.

Para esta Corporación Tribunalicia, dicha decisión de rechazo de una prueba ya decretada o admitida constituye un grave error del juez de conocimiento, en la medida que vulnera la dinámica propia del proceso penal acusatorio colombiano, motivo por el cual desde ya se anuncia que el auto materia de apelación será revocado, con fundamento en las siguientes argumentaciones:

1. En variadas decisiones de la Alta Corporación de Justicia Penal, a partir del auto de segunda instancia proferido el 8 de agosto de 2012, dentro del radicado 39416, con ponencia del Honorable Magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, se ha indicado lapidariamente que *"la audiencia preparatoria constituye el escenario por excelencia para el decreto por parte del juez de las pruebas solicitadas (inciso 2, artículo 357 Ley 906 de 2004) y la consideración de temas probatorios inherentes a exclusión, rechazo e inadmisibilidad (artículo 359 ibídem)"*. Por tal virtud no resulta posible que durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral los jueces de conocimiento den cabida a las partes para debates relacionados con la depuración de la prueba, porque en este estadio procesal lo que se busca es su práctica material y su incorporación en el juicio, amén que constituye verdad de Perogrullo que jurídicamente no se puede rechazar una evidencia que ya está admitida, de suerte que lo único que resulta posible

es valorarla positiva o negativamente, de acuerdo con el poder de convencimiento que ella ofrezca, lo cual tiene como escenario propicio la sentencia final.

2. El verdadero problema jurídico que plantea el defensor suplente, Dr. Wilson Caballero Ariza, no tiene que ver con el descubrimiento de los elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida por la Fiscalía, porque ya se dijo que esto ocurrió a plenitud en desarrollo de la audiencia de formulación de acusación; el debate trasunta a una de las fases preliminares de la recepción del testimonio, como lo es el de la ACREDITACIÓN, que en sentir del Alto Tribunal de Justicia Penal tiene como finalidad que el juez aprecie la confiabilidad y la validez del medio de convicción⁵, entre lo cual está el que la persona que ha sido llevada ante su estrado sea la misma que ha ofrecido en etapas preliminares la parte que lo convoca, y que no sea otra.

3. Lastimosamente el juez de conocimiento no le ha permitido a la Fiscalía interrogar a la testigo MYRNA MARIE HOUSE para demostrarle al juez de conocimiento y a las demás partes e intervinientes que se trata de la misma persona de MYRNA GARCÍA, integrante esta de una *"Red de apoyo a las víctimas de sectas"*, quien rindiera un informe base de opinión pericial psicológico de la víctima LDVO, del cual ha tenido amplio conocimiento la defensa.

Es claro que para poder dilucidar este aspecto, que pudiera ser meramente nominal o de simple identificación del testigo, por aquello de la forma como se componen o integran los nombres de las personas casadas en el sistema latino y a diferencia del sistema norteamericano, pues lo menos que debe permitir el Juez director del juicio es que el testimonio fluya que se desarrolle a plenitud, a efecto de que la Fiscalía General de la Nación como parte convocante de la testigo MYRNA GARCÍA pueda acreditarla como tal y/o como MYRNA MARIE HOUSE.

Por supuesto que la defensa tiene su momento culminante dentro del contrainterrogatorio, según lo establecido en los artículos 391 y 393 procesal penal, para demostrar lo contrario, esto es para desacreditar a la testigo de la Fiscalía, lo cual solo puede suceder cuando se haya agotado integralmente el interrogatorio directo de la parte que lo ha venido ofreciendo como testigo de cargos; es este el sentido y contenido de la segunda parte del interrogatorio cruzado que trata el artículo 391 del Código Procesal Penal.

4. No puede desconocer esta Sala de decisión el aserto o manifestación de la defensa, referente a que ha tenido un tiempo prudencial para adelantar labores investigativas que le permitan controvertir en juicio todo lo relacionado con el nombre y persona de MYRNA GARCÍA, porque es este el nombre de la perito testigo que la Fiscalía llevaría a juicio para demostrar su teoría del caso. Este nombre lo ha investigado en internet y le ha hecho seguimiento sobre la forma como pudiera haberse comportado como perito en juicios análogos, de suerte que hasta pudiera tener preparado un listado de preguntas para efectuarlas en el contrainterrogatorio, con el propósito de derruirle su credibilidad. Y también es apenas entendible que le resulta *"sorpresivo"* que en la audiencia de juicio oral aparezca la potencial testigo MYRNA GARCÍA con un apellido diferente, pero esto no puede ser entendido como un acto de deslealtad procesal atribuible a la Fiscalía, porque ello no es lo que subyace en el proceso, sino posiblemente una simple contingencia al revelar el nombre con el cual se identifica en el pasaporte americano, donde aparece como MYRNA MARIE HOUSE, supuestamente por haber adquirido el apellido de casada, con lo cual desaparece el apellido paterno con el cual nos identificamos en Latinoamérica.

5. La solución del caso, en aras de preservar de manera equilibrada e imparcial los derechos de una y otra parte, no puede ser diferente a otorgarle un término judicial adicional al equipo de defensa para que realice un programa metodológico de investigación del nombre y persona de MYRNA MARIE HOUSE, que le permita entrar en una controversia real cuando haya lugar a contrainterrogarla. Para estos efectos se dispondrá que la audiencia pública para la recepción del testimonio de la citada testigo perito en psicología no se reanude antes de quince (15) días hábiles, contados a partir de la audiencia de lectura del presente auto, término que se considera razonable y en concordancia con el artículo 365 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia de 9 de noviembre de 2009, radicado No 32595, M. P. Alfredo Gómez Quintero.

6. El juez de conocimiento debe proveer y direccionar los trámites para que la audiencia de juicio oral sea rápida e ininterrumpida, y diferir para la sentencia las controversias que planteen las partes sobre las pruebas que en su desarrollo se vayan incorporando, sin perder de vista que las oposiciones de los sujetos partes e intervinientes a las pruebas debidamente decretadas y admitidas en desarrollo de la audiencia preparatoria pueden resolverse de plano, sin lugar a dar vía al tortuoso camino de los recursos de reposición y apelación; así lo dijo el Tribunal de Cierre de la Jurisdicción Penal en el auto con radicado 39416, antes citado, para privilegiar la celeridad del juicio:

*"Pues piénsese en un juicio donde deban introducirse un sinnúmero de elementos materiales probatorios, evidencia física e información (artículo 275 Ley 906 de 2004) a través de testigos de acreditación (literal "d" numeral 5° del artículo 337 ejusdem) por parte de la fiscalía, como también por la defensa; **de adoptarse la metodología que utilizó en este caso el juzgador colegiado a quo, se llegaría al absurdo que se "inadmitan" o "excluyan", evidencias cuyo filtro de pertinencia y admisibilidad (artículos 375 y 376 Ley 906 de 2004, respectivamente) fue efectuado en la audiencia preparatoria**, pues no otra conclusión se deriva del contenido del artículo 374 ibídem -oportunidad de pruebas- que establece: "Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el artículo 357, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público", sobre lo cual deberá existir pronunciamiento de parte del juez (artículo 357 inciso 2° Ley 906 de 2004)." (Negrita de la Sala)*

Con posterioridad, la misma Corte en providencia calendada el año inmediatamente anterior, tras establecer de manera diáfana que el principio de oralidad que rige el sistema de partes, adoptado a través del Acto Legislativo 03 de 2002, garantiza que el juicio sea verbal, concentrado y por tanto célere, señaló que:

*"(...) la concentración supone la continuidad y fluidez de la audiencia, y esto a su vez implica que las pruebas se practiquen en bloque, para lo cual **es imprescindible que se excluya de la audiencia pública cualquier controversia que interfiera con tales propósitos. Por tanto, al inicio del debate probatorio ya debe estar superada cualquier discusión en torno de su práctica, precisamente para ello se diseñó la audiencia preparatoria, escenario en que se resuelven todos los debates vinculados con dicha temática**, a través de un auto que habrá de contener la clase de prueba a practicarse en el juicio, la forma de su incorporación, el orden de su presentación, aquello que se excluye del debate, etcétera; proveído susceptible de los recursos correspondientes, pero que una vez en firme, deja zanjada toda la discusión al respecto.*

(...)

De manera, que luego de superado el debate en dicho acto, se insiste, ya no se puede revivir en el juicio, (...) En consecuencia, no es procedente que en los momentos procesales subsiguientes del juicio oral se retorne a los aspectos relacionados con las solicitudes probatorias y su decreto (...)." ⁶ (Negrita de la Sala)

7. Consecuencia de lo anterior es disponer la revocatoria de la decisión venida en alzada, a través de la cual fue RECHAZADO en la sesión de audiencia de juicio oral de 17 de septiembre de 2014, el testimonio de la señora MYRNA GARCÍA o MYRNA MARIE HOUSE, con fundamento en indebido descubrimiento probatorio. En su lugar se dispondrá que se reactive dicha audiencia con la práctica del testimonio de aquella testigo perito en psicología, en el estado en el que se encuentra, permitiéndole al delegado de la Fiscalía proseguir con la acreditación de su testigo y demás elementos que considere pertinentes para la prosperidad de su teoría del caso.

Se dispondrá que dicha audiencia no se reanude antes de vencidos quince (15) días hábiles, tiempo durante el cual podrá la defensa realizar las investigaciones que considere pertinentes para la preparación del contrainterrogatorio de dicha perito.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia de 8 de mayo de 2014, radicado No 43481, M. P. José Leonidas Bustos Martínez.

Sin otras argumentaciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto el día 17 de septiembre de 2014, que resolvió RECHAZAR el testimonio de la señora MYRNA GARCÍA o MYRNA MARIE HOUSE en el desarrollo de la audiencia de juicio oral.

SEGUNDO: En su lugar, se dispone la reactivación de dicha audiencia con la PRÁCTICA del testimonio de la referida testigo perito en psicología, no antes de transcurrido un término de quince (15) días hábiles siguientes a la lectura del presente auto.

TERCERO: La presente decisión se notifica por estrados y contra ella NO procede recurso alguno.

CUARTO: Retorne el proceso a su lugar de origen.

Cúmplase

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

GLORIA OVIEDO ZAMBRANO

Magistrada

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA

Secretario

PREACUERDO / PRISIÓN DOMICILIARIA – REQUISITOS: En la determinación del factor objetivo deben tenerse en cuenta los dispositivos amplificadores del tipo y las circunstancias genéricas y específicas que agraven o atenúen la punibilidad y que tengan la virtualidad de modificar los límites punitivos – Procedencia de la sustitución de la prisión intramural por domiciliaria, siendo que el condenado cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 38B del Código Penal, en tanto que al haberse acordado el reconocimiento del estado de ira e intenso dolor, como único beneficio, incidiendo en la determinación del requisito objetivo, relacionado con el mínimo punitivo, viabilizó su concesión; no siendo factible improbar el preacuerdo aduciendo que el delito por el cual se procede tiene señalada una pena mínima que supera el límite legal requerido para la concesión de dicho beneficio, por cuanto los términos en que éste fue suscrito, modificaron los límites punitivos de la conducta punible. /

REPÚBLICA DE COLOMBIA

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO
SALA DE DECISION PENAL**

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

Sentencia N°: 012
Radicación: 520016000485200900093 – 1NI. 9787
Procesado: JEPC
Delito: HOMICIDIO – FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO
Acta de Aprobación: 100 de 14 de septiembre de 2015

San Juan de Pasto, veintidós (22) de septiembre de dos mil quince (2015)

ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor JEPC, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto – Nariño el día primero de junio de dos mil quince (2015), a través de la cual se le condena como autor responsable del concurso de delitos de Homicidio y Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de Fuego y Municiones.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

La controversia tiene su génesis fáctica a partir del 8 de enero de 2009, cuando el señor JEPC arribó a la residencia del señor JRCS, ubicada en el barrio San Albano de Pasto, ..., quien se encontraba acompañado de las niñas AVRC y YDPP.

Al llegar a dicho sitio, golpeó la puerta de la casa y preguntó por su compañera sentimental LMP, a lo cual JRC respondió que ella no se encontraba allí, pues se hallaba en casa de la señora M. Sin embargo, el señor JEP, insatisfecho con la respuesta recibida, empezó a lanzarle insultos e improperios, hasta que al final terminó desenfundando un arma de fuego y disparando en tres ocasiones contra la humanidad de JRC.

Las menores que se encontraban con él intentaron auxiliarlo, pidiendo ayuda para trasladarlo a un hospital, sin embargo, las heridas generadas por los disparos le causaron la muerte.

Posteriormente, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses realizó un informe pericial de necropsia No 2009-010152001000019, en el cual se estudió el cadáver del señor JRC, encontrando que existía *“perforación de los lóbulos del pulmón derecho con hemotórax de 2000cc., fracturas costales bilaterales, perforación de diafragma, destrucción del riñón izquierdo, laceración del borde inferior del bazo; destrucción del páncreas, estallido del lóbulo derecho del hígado, hemoperitoneo”*¹. De los anteriores hallazgos, se descubrió que su muerte fue causada por *“heridas por proyectil de arma de fuego penetrantes en tórax y abdomen”*².

Con los elementos materiales probatorios y evidencias físicas obtenidas por la Fiscalía, tales como informe de plena identidad del señor JEPC, entrevistas de testigos como la señora LMDELRPC, la NIÑA YDPP, entre otras, se solicitó la expedición de una orden de captura en contra del indiciado ante el Juzgado Quinto Penal Municipal de Control de Garantías de Pasto, el cual accedió a dicha petición.

Como consecuencia de lo anterior, el 5 de marzo de 2014 se capturó al ahora condenado en inmediaciones del barrio Loma del Carmen de Pasto. El mismo día, se realizaron audiencias de legalización de registro y allanamiento, legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Garantías de Pasto – Nariño, en las cuales se le imputó al señor JEPC los delitos de HOMICIDIO SIMPLE y FABRICACIÓN, TRÁFICO O TENENCIA DE ARMA DE FUEGO en calidad de autor a título de dolo. En la misma audiencia el juez le preguntó si aceptaba dichos cargos, ante lo cual él decidió guardar silencio.

No obstante la negativa del procesado a allanarse a los cargos endilgados, el 7 de mayo de 2014 entre Fiscalía y Defensa se suscribió un preacuerdo, en el cual se pactó que el señor PC aceptaba los cargos de HOMICIDIO DOLOSO y FABRICACIÓN, PORTE O TRÁFICO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO a título de autor, a cambio de la concesión o reconocimiento -como único beneficio- de la circunstancia de menor punibilidad modificadora de límites punitivos conocida como *“estado de ira e intenso dolor”*, consagrada en el artículo 57 del Código Penal. Se acordó también el monto de la pena a imponer en SESENTA Y TRES (63) MESES DE PRISIÓN y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de tiempo.

Dicho convenio fue objeto de análisis en audiencia de Verificación de Preacuerdo, Individualización de la Pena y Lectura de Sentencia, realizada el primero de junio de 2014 por parte del Juez Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pasto, quien después de hacerle saber al imputado los derechos que le asistían e interrogarle acerca de si la aceptación de cargos era libre, consciente y voluntaria, impartió aprobación tanto a la acusación como a la aceptación de cargos.

El mismo día, dicho juzgado emitió sentencia de carácter condenatorio, en la que se resolvió imponer en contra del señor JEPC una pena de SESENTA Y TRES MESES (63) de prisión, como también la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y la prohibición de la tenencia y porte de armas de fuego por un término igual al de la pena principal. También decidió denegar al condenado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria, pues no se cumplían los requisitos que demandan su concesión.

Contra esta decisión se interpuso recurso de apelación por parte de la Defensa, lo que ha dado lugar al arribo del expediente a esta instancia para efecto de revisión en alzada, para que se revise la posibilidad de la concesión del sustituto de prisión domiciliaria.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto (N) fundamentó su decisión, sobre el punto objeto de controversia, rechazando de plano la concesión del beneficio de prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, pues ni siquiera en función del principio de favorabilidad, aplicando lo dispuesto en la ley 1709 de 2014,

¹ Ver Folio No 57,

² Ver Folio No 57,

se cumpliría el requisito objetivo, debido a que el delito por el cual se lo condena (Homicidio Simple) conmina una pena mínima que supera el límite legal establecido en el artículo 38B del Código Penal, que es de ocho (8) años de prisión.

Con relación a la propuesta de la Defensa de aplicar la circunstancia de menor punibilidad modificadora de los límites punitivos de *"Estado de Ira a Intenso Dolor"*, para la determinación del requerimiento punitivo de los ocho (8) años de prisión, el Juez de primer grado indicó que dicha solicitud era inocua, puesto que la circunstancia modificadora anteriormente señalada fue reconocida como beneficio de un preacuerdo entre Fiscalía y Defensa y no respondía a la conducta realmente perpetrada. Indicó también que el reconocimiento de aquella circunstancia que degrada la punibilidad sólo constituye una ficción jurídica, dirigida a atenuar la pena, y que en realidad la conducta sigue siendo la inicialmente imputada, al punto que el acusado se declara autor de los delitos atribuidos y realmente cometidos, esto es Homicidio Simple en concurso con Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de Fuego o Municiones. De esta manera, resuelve que el procesado debe cumplir la pena impuesta en establecimiento carcelario.

ARGUMENTACIONES DEL IMPUGNANTE

El Doctor JAIRO DANIEL ERAZO MENESES, abogado Defensor de los intereses jurídicos del procesado, señaló que el juez de primera instancia incurre en un error al no conceder el sustituto de prisión domiciliaria establecido en los artículos 38 y 38B del Código Penal, modificados por los artículos 22 y 23 de la ley 1709 de 2014, pues en la medida en que en el preacuerdo se pactó como beneficio la concesión de un fenómeno amplificador del tipo, esto es *"el estado de ira e intenso dolor"*, entonces los límites punitivos del delito fueron modificados, llegando al punto que los mismos no sobrepasan el requisito objetivo, esto es, que la pena mínima para el delito establecida en la ley no supere los ocho (8) años de prisión.

Cita el recurrente el artículo 60 del Código Penal, debido a que, según él, en tal artículo se establece que para verificar los límites entre mínimos y máximos punibles deben tenerse en cuenta las circunstancias modificadoras de dichos límites punitivos, indistintamente si se trata de un preacuerdo o no. Para el libelista *"no existe justificación"* que permita inferir que de ser reconocida una diminuyente punitiva, como beneficio a través de un preacuerdo, no se modifique los límites de la pena, permitiendo así el cumplimiento del requisito objetivo establecido para la concesión del sustituto de prisión domiciliaria.

Cita el apelante la Sentencia del 20 de noviembre de 2013, con radicado 41570, emitida por la Honorable Corte Suprema de Justicia en la que se concluyó que *"...no se vulneraba la garantía constitucional de legalidad, aducida por el Tribunal en orden a cuestionar la concesión del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria, en tanto al imponerse una condena privativa de la libertad de 48 meses en el sub examine, se cumpliría el requisito objetivo establecido en el artículo 38 del Código Penal."*

De esta manera, para garantizar el derecho fundamental a la igualdad, solicita el libelista que se interprete favorablemente lo establecido en los artículos 38B y 60 del C.P. y se aplique el precedente referido, en tanto se cumplen los requisitos para la concesión de la prisión domiciliaria.

En consecuencia de lo anterior, exige el recurrente se reforme el numeral segundo de la sentencia del 1 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, y en su lugar se conceda al condenado el sustituto de la prisión domiciliaria.

PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

1. *¿Tiene derecho el señor JEPC al otorgamiento del sustituto de Prisión Domiciliaria, por reunir los requisitos establecidos en el artículo 38 del Código Penal para tal efecto?*
2. *¿Tiene incidencia en la determinación del requisito objetivo, relacionado con el límite punitivo del artículo 38 numeral 1 del Código Penal, el reconocimiento de la causal de "estado de ira e intenso dolor" (artículo 57 del C.P.), como único beneficio en virtud del preacuerdo?*

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las argumentaciones jurídicas fundamentales planteadas por el doctor JAIRO DANIEL ERAZO MENESES, como apoderado de la Defensa, apuntan a la posibilidad de que a su defendido se le pueda conceder la prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de prisión intramural, puesto que mediante preacuerdo se le reconoció la circunstancia modificadora de límites punitivos conocida como “estado de ira e intenso dolor”, de suerte que, según el apelante, su cliente cumplía con todos los requisitos exigidos por el artículo 38 del Código Penal para la concesión del sustituto de prisión domiciliaria. Ante dicho argumento, el juez de primera instancia aseveró que no se cumplía el requisito objetivo contenido en las normas citadas, pues entre los delitos por los cuales se procedió se encontraba el de Homicidio simple, establecido en el artículo 103 del Código Penal, el cual consagra una pena mínima de 208 meses, que es superior a los 5 años de prisión, excediendo así el límite del requisito objetivo; además frente a la solicitud de la defensa de tener en cuenta la circunstancia que degrada la punibilidad reconocida por vía de preacuerdo, arguyó que tal circunstancia configuraba una ficción legal dirigida a atenuar la pena y no respondía a la real ocurrencia de los hechos que rodearon el delito cometido.

Debe indicarse preliminarmente que es el art 38 del Código Penal originario (ley 599 de 2000) el que establece los requisitos para la procedencia del sustituto de prisión domiciliaria, norma esta que es la vigente para la fecha de los hechos que tuvieron ocurrencia en el año 2009. Dicho dispositivo normativo exige el cumplimiento de un requisito objetivo, el cual hace relación a que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 5 años de prisión o menos. Se reclama también el cumplimiento de unos requisitos de tipo subjetivo, relativos a que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena. También se reclama garantizar mediante caución prendaria el cumplimiento de una serie de obligaciones.

Con el advenimiento de la ley 1709 de 2014 se surtió una importante modificación a estos requisitos, lo cuales pudieran ser más favorables para éste caso particular; en primer lugar, en cuanto al requisito objetivo, la prisión domiciliaria procede cuando la conducta punible por la cual se impone sentencia tenga una pena mínima prevista en la ley que sea igual o menor a ocho (8) años de prisión; en segundo lugar, que se trate de un delito que no esté incluido en el inciso segundo del artículo 68A del Código Penal; en tercer lugar, que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado; finalmente, que se garantice mediante caución el cumplimiento de algunas obligaciones.

La Sala se permite recordar que estos requisitos son de estirpe legal y de obligatorio cumplimiento, en la órbita de determinar los eventos de su procedencia, y no pueden ser soslayados subjetivamente por el Juez, pues la prisión domiciliaria es un derecho sometido a condición. De esta manera los requisitos deben acreditarse concurrentemente, al igual que no hay lugar a aplicar los apartados más benéficos de cada ley, sino los institutos en su integralidad, porque está prohibida la aplicación de la llamada “Lex Tertia”.

Para lo pertinente al caso sometido a examen, debe recordarse que en la labor de verificación del mínimo punitivo al que hace referencia el requisito objetivo, hay que tener en cuenta los dispositivos amplificadores del tipo, como son la tentativa, la complicidad, la calidad de interviniente en delitos de sujeto activo calificado, al igual que aquellas circunstancias genéricas y específicas que agraven o atenúen la punibilidad, y que tengan la virtualidad de modificar los límites punitivos, como el estado de ira e intenso dolor, las circunstancias de pobreza o marginalidad, etcétera, según lo estableció la corporación de cierre penal en memorable fallo, del cual se extracta:

“Para la Sala, el Tribunal yerra en la comprensión del citado precepto, como quiera que para tal efecto por “conducta punible” ha de entenderse aquella que ha sido realizada en específicas circunstancias y se encuentra recogida no sólo en el tipo básico sino también en los dispositivos amplificadores de éste que lo dotan de sentido y delimitan el ámbito de punibilidad”.³

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de septiembre de 2004. Radicado 19.948 M.P. Mauro Solarte Portilla. En el mismo sentido sentencia del 11 de febrero de 2004. Radicado 20.945. M.P. Marina Pulido de Barón en la que se señaló: “...las referidas circunstancias de agravación hacen parte integral de la imputación al complementar el tipo objetivo, y en esa medida resulta imprescindible valorarlas al momento de establecer el límite punitivo establecido por el legislador para acceder a la prisión domiciliaria”.

Ahora bien, como ya se dijo en precedencia, la Defensa del condenado PC solicita se incluya dentro del proceso de fijación de límites punitivos para acceder a la Prisión Domiciliaria la diminuyente del “Estado de Ira e Intenso Dolor”, establecida en el artículo 57 del Código Penal, a pesar de que le fue reconocida mediante preacuerdo, surgiendo el debate con el Juzgador de Primer Grado quien aduce que ello no es posible porque esa circunstancia no operó ontológicamente o no respondió a la conducta realmente perpetrada, motivo por el cual no puede tenerse en cuenta.

Para la solución del caso, con la corrección jurídica que amerita, parte la Sala de recordar que con la adopción por el legislador Colombiano del instituto de “preacuerdos y negociaciones” se ha ocasionado una insondable metamorfosis en el ordenamiento jurídico penal, en punto al ejercicio de la ACCIÓN PENAL por parte de la Fiscalía, a quien por sus facultades exclusivas y excluyentes se le han otorgado amplias posibilidades de transacción con la defensa, “...la cual genera como consecuencia obvia que el acuerdo pueda incidir sobre los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado”⁴.

Numerosos precedentes jurisprudenciales enfatizan de que –en caso de preacuerdos– el Juez no puede realizar controles materiales sobre la acusación, porque desnaturaliza el sistema penal de características acusatorias, basado en la separación de funciones que debe haber entre acusación, defensa y juzgamiento. En esa medida, “... la acusación (que incluye los allanamientos y preacuerdos que se asimilan a ella) estructura un acto de parte que compete, de manera exclusiva y excluyente, a la Fiscalía, desde donde deriva que la misma no puede ser objeto de cuestionamiento por el Juez, las partes ni los intervinientes...”⁵. De la misma manera ha dicho: “...En estas condiciones, ha de entenderse que el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación, es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el Juez en un modelo acusatorio”⁶. Así las cosas, resulta claro que el Juez de conocimiento no puede explícita ni soterradamente entrometerse con la acusación formulada por la Fiscalía o con la pactada por el ente acusador con la defensa, porque se desnaturalizaría su rol de fallador imparcial.

Análisis del caso en concreto:

El asunto sometido a examen está llamado a finiquitarse por la vía consensuada del preacuerdo, y con suma claridad aparece en el acta respectiva –y lo ratificaron las partes durante la audiencia de verificación del pacto– que la imputación originaria de autoría material en el delito de Homicidio Doloso (artículo 103 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la ley 890 de 2004), en concurso con Porte Ilegal de Armas de Defensa Personal (artículo 365 del Código Penal, modificado por la ley 1142 de 2007 artículo 38) la mantenían, pero la Fiscalía tipificaba la conducta dentro de su alegación conclusiva como HOMICIDIO DOLOSO COMETIDO EN ESTADO DE IRA, conforme lo preceptuado en el artículo 57 del Código Penal. También determinaron la pena para el delito principal (homicidio) en sesenta (60) meses y acordaron un aumento de tres (3) meses más por razón del concurso, para un total de sesenta y tres (63) meses de prisión.

Como absolutamente nada se indicó con relación a la concesión de subrogados o sustitutos, entonces el asunto quedó sometido al estudio jurídico del Juez de conocimiento.

La Sala encuentra que en este caso la calificación jurídica circunstanciada del asunto no es diferente a la que aparece en el acuerdo de voluntades al que llegaron la Fiscalía y la Defensa, esto es la autoría dolosa en homicidio en estado de ira, en concurso con el punible de tráfico, fabricación o porte de armas de fuego, aspecto sobre el cual no le es dable a la judicatura oponerse en todo o en parte, porque le está vedado realizar controles materiales a esos actos de parte.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 20 de noviembre de 2013. Radicado 41570. MP. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de febrero de 2013. Radicado 39892.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 14 de agosto de 2013. Radicado 41375.

En esta dimensión, al hacer parte del marco jurídico de la acusación final de la Fiscalía la circunstancia de la *“ira e intenso dolor”*, no le resulta posible al Juez soslayarla en su proceso de determinación judicial de la pena, ni en los demás eventos en los que normativamente tenga incidencia aquella disminución punitiva, como sería el caso del estudio del sustituto de la prisión domiciliaria, porque para la determinación del factor objetivo que ella entraña deben tenerse en cuenta los dispositivos amplificadores del tipo, según lo explicamos en precedencia. La Sala estima que para nada importa si dicho “Estado de Ira” resulta ser un derecho por su ocurrencia naturalística o si es producto de una ficción normativa por efecto del preacuerdo o de la negociación entre las partes, porque –dígase lo que se diga– ésta circunstancia genérica de atenuación hace parte de la alegación conclusiva de la Fiscalía y orienta la congruencia fáctica y normativa que debe existir entre la acusación y la sentencia, de suerte que debe ser reconocida en todos los ámbitos en los que sea menester su estudio.

Varios precedentes de la Alta Corporación de Justicia Penal han tocado éste tema, los cuales por su evidente analogía fáctica con el caso objeto de decisión, resultan aplicables para preservar el principio de *“igualdad”*; entre ellos destacamos los siguientes:

1. El primero es un fallo de tutela proferido recientemente –el 16 de abril de 2015– por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del radicado 79.041 y con ponencia del HM. EYDER PATIÑO CABRERA; se trata de un evento en el que a un ciudadano sorprendido portando arma de fuego de defensa personal –sin salvoconducto– se le imputa autoría en el punible del artículo 365 del Código Penal, la cual inicialmente no acepta, pero posteriormente preacuerda con la Fiscalía que se degrade su conducta de autor a cómplice; pactan la pena a imponer en 54 meses de prisión y la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria, a cambio de aceptar su responsabilidad. El Juez 1º Penal del Circuito de conocimiento de Tuluá (Valle) declaró la ilegalidad del preacuerdo y el Tribunal Superior de Buga en Sala Penal –que conoció el caso por vía de apelación– confirmó la decisión. El asunto fue tutelado ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y en el fallo citado se indica que es viable el acuerdo de voluntades para degradar el grado de participación, se indica que el Juez no puede inmiscuirse en ese apartado del preacuerdo, y en punto de la rebaja de pena que incide en el estudio de uno de los requisitos para la procedencia del sustituto de la prisión domiciliaria dijo: *“A diferencia de lo estimado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, el preacuerdo presentado por la Fiscalía no desborda el principio de legalidad frente a la concesión del subrogado de la prisión domiciliaria, ya que para su reconocimiento hay que tener en cuenta los dispositivos amplificadores del tipo, en este caso la complicidad, figura jurídica que permite reducir a la mitad el mínimo de la pena a imponer por el delito por el cual es procesado al accionante, luego entonces, si habría lugar a reconocer el subrogado”*. En este fallo se amparó el derecho fundamental al debido proceso del ciudadano actor, el que –según la Corte– se había conculcado por los funcionarios judiciales cuando desatendieron las limitaciones para el control en los preacuerdos, lesionando la garantía procesal de imparcialidad.

2. El segundo caso, con características similares, es el del auto del 20 de noviembre de 2013, dentro del radicado de segunda instancia 41570, en el cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con Ponencia del HM. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO, revisó un auto de improbación de un preacuerdo emitido por la Sala Penal del Tribunal de Bogotá. Un sujeto acusado como autor del delito de CONCUSIÓN preacordó con la Fiscalía su responsabilidad, a cambio que se degradara la calidad en la que actuó de autor a cómplice, pactando la pena principal en 48 meses de prisión y el sustituto de la prisión domiciliaria, al cual solo podría acceder en virtud de la rebaja punitiva. El Tribunal consideró que había una acumulación indebida de beneficios, lo cual impedía aprobar la negociación, pero el alto tribunal de justicia ratificó la posibilidad de preacordar la forma de participación, y sobre el sustituto punitivo dijo: *“De esta forma, igualmente no se acredita fundadamente la vulneración de la garantía constitucional de legalidad, aducida por el tribunal, en orden a cuestionar la concesión del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria, en tanto al imponerse una condena privativa de la libertad de 48 meses en el sub examine, se cumpliría el requisito objetivo establecido en el artículo 38 del C.P.”*

Es fácil advertir en estos dos eventos que la habilitación del requisito objetivo para conceder la prisión domiciliaria operó al preacordarse la degradación de la responsabilidad de autor a cómplice, a pesar de que los fácticos establecían una forma de participación diferente. Además, en ambos se llama la atención de los juzgadores por el

respeto de la acusación presentada por la Fiscalía, aun cuando sea producto de una negociación.

Aplicando las reglas anteriores al caso sometido a examen, tenemos que si la tipificación realizada de la conducta atribuida a JEPC, por parte de la Fiscalía, concluyó en la aceptación de responsabilidad de éste como autor material de HOMICIDIO DOLOSO EN ESTADO DE IRA, en concurso con PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL, por los hechos ocurridos el 8 de enero de 2009, entonces deben conjugarse las siguientes normas:

Para la dosificación del delito mayor o más grave, que es el de Homicidio Simple, tenemos que se encuentra consagrado en el artículo 103 penal originario y conmina penas de prisión entre 13 y 25 años de prisión, montos que trasladados a meses reportan un mínimo de 156 y un máximo de 300 meses de prisión. Con los aumentos previstos en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, de la tercera parte del mínimo y la mitad del máximo, se obtienen los siguientes resultados:

NORMA	MODIFICACIÓN PUNITIVA	MÍNIMO LEGAL PRISIÓN	MÁXIMO LEGAL PRISIÓN
Art 103 CP.		156 meses de prisión	300 meses de prisión
Ley 890 del 2004 Art 14	Aumenta hasta 1/3 a 1/2	$156/3=52$ $156+52=208$ MESES PRISIÓN	$300/2=150$ $300+150=450$ MESES PRISIÓN

Ahora bien, como quiera que en virtud del preacuerdo al que llegaron la Fiscalía y la Defensa se le concedió como beneficio punitivo al acusado, por su aceptación de responsabilidad, la aplicación de la circunstancia del ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR, que trata el artículo 57 del Código Penal, según el cual la pena no puede ser menor de la sexta parte del mínimo ni mayor a la mitad del máximo, entonces se obtienen los siguientes resultados:

NORMA	MÍNIMO LEGAL PRISIÓN	MÁXIMO LEGAL PRISIÓN
Art 103 del C.P y aumento de la Ley 890 del 2004, Art 14	208 MESES DE PRISIÓN	450 MESES DE PRISIÓN
Estado de Ira e Intenso Dolor, artículo 57 del C.P.	$208/6=34.666$ 34 MESES y 20 DÍAS DE PRISIÓN	$450/2=225$ MESES DE PRISIÓN

Para el delito concurrente, que es el de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES, aplica el artículo 365 penal, con la modificación del artículo 38 de la ley 1142 de 2007, que conmina penas de prisión entre 4 y 8 años.

Como quiera que los mínimos previstos legalmente para la dupla de solicitudes están por debajo de los ocho (8) años de prisión, resulta claro que se presenta en favor del condenado JEPC el primer requisito del artículo 38 B del Código Penal (Modificado por la ley 1709 de 2014).

