



BOLETÍN No. 54

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

Enero – Febrero 2018

SALA CIVIL - FAMILIA

M.S: ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES

Radicación: 08-001-31-03-013-2011-00132-01/ Número Interno: 39.789

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMA: RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA – No existe certeza frente a la relación de causalidad entre la intervención quirúrgica realizada por el demandado y los padecimientos sufridos por el demandante/ **HISTORIA CLÍNICA**-No existe en el expediente dictamen médico, ni testimonio técnico que valorando las incidencias anotadas en las historias clínicas del actor pudiese ser analizado por esta Sala de Decisión/ **CARGA DE LA PRUEBA** – Carencia de medios técnicos de prueba que indiquen que hubo mala praxis en la intervención quirúrgica realizada al actor/ **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: SOLIDARIDAD ENTRE EPS y MÉDICO TRATANTE**- Al resultar exonerado el médico demandado debía procederse en el mismo sentido con la EPS demandada, pues existe entre ellos una responsabilidad de indole solidaria/**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: CERTEZA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA:** No es posible predicarla debido a lo aleatorio de las reacciones en el cuerpo humano/ **RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL ACTO MÉDICO Y EL DAÑO:** La operación censurada resulta como el acto de mayor probabilidad en la causación del daño irrogado al actor/ **HISTORIA CLINICA:** Se constituye en la prueba reina en los procesos de responsabilidad civil médica

FECHA: Enero 15 de 2018

DEMANDANTE: Jorge Antonio Sánchez Torres

DEMANDADOS: Cafesalud E.P.S. y el Dr. Frank Cure Pérez

Síntesis del caso: La parte actora alega que durante su post-operatorio a una cirugía bariátrica sufrió padecimientos ocasionados por la mala praxis de la intervención quirúrgica realizada por uno de los demandados, situación que le trajo consigo perjuicios de orden material y moral a él y su grupo familiar, que le conllevaron a ser intervenido nuevamente por otro galeno que fue quien restableció sus condiciones de salud.

Extractos: “En el acápite de las pretensiones de la demanda, se precisó por la parte demandante que la causa fáctica de los perjuicios alegados consistía en “...el mal procedimiento médico realizado al momento de practicar el By Pass y que consistió en la mala conexión del intestino delgado”.

Empero no se recaudó en este expediente ningún dictamen médico, ni ningún testimonio técnico que valorando las incidencias anotadas en las historias clínicas del actor pudiere ser analizado por esta Sala de Decisión como sustento de su decisión, la únicas declaraciones con este calificativo son la declaración de parte del médico demandado Frank Cure y del médico Euclides Alberto Villa Mercado, que en su contenido por el contrario tienden a plantear unos supuestos fácticos completamente opuestos a los planteados en el memorial de demanda.

Este último, quien fue parte del equipo médico que intervino en la operación realizada al actor es claro y preciso al afirmar que en esa intervención no se realizó ninguna mala conexión y que la misma se ajustó a los parámetros básicos de tal tipo de cirugía y que el bastón redundante o la extensión del mismo puede ser causado por circunstancias posteriores tales como los hábitos alimenticios del paciente. Aunque se indique que tal testimonio no es completamente imparcial por esa precisa circunstancia de ser parte de ese equipo médico, no hay en el expediente una prueba que controvierta o descarte totalmente lo correspondiente.

La primera operación fue realizada el 22 de junio de 2007 y la segunda el 8 de febrero de 2008, casi 8 meses después.

Aunque se lea por parte de esta Sala de decisión directamente la descripción de la segunda intervención quirúrgica realizada por los médicos Francisco Holguin, Felipe Chaux y Abraham Ganem:

(...) se procede a dividir las adherencias, mencionadas y a explorar el abdomen. Siguiendo el asa eferente de la *supuesta* gastro-yeyunostomía en sentido proximal hacia el "pouch" gástrico, se llega a anastomosis. Se procede a disecar la anastomosis identificando el "bastón" el cual se encuentra redundante, ya que mide de 10 a 12 cms, de longitud y se aprecia "hipertrófico" (Cdn 1 fi. 30 parte central), (...) *en resumen el paciente tenía una gastro- ileostomía con un asa eferente antiperistáltica de 20 CMS hasta la anastomosis ileo-ileal, la cual estaba a 30 cms. de la válvula ileocecal.* (Cdn 1 fi. 30 parte inferior), Con estos hallazgos, se procede a resear la anastomosis gastro-ileal incluyendo el bastón redundante y el asa eferente la cual se resecó a nivel de la ileo-ileostomía la cual se encontró patente y sin signos de obstrucción, por lo cual se preservó (Cdn 1 fi. 30 parte inferior) (...) A continuación se llevó a cabo el bypass gástrico. (Cdn 1 fi. 31 parte superior). (...) se revisa de nuevo el área ileo-ileostomía y el ileon terminal, encontrándose viables y sin sangrado en el área.

Se carece de los adecuados conocimientos profesionales médicos por parte de los integrantes de esta Sala de decisión para poder llegar con toda certeza a la conclusión de que allí se dice que en la primera operación existió una mala conexión con el intestino o que existió algún otro defecto en ella y que indique en forma inequívoca y excluyente que lo apreciado por esos otros dos médicos, casi ocho meses después, tuvo origen en lo realizado por el doctor Cure en su intervención o que no pudo ser causado por otra circunstancia diferente.

Si se aprecia la declaración jurada visible a folio 11 del primer cuaderno de pruebas rendida por José Eugenio Novoa Parra, se advierte que éste indica que los padecimientos específicos del actor se iniciaron luego de un mes de realizada la primera intervención: *‘Inicialmente él estaba muy alegre con la cirugía sin embargo eso le demoró aproximadamente un mes o mes y medio, el empezó con problemas de salud vomitaba muy seguido esto lo hizo como aislarse un poco, ya ni siquiera a la puerta de la calle quería salir.* Por lo que aparentemente, debe advertirse que si bien el actor pudo tener algunas consecuencias iniciales con su operación estas estaban superadas luego que fue dado de alta hasta un tiempo más o menos largo después existiendo un interregno en que no presentó síntoma alguno y estaba "feliz" con el resultado de la operación.

Sin que haya ningún medio probatorio técnico que indique en cuanto tiempo luego de una operación de By Pass podrían aparecer los síntomas de las deficiencias que pudieran haberse presentado al interior de la misma.

Que el demandado hubiera indicado en su declaración la existencia de un posible bastón prominente y de su corrección quirúrgica no implica una confesión de que tal evento fue causado por una mala praxis de este médico.

Razones por las cuales esta Sala de Decisión concluye que en este caso en particular no está acreditada con certeza y precisión una relación causal existente entre la intervención quirúrgica realizada por el doctor Cure al demandante Jorge Sánchez y los padecimientos sufridos por este, con base en los cuales reclama la indemnización correspondiente, por lo que se procederá a absolver a este demandado de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que si se llega a la conclusión de que la parte demandante no cumplió con su carga de la prueba, no es pertinente pronunciarse sobre las excepciones."

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO de la Magistrada Dra. Carmiña Gonzalez Ortiz, aquí sus planteamientos más relevantes:

"... al haberse absuelto al Dr. FRANK CURE PÉREZ, médico adscrito a la demandada CAFESALUD EPS S.A. relación de la cual surge la solidaridad a que nos hemos venido refiriendo, ineludiblemente, dicha absolución conlleva a la decisión en igual forma de absolver a la demandada CAFESALUD EPS S.A., ya que ésta debe responder ante la mala praxis del médico adscrito, y al no haberse demostrado por parte del demandante el error en que incurrió el Dr. FRANK CURE PÉREZ, no existe razón valedera para que dicha entidad responda por unos perjuicios que no ocasionó el mentado Dr. FRANK CURE PÉREZ, por tanto, la decisión debió ser de absolver a los demandados.-

La Sala Mayoritaria en este caso, Dres. ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES y ABDÓN SIERRA GUTIERREZ, declaran no probadas las excepciones de mérito planteadas por CAFESALUD EPS S.A. y la declaran responsables de los perjuicios causados al demandante JORGE ANTONIO SÁNCHEZ TORRES y la condenan a pagar unas sumas de dinero, cuando se absolvió al Dr. FRANK

CURE PÉREZ, persona quien realizó, la intervención quirúrgica, teniendo en cuenta para ello, que dicha entidad había presentado recurso de apelación, el cual fue declarado desierto, lo cual no es razón suficiente para ello en este caso puntual, ya que el surgimiento de la responsabilidad de CAFESALUD EPS S.A. depende de la declaratoria de responsabilidad del Dr. FRANK CURE PÉREZ, y como quedó determinado en esta providencia, el mismo fue absuelto de toda responsabilidad, por lo que no surge responsabilidad alguna a cargo de CAFESALUD EPS S.A., por lo que consideró que debió absolverse de las pretensiones de la demanda a todos los demandados."

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL del Magistrado Dr. Abdón Sierra Gutierrez, aquí sus planteamientos más relevantes:

"Sostiene la sala mayoritaria que la razón para revocar la sentencia venida en alzada es la ausencia de la demostración del presupuesto vinculo causal, como se hace constar en el acta levantada el día 8 de diciembre de 2007, entiendo por tal, que no está demostrada la relación entre el acto médico efectuado por el médico Cure, demandado, y el daño reclamado por el demandante.

Respecto de él se ha entendido que su naturaleza es ontológica, es decir, que su estructuración deviene de que el daño reclamado y demostrado que padeció la víctima pudo tener **con mayor probabilidad**, como causa el actuar de los médicos que intervinieron en el procedimiento denominado baypass (demostrado como único procedimiento realizado al demandante), para lo cual, si los demandados querían exonerarse de responsabilidad debían demostrar que existió una causa diferente que en relación de causalidad, generó dichos padecimientos, lo que evidentemente no existe en el plenario.

La posición mayoritaria al discurrir lo referente al vínculo de causalidad, alega que tal relación, entre la conducta del demandado y el daño reclamado debía ser probado en un nivel de certeza, lo cual, no es aplicable en ningún caso de valoración probatoria y mucho menos en lo referente a la responsabilidad médica, dado lo aleatorio de la respuesta del cuerpo humano a las diversos medicamentos y procedimiento que se le realicen.

(...)

El argumento básico de la Sala mayoritaria para no encontrar probado el vínculo causal en el presente proceso de responsabilidad médica es que está vedado para el funcionario judicial la interpretación de la historia clínica, argumento que trae el apelante, ello, con apoyo que en providencia anterior los integrantes de la Sala mayoritaria habían suscrito una sentencia donde expresaba que el juez no podía interpretar la epicrisis por carecer de los conocimientos científicos para ello, con lo cual no está rotundamente de acuerdo el suscrito (...).

(...)

Sostener la tesis planteado por la mayoría de la Sala es condenar en términos absolutos a las víctimas al fracaso de su pretensión, dado que es la historia clínica la prueba reina de la responsabilidad civil, lo cual, es totalmente contrario a la tendencia moderna del derecho, de proteger primero y por encima de todo, a las víctimas de todo tipo de agresión de los entes de poder.

DECISIÓN: Modifica sentencia de primera instancia para absolver al médico tratante y declara no probadas las excepciones de la EPS declarándola civilmente responsable. Condena al pago de perjuicios morales y por vida de relación a favor del actor.

M.S: GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO

Radicación: 08-001-31-10-001-2008-00070-01 / Número Interno: 0048-2017F

TEMA: LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGAL: Recompensas- Falta de inclusión de aquellos bienes vendidos por uno de los cónyuges/ **TEORÍA DEL ANTIPROCESALISMO O DE LOS AUTOS ILEGALES-** Sólo es posible aplicarla de manera restrictiva/Reiteración Jurisprudencial/ **DILIGENCIA DE INVENTARIOS Y AVALUOS-**Adquiere firmeza una vez se resuelvan las objeciones en caso de haberse presentado/Intangibilidad de esta decisión judicial.

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

FECHA: Enero 12 de 2018

DEMANDANTE: Jacqueline Bayter López

DEMANDADO: Martín Ocando Moreu

Síntesis del caso: En el presente caso la parte actora que se incluyan a modo de activos imaginarios el producto de la venta de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal disulta pero no liquidada.

Extractos:

“Descendiendo al estudio concreto del asunto, se tiene que la parte apelante soporta su ataque, en que, no se incluyeron de ningún modo los activos imaginarios que resultan de la venta de los bienes que presuntivamente vendieron los cónyuges que conformaron la sociedad conyugal.

Pues bien, estudiado el expediente, se puede ver a folios 73 y 74, que la audiencia de inventario y avalúos, que se llevó a cabo el 20 de octubre de 2016, a la cual compareció la apoderada judicial de la parte activa, hoy recurrente y en ella, solo declaró la existencia de una única partida en el acápite activos, que corresponde al inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria n°. 040-278209 por valor de \$11.424.000.00 M/L.

En dicha diligencia, la mencionada profesional tomó el uso de la palabra y manifestó que no existen pasivos para inventariar, seguido a lo cual, la juez a quo aprobó el inventario y decretó la partición, designando a una auxiliar de la justicia que presentaría tal trabajo, para el cual, le otorgó el término de cinco días.

Pues bien, es cierto que de acuerdo con el artículo 1803 del Código Civil, los cónyuges deben recompensas a favor de la sociedad conyugal, por las erogaciones que ya sea, gratuita u onerosamente, hubiere realizado en favor de terceros que no sean descendientes comunes.

Tal norma encuentra refuerzo en el inciso segundo del numeral 2, del artículo 501 del Código General del Proceso, según el cual, *“En el activo de la sociedad conyugal se incluirán las compensaciones debidas a la masa social por cualquiera de los cónyuges o compañeros permanentes, siempre que se denuncien por la parte obligada o que esta acepte expresamente las que denuncie la otra y los bienes muebles e inmuebles aportados expresamente en las capitulaciones matrimoniales o maritales. En los demás casos se procederá como dispone el numeral siguiente.”*

De conformidad con lo anterior, si uno de los cónyuges enajena un bien social, lógico es que a su cargo y en favor de la sociedad conyugal, se genere la obligación de compensar la extracción de ese activo, de modo que, sea posible incluirlo como un activo imaginario.

No obstante, la oportunidad prevista por el legislador para agotar todos los aspectos relacionados con los emolumentos que formen el acervo a liquidar, es la audiencia de inventario y avalúos, regulada en el mentado artículo 501 del CGP.

Audiencia dentro de la cual, prevé la norma, cabe la posibilidad de formular objeciones que dan lugar a la suspensión de la diligencia para recabar, aportar y practicar pruebas tendientes a demostrar la oposición, y luego, se decida si hay lugar o no a ellas.

Incluso, el artículo 502 del CGP, prevé la posibilidad de presentar inventario adicional para efectos de incluir partidas que se hubieren dejado de inventariar, el cual se aprueba o desaprueba previo traslado a la parte contraria para la garantía de su derecho de defensa.

No obstante lo anterior, la parte recurrente se abstuvo de promover esos mecanismos previstos para inclusión de tales activos imaginarios, de modo que, en su escrito de apelación, ahora se limita a reprochar la decisión objeto de alzada con el argumento de la ilegalidad de la providencia proferida en audiencia de octubre 20 de 2016, por medio de la cual se aprobó el inventario.

(...)

Sobre tal es preciso decir, que la declaración de ilegalidad de las providencias corresponde a la teoría de los “autos fallidos” desarrollada por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, lo que, habiendo denominado esta última como teoría del antiprocesalismo, se ha constituido como una excepción fundada a la irrevocabilidad de autos, cuando estos son manifiestamente ilegales, a fin que los mismos no cobren ejecutoria, de manera

tal, que el operador judicial no se encuentra atado al mismo, ni obligado a incurrir en una cadena de desatinos procesales, por cuenta de dicha providencia.¹

Es así, como en auto de febrero 9 de 2017², la Sala de Casación Civil, reiterando su tesis, invocó lo señalado por la Corte Constitucional, en el sentido que, de aplicarse aquella, debe atender a *“criterios eminentemente restrictivos, pues de no ser así, so pretexto de enmendar cualquier equivocación, el operador jurídico puede resultar modificando situaciones jurídicas constituidas de buena fe respecto de terceros con fundamento en las providencias judiciales y desconociendo con ello normas de orden público, así como el principio de preclusión de las etapas procesales”*³.

Tal, como se ha dicho entonces, ésta es una figura de aplicación excepcional, discrecional y oficiosa por parte del juzgador, que únicamente puede emplear en autos que sean **manifiestamente ilegales**.

Pues bien, observadas tanto la providencia objeto alzada como el auto aprobatorio del inventario proferido en audiencia de octubre 20 de 2016, no se observa que éste último comporte un vicio burdo, tosco y agravante atribuible a la administración de justicia, que amerite la aplicación de la teoría del antiprocesalismo, pues incluso, obedece a la desatención y desidia de la parte demandante en la diligencia antes mencionada.

Se agrega en este punto, que tampoco es dable que luego de la aprobación del inventario y decreto de la partición, el proceso se retrotraiga para enmendar errores atribuibles a las partes, pues incluso, la Corte Suprema de Justicia ha decantado la imposibilidad de sustituir o modificar el inventario cuando ya el proceso ha avanzado a las etapas posteriores.

En términos del máximo Tribunal, *“...es un hecho incontrovertible que, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 608 del C. de P. Civil, una vez aprobado el inventario y los avalúos, el juez decreta la partición y nombra o aprueba el partidor designado, según sea el caso; y también lo es, conforme a jurisprudencia reiterada de esta Corporación, que el inventario que ha sido debidamente aprobado es la insustituible premisa que debe observar el partidor para elaborar el trabajo que se le encomienda; a ellos, pues, tal como fueron conformados, debe estarse el partidor.”*⁴

DECISIÓN: Confirma providencia apelada.

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 28 de 1979 MP. Alberto Ospina Botero; Sentencia No. 286 del 23 de Julio de 1987 MP. Héctor Gómez Uribe; Auto No. 122 del 16 de junio de 1999 MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss; Sentencia No. 096 del 24 de mayo de 2001 MP. Silvio Fernando Trejos Bueno, entre otras.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Auto AC969-2017 de febrero 9 de 2017. Radicación n°. 11001-31-03-044-2011-00465-01. MP: Ariel Salazar Ramírez.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1274 de 2005. MP: Rodrigo Escobar Gil

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia adiada marzo 2 de 2005. Expediente n°. 3422. MP: Silvio Fernando Trejos Bueno. Reiterada por la sentencia de diciembre 16 de 2011, radicada bajo el n°. 18001-22-14-000-2011-00012-01. MP: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

M.S: LUZ MYRIAM REYES CASAS

Radicación: 080013153009-2015- 00066-01 / Número Interno: 40.811

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMA: **RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ORTOPEDISTA**-En el caso concreto no existe por haber demostrado que actuó con diligencia y prudencia en la intervención quirúrgica censurada/ **RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS EPS - IPS IPS**- Inexistencia por haberse demostrado una eficiente y adecuada prestación del servicio y de los trámites administrativos pertinentes/ **RESPONSABILIDAD DEL DISTRIBUIDOR Y COMERCIALIZADOR DE INSUMOS MÉDICOS**- Se les traslada la carga de efectuar las explicaciones correspondientes acerca de la durabilidad y soporte de la piezas metálicas utilizadas en la intervención quirúrgica, dado que es la actividad económica a la cual se dedican permanentemente/ **MATERIAL DE OSTEOSÍNTESIS**- Les asiste responsabilidad directa respecto a la calidad del producto, no sólo frente a la certificación del INVIMA, sino al adecuado funcionamiento y servicio a la salud humana/**REGLA DE ALIGERAMIENTO PROBATORIO**- “*RES IPSA LOQUITUR*: Las cosas hablan por sí solas”, cuya apreciación se advierte del deterioro ostensible del acero utilizado en el material de osteosíntesis

FECHA: Enero 23 de 2018

DEMANDANTE: Paola Maria Cantillo Navas y Valentina Camargo Cantillo

DEMANDADOS: Clinica Atenas, Aliansalud E.P.S, Enrique Camilo Martinez Lacouture, Tecnitrauma S.A y Otros

Síntesis del caso: La parte actora manifiesta que el material de las “*platinas y tornillos*” usado en la intervención quirúrgica de reparación de la “*fractura de tobillo, tibia y peroné*” a ella realizada, era de mala calidad, lo que le produjo una serie de secuelas en el tratamiento posterior a dicha intervención; circunstancia que, según su decir, fue causada por la omisión o negligencia de las entidades demandadas.

Extractos:

“En ese orden de ideas, es claro que el hecho generador de la afectación del demandante, es la ruptura de las platinas y tornillos empleados en la cirugía “*...trimaleolar de tobillo derecho...*” por parte del doctor Enrique Camilo Martínez, durante la intervención efectuada el 7 de septiembre de 2012 dentro de las instalaciones de la Clínica Atenas; a más que es la inconformidad del reclamante frente al comportamiento de los opositores.