Con relación al segundo requerimiento normativo, que es el de la demostración del arraigo familiar y social del acriminado, se tiene que durante la audiencia de individualización de pena fueron aportados elementos materiales de prueba e información legalmente obtenida de que el señor PC tiene arraigo familiar. La señora YPCG es vecina suya del Barrio Loma del Carmen de Pasto, e indicó bajo juramento ante Notario que éste ha residido en casa de arrendamiento en la..., junto con su señora madre MFC de 75 años de edad y su hija YD que es menor y cuenta con 16 años de edad; se indica que ha sido una persona respetuosa con todos sus familiares y amigos, antes de la ocurrencia del problema siempre se mostró como un buen padre e hijo y que además atendía los gastos de vivienda, alimentación, vestido y salud, especialmente de su madre que padece de enfermedades cardíacas y estomacales. Lo ha conocido como una persona colaboradora con la comunidad que trabaja como "coterero" en el

mercado de Potrerillo. En término similares declara ante notario la señora ADELCR.

También fue aportado el registro civil de nacimiento de la menor YDPP, en la que se acredita el parentesco con el condenado, lo mismo que certificación del SISBEN donde aparece vigente en el nivel o estrato I, con la ficha 33939 y un puntaje de 10.53, encontrándose vinculado con la EPS CONDOR S.A. desde el año 1997.

Considera la Sala que al cumplirse los dos requerimientos sustanciales para la concesión del sustituto de la prisión domiciliaria, y no encontrándose los delitos que se le atribuyen dentro de la lista de conductas penales respecto de las cuales se prohíben o se excluyen este tipo de beneficios, según el artículo 68 A del Código Penal, fuerza concluir en la necesidad de concederle aquel derecho. Eso sí, para gozar del beneficio deberá prestar caución prendaria por un valor de cincuenta mil pesos (\$50.000) y suscribir diligencia de compromiso con las obligaciones que trata el numeral 4 del artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, esto es:

- a) No cambiar de residencia sin autorización previa del funcionario judicial;
- b) Reparar los daños ocasionados con el delito, dentro del término fije el juez al finalizar el incidente de reparación integral, o garantizar su pago mediante garantías, salvo que demuestre insolvencia;
- c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que lo requiera para la vigilancia del cumplimiento de la pena;
- d) Y permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de la vigilancia del cumplimiento de su reclusión y cumplir con las condiciones de seguridad que sean necesarias de implementar por el INPEC.

Con relación al control sobre esta medida sustitutiva de prisión domiciliaria, será ejercido por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad a quien corresponda dicha labor, con el apoyo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, quien implementará los mecanismos que considere pertinentes para el ejercicio de su labor.

Para todos los efectos se fija como lugar de reclusión y residencia del señor JEPC la Calle ... del Barrio Loma del Carmen de Pasto, a donde será remitido o ubicado por el INPEC una vez se cumplan el pago de la caución y la suscripción de la diligencia de compromiso.

Consecuencia de lo anterior es disponer en la parte resolutive de la providencia la modificación del punto segundo de la sentencia proferida el 1 de junio de 2015 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, en el sentido que se concede el sustituto de la prisión domiciliaria al señor JEPC en los términos previamente anotados.

Sin otras consideraciones, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 1 de junio de 2015 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, en contra del señor JEPC, en el sentido de CONCEDERLE EL SUSTITUTO DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA, al cumplir los requisitos del artículo 38B del Código Penal, modificado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014.

SEGUNDO: para entrar a disfrutar del sustituto domiciliario el señor PC deberá prestar caución prendaria por valor de cincuenta mil pesos (\$50.000) en la cuenta de depósitos judiciales del juzgado de conocimiento, y suscribir diligencia compromisoria con las obligaciones establecidas en el numeral 4 del artículo 38B citado.

TERCERO: Surtido lo anterior, se libraré orden al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC para que traslade al señor JEPC del lugar donde se encuentra recluso a su residencia ubicada en la ... del Barrio Loma del Carmen de Pasto.

CUARTO: Ofíciase al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– de esta ciudad informándole que a su cargo queda el control de la medida de prisión domiciliaria sustituida al señor JEPC, para lo cual implementará los mecanismos legales que considere pertinentes para dicho fin.

QUINTO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

CÚMPLASE

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

BLANCA LIDIA ARELLANO M.
Magistrada

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
Secretario

PREACUERDO - DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS: Deber del Fiscal y del Juez de velar por la garantía de comunicación - Hay lugar a improbar el preacuerdo, al verificarse la existencia de irregularidades que afectan las garantías de las víctimas, por cuanto no basta con haberse acreditado su presencia en la audiencia de verificación del mismo, es necesario que sean citadas y oídas en las deliberaciones que previamente adelanten las partes, y no obstante no cuentan con poder de veto ni es obligatoria su comparecencia, es un deber del ente instructor y del funcionario judicial, poner en su conocimiento la realización del preacuerdo y de la audiencia de verificación de su legalidad, pues de ello depende su efectiva intervención.

PREACUERDO - REINTEGRO PECUNIARIO: Constituye un acto de procedibilidad que condiciona la validez del mismo - Para que resulte legal la suscripción del acuerdo, es necesario que se cumpla con el requisito de efectuar el reintegro pecuniario y se asegure el recaudo del remanente, en aquellos delitos que llevan inmersos el provecho económico, sin que pueda predicarse que la ley sólo se refiere a los punibles atentatorios del bien jurídico del patrimonio económico, en tanto con cualquier conducta delictuosa puede el sujeto activo lograr indebido incremento patrimonial; por consiguiente, resulta improcedente sustraer de las conversaciones la conducta punible de estafa, para hacer viable el preacuerdo respecto de los otros delitos, siendo esto abiertamente contrario a los postulados legales, al dejar en vilo los derechos de las víctimas, los cuales no se colman sólomente con acudir al trámite del incidente de reparación integral. /

**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala de Decisión Penal**

Magistrado Ponente: Franco Solarte Portilla

Asunto: Apelación auto que improbo un preacuerdo
Delitos: Concierto para delinquir y otros
Imputado: LEMM
Radicación: 2014-00206 N.I. 12329
Aprobación: Acta N° 2015 -134

San Juan de Pasto, septiembre primero de dos mil quince

Objeto del pronunciamiento

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el profesional del derecho que representa los intereses de algunas víctimas en este asunto, contra el auto dictado el 5 de junio del corriente año, por medio del cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto aprobó el preacuerdo suscrito por las partes en este asunto, seguido en contra del señor LEMM por la comisión de los delitos de concierto para delinquir, fraude procesal, obtención y uso de documento público falso, en concurso.

Resumen de los hechos jurídicamente relevantes

Según la delegada de la Fiscalía, la investigación por ella adelantada arroja como resultado la verificación de la participación plural de personas dedicadas a esquilar a ciudadanos incautos, quienes víctimas del ardid por aquellas previa y cuidadosamente planificado, entregaron datos personales y de inmuebles de su propiedad, que serían utilizados eficazmente por los timadores para simular entre ellos transacciones comerciales, para

posteriormente proceder a la venta o anticresis con terceros y lograr con dicho ilícito procedimiento jugosos beneficios económicos.

En el caso que nos ocupa, se acusa al señor *LEMM*, en contubernio y previa concertación con otros y adoptando identidad falsa, de haber intervenido en distintas operaciones comerciales, todas ilícitas, sobre la casa de habitación ... de esta ciudad, finalmente vendida mediante escritura pública número 2443 en la Notaría Primera de Pasto, al señor JAP, siendo la voluntad de este que figurara a nombre de su hija LYPC. Estos negocios reportaron la indebida utilidad de \$ 78.000.000.

Síntesis de la actuación cumplida

En audiencias preliminares concentradas llevadas a cabo el 7 de agosto de 2014 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Tangua (Nariño), cumpliendo funciones de control de garantías, se legalizó la captura que previamente había sido girada en contra del señor *LEMM*, a quien seguidamente se le endosó la comisión en coautoría de los delitos de estafa, obtención de documento público falso y fraude procesal; en el mismo acto el imputado fue gravado con detención preventiva, medida que al ser apelada fue confirmada en su integridad por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta misma ciudad.

El día 15 de diciembre de 2014 se radicó en la judicatura el escrito de preacuerdo que ahora ocupa nuestra atención.

Términos del preacuerdo y recuento de lo acontecido en la audiencia judicial programada para la verificación de su legalidad

Adujo la señora Fiscal variar unilateralmente la imputación otrora realizada, en el sentido de retirar la circunstancia de agravación de la participación criminal y considerar ahora la tipificación autónoma del punible de concierto para delinquir, lo cual devino tras considerar la información brindada en interrogatorio por el encartado. Así, además del aludido delito, la delegada del ente investigador concretó su acusación en la comisión de los injustos de fraude procesal y obtención de documento público falso.

En lo que concierne a la estafa la señora Fiscal expuso que *"como quiera que el señor MM afirma su imposibilidad de reintegrar los dineros y reparar a las víctimas, no procede la suscripción de preacuerdo por expresa prohibición del artículo 349 del C. de P.P."*

Destacando la efectiva colaboración suministrada por el imputado en el esclarecimiento de los hechos, la representante de la Fiscalía hizo saber el pacto logrado con la defensa en materia punitiva, aduciendo que la sanción a irrogar en esta oportunidad partirá de 6 años de prisión, que es la pena prevista para el delito más grave, el de fraude procesal, monto al cual le haría un incremento de 42 meses por virtud del concurso, quedando una sanción de 118 meses de prisión y 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes como multa.

Habida cuenta que a cambio de la aceptación de responsabilidad la Fiscalía ofrece al señor *LEMM*, como único beneficio, los alivios punitivos consagrados en el artículo 56 que habla de la marginalidad, ignorancia y pobreza extremas, quedaría en definitiva una pena de prisión de 44 meses y 33.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes como multa. Por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad prometió la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En la audiencia convocada para el examen de legalidad del preacuerdo la señora Fiscal iteró en la legalidad del mismo, porque si bien las sumas de dinero que las víctimas entregaron no han sido recuperadas, el señor M ha demostrado su arrepentimiento y es así como ha prestado su importante aporte para el esclarecimiento de lo sucedido y la develación de sus autores, con lo que se cumple a cabalidad con los objetivos contemplados en el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, en especial la humanización de la pena, el prestigio de la justicia y la solución de los conflictos, *"con la participación tanto del imputado como de las víctimas"*.

A propósito, dejó la señora Fiscal constancia de haber cumplido con el deber de citar a las víctimas *"en la fecha de suscripción del preacuerdo y su derecho a comparecer a la audiencia de verificación del mismo"*, para cuya

certificación habló de una constancia dejada por el asistente de la Fiscalía, con firma ilegible, donde da a saber de llamadas hechas a quienes aquí fungen como perjudicados con la ejecución de los delitos enrostrados.

Así, luego de relacionar los elementos materiales probatorios logrados en la investigación, la delegada del ente instructor recabó en su pedimento para que se apruebe el preacuerdo en cuestión.

Concedido el uso de la palabra al abogado representante de las víctimas, comenzó por negar conocimiento alguno sobre la suscripción del referido preacuerdo, asegurando que tampoco su cliente recibió información previa sobre los términos del mismo y que, su asistencia a la audiencia no se debe a invitación realizada por la Fiscalía, sino merced a un oficio llegado desde el Centro de Servicios de la judicatura. Adicionalmente alertó el togado sobre la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 349 del Código Penal Adjetivo, pues ninguna referencia hace el preacuerdo sobre la reparación de las víctimas.

A continuación el señor JHP, persona reputada víctima indiscutida en este asunto, imploró ser escuchado, súplica que fue atendida por la señora Juez de conocimiento, oportunidad que fue por aquél aprovechada para pedir justicia, que en su sentir no se traduce en la privación de la libertad de quienes lo timaron, sino en la recuperación efectiva de la suma de \$83.000.000 que engañado entregó por la supuesta compra del inmueble del que da cuenta el proceso, cifra que constituye sus ahorros de toda la vida. Pero además, afirmó con absoluta seguridad no haber sido informado sobre el desarrollo y suscripción del preacuerdo que nos ocupa.

Prevía extensa intervención por parte del abogado defensor del procesado, quien defendió la suscripción del pacto con argumentos relacionados con la legalidad del procedimiento adelantado en la Fiscalía y con la exposición de criterios atinentes a la limitación de las víctimas en la suscripción de estos convenios, la a quo produjo la providencia a través de la cual aprobó el preacuerdo a su examen, para lo cual hizo uso de las siguientes consideraciones:

La providencia impugnada

Para la señora Juez que conoce este asunto el preacuerdo ahora en cuestión es legal, porque, en primer lugar, está constatado que el asentimiento de responsabilidad fue libre y asesorado permanentemente por un profesional del derecho. Además, que la modificación a la imputación hecha por la Fiscalía de manera autónoma, esto es, el retiro de la circunstancia agravante de responsabilidad relacionada con la participación criminal, encuentra respaldo primeramente en la potestad otorgada por la ley al ente instructor y, segundo, porque tal variación no afecta el núcleo fáctico imputado, el cual avizora incólume.

Por esa misma senda reconoció la Juez ajustado a derecho la acusación ahora enrostrada referida a la estructuración del delito de concierto para delinquir, situación que se desprende de los medios de conocimiento aducidos.

Del mismo modo consideró que el reconocimiento como rebaja única de los alivios de pena previstos en el artículo 56 del Código Penal, está dentro de las facultades de las que está dotada la Fiscalía, a voces del artículo 350 numeral segundo del Código de Procedimiento Penal, sin que sea jurídico que se exija prueba acerca de la ocurrencia cierta de las circunstancias señaladas en el mentado artículo 56, pues de existir medios de convicción que las constaten, estaríamos frente al reconocimiento de un derecho, que no la concesión de un beneficio. Recordó que esa misma postura ha sido expuesta tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Tribunal Superior de Pasto.

Ya en cuanto dice relación con las víctimas, la señora Juez de primera instancia sostuvo que con la suscripción del preacuerdo se garantiza los principios de verdad y justicia y en cuanto atañe a la reparación, retomando la posición de la defensa en la audiencia, dijo que aquello queda diferido para el incidente de reparación integral, cual considera como *"el espacio natural que la ley ha diseñado para que se discuta y estructuren finalmente demostrados"* los perjuicios ocasionados con la conducta punible.

Finalmente la Juzgadora encontró en los medios de convicción arrimados por la Fiscalía la existencia de datos suficientes que apuntan a considerar autor responsable de los delitos imputados al señor LEMM, con lo que, asegurado, no hay lugar a ocasionar agravio a la presunción de inocencia que a dicho ciudadano ampara.

Al cierre aclaró a las víctimas que *"este preacuerdo no cubre el delito de estafa, que es un delito que también se imputó al señor MM, y que por ese delito, entiende este Despacho, cursa un proceso. Si la señora Fiscal no acudió a la ruptura procesal, por favor me informa porque si no, yo debería hacerlo en esta audiencia"*, concluyó diciendo la a quo, quien punto seguido dispuso la aprobación del preacuerdo ahora tachado por ilegal, eso sí, dejando pendiente la decisión relativa a la ruptura de la unidad procesal, pues que la señora Fiscal no contó con esa información para el momento.

La sustentación del recurso y postura de los no recurrentes

Inconforme con la aludida decisión, el representante de víctimas la apeló. No cuestionó este togado la importancia que tienen informaciones como las que aquí se han dicho, dirigidas a desvertebrar las estructuras de bandas dedicadas a delinquir, como tampoco duda de la utilidad de los datos que el imputado de este asunto haya suministrado, en el susodicho propósito. Sin embargo expuso que comoquiera que el delito de estafa fue objeto de imputación en su momento y que tampoco posteriormente se ha expuesto variación alguna sobre dicho injusto, no estima jurídico dejarlo a un lado como se ha hecho.

Así, al quedar en mientes la ruptura de la unidad procesal para que se investigue y juzgue por el mencionado reato, iteró, se estaría presentando un perjuicio para sus representados o lo que es igual, no se estaría garantizando el derecho que a las víctimas les asiste por virtud del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que obliga al reintegro del 50 % de lo apropiado y se verifique el pago de lo restante, para que proceda legalmente la suscripción de un preacuerdo entre las partes.

Sostuvo que la mentada disposición no remite al incidente de reparación integral la devolución de lo apropiado, con lo que, si el pacto ahora presentado para su revisión de legalidad a la judicatura no cumple con ese previo presupuesto, se evidenciaría una violación al debido proceso.

Al traslado, la señora Fiscal reiteró en la legalidad que en su juicio ostenta el preacuerdo en censura, destacando que si no ha sido incluido en los términos del convenio el delito de estafa, es precisamente porque sabe de la prohibición que trae el ya mentado artículo 349 procesal, de ahí que *"se pre acordó por tres delitos que no tienen que ver directamente con el patrimonio de las víctimas"*, en ese orden de ideas, contrario a lo sostenido por el recurrente, esa decisión se asumió justo para la preservación de los derechos de los ofendidos, quienes podrían acudir al escenario del incidente de reparación integral en procura de su indemnización o también en el decurso de la actuación que se vaya a seguir por el delito de estafa.

El señor defensor respaldó la posición esbozada por la delegada de la Fiscalía e igual como ella piensa que no incluir en el preacuerdo lo atinente al delito de estafa no constituye vulneración a los derechos de las víctimas, cuanto más que los reatos que fueron objeto de negociación entre las partes vulneran bienes jurídicos distintos al patrimonio económico, amén que con estos punibles *"objetivamente ningún incremento patrimonial obtuvo el señor LEMM"*.

Al igual como lo hizo la señora Fiscal encargada del caso, el defensor admitió sin reticencias que el reato de estafa fue segregado de los términos del preacuerdo, por la necesidad de superar el obstáculo de *"procedibilidad"* previsto en el mentado artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, mas, adveró el togado, que no por ello el aludido injusto haya sido desdeñado en tanto la investigación será encaminada por distinta cuerda procesal.

Con estos planteamientos los referidos sujetos procesales no apelantes pidieron del Tribunal la confirmación de la providencia impugnada.

Consideraciones del Tribunal

De la información arriada en virtud a la apelación que nos ocupa, encuentra la Sala que dos son los problemas jurídicos que en esta oportunidad deben ser abordados, a saber:

- ¿En el desarrollo de todo el trámite adelantado para la suscripción del preacuerdo celebrado entre las partes fueron respetadas a cabalidad las garantías de las víctimas?

- ¿Para que resulte legal la suscripción del preacuerdo entre las partes, había que inexorablemente cumplirse con el requisito de que habla el artículo 349 de la Ley 906 de 2004?

Papel de las víctimas en el decurso de la suscripción de los preacuerdos.

Para lograr un acercamiento jurídicamente admisible sobre el tema, se hace oportuno, como ya ha sido concebido por el Tribunal en otras oportunidades¹, contextualizar lo atinente a la participación de las víctimas en el marco del hoy vigente sistema penal acusatorio, pues de ese modo se extrae la innegable reivindicación dada por el ordenamiento jurídico al papel dinámico de los perjudicados con la comisión de delitos, postura que ha sido consolidada fundamentalmente por connotados fallos emitidos por la Corte Constitucional.²

Es así como a partir de la idea de que la víctima no solo invoca intereses económicos en el resultado de un proceso, sino que su participación está directamente en reclamo de *verdad y justicia*, es que se le ha habilitado un rol activo en el decurso procesal, pudiendo así actuar desde la misma etapa preliminar de indagación, denunciando el hecho, aportando pruebas y solicitando medidas efectivas de protección³.

Se ha establecido además que su participación puede ser de forma personal o a través de apoderado, pudiendo intervenir de manera activa y proactiva en las audiencias preliminares⁴ e incluso encontrándose revestida del poder para solicitar medidas de aseguramiento, allí donde el delegado de la Fiscalía no lo haga y vea posible su procedencia⁵.

Ahora bien, en el juicio, eso sí ya asistida con abogado, tiene la potestad de participar en el proceso de producción probatoria y aunque le está vedado actuar en su práctica en la forma como lo hacen las partes, sí puede pedir que se decrete la recepción de pruebas⁶, y desde luego debe ser llamada para participar del trámite de los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado. Además, está legítimamente facultada para la interposición de los recursos, en algunos casos esta última potestad no la poseen ni el defensor ni el representante del Ministerio Público, como sucede respecto al auto que decide la preclusión de la investigación⁷.

Así las cosas, atendiendo que en el caso objeto de estudio se puede dilucidar que los señores JH y LYP ostentan la condición de víctimas, es necesario adentrarse al examen de los planteamientos expuestos por el recurrente que básicamente pueden concretarse en el hecho de no haber sido él ni sus representados convocados a la suscripción del preacuerdo.

Tal dilema exige un análisis sobre la participación de las víctimas en las controversias que desembocan en la suscripción de preacuerdos, teniendo siempre como norte que esos negocios jurídicos, al interior de nuestro sistema, exigen el sometimiento al principio de legalidad y el respeto de los derechos fundamentales de los involucrados en la actuación.

Para ello, inexorable resulta remitirse a la sentencia C-516 de 2007, que en examen de constitucionalidad de distintas normas contenidas en la Ley 906 de 2004⁸ y sobre el preciso papel de las víctimas en materia de preacuerdos declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 348, 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004 “... en el entendido que la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, **para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el preacuerdo.**” (Destaca la Sala).

¹ Sentencia del 29 de julio de 2014, radicado número interno 8291, con ponencia del Magistrado Franco Solarte Portilla.

² Ver entre muchas las sentencias y por su relevancia: C-209 de 2007, C-250 de 2011 y C-881 de 2011.

³ Artículo 11 de la Ley 906 de 2004.

⁴ Ver entre otras sentencias C-775 de del 9 de septiembre de 2003 y C-591 de junio 9 de 2005.

⁵ Ver al respecto pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia T-293 del 21 de mayo de 2013.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 6 de marzo de 2013, radicado 40330.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de octubre de 2011, radicado 37449

⁸ Fueron demandadas ciertas expresiones del literal d y h del artículo 11, del numeral 4 del artículo 137 y de los artículos 340, 348 y 350 del Código de Procedimiento Penal.

Así, aunque del texto literal de tal pronunciamiento podría pensarse que la intervención de la víctima en la celebración de preacuerdos es apenas una potestad de la cual se puede hacer uso o no, debe entenderse que tal disyuntiva opera para el propio afectado, no así para el ente acusador y el juzgador, pues sí se impone como un deber el que pueda ser aquél oído y enterado de la celebración de los mismos y de su verificación ante el funcionario judicial, lo que implica la obligación de poner en su conocimiento la realización de tales actuaciones. Tal conclusión fácilmente puede extractarse de algunos apartes de la *ratio decidendi* del fallo en mención, que por su importancia merece ser destacado en su tenor expreso, así:

"...Finalmente la titularidad del derecho de participación en las decisiones que los afectan reposa tanto en el imputado o acusado como en la víctima o perjudicado. Si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los preacuerdos celebrado (sic) entre la Fiscalía y el imputado, debe ser oída (Art. 11.d) por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Ello con el propósito de lograr una mejor aproximación a los hechos, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio, que permita incorporar en el acuerdo, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima. Celebrado el acuerdo, la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación, el juez velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima." (Subrayas ajenas al texto original).

No sobra advertir la obligatoriedad de los precedentes constitucionales, y en concreto de las sentencias de constitucionalidad, pues por su examen de concordancia con el ordenamiento superior, obligan a las autoridades administrativas y judiciales a su acatamiento en pro de la garantía de la jerarquía máxima de la Constitución Política⁹ y del derecho a la igualdad, por manera que sin la posibilidad de realizar una interpretación divergente, válidamente puede colegirse que es deber del ente acusador y del juez de conocimiento velar por la garantía de comunicación a las víctimas de este tipo de negociaciones, no solamente para su conocimiento formal, sino para su activa intervención en el decurso del trámite.

Así las cosas, de lo expuesto se advierte que el acceso a un recurso judicial efectivo al que tienen derecho las víctimas exige la perentoriedad de la información de la celebración del preacuerdo por parte del fiscal, así como de la audiencia para su verificación en cabeza del funcionario judicial, eso sí, sin que sea una exigencia su comparecencia, pues de su conocimiento de la realización de tales actos procesales, fácilmente puede colegirse su interés o no en una intervención efectiva en la actuación.

Esta postura se mantiene incólume al tiempo de hoy, en contraste con lo afirmado por el señor defensor del acusado, quien haciendo acopio de sus propias interpretaciones, sostuvo en audiencia que a raíz del pronunciamiento vertido por la honorable Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia del 15 de octubre de 2014, radicado 42184, ese alto tribunal propició una "*variación jurisprudencial*", haciendo creer el abogado en cita, que los derechos de las víctimas se colman totalmente con su asistencia a la audiencia judicial donde se decide sobre la legalidad de un preacuerdo, y más allá, acudiendo en subsidio al incidente de reparación integral¹⁰.

Tal aserto no se compeadece con la realidad. Primero, merced a que, como ya quedó advertido supra, el precedente que obliga a invitar a la víctima para ser oída por la Fiscalía en el decurso de las negociaciones tendientes a la celebración de un preacuerdo, es vinculante, vale decir, porque decide un tema atinente a la constitucionalidad de unas normas legales, su aplicación es obligatoria; y segundo, debido a que el mentado proveído de la Corte Suprema de Justicia, lejos de propiciar esa especie de desobediencia propuesta por el togado, en varios de sus apartes lo que hace es llamar a su cumplimiento. Si no, repárese en las siguientes breves transcripciones:

"Porque, debe anotarse, la razón de obligar convocar a la víctima, conforme el sustento de la providencia en cita¹¹, radica en facultar que la Fiscalía conozca su criterio y necesidades para que ello pueda ser plasmado en el preacuerdo y así se concilien adecuadamente las proposiciones antagónicas en pugna, independientemente de que el afectado carezca de poder de veto frente a lo finalmente pactado". (Destaca esta Sala).

⁹ Artículo 4 constitucional.

¹⁰ Intervención del abogado defensor registrada entre los minutos 23:46 y 31:17 de la audiencia según audio.

¹¹ La Corte Suprema de Justicia se refiere justamente a la sentencia C-516 de 2007.

Criterio que más adelante fue ratificado, así:

*“Es por ello que los artículos respectivos advierten de un pacto bilateral en el que intervienen apenas la Fiscalía y el imputado o el acusado y su defensor, **aunque la Corte Constitucional dispuso en la Sentencia C-516 de 2007, que se citará y escuchará siempre a la víctima, sin poder de veto de parte suya**”. (Destaca esta Sala).*

De modo que se ofrece claro concluir que el derecho que tienen las víctimas a participar activamente en esta clase de eventos no se agota con su asistencia a la audiencia donde se va a definir la legalidad de un preacuerdo, cuando antes de ello indefectiblemente se adelantaron conversaciones y decisiones que son de su irremisible incumbencia y en las cuales bien pueden aquellas dejar sentadas sus observaciones, que bajo ningún pretexto pueden ser soslayadas por parte de la Fiscalía, cuanto más si a dicha entidad la Constitución Política le atribuyó el no despreciable encargo de ser el primer garante de los derechos de quienes resultaren perjudicados con la comisión de una conducta punible¹².

Lo predicho sin perjuicio de considerar la carencia de veto que la víctima tiene respecto al pacto que finalmente suscriban las partes, en tanto el mismo luzca ajustado a la legalidad; mas, lo que resulta inexorable es que el órgano de la investigación adelante todas las gestiones para lograr de todos modos la comparecencia de dicho interviniente, mediante citaciones que procuren el cumplimiento material y no formal, lo que implica la verificación ineludible de que en efecto la invitación se hizo y que si no hubo respuesta a la misma, es por decisión personal que no admite cuestionamiento alguno, ni tampoco tal actitud impide la prosecución del correspondiente trámite.

Ahora que, la señora Fiscal insistió en haber dado cumplimiento a los deberes que durante el aludido procedimiento le eran exigibles, respaldándose en una nota a mano consignada al reverso del escrito de acusación, con firma ilegible que aduce pertenecer al “asistente de fiscal”, con este tenor: “Constancia. San Juan de Pasto, Dic. 12/2014. Se deja constancia que mediante llamadas telefónicas se informó a los señores AUR, LYPCH., HPZ, **sobre la celebración del preacuerdo y la verificación del mismo que celebrará el Juzgado al que corresponda**”¹³. (Destaca la Sala).

Dicha constancia riñe con la exposición que de manera espontánea el señor JHPZ hizo en audiencia, donde enfáticamente denunció no haber recibido la menor comunicación sobre el desarrollo de la referida actuación. Pero además, aun si concebimos, solamente en gracia de discusión, que en efecto las víctimas recibieron esa información, ella resulta tardía y de todas maneras insuficiente, como que, si dicha constancia data del 12 de diciembre de 2014, la aludida invitación a los perjudicados no era para participar en las deliberaciones que previamente debieron adelantar las partes, cual era su derecho, sino a presenciar un hecho ya cumplido, pues el preacuerdo final fue firmado precisamente en esa misma fecha.

En ese orden de ideas, fundados se muestran los reparos del recurrente, pues no basta con haberse acreditado su presencia en la audiencia de verificación del preacuerdo, asistencia que por demás resultó coincidente para uno de los afectados, el señor JHP, en la medida en que fue enterado de la celebración del acto por su apoderado, recalando eso sí, en medio de expresiones cargadas de auténtica sinceridad, que nunca antes recibió la menor información por parte de la señora Fiscal que lidera la presente investigación, sobre el hecho de estar en curso una negociación en procura de lograr la suscripción de un preacuerdo.

Estas razones serían suficientes para concluir en la ilegalidad del preacuerdo en cuestión, por violación a garantías fundamentales de quienes son reputadas víctimas en este asunto, mas, existe un adicional pero no menos trascendente motivo que impide impartir aprobación a dicho pacto, como se pasa a ver:

De la condición exigida por el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 para la validez de los preacuerdos.

Conviene para el examen partir con la reproducción del aludido canon; este es el tenor literal del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal:

¹² Artículo 250, reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002

¹³ Folio 83 y vuelta de la carpeta

“Improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente”.

Dicha disposición contiene un innegable sentido protector de los derechos de las víctimas, pero fundamentalmente de aquel que dice relación con la reparación. Que el cumplimiento de la devolución de lo indebidamente apropiado con el delito se erija como una condición indefectible para la validez de un preacuerdo, es aserto que en este asunto nadie lo ha puesto en duda, lo cual se extrae de las diferentes exposiciones realizadas por las partes e intervinientes e incluso por la Juez en sus decisiones, cuando sin reticencia se habla de estar en presencia de un “requisito de procedibilidad”.

Es más, lo que de forma explícita ha sido admitido es que precisamente por conocer de esa limitante legal la Fiscalía decidió sustraer del contenido del cuestionado pacto el delito de estafa, bajo la errada convicción de estar con ello facultada con legitimidad para la celebración del preacuerdo, como si el contenido y teleología de la norma del artículo 349 citado estuviesen sustentados en un fundamento restringido a los punibles atentatorios del bien jurídico del patrimonio económico, siendo que, por el contrario, lo que verdaderamente trasciende es que al margen del juicio de tipicidad que quepa, con cualquier conducta considerada delictuosa puede el sujeto activo lograr indebido incremento patrimonial, el cual debe ser reintegrado al menos en un 50 % a la hora de la suscripción de un preacuerdo, pero garantizándose de alguna manera además el remanente.

Tal postura, debe decirse, no es original de esta Corporación. En similares términos se pronunció la honorable Corte Suprema de Justicia, en providencia de connotada utilidad para la resolución de este caso, así:

“Sobre la prohibición así consagrada, la Sala tiene dicho que el reintegro pecuniario, condicionante de la validez del preacuerdo, “constituye un acto de obligatorio cumplimiento para aquellos delitos que llevan inmersos el provecho económico, en tanto que, de acuerdo con la inteligencia de la norma, permite concluir que el pluricitado reintegro, así como también el asegurar el recaudo del remanente, constituye un acto de procedibilidad para perfeccionar el preacuerdo o la negociación”¹⁴.

Lo anterior encuentra fundamento en que, como así lo ha enseñado la jurisprudencia de la Corporación, y aquí lo reitera, “la noción de pronta y cumplida justicia, entonces, debe entenderse en la nueva sistemática de manera integral, es decir, no sólo en la perspectiva de lograr una sentencia condenatoria rápidamente a cambio de una ventaja punitiva para el procesado -que es lo que pasa en la sentencia anticipada-, sino además en la necesidad de restablecer el equilibrio quebrantado con el delito, que es lo que finalmente soluciona el conflicto al verse la víctima compensada por la pérdida sufrida”¹⁵.

A partir de los razonamientos precedentes, la Corte puede anticipar su postura en el sentido de que la tesis que pregonan los apelantes no es de recibo, porque parte de un equívoco evidente: que solamente las conductas punibles que en su descripción típica integran la consecución o intención de obtener un beneficio patrimonial son idóneas para generar incremento patrimonial en el sujeto activo.

Dicho de otra manera, no solamente los tipos penales que describen un interés patrimonial -ya sea que se concrete, o bien que solamente sea un fin ulterior del sujeto activo- son aptos para generar una ganancia patrimonial en el agente. Son los hechos objeto de investigación los que, en últimas, permiten establecer si como consecuencia de la comisión de una o varias conductas punibles el actor obtuvo un incremento patrimonial.

(...)

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 14 de mayo de 2009, radicación No. 29473

¹⁵ Ibid.

De suerte que afirmar ante ese conjunto de hechos que la concusión le generó incremento patrimonial a la entonces fiscal delegada, pero esa misma aptitud no la tuvo la emisión de providencias abiertamente ilegales (constitutivas de prevaricato por acción), desconoce la realidad de los acontecimientos, pues lo cierto es que los pagos indebidos se hicieron no solamente gracias a la inducción o constreñimiento, sino con el claro propósito de obtener las determinaciones prevaricadoras, como en efecto se obtuvieron.

De acogerse el argumento propuesto por los recurrentes, habría de admitirse que solamente los comportamientos que atentan específicamente contra el patrimonio económico, o bien otros como el peculado, el cohecho o la concusión, son idóneos para generar un incremento patrimonial en el sujeto agente, toda vez que su descripción hace expresa alusión a la consecución o intención de obtener un beneficio.

(...)

Por lo tanto, la Sala reitera que son los hechos del caso, y no las particulares descripciones típicas de las conductas, los que han de tenerse en cuenta para determinar si la ejecución de un delito genera o no incremento patrimonial en el sujeto activo”¹⁶.

Por manera que un pensamiento como el que ha guiado la actuación de la Fiscalía en este caso, avalado por la señora Juez de conocimiento, sustentado en que la sustracción del delito de estafa como tema de discusión en el preacuerdo viabiliza su celebración, no solamente resulta abiertamente contrario a los postulados legales, sino que además deja a los derechos de las víctimas en vilo, sin destacar que con esa actitud lo que se pretende es justamente saltar una condición normativa de validez procesal.

Así, según la forma como ha estructurado su acusación la Fiscalía, deviene en incontrovertible que el grupo de personas, dentro del cual está inmerso el acusado en este proceso, dirigió su voluntad hacia la consecución de favorecimiento económico mediante engaños, lo que en principio es constitutivo de la estafa, pero para lograrlo se valieron de otras acciones concomitantes típicas de otros delitos, tales como el de concierto para delinquir, fraude procesal y uso de documentos falsos, comportamientos que avizorados en comisión concursante, causaron afrenta a las finanzas de los incautos perjudicados, sin que quepa pregonar, se itera, que a pesar de la innegable conexión ideológica que inspiró la ejecución de todas las cuestionadas conductas punibles, solo una de ellas fue la que materializó el desfalco.

Algunas anotaciones finales hará la Sala sobre este punto de controversia: las partes dentro de sus alegaciones direccionadas a defender la legalidad del convenio por ellas suscrito, han sostenido, con notable vehemencia además, que los derechos de las víctimas no están siendo vulnerados, comoquiera que pueden estas acudir ora al incidente de reparación integral dentro de esta misma actuación, ya a la que se derive del delito de estafa. Tales premisas resultan desafortunadas, por las siguientes razones:

Primero, porque se trata de dos institutos que aunque están alentados por la misma teleología, ésta es garantizar uno de los caros derechos de los perjudicados, su naturaleza jurídica es sustancialmente distinta, en todo caso no supletoria ni complementaria, como que mientras el uno, el previsto en el artículo 349 procesal, se erige como requisito de procedibilidad de algunos acuerdos, solamente en donde haya habido reporte de incremento patrimonial en el sujeto activo del injusto; el otro, el incidente de reparación integral, a más de ser opcional para la víctima, se constituye en instancia procesal que procede cuando una actuación penal ya ha culminado.

Además, no puede perderse de vista que a diferencia de lo que acontece con la obligación para el agente activo de devolver lo apropiado o su equivalente, como condición que haga legal un preacuerdo, en el incidente de reparación integral está ampliado el espectro de discusión no solamente al aludido tópico, sino además, como su nombre lo indica, a todos los factores que hacen parte de la indemnización total de perjuicios.

¹⁶ Sala de Casación Penal, providencia del 27 de abril de 2011, radicado número 34829, Magistrado ponente José Luis Barceló Camacho.

De otro lado, diferir la posibilidad de que los ofendidos recuperen sus recursos arrebatados con las infracciones penales aquí acusadas, dentro de la actuación que se lleve a cabo para juzgar el delito de estafa, como lo han dicho las partes y el mismo Juzgado de primera instancia -tras aducir con dudosa legalidad el rompimiento de la unidad procesal- es tanto como dejar al garete un derecho de connotación superior de las víctimas, porque nadie estaría en condición de afirmar con toda certeza que dicho proceso vaya a adelantarse y tampoco que aun tramitándose, vaya el mismo a culminar con decisiones favorables para los afectados.

Finalmente precisa la Sala que no desconoce la utilidad que el procesado de este asunto haya ofrecido en aras del esclarecimiento de los hechos y la determinación de otros autores o partícipes y que por dichos motivos la Fiscalía quiera de alguna manera premiar ese aporte, como la delegada del mentado órgano instructor con toda seguridad lo ha mencionado a lo largo de sus intervenciones. Sólo que cualquier consideración procesal que vaya a brindarse, debe estar ceñida sin excusas al principio de legalidad de los delitos y de las penas, cosa que aquí por lo visto no se ha cumplido, amen que los beneficios de esta especie deben ser oteados en otras figuras jurídicas, según la estructura procesal de nuestro ordenamiento¹⁷.

En guía de lo dicho la Sala revocará la decisión asumida en la providencia impugnada y en su lugar dispondrá improbar el preacuerdo suscrito en esta ocasión por las partes.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

Resuelve:

Revocar la decisión adoptada en la providencia impugnada y en su lugar improbar el preacuerdo suscrito en la ocasión por las partes, ello, atendiendo las razones consignadas en la parte motiva de este auto.

En consecuencia regrese la actuación al despacho de origen para lo de su cargo.

Se notifica en estrados y se hace saber que contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese y cúmplase,

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

MAURICIO ALFONSO SENEJOA VENEGAS

Magistrado

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA

Secretario

¹⁷ Al respecto, ver sentencia C-063 de 2010, con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

ACCESO CARNAL ABUSIVO Y ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON PERSONA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR – TIPICIDAD: Su configuración requiere que el sujeto pasivo se halle imposibilitado para oponerse a la ejecución del hecho. / **IN DUBIO PRO REO - ANALISIS PROBATORIO:** Aplicación del Principio al existir duda sobre la ocurrencia del delito y la responsabilidad penal - De la valoración en conjunto de las pruebas practicadas en el juicio oral y conforme el inexcusable deber de la carga probatoria que le asiste al ente instructor, se establece que no generan el convencimiento más allá de toda duda razonable, respecto de la comisión de los delitos y de la responsabilidad del acusado; determinándose que los hechos denunciados no estructuran el tipo penal investigado, en tanto se demostró que las presuntas víctimas, con capacidad absoluta de decisión y con goce pleno de sus condiciones mentales, en ningún momento estuvieron privadas de la posibilidad de repeler un ataque sexual por parte del médico que estaba tratando sus dolencias, por el contrario mantuvieron el dominio cabal de sus actos, siendo conscientes del procedimiento ofrecido por éste, el cual incluía la realización de masajes corporales, situación que acrecienta la probabilidad de una falsa creencia, de haber sido tocadas con fines eróticos; por lo cual no es posible emitir fallo de condena por los punibles por los cuales se acusó. /

**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala de Decisión Penal**

MAGISTRADO PONENTE: FRANCO SOLARTE PORTILLA

Asunto: Apelación sentencia absolutoria
Delitos: Acceso carnal y actos sexuales abusivos con persona en incapacidad de resistir
Condenado: JFGR
Radicación: 2007-80914 N.I. 5700
Aprobación: Acta N° 2015-037 (febrero 23 de 2015)

San Juan de Pasto, marzo dos de dos mil quince

Vistos

Corresponde al Tribunal resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado con oportunidad tanto por el delegado de la Fiscalía como por el representante de las víctimas, contra la sentencia emitida el 15 de agosto de 2014, por medio de la cual el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pasto absolvió a JFGR de los cargos de acceso carnal abusivo y actos sexuales abusivos con persona en incapacidad de resistir, en concurso, por los que la Fiscalía había formulado acusación.

Los hechos jurídicamente relevantes

Según el ente encargado de la investigación, las hermanas MR y SRRR, acudían en pos de los servicios propios de la medicina alternativa prestados por el doctor JFGR, escenario en el cual el galeno en cuestión disponía a las pacientes despojarse de casi la totalidad de sus prendas y procedía enseguida a la supuesta realización de masajes corporales, pero que en realidad se trataba de tocamientos libidinosos.

Que siendo las 4:30 de la tarde del 15 de marzo de 2007, MR fue accedida carnalmente por el médico, mientras le ordenaba mantener cerrados los ojos y sujetaba con una mano su cabeza para que no la levante y no pueda así percatarse del abuso, acción perpetrada mientras la aludida paciente reposaba en una camilla que por su

estructura, se afirma, facilitaba la ejecución material de los desafueros.

De su lado, se viene afirmando que SR en similar contexto fue sometida a tocamientos lúbricos por el acusado, los cuales fueron catalogados así por la mujer, una vez su hermana le hizo conocer del abuso del que antes ella fue objeto.

Resumen de la actuación cumplida

Una vez presentada la denuncia, el Fiscal encargado del caso elevó solicitud de captura en contra del ciudadano JFGR, surtida que fue, el 1º de marzo de 2012 se adelantó ante el Juzgado Quinto Penal Municipal de Pasto con funciones de control de garantías, audiencias concentradas donde se legalizó la aprehensión del capturado, se le formuló imputación por la comisión de los delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales abusivos en personas en incapacidad de resistir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 210 incisos 1º y 2º del Código Penal, respectivamente, con la agravante prevista en el artículo 211 numeral 2º ibídem, cargos respecto de los cuales el imputado guardó silencio. Seguidamente se impuso en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

Con recibido del 4 de abril de 2012 se radicó el escrito de acusación, el que dio paso a la celebración de la audiencia del mismo nombre, que fue realizada el 21 de junio del mismo año; la preparatoria tuvo lugar los días 5 de octubre siguiente y 26 de agosto de 2013; mientras que el juicio oral se desarrolló durante los días 25, 26, 27, 28, y 29 de noviembre y 3 de diciembre de 2013; el 15 de agosto de 2014 se dio la lectura del fallo con decisión absolutoria que fue apelada por el delegado de la Fiscalía y el representante judicial de las víctimas.

La sentencia apelada

Se ocupó el fallo en primer lugar de hacer una relación de los hechos jurídicamente relevantes, se refirió luego a la individualización e identificación del acusado, recordó los antecedentes de la actuación surtida y las alegaciones presentadas por las partes y los intervinientes al final de la audiencia de juicio oral, para entrar al acápite de las "Consideraciones", donde luego de referenciar las normas legales que gobiernan el tema de las pruebas en el procedimiento penal, anunció la Juzgadora que por método hará examen individual y por separado de cada uno de los casos que fueron objeto de acusación por parte de la Fiscalía.

Inició entonces por referirse a la *"tipicidad del delito de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir agravado, denunciado por Z (sic) RR"*, señalando que para la configuración del aludido punible se exige la concurrencia de dos condiciones normativas, cuales son la realización por el agente de actos sexuales abusivos diversos al acceso carnal, y además, que la persona víctima de esos comportamientos se halle en estado de inconciencia o que padezca trastorno mental o esté en incapacidad de resistir, estados mentales que apoyada en doctrina la Juez definió.

Con la advertencia de que por tratarse de sucesos que dada su naturaleza por regla general discurren al amparo de la clandestinidad, adujo que el análisis probatorio que adelantará estará circunscrito a lo expuesto tanto por la supuesta víctima de los presuntos desafueros como por lo dicho por el acusado, quien tras renunciar a los derechos que le asistían a guardar silencio y a la no autoincriminación, optó por suministrar en el juicio una versión propia de los hechos.

Así, reprodujo lo que supuestos víctima y victimario expusieron sobre los fácticos investigados, donde aquella refirió lo sucedido en las sesiones y en concreto lo acaecido en la última cita, sin establecer fecha, en la cual afirmó haber sido objeto de manoseos vaginales por el médico por espacio de una hora, y éste, tras hacer una explicación amplia sobre las características y bondades de la medicina alternativa, negó haber finiquitado los actos libidinosos que se le achaca, pues sin descartar la posibilidad de un roce involuntario por las zonas genitales de su paciente, no hizo más que adelantar con la mujer los masajes corporales, propios de las terapias del denominado *"drenaje linfático manual"*.

Para la señora Juez de primera instancia la Fiscalía "no ahondó en una investigación completa e integral respecto al particular caso denunciado por la señora Z (sic) R", conformándose con la versión de la supuesta víctima, quien

no pudo suministrar los necesarios detalles de “*cómo y cuando (sic) fue atacada sexualmente*”, por el contrario, hizo saber ésta, que siempre consideró que los procedimientos recibidos se estaban realizando con normalidad, amen que prueba documental allegada por la defensa demostró que aun posterior a los supuestos abusos, de manera inexplicable siguió visitando el consultorio del profesional para proseguir con el tratamiento convenido.

Pero además, prosiguió, que el representante del ente instructor omitió probar que la mentada paciente se encontraba en incapacidad de resistir, ya sea por estado de inconciencia, somnolencia, inmovilidad física o imposibilidad mental, sugestión, hipnosis, alienación o alicoramiento que le haya impedido repeler el ataque de la que dice haber sido objeto, como tampoco demostró la Fiscalía que el cuestionado médico haya sobrepasado los límites propios del anunciado tratamiento, por lo que forzoso es, en juicio de la a quo, atenerse a lo expuesto por el procesado quien sostuvo que su comportamiento estuvo ceñido al rigor de un procedimiento profesional.

De modo que, iteró la Juez, a más de estar en duda la ocurrencia de un comportamiento penalmente típico, tampoco se avizora la presencia de la antijuridicidad pues no hubo en puridad una afectación real y material al bien jurídico tutelado, cual es la libertad, integridad y formación sexual, como tampoco se vislumbra el requisito de la culpabilidad, ya que tampoco fue probado que el procesado haya obrado con “*la intención y voluntad de satisfacer sus deseos sexuales*”. Y si bien a lo sumo se presentó un roce de las partes íntimas de la referida mujer, ello se debió a un mero accidente, dado precisamente que la técnica requiere de los masajes corporales incluyendo las zonas inguinales.

Similares razonamientos fueron utilizados por la señora Juez de primera instancia para el caso relacionado con la señora MRR, más adicionó que según el acusado a los masajes corporales sugeridos para el tratamiento de la aludida paciente, se sumó la técnica de la acupuntura, la cual por lo demás no produce ninguna clase de relajamientos.

Adujo que la referida mujer acudió al consultorio del doctor G en procura de los alivios ofrecidos por la medicina bioenergética, la cual se basa en la fe en el tratamiento y en la confianza de los pacientes en el galeno tratante, quien a su vez acude incluso a la sugestión para el logro de buenos resultados, y que MRR estuvo previamente informada del procedimiento al que iba a ser sometida para paliar su problema de várices, consistente en drenaje linfático manual, en donde indefectiblemente debían operar los masajes corporales.

Siguiendo el mismo método que el señor delegado del Ministerio Público utilizó en sus alegatos, la a quo pasó a examinar si se dan para el caso las exigencias que según la jurisprudencia¹ se requieren para la estructuración del delito acusado por la Fiscalía, vale decir que se encuentre probado que la supuesta víctima se encontraba en inconciencia, trastorno mental y “*la incapacidad de resistir*”.

Descartó así que la aludida paciente se haya encontrado en estado de inconciencia, ya que previa y oportunamente fue ella advertida de cómo iba a realizarse el procedimiento, que recibiría entonces masajes corporales, para lo cual era indispensable despojarse de la ropa, dejándose un interior y una blusa y era consciente además de que “*iba a ser sometida a una eventual invasión en su intimidad personal*”. Que tampoco se hallaba la dama sufriendo trastorno mental, como lo conceptuó la psicóloga BLANCA RITHA BERNAL ARÉVALO. Y que según lo declarado por el perito MARIO FERNANDO ORTEGA BENÍTEZ, la paciente “*podía reaccionar, podía mover sus músculos, podía pedir auxilio, gritar o hacer cualquier movimiento corporal que le permitieran oponerse a una agresión*”.

Trajo a colación la Juez un pronunciamiento a través del cual la Corte Suprema de Justicia admite como probable que la confianza, la credibilidad y la fe de los pacientes hacia su médico pueden generar escenarios propicios para los abusos de índole sexual², en tanto el profesional se ubica en una posición de poder, sin embargo, para la a quo tal situación no fue probada sin dubitaciones en este asunto, por el contrario, surgen razones que hacen ver “*materialmente imposible que se haya producido el coito carnal, consistente en la introducción del pene del galeno en la vagina de su paciente, tomando en cuenta la forma cómo describe la denunciante el discurrir del suceso*”.

¹ Citó sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 31236, junio 17 de 2009, Magistrado Ponente JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

² Citó la sentencia del 27 de julio de 2006, radicado 24955, Sala de Casación Penal.

Afirmó que deviene en un imposible físico que el procesado estando al pie de la camilla haya podido a la vez sostener con una mano la frente de la paciente, impidiéndole levantar la cabeza, con la otra presionar el abdomen, al tiempo que introducía el asta viril debiendo desplazar el interior, *"un cachetero"*, de confección elástica y que llega hasta la mitad del muslo, a no ser de que hubiera contado con la ayuda de una tercera persona, situación descartada porque nadie más se hallaba en el consultorio.

Tampoco le parece explicable a la Juez que la señora MR una vez fue objeto de semejante abuso se haya limitado a hacer un corto reclamo, exigir la devolución del dinero pagado por la consulta, salir del lugar sin hacer demostración de su enojo, sin dar a conocer lo sucedido al menos de la secretaria del médico y demás pacientes, la mayoría mujeres que esperaban su turno, limitándose a cancelar la siguiente cita que la madre de aquella tenía. Agregó la Funcionaria judicial, que actitudes como las referidas no son propias de quienes han sido abusadas sexualmente, aun en personas introvertidas, como sin ningún respaldo científico presentó la Fiscalía a la supuesta víctima en cuestión.

Del mismo modo le parece inconcebible que luego de haberse perpetrado un delito de semejante especie, hayan vuelto al tratamiento no solamente la madre de M, doña MER, sino también sus hermanas L y S, lo cual en palabras de la psicóloga BLANCA RITHA BERNAL deviene en ilógico, cuanto más si una de aquellas también había afirmado ser víctima de los desafueros del censurado médico.

Así, para la señora Juez de primera instancia, del mismo modo como sucedió en el caso de SRR, tampoco se probó por parte de la Fiscalía que el procesado, prevalido de su condición de médico de confianza, haya ejecutado el acceso carnal en contra de MR y menos que la mentada mujer se hubiese encontrado en un estado de incapacidad para resistirse al supuesto abuso sexual perpetrado.

Al cierre, advirtió la ocurrencia de fallas en la técnica utilizada en desarrollo de los peritajes adelantados por los psicólogos convocados a juicio a instancia de la Fiscalía, por cuanto dichos profesionales basaron su opinión no en una entrevista personal y actualizada, sino en una similar llevada a cabo por la doctora BLANCA RITHA BERNAL 5 años atrás; también destacó la declaración dada por la señora MLS, así como la aducción de unos libros de registro de pacientes y también de las fotografías del sitio donde sucedieron los supuestos hechos, probanzas estas últimas que, según la Juez, restan credibilidad a las acusaciones de las reputadas víctimas y en cambio refuerzan la idea de que el acusado se limitó al ejercicio lícito de la profesión de médico.

De modo que, concluyó, dado que el delegado del ente instructor no cumplió con la carga de probar más allá de la duda la ocurrencia de un comportamiento punible y la responsabilidad penal del procesado, en la actuación refulgen dubitaciones insuperables que conllevan a la emisión de una decisión absolutoria, lo que en efecto así fue consignado en la parte resolutive del fallo ahora objeto de censura.

Criterio de los apelantes y de la defensa como no recurrente

- **El delegado de la Fiscalía.**

Para el señor Fiscal 15 Seccional Delegado para la Unidad de CAIVAS, contrario a lo considerado por la Juzgadora, en el proceso quedó demostrado que *"los tocamientos y el acceso carnal que se desplegados (sic) por parte del enjuiciado a las víctimas, no fue producto de su práctica médica a través de las terapias, sino que fueron actos libidinosos preconcebidos, y que se presentaron por la confianza que les generaba como médico y creyendo en que las terapias eran así, generando incapacidad de resistir"*.

Comenzó por admitir que *"efectivamente en el juicio no demostramos que las víctimas hubieran estado inconscientes, o que padecieran un trastorno mental, o que no pudieran reaccionar en sus movimientos físicos"*, sin embargo, advirió que no por ello resulta procedente que se deje de reprochar la presencia de otros comportamientos, como los sucedidos en el asunto que nos convoca, donde *"efectivamente se presenta una verdadera incapacidad para resistir"*, ello en punto de advertir que el acusado *"las indujo al error al hacerles creer que los tocamientos libidinosos que se realizaba continuamente en su partes genitales eran normales y parte de la terapia, lo cual generó incapacidad para resistir"*.

Agregó que la confianza con la que las consideradas víctimas acudieron al médico en cuestión y que generó en ellas incapacidad para resistirse, fue suficientemente demostrada con el trabajo adelantado por los peritos en sicología. Transcribió apartes de una jurisprudencia donde se pone de manifiesto cómo la confianza de los pacientes hacia los profesionales de la medicina puede concebirse de la magnitud tal, que desencadenen en abusos sexuales³.

Con la reproducción de unos apartes de la declaración rendida por la señora MRR, sostuvo el aludido recurrente que, contrario a lo expuesto por la a quo, está probado el acceso carnal sufrido por la mencionada mujer, versión que, adujo, resulta creíble por cuanto por poseer una actividad sexual activa *"le permite perfectamente diferenciar, cuando le rosan el pene y cuando se lo introducen"*.

Relacionando otros apartes de la declaración rendida por M, en donde explica la afectación que ella padeció por los hechos, el señor Fiscal afirmó la existencia de un comportamiento materialmente antijurídico por parte del procesado y realizado con culpabilidad, pues a más de la efectiva afrenta a la libertad y formación sexuales de la aludida mujer, aquél finiquitó su acción conociendo de su ilicitud y poseyendo la capacidad de guiar su comportamiento ceñido a la ley.

Al final de su escrito el delegado del ente instructor elevó una petición subsidiaria, la cual consiste en que si *"en gracia de discusión, si se partiera que el acceso carnal del cual fue víctima la señora MRRR no se demostró, señor (a) magistrado (a) ponente de la sala penal (sic) del Honorable Tribunal Superior de Pasto, le solicito, se revoque la sentencia referenciada y consecuencialmente se emita sentencia condenatoria por el delito actos sexuales abusivos (sic) con incapaz de resistir, pues los mismos de acuerdo a las pruebas obrantes en el juicio se encuentran (sic) suficientemente demostrados"*.

Añadió que si bien es cierto que tal cambio de pretensión no fue elevado al final del juicio oral, también lo es que con dicha decisión no se vulnera ningún derecho fundamental del procesado, ya que se trata de un punible del mismo género y de menor entidad y los hechos constitutivos hacen parte del núcleo fáctico contenido en la acusación, pedimento que deviene posible merced a la autorización que la Corte Suprema de Justicia dio a los jueces, para que en eventos de la especie puedan mutar oficiosamente la imputación jurídica⁴.

- **El representante de las víctimas**

El abogado que atiende los intereses de quienes son reputadas víctimas en este asunto, inició su escrito con la admisión acerca de los errores presentados por los operarios judiciales, concretamente en el que incurrió la Fiscalía, al punto que propuso como primer problema jurídico a resolver *"si con una imputación equivocada había lugar o no a desvirtuar la presunción de inocencia que fue en última ratio la razón (sic) de la absolución"*, concibiendo sin dudarle una respuesta afirmativa a ese interrogante.

No obstante, adujo que la Fiscalía llevó las pruebas requeridas para lograr la certeza de lo ocurrido, pese ello a la morosidad de la investigación y los naturales estragos que genera en la memoria el paso del tiempo, pues los hechos datan del 15 de marzo de 2007, aspecto que *"genere impunidad, pues el victimario saldrá favorecido por algunas diferencias en cuanto a las versiones de las víctimas como se vio en el presente caso"*.

Censuró que la defensa se detenga en examinar la dificultad del acceso carnal dadas la características de la ropa interior que MRR usaba para el día de los supuestos desafueros sexuales, siendo que la aludida señora había aclarado que no se trataba del llamado *"bóxer"*, sino uno de los conocidos en el comercio como *"cachetero"*, prenda ésta que desde el punto de vista material podía facilitar el ayuntamiento, como en efecto así de ese modo lo admitió el propio acusado, al mencionar que los masajes bien podrían arribar accidentalmente a los genitales de la paciente.

³ Citó la sentencia de casación del 17 de julio de 2006, radicado número 24955, Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

⁴ Citó sentencia del 11 de septiembre de 2013, radicado número 41961.

De otro lado, contrario a lo expuesto por la defensa y acatado por el Juzgado de primera instancia, para el representante de víctimas no se requiere de tres brazos para lograr el cometido de un acceso carnal, pues *"de sobra es sabido que un miembro viril erecto puede encontrar sin mayor dificultad el camino vaginal sin necesidad de manipulación o direccionamiento"*.

Ocupó importantes espacios de su escrito el recurrente en mención, para referirse a la práctica de la medicina bioenergética y a los supuestos alivios que ofrece, a la cual no dudó en calificar como *"publicidad engañosa"*, que llevó a personas incautas, más de un millar en el año, la mayoría de ella mujeres, a someterse en el caso concreto a abusos de tipo libidinoso por parte del procesado. Hizo entonces una amplia disquisición de los orígenes históricos de esta forma alternativa de la medicina, que data del siglo 18, en la cual opera el hipnotismo y la sugestión, pero básicamente el engaño en los pacientes, lo cual se favorece por el sistema de prestación del servicio de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1993.

Sostuvo que sus representadas, la madre de ellas y una hermana más, buscaron la alternativa a la medicina tradicional en los atestados consultorios del procesado, que fueron en pos de salud y salieron abusadas sexualmente y que si en principio nada dijeron, ello se debió a la vergüenza o *"al qué dirán"*, mas si a la postre denunciaron, lo hicieron desafiando la burla o el señalamiento público, describiendo en sus dichos la concurrencia de los elementos estructurales de los delitos imputados, en medio de relatos refrendados en su veracidad por los competentes sicólogos del CTI llevados a declarar por el delegado de la Fiscalía, según los cuales *"no existe motivo alguno para que esta persona haga un montaje gratuito, perverso o deliberado en contra del acusado"*.

Restó de otro lado trascendencia a unos cuadernos y algunas fotografías anexadas a instancias del defensor por intermedio de un investigador privado, medios de información que no prueban más allá de la existencia de un gran cúmulo de personas incautas, amen que se trata de documentos que acusan dudas en su autenticidad, en virtud al indebido manejo en la cadena de custodia. Al tiempo puso en cuestión la versión rendida por MSP, en tanto no solamente la une al procesado una antigua relación laboral, sino también un vínculo de afinidad, pues son cuñados, aspectos éstos que permiten, a juicio del abogado en referencia, que la testigo haya sesgado su testimonio.

Por manera que, iteró el apelante, la señora MRR no guardó silencio frente a los hechos, denunció con valentía las afrentas de las que fue víctima y lo hizo enfrentando a su agresor, circunstancias éstas que revisten de credibilidad el relato, cuanto más que, como es sabido y resulta obvio, sucesos como los que se examina se ejecutan sin la presencia de testigos que no sean las mismas víctimas.

Con la convicción de que existe en el proceso información suficiente que supera toda duda y cuestionando el ejercicio de valoración probatoria que hizo la señora Juez de primer grado, en tanto la calificó como *"descontextualizada y por tanto parcializada, lo cual conduce a un fallo parcializado, injusto y alejado del derecho"*, el señor representante de las víctimas pidió la revocatoria de la sentencia apelada, no sin antes hacer una extensa disquisición acerca del principio *"lura novit curia"*, de conformidad con el cual el juez, quien es el que conoce la ley, puede *"aplicar un derecho distinto al invocado"*, merced a que *"no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas"*.

- **La defensa**

El defensor del acusado recorrió el traslado de las alegaciones plasmadas por los recurrentes y en su escrito pidió de entrada la confirmación de la providencia impugnada, ello en razón a que, según así lo concibe, quedó demostrado que la investigación adelantada por la Fiscalía *"fue ambigua, confusa, arbitraria, no logró desvirtuar la PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, dejó (sic) al descubierto una serie de falencias, partiendo de errores graso (sic) como el imputar un delito que no corresponde a los supuestos facticos (sic) del caso"*.

En ese orden, adveró que el órgano encargado de la acusación no logró demostrar la ocurrencia real de los fácticos enrostrados a su defendido, ni los que dicen relación con el supuesto acceso carnal abusivo en persona en incapacidad de resistir, ni tampoco los que tipifican los actos de la misma naturaleza.

Adujo que la mayoría de las pruebas allegadas por el delegado de la Fiscalía fueron de referencia, informes

periciales elaborados por peritos que adelantaron su trabajo sobre documentos y no mediante la observación directa con el examinado. Que además, el representante de la Fiscalía incurrió en la falta de ocultar los resultados de un examen de fluidos, el cual era su deber descubrir, pero que no se hizo por cuanto los mismos ponían en evidencia la debilidad de la teoría del caso del ente instructor; pidió entonces al Tribunal *"propender para que ese tipo de conductas no continúen sin la respectiva corrección"*.

Criticó los testimonios rendidos por quienes han sido reputadas víctimas, los cuales lucen confusos, contradictorios y sin lógica, como lo fue la atestación de MRR, quien narró la ocurrencia de los hechos bajo unas circunstancias de imposibilidad física, dado que el supuesto acceso sexual se produjo cuando la susodicha paciente se encontraba con sus piernas estiradas sobre la camilla y el médico a la vez sostenía la cabeza de ella con una mano, con la otra posada sobre el abdomen *"y a su vez obligarla a ser penetrada contra su voluntad"*.

De la versión suministrada por SR censuró que no fue específica en decir en qué momento de las 15 sesiones fue víctima de los tocamientos y que no justifica además por qué a pesar de ser abusada siguió visitando al médico, cuanto más *"si una de las hermanas era violada"*, e incluso que hayan tras ese acto permitido que la madre de aquellas asistiera a recibir el cuestionado tratamiento.

Adujo además el defensor que el delegado de la Fiscalía tampoco demostró que las hermanas RR se hayan encontrado en estado de incapacidad de resistir, es decir, que no fueron debidamente probados *"los elementos normativos del tipo, como tampoco los verbos rectores, o una situación de trastorno psicológico o inferioridad"*, por lo que no estamos frente a una conducta que sea típica, antijurídica y culpable, por lo que fuerza concluir, iteró, que la conducta realizada por el procesado no fue distinta a la que se deriva de su rol como profesional practicante de la medicina alternativa.

Con estas reflexiones pidió del Tribunal la confirmación del fallo recurrido.

Consideraciones de la Sala

Deberá verificar el Tribunal la corrección jurídica de la decisión adoptada por la señora Juez a quo, quien por considerar que la Fiscalía incumplió con su promesa de probar sin dudas razonables la ocurrencia de los delitos enrostrados y la consecuencial responsabilidad del acusado en los mismos, optó por absolverlo. De no ser así, como lo sostienen tanto el delegado de la Fiscalía como el representante de víctimas, proceder a revocar el fallo impugnado.

De entrada debe ser advertido que sometida al tamiz de estricta valoración las pruebas arrojadas al proceso, persiste en los integrantes de esta Sala de decisión similares dudas que en su oportunidad se posaron en la mente de la Sentenciadora de primera instancia y que dieron lugar a la emisión del fallo absolutorio que ahora nos concita, dado el inescrutable hecho de que el delegado de la Fiscalía no pudo probar con razonable certidumbre la comisión cierta de los hechos delictuosos enrostrados y por esa senda, tampoco estableció la cabal responsabilidad del acusado.

Es más, tal estado de hesitación parece haber gobernado también y por paradoja, el pensamiento de los mismísimos recurrentes, pues no de otra manera se explica que el abogado representante de las víctimas haya dado comienzo a la sustentación de su disenso con frases tales como: *"este proceso es producto de un deficiente encuadramiento por parte del ente acusador"*, o que *"si los operadores de justicia conocen el derecho, las víctimas que represento, no pueden padecer las fallas de este tipo de procedimientos razón de ser de la absolución que ahora padecemos"*, o que se interrogue *"si con una imputación equivocada había lugar o no a desvirtuar la presunción de inocencia que fue en última ratio la razón (sic) de absolución"*.

Y aunque en rigor jurídico no esté prohibido que se eleve una *"petición subsidiaria"*, como así lo hizo al final de su escrito el señor Fiscal, implorando oficiosamente la condena por un delito distinto al que –tras un elaborado y serio examen, se entiende– acusó, así no haya cumplido con el deber de haber impetrado la variación en los alegatos finales del juicio oral, como así lo pidió (¿?), devela ello la inocultable inseguridad que campea este asunto y que, ya se precisó, impide en consecuencia pretender en esas condiciones la emisión de una condena. No resulta coherente que las explícitas dubitaciones que están radicadas en la mente del delegado del ente acusador,

por petición suya que no oculta ser contradictoria, sean convertidas por el Tribunal en certeza.

Resulta necesario recabar, a propósito de las interesantes y bien intencionadas elucubraciones que el representante de víctimas hizo al final de su escrito de sustentación, invocando la aplicación del principio *Iura Novit Curia*, que el modelo de investigación y juzgamiento penal que hoy por hoy nos rige, responde a un marcado corte adversativo, que a su turno implica entenderlo en una concepción dialéctica donde ha de triunfar la tesis de la parte en contienda que proponga la mejor argumentación, la cual a su turno debe ser la que se encuentre materialmente más respaldada, según la prueba que legalmente ha sido aducida al juicio y a instancia de los antagonistas.

El sistema acusatorio penal forjó asimismo en su estructura que el Estado a través de la Fiscalía General ostenta el inexcusable deber de la carga probatoria, en el entendido de que aún y por fortuna está vigente el ecuménico principio de presunción de inocencia de los acusados, personas éstas que deben irremisiblemente ser absueltas si el órgano encargado de la acusación dejó dudas que razonablemente no pueden ser superadas, en cuanto concierne a la comisión real de un comportamiento delictuoso y a la responsabilidad de quien es considerado su autor o partícipe.

La Fiscalía entonces, en ese orden de ideas, tiene como inicial y determinante compromiso el de realizar un correcto e inequívoco ejercicio de subsunción legal del comportamiento en cuestión, es decir, le compete someterse a la égida del principio de legalidad y en concreto al principio de tipicidad estricta, sin que le sea permitido dejar grietas en ese proceso o plantear analogías con otros tipos penales o simplemente generar sin más y sin respaldo alguno posturas sucedáneas o alternativas. Del abc del derecho, una conducta es punible en la forma estricta en que esté así categorizada en la norma legal correspondiente. La consecuencia de cometer un error en esta tarea es tan simple como asimismo delicada e irreversible: salvo las posibilidades que jurisprudencialmente han sido aceptadas, si el fiscal equivocó hacer una correcta adecuación típica del comportamiento, devendrá fatalmente la absolución.

Preámbulo el anterior para responder a las comprensibles inquietudes reveladas por el abogado de víctimas, pues nuestro sistema no permite que el juez, que es un tercero imparcial en la actuación, pueda suplir, complementar o corregir oficiosamente las cargas funcionales que ostentan las partes, de ahí que su participación en el juicio esté limitada por la naturaleza de su rol a tal punto que le está vedado decretar y practicar pruebas de oficio ni plantear su propia teoría del caso, correspondiéndole en puridad otorgar el derecho a quien demostró tenerlo, luego de una actividad probatoria practicada y analizada en el contexto de las formas previamente establecidas.

Recordemos pues que el representante de la Fiscalía en este proceso imputó y mantuvo en la acusación estos cargos: la señora MRRR contrató los servicios del doctor JFGR, médico de profesión, para tratar una dolencia que aquella padecía causada por la vena várices. En virtud de ello, la paciente asistió recurrentemente al consultorio del galeno, donde, dada la naturaleza de la técnica por él ofrecida, la aludida paciente era sometida a masajes corporales, los cuales, en el sentir de la Fiscalía, se convirtieron en tocamientos de origen sexual, hasta llegar al acceso carnal, ocurrido éste el 15 de marzo de 2007 siendo las 4:30 de la tarde. El delegado del ente instructor consideró que estos hechos se adecúan al tipo penal de *"acceso carnal abusivo con incapaz de resistir"*, previsto en el artículo 210, inciso 1º del Código Penal, con la agravante del artículo 211 numeral 2º ibídem, dado el aprovechamiento de la confianza depositada en el imputado.

De otro lado, por la realización de manoseos libidinosos en el cuerpo de la señora SRRR, finiquitados en la forma similar como fueron relatados supra, el señor Fiscal del caso acusó al doctor G, en concurso, por la comisión como autor del punible de *"acto sexual abusivo con incapaz de resistir"* consagrado en el inciso 2º del artículo 210 del Código Penal, con la misma agravante de la que habla el numeral 2º del artículo 211 ejusdem.