Siguiendo dicho rumbo, en ese instante el galeno contradictor dijo haber llevado a feliz término la cirugía sin ninguna dificultad, como puede verse en la historia Clínica (fl.30 cdo ppal) y según su dicho en el interrogatorio absuelto en primera instancia, dio todas las explicaciones tendientes a comprender el procedimiento empleado, en el que por la magnitud de la herida propuso primeramente “*una reducción*” y posterior “*osteosíntesis*” con los materiales

criticados. Por supuesto, el referido galeno es una persona experta en el tema tal como se aprecia en su hoja de vida (fls. 98 a 111), con muchos años de experiencia en el tópico, lo que dejaría observar su pericia y conocimiento, convirtiéndose en testigo técnico del asunto; las ilustraciones dadas por el citado médico, no fueron desdibujadas o desvirtuadas; por el contrario, el procedimiento anotado fue ratificado en la experticia allegada por Tecnitrauma S.A (fls. 13 a 14 Contestación de Tecnitrauma)

Es más, en la mentada diligencia puede observarse la forma coherente y razonable como se expresa el doctor Martínez (min 40:00 audiencia inicial) es contundente y seguro en su dicho, sin titubear, lo que permite generar credibilidad en su testimonio; siendo más precisos, según puede consultarse en este tipo de procedimiento con una *"triple fractura"* de entrada es diáfana la gravedad del asunto, que requería indudablemente una consolidación de huesos, y lo mejor en ese caso era la utilización de elementos metálicos que los fijaran nuevamente y se recuperaran.

Como es obvio, el mencionado profesional convencido de la idoneidad de los productos que le proporciona la Clínica en la cual labora, emplea dichos medios para desarrollar la reparación de los tejidos y huesos dañados, sin que luzca razonable que éste haga un estudio técnico pormenorizado de los elementos a su cargo; pues ya dicho tamiz ha debido ser agotado por la entidad adquirente; luego, lo propio era continuar con el procedimiento que ya había adelantado, disponiendo las medidas pertinente para su uso en la paciente Cantillo Navas. Recordemos que el cirujano es ortopedista y traumatólogo, pero en modo alguno es fabricante de las piezas utilizadas, de las cuales a primera vista pueden estar perfectas pero con su uso resultaron lesivas para la salud de la actora.

Así, la conducta adelantada por el médico encartado se encuentra respaldada en sus conocimientos del área asignada y años de experiencia, que abrieron paso a la cirugía, era tan viable dicho procedimiento que el segundo galeno revisor Dr. Iván Donado, según lo ratifica el relato de la propia de reclamante, en ningún momento dijo que la intervención era incorrecta o desajustada dado que solo se refirió a la calidad de los metales aprovechados. De tal suerte, es ostensible la ausencia de responsabilidad del aludido médico.

Ahora bien, en punto de la E.P.S censurada es claro que es reiterativa en manifestar que brindó todos los trámites administrativos con miras a que fuese atendida la demandante, lo que en efecto ocurrió por cuanto en la Institución Atenas como en la IPS Bienestar, no hubo inconveniente en la prestación de los servicios que requirió, ni tampoco se hizo alusión a demora en dicha asistencia.

Palmariamente, en lo tocante a la atención en salud, no brota conducta omisiva, negligente o desidiosa por parte de la E.P.S Aliansalud, la cual está encargada de suministrar los correspondientes servicios a través de su red de contratistas, en este caso, la I.P.S cuestionadas (contestación Aliansalud E.P.S fls. 39 a 56 -contratos de prestación de servicios-); pues según la historia clínica allegada siempre que acudió a los aludidos contratistas puede divisarse el oportuno cuidado, ni hubo retardo frente a la afiliación a la mencionada E.P.S; además sobre ello no hay ningún reparo de la gestora; entonces, no surge incidencia causal de esa Empresa Promotora de Salud, lo que de contera deja desprovisto de título de imputación frente a ésta, despachándose desfavorablemente su compromiso.

De cara a la Clínica Atenas, incontestablemente, fue el recinto dispuesto para todas las operaciones correspondientes, contaba con la planta de médicos, especialistas, tecnología, enfermeros, insumos hospitalarios, y demás a la vanguardia de aquella época, como lo reconoció el galeno Enrique Camilo Martínez y el representante de la aludida institución. Obviamente, ésta última fue la encargada de proporcionar toda la materia prima y servicios a aquél, con miras a desplegar la operación.

En esa labor, la citada Clínica reconoció en audiencia que adquirió con Tecnitrama un grupo de los metales para implantar en estas situaciones, así como también con otros proveedores realizaba transacciones comerciales. Así, mediante su directivo dio a entender que tenían una junta interna de médicos que aseguraba la viabilidad de las compras de dichos materiales, lógicamente, éstas personas no son expertos en la sustancia componente de las ayudas de osteosíntesis.

Siguiendo la idea, en principio un examen de la calidad de los productos sería fácil dado que se encontraban certificados por el Invima, como dejarían ver los documentos obrantes a folios 17 a 19 de la contestación de Tecnitrama S.A, y no habrían tenido problemas con los mismos en pretéritas ocasiones; como puede apreciarse es un filtro o evaluación viable de efectuar que no arrojaría mayores preocupaciones; siendo utilizados los materiales de forma indiscriminada partiendo de la presunción de calidades que le otorga el Invima a todos esos elementos y la buena fé en su utilización, lo que va ligado, a facilitárselo al médico ortopedista.

Bajo ese contexto, la Clínica sí contaba con una estructura interna que tomaba decisiones en torno a las compras de esta modalidad de insumos, no obstante, para efectos de verificación de calidad, la experiencia indica que el personal médico puede tener unos conocimientos administrativos y revisar las constancias de la autoridades respectivas –INVIMA- y así poder partir de la existencia de un elemento en óptimas condiciones. No puede pretenderse que

sean peritos en metalúrgica, ni nada que se le parezca; desde luego, su examen no podría pasar tales márgenes; visto así, carecería de responsabilidad en esa serie de sucesos trágicos.

Ahora bien, en esa cadena de hechos surge trascendental las características de las piezas insertadas durante la primera cirugía materializada a la promotora, es decir la “*platina y los tornillos*”, cuyo suministro es atribuido a la sociedad Tecnitrauma S.A, que a su vez llamó en garantía a Osteonorte S.A, por ser su proveedor.

De esta manera, indiscutiblemente los materiales aquí empleados son de acero, como puede verse de las facturas aportada por Tecnitrauma S.A dirigidas a la Clínica Atenas (fls. 15 a 16 cdo excepciones de Tecnitrauma) , que pese a pregonar la ausencia de su utilización, la sociedad Atenas indicó que aquella sí es uno de los establecimientos que se los proporciona lo que se corrobora con datos más específicos como las facturas expedida por Osteonorte S.A en la que inclusive fueron señalados los datos de identificación de la paciente Paola Cantillo, el Doctor Martínez y Tecnitrauma (fl. 20 íbidem y fl. 5 cuaderno de llamamiento en garantía a Osteonorte), lo que permite plantear el empleo de los mismos materiales adquiridos en la intervención tantas veces criticada.

Puestas así las cosas, es dable propugnar la falta de calidad del material empleado, pues de haberse tratado del acero destinado para estos propósitos, en esos eventos no se hubiese fracturado; pues los mismos representantes de Tecnitrauma S.A reconocen que no entienden como se rompió, siendo ellos, quienes mejor conocen el material; por lo que se les traslada la carga de efectuar las explicaciones correspondientes acerca de la durabilidad y soporte de la piezas metálicas, dado que es la actividad económica a la cual se dedican permanentemente (fl. 17 reverso cuaderno principal), entonces, no queda duda que tienen la capacidad de dar todas las explicaciones técnicas necesarias a fin de esclarecer los motivos del funesto. Obviamente, todo esas definiciones de la mano de su suministrador original, Osteonorte S.A, sociedad que también desarrolla en idéntica forma los negocios comerciales relacionados con “...compra, venta, comercialización de insumos (...) material de osteosíntesis...”.

De esta manera, ellos gozaban de mejores condiciones para entender o comprender el asunto cardinal y no echar de menos su conducta probatoria, lo que luce omitido sin altercado alguno, asumiendo las posibles deducciones a haya lugar. Por supuesto, estas dos empresas tendrían la responsabilidad directa en la calidad del producto, pues no es solamente la circunstancia de estar certificados por el Invima, sino que su material vendido funcione adecuadamente y preste su servicio integralmente, sobretodo que no cause daño a vidas humanas. Además, el proceso está desprovisto de circunstancias

adicionales que desdibujen el origen del hecho dañoso, como fue la implantación de los tornillos y platinas –expresado por la recurrente y de conocimiento por el médico Martínez quién dialogó con el Doctor Donado, según el interrogatorio-, ni se evidencian culpas de otros sujetos, en consecuencia, la “mala calidad” de las piezas metálicas de acero es atribuible a las citadas compañías.

Claramente, en este asunto emerge indispensable acudir a la teoría del *res ipsa loquitur*, es decir, que las cosas hablan por sí mismas lo que generará un acercamiento o aligeramiento probatorio entre el daño y la imputación, en tanto surge irrazonable que unas piezas de acero como las analizadas, se dañaran tan fácilmente conllevando a una nueva reparación, con los consabidos traumas que irrigan a cualquier persona; en este punto hay que hacer hincapié, pues no se acreditó que sea otra causa sino la mencionada ruptura material la que condujo a toda la problemática.

Sobre ello, hay que acotar la resistencia del acero es ampliamente conocida, inclusive, es fuente de soporte para construcciones, armas, repuestos de automotores, cables, maquinaria, entre otros, claramente no es un secreto su fortaleza. Lo que a lo largo de los años ha sido considerado uno de los metales con mayor solidez generándole seguridad a los que lo emplean.”

DECISIÓN: Revoca la decisión de primera instancia. Condena a Tecnitrauma S.A. al pago de los perjuicios morales a favor de las actoras. Ordena que las sumas pagadas sean reembolsadas por Osteonorte S.A. (llamado en garantía)

SALA LABORAL

M.S: Dr. ARIEL MORA ORTIZ

Radicación: 08-001-31-05-013-2015-00538-01 / Número Interno: 58400

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia y grado jurisdiccional de consulta

TEMAS: RELIQUIDACION PENSIONAL- No fue materia expresamente abordada por el Juez que reconoció el derecho pensional/ **COSA JUZGADA:** No se reúne el requisito de identidad de objeto para que pueda predicarse la existencia de esta figura procesal

FECHA: Febrero 27 de 2018

DEMANDANTE: Jose Mario Montoya

DEMANDADO: Colpensiones

Síntesis del caso: Se estudia aquí, si al demandante le asiste o no el derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, la cual le fuese reconocida a través de sentencia judicial por el valor del salario mínimo legal, motivo por el que deberá abordarse si ésta hace tránsito a cosa juzgada frente a esa pretensión.