Para el logro de un acertado juicio de tipicidad, como corresponde ab initio, oportuno se torna recordar en qué términos fueron redactados los aludidos tipos penales:

"Artículo 210. Modificado. L. 1236/2008, art. 6º. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapacidad de resistir. *El que acceda carnalmente a persona en inconciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.*

Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años”.

“Artículo 211. Modificado. L. 1236/2008, art. 7º. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

1.- (...)

2.- *El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”.*

A continuación la Sala hará algunas precisiones dogmáticas atinentes al tema a abordar:

Por técnica legislativa en el Código Penal se dispuso el Título IV reservado a consignar los delitos que atentan contra la *“libertad, integridad y formación sexuales”* y se destinó el Capítulo Segundo para relacionar los comportamientos atentatorios del referido bien jurídico tutelado, ejecutados ellos ya no propiamente mediante el uso de la violencia, como en el Capítulo Primero, sino a través del abuso de particulares situaciones en que se encuentra la víctima y de las cuales se vale el agente ya para lograr el acceso carnal ora para la realización de actos de connotación sexual diversos.

La norma del artículo 210 prevé tres formas o estados de la víctima bajo los cuales se puede perpetrar el delito: a) en inconciencia, b) en condiciones de inferioridad psíquica por la presencia de un trastorno mental, y, c) por la incapacidad de resistir, aclarando que a voces de la doctrina y admitiendo las claras diferencias existentes entre un estado y otro, lo trascendental es que ***“Todas esas modalidades comportamentales deben producir en la víctima un impedimento para no ser capaz de comprender la relación sexual”***⁵. (Destaca la Sala).

Comoquiera que la Fiscalía consideró que las conductas enrostradas al acusado encuentran acople con la tercera situación mencionada en precedencia, es decir en la *“incapacidad de resistir”*, importa mencionar que a diferencia del estado de inconciencia, donde el ofendido carece de la menor posibilidad de conocer de las intenciones lúbricas de su victimario, en esta modalidad sí puede haber por parte de la víctima conciencia del acto, *“con lo cual la incriminación tiene lugar por la imposibilidad de oponerse a la ejecución del hecho; el sujeto pasivo no puede materializar su negativa”*⁶. Y si bien se dice que también en el caso del trastorno mental la víctima puede conocer acerca de lo que está sucediendo, en la hipótesis de la incapacidad para resistir no existe base patológica o de otra especie que afecte la capacidad cognitiva y volitiva del ofendido.

Para ahondar en la necesaria ilustración, la doctrina ha explicado que la *“incapacidad para resistir se presenta cuando se produce una inhibición al cuerpo, a la actividad física, es decir, hay una paralización sicomotriz; se paraliza la entidad corporal, pero hay conciencia; se conserva la lucidez mental, y por lo mismo la víctima está en capacidad de comprender la relación sexual, lo que sucede es que no puede moverse para evitar el comportamiento del sujeto activo”*⁷. (Destaca la Sala).

Ahora, habida cuenta que la acusación hecha por la Fiscalía en este caso hace alusión a un comportamiento vertido en el contexto de una atención médica, corresponde examinar si ello resulta posible, vale decir, establecer si un profesional de la medicina puede lograr ese estado de extrema subordinación de un paciente, al punto tal que éste se halle materialmente inhibido de oponerse a las pretensiones sexuales de aquél.

La respuesta a ese interrogante no puede concebirse en términos absolutos. No desconoce la Sala que la relación médico-paciente puede girar, y en efecto así es de esperarse, en torno a la confianza y la confidencialidad, y en

⁵ Arboleda Vallejo Mario y Ruíz Salazar José Armando, Manual de Derecho Penal, Partes general y especial, Leyer, 2012, página 180.

⁶ Pabón Parra Pedro Alfonso, Delitos Sexuales la sexualidad humana y su protección penal, Bogotá, Doctrina y Ley, 2005, página 402.

⁷ Arboleda Vallejo Mario y Ruíz Salazar José Armando, ob. Cit., página 808

ese contexto, dentro del marco de las posibilidades puede surgir aquella que ubica al profesional de la medicina en un plano de superioridad mental sobre su paciente, a tal punto que éste albergue en su pensamiento una confusión que conduzca a creer que toda actitud del galeno es la que corresponde a su rol, así no lo sea porque esté desbordada de lo ético y de lo legal.

Sin embargo, para que dicha probabilidad pueda darse, se requiere de la concurrencia de particulares circunstancias, como por ejemplo la naturaleza de la dolencia a tratar, el procedimiento médico proyectado, el escenario donde éste vaya a ser aplicado, entre otras, y especialmente las condiciones personales del paciente, sea por la composición natural de su carácter o por concretos estados anímicos en que para la respectiva ocasión éste se encuentre. Con otras palabras, resulta bastante improbable que en términos de normalidad, por así decirlo, un paciente pueda sin más ceder su resistencia a los desafueros de un médico.

Esa es la enseñanza que deja la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en dos casos verdaderamente paradigmáticos conocidos y decididos por esa alta Corporación, donde precisamente se cuestionó el comportamiento de unos médicos que haciendo uso arbitrario de su condición abusaron sexualmente de sus pacientes. Y aunque en los dos eventos se terminó por condenar penalmente a los procesados, ello ocurrió, quizás huelga decirlo, por virtud de las especiales circunstancias en que los hechos se dieron. Revisemos con algo de detalle dichos asuntos:

El primero es el mismo del cual el delegado de la Fiscalía encargado en el presente proceso se valió para extraer citas que en efecto admiten como factible que un paciente pueda quedar sometido a los designios sexuales de un médico, por física imposibilidad de resistirse, merced a la decidida confianza que aquél deposita en éste, bajo la égida de considerar sin prevenciones que el profesional someterá su actuación a los dictados de la ética y la legalidad⁸. En esa oportunidad se dijo:

“Desde esta perspectiva, es muy cierto, como lo pone en evidencia el actor, que el alcance típico de la norma quedaría considerablemente restringido –pese a los términos genéricos en que está redactado el tipo penal, esto es, que la persona no esté en capacidad de resistir-, a aquellos eventos en que dicha condición se expresa en circunstancias eminentemente mecánicas o de obstrucción meramente material –toda vez que, desde luego, al no poderse asimilar con estados de inconciencia o mentales-, dejaría por fuera situaciones de origen psicológico que pueden en un momento determinado afectar el área cognitiva conductual de la víctima y que, como surge claramente en este caso, sean propicias para desencadenar en quien teniendo una condición cualificada por sus conocimientos especiales, le permiten aprovecharse de la misma para acometer la realización de conductas abusivas”.

Es de precisar sin embargo que en el referido caso fue resaltada como determinante para que el delito se ejecute, la particular situación en que la víctima se encontraba, pues se trató de una señora que visitó al galeno en cuestión en busca de ayuda profesional para enfrentar una aversión al sexo y el médico justamente ostentaba la especialidad de sexología. Tal padecimiento hizo que la paciente en mención entregara su confianza en el procesado de ese asunto a tal extremo de la subyugación, según la Corte, estado de debilidad del que él sacó provecho para accederla carnalmente; si no, repárese en la transcripción de los siguientes apartes:

“Según el perfil psicológico de la víctima, se trata de una mujer que acusa carencia afectiva y sensación de abandono, manteniendo una relación de sometimiento con su esposo, quien la golpea con frecuencia, expresando confusión y miedo frente a tocamientos de índole sexual, reflejando además una personalidad con rasgos de dependencia y pasividad en una relación disfuncional crónica.

Así, la condición de falibilidad psicológica y anímica de la víctima en este caso, fue más que propicia para el designio criminal del imputado, quien aprovechando el proceso de interacción, confidencialidad y entrega absoluta de confianza en que se edifican las relaciones entre un médico y su paciente y que por lo mismo sitúan al galeno en una posición superlativa de poder ante sus revelaciones –íntimas dada la especialidad en sexología-, no tuvo el menor reparo en transgredir no solamente –y desde luego-,

⁸ Sentencia del 27 de julio de 2006, radicado 24955, con ponencia del Magistrado Alfredo Gómez Quintero.

elementales principios deontológicos, sino el propio Código penal (sic), al emplear ese conocimiento – que en el propósito concebido hacía por completo vulnerable a la víctima dada la condición psicológica, sexual y cultural destacada-, en procura de obtener la satisfacción de sus propias necesidades emocionales, inclinaciones sexuales y actos libidinosos.

Por ello, los hechos que dan cuenta de la conducta abusiva en la forma como el Tribunal la dio por demostrada, no son, desde luego, indiferentes para el derecho penal, como que las circunstancias personales de la víctima en el caso concreto, según quedó visto, hace palmario que se trata de alguien que estaba en incapacidad de resistir la embestida sexual que en forma metódica concibió el galeno procesado, con evidente y muy grave deterioro de la libertad y pudor sexuales de la víctima en el acometimiento de una conducta necesariamente imputable en su dolosa realización”.

En el otro anunciado proceso, la Corte condenó a un médico que aprovechó la natural fragilidad de una menor de edad a quien accedió vía oral mientras adelantaba con ella un examen destinado a la búsqueda del diagnóstico de una enfermedad que la aquejaba y que la niña, dada su inmadurez psicológica, no pudo resistirse bajo el convencimiento de que lo que hacía el cuestionado profesional correspondía a lo convencional, pero en todo caso, a la normalidad⁹.

El caso en concreto

Se tiene por cierto en este asunto que las supuestas víctimas acudieron libre y voluntariamente en busca de los servicios profesionales del doctor JFG, quien ofrecía la alternativa de la llamada medicina bioenergética, a través de variables tales como la homeopatía, la acupuntura, la terapia neural y las terapias manuales. Es de mencionar de entrada que esta particular forma de prestación médica hoy por hoy se encuentra no solo socialmente aceptada sino fundamentalmente regulada por la ley¹⁰ y controlada por el Estado, como se demostró en este caso con la documentación respectiva, con lo que las incisivas críticas que el señor representante de víctimas hizo sobre el punto en sus alegatos, no pasan de ser una respetable opinión personal, que ninguna incidencia poseen para la resolución de este caso.

Lo verdaderamente importante es que las hermanas MR y SRRR, junto con la madre de ellas y también con otra consanguínea, confiadas en la técnica alternativa que les ofrecía el acusado, contrataron con éste sus servicios ofertados. Es importante destacar que el médico, de su lado, consciente de estar tratando con personas con capacidad absoluta de decisión y con goce pleno de sus condiciones mentales, aceptó brindar el tratamiento, el cual basaba su práctica en los masajes corporales, que a su turno implicaba, huelga decirlo, que las pacientes debían despojarse de sus prendas de vestir, quedando eso sí resguardadas sus partes íntimas con ropas interiores.

De modo que surge como primera conclusión que a las pacientes en mención nunca les fue ocultado por el galeno la forma como iba a adelantar el tratamiento y que ellas, conocedoras de ello, y con capacidad plena de determinación, sin la presencia de trabas o minusvalía intelectual que las afecte, así lo aceptaron y permitieron. La cabal normalidad de sus condiciones, hay que advertirlo desde ya, se torna en basilar elemento de convicción que conduce a ubicar a las aludidas mujeres con capacidad suficiente de diferenciar en principio un masaje corporal de aquel que en puridad es un tocamiento o manoseo, porque proviene de un querer libidinoso y repelerlo con oportunidad si era del caso.

Ahora, la naturaleza de la técnica empleada en las cuestionadas ocasiones, según fue expuesto con claridad por el procesado en su testimonio rendido en juicio oral, entre otras cosas sin recibir controversia alguna, implicaba la aplicación de masajes manuales por todo el cuerpo, lo que admite entender dos latentes posibilidades, ya en el plano de las hipótesis anejas al caso que nos ocupa: que el médico en efecto saque provecho de esa situación para dar rienda suelta a sus deseos lúbricos o que, desde otra orilla, las pacientes adquieran la convicción de estar siendo tocadas cuando en realidad no lo estaban.

⁹ Sentencia del 17 de junio de 2009, radicado 31236, con ponencia del Magistrado Julio Enrique Socha Salamanca.

¹⁰ Ver Resolución 2927 de 1998, expedida por el Ministerio de Salud

Por el contenido de los precedentes reseñados supra, podría entenderse que en la primera hipótesis, la víctima se encuentra en incapacidad de resistir, precisamente debido a que en su juicio y dada la confianza depositada en el profesional, éste realizó en rigor aquello que dentro del plano ético fue por él ofrecido y por ellas aceptado, pero que realmente no fue así, porque en últimas las mujeres no tuvieron la oportunidad de rechazar con material suficiencia el abuso que estaba escondido en la práctica de unos masajes.

Justo a esta altura del análisis es donde adquiere importancia el conocimiento que se tiene de las plenas capacidades mentales de las pacientes en mención, pues al ser mayores de edad, con vigente vida sexual, sin la presencia de patologías físicas o mentales que impidan la comprensión cabal de lo que estaba pasando, como así de ese modo lo afirmó en juicio la sicóloga BLANCA RITHA BERNAL, y sin que haya existido la previa ejecución de maniobras que obnubilen o disminuyan su capacidad de entendimiento, se espera con lógica razón que bien hubieran podido diferenciar entre un tocamiento libidinoso de aquél que en rigor no era más que el masaje corporal prometido; tal apreciación surge aun admitiendo esa línea fina que puede existir entre un acto y otro.

En ese orden de ideas, deviene ya bastante extraño, por así decirlo, que a pesar de su vida sexual con experiencia, como lo dijo su abogado, MRR apenas se haya percatado de las abusadoras intenciones de su médico, solo el día en que según ella fue accedida carnalmente –aunque dos días atrás ya sintió el fastidio de un manoseo, según lo aseveró y a pesar de ello asistió luego- y más aún que su hermana SR nunca lo haya notado, sino hasta la fecha en que fue avisada por su consanguínea de lo sucedido, oportunidad en la cual, ya pensándolo con calma y reposo, llegó a la conclusión de que pudo también ser objeto de parecidos desafueros sexuales.

Preciso es recordar que la testigo última citada, ante el incisivo contrainterrogatorio efectuado por el defensor, aclaró que fue una sola vez que el médico manipuló sus genitales, que ocurrió por allá en la tercera o cuarta cita de las 15 que en total dijo asistir, y que regresó a las visitas al consultorio a pesar de la afrenta previamente sufrida, porque hasta tanto su hermana le contó del abuso, creía que lo que le había sucedido era normal¹¹.

Esto último pone ciertamente en evidencia la duda sobre la ejecución de acciones por parte del procesado que se encasillen en el delito de actos sexuales con persona en incapacidad de resistir y se abre paso enseguida la probabilidad de una falsa creencia en las aludidas hermanas, de haber sido tocadas con fines eróticos. Este aserto toma más fuerza luego de escuchar del procesado la información de que los masajes al ser repartidos por todo el cuerpo de las pacientes, básicamente en zonas vecinas a los genitales, pueda ser que por accidente los dedos rocen esos sitios íntimos de la anatomía.

No deja de llamar la atención, en esa misma línea del análisis, que SR, luego de haber sido alertada por su hermana sobre los mentados desafueros y de concluir que también recibió parecida afrenta, haya seguido visitando a su agresor para continuar con el procedimiento. En el juicio oral el defensor introdujo a la actuación dos cuadernos simples donde está anotado el nombre de la aludida S como paciente que ingresó al consultorio del encartado al día siguiente a aquel que supuestamente la hermana de ella había sido sexualmente ultrajada¹², pero aún más, siguió asistiendo normalmente a sus citas, que no fueron pocas, durante los días 17, 21, 23, 24, 25, 28, 30 y 31 de marzo, 2, 4, 9, 11, 13, 14, 18 de abril¹³, 21, 25 y 28 de abril, 2 y 4 de mayo de 2007¹⁴, actitud que a la luz de la lógica luce inexplicable, pues salvo la existencia de causas desconocidas, nadie que sea cuerdo retorna al escenario donde recibió semejante ultraje, con evidente riesgo de que pueda repetirse¹⁵.

En el juicio se suscitó un gran debate en torno a los susodichos cuadernos, pues el delegado de la Fiscalía se opuso a su incorporación poniendo en tela de juicio temas atinentes a la autenticación, pero sobre todo a su capacidad probatoria e incluso llevó a SR como testigo de refutación, sin que los esfuerzos del ente instructor salieran avante, porque fehacientemente pudo demostrarse que los aludidos documentos fueron autenticados por la persona que en su época los elaboró, se recolectaron por el investigador de la defensa atendiendo en lo esencial las reglas de la cadena de custodia y fundamentalmente salió airoso su mismidad.

¹¹ Audio número 6 CD número 1

¹² Hoja 150 del cuaderno número 2 de pruebas aducidas por la defensa.

¹³ Ver hojas comprendidas entre la 152 y 196 del cuaderno número de pruebas aducidas por la defensa.

¹⁴ Ver hojas comprendidas entre el número 07 y 24 del cuaderno número 3 de pruebas aducidas por la defensa.

¹⁵ También en dichos cuadernos se registra la asistencia, luego de los supuestos hechos denunciados, a cita con el médico en cuestión, por parte de las señoras MER (hoja 160, 171 y 191 del cuaderno número 2), LR (hojas 188 y 197 del mismo cuaderno, 12, 24 y 34 del cuaderno número 3), las dos parientes de las supuestas víctimas.

Es que resulta al menos apresurado asegurar que los mentados cuadernos hayan sido elaborados y llenados en su contenido a su antojo, solo para los fines de este proceso, es decir no en el tiempo en que revelan las fechas allí consignadas, pues para ello requerirían una insólita precisión con los días de las consultas y sobretodo con los nombres de los centenares de pacientes que cada mes atendía el procesado, atributo que rebasan las normales condiciones mentales de un ser humano; con todo, la autenticidad de las aludidas pruebas documentales no fueron suficientemente rebatidas por la Fiscalía y en ese orden de ideas sigue incólume su contenido, dentro del cual se revela la asistencia de S a varias citas posterior al supuesto evento sexual abusivo sufrido por la hermana de ella –aunque la testigo tozudamente acepte que fue una sola vez posterior a lo sucedido, para “verle la cara”-, como también lo hicieron de ese mismo modo otra hermana y la madre de ellas.

De los aludidos documentos surge una adicional información que no puede ser soslayada:

Cierto es, como lo manifestó el abogado de víctimas, que el doctor GR gozaba de una notable clientela, como que atendía para ese entonces un número de pacientes superior a los 40 por día en promedio, de los cuales la gran mayoría, más del 80 por ciento, eran mujeres. Esta verificada circunstancia, traída a colación precisamente por el mencionado recurrente, sugiere un interrogante que el juicio de responsabilidad que se viene haciendo exige y que puede plantearse de este modo: ¿si el procesado superó en este caso los hitos que la ley y la ética le indicaban, cómo se explica que de tantas mujeres que a diario atendía en su consultorio, no haya habido quejas o denuncias de la realización de hechos similares a los que hoy nos ocupa?

Tal ocurrencia de suyo consigna la respuesta indicativa de que no era práctica del médico los abusos denunciados en este asunto, salvo que sea permitido especular que esas más de 300 damas atendidas en un mes amparaban o toleraban el ilícito comportamiento o nunca se percataron del mismo o que, desde otro ángulo, solamente los desafueros sexuales hayan sido direccionados por casualidad en contra de las dos hermanas quejosas, hipótesis todas repelidas por la lógica.

Porque además cabe mencionar que si un médico aprovecha la ocasión que una loable profesión le brinda para dar rienda suelta a sus instintos lúbricos, es porque su mente está gobernada por la compulsión, merced a influencias patológicas o psicológicas y siendo así, con seguridad habría de esperarse que las conductas que en este asunto se le endilga, se evidencien en alguien más de ese centenar de mujeres que al mes atiende en su consultorio. Huelga advertir que no existe en el proceso prueba científica o de otra índole que sugiera que el doctor G padezca de enfermedad o tendencia hacia el abuso sexual.

Desde otro ángulo del análisis, de total importancias es que, según el relato suministrado por las propias reputadas víctimas dando respuesta a unas oportunas preguntas realizadas por el señor delegado del Ministerio Público, en ningún momento estuvieron privadas de la posibilidad de repeler un ataque de la especie, porque mantuvieron el dominio cabal de sus actos, fueron consientes del procedimiento que les hacía el procesado, aspecto determinante éste, por cuanto como ya se vio supra, la estructura del delito enrostrado demanda la verificación de un estado de incontrolable sumisión en el sujeto pasivo, de tal dimensión que aun manteniendo el conocimiento de la afrenta sufrida, su capacidad de reacción se encuentra anulada, como lo ha explicado la jurisprudencia nacional, así:

*“Esta circunstancia (refiriéndose a la incapacidad de resistir) es evidentemente distinta de aquellas que recogen los supuestos que a manera de ingredientes de contenido jurídico de trastorno mental o estado de inconciencia prevé el tipo penal, **pero que, en todo caso, debe inhibir a la víctima de la posibilidad de rechazar eficazmente a su abusador**, entre cuyos ejemplos se suelen mencionar la debilidad extrema o la anemia exhaustiva, la hipnosis, la narcosis, el sueño profundo y en general todas aquellas hipótesis que le impidan oponerse a las pretensiones sexuales del agente, sin que dentro de esta lista eminentemente enunciativa pueda excluirse alguna, **pues la condición idónea para que el punible tenga realización está dada porque el sujeto pasivo no pueda enfrentar, esto es, no pueda resistir el acto abusivo**”¹⁶. (Resalta esta Sala).*

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de julio de 2006, radicado 24955, Magistrado ponente Alfredo Gómez Quintero.

Y si bien no se discute que, por lo ya advertido en otro momento de esta providencia, hipotéticamente un médico puede potencialmente someter a la absoluta sumisión a un paciente, prevalido de la extrema confianza en él depositada, no es aserto que pueda pregonarse sin dubitación en este caso, no solamente por la condición especial de las supuestas víctimas, sino también debido a la absoluta conciencia que las aludidas mujeres tuvieron en el desarrollo del procedimiento previamente a ellas informado, que incluía la realización de masajes corporales que podían lindar con las zonas genitales.

Por manera que, si la exigencia normativa para condenar es la certidumbre no solo de la ocurrencia del delito sino también de la responsabilidad del acusado, tal estado mental no aflora razonablemente irrefutable en este asunto, quedando sobre el tapete un estado de hesitación imposible de superar, pues así como cabe la posibilidad de la ocurrencia de los desafueros sexuales por parte del médico en cuestión, con mayor fuerza aflora convicción contraria y en esas condiciones resulta imposible emitir fallo de condena en contra del acusado, por el referido delito de actos sexuales abusivos con persona en incapacidad de resistir.

Ahora bien, aunque los argumentos hasta ahora vertidos por la Sala sirven también para la acusación hecha al encartado por la comisión del delito de acceso carnal abusivo con persona en incapacidad de resistir, se impone la necesidad de referirnos a otros elementos de convicción surgidos de la profusa prueba practicada en juicio, valorada en conjunto, especialmente de aquella que emerge de los propios labios de la señora MRR¹⁷, quien sostuvo haber sufrido la alegada afrenta, con lo cual se consolida el aserto según el cual no cuenta este proceso con prueba suficiente para condenar. Veamos:

Vamos a referirnos primero a la posibilidad física que en el juicio se debatió, de que en las condiciones modales relatadas por la denunciante en referencia, el acusado haya ejecutado el acceso carnal. Comoquiera que la testigo explicó en el re directo adelantado por el fiscal, que el médico en cuestión utilizaba alternativamente y no al tiempo sus manos para sostener la cabeza agachada, ya para masajear el abdomen de la paciente ora para correr el interior, habrá de admitirse que en el plano hipotético, tal relato inculpatario tiene cabida.

Sin embargo, no resulta suficientemente convincente que en el contexto de las predichas ejecuciones, haya devenido la introducción del miembro viril en la vagina de la mencionada mujer, sin que ésta se hubiera alertado que ello iba a pasar. De verdad que la mente se esfuerza en entender cómo es posible que contando con la sola disposición propia, sin la ayuda de la víctima o de un tercero, el médico haya podido con sorprendente acierto introducir su pene en la vagina de la paciente, cuanto más que, atendiendo la propia versión por ella suministrada, previamente el galeno debió correr el interior que la mujer llevaba puesto.

Y al margen de tomar partida en la discusión planteada en juicio acerca de la clase de prenda íntima que en la ocasión portaba M, lo cierto es que la misma, un bóxer, representaba un obstáculo que el acusado debía superar, lo cual no podía lograr sin la realización de acciones que develaban la consecución del objetivo sexual al que supuestamente aquél arribó.

De otro lado, dentro de las pruebas aducidas al juicio a instancia de la defensa, obran piezas fotográficas que ilustran acerca de las condiciones locativas donde en labios de las denunciadas ocurrieron los censurados abusos¹⁸. En la página 11 reposa la fotografía de la camilla donde entiende la Sala se suscitaron los hechos, pues es la única que más se parece a la forma de una "Y", según la versión rendida por MR, aunque su hermana, SR, dice que tiene la forma de una "C". Observada con el detenimiento debido dicha fotografía, se percibe que si bien resulta factible que en dicho escenario pueda suceder el acceso carnal, ello se daría empero previa la cabal coincidencia de ciertas condiciones, incluida la posición de la víctima, que tratándose de un acto unilateral de abuso, correspondería adelantar exclusivamente al procesado.

Con todo, no se puede dejar de hacer referencia a la afirmación que dentro de su declaración hizo la ya varias veces citada M, de que al momento en que fue accedida, sus piernas estaban estiradas, posición que físicamente admite ser descartada, porque, volviendo a la fotografía examinada, si ello hubiese sido así, la camilla por ser corta, no posee la estructura para soportar de esa forma las extremidades inferiores.

¹⁸ Pruebas rotuladas con el número 5

También la disposición locativa de los consultorios -nunca cerrados en el decir del acusado¹⁹ y de MLS²⁰, por cuanto el médico atendía alternativamente a sus pacientes- hacen pensar que resultaba una verdadera osadía intentar siquiera un abuso de la especie, no solamente porque desde su sitio de ubicación la mencionada secretaria podía observarlo, sino también porque afuera esperaban su turno un número importante de mujeres y hombres para ser atendidos y una eventual y comprensible reacción alterada de la víctima ponían en evidencia el vejamen.

Ahora, el examen exige valorar también las actitudes y en particular las ejecutadas por la supuesta víctima. El señor defensor para desacreditar el testimonio de MRR, elevó severas críticas a algunas posturas por esta asumidas momentos posteriores a la comisión de la denunciada afrenta sexual, entre las cuales incluyó la leve o dispersa reacción frente a un suceso de semejante naturaleza, como que al salir no hizo escándalo alguno frente a un copioso número de pacientes mujeres que esperaba a las afueras del consultorio o que tardó en contar lo sucedido a familiares o que trasladara su enojo a situaciones de menor valía, como ocuparse de recuperar el dinero pagado por las consultas.

Para la Sala algunas de esas glosas pueden ser de recibo, pero otras no. Por ejemplo, una reacción violenta o escandalosa no es actitud que indefectiblemente deba esperarse de todos quienes pasen por oprobios de esa especie, pues sin descartar que haya personas que así de ese modo procedan, no faltará que otras, con toda razón además, afectadas por la vergüenza opten por el silencio. Sin embargo, sí resulta bastante curioso ya, que tal silente posición incluya a familiares cercanos, como en este caso sucedió con algunas hermanas y la propia madre de la testigo en referencia, por cuanto su información se erigía vital en la medida en que éstas eran pacientes habituales del procesado.

Tampoco constituye postura normal que la mentada dama, luego de ser abusada, concentre su atención a la recuperación del dinero pagado por las consultas, pero no solamente las que ella pagó por los tratamientos propios, sino también por los recibidos por sus consanguíneas.

De otro lado, los recurrentes esta vez al unísono, respaldan sus alegatos de disenso en las pruebas periciales practicadas, destacando las versiones rendidas por los sicólogos MARIO FERNANDO ORTEGA²¹ y BLANCA RITHA BERNAL ARÉVALO²², ambos funcionarios adscritos al CTI de la Fiscalía. Respecto a esas pruebas oportuno es hacer las siguientes acotaciones:

Resulta necesario recordar que al margen de considerar la profesión que tengan las aludidas personas, no dejan de ser testigos de la Fiscalía y en ese contexto, nada extraño resulta que su participación en el proceso esté direccionada a respaldar la teoría del caso propuesta por el ente instructor; si no, sólo repárese en que no obstante admitir ellos que en lo sustancial el delegado del ente instructor les requirió para establecer *"la credibilidad del relato"* suministrado por las presuntas víctimas, según así lo dijeron los sicólogos, sin embargo sus testimonios desbordaron in extenso esa pretensión, suministrando conceptos atinentes al estado en que aquellas se encontraban en el momento del denunciado abuso sexual, como si literalmente hubiesen estado allí presentes, la situación de postración de las pacientes e incluso dando opinión jurídica del asunto, actitud esta última que generó el oportuno llamado de atención por parte del señor Agente del Ministerio Público.

Observamos entonces que abandonando un criterio de objetividad, la doctora BLANCA RITHA BERNAL osó en cuestionar la procedencia de los masajes corporales dentro del tratamiento para enfrentar el problema de várices, siendo que el procesado con toda claridad en juicio oral hizo saber que merced a la naturaleza de la aludida patología, propios del sistema circulatorio, los masajes linfáticos resultaban idóneos para los propósitos buscados. Tal actitud de la sicóloga se dio bajo el patrocinio del señor Fiscal, aun a sabiendas que la forma eficaz de refutar la explicación científica que sobre el tema dio el acusado, era con la intervención de otro profesional con la misma especialidad de aquél, cosa que nunca se dio.

¹⁹ Audios números 15 y 16 CD número 2

²⁰ Audio número 18 CD número 2

²¹ Audio número 7 CD número 1

²² Audio número 9 CD número 1

Dígame al respecto que un vistazo dado desde las convencionales prácticas, el uso del contrainterrogatorio por parte del señor defensor en este asunto y en particular con los peritos en mención, puede lucir algo extremo, casi que intimidante, lo cual desde luego no es la idea. Pero si alguna utilidad se extrae de la práctica de ese procedimiento, es que puso al descubierto algunas particulares situaciones que no pueden ser soslayadas.

Por ejemplo, en el contexto de sus declaraciones vemos cómo los testigos en cita a más de dar por acaecidos los hechos delictuosos, aseveraron que los mismos sucedieron por el estado de evidente *"sugestionabilidad"* en el que se encontraban las víctimas, aserto éste que ningún reparo tendría de no ser porque tal conclusión solamente puede emerger tras la realización de una valoración científica de la mente de las mujeres, tarea que los peritos admitieron no realizar, merced a que, de un lado, se escapa de su resorte profesional pues corresponde hacerlo a los siquiatras, pero además y fundamentalmente, debido a que su trabajo profesional se ejerció no a través de entrevistas directas donde se cumpla con la elemental obligación de adelantar preguntas y esperar respuestas que permitan conclusiones asertivas, sino basados en un papel que lo constituye el documento de denuncia presentada hace más de 2 años.

Pero aún más, aunque resulta posible que la denominada técnica que los sicólogos en cuestión utilizaron para rendir sus peritajes en este asunto²³ - sin mencionar que dicha técnica no resulta absolutamente confiable, como fue desnudado por el defensor en el contrainterrogatorio- hubieran podido generar la convicción en los profesionales que estaban las denunciantes diciendo la verdad en sus quejas, es lo cierto que ello no los exime de ser examinados en el contexto de la lógica y ser censurados en su eficacia, como en este caso ocurre, tras la evaluación de otros elementos de juicio arrojados para su valoración integral, pruebas éstas que no estuvieron al alcance de los peritos cuando rindieron su informe.

Para finalizar el estudio de la prueba pericial arrojada al juicio a instancia de la Fiscalía, no puede dejar de mencionarse dos detalles que surgen del testimonio rendido por la doctora MAGALY DEL SOCORRO REALPE²⁴, quien en su condición de médica al servicio del Instituto de Medicina Legal revisó a la señora MRR, con ocasión a la denuncia penal por ésta presentada:

Primero, que al avizorar la inexistencia al examen clínico de huellas físicas a la vista que determinen la ocurrencia de un ayuntamiento sexual en el caso, ordenó la doctora una prueba adicional y de la mayor confiabilidad consistente en establecer en laboratorio la presencia de *"espermatozoides humanos"*, prueba que siendo determinante inexplicablemente omitió adelantar la Fiscalía, o si lo hizo no sabemos los resultados, echándose de menos unas conclusiones científicas que nos hubiese evitado este estado de hesitación que a estas alturas campea sin remedio en esta actuación judicial.

Lo segundo que se extrae del aludido medio probatorio es algo que si bien fue desdeñado a lo largo de la actuación, deviene sin embargo muy importante dentro de la tarea de valoración, en tanto distante de prodigar apoyo para dispersar la duda de la que se viene hablando, de verdad que la refuerza. A instancia de la Fiscalía se incorporó al proceso la prueba rotulada con el número 4, que hace relación al *"Informe Técnico Médico Legal Sexológico"*, practicado a la señora MRRR el 15 de marzo de 2007, donde en la *"ANAMNESIS"*, literalmente se consignó lo siguiente: *"Refiere asistió a consulta con un médico acupunturista, hace dos horas, la mando (sic) a desvestir y sobre una camilla en posición ginecológica el mando (sic) a cerrar los ojos y con las manos realizaba masajes. Posteriormente abrió (sic) los ojos cuando sintió algo raro en los genitales, pero el médico le volvió (sic) a decir que cerrara los ojos y que se quede quieta, después observo (sic) que tenía (sic) el pene con la mano y lo metió (sic) detrás de la bata"*. (Destaca la Sala).

Si la *"ANAMNESIS"* es la consignación del relato fáctico emitido por los pacientes y que da lugar al examen clínico correspondiente, no tiene explicación que para el caso haya omitido MR mencionar a la médica lo que constituye el dato más trascendental y determinante, no solo desde el punto de vista médico sino jurídico, como lo es lo concerniente a la introducción que el procesado hizo de su pene, más sorprendente aún si la versión la estaba suministrando el mismo día en que los supuestos hechos delictuosos habían sucedido.

²³ Hablan de la técnica para medir la veracidad de un relato, conocida como *"Fundamentación teórica de análisis de contenido basado en criterios (CBCA)"*.

²⁴ Audio número 8 CD número 1

Nótese que curiosamente la testigo dio prevalencia al hecho de haber visto al médico en cuestión tomar el miembro viril en sus manos, circunstancia que si hipotéticamente llegó a suceder, bien pudo ella generar por sí la idea de un comportamiento ciertamente lascivo, pero no constitutivo de la tipicidad del delito de acceso carnal abusivo con persona en incapacidad de resistir por el cual en el marco de su rol constitucional decidió el señor Fiscal acusar.

De modo que el Tribunal, considerándola ajustada a derecho, confirmará la decisión asumida en la sentencia objeto de censura y ello se hará no sin antes advertir que la petición subsidiaria elevada por el señor Fiscal no tiene cabida, bajo el suficiente fundamento de considerar que la prueba arrimada al juicio no es indicativa sin dudas sobre la comisión de ninguna conducta punible.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

Confirmar integralmente la decisión asumida en la sentencia objeto de apelación.

Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los 5 días contados a partir de su notificación.

CÓPIESE Y CÚMPLASE.

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

JAIME CABRERA JIMÉNEZ

Magistrado

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA

Secretario

PREACUERDO – CONDICIONES DE VALIDEZ: Verificación del respeto de derechos y garantías fundamentales. / PREACUERDO – NULIDAD: La falta de control de legalidad del acuerdo, constituye vulneración del Debido Proceso. / PREACUERDO – VERIFICACIÓN : Necesidad del interrogatorio personal del procesado - Procedencia de decretar la nulidad de la actuación, al determinarse que durante el trámite de la audiencia de verificación del preacuerdo, se vulneraron derechos y garantías fundamentales de los procesados, al omitir el juez de conocimiento verificar que la decisión fue tomada de manera libre, voluntaria, consciente, debidamente informada, asesorada por su defensor; olvidando que es imprescindible que aquellos se encuentren presentes en el interrogatorio, con lo cual se evitan confusiones o dudas acerca de lo verdaderamente acordado y aceptado, cuyo trámite no puede ser reemplazado mediante escrito suscrito por los procesados en el cual dan a conocer su voluntad de no asistir a dicha audiencia.

PREACUERDO - Claridad - Al efectuarse la aceptación de cargos a través de un preacuerdo, las partes que lo suscriben, deben concretar los términos del mismo, a fin de que el destinatario de la acción penal, tenga claridad sobre los alcances, punibilidad y las consecuencias sobre la misma y sobre el derecho a la libertad./

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL**

MAGISTRADA PONENTE: DRA. BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Proceso No.: 5268360005342015 00025-1 01

NI.: 12817

Aprobado: Acta No. 023

Delito: Hurto Calificado y Agravado

San Juan de Pasto, diciembre dos (2) de dos mil quince (2015)

OBJETO DE LA PROVIDENCIA:

Le corresponde a esta Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia proferida el 21 de mayo del año que avanza, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Ancuya (N), mediante la cual se condenó a **RACL, EJCR, SDO y JCER**, como autores del delito de Hurto Calificado y Agravado.

1. ANTECEDENTES:

1.1. SUPUESTOS FÁCTICOS:

De los elementos que se presentaron como respaldo del acta de preacuerdo que dio origen a la sentencia condenatoria, se tiene que los hechos acaecieron el día 13 de febrero de 2015 en horas de la noche, en la Vereda "El Limonar" del Municipio de Ancuya (N), cuando cinco sujetos armados entraron en la residencia del señor SEMR, quien se encontraba en compañía de su señora madre RR y sus hermanas E, N y MM, los intimidaron y procedieron a registrar la vivienda para luego sustraer una motocicleta, un millón de pesos, una motosierra, tres lociones, varias prendas de vestir y un celular, elementos con los cuales emprendieron la huida en un vehículo de color blanco. De lo ocurrido fueron alertados varios vecinos y un familiar quien dio aviso a las autoridades policivas del Municipio de Sandoná, lugar donde se adelantó un operativo a través del cual se ubicó el vehículo en mención, en el que

se encontraban efectivamente cinco individuos, uno de los cuales emprendió la huida durante el procedimiento, igualmente al realizar el registro correspondiente se encontraron varios de los elementos hurtados, excepto la motocicleta que había sido abandonada en el camino al parecer porque se acabó el combustible.

Los ocupantes del vehículo fueron identificados como **RACL, EJCR, SDO y JCER**, quienes fueron en consecuencia aprehendidos.

1.2. ACTUACIONES RELEVANTES:

Ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Yaquaque (N) con Funciones de Control de Garantías, en turno de disponibilidad, el día 14 de febrero de 2015, se surtieron las audiencias preliminares y concentradas, en las cuales se legalizó la captura en flagrancia de los indiciados, se formuló imputación por el delito de hurto calificado y agravado en calidad de autores, sin que hubiera aceptación de cargos, también se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva intramuros en contra de RACL, EJCR, SDO y JCER.

Con fecha 13 de abril de 2015, entre la Fiscalía 27 Local de Sandoná, los imputados y sus defensores suscriben una acta de preacuerdo, a través de la cual: RACL, EJCR, SDO y JCER aceptan los cargos imputados por la Fiscalía por el delito de hurto calificado y agravado con dolo en la modalidad de COAUTORES, conforme a lo previsto en los artículos 239, 240 y 241 del C.P. pactándose a cambio una rebaja de la pena de prisión equivalente al 75% según lo dispuesto en el Art. 269 C.P. en atención a que se realizó reparación integral a las víctimas, fijándose una pena a imponer entre tres (3) y siete (7) años de prisión o entre treinta y seis (36) y ochenta y cuatro (84) meses de prisión.

La audiencia de verificación de preacuerdo, individualización de la pena y lectura de fallo tuvo lugar el día 21 de mayo de 2015 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Ancuya con Funciones de Conocimiento, en la cual se impartió aprobación a la negociación realizada entre la Fiscalía y los imputados y se procedió a dictar sentencia condenatoria. Resulta relevante registrar que en esta audiencia no se hicieron presentes los acusados, quienes por escrito¹ manifestaron su deseo de no asistir a los estrados judiciales, sin embargo sí estuvieron presentes sus abogados de confianza, los abogados Fabián Martín Parra Córdoba², Jaime Felipe Rodríguez Forero³ y José Alejandro Rosero Jaramillo⁴, quienes luego de la lectura de fallo, interpusieron el recurso de alzada objeto del trámite que nos atañe.

2. PROVIDENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN:

Luego de reseñar el factum del caso y los aspectos procesales relevantes, se constató la plena identidad de los acusados: RACL, EJCR, SDO y JCER; luego se hizo una sinopsis del trámite que se le imprimió a la solicitud de preacuerdo elevada por la Fiscalía.

Se puso de presente que la sentencia tiene su fundamento en la aceptación de cargos a través de preacuerdo, aludiendo a la naturaleza de esta figura procesal. Luego se retomó la situación fáctica refiriéndose a la declaración vertida por la víctima SEMR y por el policial que efectuó la aprehensión ECP, lo cual según el a quo da cuenta de la veracidad de la ocurrencia de los hechos que constituyen el punible de Hurto Calificado y Agravado, perpetrada sin lugar a dudas por RACL, EJCR, SDO y JCER.

Se efectuó un análisis de la estructura de la conducta punible, abordando cada una de sus aristas, determinando que para el caso se acreditó la tipicidad con el acervo probatorio aportado por el ente Fiscal, también la antijuridicidad y con relación a la culpabilidad, se concluyó que los procesados son culpables ya que a pesar de conocer la ilicitud de su comportamiento, encaminaron su voluntad a la realización del injusto.

¹ Fol. 95 CO.

² Apoderado de RACL y SDO

³ Apoderado de JCR

⁴ Apoderado de JCER

Aunado a lo anterior, con la exteriorización de la declaración de culpabilidad con fundamento en el preacuerdo suscrito con la Fiscalía, por parte de los acusados ante el Juez de conocimiento, se satisface el requisito probatorio tendiente a demostrar su responsabilidad.

Ya adentrándose en el tema de la individualización de la pena, muestra el Juez de instancia, que el quantum de la pena se pactó entre 3 y 7 años de prisión, atendiendo a la carencia de circunstancias genéricas de agravación punitiva y teniendo en cuenta la rebaja del 75% por la indemnización integral de las víctimas. Sin embargo, al tener en cuenta la naturaleza y modalidad de la conducta punible, no se puede imponer el mínimo de la pena y en el mismo sentido indica que reparando en el actuar de los acusados es necesario el tratamiento carcelario.

También manifestó que en el sub lite, es menester aplicar el fenómeno pos-delictual de la reparación integral previsto en el Art. 269 del C.P. en virtud del cual se disminuye la pena de la mitad a las tres cuartas partes. Pese a ello, razonó el fallador que la reparación aun cuando fue efectiva, se dio varios meses después de ocurridos los hechos, situación que impide la aplicación de la máxima rebaja por dicho aspecto, por el tiempo transcurrido y la forma de reparación⁵.

Estimó el sentenciador que la reparación ya fue atendida por la Fiscalía, dentro del preacuerdo, vale decir el 75% de rebaja de las penas mínimas o máximas a imponer; aplicando las sanciones definitivas así: a RACL y EJCR una pena de prisión de CUARENTA Y OCHO (48) MESES, teniendo en cuenta que aquellos presentan antecedentes penales y para SDO y JCER una pena de prisión de TREINTA Y SEIS (36) MESES, ya que no presentan antecedentes, las cuales se impusieron en calidad de autores del delito de Hurto Calificado y Agravado.

Respecto a la concesión de subrogados, puntualizó el a quo que al adecuarse los fácticos al punible de Hurto Calificado y Agravado, no es posible su concesión, toda vez que aquella conducta se encuentra enlistada en el Art. 68A de la Ley 1709 de 2014, surgiendo la negativa legal para la concesión del mecanismo, fundamentando su posición en senda jurisprudencia de este Tribunal⁶. Para el sentenciador, tampoco procede la aplicación de la prisión domiciliaria, toda vez que no se cumplen los requisitos contemplados en el Art. 314 del C.P.P.

3. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

3.1. RECURRENTES – DEFENSA:

Los defensores inconformes con la decisión, presentan el recurso de apelación proponiendo los siguientes argumentos, que se expondrán separadamente para efectos didácticos:

SDO: La argumentación del togado que representa la defensa del sentenciado, gira en torno a la concesión de mecanismos sustitutivos a la pena privativa de la libertad, así su disenso se plantea con base en tres ejes: 1) Considera que en atención de que su prohijado aceptó cargos y reparó a la víctima, debió ser beneficiario al menos de la prisión domiciliaria, 2) Invoca la aplicación del principio de favorabilidad respecto a la Ley 1709 de 2014, según la cual y teniendo el monto de la pena impuesta -esto es 36 meses-, es posible concederle al sentenciado el subrogado de la condena de ejecución condicional, aclarando que sí bien el condenado tuvo antecedentes penales, estos ya no se encuentran vigentes; 3) Solicita en subsidio la concesión de la prisión domiciliaria, toda vez que se cumple el requisito objetivo respecto al monto mínimo de la pena contenido en la ley, según lo prescribe el Art. 38B del C.P., sin desconocer que el delito por el cual fue impuesta la pena (Hurto Agravado y Calificado) se encuentra enlistado en el inciso 2º del Art. 68A ejusdem, resaltando que SDO, cuenta con arraigo en esta ciudad y que su defendido no representa peligro para la sociedad por su condición de discapacidad, toda vez que él es parapléjico, misma situación que lo llevó a interponer una acción de tutela en contra del INPEC; 4) Ventila la situación de padre cabeza de familia del sentenciado, ya que se encuentra a cargo de su madre la señora MJO, quien es una persona de la tercera edad.

⁵ Citando la sentencia de fecha 22 de junio de 2006, dentro del Radicado 24817 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. M.P. Dr. Alvaro Orlando Pérez Pinzón y la sentencia emitida por esta Corporación del 11 de mayo de 2011 N.I. 3639. M.P. Franco Solarte Portilla.

⁶ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Penal, sentencia de 22 de abril de 2014. M.P. Silvio Castrillón Paz, sentencia de 24 de septiembre de 2014 M.P. Franco Solarte Portilla.

RAC: el recurso de alzada para este caso, gravita en torno a los siguientes puntos: 1) Discrepancia frente al tema de la indemnización de la víctima, que fue evaluada por el A quo, indicando que se hizo de forma tardía; 2) Respecto al monto de la pena fijado, ya que a su defendido se le impuso una pena de 48 meses de prisión, frente a 36 meses de prisión fijados a SDO y JCE, reclamando los principios de favorabilidad e igualdad; 3) Concesión del subrogado de la ejecución condicional de pena, insistiendo que por favorabilidad debe aplicarse la Ley 1709 de 2014, toda vez que se cumple el requisito objetivo, agregando que su prohijado no representa ningún peligro para la sociedad; 4) Subsidiariamente, requiere la concesión del sustitutivo de prisión domiciliaria explicando que supera el requisito objetivo del quantum de la pena, por no sobrepasar la condena los 8 años de prisión, pese a ello reconoce que el delito por el cual se procesó a su prohijado está enlistado en el inc. 2º del artículo 68 A C.P. Sin embargo advirtió que RAC tiene arraigo en esta ciudad y como último punto alegó para el sentenciado la condición de padre cabeza de familia de sus tres hijos menores de edad.

JCER: según su abogado defensor, efectivamente se dio la reparación integral a la víctima y dentro del tiempo oportuno, indicando que no se causó ningún tipo de perjuicio económico. Por otra parte explicó que el juez de conocimiento no tuvo en cuenta el preacuerdo realizado con la Fiscalía, ya que el quantum de la pena acordado era de 36 meses, agregando que su defendido carece de antecedentes penales, pidiendo para su prohijado la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

EJRC, su apoderado también solicitó la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, resaltando que de manera errada el juzgador de instancia calificó como antecedentes penales, los reportes que le aparecen a su defendido, los cuales no tienen la entidad para generar las consecuencias procesales que se impusieron en la sentencia, toda vez que con base en la consideración de los antecedentes se le impuso una pena de 48 meses, superior a la de los otros sentenciados que carecían de ellos (36 meses), agregando que en lo que respecta a SDO, de quien se dice carece de antecedentes, sí los tiene y ya ha sido condenado por los delitos de tráfico de moneda falsificada y tráfico de estupefacientes por los Juzgados Segundo y Cuarto Penales del Circuito de Pasto, respectivamente. Razón por la cual considera que la sentencia rompe todo principio de equidad e igualdad y no atiende criterios razonables en la apreciación de la prueba, solicitando que a su defendido se le rebaje la pena, partiendo del mínimo tal como ocurre con los condenados que no tienen antecedentes penales.

3.2. NO RECURRENTES - FISCALÍA:

El delegado de la Fiscalía explicó que el señor JCER carece de antecedentes penales y se le impuso una pena de 36 meses de prisión a igual que SDO, quien sí presenta antecedentes penales y por diferentes delitos.

Agregó que entre los acusados y la Fiscalía se firmó un preacuerdo en que por haberse realizado la reparación a las víctimas en el menor tiempo posible y sin que hayan sufrido mayor perjuicio económico, de conformidad con el Art. 269 del C.P., fueron objeto de un reconocimiento del 75% de la pena a imponer, pena que en últimas en el preacuerdo fue tasada de tres (3) a siete (7) años de prisión, con lo cual se permitía una rápida adopción de la sentencia. Refiriéndose luego a la naturaleza legal y jurisprudencial de los preacuerdos.

Finalmente solicitó que se revoque la decisión en lo que tiene que ver con el quantum de la pena y en su lugar se determine la misma como quedó convenido en el acta de preacuerdo, amén de que se nieguen los subrogados para los acusados que tienen antecedentes penales.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. COMPETENCIA:

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906/04, esta Corporación –Sala de Decisión Penal - es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa de los procesados RACL, EJCR, SDO y JCER, contra la decisión de primera instancia adoptada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Ancuya (N).

4.2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Debería la Sala abordar los puntos de disenso planteados por la bancada defensiva, para proceder a confirmar, modificar o revocar la decisión de primer grado, sin embargo, se observa una afectación de derechos y garantías fundamentales de los acusados, que impide resolver de fondo la alzada y que nos lleva a formular cuestionamientos diferentes a los esbozados por los apelantes.

En este caso, la Sala determinará si durante el trámite de verificación de preacuerdo, se respetaron los derechos y garantías fundamentales de los señores RACL, EJCR, SDO y JCER.

Como problema subsidiario que conduzca a obtener una respuesta al anterior planteamiento, se determinará si el escrito enviado por los precitados en el cual se da a conocer su voluntad de no asistir a la audiencia de verificación de preacuerdo, y que en su lugar se tenga en cuenta su aceptación libre y voluntaria plasmada en el acta de preacuerdo que se registra con sello de la oficina jurídica del establecimiento carcelario donde se encuentran reclusos, reemplaza el trámite de verificación que exige el artículo 131 de la ley 906 de 2004.

De encontrar que el procedimiento adelantado por el Juez de Conocimiento afectó derechos y garantías fundamentales de los acusados, se determinará qué consecuencias devienen frente al trámite procesal adelantado.

4.3. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

Los derechos de defensa y debido proceso, se encuentran irradiados a todo el ordenamiento jurídico, desde el artículo 29 constitucional, y en materia penal tiene como una de sus manifestaciones el listado de derechos que se establece a través del artículo 8º de la ley 906 de 2004, entre otros los de no autoincriminación, el de guardar silencio sin que ello se utilice en contra del procesado y fundamentalmente el derecho a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado e imparcial. A su vez el imputado o acusado, tiene la facultad de renunciar a sus derechos de no autoincriminación y a tener un juicio, para lo cual se requiere de estrictos condicionamientos, según se plasma en la misma norma enunciada, en su literal l) que indica que esa renuncia se hará "siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada".

De manera concordante a lo anterior, el artículo 131 ibídem regula:

RENUNCIA. *Si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, deberá el juez de control de garantías o el juez de conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado. (subraya fuera de texto)*

Igualmente, el artículo 293 ibídem, establece:

"Procedimiento en caso de aceptación de la imputación. Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al Juez de conocimiento. Examinado por el Juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

Parágrafo.- La retractación por parte de los imputados que acepten cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de estos que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales."

A su vez, el artículo 368 ibídem, regula para la etapa de juicio lo siguiente:

CONDICIONES DE VALIDEZ DE LA MANIFESTACIÓN. *De reconocer el acusado su culpabilidad, el juez deberá verificar que actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias*

de su decisión y asesorado por su defensor. Igualmente, preguntará al acusado o a su defensor si su aceptación de los cargos corresponde a un acuerdo celebrado con la Fiscalía.

En la sentencia C- 1260 de 2005, la Alta Corporación Constitucional, estableció los requisitos para que el procedimiento en caso de allanamiento a la imputación o de alegaciones preacordadas, sea ajustado a la Constitución, y así los fijó:

La renuncia a un juicio en las condiciones consagradas en el literal k) del artículo 8º de la Ley 906 de 2004, debe interpretarse armónicamente con las demás disposiciones de la ley 906 de 2004, y por lo tanto cumplir con las garantías legales y constitucionales como las que refieren a que i) el imputado debe estar asesorado por su defensor (art. 368 de la Ley 906), ii) los actos estarán sujetos al control del juez de garantías o de conocimiento, según el caso, (arts. 131 y 368 de la Ley 906) para lo cual, iii) será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado a fin de que se verifique que actúa de manera libre, voluntaria, y debidamente informado de las consecuencias de su decisión (art. 131 de la Ley 906), iv) debe contarse con la presencia del Ministerio Público, v) los preacuerdos obligan en la medida que no desconozcan o quebranten garantías fundamentales del procesado (art. 351-4 de la Ley 906), ya que vi) de advertir el juez algún desconocimiento rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad (art. 368 de la Ley 906), entre otros señalamientos. (subraya de la Sala)

La Corte Suprema de Justicia, acude al anterior pronunciamiento y explica lo siguiente, en cuanto al control que debe realizar el Juez de Conocimiento respecto de los preacuerdos:

"Así las cosas, al funcionario judicial de conocimiento le corresponde ejercer el control de legalidad de lo acordado, esto es, entre otras circunstancias, determinar si el preacuerdo es el producto de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa; así mismo, tiene la posibilidad de desvirtuar la confesión, por existir vicios en el consentimiento del implicado, por pruebas deficientes, por error, fuerza, o por cualquiera otra circunstancia análoga que aparezca probada en el proceso (Corte Constitucional, sentencia C-1260 del 5 de diciembre de 2005), como también puede verificar la legalidad de la calificación jurídica de las conductas objeto de condena" ⁷.

4.4. ESTUDIO DEL CASO

En torno a resolver el problema jurídico principal que se plantea la Sala, es crucial analizar lo concerniente a los requisitos y condiciones de validez de la aceptación de responsabilidad que realiza el imputado o acusado en cualquiera de las etapas procesales.

Como primera medida, encontramos que las exigencias legales y jurisprudenciales enunciadas, encuentran su eco en la práctica judicial, ya que por lo general el Juez de Control de Garantías o el de Conocimiento, al realizar el interrogatorio al imputado o acusado cuando acepta los cargos formulados por la Fiscalía, se fortalece con la verificación de aquellas condiciones de validez del artículo 368 de la ley 906 de 2004, norma que si bien se aplica en la etapa de juicio, permite al funcionario a cargo, respecto del acusado, "verificar que actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor". Y resulta lógico que se realice esta verificación adicional, en cuanto que precisamente uno de los derechos a los que renuncia el imputado o acusado, es aquel relacionado con la oportunidad de ser vencido en juicio.

Entonces como parte de las consecuencias debe quedar claro para el imputado o acusado que su aceptación implica una renuncia al trámite de juicio oral, que no existirá debate probatorio, que no podrá a futuro controvertir su responsabilidad penal, que su decisión una vez se realice la verificación por parte del Juez, no admitirá retractación y que la sentencia será condenatoria, entre otras.

⁷ CSJ. AP, 23 nov 2011, rad. 37209. MP José Luis Barceló Camacho. Se reitera en CSJ. SP, 30 may. 2012, rad. 37668. MP. María Del Rosario González Muñoz

Es muy importante también que en aquellos casos en que la aceptación de cargos se realiza a través de un preacuerdo como ocurre en este caso, el destinatario de la acción penal, conozca y comprenda los términos del mismo, que como cualquier negociación, tenga claridad sobre los alcances, especialmente en lo que atañe a la punibilidad y las consecuencias sobre la misma o sobre el derecho a la libertad, aspectos en los que juega un papel trascendental el asesor jurídico que lo esté asistiendo quien servirá de canal ante el Fiscal que ha decidido llegar a un preacuerdo.

Así en cuanto a la punibilidad se tendrá en cuenta por ejemplo si se establece una rebaja de pena conforme a una alegación conclusiva diferente a la imputada en los términos del artículo 350 de la Ley 906 de 2004 o una rebaja de pena porcentual conforme al artículo 351, o si aplicadas éstas rebajas, se fija en un monto específico o si se concede la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramuros según lo regula el artículo 38 del C.P.

Y en cuanto a las consecuencias respecto al derecho a la libertad, se establecerá si es voluntad de la Fiscalía así acordarlo, conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, claro está atendiendo a los requisitos objetivos establecidos por el legislador penal.

Igualmente, las partes que suscriben el preacuerdo, deben llegar a unos puntos concretos de la negociación tales que no haya duda en que los mismos quedarán plasmados en la sentencia condenatoria.

Nótese sin embargo, y ello se deduce de los diferentes planteamientos presentados por los abogados defensores, quienes impugnan la decisión definitiva del Juez de Conocimiento, posición que es coadyuvada por la Fiscalía, que no había claridad sobre lo pactado y sus consecuencias, lo que era indispensable a fin de brindar un asesoramiento a los procesados y a fin también de que al hacer la verificación por parte del Juez de conocimiento, se realice una aceptación debidamente informada; situación problemática que se vislumbra por las siguientes razones:

a). En cuanto a la tasación de la pena

Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido sosteniendo en reiterada línea jurisprudencial tanto en sede de tutela como de casación, que si el acuerdo no incluye el monto o cantidad específica de la pena a imponer, el Juez debe acudir al sistema de cuartos para individualizarla⁸

En el caso de marras, tenemos que en el preacuerdo presentado al Juez de conocimiento en ningún momento se pactó específicamente el monto de la pena, sino que se aplicó una rebaja en razón del Art. 269 -como adelante se analizará- y se fijó por parte de las partes del preacuerdo un margen de movilidad entre treinta y seis (36) y ochenta y cuatro (84) meses, pero ello no implica que el juzgador estuviera en la libertad de dejar de lado la tasación de la pena según el sistema de cuartos, por la palmaria razón de que el monto en concreto de la pena no fue pactada, como parecen entenderlo los defensores y el señor Fiscal, reiterando que en ese panorama la determinación de la sanción concreta quedó por ello sujeta a la tasación que realizara el juzgador conforme con la metodología de cuartos, dejando claro que en ningún momento el A quo estaba obligado a imponer el monto mínimo de la pena.

Si lo pretendido era que el señor Juez impusiera el monto mínimo de la pena, punto en el cual al parecer todos estaban de acuerdo, simplemente debieron las partes fijar una pena en concreto, atendiendo a lo normado en el inciso final del artículo 61 del C.P. adicionado por la ley 890 de 2004⁹, actuación que se encuentra también regulada en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, que hace referencia a que se puede pactar las consecuencias, entre las cuales se encuentra por supuesto, el tema de la pena a imponer. De esa forma, se evita cualquier discusión en cuanto al proceso de dosificación punitiva en el cual el análisis puede diferir de lo pretendido por las partes, dependiendo por ejemplo de la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado y

⁸ Ver entre otras: CSJ 4 abr. 2006, rad. T-24868, CSJ. SP 4 may. 2006, rad. 24531, CSJ AP 7 feb. 2007 rad. 26.448, CSJ AP 1º nov. 2007, rad. 28384, CSJ. SP. 29 jul. 2008, Rad. 29788, CSJ AP. 13 nov. 2013, Rad. 41683.

⁹ <Inciso adicionado por el artículo 3 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa.

demás aspectos consagrados en el inciso tercero del artículo 61 del C.P.; lo que además ofrece una ventaja para conocimiento y comprensión del imputado o acusado, quien conocerá de antemano la pena a la que se verá sometido y la forma en que la cumplirá.

2. La diminuyente de pena prevista en el Art. 269 del C.P.

Este precepto estriba su razón de ser, en la posibilidad que tienen los acusados de lograr una rebaja punitiva con base en la restitución de los objetos materiales del delito o su valor y la indemnización de los perjuicios causados con su conducta a las víctimas.

La restitución por su parte puede coincidir con el reintegro que se establece como condición para viabilizar la suscripción de un preacuerdo, cuando el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto del delito, según se exige en el art. 349 de la ley 906 de 2004.

Sin embargo, cabe aclarar que se trata de una causal objetiva de disminución punitiva¹⁰ y no de una atenuante de responsabilidad¹¹, lo que significa que de alcanzar los presupuestos del artículo 269 del C.P. ni el Fiscal como titular de la acción penal, ni el Juez que imponga la pena, están facultados para desconocer la rebaja de pena que de tal proceder deviene. Constituye un derecho a favor del procesado que no debería incluirse como factor de negociación; es más el reintegro y la indemnización pueden operar aún después del allanamiento a cargos o del preacuerdo suscrito con la Fiscalía y por supuesto hasta antes de dictarse sentencia y la rebaja punitiva se aplicaría de igual forma¹², solo que dependiendo de varios factores como el relacionado con el momento procesal en que se realiza la indemnización, el funcionario aplicará la rebaja entre la mitad y las tres cuartas partes de la pena en concreto determinada.

Se trata pues de un fenómeno pos-delictual, que no hace parte de la imputación jurídica, razón por la cual el cálculo realizado por el señor Fiscal en el acta de preacuerdo, puede resultar equivocado o al menos conducir a confusión como lo que ocurrió en el caso sub examine, puesto que la rebaja del artículo 269 que en términos porcentuales equivale a unos límites entre el 50% y el 75%, se debe aplicar una vez adelantado el proceso de dosificación punitiva y fijado el monto de la pena a imponer, y así lo explica nuestro órgano de cierre en materia penal:

“Se trata de un mecanismo de reducción de pena, no de una atenuante de responsabilidad. No se deriva de una circunstancia relacionada con el hecho punible que pueda incidir en la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad o en los grados de participación. Se trata de una actitud del imputado, posterior al delito, que no tiene incidencia en el juicio de responsabilidad y por tanto, solo afecta la pena una vez ha sido individualizada. La rebaja de pena está entonces relacionada con la dosificación que haga el funcionario judicial, no con los límites mínimo y máximo establecidos en los tipos penales que atentan contra el patrimonio económico”¹³.

Por lo anterior, cuando la Fiscalía General de la Nación en su Directiva 001 de septiembre 28 de 2006, establece los parámetros a seguir por parte de los fiscales delegados al momento de realizar preacuerdos con el imputado o acusado, no relaciona el tema de la reparación o el reintegro, en los delitos contra el patrimonio económico. Así en la directiva tercera, que trata sobre el objeto de los preacuerdos, en el numeral primero se enuncia que *“se puede acordar la tipificación objetiva en una forma específica que traiga como consecuencia la disminución de la pena, pero la nueva adecuación típica deberá hacerse de tal forma que no modifique la esencia de la conducta, el objeto material, ni los sujetos activo y pasivo.”*

Vemos por supuesto que en la tipificación objetiva conforme lo explicado por la CSJ en los pronunciamientos ya reseñados, no incluye lo previsto en el art. 269 del C.P.

¹⁰ CSJ, SP, 23 nov. 1998, rad. 9657. MP Fernando Arboleda Ripoll

¹¹ CSJ, SP, 28 sep. 2001, rad. 16562. MP Carlos E. Mejía Escobar. También en: CSJ, SP, 13 feb. 2003, rad. 15613. MP Alvaro Orlando Pérez Pinzón

¹² CSJ, SP, 22 jun. 2006, rad. 24817. MP Alvaro Orlando Pérez Pinzón

¹³ CSJ, SP, 28 sep. 2001, rad. 16562. MP Carlos E. Mejía Escobar

A su vez en la directiva mencionada de la Fiscalía General de la Nación, en el numeral 2º., se establece que se puede acordar *"el reconocimiento de circunstancias atenuantes específicas de cada tipo penal o los generales que modifiquen los límites punitivos, como la ira, el intenso dolor, la marginalidad, la ignorancia o pobreza extremas, etc."*

Vemos que tampoco se hace alusión a lo previsto en la norma tantas veces aludida sobre la rebaja punitiva.

De tal manera que si se demuestra que las víctimas fueron indemnizadas¹⁴, la rebaja punitiva se debe aplicar inclusive si en el acta de preacuerdo no se registra tal aspecto y aun con posterioridad, pues la oportunidad procesal se encuentra habilitada hasta antes de proferirse sentencia. Sin embargo, se debe hacer claridad también que en el caso que se analiza, no existe coherencia entre la información factual registrada en el acta de preacuerdo que tiene como base la sentencia y el documento relacionado con la indemnización, ya que en los hechos se registra como víctimas además del señor SEMR a su madre RR y a sus hermanas E, N y MM, quienes también deberían ser indemnizadas para que los procesados accedan a la rebaja punitiva del art. 269 del C.P., punto que también debe ser clarificado por el señor Juez de Conocimiento, aún en la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

Ahora bien, el artículo 351 de la ley 906 de 2004, en su inciso 2º, regula que además de la aceptación de cargos unilateral, podrán también el Fiscal y el imputado, llegar a un preacuerdo sobre las consecuencias, y es en este punto donde sí se otorga la facultad a las partes de establecer el porcentaje a aplicar, entre aquellos límites fijados en el artículo 269 del C.P. que implica una rebaja entre el 50% y el 75%, solo que por no haberse pactado la pena como al parecer se pretendía, no surtió los efectos que las partes esperaban, puesto que se aplicó la mayor rebaja a los límites punitivos de la imputación jurídica que se había fijado inicialmente entre 12 y 28 años, de lo que resultó un marco de movilidad entre 36 y 84 meses de prisión, contrario a lo que la CSJ explica en el fallo ya enunciado; ello llevó por supuesto a que el juez aplicara el sistema de dosificación punitiva.

No sobra advertir sin embargo, que el proceso de dosificación punitiva que adelantó el Juez de Conocimiento, también presentó errores en cuanto que se tuvo en cuenta para ello, la existencia de anotaciones y antecedentes penales, cuando ello no está consagrado en la ley penal como factor de dosificación según se regula en el artículo 61 del C.P. como tampoco como circunstancia de agravación, según se establece en el artículo 58 ibídem.

Tales aspectos, es decir las anotaciones y los antecedentes penales, han permitido realizar de tiempo atrás un análisis de la personalidad de quienes los ostentan, en torno a determinar la posibilidad de otorgar cualquier sustitutivo, de los previstos en el artículo 38 y 63 o 65 del C.P., y así lo ha expuesto esta Corporación¹⁵, en acatamiento del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.¹⁶

Nótese como en uno de los casos analizados por este Cuerpo Colegiado, se trata de un delito de lesiones personales culposas, conducta que no se encuentra incluida en el listado de prohibiciones del artículo 68 A del C.P., y sin embargo no se accede a la concesión del subrogado en virtud de la presencia de antecedentes penales que reflejan la reincidencia y por ende una personalidad que genera peligro para la comunidad por parte del procesado.

Tal observación se realiza a fin de que a futuro el a quo realice el proceso de dosificación, en acatamiento de las normas y la jurisprudencia indicadas, aunque en el sub judice, las consecuencias en torno a la concesión o no de la prisión domiciliaria o subrogados, no tiene incidencia como enseguida se explica.

3. En torno a las consecuencias relacionadas con la concesión del sustitutivo de la pena de prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena

Conforme a los argumentos de disenso que presentan los abogados defensores y que respalda el señor Fiscal, se vislumbra claramente que al momento de confeccionar o establecer los términos del preacuerdo, no se tuvo

¹⁴ Fl. 3 de la carpeta principal. Oficio de fecha 10 de abril de 2015 según sello del INPEC.

¹⁵ TS Pasto. Sala Penal, 22 abr 2014, rad. N° 520016000485201308860-01 N.I. 9167 Hurto Calificado y Agravado. MP Dr. Silvio Castrillón Paz/ TS Pasto. Sala Penal, 24 jun 2014, rad 2008-03552 N.I.1892 Lesiones personales culposas. MP Franco Solarte Portilla

¹⁶ CSJ SP, 6 jul 2006, rad 25106. M.P. Javier Zapata Ortiz.

en cuenta la prohibición de que trata el artículo 68 A del C.P., con incidencia en el otorgamiento de los beneficios consagrados en los artículos 38¹⁷ y 63¹⁸ *ibídem*.

Y ello se denota porque en el listado de conductas que se excluyen de tales beneficios se encuentra el delito de hurto calificado que es la conducta por la cual estarían aceptando responsabilidad los señores RACL, EJCR, SDO y JCER.

Entendieron las partes en el preacuerdo, que de manera oficiosa por parte del Juez sentenciador, se concediera alguno de los beneficios anotados, lo cual deviene contrario a la ley, inclusive de haber formado parte de los términos del preacuerdo, el mismo se hubiese afectado de ilegalidad.

Al respecto, cabe aclarar que si bien con anterioridad, tanto la Corte constitucional¹⁹ como la Corte Suprema de Justicia²⁰ al aplicar el artículo 68 A del C.P. hacían referencia al fenómeno jurídico de la reincidencia, para negar cualquier beneficio cuando ello operaba, con el advenimiento de la Ley 1709 de 2014, la CSJ no hace mención a este aspecto en sus pronunciamientos y entiende que la prohibición, en virtud de la libertad de configuración que le asiste al legislador, es de tipo objetivo, y opera aún para el caso en que el sentenciado sea condenado por primera vez, respecto de cualquiera de los delitos enlistados en el inciso 2º del artículo 68 A entre los cuales se encuentra el hurto calificado, conducta imputada a los señores RACL, EJCR, SDO y JCER, lo cual tiene efectos tanto para negar la prisión domiciliaria²¹, como para negar el subrogado del artículo 63 del C.P.²²

Con lo expuesto se resalta por parte de la Sala, que el preacuerdo genera confusión en los tres puntos enunciados, esto es en relación a la tasación de la pena, la forma de aplicar la diminuyente de pena prevista en el Art. 269 del C.P. y las consecuencias relacionadas con la concesión del sustitutivo de la pena de prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, lo cual de manera lógica hubiese generado confusión a los procesados, aun de haber estado presentes, razón por la cual las partes en especial la Fiscalía y la defensa, deberán empezar por aclarar los términos de la negociación entre sí para de esa forma entregar con mayor claridad un ofrecimiento concreto a los procesados quienes debidamente informados de las consecuencias determinarán si acogen o no el contenido del preacuerdo para que así de viva voz y de manera personal, lo hagan saber al Juez de Conocimiento.