Extractos:

“Es un supuesto fáctico no discutido que el demandante instauró una primera demanda en contra del extinto ISS, hoy Colpensiones, a través del cual solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez regulada por el Decreto 758 de 1990, a partir del 23 de julio de 2010, junto con las mesadas adicionales e intereses moratorios (fls. 41-46), correspondiéndole al Juzgado Doce Laboral de Circuito de Barranquilla, el cual a través de sentencia del 25 de enero de 2012, condenó a la pensión de jubilación por aportes de la ley 71 de 1988, a partir del 5 de noviembre de 2007, en cuantía del salario mínimo legal para la época, con los intereses moratorios desde el 23 de noviembre de 2010 hasta cuando se verificase el pago, según se constata en Cd de audio y en la Res. No. GNR 369406, que dio cumplimiento administrativo al mismo (fls. 8-9).

En el presente proceso, el mismo sujeto activo llamó a juicio a la misma entidad, para que se le condene a reliquidar la pensión de jubilación por aportes que se le reconoció judicialmente, teniendo en cuenta el promedio actualizado de los ingresos base de cotización de los últimos 10 años.

Por lo anterior, se impone como cuestión de primer orden, analizar el fenómeno de la cosa juzgada.

Ya se sabe que la institución de la cosa juzgada tiene como finalidad asegurar la intangibilidad de las decisiones judiciales como un componente indispensable para la seguridad jurídica, que desde luego, no sería tal si los conflictos resueltos por los jueces pudieran replantearse una y otra vez. Sin embargo, la existencia de ésta requiere la concurrencia de los requisitos establecidos en nuestra normativa adjetiva civil, cuales son: la identidad de partes; la identidad de objeto e identidad de causa.

La identidad de partes, es un requisito objetivo de fácil verificación, por lo que en el caso concreto, sin duda se satisface, pues demandante y demandada son los mismos en ambos procesos. En lo que tiene que ver con el segundo requisito, es decir; la identidad de objeto, no es tan objetivo como el anterior y requiere en todo caso, que el juzgador analice minuciosamente al petitum de ambas demandas para deducir si en realidad en ambos procesos se persiguen las mismas pretensiones y, finalmente, en lo que hace a la identidad de causa, se exige que esas pretensiones tengan su fundamento en un mismo fenómeno causal o una misma fuente normativa o fáctica.

Sin embargo, la doctrina distingue un requisito adicional que puede considerarse implícito en los dos últimos requisitos tradicionales: que en la primera sentencia se haya procedido al análisis del fondo de las pretensiones propuestas.

En efecto, si bien en el primer proceso el reconocimiento y pago de la pensión fue parte del petitum de la demanda, lo que naturalmente debía incluir

también lo relativo al monto de aquella, lo cierto es que el demandante no suministró ningún elemento de juicio que permitiera resolver ese particular aspecto del derecho, ni tampoco expresamente solicitó un determinado monto, pues se limitó a pedir la pensión de acuerdo con el decreto 758 de 1990.

De esta manera, el juez debió desplegar algún mínimo de actividad probatoria si quería abordar este contenido del derecho. Sin embargo, no lo hizo y sin ningún análisis ni consideración se limitó a establecer como valor de pensión el equivalente a un salario mínimo, sin que se observe dentro de las motivaciones del fallo ninguna argumentación plausible acerca del porqué el valor de la pensión correspondía a este valor.

De este modo, resulta evidente que lo relativo al monto de la pensión no fue objeto de decisión y resolución en el primer proceso, no porque no se hubiere establecido en éste algún valor de pensión, pues ya se sabe que lo fue en el salario mínimo legal, sino porque respecto de tal conclusión no existe ningún análisis del juez respecto de las razones que conllevaron su imposición en esa cuantía. Por elementales razones, tampoco hizo parte de lo decidido en el primer proceso, los aspectos del derecho concerniente al IBL.

Así las cosas, se concluye por la Sala que lo relacionado con el monto de la pensión y el ingreso base de liquidación de la pensión no fueron aspectos del debate procesal expresamente abordados por el juez de la causa anterior y, por consiguiente, no se satisfacen a plenitud los requisitos de la cosa juzgada, en la forma como lo hemos analizado en precedencia. El criterio anterior, armoniza el principio adjetivo frente a la prevalencia del derecho sustancial y, particularmente, el derecho fundamental a la vida digna, que incluye sin duda, el de percibir una pensión que responda al esfuerzo realizado en toda la vida laboral productiva del afiliado, mediante el ajuste de su valor de acuerdo con los salarios sobre los cuales sufragó los aportes al sistema.

(...)

Superado lo anterior, la Sala pasa a determinar cuál es el monto pensional que por reliquidación le corresponde al demandante. Para tal efecto, es de tener en cuenta que la calidad de beneficiario del actor del régimen de transición del art. 36 de la ley 100 de 1993 quedó determinada en la sentencia dictada por el Juzgado 12 Laboral de Barranquilla, mediante la cual se declaró el derecho a la pensión de jubilación por aportes en su favor.

Tampoco es materia de cuestionamiento que nació el día 5 de noviembre de 1947 (fl. 12), por lo cual es obvio, por un lado, que la edad de 60 años la alcanzó el 5 de noviembre de 2007 y, por otro, que al 1º de abril de 1994 le faltaban más de 10 años de edad para adquirir el derecho. De esta forma, lo relativo al Ingreso Base de Liquidación - IBL de la pensión de jubilación, se sigue por lo normado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, cuyo tenor literal reza:

“Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo”.

Realizados los cálculos matemáticos del promedio de los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, atendiendo los reportes de semanas que corren a folios 14 al 18 y 34, el IBL obtenido por la Sala es de **\$1.991.497,17**, que al aplicarle la tasa de reemplazo del **75%** da como valor de pensión la suma de **\$1.493.622,88**, inferior a la hallada por la Juez en la sentencia de primer grado, esto es, a la cifra de **\$2.103.237**. En consecuencia debe modificarse la decisión en lo pertinente.

En lo atinente a la excepción de prescripción propuesta por la demandada, lo cual fue motivo de recurso de apelación por la parte activa, es sabido que el derecho a la pensión es imprescriptible, pero las mesadas causadas no cobradas en tiempo, así como los reajustes, si están afectos al fenómeno de la prescripción, en los términos contemplados en los arts. 488 del CST y 151 del CPTSS. De este modo, si bien la pensión no es un derecho prescriptible, lo que incluye sin duda el monto de ésta, si lo son las diferencias resultantes de la reliquidación. En este orden de ideas, la revisión o reliquidación puede solicitarse en cualquier tiempo, pero solo hay lugar al pago de las diferencias que no se encuentran afectadas por la prescripción (SL 8544-2016, SL-4222-2017, entre otras).

Por consiguiente, teniendo en cuenta que la reliquidación fue solicitada el 07 de octubre de 2015 (fl. 10), sin que Colpensiones hubiere dado respuesta a esa solicitud, que la demanda se radicó el 07 de diciembre de 2015, conforme a las reglas señaladas, se encuentran prescritas todas las diferencias causadas y exigibles con anterioridad al 7 de octubre de 2012. Ahora bien, en cuanto al argumento del demandante de tener como fecha para la prescripción el de cumplimiento de la sentencia por cuanto solo a partir de entonces podía solicitar la reliquidación, la Sala no lo considera un argumento atendible por las siguientes razones: En primer lugar, por cuanto ya se dijo que lo atinente al monto de la pensión no fue objeto de decisión en el primer fallo anotado y fue este el motivo por el cual no se declaró la excepción de cosa juzgada. En tal virtud, el cumplimiento de la decisión solo comprometía los aspectos del derecho definidos en el fallo y no aquellos que por una moderación del principio de cosa juzgada se han entendido excluidos de éste. En segundo lugar, a nadie le es lícito beneficiarse de su propia incuria. Se dice lo anterior, por cuanto en realidad el demandante pudo evitar la reliquidación que ahora

se define si hubiere apelado de la decisión, cuestión que no hizo. En consecuencia, para los efectos de la prescripción deben seguirse las reglas generales, por lo que la solicitud de reliquidación radicada por el demandante solo pudo interrumpir las diferencias de mesadas causadas dentro de los 03 años anteriores a esta, en la forma como ya quedó explicado.

Sobre el número de mesadas, vale precisar que, como quiera que la pensión de jubilación por aportes fue reconocida inicialmente por el valor del salario mínimo del año 2007, es notable que le asistía el derecho a 14 mesadas, como así lo fijó la Juez en el primer debate; no obstante lo anterior, al reliquidarse la pensión en un valor superior, deben atenderse los lineamientos previstos por el acto legislativo 01 de 2005, cuyo inciso 8º, consagró que **“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año”**, salvo que para quienes teniendo derecho a una **“una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”**, conforme al parágrafo transitorio 6º. Siendo lo anterior así, se debe ordenar solamente el pago de 13 mesadas pensionales en favor del demandante, por cuanto su mesada reliquidada al año 2007 sobrepasa los 3 smmlv de esa época.

Luego entonces, el retroactivo de las diferencias pensionales causadas desde el 7 de octubre de 2012 hasta enero de 2018, a razón de 13 mesadas, asciende a la suma de **\$98.098.645,01**, respecto del cual deberá ordenarse de manera oficiosa y por virtud del grado de consulta en favor de Colpensiones los descuentos por salud con destino a la EPS donde se encuentra afiliado el actor, advirtiéndole que deberán hacerse sólo sobre las diferencias de las mesadas ordinarias. Pero, también es cierto que con el incremento sustancial del monto de la pensión por ocasión de su reliquidación, el demandante debe reintegrar las sumas devengadas en exceso por concepto de mesada adicional de junio durante los años 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017, cuyo monto de acuerdo con el valor de la pensión que venía percibiendo en cada una de estas anualidades asciende a \$3.277.021, suma que se autoriza deducir del retroactivo a cancelar. Igualmente, deberá deducirse el valor de las que en lo sucesivo se causen hasta la inclusión en nómina de pensionados de la mesada reliquidada.”

DECISIÓN: Modifica decisión. Reajusta mesada. Condena al pago de retroactivo. Confirma en lo restante la providencia censurada.

TIPO DE PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA Y CONSULTA

TEMAS: FUERO SINDICAL- Reintegro de miembro de Junta Directiva del Sindicato que estaba vinculado como Asesor nombrado en provisionalidad de la Planta Global de la Administración Central Distrital/ **EMPLEADO DEL NIVEL ASESOR-** No tenía la representación del empleador frente a los trabajadores/ No requería el trámite especial de permiso ante el juez del trabajo/ **COMPENSACIÓN-** No se reúnen los presupuestos como modo de extinguir las obligaciones

FECHA: Febrero 21 de 2018

DEMANDANTE: Olinda Martínez Floréz

DEMANDADO: Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla

Síntesis del caso:

En el presente asunto la parte actora aduce que al momento de la desvinculación de su cargo, se encontraba amparada por la garantía del fuero sindical como miembro de la junta directiva de la organización sindical "SINSEPUIDB", y por tanto, no podía retirarse del empleo sin previa autorización del juez del trabajo, razón por la cual instaura acción de reintegro.

Extractos:

"Descendiendo al caso sub-examine, en el plenario se encuentra acreditado que la demandante al momento de darse por terminado su nombramiento mediante Decreto 521 de 2.014⁵, desempeñaba el cargo de "Asesor Código y Grado 105-01", del cual fue nombrada por medio del Decreto 1022 de 2.013⁶ en "provisionalidad" y en cumplimiento de la sentencia del 4 de julio de 2.012 emanada del Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Barranquilla, que ordenó su reintegro en "provisionalidad" bajo la condición que el mismo "no podrá exceder de 6 meses, con la posibilidad de la prórroga en los términos señalados en el parágrafo transitorio del artículo 8º del Decreto 1227 de 2.005"⁷, cargo que según el manual específico de funciones y competencias laborales de la Administración Central Distrital de la demandada que milita en el expediente⁸, es del nivel Asesor, cuya dependencia es la Secretaría de Hacienda, teniendo como Jefe inmediato al Gerente de la Gerencia de Administración Tributaria, y tiene como funciones esenciales, las de:

“1. Asesorar a las directivas de la administración distrital en la formulación, la coordinación y la ejecución de las políticas y los planes generales de su área de trabajo.

2. Asesorar en la coordinación y ejecución del plan de cobro a los contribuyentes de los impuestos a cargo, de acuerdo a la normatividad vigente.

⁵ Folios 17 y 191 a 192.

⁶ Folio 186 a 188.

⁷ Ver folios 204 a 217, en especial 217.

⁸ Folios 189 a 190.

3. Absolver consultar, prestar asistencia técnica, emitir conceptos y aportar elementos de juicio para la toma de decisiones relacionadas con la adopción, la ejecución y el control de los programas propios de su área de trabajo.
4. Impartir instrucciones técnicas y procedimentales para la ejecución de las tareas propias del grupo o equipo de trabajo que se le asigne...
5. Contribuir en la implementación técnicas de negociación que faciliten el cobro, así como técnicas de investigación de bienes para cumplir con los procedimientos de embargo y remate de bienes, si es necesario.
6. Ejercer el control y monitoreo sobre los servidores que efectúen procesos a su cargo...
7. Asistir y participar, en representación del Distrito, en reuniones, consejos, juntas o comités de carácter oficial, cuando sea convocado o delegado.
8. Preparar y presentadas los informes sobre las actividades desarrolladas, con la oportunidad y periodicidad requeridas.
9. Contribuir con el diseño e implementación del Sistema de Gestión de Calidad y MEIC, en la Alcaldía Distrital...
10. Las demás funciones asignadas por la autoridad competente..." (fl.189).

A estas funciones se le adicionan las reconocidas por la actora durante el interrogatorio de parte⁹, las cuales consistían en hacer las veces de comisionada de la entidad distrital demandada en las diligencias de secuestro de bienes embargados donde coordinaba a los secuestres, de lo cual rendía un informe ante su Jefe inmediato.

De lo anterior fuerza concluir que contrario a lo alegado por el recurrente, resulta evidente que las funciones del cargo de "Asesor Código y Grado 105-01" que desempeñaba la actora no conllevaban al ejercicio de un cargo de dirección o administración, ni a la representación del ente demandado frente a sus trabajadores, ni tampoco era una alta empleada directiva del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, y mucho menos ejercía autoridad civil, política o administrativa, por cuanto no se demostró que dirigiera, condujera u orientara en la adopción de políticas o directrices de la demandada, o que ostentara facultades disciplinarias y de mando e intermediación sobre el personal ordinario de los empleados del demandado, e incluso que tuviera un poder discrecional de auto decisión.

Por consiguiente, como no se demostró que la demandante ejerciera funciones de dirección o administración, ni de especial confianza y manejo, e incluso de autoridad civil, política o administrativa, no existía impedimento legal alguno para que operara la garantía de fuero sindical a su favor, la cual ostentaba al momento de la terminación del vínculo laboral **<15 de septiembre de 2.014>**¹⁰, por cuanto ya para esa calenda se había aprobado su afiliación al sindicato "SINSEPUIDB" **<15 de febrero de 2.014>**¹¹ y se le había noticiado el **12 de junio de 2.014**¹² a la demandada de su elección como miembro de la Junta Directiva en

⁹ Audiencia del 26 de octubre de 2.017, 01h: 08min:00s 1er archivo del DVD-ROM.

¹⁰ Ver folio 193.

¹¹ Folios 69 a 71.

¹² Folio 77.

el cargo de Secretaria de Educación durante la Asamblea General Extraordinaria de Afiliados de esa organización sindical que se llevó a cabo el día 1º de junio de 2.014, cuyo acto también fue depositado ante el Ministerio del Trabajo (fls.73-80).

Sin embargo, no escapa a la Sala que como la actora al finalizar su vinculación desempeñaba un cargo de carrera administrativa¹³ al haber sido designada en provisionalidad¹⁴, tales empleados públicos conforme a la Ley <Artículo 24 del Decreto 760 de 2.005> aunque estén amparados por fuero sindical, no requieren de la autorización judicial para ser retirados del servicio en los siguientes casos:

“24.1 Cuando no superen el período de prueba.

24.2 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

24.3 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.”

(...)

De modo que atendiendo la anterior normativa y jurisprudencia constitucional, la Sala forzosamente debe examinar el acto administrativo de desvinculación<Decreto 521 de 2.014> en aras de determinar, si la demandada requería o no de la autorización del Juez del Trabajo para dar por terminada la relación legal y reglamentaria con la demandante, observándose que en su parte considerativa se arguyeron como motivos del retiro los que a continuación se transcriben:

“Que mediante Decreto 1022 del año 2013, se ordenó el reintegro de la señora OLINDA MARTINEZ FLOREZ...al cargo de Asesor Código y Grado 105-01, en cumplimiento a la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Barranquilla, de fecha 4 de julio de 2.012.

¹³ En consideración a lo dispuesto en el **artículo 125 de la Constitución Política**: “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (...)”

¹⁴ Atendiendo al **artículo 25 de la Ley 909 de 2.004**, “Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera”.

Que el nombramiento...al cargo de Asesor Código y Grado 105-01, conforme a lo ordenado por la orden judicial, se realizó por un período máximo de seis (6) meses, con la posibilidad prorrogarse en los términos del párrafo transitorio del Artículo 8º del Decreto 1227 de 2.005¹⁵... (...)

Que a la fecha la señora OLINDA MARTINEZ FLOREZ, tiene más de seis (6) meses de haber sido nombrada en provisionalidad, habiéndose cumplido con los presupuestos establecidos en la orden judicial, no existiendo además razones para la prórroga de la provisionalidad en los términos señalados en el párrafo del artículo 8 del Decreto 1227 de 2.005.

Que de conformidad a las anteriores consideraciones es procedente dar por terminado el nombramiento provisional dado a la señora OLINDA MARTINEZ FLOREZ..." <Subraya fuera de texto>.

Las consideraciones del acto administrativo precitado, ponen de presente que la desvinculación de la actora obedeció a razones distintas a las causales que contempla el aludido artículo 24 del Decreto 760 de 2.005 como exonerativas de requerir autorización judicial frente al trabajador aforado, las cuales tampoco invocó ni acreditó el ente distrital demandado, motivo por el cual para retirar a la actora del servicio estaba obligado a solicitar el permiso para despedirla mediante la correspondiente acción de levantamiento de fuero sindical.

Luego, fuerza concluir que le asistió razón al A-quo al condenar a la demandada a reintegrar a la demandante, quien se encontraba amparada por fuero sindical para la data en que finalizó la relación laboral, lo que amerita confirmar su decisión.

(...)

En este orden de ideas, en el presente caso debe contarse el término para presentar la demandada de reintegro a partir de la fecha en que se le comunicó a la actora el despido, que lo fue el **15 de septiembre de 2.014**¹⁶, por lo que como presentó la demanda en la Oficina Judicial el día 12 de noviembre de 2.014¹⁷, resulta evidente que la misma fue instaurada dentro del término que establece el artículo 118A del C.P.T.S.S., razón por la cual se imponía declarar no probada la excepción de prescripción como lo estimó el A-quo.

¹⁵ **Parágrafo transitorio del artículo 8º del Decreto 1227 de 2.005.**- La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el encargo o el nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada".

¹⁶ Folio 193 y 201.

¹⁷ Ver folio 13 reverso y acta de reparto a folio 81.

Finalmente, en lo atinente a la excepción de compensación que propuso la entidad demandada, sea lo primero señalar que la figura de la compensación se encuentra contemplada en nuestra legislación <Arts.1625, 1.714 a 1.723 del Código Civil> como uno de los modos de extinción de las obligaciones, la cual se da cuando dos personas son deudoras la una de otra y por este hecho se extinguen ambas deudas, pero para que la compensación opere por el solo ministerio de la Ley y aún sin conocimiento de los deudores, se requiere de los siguientes requisitos: “1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad. 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y 3.) Que ambas sean actualmente exigibles”¹⁸, siendo necesario que para que haya lugar a dicha figura “es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras”¹⁹, lo cual quiere decir que para que opere la compensación en el campo del derecho laboral el trabajador y su empleador deben tener deudas recíprocas.

En el caso bajo estudio, refulge con nitidez que no hay lugar a declarar probada la excepción de compensación dado que ambas partes no son deudoras recíprocas.”

DECISIÓN: Confirma la sentencia de primera instancia.

M.S: Dra. HEIDI CRISTINA GUERRERO MEJÍA

Radicación: 08-001-31-5-002-2014-00190-00/ Número Interno: 57.110/13.316 –A-G

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: INDEMNIZACIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL- Pago/ No es compatible con la pensión por invalidez reconocida al actor/ **ENFERMEDAD DE ORIGEN LABORAL-** Está claro que lo fue el síndrome del túnel carpiano bilateral, aunque haya disparidad entre las fechas de estructuración tomadas por la ARL y la AFP

FECHA: Febrero 7 de 2018

DEMANDANTE: Edgardo Enrique Field Ortiz

DEMANDADO: ARL Colmena

Síntesis del caso: El demandante pretende que se le condene a la ARL al reconocimiento del diagnóstico Síndrome Túnel Carpiano Bilateral como enfermedad de origen laboral, y en consecuencia, se le pague la suma correspondiente a 7.8 meses de salario, más los intereses de la ley 776 de 2001; reajustes de las incapacidades temporales expedidas por la EPS Salud Total y demás prestaciones económicas previstas en la ley 776 de 2002.