Y es importante detectar este tipo de falencias porque ello permitirá realizar un interrogatorio que ponga a flote cualquier confusión o duda del imputado o acusado que decide aceptar cargos, especialmente por la vía negociada.

La serie de cuestionamientos que realiza el Juez de Conocimiento a quien renuncia a sus derechos especialmente el de ser vencido en juicio, ostenta una relevancia tal, que las normas enunciadas, artículos 8º, 131, 293 y 368 de la Ley 906 de 2004, en su conjunto indican claramente que tal interrogatorio debe necesariamente hacerse de manera directa al imputado o acusado, pues el artículo 131 indica que será imprescindible que se realice de manera *"personal"*, como así lo ha ratificado la jurisprudencia nacional.

¹⁷ ARTÍCULO 38B. REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA. <Artículo adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria: (...) 2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000. (...)

¹⁸ SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA. Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos: (...)

2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo. (...)

¹⁹ C-425 de 2008 que estudio la constitucionalidad del art. 68 del C.P. explicando en síntesis lo siguiente: "...para la Sala, no existe limitación constitucional en la incorporación de la reincidencia para excluir de los subrogos penales o beneficios a condenados, pues como se explicó la adopción de esas medidas es una facultad libre del legislador que no contradice las normas constitucionales". (Subraya fuera de texto)

²⁰ CSJ SP, jul. 8 2009, rad. 31.063, MP Jorge Luis Quintero Milanés, en el cual luego de realizar un análisis del caso y de la norma, concluyó lo siguiente: "En tales condiciones, fácil es colegir que la finalidad del artículo 68 A del Código Penal radica en prohibir sólo las alternativas de libertad para aquellas personas que sean reincidentes en la comisión de delitos dolosos o preterintencionales dentro de los últimos cinco años".

²¹ CSJ SP11235-2015 ago. 26 2015, rad. 45927. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

²² CSJ SP16022-2014 nov. 20 2014, rad. 41434 MP Eyder Patiño Cabrera. CSJ. AP3358-2015, jun. 17 2015, rad. 46031. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández

De esa forma, el documento presentado en el cual se da a conocer la decisión por parte de los señores RACL, EJCR, SDO y JCER, de no presentarse a la audiencia de verificación de preacuerdo, de ninguna forma suple el control que debe desarrollar el Juez, tampoco el interrogatorio que debe ser imprescindiblemente personal, y es claro también que la norma exige que sea dicho funcionario y no otro el que realice dicha actuación, por la reserva constitucional que entrega al Juez esta facultad jurisdiccional, que no la ostenta ni el delegado de la Fiscalía ni el asesor jurídico de la cárcel donde se encuentren reclusos los procesados cuando están privados de la libertad.

Inclusive el A quo, registra en su sentencia una afirmación contraria a la realidad procesal, en relación al tema de responsabilidad, en el siguiente aparte: *"Así mismo, como los acusados, rodeados de las garantías que la ley les otorga ante el Juez de conocimiento exteriorizan declaración de culpabilidad con fundamento en el preacuerdo suscrito con la Fiscalía, satisface el requisito exigido de prueba que tiende a demostrar su responsabilidad"*²³. Situación que como vemos no ocurrió porque los acusados nunca exteriorizaron su decisión ante el Juez de conocimiento, lo cual se debe corregir para no mantener una vulneración de sus derechos y garantías fundamentales.

Al constatar que en el procedimiento adelantado por parte del A quo, desde el momento de verificación del preacuerdo, se realizó en contravía de los derechos y garantías fundamentales previstas en los artículos 8º, 131, 293 y 368 de la ley 906 de 2004, que ostentan los señores RACL, EJCR, SDO y JCER se afectó de manera flagrante su derecho a un debido proceso, y por lo mismo la solución extrema como así ya se realizó en decisión anterior por parte del Tribunal²⁴, es decretar la nulidad de la actuación vulneratoria de los derechos y garantías de los procesados, que en este caso se afecta a partir de la audiencia realizada el día 21 de mayo de 2015, y por lo mismo queda sin efectos la sentencia condenatoria proferida en la misma fecha.

Con base en lo explicado, se obtiene respuesta a cada uno de los problemas planteados por esta Sala, determinando que durante el trámite de verificación de preacuerdo, NO se respetaron los derechos y garantías fundamentales de los señores RACL, EJCR, SDO y JCER, y que el interrogatorio que se debe realizar de manera personal por parte del Juez de Conocimiento, no se reemplaza con el escrito enviado por los precitados en el cual se da a conocer su voluntad de no asistir a la audiencia de verificación de preacuerdo. Se trata entonces de una actuación procesal ilegal que se debe corregir a través del mecanismo extremo de la nulidad.

No sobra advertir que surge una nueva oportunidad para que las partes que suscriben el preacuerdo, concreten los términos del mismo, y se realice con mayor claridad, así como le asiste la obligación a los abogados defensores de explicar a cabalidad las consecuencias de la decisión adoptada; inclusive atendiendo a los principios de oralidad y aquellos moduladores previstos en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, se pueden realizar las aclaraciones de manera verbal, si es del caso modificando los términos iniciales del mismo en cuanto a pactar una pena en concreto por ejemplo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado a partir de la Audiencia de verificación de preacuerdo celebrada el 21 de mayo de 2015 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Ancuya, dentro del proceso penal seguido en contra de los señores RACL, EJCR, SDO y JCER, conforme a lo explicado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Retorne el asunto a dicho despacho judicial para que se realice la audiencia de verificación de preacuerdo con acatamiento de las normas y jurisprudencia indicadas en la parte motiva.

TERCERO: La presente decisión se notifica en estrados y se informa que contra la misma no procede recurso alguno.

²³ Página 7 de la sentencia condenatoria proferida el 21 de mayo de 2015

²⁴ Radicado 520016000000201400157-01 N. I. 11783. 15 de septiembre de 2015. MP Silvio Castrillón Paz

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA

Secretario

IN DUBIO PRO REO – ANÁLISIS PROBATORIO –El grado de certeza lo excluye de plano./ TESTIMONIO DE VÍCTIMAS MENORES DE EDAD - Valoración - Teniendo en cuenta que el análisis de la prueba recaudada debe realizarse en conjunto, conforme las reglas de la sana crítica y las que orientan la correcta valoración de los testimonios rendidos por menores que han sido víctimas de delitos sexuales, se determina que no hay lugar a predicar la duda a favor del procesado y su consecuente absolución, por cuanto los hechos se adecúan a la descripción normativa del tipo penal investigado, lo cual lleva a la certeza requerida sobre la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del procesado, siendo procedente proferir condena en su contra y revocar la decisión impugnada./

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrada Ponente: Dra. Constanza Muñoz Santander

Proceso: No. 528383104001 2012 00015 01

Aprobado: Acta No. 043

Fecha: catorce de abril del año dos mil quince.

Concierne a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el Agente del Ministerio Público, en contra de la providencia proferida el 11 de noviembre del 2014, mediante la cual, el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres profirió sentencia absolutoria a favor de FJPH, acusado por el delito de acceso carnal violento agravado.

ANTECEDENTES

1º Actuación relevante:

El 25 de octubre de 2006 la señora MATG acudió a la Fiscalía para atender una citación, sin embargo y comoquiera que el día anterior un sujeto extraño en forma amenazante le requirió para que tenga cuidado con lo que diría en la entidad investigadora, decidió denunciar unos hechos cuya descripción corresponde al delito de acceso carnal violento, agravado.¹

Como sustento fáctico, expuso que a los cinco años fue acogida por la familia PR, quienes viven en el municipio de T, hasta la edad de diecisiete, desempeñándose en los últimos años, en oficios domésticos. Hace conocer de la relación de afecto que la unía a FJP y MRDeP, al punto de considerarlos como sus padres, quienes cubrían sus necesidades básicas, y a partir de sus 16 años, le cancelaban una suma de cincuenta mil pesos mensuales por sus servicios, monto que en un gran porcentaje, lo guardaba MDeP en una alcancía, a manera de ahorro.

En su largo relato pone de presente que cuando tenía 16 años, FJP, aprovechando las ocasiones en las cuales se encontraba a solas con ella, la hizo objeto de comportamientos no adecuados, consistentes en tocamientos de carácter libidinoso e intentos de sometimiento sexual, conducta que traía aparejadas amenazas, regañones y golpes por no acceder pacíficamente a esas pretensiones sexuales. Luego se adentra a reseñar al menos, cinco ataques sexuales en los cuales el acusado la accedió violentamente además de narrar un procedimiento médico realizado por el galeno de la familia, en la casa de este último, mismo que resultó invasivo y doloroso, conociendo posteriormente que se trató de una interrupción de embarazo.

La Fiscalía General de la Nación a través de su Delegada Treinta y Cuatro Seccional con sede en T, el 1º de noviembre de 2006², dio apertura a la instrucción penal vinculando mediante indagatoria a FJPH.

¹ Fls. 1 a 12 C. O.

² Fls. 16 y 17 C. O.

Adelantada la investigación, con providencia del 14 de julio de 2009³ la Fiscalía Tercera Seccional definió la situación jurídica del, para ese entonces sindicado, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento en su contra.

Mediante auto del 1 de septiembre de 2009⁴ declaró el cierre de la investigación y con proveído del 3 de noviembre del mismo año⁵ calificó el mérito del sumario con preclusión de la investigación a favor de FJPH.

Por recurso de apelación que interpusiera la señora Agente del Ministerio Público⁶, el asunto fue sometido al estudio de la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Despacho que con proveído calendado el 18 de mayo de 2012⁷ revocó la decisión, profiriendo en su lugar resolución de acusación contra PH como presunto autor del delito de acceso carnal violento, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo⁸. Ordenó igualmente compulsar copias del plenario con destino a la Fiscalía General de la Nación para que se investigue por separado, el delito de aborto sin consentimiento.

2° Providencia objeto de impugnación.

Agotada la etapa del juicio, el Juzgado de instancia con fallo del 11 de noviembre de 2014⁹, decidió absolver al acusado del delito de acceso carnal violento agravado, aduciendo que, previo cotejo de la denuncia y la ampliación de la misma que rindiera MAT, y de las demás pruebas de carácter incriminatorio, advierte una serie de inconsistencias que diluyen su credibilidad.

Y en ese sentido se adentra en el análisis probatorio para decantar una a una las contradicciones, análisis sobre el cual se referirá la Sala al hacer su propio examen, para determinar si realmente las mismas, de existir, tienen la virtualidad de derribar su poder suasorio.

Luego de hacer extensas transcripciones doctrinarias, aduce que las pruebas no demuestran que la presunta víctima haya padecido de indicadores de estrés postraumático.

Y luego de referirse al supuesto maltrato que padecía MAT al interior de la familia PR, se pregunta: *"¿Cómo es posible que si en la citada concurrían factores predictivos que favorecían la aparición del (sic) alteraciones psicopatológicas consecuentes a una agresión sexual, aparentemente en ella se haya generado el fenómeno de la resiliencia, entendida como la capacidad para salir indemne ante una situación de estrés?"*.

Y entonces concluye que en el presente caso no es factible que dicho fenómeno se haya cumplido, por cuanto se requiere en la persona la concurrencia de ciertos factores, entre ellos una alta habilidad verbal, existencia de figuras de apoyo y capacidad de establecer pautas conductuales orientadas a la obtención de metas y planes concretos, además de la intervención terapéutica temprana como elemento protector.

Luego reseña en forma extensa las dificultades que se presentaron para la obtención de la valoración psiquiátrica forense de TG pese a los constantes esfuerzos por parte de la Fiscalía para establecer su paradero sin que fuera posible encontrarla.¹⁰

Hace una rememoración de la ficha de evolución externa del acusado y una extensa referencia de la hipertrigliceridemia y de la importancia de esta como marcador de riesgo de la diabetes. También ocupa su atención en explicar en qué consiste la patología denominada *"balanitis"*. Todo, para reseñar la constancia médica fechada a 6 de septiembre de 2007, sobre la consulta que el acusado había realizado un año y medio antes, por disfunción eréctil derivado de su diagnóstico de diabetes.

³ Fls. 439 a 444 C. O.

⁴ Fls. 451 C. O.

⁵ Fls. 467 a 473 C.O.

⁶ Fls. 476 a 478 C.O.

⁷ Fls. 501 a 518 C.O.

⁸ Fls. 517 C. O.

⁹ Fls. 589 a 662 C.O.

¹⁰ Fls. 424 C. O.

Desdeña la posición de la Fiscalía cuando en su resolución de acusación adujo que la mentada disfunción eréctil era una coartada de defensa, en tanto afirma que no es posible dudar de la certificación:

"...máxime cuando antes del posible número que se lee como 9 existe un 1 y el nueve mismo parece un uno lo que desprendería (sic) que la consulta no se hizo hace nueve años y medio, sino hace año (sic) y medio, además como reseña la literatura médica, la diabetes es una causa importante de disfunción eréctil."

Concluye entonces que la acusación elevada por la Fiscalía se reduce al plano de la posibilidad, sin que el recurso probatorio permita obtener el grado de certeza racional, tal como lo reclama el art. 232 del C. de P.P., por lo que en aplicación del principio in dubio pro reo, decide emitir sentencia absolutoria.

3° Sustentación de la impugnación

La señora Agente del Ministerio Público señala que en el presente caso, el expediente contiene los suficientes elementos necesarios para impartir sentencia condenatoria, en tanto la narración realizada por MATG da cuenta de la indudable configuración de un delito contra la libertad sexual.

Afirma que la menor tanto en su versión inicial como en su ampliación, demostró cómo la relación inicial entre ella y FJPH se fue deteriorando con ocasión de las agresiones sexuales de las cuales fue víctima.

Arguye que no todas las agresiones debieron ser contadas a las personas de confianza, TA, YdelR y N, como lo exige el juez al valorar las versiones, porque considera que son actos indignantes, de pudor sexual, soportados por la víctima, hasta cuando tuvo quebrantos de salud.

Considera que el a quo no tuvo en cuenta factores como la edad, la autoridad del agresor sobre la víctima, el estado de vulnerabilidad de aquella y la ausencia de una familia cercana a quien pudiera confiarle lo que le sucedía y de quien podía recibir ayuda.

En cuanto a los rastros físicos de violencia que reclama el juzgador de instancia, afirma que no necesariamente iban a presentarse, teniendo en cuenta la fuerza del agresor ejercida contra una menor de 16 años, frágil y pequeña por su raza. Que abrazarla, tumbarla y quitarle la ropa eran acciones que no iban a dejar huellas más aun cuando existe desbalance total de fuerzas.

Sin embargo aduce que el dictamen médico legal demuestra que existió desfloración antigua, aunque del mismo no se puede esperar que determine si fue un acto violento, como lo requiere el juzgador en su sentencia. Y trayendo a colación una cita jurisprudencial, precisa que no es al perito a quien le corresponde decidir si la conducta punible sucedió, sino al juez.

Advierte que la violencia también tiene carácter de moral, misma que se concreta en las amenazas realizadas por el agresor a la víctima.

Refiere que la contratación de un abogado por parte de NVA y YdelRG para la reclamación de sus derechos laborales no es motivo para descalificar sus testimonios. Y precisa que el problema familiar fue anterior al presunto desfalco.

Considera que tomadas en conjunto las declaraciones llevan a la certeza de que la menor fue víctima de acceso carnal violento y que su responsable fue el señor FJPH. Y se ocupa de reseñar las pautas que conducen al grado de certeza respecto de la existencia de un hecho y su responsabilidad, argumentando que éstas se hacen presentes en su totalidad.

Con base en lo expuesto, solicita a la segunda instancia realice la correspondiente valoración probatoria y consecuentemente revoque la decisión, profiriendo en su lugar, sentencia condenatoria.

La Representación de la víctima

Servio Tulio Caicedo Calderón en calidad de defensor de la víctima y como no apelante coadyuva la propuesta del Ministerio Público direccionada a que se revoque la absolución a favor de PH y en su lugar, se profiera condena.

Inicia haciendo referencia al asunto toral de la decisión, es decir a la poca credibilidad que le merecieron al Juez de instancia los testimonios de cargo por las inconsistencias que presentaban, sin que en dicho proveído se haya logrado negar realidades objetivas como la manipulación médica realizada por el Dr. JC a MT a nivel vaginal, y la certificación clínica en la cual se consagró evidencia de desgarramiento himeneal antiguo, siendo eventos que reflejan una clara muestra de acceso carnal y sus consecuencias.

Dice que si la sentencia sugiere que existieron por parte de la víctima, diferentes tratos sexuales con otras personas, por lo que no puede responsabilizarse exclusivamente a PH, debió existir prueba de esos comportamientos y no solo aducir que ella, como criada, tenía libertad de movilidad, como si eso implicara que cualquier persona pudiera accederla.

Considera que la declaración del Dr. C resulta direccionada a su propia defensa ante su comportamiento irregular, declaración interesada que se constituye en un indicio de responsabilidad. Agrega que con su testimonio pretende hacer ver como normal un procedimiento llevado a cabo con instrumentos compatibles para maniobras abortivas. Y agrega que sin ser persona científicamente autorizada sino acudiendo al sentido común, podría discutir la supuesta normalidad del procedimiento, en tanto se usaron el espéculo y las pinzas para supuestamente ver una lesión, misma que se puede verificar con una ecografía, examen de sangre u orina, sin invadir el órgano reproductor. Es así que, concluye que tal manejo sí fue para provocar un aborto.

Que la puntual relación del ciclo menstrual para desmentir que no existió estado de embarazo, resulta intrascendente, porque dice, así no haya existido embarazo, sí existió en los familiares del acusado un afán para evitar las consecuencias de los accesos a los que fue sometida la víctima.

Por otro lado agrega que debe descartarse que todo sea producto de una estrategia orquestada por las exempleadas del granero para buscar retaliaciones en contra de la familia PR, en tanto si ese era el fin, resulta lógico que no utilizaran a una persona de las condiciones de MATG, con quien no tendrían la garantía de que siga el artificio.

Analiza las circunstancias que rodearon la conducta de YdelRG y NV para concluir que merecen toda credibilidad, en tanto han hablado con la verdad.

Tampoco considera que la constancia clínica que da cuenta de la disfunción eréctil del acusado para la época de los hechos, sea suficiente para diluir la acusación, en tanto dicha imposibilidad podía ser superada con recursos farmacéuticos pero además por el contexto en que se dieron los hechos, lo subrepticio del evento y la minoría de edad de la menor.

Considera lógico que en casos de violencia sexual, especialmente cuando la víctima no tiene posición social o económica similar al agresor, la prueba gira alrededor de su dicho, mismo que adquiere credibilidad precisamente porque enfrenta esa posición dominante al señalar a su victimario. Y agrega que no se puede esperar que la víctima lleve un registro puntual de los sucesos, en tanto lo contrario sería sospechoso.

Finalmente advierte que no es lógico confundir la falta de reacción o la tardía denuncia con permisividad, en tanto los elementos de la violencia para configurarse en delito no obligan a la víctima a rehusarse de manera violenta o física. Aunque agrega que en el evento sub examine la afectada sí reaccionó manifestándole que le producía asco.

Solicita en consecuencia, la revocatoria de la sentencia objeto de impugnación y en su lugar se dicte la condenatoria correspondiente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala de decisión es la llamada a desatar el recurso de apelación contra la sentencia de 11 de noviembre del

año 2014, conforme lo reglado en el numeral primero del artículo 76 de la Ley 600 de 2000, al tratarse de una decisión proferida en primera instancia por el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres.

Comoquiera que el objeto de la impugnación demarca el ámbito en el cual la segunda instancia deberá centrar su decisión, encuentra la Sala que será necesario abordar el estudio íntegro del acervo probatorio, en tanto la crítica desplegada por la Agencia del Ministerio Público y la Representación de Víctimas se enfila contra la valoración probatoria que realizó el Juzgado de instancia para arribar a una sentencia absolutoria. Tarea que implica decidir si las pruebas allegadas al proceso son suficientes para dictar sentencia condenatoria en contra del señor FJPH por el delito de acceso carnal violento agravado, o si por el contrario, tal como lo apreció el a quo en su pronunciamiento, subsisten dudas insalvables que no permiten solidificar un juicio de reproche en su contra.

Sea adecuado precisar inicialmente el alcance del derecho a conocer la verdad en el ordenamiento penal colombiano en el sentido de configurar una herramienta de doble connotación, en tanto opera en protección de la víctima al asistirle el derecho a conocer las circunstancias en las cuales se desarrollaron los delitos, y como garantía para el sindicado a fin de evitar una condena injusta.

Garantía que se extiende a la exigencia de que esa verdad se funde en prueba legal, regular y oportunamente allegada al proceso, y en caso de condena, que ofrezca certeza racional sobre la conducta punible y la responsabilidad penal del procesado.¹⁴

En el presente caso y comoquiera que obra multitud de prueba testimonial, resulta necesario recordar que la misma debe valorarse bajo los principios de la sana crítica, la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se percibió la comisión del hecho delictivo, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales se percibió y las particularidades observadas en lo relatado.¹⁵ Prueba que debe ser examinada en forma integral con el universo probatorio, y no en forma insular.

Descendiendo al caso bajo estudio, la Sala, antes de referirse a las contradicciones e inconsistencias que según el a quo restan fortaleza a la prueba inculminatoria, considera pertinente realizar un bosquejo del contexto en que se desarrollaron los hechos.

Para ello se recuerda que por razones no muy claras ni legales, MATG, niña indígena residente en la población de Llorente (Nariño), fue llevada a la corta edad de 5 años y sufriendo una penosa condición de salud, al municipio de T por FAB, para luego ser entregada a la familia PR, quienes la acogieron. Referencia fáctica que permite concluir con solidez, que existió una situación de abandono de su familia consanguínea.

Si bien algunos testigos de la defensa dicen que MA fue tratada como hija por el matrimonio que conformaban FJ y M, lo cierto es que las mismas pruebas demuestran que existió un trato discriminatorio, en tanto a la menor le fueron asignadas tareas domésticas sin que se avizore un tratamiento igual al de los hijos, de quienes se sabe, lograron acceder a carreras universitarias.

Y eso podría tener su explicación porque ha quedado en evidencia que TG al llegar al seno de dicho hogar, tenía un alto grado de incivilización. CM la describe como una persona ignorante a quien la tuvieron que culturizar y socializar adaptándola al medio de la familia.¹⁶ A la vez que FJPH al referirse a MA y sus familiares expresa en forma ofensiva que **"son seres irracionales"** ¹⁷, **"son como animales."** ¹⁸.

Resulta fácil extraer del recurso probatorio, que MATG recibía malos tratos por parte de los miembros de la familia. Ella en su denuncia hace conocer que era objeto de golpes por parte de M y F.¹⁹ Refiriéndose a la primera dice **"Es que ella siempre me pegaba y últimamente me pegaba porque ese señor me hacía regañar y pegar y me trataban solo de india y la india para allá y para acá."** SPP refiere que su padre a MA la regañaba **"duro"**,²⁰

¹⁴ Artículo 232 de la ley 600 de 2000

¹⁵ Artículo 277 idem.

¹⁶ Fls. 71 C. O.

¹⁷ Fls. 420 C. O.

¹⁸ Fls. 421 C.O.

¹⁹ Fls 1, 4 y 5 C. O.

²⁰ Fls. 66 C.O.

y también el acusado admite en su indagatoria que la gritaba porque no hacía los quehaceres de la casa, que su actitud le producía mucha rabia por lo que la regañaba para que haga el aseo²¹ porque no era aseada,²² y la califica de **"zángana"** y **"perezosa"**.²³

N y YdelR, personas que por sus trabajos permanecían al interior de la casa y del granero, dan cuenta del trato humillante que recibía la menor, quien era llamada con términos despectivos tales como **"desgraciada"**, **"infeliz"** **"india"**.²⁴ La primera inclusive dice que le lanzaban agua debajo de las cobijas.²⁵ Y también afirma que la menor lloraba porque era tratada de mico, mono y cuco.²⁶

Ahora, si bien la prueba de descargo insiste en que a MA no se le asignaba trabajo alguno y que su única obligación era su cuidado personal, lo cierto es que sí tenía la obligación de realizar oficios domésticos, tal como ella misma lo refiere, labor que apenas a sus 16 años le fue remunerada con la suma de \$50.000.00 mensual, de la cual disfrutaba una pequeña parte, porque el monto de \$40.000.00 era guardado por MR en una alcancía, bajo el propósito de ahorro²⁷; NVA confirma ese hecho cuando informa que a MA le pagaban esa suma de dinero, la que era depositada en una alcancía en forma de **"buda negro"** que ella misma, por encargo de sus patronos, compró²⁸.

También FJ afirma que **"...los quehaceres de ella era de la casa,..."** y luego de decir que como mujer no le inspiraba nada, agregó **"...como empleada no hacía lo que se le mandaba, me hacía tener rabia, no obedecía"**²⁹. Expresión que permite inferir que sí era considerada una empleada a la que se le imponían obligaciones de servicio doméstico, existiendo una especie de servidumbre bajo una irrefragable subordinación, generada en un supuesto vínculo familiar, en el cual F y M cumplían el papel de padres, a los cuales aquella les debía total agradecimiento y obediencia por haber sido acogida en el seno familiar, aún bajo la condición de **"sirvienta"**, o **"criada"**, como se estilaba decir en la región.

Sin embargo y pese a esa condición, todo indica que al menos por parte de MR existía un ánimo de protección hacia la pequeña indígena, lo que explica en parte su reacción ante los hechos de los cuales fue víctima su apadrinada, como se reseñará más adelante.

De ese ánimo protector, da cuenta N cuando informa que la menor no tenía novio ni la dejaban salir sola a la calle, y que la señora M cuando viajaba les recomendaba que la cuiden porque **"...quiere que se crie una señorita de bien"**³⁰. Que **"...A tiene que criarse como una niña de bien para que sea una buena señorita y así mismo ella algún día llegue a tener su novio y que si se casaba sea merecedora de él"**³¹

Por otro lado, se considera que en el caso bajo estudio se acude al indicio de oportunidad física o presencia, no solo por la convivencia del agresor y la víctima en el mismo inmueble, sino porque existieron muchas oportunidades en las cuales quedaban los dos, sin la compañía de otros miembros de la familia. MA así lo informa y también el propio acusado cuando en su primera indagatoria aceptó que cuando la familia viajaba y se quedaban solos, ella entraba a su habitación a mirar televisión.³²

Bajo ese contexto fáctico, será tarea de la Sala determinar si las pruebas incriminatorias presentan contradicciones de tal entidad que diluyen su credibilidad, como lo consideró la primera instancia, y para ello resulta necesario precisar que la única testigo presencial de los ataques sexuales fue la misma MA, en tanto las otras personas presenciaron otros hechos que de una u otra forma, confirman o corroboran sus dichos.

²² Fls. 420 C.O.

²³ Fls. 125 C.O.

²⁴ Fls. 36 y 37 C. O.

²⁵ Fls. 290 C. O.

²⁶ Fls. 132 C.O.

²⁷ Fls. 9 C. O.

²⁸ Fls. 37 C. O.

²⁹ Fls. 421 C.O.

³⁰ Fls. 35 C. O.

³¹ Fls. 297 C. O.

³² Fls. 131 C. O.

En relación con el testimonio de la víctima, merece precisar que dicha calidad del testigo, per se, no aminora su poder suasorio, porque si bien puede tener el interés que se haga justicia y lograr una indemnización, esas justas reclamaciones no pueden ser tenidas como razones para dudar de sus dichos o concluir que falsea la verdad. La jurisprudencia penal al respecto afirma:

“Con todo, como quiera que el censor alega que el sentenciado no tuvo en cuenta la regla de la experiencia conforme a la cual, cuando el testigo querellante tiene interés en el proceso ajusta su dicho a lo que le conviene frente al mismo; no sobra indicar que tal visión es el resultado de la simple apreciación personal del libelista mas no constituye una máxima de la experiencia, pues no debe perderse de vista, contrario sensu, de un lado, que de acuerdo con la ley, todo declarante está en el deber de ajustar su relato a la verdad a pesar de que, como en el caso de la víctima, tenga interés en el proceso en aras de que se determine si se cometió el delito y se establezcan los responsables y, de otra parte, que es tarea del juzgador examinar el testimonio de la persona ofendida para concluir si es creíble, frente a lo que la Corte ha expuesto:

“De esta manera, como también lo ha señalado la Delegada, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha señalado ciertas pautas para llegar al grado de conocimiento de certeza, en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad del infractor. Tales son:

a. Que no existe incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.

b. Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer factico, esto es, la constatación de la real existencia del hechos; y

c. La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones. (C.S.S.J. S.P. septiembre 2005. Rad. 18.455)”³³

A la par de lo anterior, necesario es recordar que el testimonio de MA debe valorarse teniendo en cuenta el entorno en el cual se desarrolló su niñez y su adolescencia, mismo que demuestra una situación de extrema vulnerabilidad por su minoría de edad, la condición de indígena descolarizada, sin familia consanguínea cercana y totalmente dependiente de la familia PR. Condiciones que permiten descartar que se esté ante un ser patrañero, embustero y ladino, capaz de tejer por sí solo, y con cuidado, un ardil en contra de quienes consideraba sus padres y a quienes les debía gratitud, artificio que implicaría sostener con persistencia, no solo ante terceras personas sino ante las autoridades, una acusación de suyo grave e idónea para afectar a toda la familia y en especial al investigado. Consideración que comparte inclusive el mismo LFPR, hijo del acusado, cuando afirma que ***“...esta A por sí sola no se inventaba tanta cosa...”*** para luego sugerir que todo era una invención de otras personas.³⁴

Bajo ese contexto, se tiene que MA acude a la Fiscalía y denuncia, en forma por demás detallada, circunstanciada y por supuesto, con su elemental vocabulario, los hechos de los cuales fue víctima por parte del ahora acusado. Hace conocer que en el año 2005, cuando contaba con 16 años de edad, FJ inició a realizar sobre su cuerpo, en sus partes erógenas, tocamientos que ella rechazaba, encerrándose en su habitación. Que la señora MR criticaba dicho encierro acusándola de no querer hacer los oficios de la casa, por lo que la hacía víctima de regaños. De esos hechos dice haber enterado a la menor TAP, quien le aconsejaba ***“...no salgas porque mi abuelito te está llamando”***. Que luego de tres días, F dañó la cerradura de su alcoba y entró, y pese a que ella trató de protegerse entrando al baño, él en ese lugar la abusó sexualmente. Para esa ocasión, asegura que estaban solos.³⁵

Prosigue su relato aduciendo que ante las quejas de F, porque ella se encerraba en su habitación, M hizo que dañaran la cerradura, y entonces, un día del cual no recuerda la fecha, pero precisa que fue en octubre del 2005, mes en el cual ella cumple años, cuando todos viajaron a Cali y ella nuevamente quedó sola con F, este entró a su cuarto y utilizando la fuerza, la accedió nuevamente.³⁶

³³ C.S.J. Auto de 22 de octubre de 2014. Rad. AP 6454-2014. 42.885 M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

³⁴ Fls. 138 C.O.

³⁵ Fls. 2 C.O.

³⁶ Fls. 2 C.O.

Comenta que luego de unos días, volvió a ser molestada por el acusado, quien le advertía que no dijera nada de lo sucedido y hasta le ofreció dinero, mismo que ella rechazó.

Que si bien, luego el acoso mermó, porque ella se fue a vivir al tercer piso del edificio donde tenía el apartamento SPP, hija del acusado, en una ocasión cuando bajó para bañarse en su alcoba, ocasión en que M y sus hijos habían viajado, a FJ **“...lo encontré escondido detrás de la puerta esperándome y ese día salió detrás de la puerta y ahí me cogió otra vez a la fuerza cuando yo bajaba del apartamento de la doctora P y otra vez me violó otra vez en mi pieza se metió y hecho (sic) seguro”.**³⁷

Versión que es corroborada parcialmente por el mismo acusado, cuando al negar el ataque sexual del mes de octubre, asegura que para ese momento MA estaba viviendo en el apartamento de su hija SP.³⁸

La menor prosigue relatando que después de unos días, tuvo problemas de salud, por lo que fue atendida por el médico JC, quien le diagnosticó gastritis y le formuló medicamentos, época en que el acusado dejó de molestarla. Sin embargo, agrega, después de unos días volvió a ser víctima de tocamientos por parte del acusado quien le decía que la quería **“...para el sexo y que el solo estaba esperando que yo me críe.”**, hasta cuando fue por cuarta vez, accedida en su baño.

Y por último, narra que el 31 de diciembre del 2005, cuando ella estaba sola en su casa, nuevamente se repitió el atentado sexual por F, quien al irse le dijo **“Este es el regalo de diciembre que te doy.”**

Al referirse a las cinco ocasiones en que fue accedida, es reiterativa en decir que FJ utilizó la fuerza para doblegarla en tanto existió rechazo por parte de ella, amén de las amenazas que le profería para asegurar su silencio.

En la primera ocasión dice **“...ese día me cogió a la fuerza y me violó ese señor”**. Y si bien agrega que lo amenazó con avisarle a su tía I, este le advirtió que **“si yo lo demandaba que él a mí me sacaba a la calle, que yo no tengo ni familia ni nada, (...) que donde yo avise a la esposa de él, se moría, y que donde se le muera la esposa que yo tenía toda la culpa que me denunciaba, que me ponía abogado y que yo salía perdiendo el caso y como “voz (sic) no puedes hacer nada, para poner abogado eso se necesita mucha plata para pagar y voz (sic) no tienes”...”**³⁹ Repitiéndole que él pagaría un abogado **“...y voz (sic) te vas a la Cárcel...”**⁴⁰

Advertencias que surtieron efecto si en cuenta se tiene que la menor guardó silencio porque **“...sabía que si yo le avisaba a doña M ella no me creía y hasta me pegaba”**.⁴¹

También la víctima ha informado que en esos momentos lloraba y gritaba, pero de antemano sabía que nadie la oiría, porque conocía que estaban solos en la casa.⁴²

Aquí será pertinente hacer referencia a lo consignado por la primera instancia respecto a uno de los motivos que, según su criterio, desacreditan el dicho de la víctima.

Trayendo los resultados de la inspección judicial⁴³ al inmueble en donde se dice, sucedieron los atentados sexuales, asegura que no es creíble que nadie haya podido oír las voces de auxilio de la víctima, si en cuenta se tiene que en dicha edificación además del granero, también se encuentran los apartamentos de SP y LP, así como el de los esposos PR.

La respuesta resulta elemental. Nadie oyó gritar a la víctima, porque precisamente el victimario se aseguraba de estar a solas con la menor para llevar a cabo sus propósitos dañinos.

³⁷ Fls. 3 C. O.

³⁸ Fls. 131 C. O.

³⁹ Fls. 2 C.O.

⁴⁰ Fls. 3 C.O.

⁴¹ Fls. 5 C.O.

⁴² Fls. 9 C.O.

⁴³ Fls. 407 a 417 C.O.

También el *a quo* echa de menos las señales o rastros físicos en el cuerpo de la víctima, de lo cual ni ella ni las testigos NV y YdelRG dieron cuenta, pese a que, dice, se adujo que el infractor utilizó la fuerza como medio para doblegar la voluntad de la víctima.

Será el momento para recordar que la violencia entendida como la fuerza que impide o vence la resistencia de la víctima y se puede clasificar como moral y física, subdividiéndose esta en efectiva (vis absoluta) y la tácita (vis compulsiva).

La violencia física hace relación a la aplicación de la fuerza física que impide, doblega o rinde la resistencia de la víctima. La efectiva se da confrontando el respectivo despliegue de energía de la víctima que se resiste. La tácita, cuando la víctima no emplea su energía para resistir, toda vez que se encuentra intimidada por la inminencia de una violencia efectiva seria.

Si bien encontrar el límite entre lo violento y lo no violento es una tarea muy difícil en la medida en que requiere un análisis de muchos y variados aspectos culturales, económicos, étnicos, psicológicos, raciales, etc., el estudio del contexto integral le permite al juzgador determinar si una especial actitud es un ingrediente violento o si es parte del juego erótico.

Infinitas han sido las definiciones sobre este tema pero todas dirigidas a concluir que la violencia es una forma de ejercicio del poder mediante el empleo de fuerza (física, psicológica, económica, política, etc.) e implica la existencia de un “*arriba*” y un “*abajo*”, reales o simbólicos que adoptan habitualmente la forma de roles. En el campo sexual, la violencia implica el ejercicio de poder en orden al vencimiento o eliminación del obstáculo que se interpone ante el deseo – decisión por parte del autor. Es instrumento idóneo para alcanzar lo querido, siempre que se observen condiciones de desequilibrio de poder.

En cuanto a la violencia física o por fuerza, Valencia Martínez la define como “**...la energía física aplicada por el hombre para vencer de manera absoluta la voluntad del sujeto pasivo.**” Arenas la identifica como “**Actos de fuerza material que, ejecutados sobre el cuerpo del ofendido, anulan, superan, o vencen la resistencia, obligándolo a tener acceso carnal contra su voluntad.**”. Pérez Velasco la comprende como: “**Aplicación de la fuerza material sobre el cuerpo de la persona ofendida, en grado tal que domine su resistencia**”. Pacheco Osorio afirma “**entiéndase por violencia, en la aceptación genérica del vocablo, la fuerza o el ímpetu de las acciones; y referido el término a la persona humana, significa fuerza con que a uno se le obliga a hacer o soportar lo que no quiere, por medio a los cuales no puede resistir**”. Martínez Zúñiga afirma que para aquel “**...la violencia física real es el empleo de la fuerza física de otra persona, esto es, un contraste simplemente potencial de fuerzas.**”. Y define la violencia física personal como: “**la fuerza resultante de la actividad material, que actúa sobre la voluntad del sujeto, privándolo de la libertad de elegir**”. Se citan como ejemplo de violencia física personal; golpes, empujones, subyugamiento, sujeción, encadenamiento, etc.

Se podría traer a cita innumerables definiciones sobre el mismo aspecto, pero las que se han rememorado, a manera de ejemplo, indican que la mayoría de los tratadistas no encasillan la violencia física en golpes o lesiones. Por el contrario, dejan un amplio margen en esa clasificación.

En el caso bajo estudio, existió por parte del infractor, la sujeción, la inmovilización de la víctima, la dominación del sujeto pasivo (sinónimo de subyugamiento), por supuesto en contra del querer de ella, asegurándose eso sí, que ninguna persona conocería del hecho o que llegaría a auxiliar a la menor.

Se descarta que haya existido la llamada por la doctrina “violencia grata (vis grata puellis)”, identificada como aquella que en forma típica se adecúa a la descripción y que está encaminada a lograr la satisfacción del libido del sujeto activo, pero que se constituye en parte de un juego erótico porque media el consentimiento y disfrute del sujeto pasivo.

Lo que deja en evidencia las pruebas y sobre todo el doloroso testimonio de la víctima, es que ella no participó en ningún juego erótico, no dio su consentimiento y su resistencia fue real, solo que no fue suficiente ante la fuerza del infractor. A este le bastó reducir considerablemente la resistencia de la víctima, quien ante su temor de ser objeto de más violencia o de que las amenazas se cumplan, no ejerció más resistencia.

La ofendida refirió que el agresor, con una fuerza que la califica de **“miedosa”** la sujetaba y la lanzaba a la cama, nunca refirió que fue golpeada, cortada, lesionada, macerada, amarrada, etc. o que el victimario haya utilizado objetos o armas para doblegarla, razón suficiente para considerar totalmente desproporcionada la posición de la primera instancia, al no dar crédito a la denuncia, porque no se demostraron huellas físicas de agresión.

Sumado a lo anterior debe recordarse que la ley no exige que la violencia tenga connotaciones de gravedad o brutalidad. Basta por probar la seriedad del ataque o la amenaza, la desproporción de fuerzas y la vulnerabilidad psíquica o física del sujeto pasivo, que solo puede acudir a expresar su resistencia mediante el llanto, súplicas o su rechazo.

Tampoco se exige a la víctima la total resistencia, puesto que precisamente ante la agresión real o la amenaza, aquella cede en contra de su voluntad, por temor a sufrir un daño peor que puede traducirse en verdaderas lesiones o hasta en la muerte.

Y era precisamente la reacción que presentaba MA, descrita detalladamente en su ponencia. Para el primer ataque dice **“...me quede ahí en el baño llorando”**⁴⁴ Al narrar el segundo episodio afirma que FJ **“... se fue fresco al granero y yo lo que hacía era llorar y encerrada en mi cuarto...”**⁴⁵ También refiere que le decía que sentía asco y que no quería nada con él.⁴⁶

La resistencia física que hubiera podido desplegar MA, de dieciséis años de edad, en contra de un hombre adulto, quien además ejercía autoridad sobre ella, no iba a ser idónea. Que la joven no haya resistido heroicamente al ataque, no significa en absoluto la existencia de su consentimiento.

El Alto Tribunal Constitucional al desarrollar el tema de los derechos de la víctima en delitos sexuales, entre otros derechos ha contemplado:

“El derecho a que se entienda que no existe consentimiento real y libre de presiones, por la simple ausencia de rechazo físico o de expresiones que lo exterioricen”⁴⁷.

También respecto a ese tópico **“Las Reglas de Procedimiento y Pruebas”** de la Corte Penal Internacional, adoptadas por la Asamblea General de los Estados del Estatuto de Roma el 9 de septiembre de 2002⁴⁸, indican pautas específicas sobre pruebas en materia de violencia sexual, entre las cuales se estipula:

“Regla 70. Principios de la prueba en casos de violencia sexual:

En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre.

El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.

El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.”

⁴⁴ Fls. 2 C.O.

⁴⁵ Fls. 3 C.O.

⁴⁶ Fls. 4 C.O.

⁴⁷ Sentencia T – 458 de junio 7 de 2007

⁴⁸ Véase Ley 742 de 2002

Además de violencia física, existió violencia moral, entendida como la amenaza seria de un mal futuro, próximo y grave dirigido contra la víctima o contra personas ligadas a ella, lo que significa que mientras más próximo se mire el peligro, con mayor fuerza se ve obligada a evitarlo, accediendo al violador. El daño propuesto debe ser grave, injusto y determinado, además de posible, futuro y dependiente de la voluntad del sujeto activo. Se infunde un temor real a la víctima que la determina a no resistirse a la acción del sujeto activo. La violencia psicológica no siempre deja huellas externas, pero sí es posible que afecte la parte interna de la persona, su psiquis. Su efecto es el miedo, angustia de tal magnitud que priva o perturba la autonomía volitiva y reduce las posibilidades de resistir.

Para el juez de instancia, las amenazas en los términos expuestos por la menor, son insustanciales o inanes para vencer la resistencia de la víctima, porque aprecia ilógico que MA, de ser ciertos los hechos, no haya denunciado oportunamente y solo lo haga cuando en octubre de 2006, fue citada a la Fiscalía a declarar en un asunto diferente.

En punto a la idoneidad de las amenazas, esta Sala considera imperioso analizar el contenido de las mismas, de cara al contexto fáctico.

Para la época en que se desarrollan los ataques sexuales, la menor dependía totalmente de la familia tanto en forma económica como social y el acusado, quien se desempeñaba como su padre, ejercía sobre ella, autoridad por demás en forma violenta. MA manifiesta **"...yo le decía papa a don F..."**⁴⁹ hasta cuando por las agresiones a las que la sometió, cambia su percepción del pretendido vínculo paterno.

Bajo ese estado de vulnerabilidad y sumisión, la amenaza de ser expulsada de la casa era real, posible, realizable porque el agresor era el dueño de la misma, y sin duda significaba un panorama muy desalentador y aflitivo para ella, porque no contaba con familia consanguínea que la ayudara, ni bienes ni trabajo alguno. Pero además, como es muy frecuente en esta clase de delitos, ya por influencia del agresor, ya por reacción de la misma víctima, se generó en ella un sentimiento de culpa, el que se acrecentaba más en tanto PH la responsabilizaba de la eventual muerte de la señora MR, en caso de delatarlo, todo bajo la advertencia de su incapacidad económica para contratar un abogado que la defienda y de la posibilidad de ir a la cárcel por ser responsable de esa muerte.

Si bien esa amenaza, para la persona con un nivel medio de educación o de experiencia, podría resultar inocua o no apta, para la menor en las circunstancias antes descritas, resultaban ser advertencias serias e intimidantes, frente a las cuales tan solo en febrero del año 2006, se superó, decidiéndose enterar a la señora MR, motivada por las empleadas del lugar, como se verá más adelante.

A todo lo anterior se suma que, apartes de su detallado relato permiten avizorar que, su ignorancia, puesta en evidencia por la familia PR, no le permitió medir la dimensión de la agresión. Con naturalidad acepta que **"...no sabía que era de denunciar ni de Fiscalías. Ni se dónde quedaba la Fiscalía, yo vine a conocer porque me llamaron a que declarar (sic) (...) es que ahora ya me doy cuenta más de todo lo que me pasó, es que de donde don F yo nunca había salido a otra parte, (...) yo no sabía así de oficinas ni nada."**⁵⁰

El pronunciamiento de primer nivel también encuentra contradicción entre la narración que realiza MATG sobre la agresión ocurrida en el mes de octubre de 2005 y la anotación que contiene la hoja de control del Programa del Joven de la IPS JC de fecha 5 de octubre de ese año⁵¹, en la cual se consigna que no ha iniciado actividad sexual pero sí conoce de los métodos de planificación.

Para la Sala no existe contradicción alguna. El estudio cuidadoso del relato⁵² de la menor permite conocer que si bien la agresión en un inicio se concretó en tocamientos lascivos, apenas en el mes de octubre de 2005, fue víctima del primer acceso carnal violento, lo que no descarta que el 5 de ese mes aún no haya tenido experiencia alguna. Pero además, de haber tenido ya relaciones sexuales para esa fecha, debe recordarse que su silencio era requisito para no ser sacada de la casa, lo que explica con solvencia que ante el médico entrevistador, MA haya negado cualquier actividad en ese sentido.

⁴⁹ Fls. 9 C.O.

⁵⁰ Fls. 8 C. O.

⁵¹ Fls. 57 C. O.

⁵² Fls. 2 C.O.

El juez de instancia considera que la menor miente porque si bien dijo que en la primera ocasión en que fue accedida, la cerradura fue forzada por el agresor para poder entrar, en la ampliación de la denuncia indica que lo que le imposibilitaba pedir ayuda en el momento de la violación fue que FP cerrara con llave la habitación.

En efecto en su relato aseveró que el primer ataque se surtió en su baño cuando FJ dañó la cerradura de su alcoba para poder ingresar.⁵³ Sin embargo, el episodio en el cual aduce que el victimario entró a su pieza y echó seguro hace relación al sucedido días después, cuando ella, quien pernoctaba en el apartamento de SP, bajó a su pieza a bañarse⁵⁴, por lo que tampoco en este sentido la Sala otea falsedad alguna. Decantado lo anterior y siguiendo el orden cronológico de los hechos, resulta necesario abordar los testimonios de NVA y YdelRG, empleadas del granero y de la casa del acusado, cuyo examen debe hacerse de cara al desarrollo jurisprudencial que establece:

“Cuando un testigo rinde varias versiones en el mismo proceso o se conocen las suministradas en otros procesos respecto de idénticos hechos, o cuando de un suceso se tienen varias declaraciones de diversas personas, la experiencia enseña que pueden o no armonizar unas con otras, sin que la discordancia en aspectos tangenciales sea motivo para deducir la mentira. Por el contrario, la absoluta coincidencia de todos los datos sería más bien sospechoso de un aleccionamiento.

“No basta para quitarle merito a un testimonio encontrar posibles contradicciones en aspectos accesorios o secundarios, en tanto el sentenciador goza de la facultad para determinar, con sujeción a los parámetros de la sana crítica, si son verosímiles en parte o en todo, otra cosa sería que el deponente entre en divergencias sobre aspectos esenciales o fundamentales. Así lo ha señalado insistentemente esta Corporación, por ejemplo: CSJ SP. 5 nov. 2008, rad. 30.305; SP 17 sep. 2008, rad. 26055. En esta última, expresamente se dijo:

“Las contradicciones sobre aspectos accesorios no destruyen la credibilidad de los testimonios aunque si la aminoran sin que ello traduzca ruptura de la verosimilitud, pero de recaer en contenidos secundarios terminan siendo un desacuerdo aparente, esto es, no real y por ende conciliable, el que habrá de valorarse con ponderación y razonabilidad adoptando una especie de favorabilidad apreciativa de las expresiones fácticas dispares en lo no esencial”.⁵⁵

Tema sobre el cual desde antaño varios tratadistas y doctrinantes se han ocupado, entre los que se cuenta a Nicola Framarino de Malatesta, quien en su obra Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, la cual no ha perdido vigencia, al definir las formas más idóneas y precisas de realizar una justa apreciación y valoración de la misma y las causas formales de disminución de credibilidad de los testigos, entre las que se cuentan la animosidad, la afectación y la premeditada identidad del lenguaje, en cuanto a esta última afirma:

“Además, cuando en el texto de varias declaraciones se nota un mismo lenguaje preconcebido (eumdem premeditatum sermonem), esta identidad muy poco natural de forma hará suponer identidad de inspiración, es decir, un convenio anterior y común para estar de acuerdo en la atestación de un hecho. Esta es otra causa formal de descrédito, que en ciertos casos puede llegar a destruir el valor probatorio de los testimonios, ya que los acuerdos previos no son necesarios sino para los pactos que realizan los testigos mentirosos, puesto que los verídicos no tienen esa necesidad, sino que es la verdad la que los pone de acuerdo”.

Lo anterior se trae a colación para considerar que, si bien la primera instancia encuentra contradicciones, esta Sala, por el contrario, lo que advierte es que las testigos corroboran muchos aspectos expuestos por la víctima y permiten hacer una ilación de los hechos en cada momento y bajo las circunstancias reseñadas, esto en cuanto a los eventos comportamentales relevantes para el proceso, puesto que las deponentes en los datos trascendentales, son coincidentes.

⁵³ Fls. 2 C.O.

⁵⁴ Fls. 3 C..

⁵⁵ C.S.J. Sentencia de 27 de octubre de 2014. Rad... SP14623-2014 M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

Cabe recordar que de existir inconsistencias, estas se presentan frente a situaciones accesorias, que no relevantes, situación que, más que determinar que sus dichos son falsos, lo que demuestran es que sus versiones no fueron preparadas ni aleccionadas, que refieren lo que cada una de ellas apreció, dependiendo del momento vivido y de otras circunstancias personales, tales como el nivel de concentración o de distracción, las capacidades sensoriales de cada una, el orden de prioridad de cada cual respecto a lo que aprehende con sus sentidos, a sus propios intereses, grado de ilustración, etc.

Es Pertinente también anotar que en casos como el aquí planteado, donde el único testigo presencial de los hechos es la propia víctima o un menor de edad, habrá de aplicarse la teoría de la evidencia de corroboración, aplicada en la jurisprudencia internacional, verbigracia en el Tribunal Superior de España, en el cual se habla de *"corroboraciones periféricas objetivas"* al anunciar que ***"podrán ratificar algún elemento periférico o circunstancial de las conductas objeto de acusación, es decir un dato comprobable, íntimamente relacionado con alguna de las ocasiones en que se produjeron supuestamente los abusos, que aun cuando no acreditase directamente la realidad de éstos, ni la autoría del acusado, permitiese contrastar objetivamente la verosimilitud del relato"***.⁵⁶

Teoría adoptada por la Jurisprudencia Nacional⁵⁷ al referirse a la importancia de los testigos que, aunque no presenciaron en forma directa la conducta delictiva, sí pueden dar cuenta de otros hechos directamente relacionados con el delito, verbigracia, la presencia del victimario en el lugar, el contacto de este con la víctima, la reacción inmediata de ésta última, así como las circunstancias modales que rodearon dicha ocasión, etcétera.

Y para el presente caso, estos testimonios permiten *"rodear"*, robustecer o corroborar la versión de la menor.

Pero además se deberá tener en cuenta lo dicho por la Corte Suprema de Justicia⁵⁸, cuando al referirse al testimonio de menores de edad víctimas de delitos sexuales u otras formas degradantes de violencia establece que el juez podrá inclusive prescindir de su testimonio directo con el fin de proteger sus derechos fundamentales, y en ese supuesto, autoriza testimonios de referencia y otra prueba de la misma índole.

Como preámbulo a este análisis, resulta pertinente referir que el acusado y los demás testigos de la defensa han sostenido que los ataques sexuales en contra de MA son producto de una falacia construida por N y YdelR, quienes luego de ser acusadas del desfalco encontrado en el granero C, la crearon en contra de FJ, para cobrar venganza y para ese malsano propósito utilizaron a la menor. CMP dice que aquellas embaucaron a la menor para que mienta, porque estaban ofendidas,⁵⁹ aunque luego se pregunta ¿Por qué querían vengarse si nunca fueron despedidas del trabajo?.⁶⁰ También LP afirma que salieron voluntariamente, pero las acusa de haber armado *"chismes"* para obtener dinero.⁶¹ SP aduce que la menor está influenciada para obtener lucro económico.⁶²

Para la Corporación esta tesis defensiva no tiene vocación de prosperar, por dos razones:

Primero, porque teniendo en cuenta las condiciones personales de la menor de edad reseñadas con solvencia, se puede avizorar que su triste relato no es producto de una lección aprendida. Por el contrario, su riqueza descriptiva vertida con su elemental léxico y la actitud anímica mostrada durante la diligencia, de lo cual dejó constancia el Fiscal instructor, lleva a la irrefragable conclusión de que es una narración de su propia vivencia, por demás traumática.

Relato que antes de la denuncia, lo realizó a otras personas, entre ellas a AL⁶³, quien fuera su patrona cuando salió de la casa y que, como pocos en este proceso, no tiene vínculo alguno con la familia PR. A, luego de dar fe del buen comportamiento de la menor y del estado de estrés que sufría para ese momento, sostiene que le informó

⁵⁶ TSE 1029. Sentencia 29 de diciembre de 1997

⁵⁷ C.S.J. sentencias 24.468 de 30 de marzo de 2006, 27.536 de septiembre 6 de 2007 y 29.609 de septiembre de 2008.

⁵⁸ Sentencia 19 de agosto de 2009. RAd. 31.950. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁵⁹ Fls. 73 C. O.

⁶⁰ Fls. 260 C. O.

⁶¹ Fls. 137 y 139 C. O.

⁶² Fls. 65 C. O.

⁶³ Fls. 272 y 273 C.O.

de las agresiones de las cuales fue víctima en varias ocasiones y del sospechoso procedimiento médico al cual fue sometida en casa del galeno, agregando **“...ella cuando recordaba lloraba con desesperación y decía que el señor la había violado”**.⁶⁴

La segunda razón radica en que el recurso probatorio cuyo análisis prosigue, indica que la inculpación que MA realizó en contra de quien consideraba su padre, primero ante las empleadas y luego ante MR, fue en el mes de febrero de 2006, y el descubrimiento del aparente desfalco sucedió en mayo de ese mismo año.

Y deslindar estos dos momentos resulta relevante no solo para descartar la supuesta maquinación por parte de las empleadas, sino porque la primera instancia al confundirlos, dice también encontrar graves contradicciones.

De las declaraciones de N y YdelR, se desprende con claridad que en los primeros días de febrero del año 2006, un viernes dice la primera,⁶⁵ y luego de que F advirtió que MA había realizado sus necesidades fisiológicas en la terraza, fue duramente reprendida por MR. De este episodio también da cuenta el mismo FJ.⁶⁶

Y fue ese mismo día, luego de la reprimenda, cuando MA, en un estado anímico alterado le informa a N sobre los actos lesivos de los cuales era víctima por parte de FJ. Esta testigo asegura que A aguantó el regaño pero luego, cuando ella se disponía a lavar su delantal, llegó llorando **“...me puso las manos y me dijo; N AYUDEME, entonces le dije que me cuente para ayudarla (...) entonces ella no paraba de llorar y me dijo LO QUE PASA ES QUE EL PAITO F ME ANDA MOLESTANDO.”**. Agrega que la interrogó si solo la molestaba y ella le dijo que sí.

Ante la gravedad de dicha información, N le sugirió que hablara con YdelR, por ser esta mayor, para que sea quien a su vez le informe a la señora MR.⁶⁷ Y en efecto, YdelR también da cuenta que ese día estando en la cocina, MA le dijo **“...pasa que yo ya no voy a sacar la basura porque el papito F me toca los senos y la cola.”**⁶⁸

La primera instancia coteja la versión de MATG con las vertidas por N y YdelR, para decir que mientras la primera dice haber sido víctima de al menos cinco ataques sexuales, aquellas refieren haberse enterado en un inicio solo de los tocamientos. Y que luego, YdelR, al interrogar a la menor nuevamente, se enteró del atentado del 31 de diciembre de 2005, ubicando como lugar la cama matrimonial y precedida de un ofrecimiento de dinero. El Juez de instancia se pregunta ¿Por qué no les comentó de los otros hechos? Y su respuesta es que se trata de una contradicción que diluye la credibilidad de la prueba.

Para esta Sala, no existe tal vaguedad y menos con capacidad de desprestigiar la prueba. Dada la situación vivida por la menor, es totalmente explicable que en esa primera declaración no haya querido narrar todos los episodios, en especial aquellos que le resultaban más vergonzosos, por lo que solo refirió los tocamientos. Recuérdese que entre los sentimientos que desarrolla un menor de edad víctima de violencia sexual, está la vergüenza, comoquiera que no logra comprender que su calidad de víctima las libera de toda responsabilidad en los hechos que considera malos o indebidos y entonces empieza a sentirse responsable y culpable, más aún cuando callan.

En su obra Delitos Sexuales, el tratadista Pedro Alfonso Pabón Parra, al hablar de los efectos perjudiciales del abuso sexual en los menores cita a Glaser y Frosh para afirmar que **“...hay muchas pruebas de que los efectos a largo plazo del abuso sexual pueden ser perjudiciales. Los niños sexualmente abusados, por lo general muestran reacciones emocionales negativas tales como la depresión, culpa o autoestima disminuida; el abuso sexual también se vincula a fobias, pesadillas, inquietud, neurosis, rechazo escolar, embarazos adolescentes, tentativas de suicidio, el espectro total de las dificultades psicológicas de la infancia.”**

Pero además, esa falta de completa similitud en los dichos de las testigos y la víctima, permite a esta Sala lograr el convencimiento sobre la sinceridad de aquellas, en tanto, si su propósito era asegurar el resultado que perseguían con el supuesto complot, debieron forzar una versión coincidente con la de MA, o incluso magnificarla en desfavor del acusado.

⁶⁴ Fls. 272 y 273 C.O.

⁶⁵ Fls. 23 C. O.

⁶⁶ Fls. 426 C.O.

⁶⁷ Fls. 24 C. O.

⁶⁸ Fls. 134 C.O.

Reanudando el devenir fáctico, se tiene que las dos testigos recuerdan que al día siguiente, sábado, MA amaneció enferma, por lo cual debió tomar una pastilla que ella misma compró. Que como la familia iría de paseo al Pedregal (Nariño), N le sugirió a la angustiada menor que permaneciera al lado de la señora M. Que al lunes siguiente, la familia se dispuso llevar a MA a consulta médica, momento este en que estando aquella en su habitación, acudió a ese lugar FJ, pero dice que no saben de qué hablaron.⁶⁹ A la vez que Y comenta que cuando llegó de la cita médica, la menor lloraba mucho, momento en que ya le confesó haber sido accedida por FJ el 31 de diciembre pasado.

Agrega Y que en ese momento MA decidió contarle a la señora M la conducta de FJ, y que en efecto al día siguiente, martes a medio día, la menor y la señora M hablaron a solas en la habitación, luego esta confrontó a su esposo FJ y dada la afectación emocional, M sufrió un desmayo.

Frente a este hecho, la primera instancia también encuentra motivo de descrédito en el testimonio de la menor, al advertir que inicialmente aseguró que FJ ante la confrontación que le realizara la esposa, aceptó haber incurrido en las conductas reprochables. Pero que en la ampliación de la denuncia, sostuvo que una vez terminó de informar a MDeP sobre la conducta del acusado, ella y FJ se encerraron por lo que ella no logró escuchar nada. Pregunta entonces, ¿cómo pudo oír que aquel haya realizado aceptación de su culpabilidad?

La Sala, repasando la versión de la menor, encuentra que no existe tal contradicción. En su denuncia luego de narrar la forma como le informó a M sobre los hechos de los cuales era víctima, afirma:

“Ese señor estaba comiendo y lo llamó ella y le preguntó, y el negó todo primero, y luego a la misma esposa le dijo que cierto, entonces esa señora se desmayó y yo me salí del cuarto”.⁷⁰

En la segunda oportunidad, agrega que luego de oír discutir a la pareja, FJ salió y ***“...me dijo que le había dañado la vida (...) cuando yo entré a la pieza de la señora se desmayó y empezó a torcerse, yo salí corriendo...”***⁷¹ Expresión del acusado que pudo ser interpretada por ella como aceptación de su responsabilidad, más aun cuando en forma inmediata observó a M desmayarse. Pero además del anterior análisis, se tiene que esta segunda versión fue rendida en mayo de 2007, lo que hace totalmente improbable que las versiones en aspectos accesorios, tengan perfecta similitud.

Retomando el contexto histórico que permiten las pruebas, se tiene que a partir de este momento (febrero de 2006), la censurable conducta de FJ se convertiría en el gran secreto familiar, el cual ya había trascendido a los empleados, en tanto estos fueron los primeros en enterarse y a personas allegadas a la familia, como OP y FAB, suegra de uno de los miembros de la familia PR. A MA todos los días le decían ***“...que no avise que me quede callada...”***.⁷²

Sobre la reacción de M al enterarse de la conducta de su esposo, no solo da cuenta MA.⁷³ YdelR⁷⁴ y N⁷⁵ sino las testigos de cargo y el mismo acusado. Este al ser interrogado afirmó ***“...ella sí se puso mal, yo no he aceptado si fuera cierto o sea que mi mujer si me preguntó pero le dije que nunca se le ha hecho eso, le dije que llamemos y le preguntamos pero mi mujer se puso que era cierto y no le entraba ninguna razón ella estaba recién volviendo,...”, y agrega “peor cuando le dijeron que la había llevado a abortar imagínese.”***⁷⁶

Y precisamente por la última acotación reseñada, sea este el momento para insistir que este primer hecho, no puede confundirse con aquel sucedido en el mes de mayo, cuando N cita a M a la iglesia o al “partidero” y le comenta sobre el supuesto aborto del cual fue víctima MA.

⁶⁹ Fls. 24 C.O.

⁷⁰ Fls. 5 C. O.

⁷¹ Fls. 160 C. O.

⁷² Fls. 5 C.O.

⁷³ Fls. 5 C. O.

⁷⁴ Fls. 129 C.O.

⁷⁵ Fls. 287 y 288 C.O.

⁷⁶ Fls.s 131 C.O.

Ahora bien, se tiene que aún en el mes de febrero y luego del desconcierto familiar, el día sábado, viajó M a Cali, en compañía de su hijo y su consuegra FAB, y al lunes siguiente, MA es sometida a un dudoso procedimiento, mismo que no aparece reseñado en las historias clínicas aportadas al plenario, comoquiera que se llevó a cabo en la casa del médico JCH, procedimiento que, según la detallada descripción que hace MA, está lejos de ser un frotis vaginal, como lo pretende hacer ver la prueba de descargo, si en cuenta se tiene que este consiste en una sencilla manipulación del órgano femenino para la toma de muestra de fluido. Y si bien resulta acertado lo que dice CMP, en cuanto a que MA, dada su incultura, no conoce los nombres científicos, médicos o técnicos de los diversos procedimientos médicos,⁷⁷ sí puede, en forma por demás detallada, relatar no solo lo que vio, sino lo que vivió y sufrió.

La víctima informa que por esos días se sentía enferma, **"...me dolía mucho el estómago, me daba asco de las comidas,..."** y presentaba vómitos. Que el domingo en compañía de SPP, acudió a casa del doctor C, precisando que es aledaña a la galería, día en que el galeno le colocó en su vagina una pastilla. Que al otro día, otra vez acudió al mismo lugar, en donde el galeno **"...empezó con unos fierros a meterme en la vagina y empezó a abrirme y a sacarme la infección urinaria que me decía la doctora PP porque ella estuvo ahí presente... (...) yo la cogía a la señora P y la halaba y yo gritaba y le decía que por favor no me haga doler, yo sentía que me galaban (sic) durísimo por dentro el estómago y mi estómago cuando me lo tocaba me bajaba más y me bajaba más, porque yo tenía inflamado el estómago, pero me hacía doler mucho el doctor G (sic) porque me metía esos fierros y me sacaba algo que no podía (...) ellos me decían que me están sacando una agua babosa de la infección urinaria (...) inclusive el doctor C (sic) sudaba y hacia mucha fuerza sacándome algo de mi estómago por mi vagina."**

Procedimiento que duró aproximadamente cuatro horas, el cual concluyó con una expulsión de abundante sangre, siendo necesario luego, un periodo de convalecencia.

Si bien no es objeto de este proceso determinar si ocurrió o no un aborto, y en caso de verificarse ese hecho, identificar sus responsables, lo cierto es que la descripción totalmente detallada y gráfica realizada por MA es suficiente para saber que sobre su cuerpo se realizó un procedimiento totalmente invasivo, nefasto y doloroso, que no corresponde a un simple examen visual u obtención de muestra de fluidos.

Este hecho es corroborado por N, quien si bien no presencié la conducta del médico, da cuenta del estado en que llegó MA, cerca del mediodía, afirmando: **"Cuando regresó A entró por el granero sola, llegó en un taxi, yo sentí que cerraron la puerta pero no miré el taxi, yo estaba vendiendo helados en la entrada del granero y ella entró en una forma como muy mal y cogida el estómago, iba mal, entró en una posesión agachada y subió al apartamento de la doctora P, porque allá estaba viviendo desde el día que se enteró doña M."**⁷⁸.

YdelR por su parte también asegura que en la semana siguiente al viaje a Cali de M, su hijo L y FAB, **"...la llevaron a A a los exámenes y que le iban a hacer una citología y después la encontré subiendo las gradas a A y subía cogido el estómago,..."**⁷⁹

A los tres días, los compañeros de trabajo fueron informados por la misma menor, de tan fastidioso procedimiento, los que, con algo más de experiencia, concluyeron que se trataba de un aborto, conclusión que no se muestra descabellada sino por el contrario, producto del sentido común.

La prueba de la defensa trata de diluir este grave hecho aduciendo que las historias clínicas de la menor no lo reseñan. Sin embargo como se verá más adelante, tampoco esta razón tiene aptitud de descargo.

SPP aduce que desde febrero del 2006 la menor empezó a sufrir de infecciones urinarias, por lo que recibió tratamiento por parte del médico JEC. Y agrega que ante la reincidencia de la infección, fue necesaria la atención médica especializada en ginecología, especialidad que le dictaminó la presencia de un quiste folicular. Aduciendo que el procedimiento implicó la toma de una ecografía y la prueba de embarazo, con resultado negativo, lo que posibilitó el tratamiento hormonal por tres meses, tratamiento que se realizó a partir de mayo.⁸⁰

⁷⁷ Fls. 72 C.O.

⁷⁸ Fls. 28 C. O.

⁷⁹ 135 C. O.

⁸⁰ Fls. 64 C. O.

Respecto al episodio antes descrito, si bien acepta que llevó a MA el día domingo a casa del galeno C,⁸¹ asegurando que lo que describe la menor es un examen vaginal o frotis vaginal⁸², curiosamente no recuerda lo sucedido el lunes siguiente y se limita a decir que se verifique en la historia clínica. Finalmente y ante el insistente interrogatorio, acepta que siempre estuvo presente en esa clase de exámenes que le realizaban a la menor.

El médico JECH, quien como bien lo dice la representación de la víctima, trata por su propio interés, de desestimar tan grave inculpación, niega que se haya realizado intervención quirúrgica a la menor y asegura que en febrero del 2006 la atendió por gastritis, recibiendo tratamiento con medicamentos⁸³. Luego hace una referencia de las patologías, exámenes y tratamientos entre los meses de marzo a julio de 2006, mes que decide remitir a la menor a la especialidad por ginecología por la presencia de quiste folicular, luego de un tacto vaginal, negando siempre que MA haya presentado un estado de embarazo. Al ser preguntado por la atención médica en su casa, afirma con aire de despreocupación ***"...de pronto algunas veces como yo vivo en el centro y como son amigas se hacen consultas informales que uno las pasa desapercibidas ya que yo no cuento con consultorio médico particular."***⁸⁴

La historia clínica obtenida de la IPS Indígena JC⁸⁵, entidad que, valga recordar, era dirigida por SPP y para la cual trabajaba el médico JCH, como la historia clínica obtenida del Hospital SJ de T.E.S.E.,⁸⁶ no arrojan como resultado la realización de un procedimiento de interrupción de embarazo y sí confirman los dictámenes y los procedimientos que se realizaron en mayo del 2006, entre ellos la existencia de un quiste folicular, infecciones urinarias, la toma de ecografías, la prueba de embarazo con resultados negativos y el tratamiento hormonal. El médico judicial del CTI Dr. Álvaro Villota Viveros, previa revisión de los documentos, descarta la práctica de procedimientos quirúrgicos.⁸⁷

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, también se ocupó de examinar las historias clínicas de la menor, en cuyo concepto descarta el aborto.⁸⁸

Pese a que la menor estaba afiliada a la EPS Mallamás y recibía atención en salud en la IPS indígena JC, y en el hospital SJdeT, mediante el sistema Sisben, esos dos días, domingo y lunes, fue atendida en casa del médico, lo que resulta extraño por cuanto si se trataba de tomar muestras de fluidos, lo usual y lógico era que se haga en un establecimiento que contara con laboratorios y toda la infraestructura para dicho fin, más aun cuando el mismo facultativo adujo no tener consultorio particular en su casa y que no se trataba de una urgencia. Y precisamente esa atención en casa del galeno, explica por qué esa inusual consulta y su desarrollo no aparecen en ninguna historia clínica, revelando también el interés de los familiares del acusado de que se revisen dichas historias, conociendo de antemano, que tan comprometedor procedimiento no estaba ahí consignado.