Extractos:

¹⁸ Art. 1715 Código Civil.

¹⁹ Art. 1716 Código Civil.

“No se discute en este proceso que el demandante estuvo afiliado a riesgos profesionales a la entidad demandada desde el 1° de enero de 2007 hasta el 9 de diciembre de 2013, lo que se encuentra corroborado con el documento visible a folio 97. Y a contrario de lo expuesto por el Juez de Primera Instancia tampoco se discute que el demandante sufre del Síndrome del Túnel del Carpo, ni que éste sea de origen profesional. Lo que se debate es que si esta patología fue incluida para efectos de determinar que el actor perdió su capacidad laboral en un porcentaje mayor del 50% lo que le generó el derecho a una pensión de invalidez cancelada por Porvenir S.A., sería o no procedente también reconocérsele una indemnización por incapacidad permanente parcial, dado que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez por esta precisa enfermedad le otorgó el 14.88% de pérdida de capacidad laboral. (fls. 19-23).

Pues bien analizado el material probatorio encontramos que el 10 de febrero de 2009 Salud Total determinó que la enfermedad denominada síndrome del túnel del carpo sufrida por el accionante es de origen profesional (fls. 44 a 46; 51-54), lo que no ha sido negado por la ARL Colmena, quien le prestó la asistencia médica requerida. Seguros de Vida Alfa S.A., el 16 de julio de 2013 calificó el origen y el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral del demandante para lo cual tuvo en cuenta las “patologías de origen común y laboral” de acuerdo a la sentencia C-425 de 2005 , así:

Patología	Deficiencia	Origen	F. estructuración
T. depresivo sin alteración de funciones mentales superiores	30	común	Noviembre 7/12
S. Doloroso de columna cervical	5	común	Agosto 30/11
S. Doloroso de columna lumbar	10	común	Agosto 30/11
STC Derecho leve + dom	3.2	laboral	Julio/11
Síndrome de manguito rotador bilateral	5	laboral	Diciembre 20/12

Dado que la fecha de estructuración que tomó Seguros de Vida Alfa S.A., de la enfermedad síndrome del túnel del carpo más dominancia es anterior a las fechas en que se fijó la fecha tomada para determinar la estructuración de las afecciones comunes, según los lineamientos de los precedentes judiciales ya vistos debía determinarse como fecha de estructuración el 7 de noviembre de 2012, que es igual a la de trauma depresivo sin alteración de funciones mentales superiores que tienen el mayor porcentaje de deficiencia y el origen, enfermedad común, enfermedad laboral, aludiendo a la sumatoria de ambas patologías. Y dado que el trauma depresivo tiene mayor porcentaje de deficiencia y es determinante para que el accionante obtuviera más del 50% de pérdida de capacidad laboral y de contera la pensión de invalidez, le correspondía obviamente al fondo de pensiones Porvenir S.A., asumir la misma, tal como efectivamente ocurrió.

Ahora bien, el parágrafo 1° del artículo 10° de la ley 776 de 2002, prescribe:

“PARÁGRAFO 1o. Los pensionados por invalidez de origen profesional, deberán continuar cotizando al Sistema General de Seguridad en Salud, con sujeción a las disposiciones legales pertinentes. Parágrafo 2o. No hay lugar al cobro simultáneo de las prestaciones por incapacidad temporal y pensión de invalidez. Como tampoco lo

habrá para pensiones otorgadas por los regímenes común y profesional originados en el mismo evento". (Subrayas fuera del texto original).

Teniendo en cuenta que la pensión de invalidez se le otorgó sumando las patologías de origen laboral, amén que aunque la Junta de Calificación de Invalidez haya establecido un porcentaje mayor al obtenido por Seguros de Vida Alfa y un determinado una fecha de estructuración distinta, se trata del mismo evento, esto es: síndrome del túnel del carpo, lo que impide se le otorgue al demandante indemnización por incapacidad permanente parcial...".

DECISIÓN: Modificar el numeral 1º y revocar el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia apelada, el primero para declarar probadas las excepciones propuestas, con excepción de la de falta de legitimación por parte pasiva y el segundo para absolver a la demandada por la indemnización por incapacidad permanente parcial. Se confirma en todo lo demás.

SALA PENAL

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMENEZ

Radicación: 08001 60 01 257 2015 00946 01- Número Interno: 2017-00394

TIPO DE PROVIDENCIA: Solicitud De Preclusión

TEMAS: PRECLUSIÓN- A favor de procesados de primera instancia/Jueces Distrito Judicial /
ATIPICIDAD SUBJETIVA- La conducta está establecida como delito en la legislación penal pero no se comprobó el actuar doloso en el funcionario judicial/

FECHA: Enero 18 de 2018

Aspecto fáctico: En el presente caso se atiende la solicitud de Preclusión elevada por la Fiscalía Delegada ante este Tribunal de precluir el proceso penal iniciado por denuncia que hiciera un usuario de la administración de justicia.

Extractos:

“Aquí la glosa que hace el denunciante al comportamiento del Juez Civil del Circuito indiciado, lo constituye el haber proferido un auto que a juicio de éste es manifiestamente contrario a la ley porque decretó la nulidad de la actuación hasta el edicto emplazatorio muy a pesar de que no tenía facultad jurídica o irrogada normativamente para proceder en esa forma ya que el proceso ordinario de pertenencia había terminado con sentencia debidamente ejecutoriada.

Ello sugiere en el pensamiento del denunciante que la actuación del juez es manifiestamente contraria a la ley. Pero para arribar a tal percepción es la misma jurisprudencia penal, la que de manera categórica y legítima solicita del continente probatorio, de las normas que regulan la materia, de las posturas de antecedentes y de la doctrina, el que brote ostensible una actitud grosera o burda por parte del Juez o funcionario judicial, que conociendo todas estas

variables con voluntad persista en contrariar la ley a pesar de que esta en la solución de determinado caso le aconseja actuar de una manera diferente, sobre ese particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en la sentencia de 13 de agosto de 2003, Radicado 19303, consideró que:

*“Esta última expresión, constituye un elemento normativo del tipo al cual la jurisprudencia de la Corte se ha referido en forma amplia para concluir, que para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser “ostensible y manifiestamente ilegal,” es decir, “violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma, dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación **dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí, que ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas cuando quiera que estén fundadas “en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso”**”.*

Pues bien, luego de matizar los referentes normativos del delito de prevaricato por acción y de la jurisprudencia penal sobre el tema; desde luego teniendo claro lo que es manifiestamente contrario a la ley, seguidamente nos enfrentamos al dilema funcional de la Sala, de establecer si la conducta reprochada por el denunciante al indiciado como prevaricadora lo es o no lo es desde el punto de vista de la estructura lógica del tipo objetivo y subjetivo de este delito. Todo de cara a los componentes probatorios y momento histórico en donde se ubicó el indiciado para decretar la nulidad de lo actuado en un proceso ordinario de pertenencia en el cual la sentencia que finiquitó éste se encontraba debidamente ejecutoriada.

Dentro de la actividad judicial suele suceder que los Jueces de la República, para decidir un litigio o un conflicto de intereses se enfrentan a una situación compleja o inextricable en el manejo de la argumentación y de la interpretación de las normas que mejor se amolden a una determinación correcta y justa.

Ya porque exista una antinomia o supuesto de hecho que se encuentra regulado por dos normas vigentes a la vez y que dentro de la praxis judicial una de ellas debe ceder para que se aplique la otra que contiene un mayor espectro teleológico y amplio en pos de una adecuada decisión. Obviamente acudiendo per se a los métodos de interpretación y por fuerza de estos a la última razón que sobre el particular se encuentre vertida en el precedente vigente sobre la materia.

(...)

Reparado en lo anterior, la Judicatura, se sumerge en el fáctico axial para determinar hasta qué punto estamos en presencia de una tipicidad objetiva del

delito de prevaricato por acción y por razón de la conducta que se denuncia al Juez Civil del Circuito indiciado, a ello se responde afirmativamente porque si una providencia o sentencia en el peor de los casos se encuentra en firme o debidamente ejecutoriada no puede un auto de nulidad arrasar con la seguridad jurídica e inmutabilidad de la sentencia cuando esta ha adquirido su ejecutoria material y formal como en el presente caso cuando en contra de la sentencia de fecha 12 de abril de 2007, proferida por el Juez Primero Civil del Circuito de Soledad, no fue objeto de apelación y ello por obviedad degeneró en la firmeza de esta.

El Juez, para decretar la nulidad de todo lo actuado hasta el edicto emplazatorio y previa solicitud de la parte demandada acudió al numeral 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, que dice:

*"9. Cuando **no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas**, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas de deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley."*

Señalando en el auto que la contiene – 18 de mayo de 2009- que:

*"La causal antes mencionada se encuentra estructurada y probada por existe una información falsa suministrada por el apoderado de la parte demandante al momento de la presentación de la demanda, **ya que su poderdante si conocía el domicilio de la parte demandada, que es la Carrera 3C N° 51C-20 Barrio Carrizal del Distrito de Barranquilla, pues para la época en que presentó la demanda de pertenencia de este despacho, ya existía en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Soledad un proceso divisorio** con radicado 2003-0354 donde la demandante es la señora Ana Isabel Uriel Polo y el demandado es José Benito Sarmiento Suarez, quien se notificó del auto admisorio de fecha 15 de octubre de 1997 el día 19 de junio de 2000 personalmente como se demuestra en el respaldo del Folio 21 del Cuaderno Anexo."*²⁰

Por modo que al producirse este auto nulitatorio se rompió la seguridad jurídica, tanto que si no había una fuente jurídica concreta para que esto sucediera en sentido contrario o por inercia de reenvío este comportamiento in situ hace que emerja diáfano una afrenta al ordenamiento jurídico vigente, por lo que tal actuar constituye a juicio de la Sala, el tipo objetivo de prevaricato por acción, que no registra el delegado fiscal, en la postulación de preclusión de la investigación; sin embargo, sostenemos que lo que no tiene una fuente legítima para existir dentro del mundo jurídico propio de las decisiones judiciales que son

²⁰ Folio 299, Anexo 1.

proferidas por los jueces, mutatis mutandi es ajena a derecho y por ende irregular.