Tampoco se ha explicado por parte de quienes intervinieron en ese evento, el médico C y SPP, ¿por qué no acudieron a algún centro de salud? ¿Por qué optaron por la intimidad de la casa del galeno y cuál fue la razón que motivó el mismo? Pese a la falta de respuesta, el hecho no queda desvirtuado solo porque en las historias clínicas de la IPS y del hospital de esa localidad, entre las anotaciones que, destáquese, son realizadas por el mismo galeno, se diga que el ciclo menstrual de la menor, no tuvo interrupciones.

El recorrido fáctico sigue hasta el mes de mayo cuando ya la señora M regresa de Cali. FJ asegura que en ese mes, se encontró un faltante de \$25.000.000.00.⁸⁹ SP cree que fue de \$40.000.000.00 o \$50.000.000.00.⁹⁰

Lo cierto es que fue la gestión que desplegaron los dueños del granero, tendiente a descubrir al responsable del desfalco, lo que motivó la salida voluntaria de YdelR y N, quienes luego buscaron al abogado para reclamar sus derechos laborales en tanto se sabe, no fueron inicialmente pagados, además de no reintegrar un dinero que a manera de préstamo, la familia PR debía a N.

⁸¹ Fls. 254 C. O.

⁸² Fls. 255 C. O.

⁸³ Fls. 67 C. O.

⁸⁴ Fls. 306 C.O.

⁸⁵ Fls. 43 a 63 C.O.

⁸⁶ Fls. 89 a 95 C. O. (precisando que los folios 103 a 122 corresponden a la historia clínica de otra persona, nacida esta el 18 de julio de 1950)

⁸⁷ Fls. 171 y 172 C. O.

⁸⁸ Fls. 315 a 316 C. O.

⁸⁹ Fls. 127 C. O.

⁹⁰ Fls. 245 C. O.

Pero antes de su salida, N, al ser increpada por CMP para que avisara quién podría ser el responsable de la sustracción del dinero, le recordó el procedimiento realizado a MA en febrero diciéndole **“Y el aborto que le hicieron, de ese cajón plata salió.”**. Luego reseña, que ante la insistencia de la señora M, aceptó ir con ella al tanque del partidero, donde le contó **“...lo que le había pasado a A con don F y el aborto (...) y que miraba que sacaban plata del cajón de la caja del granero y le dije que yo lo sostengo...”**.⁹¹

FJ da cuenta de ese episodio cuando dice que luego de descubrirse el faltante de dinero, N le dijo a su esposa que la esperaba en la iglesia, **“...se la sacaron a mi mujer esta N y la Y (sic) y le habían dicho...”** que le contarían todo. Luego dice, su esposa no volvió a su casa sino que acudió donde su hermana. Agrega que más tarde, cuando ya fue llevada a la casa, sufrió otra crisis nerviosa.⁹²

Por su parte YdelR en coincidencia con el mismo acusado, admite que para esa cita, le prestó dinero a la señora M para el servicio de taxi, para ir al lugar de la cita.⁹³

Como se dijera con antelación, resulta necesario deslindar los sucesos de febrero y mayo, para precisar que no existió contradicción alguna en los testimonios, como erradamente lo dice el juez de instancia, testimonios que permiten precisar que en febrero la señora M supo por MA, de los actos sexuales de los cuales había sido víctima, y en mayo, se enteró por N, del posible aborto al cual fue sometida su protegida cuando ella ya estaba en Cali.

El largo relato deja en evidencia que en el mes de febrero de 2006, cuando MA avisa de dichos ataques sexuales, N y YdelR dependían laboralmente de la familia PR, la primera por un lapso de 6 años y que en esa relación de trabajo no existía problema alguno, lo que descarta la existencia de algún motivo que las lleve, para ese momento, a armar tan grave ficción en perjuicio de las personas que les ofrecían estabilidad laboral. Quedando también claro que la reacción de las dos, tendiente a motivar a la menor a que informe de la reprochable conducta del acusado, a la señora M, fue motivada por un sentimiento de solidaridad tanto con MA como con M.

Se dice por parte de N, YdelR y de las testigos inculpativas, que luego de unos días, en presencia de SP, M y NE, MA negó haber dicho que estaba en embarazo y haber referido el procedimiento al que fue sometida y las acusó a N y Y de querer destruir la familia.⁹⁴

La sentencia objeto de análisis considera que este episodio es indicativo de que MA en un inicio mintió. Interpretación que la Sala no comparte, en tanto lo que demuestra es la influencia que para ese momento aún ejercían los miembros de la familia sobre la menor, que logró por un momento, que se retractara, retractación que se diluye ante la contundencia de la denuncia.

YdelR informa que, una vez salió MA de la casa de la familia PR, llegó acompañada de la tía y de la señora AB, y le pidió ayuda, negándose a prestar esa ayuda y le recriminó que la menor estaba **“...acostumbrada a decir unas cosas y otras.”**

El pronunciamiento de primer nivel también refiere este episodio como fundamento de demérito de la versión de la menor. Sin embargo, para esta Sala solo resulta indicativo de la posición adoptada por YdelR frente a la transitoria retractación de la menor, la que se sabe, duró solo hasta cuando MA salió de casa del acusado, porque ante AL y las autoridades, sostuvo su inculpativa con solidez y se dispuso a pedir ayuda.

También la supuesta parcialidad de las testigos es un referente para la primera instancia para no adjudicar credibilidad a los testimonios de N y YdelR, porque dice que una vez salieron de sus trabajos, buscaron un abogado para que atendiera las demandas laborales.

⁹¹ Fls.s 31 C. O.

⁹² Fls. 122 C. O.

⁹³ Fls. 130 C. O.

⁹⁴ Fls. 32 C. O.

Para esta Corporación, la conducta asumida por N y YdelR, legítima como la que más, tendiente a reclamar sus derechos labores, no puede ni siquiera en el plano de la sospecha, fundamentar un falso testimonio, más aún cuando ha quedado en evidencia, pues así lo dicen los hijos del acusado, entre ellos CMP⁹⁵ y LFP⁹⁶, que no fueron despedidas y que su retiro fue voluntario, lo que descarta cualquier estado anímico signado por el rencor o la venganza. Pero además, no se avizora de qué manera las dos exempleadas, quienes reclamaban intereses meramente laborales, podrían beneficiarse con tan grave acusación en contra del acusado.

Pero para redundar más en la posición expuesta, merece recordar que, según se desprende el análisis que antecede, sus dichos corroboran los de la menor víctima y en ellos no se vislumbra ánimo alguno de magnificar la acusación inicial.

Pero si en gracia de discusión, se aceptaría que fueron estas testigos las que crearon el artificio en contra del acusado, resulta totalmente improbable que la menor, en las condiciones ya conocidas, haya participado del mismo con tanta habilidad y creatividad y menos, en contra de personas que para ella, eran su única familia.

También la sentencia objeto de examen, pone en relieve que el abogado, según lo informó el mismo FJPH, además de proponerle un arreglo que solucione la controversia laboral, también le propuso un pacto traducido en la entrega de una suma de dinero, por los delitos cometidos en contra de TG. Por parte de la familia PR se acusa a las testigos de utilizar a la menor para **“sacar dinero”**.

La intención del abogado tampoco tiene la potencialidad para diluir la prueba incriminatoria. Existe la posibilidad que el togado haya reclamado el dinero bajo el propósito de lograr una justa indemnización a favor de la menor como víctima de un grave delito o, por el contrario, que su único designio haya sido sacar provecho de la situación, para su propio interés. De cualquier forma, la credibilidad de la menor queda incólume.

Otra de las estrategias defensivas se finca en desprestigiar a la menor aduciendo que era una mujer incitadora, seductora y tentadora. El acusado, sus tres hijos, su buen amigo OP y su consuegra FAB al unísono despliegan una campaña de deshonor contra la víctima. Se dice que era coqueta, buscaba a los hombres que trabajaban en el lugar y les hacía tocamientos lesivos. SP asegura que es *alta de naturaleza*, para indicar que siempre quería llamar la atención y enamorar.⁹⁷ CM asegura que se insinuaba a los hombres⁹⁸, a la vez que OP asegura que la menor tocaba a los muchachos del granero y en una ocasión encontrándose en la finca en el sitio denominado El Pedregal, en compañía de toda la familia, entró al lugar donde estaba durmiendo, le tocó sus testículos y le dijo **“...camine vamos a la pieza o es que no es hombre...”**⁹⁹ situación comprometedor sobre la cual nunca dijo nada a sus buenos amigos.

Curiosamente, otros testigos, inclusive algunos de la defensa refieren cosa diferente. El médico JC refiere que la menor era **“...tranquila, buena persona, (...) bien agradecida (...) normal (...) un poco retraída.”** CAB empleado del granero C, habla del buen comportamiento de la menor y niega que con él haya optado por conductas impropias y no conoce que lo haya hecho con sus compañeros.¹⁰⁰ VDV también trabajador del lugar asegura que **“El comportamiento de ella ahí en la casa era bien, se portó bien con todos.”**¹⁰¹

También de ella se dijo que fue despedida de casa de AL por su mal comportamiento, lo que quedó desvirtuado, por la misma testigo quien adujo razones diferentes.¹⁰²

Lo anterior permite deducir que esta táctica de defensa, al encontrar apoyo solo en los dichos de las personas allegadas al acusado, se torna altamente sospechosa, en tanto otras pruebas, aún de la defensa, la dejan gravemente quebrantada.

⁹⁵ Fls. 260 C. O.

⁹⁶ Fls. 145 C. O.

⁹⁷ Fls. 64 C. O.

⁹⁸ Fls. 72 C. O.

⁹⁹ Fls. 87 C. O.

¹⁰⁰ Fls. 69 C. O.

¹⁰¹ Fls. L84 C. O.

¹⁰² Fls. 272 C. O.

Pero si en gracia de discusión, se concluyera que la menor sentía atracción por los muchachos de su edad, que tenía amigos, que bailaba, que era coqueta, dichas características no la exponían *per se*, a que cualquier persona pudiera accederla ni se constituyen en patente de corso para que quien cumplía el papel de protector, de casi un padre, en forma totalmente desconsiderada, abuse de ella.

Además que analizar la conducta social y sexual de la víctima para justificar cualquier abuso en su contra, resulta intensamente irrespetuoso y por supuesto inane, en tanto como bien lo establece *“Las Reglas de Procedimiento y Pruebas”* de la Corte Penal Internacional, cuya cita se transcribió en precedencia ***“...credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.”***

Y del análisis probatorio se avizora otra tesis que colisiona con las argumentaciones defensivas ya analizadas, solo esgrimida por NEB y RdelCPR, nuera y cuñada del acusado. La primera asegura que MA se había enamorado de FJ y lo chantajeaba ***“...que si no seguía con ella le contaba a mi suegra... (...) parece que cuando mi suegro ya no quiso estar con ella y hecharla (sic) a un lado, MA le conto a mi suegra que los dos estaban juntos...”***,¹⁰³ manifestación que provocaría un preinfarto en M. La segunda afirma que la menor le confesó el sentimiento de amor que profesaba por el ahora acusado.¹⁰⁴

Significa lo anterior que se aceptaría que existió trato sexual entre el acusado y la víctima, pero no violento sino consentido, trato del cual finalmente FJ fue víctima, al ser coaccionado por la astuta menor, obligándolo a seguir involucrado sexualmente con ella, a cambio de su silencio.

Tesis que, no solo carece de asidero probatorio alguno, sino que además, encuentra total resistencia con las demás pruebas, aún las traídas por la defensa y que permite avizorar en las testigos, un ánimo poco razonado de favorecer a su familiar por afinidad, incluso faltando a la verdad.

Ánimo que también se advierte en OP, de quien se sabe no solo es buen amigo de FJ hace 14 años, sino que lo acompaña en sus viajes y ayuda en el granero.¹⁰⁵ Este testimonio merecedor de toda credibilidad para la primera instancia, le sirve de base para considerar que la menor cuando afirmó que enteró a O de los episodios de violencia sexual, mintió porque aquel negó conocer de los mismos.

Interpretación que no comparte la Sala en tanto, se insiste, se avizora parcialidad en sus dichos, mismos que afanosamente buscan desprestigiar a la víctima.

También se arrimaron testimonios de personas que dan cuenta de la buena conducta social de FJ, entre ellas el de YMR¹⁰⁶ y CdelRTdeP¹⁰⁷, creíbles pero sin la entidad suficiente para desvirtuar la conducta de aquel, desarrollada en la más estricta intimidad, dada su naturaleza y la ilicitud de la misma.

El acusado para diluir la incriminación asegura que sufre de diabetes, lo que le ha generado disfunción eréctil. Que ha recibido tratamiento en la clínica Valle de Lili y con los médicos Nemesio Mora y Charfuelan.¹⁰⁸ SP¹⁰⁹ y CMP¹¹⁰ refieren que dicho padecimiento lo sufre su padre hace 7 u 8 años.

Y para verificar lo anterior la defensa presentó un examen de glucometría¹¹¹ y la certificación (sin fecha) expedida por el doctor Manuel Duque Galán, de la Clínica Valle de Lili, en la cual se dice que el acusado consulta por disfunción eréctil.¹¹² Su hija CP, bacterióloga de profesión, presentó copias de numerosos exámenes de laboratorio que le realizó a su padre entre noviembre de 2007 a febrero de 2008.¹¹³

¹⁰³ Fls.I 78 C. O.

¹⁰⁴ Fls .74 C.O.

¹⁰⁵ Fls. 87 C. O.

¹⁰⁶ Fls . 85 C. O.

¹⁰⁷ Fls. 147 C. O.

¹⁰⁸ Fls. 421 C. O.

¹⁰⁹ Fls .247 C. O.

¹¹⁰ Fls .251 C. O.

¹¹¹ Fls. 186 C. O.

¹¹² Fls. 202 C. O.

¹¹³ Fls. 253 a 270 C. O.

Sin embargo, contrario a lo certificado por el doctor Duque Galán, la historia clínica de la clínica Valle de Lili¹¹⁴ misma que comprende atención entre el 13 de junio y el 6 de febrero de 2007, cuya transcripción se realizó por la misma entidad, (dejando constancia que las atenciones del 16 y 19 de abril de 2007 no fueron trascritas por ausencia del profesional de la salud), en relación con la patología alegada, solo reporta en la atención del 18 de julio de 2006 como antecedentes **“diabetes mellitus no insulino dependiente.”**¹¹⁵, sin que exista referencia alguna de disfunción eréctil.

Lo anterior permite concluir que esta última tesis defensiva no logra desquiciar la prueba incriminatoria, en tanto no existe evidencia alguna sobre la imposibilidad de actividad sexual por parte del acusado, para el año 2005, época de los hechos.

El examen probatorio permite a esta Sala, teniendo en cuenta el concepto finalista de la acción, adoptada por la Ley 599 de 2000,¹¹⁶ considerar reunidos los dos aspectos de la tipicidad: el objetivo, en tanto la conducta del acusado corresponde a los elementos descriptivos y normativos¹¹⁷ del tipo penal de acceso carnal violento, agravado; y el subjetivo, porque actuó con conocimiento de los hechos contrarios a derecho y la voluntad de incurrir en ellos, es decir en forma dolosa.

También el recurso probatorio permite concluir que la conducta es antijurídica en forma real y material, porque ofende y afecta la libertad sexual de una persona, entendida esta como la capacidad de autodeterminarse, la facultad de rehuir cualquier forma de tráfico sexual o aceptarla en las condiciones que ella quiera, mediando la libre disposición de su cuerpo.

No se verifica la existencia de alguna causal que exima de responsabilidad penal al encartado en los hechos que se le imputa, lo que permite deducir que nos encontramos frente a un hecho antijurídico formal y materialmente. Se advierte con claridad que el enjuiciable era conocedor de la ilicitud de su conducta y que dirigió su voluntad a su realización, sin que medie alguna causal de ausencia de responsabilidad.

Por otro lado se predica respecto al enjuiciable, su imputabilidad, pues existe en él la capacidad de diferenciar entre lo permitido y lo prohibido y en esa medida, de determinarse de acuerdo con esa comprensión, quedando excluida cualquier duda acerca de su comportamiento delictivo con el cual lesionó el bien jurídicamente tutelado.

Nuestra normatividad exige como requisito fundamental para arribar a un fallo de condena, la eliminación de toda duda razonable. Dicha manifestación ontológica se interpreta desde dos aristas: una desde el aspecto subjetivo, es decir que exista en el juzgador el convencimiento de la existencia del hecho o hechos jurídicamente relevantes y con identidad de injusto y de la responsabilidad penal del acusado, y la segunda, desde el punto de vista objetivo, es decir que existan fundamentos probatorios legalmente aducidos al juicio, que indiquen, se repite, más allá de toda duda razonable, la existencia del delito y la autoría y responsabilidad del acusado. Dicha convicción, debe tener total correspondencia con lo que se logra finalmente demostrar.

Del anterior análisis se concluye que se ha logrado el convencimiento, mismo que se soporta probatoriamente y con suficiencia por lo que se emite en contra de PH, sentencia condenatoria como autor y responsable del delito endilgado.

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Se parte de lo establecido en el Art. 205 del C. Penal, sin el incremento punitivo de la Ley 1236 de 2008, como quiera que entró en vigencia el día 23 de julio de 2008, es decir en época posterior a los hechos y resulta más restrictiva y desfavorable para el acusado. Comoquiera que para casos tramitados al amparo de la Ley 600 de 2000, no puede

¹¹⁴ Fls. 191 a 200 C. O.

¹¹⁵ Fls. 198 C. O.

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 1 de julio de 2009, radicación 31763.

¹¹⁷ Son los referidos a la exterioridad de la conducta.

tenerse en cuenta el incremento punitivo que introdujo la Ley 890 de 2004, los límites de la pena oscilan de 8 a 15 años, esto es, de 96 a 180 meses de prisión, mismos que, en orden a la circunstancia de agravación contenida en el numeral 2 del art. 211 del Código Penal, dada la posición de autoridad del acusado frente a la víctima, la que generaba en la menor confianza hacia su protector, se aumentan, quedando un segmento de movilidad de 128 a 270 meses.

Una vez se establece la certeza del hecho delictivo y la responsabilidad en cabeza del actor, se hace necesario la imposición de penas acordes con la calidad del punible y sus efectos individuales y colectivos. Es evidente que en el asunto bajo revisión, la medida de la sanción se aplica atendiendo las incidencias del actuar delictivo, sin dejar a un lado los fines de la misma, el principio de la dignidad humana fundamento del derecho punitivo y la protección especial que deben recibir los menores.

Efectuada esta operación se tiene que el primer cuarto está ubicado entre 128 y 163.5 meses, cuarto del cual se partirá en razón a que no concurren circunstancias de mayor punibilidad, más sí una de menor punibilidad referente a la carencia de antecedentes penales.

Teniendo en cuenta los conceptos contenidos en el Art. 61 de la Ley 599 de 2000, en el sub examine, se advierte que la conducta de suyo grave, fue desarrollada en forma pensada, premeditada, extremadamente desconsiderada, la cual ocasionó un daño real, teniendo en cuenta las afectaciones de naturaleza psicológica, mismas cuya existencia se advierte, aún sin haber sido posible una valoración especializada. Resulta fácil comprender que la menor, dado el sometimiento del que fue víctima, no podrá en términos normales, concretar conceptos serios, sanos y justos frente al aspecto sexual.

En conclusión se hace necesaria la imposición de la pena acorde con la calidad del punible y sus efectos individuales y colectivos, por lo que determina la Sala que la definitiva a imponer es de CIENTO CUARENTA Y OCHO (148) MESES DE PRISIÓN.

La descripción fáctica demuestra que fueron varias las ocasiones en que el infractor accedió en forma violenta a la menor, es así que no se puede hablar de unidad de conducta, ni de un dolo global, ni de una sola antijuridicidad aumentada, porque se está ante hechos diferentes en los cuales cada vez que el procesado satisfacía sus apetencias sexuales agotaba por completo la conducta penal. Cada satisfacción erótico sexual es un fin en sí mismo, que se logra a través del agotamiento de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Por lo anterior en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 31 del Código Penal, la pena se aumentará en 40 meses, para una pena definitiva de CIENTO OCHENTA Y OCHO (188) MESES DE PRISIÓN.

De igual manera se condenará al señor FJPH a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal.

DE LOS SUBROGADOS PENALES

Teniendo en cuenta la pena impuesta, no es posible conceder la suspensión de la ejecución de la pena, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 63 del Estatuto Represor, vigente para la época de los hechos. De igual forma se predica la inviabilidad de conceder la prisión domiciliaria a su favor, por cuanto si bien para la época de los hechos, aún no se encontraba vigente la Ley 1098 de 2006, que prohíbe expresamente la concesión de subrogado o sustituto de prisión, teniendo en cuenta la pena mínima prevista en la norma, lo cierto es que el requisito objetivo no se cumple.

Por último y de considerarse que la Ley 1709 de 2014, podría resultar aplicable por vía de favorabilidad, es del caso mencionar que bajo la óptica de esta nueva ley, tampoco es posible la concesión de los beneficios mencionados, en tanto el art. 68 A del Código Penal, contiene en el listado de los delitos en cuyo trámite está prohibida su concesión, el delito de acceso carnal violento.

Por las razones esbozadas se dispone que el justiciable purgue la pena en el establecimiento carcelario que para

tal efecto determine el INPEC. Se librará la respectiva boleta de encarcelación, previa emisión de la orden de captura que corresponda.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

1º Revocar la sentencia mediante la cual el Juzgado absolvió a FJPH, del delito de acceso carnal violento, agravado, conforme los Arts. 205 y 211 de la Ley 599 de 2000.

2º Declarar a FJPH, como autor y responsable del delito de acceso carnal violento, agravado (Art. 205 y art. 211 numeral 2º del C. P.) e imponer en su contra la pena de CIENTO OCHENTA Y OCHO (188) meses de prisión más la accesoria de inhabilidad para el para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción principal.

3º No se concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria. La pena será purgada en el sitio de reclusión que para tal efecto disponga el INPEC. Ejecutoriada la sentencia, remítase el asunto al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad competente.

4º En contra de la presente decisión procede el recurso de casación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con el Art. 210 de la Ley 600 de 2000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CONSTANZA MUÑOZ SANTANDER

Magistrada

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

JAIME CABRERA JIMÉNEZ

Magistrado

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA

Secretario Teniend

Patrocinadores



Universidad Cooperativa
de Colombia



**LO MEJOR
DE TI
HACIENDO
LO MEJOR
POR LOS
DEMÁS**

PREGRADOS

- Derecho (*horario diurno y nocturno*)
- Medicina
- Odontología (*Programa Acreditado en Alta Calidad*)
- Ingeniería Industrial
- Técnico Laboral en Auxiliar en Enfermería

ESPECIALIZACIÓN EN:

- Derecho Procesal Penal

PREMÉDICO PREUNIVERSITARIO

SNIES: 8923 | 90312 | 52620 | 9107 | Res 0327 SME | 101920

Inscripciones

www.ucc.edu.co

LÍNEA GRATUITA
NACIONAL 018000420101

Calle 18 Nro 47 - 150 Torobajo

Conmutador (2) 733 67 06

Ext 2350 - 2191- 2181

Sede Pasto

Institución de Educación Superior sujeta a inspección
y vigilancia por el Ministerio de Educación Nacional.



PAGA SEGURO

Ahora está disponible en nuestra página web www.financierajuriscoop.com.co el servicio de **Pagos Seguros en Línea - PSE**

Mediante este servicio todos nuestros clientes del Grupo Juriscoop podrán efectuar pagos electrónicos de Cupo Rotativo, Créditos de Consumo y Tarjetas de Crédito con el débito a Cuenta de Ahorros o Cuenta Corriente de otra entidad financiera.



BENEFICIOS PARA NUESTROS CLIENTES:

- ✓ Permite hacer transacciones sin moverse de su hogar u oficina.
- ✓ Brinda seguridad y agilidad al reducir el manejo de efectivo.
- ✓ Facilita y ofrece comodidad en sus pagos.
- ✓ Está disponible las 24 horas del día, 7 días a la semana y todos los días del año.
- ✓ Confirma en línea las transacciones desde la entidad financiera seleccionada.
- ✓ El pago es abonado a la obligación del cliente en Financiera Juriscoop, máximo al siguiente día hábil.
- ✓ No tiene costo para nuestros clientes.

SOMOS EL GRUPO AMIGABLE QUE APOYA A LA GENTE

IMPORTANTE: El Grupo Juriscoop no solicitará datos financieros como sueldos, cives, números de productos, fechas de vencimiento mediante virtuales de correo electrónico. En caso de recibir algún correo sospechoso, repórtalo inmediatamente a servicioalcliente@juriscoop.com.co

LÍNEAMÁS | Bogotá: 348 5000
Resto del país: 01 8000 111 464
www.grupojuriscoop.com.co | facebook.com/grupojuriscoop



SOMOS EL GRUPO AMIGABLE
QUE APOYA A LA GENTE



GRUPO JURISCOOP

CON MI OFICINA VIRTUAL ES
SEGURO
CONSULTAR MIS PRODUCTOS
Y TENER MIS CUENTAS CLARAS.

 **INGRESA A TU OFICINA VIRTUAL**
www.financierajuriscoop.com.co

GRUPO JURISCOOP

Mayor Información: **LÍNEA MÁS** | Bogotá: 3485600
Resto del país: 01 8000 111 464
www.financierajuriscoop.com.co

Somos el Grupo amigable
que apoya a la gente.

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA CESMAG



Hombres nuevos para tiempos nuevos



Profesionales

- **Derecho**
10 semestres / jornada diurna y nocturna
Cód. SNIES 52939 (Reg. calificado)
- **Administración de Empresas**
10 semestres / jornada diurna
Cód. SNIES 19787 (Reg. calificado)
- **Lic. en educación Preescolar**
10 semestres / jornada diurna
Cód. SNIES 16491 (Reg. calificado)
- **Arquitectura**
10 semestres / jornada diurna
Cód. SNIES 19979 (Reg. calificado)
- **Diseño gráfico**
10 semestres / jornada diurna
Cód. SNIES 19062 (Reg. calificado)
- **Ingeniería Electrónica**
10 semestres / jornada diurna
Cód. SNIES 90715 (Reg. calificado)
- **Psicología**
10 semestres / jornada diurna
Cód. SNIES 53874 (Reg. calificado)
- **Contaduría Pública**
10 semestres / jornada diurna y nocturna
Cód. SNIES 19788 (Reg. calificado)
- **Lic. en educación Física**
10 semestres / jornada diurna y nocturna
Cód. SNIES 52939 (Reg. calificado)
- **Ingeniería de Sistemas**
10 semestres / jornada diurna y nocturna
Cód. SNIES 19788 (Reg. calificado)

Tecnológicos

- **Gestión financiera**
6 semestres / jornada nocturna
Cód. SNIES 16483 (Reg. calificado)
- **Contabilidad y finanzas**
6 semestres / jornada diurna y nocturna
Cód. SNIES 16502 (Reg. calificado)

Maestrías

- **Derecho Procesal**
Convenio con la Universidad de Medellín
Cód. SNIES 90644
- **Educación desde la Diversidad**
Convenio con la Universidad de Manizales
Cód. SNIES 90808
- **Mercadeo**
Convenio Universidad de Manizales
Cód. SNIES 102549
- **Tributación y Política Fiscal**
Convenio Universidad de Medellín
Cód. SNIES 102615
- **Desarrollo sostenible y Medio Ambiente**
Convenio con Universidad de Manizales
Cód. SNIES 33955

Informes:
Coordinación de mercadeo y publicidad – Tel: 7216535 ext. 261

www.iucesmag.edu.co

Javier Goyes Rodríguez
ABOGADO

Edificio Pasto Plaza - Oficina 504 Tel. 7290781 Fax: 092 7225566
Cel: 300 614 47 49 - javiergoyesr@yahoo.com
Cra. 24 No. 19 - 33 Pasto



Fernando José Cárdenas Guerrero
Abogado
Pontificia Universidad Javeriana

Edificio Pasto Plaza - Oficina 316 - Carrera 24 No. 19 - 33
Teléfono 722 7624 Celular 316 4781852 - San Juan de Pasto
Correos: fercardenas@cardenasabogadospasto.com.co
cardenasabogadospasto@hotmail.com

Luis Alfredo Fajardo Arturo
Abogado

Calle 18 No. 24 - 29 Oficina 401 C.C. Los Andes
Tel. 7 232618 Cel. 315 406 2948
luisalfredofajardoa@gmail.com

Ruth Amalfi Ramírez Muñoz
Abogada

Especialista en Derecho Público
Administrativo - Laboral - Disciplinario
Contencioso Administrativo - Relaciones Industriales

Cra. 24 No. 19 - 33 Of. 501 Ed. Pasto Plaza
Tel. 7227434 - Cel. 317 4333313
ruka307@hotmail.com **San Juan de Pasto**

Luis Alberto Ramírez González
CONSULTOR JURÍDICO
ABOGADO UNIVERSIDAD DEL CAUCA

CRA. 24 No. 19 - 33 EDIFICIO PASTO PLAZA OF. 214
CEL. 315 435 7724 TELEFAX. 7227426
RAMIREZGONZALEZABOGADO@HOTMAIL.COM
SAN JUAN DE PASTO

INDICE

DIGNATARIOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO.	5
MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA CORPORACIÓN PERIODO 2015	7
PRESENTACIÓN	9
LISTA DE JUECES Actualizada a 30 de enero de 2016	11
JURISPRUDENCIA	
SALA CIVIL – FAMILIA	
1- RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA – Elementos. / RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA - CONSENTIMIENTO INFORMADO	17
2- RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA – Requisitos. / RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA – CULPA/ RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA – La actividad del médico es de medio y no de resultado	33
3- RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PERIODÍSTICA – ELEMENTOS/	51
4- CONTRATO DE SEGURO – Prueba/ CONTRATO DE SEGURO – Elementos/ RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – Requisitos	63
5- RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD – Requisitos. / RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS EPS POR DAÑO OCASIONADO POR SUS AGENTES	85
6- RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EXTRA CONTRACTUAL – Elementos/ CONTRATO DE SEGURO / ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD:	104
7- PERTENENCIA/ ACCIÓN PUBLICIANA – Requisitos. / POSESIÓN REGULAR. / ACCIÓN REIVINDICATORIA – Presupuestos:	125
8- UNIÓN MARITAL DE HECHO Y SOCIEDAD PATRIMONIAL – PAREJAS DEL MISMO SEXO: Requisitos./ EFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD/ UNIÓN MARITAL DE HECHO Y SOCIEDAD PATRIMONIAL - Aplicación retrospectiva de la Ley 54 de 1990	149
SALA LABORAL	
1- ACCIDENTE LABORAL CON OCASIÓN DEL TRABAJO/ PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES POR ACCIDENTE DE TRABAJO – Responsabilidad a cargo de la ARL/ BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – Requisitos	169

2- PENSIÓN DE INVALIDEZ DE ORIGEN COMÚN / DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ Y DATA DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA PERSONAS CON ENFERMEDAD DEGENERATIVA Y DE DETERIORO PROGRESIVO: Aplicación del Principio de Favorabilidad y la Condición más Beneficiosa	180
3- RELIQUIDACIÓN MESADA PENSIONAL - Deberes de las entidades administradoras de pensiones frente al manejo de la historia laboral / RELIQUIDACIÓN MESADA PENSIONAL- Aplicación del IBL, monto y fecha de causación más beneficiosos	193
4- PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / MESADAS PENSIONALES - INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN - La Reclamación Administrativa surte efectos respecto de la primera exigencia que se hace ante la administración y restringe las posibilidades de provocarla posteriormente – SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN	204
5- NULIDAD – La causal invocada debe acreditarse./ MEDIDAS CAUTELARES CONFORME LA LEY 550 DE 1999 – En aquellos eventos en los cuales el ente territorial se encuentre bajo un acuerdo de reestructuración de pasivos, estas no proceden por expresa prohibición legal./ EFECTOS DE LOS FALLOS DE CONSTITUCIONALIDAD	211
6- CONTRATO DE TRABAJO/ PRESCRIPCIÓN Y RENUNCIA DE LA PRESCRIPCIÓN - Aplicación analógica de normas procesales civiles. / PRESCRIPCIÓN Y RENUNCIA TÁCITA DE LA PRESCRIPCIÓN – Quien tiene la oportunidad de alegarla, puede renunciar a ella, cuando la misma haya producido sus efectos. / CONTRATO DE TRABAJO – ACREENCIAS LABORALES: Solidaridad legal del dueño de la obra / CONTRATO DE TRABAJO – ACREENCIAS LABORALES: Responsabilidad del llamado en garantía	222

SALA PENAL

1- NULIDAD FALTA DE PLENA IDENTIFICACIÓN O INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO/ PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Variación de la Calificación Jurídica –	243
2- AUDIENCIA PREPARATORIA / DECRETO DE PRUEBAS – PRUEBA DE REFERENCIA: Diferencias con el Testigo de Oídas y Directa. / PRUEBA TESTIMONIAL	250
3- JUICIO ORAL - RECHAZO DE PRUEBAS: Improcedencia de rechazar una prueba que ya fue decretada o admitida en audiencia preparatoria. / JUICIO ORAL – TESTIMONIO: Acreditación de Testigos	257
4- PREACUERDO / PRISIÓN DOMICILIARIA – REQUISITOS	265
5- PREACUERDO - Derechos de las víctimas/ REINTEGRO PECUNIARIO: Constituye un acto de procedibilidad que condiciona la validez del acuerdo	275
6- ACCESO CARNAL ABUSIVO Y ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON PERSONA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR – Tipicidad / IN DUBIO PRO REO	285
7- PREACUERDO – Condiciones de validez / NULIDAD: La falta de control de legalidad del acuerdo, constituye vulneración del Debido Proceso. / PREACUERDO – VERIFICACIÓN: Necesidad del interrogatorio personal del procesado	303
8- IN DUBIO PRO REO – ANÁLISIS PROBATORIO –El grado de certeza lo excluye de plano./ TESTIMONIO DE VÍCTIMAS MENORES DE EDAD - Valoración	315
PATROCINADORES	339
ÍNDICE	

Presidencia: Palacio de Justicia
Calle 19 No. 23 - 00 Bloque II Oficina 503
Telefax: 7 223706
Conmutador: 7 292851 ext. 153

Relatoría: Palacio de Justicia
Bloque II Oficina 405
Telefax: 7 290343

DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN
EMPRESA EDITORA DE NARIÑO - EDINAR -
Carrera 21 No. 19 - 57 Centro
Teléfono: 7200952
San Juan de Pasto