Esto no quiere decir que con igual rasero haya de estimarse el tipo subjetivo del prevaricato por acción y explicable desde el punto de vista del dolo que según el artículo 22 de la ley 906 de 2004, exige del sujeto agente que:

*“Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente **conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización...**”*

Exigencia del trípede de la conducta punible – tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- que se ausenta del comportamiento examinado del Juez, en el entendido de que este tiene una clara explicación coherente y por qué no decir equívoca o errónea cuando aplica el numeral 9no del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, en el auto cuestionado mismo que no tenía invitación jurídica y lógica porque la sentencia que puso fin al proceso ordinario de pertenencia se encontraba en firme. Pero tal circunstancia jurídica no impide a la Sala, escrutar la voluntad del Juez, la cual de manera objetiva nace de las diligencias y cuya teleología – se infiere- buscaba un equilibrio entre las partes enfrentadas en la Litis propias de la acción de usucapir y que connotaba el que ambas conocieran de la existencia del proceso de pertenencia, sobre qué bien inmueble se radicaba el conflicto, en qué estadio se encontraba, qué documentos o pruebas existían y otros intrínquilis que no es el caso relacionar.

No puede olvidarse que la seguridad jurídica y la inmutabilidad de una sentencia no procura constituirse en una verdad absoluta o ineluctable; porque de serlo se estaría violentando la justicia debida y equitativa, en determinados casos básicamente porque suele suceder que en no pocos asuntos judiciales que una sentencia que cobra ejecutoria tiene como fuente o pasado procesal, afrontas sustanciales o procesales que jamás logran legitimarse a pesar de la ejecutoria de la sentencia o cierre de las actuaciones, fue así como el legislador ante variables irregulares o anómalas desde esos puntos de vista creó la acción de revisión, que no es un recurso ordinario para atacar las providencias; sino que ante la advertida buscó concebir un instrumento legal capaz de romper la seguridad jurídica y la inmutabilidad de la sentencia ejecutoriada en excepcionales circunstancias y debidamente reguladas como causales que deben argumentarse en el acabado de su existencia y porque no decir probarse con íntima relación a lo que nació irregular o no tolerable ante el derecho aplicable al caso definido en esos términos desquiciados, son estas causales las que describen y sancionan el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, para la especie la contenida en su numeral 7º:

“ARTÍCULO 380. CAUSALES. Son causales de revisión:

...

7. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados en el artículo 152, siempre que no haya saneado la nulidad..."

No se debe pasar por alto que el Juez indiciado y por rogativa de la parte demandada decretó la nulidad de lo actuado hasta el edicto emplazatorio, verificando por cierto que tenía conocimiento de que la demandada era conocida en el lugar de notificación y que omitió ex profeso el demandante dar a conocer al Juez que conocía del proceso de pertenencia, todo ello sin importar el argumento del representante de víctima quien pregona que la persona que se divorcia no debe conocer el lugar de residencia de la otra persona que fuera su pareja; pero esta posición del representante de víctima es a todas luces ligera y aparte de ello falaz porque la misma ley de la experiencia y lógica indica que habiendo un conflicto patrimonial que involucra un bien inmueble común y no disuelta esa sociedad en forma definitiva es apenas elemental que cada uno conozca la residencia del otro.

Así pues, que los comportamientos de los funcionarios judiciales que son objeto de investigación y en el peor de los casos de juzgamiento, deben mirarse desde la óptica antecedente consecuente y no desde el momento actual en el que ya podría pensarse tienen estos una visión más amplia, concreta y definida sobre el asunto que se le cuestiona.

Esto fue lo que sucedió aquí en cuanto que el Juez, movido por la sanidad del proceso y avistada una notificación irregular de la parte demandada quiso enderezar cualquier falencia y enrumbar la acción civil de pertenencia por una confrontación objetiva y subjetiva basada en la argumentación de demandante y demandado para poder definir con mayor criterio la plurimentada controversia. Lo cual no aleja al Juez, de conocer la seguridad jurídica y la inmutabilidad de las sentencias cuando estas se encuentran en firme. Mucho menos el que desconozca la acción de revisión que es la que en últimas estaba llamada a romper la seguridad jurídica en este caso si era la voluntad de la parte afectada y probara per se la causal que particularmente escogiera para estos menesteres.

Es la misma Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela tanto de la Sala de Casación Civil y Laboral, quienes sobre este aspecto aquí debatido de una u otra forma avalan la posición del Juez indiciado, cuando no tutelan la decisión de la Sala Civil Familia de este Tribunal, que decretó la revocatoria del auto de nulidad sobre el auto primario de nulidad, porque igual el auto inicial de nulidad también había adquirido firmeza.

En suma, si el Juez indiciado tenía razones de hecho y pensó que también las tenía de derecho para decretar la nulidad de lo actuado, no se entiende a

pesar de este equívoco o yerro en que incurrió éste cual sería el perjuicio formal o material para la parte demandante con este proceder, que se insiste, que por ser irregular tampoco le quita el derecho al demandante. A pesar de ello observa la Sala que si se oculta la dirección del demandado y que se infiere la conocía el demandante es porque se está actuando no en forma clara o transparente para los fines de integrar el contradictorio eso sí desnudando el actor civil - inferidamente - una ventaja que no comulga con el concepto de buena fe o lealtad – *fair play*- dentro de las actuaciones procesales, que según la ley 270 de 1996, son objeto de investigación y juzgamiento disciplinariamente para quienes incurran en esta mala práctica”.

Decisión: Precluye a favor del procesado.

M.S: Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA
Radicación: 2017-000169-P-M-C.

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: HOMICIDIO CULPOSO – Realización de cirugía plástica de abdominoplastia/ **DEBER OBJETIVO DE CUIDADO**- No fue transgredido por el galeno que realizó la intervención quirúrgica/ **LEX ARTIS** – No resultó afectada por el médico procesado

FECHA: Diciembre 7 de 2017

PROCESADO: Carlos Arturo Pernet Torres

Síntesis del caso: En el presente caso se estudia el recurso de apelación presentado en contra de un galeno procesado por el delito de homicidio culposo, en razón a la muerte de una paciente posterior a una cirugía estética de abdominoplastia.

Extractos:

“El presente asunto, gira entorno a determinar, si hubo transgresión al deber objetivo de cuidado por parte del médico especialista Carlos Arturo Pernet Torres, durante la cirugía de liposucción practicada a la paciente Tatiana Aja Barraza, el día 12 de noviembre del año 2011, en las instalaciones de la Clínica Milenium de Barranquilla.

Revisadas las pruebas allegadas y los audios de las secciones de juicio oral, la Sala pudo constatar, que quienes intervinieron en el procedimiento quirúrgico además del procesado, rindieron testimonio y advirtieron de manera unísona, que en el desarrollo de la cirugía efectuada a la señora Aja Barraza, se cumplieron con todos los protocolos médicos, sin que hubiese ningún tipo de transgresión al deber objetivo de cuidado, por parte galeno ni de quienes participaron en el hecho.

Frente a este punto, la Fiscalía encamino el ejercicio probatorio de su teoría del caso, científicamente con el testimonio del perito Néstor Escorcía Puente y con ello argumento que hubo inobservancia de las reglas de la *lex artis*, por parte

de quien efectuó el procedimiento, puesto que durante el mismo la víctima sufrió una laceración renal, que le ocasiono pérdida de sangre y la llevo al resultado muerte.

(...)

Bajo estos presupuestos probatorios, considera la Sala, que se alcanza a vislumbrar falta al deber objetivo de cuidado por parte del médico procesado Carlos Arturo Pernet Torres, durante la realización del procedimiento quirúrgico, teniendo en cuenta que la prueba científica de la Fiscalía y los peritazgo allegados por la defensa, arrojan claramente que la víctima sufrió una laceración de pared renal, lo cual si bien, es un riesgo inherente a la cirugía, no habilita al médico a no ceñirse a su *lex artis*; empero considera esta colegiatura, que el fallecimiento de la víctima, no se puede atribuir al hecho de haberse presentado tal laceracion, teniendo en cuenta que la paciente, padecía una enfermedad tipo base, que fue lo que produjo la hemorragia que termino quitándole la vida, advirtiendo - obviamente - que la mencionada laceración, si influyo en la existencia de la hemorragia pero que no fue el único factor que conlleva al fatal resultado.

Y es que con el abundante material de pruebas, se pudo constatar que lo que sufrió la paciente fue una laceración, mas no a una perforación de órganos, lo que quiere decir que se trató de una herida mínima en la pared del riñón, tal y como en efecto lo asegura el perito de la Fiscalía Dr. Néstor Humberto Escorcía Puente y lo reiteran los peritos de la defensa, pero –se repite- esta no fue la causa del fallecimiento de la señora Aja Barraza.

Luego entonces, tiene mucha lógica la hipótesis planteada por la defensa donde se indica, que si la paciente hubiese sufrido, tan solo la laceración renal, sin que presentara la complicación hepática, no se hubiese tenido como consecuencia su deceso, por tanto lo que conlleva a ello, fue la multi causalidad de factores, entre los que se conjugo la enfermedad silenciosa que esta padecía denominada esteatohepatitis crónica, con los focos de las heridas causadas.

En cuanto a este punto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha sentado su posición, insistiendo en que la culpa no se puede atribuir a un procesado, cuando existen situaciones al margen de la práctica médica, que conllevan a un resultado inesperado.

En efecto, en la sentencia radicada bajo el número 46.438 de 2017, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, citando la providencia de 28 de octubre de 2009, rad. 32.582, manifestó:

“No basta la constatación de la infracción al deber objetivo de cuidado para atribuir el comportamiento culposo; tampoco el incremento o creación del riesgo no permitido. Se insiste, la conducta negligente del facultativo debe tener repercusión directa en el disvalor de resultado, pues si la lesión o la muerte de la persona sobreviene como derivación de situaciones al margen de la práctica médica o por alguna táctica distractora del tratamiento asumida por parte del paciente —autopuesta en peligro o acción a propio riesgo— no habría lugar a imputar el delito imprudente al galeno”.

En las anteriores circunstancias no puede predicarse la existencia de conocimiento más allá de toda duda, en cuanto las pruebas recaudadas y practicadas en el juicio según lo visto, no permiten concluir que laceración renal haya sido el factor desencadenante de la muerte de la mujer pues ninguno de los expertos traídos a juicio afirmó de manera contundente tal premisa, por el contrario, en lo que si fueron concordantes, fue en que la enfermedad de estehatohepatitis crónica que padecía la víctima, sería el detonante para que esta se le produjera la hemorragia sin una capacidad suficiente de reacción de su organismo.

6.2.3. De la fase Pos Operatoria.

En este punto, la Sala se contrae en verificar, si existió incumplimiento al deber objetivo de cuidado por parte del médico procesado, después de haber practicado la intervención quirúrgica que ha se ha debatido en esta causa, estableciendo si el profesional de la salud, incurrió en algún tipo de negligencia médica, que pueda tener consecuencias penales.

Y es que, tratándose de procedimientos quirúrgicos estéticos, existe un deber del galeno, de brindar un acompañamiento, efectuar las recomendaciones médicas necesarias para la recuperación del paciente y no desprenderse de este de una forma grotesca.

En cuanto a los cuidados que debe tener un médico, en el posoperatorio, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 33920 de 2012, indicó lo siguiente:

“La situación descrita no es distinta durante el postoperatorio o postratamiento, ya que una vez culmina con éxito o incluso con algunas complicaciones el procedimiento quirúrgico o el tratamiento no invasivo, se inicia una fase igual o de mayor cuidado que la operatoria que a veces es dejada de lado u olvidada —como en el caso en estudio- pero de una altísima connotación dentro de los protocolos que guían el ejercicio idóneo de la medicina, ya que si el postquirúrgico es adecuado, satisfactorio o integral, garantiza la recuperación, curación o aminoración del padecimiento aflictivo de la salud.

En la etapa aludida, al médico tratante le resulta forzoso “someter al paciente a un debido y cuidadoso control, con seguimiento personal hasta su derivación o alta definitiva, ya que no basta ser diligente en el tratamiento, si luego se descuida el estado posterior” (Subrayas de la Corporación).

Aunque dependiendo del tipo de procedimiento practicado al paciente, la fase postquirúrgica o de postratamiento se ciñe a diferentes tipos de especificaciones, entre ellas, la impartición de una gran variedad de precauciones a tener en cuenta por la persona intervenida y/o sus acudientes, la Ley 23 de 1981 y sus decretos reglamentarios prevén como parámetro general que debe ser estrictamente acatado por el profesional de la salud a fin de mantener su actividad dentro del margen del riesgo permitido, el de no exponer a su paciente a riesgos injustificados (artículo 15), entendidos estos como “(...) aquellos a los cuales sea sometido el paciente y no correspondan a las condiciones clínicopatológicas del mismo” (canon 9º del Decreto 3380 de 1981).

Así las cosas, la actividad interpretativa de esta colegiatura, se ceñirán en establecer, si el actuar del profesional de salud se circunscribió a la *lex artis*, durante la etapa posoperatoria o si por el contrario, este se salió de los límites permitidos, incrementando el riesgo de la víctima.

(...)

En este orden de ideas, considera esta colegiatura que el médico Carlos Arturo Pernet Torres, no incurrió en algún tipo de falta o negligencia, puesto que su ausencia en la vivienda donde se encontraba su paciente, se justificó en un motivo de fuerza mayor, dada la peligrosidad de los arroyos en la ciudad de Barranquilla cuando se presentan lluvias, lo cual constituye un hecho notorio, que además fue verificado por la mayoría de los testigos que acudieron a rendir declaraciones.

Es de observar que el médico cirujano, brindo instrucciones a los familiares de la víctima, para que fuese llevada un centro médico, mostrando así, su clara preocupación por el estado de salud de la misma, empero por razones ajenas a él, no fue posible atender.

CONCLUSION.

Las principales razones que conllevan a esta Sala a confirmar la decisión de primera instancia radican principalmente en que: (i) con base en las pruebas técnicas allegadas al proceso, se pudo verificar que en la etapa pre-quirúrgica, no existió falla alguna por parte del médico cirujano, al dar pleno valor a los exámenes prequirúrgicos que la víctima se realizó, pues se encuentra

sobradamente acreditado, que no era necesario la práctica de otros exámenes médicos preliminares, para llevar a cabo el procedimiento estético, en tanto que se realizaron los exámenes y valoraciones pertinentes para este tipo de cirugías. (ii) No puede predicarse la existencia de conocimiento más allá de toda duda, puesto que las pruebas valoradas, no permiten concluir que la laceración renal que sufrió la víctima, haya sido el factor desencadenante de la muerte de la mujer pues ninguno de los expertos traídos a juicio afirmo de manera contundente tal premisa, por el contrario, en lo que si fueron concordantes, fue en que la enfermedad de estehatohepatitis crónica que padecía la víctima, sería el detonante para que esta se le produjera la hemorragia sin una capacidad suficiente de reacción de su organismo (iii) Considera esta colegiatura, que el fallecimiento de la víctima, no se puede atribuir al hecho de haberse presentado tal laceración, teniendo en cuenta que la paciente, padecía una enfermedad tipo base, que fue lo que produjo la hemorragia que terminó quitándole la vida, advirtiendo - obviamente - que la mencionada laceración, si influyó en la existencia de la hemorragia pero que no fue el único factor que conllevó al fatal resultado.(iv) En la fase quirúrgica, no se pudo constatar que el medico Carlos Arturo Pernet torres haya incurrido en negligencia médica."

DECISIÓN: Confirma la sentencia apelada.

M.S: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Radicación: 08-001-60-01-257-2015-06098-01 / Interno: 2017-00395-P-CR

TIPO DE PROVIDENCIA: Solicitud De Preclusión

TEMAS: PRECLUSIÓN- Procesos de primera instancia: Conductas que atentan contra la recta administración de justicia/ **PREVARICATO POR ACCIÓN-** Inexistencia cuando el Juez falla conforme la tradición jurídica colombiana y sus decisiones son revisadas por su superior funcional

FECHA: Febrero 9 de 2018

Síntesis del caso: Se denuncia a una Juez Civil del Circuito de esta ciudad por considerar una de las partes que su actuar dentro de un proceso de pertenencia que tenía bajo su conocimiento constituyó el delito de prevaricato por acción.

Extractos:

“Al respecto, véase que, el 07 de Abril de 2015 la entonces Juez, principió por establecer los extremos del asunto a fallar, que como se sabe lo circunscribió en que: Las sociedades ALEJANDRO CHAR Y CIA. LTDA INGENIEROS CONSTRUCTORES y el GRUPO ANDINO MARÍN VALENCIA CONSTRUCCIONES S.A. “GRAMA CONSTRUCCIONES S.A.”, presentaron demanda de prescripción ordinaria de dominio y de manera subsidiaria demanda prescripción extraordinaria de dominio contra personas indeterminadas. De unos lotes negociados en su momento.

La Fiscalía estableció los hechos, que en buena medida debe decirse que, se corresponden con los expuestos por las partes e intervinientes en este proceso penal, como escuchó de viva voz en la vista pública (12/12/17).

Luego, la entonces Juez, entró a considerar, para lo cual hizo hincapié en el Numeral 1° del Art. 407 del CPC, que versa sobre la declaración de pertenencia; Art. 53 *ibídem*, que hace referencia a la intervención *ad excludendum*; Art. 177 *Et. Al.* que trata sobre la carga de la prueba; Art. 2528 del Código Civil, que alude a la prescripción ordinaria; Art. 768 *ibíd.*, que hace alusión a buena fe en la posesión; lo que ha dicho la doctrina, en especial, el tratadista Edgar Guillermo Escobar (1986: 261), sobre el concepto de posesión y sus efectos; lo que ha considerado la Corte Suprema de Justicia, en diversos radicados; sus propios análisis, sobre las escrituras allegadas, los testimonios rendidos, entre ellos, el del Señor CEPEDA CASTRO, aquí denunciante y víctima, lo que expusieron los terceros *ad excludendum*, la suspensión que hubo del proceso, con ocasión de una orden de la Fiscalía, que luego se levantó, al haberse precluido la investigación a favor de los representantes de las sociedades demandantes (Anexo N° 2. F. 357 y ss.). Y, finalmente resolvió a favor de la parte activa (2.1. *up supra*), según lo que le permitía la prueba recaudada.

Es decir, la decisión tachada contó con unas reflexiones jurídicas, normativas, jurisprudenciales y doctrinales serias, de modo que, como lo ha dicho la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia (Rad. N° 29324), si lo que corresponde es verificar que, la entonces Juez estuviera asistida de sus conocimientos, de diversos medios, no hay duda que ello ocurrió en esa forma, esto es, al describir el contenido de la decisión y su resuelve, no se puede arrimar a la conclusión, de manera rampante, que ella prevaricó, máxime que, aquí no se trata de lo que ella debió hacer y no hizo, por ejemplo, sino que se hace un juicio *ex ante* y no *a posteriori*.

Ahora bien, no deja de lado la Sala que, la sentencia tachada, fue revisada por vía de apelación, por el superior, esto es, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla (Atlántico)-Sala cuarta Civil-Familia (Rad. N° 40214; 30/11/2017), amén de la impugnación promovida por los intervinientes *ad excludendum*, en la cual, se avizora que, como lo dijera la defensa –material y contractual-, cuando la Corporación estableció los antecedentes se dijo que, quien admitió la demanda, corrió el traslado a las personas indeterminadas, hizo los emplazamientos, en cuya fase procesal aparecieron los terceros que se reputaron titulares de derechos, solicitando su reconocimiento como terceros *ad excludendum*, emitió el auto de pruebas, y las recabo fue el JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA (Atlántico) y sólo con ocasión del Acuerdo N° PSA13-10078, del Consejo Superior de la Judicatura, se remitió el proceso al Juzgado Tercero Civil del Circuito de esta ciudad...

(...)

Visto el asunto en contexto, se denota que, de un lado no se puede decir que la Dra. xxxxx violentó la Ley, o le dio un sentido arbitrario a las normas que usó en su decisión, sino que sencillamente la interpretó, incluso desde una óptica o punto de partida distinta a la que tuvo el Superior, pero debe decirse que, el Operador Judicial tiene un margen de acierto y desacierto en sus decisiones, y para lograr afirmar que es realmente desacertada habría que recorrer un largo camino, de suyo tortuoso e

infranqueable, además de que son decisiones razonada, razonables, lógicas del ser humano; es más, el legítimo derecho a errar en sus decisiones (CC. C-651/97), y ni el más erudito de los juristas, puede considerar poseedor de la verdad revelada. Eso es un imposible y nadie está obligado a ello; empero, es necesario dentro de ese ámbito de permisibilidad tener un coto y aquí lo es: la manifiesta contradicción con la Ley de que trata el PREVARICATO (que aquí no se observa); además aquí el Juzgador se aplica, interpreta y decide, según un articulado que le permite diversas interpretaciones, sobre todo, en el derecho, que es una de las ciencias sociales cuya característica, por antonomasia, es que son inexactas y variables (Sepúlveda: 2011).

Nótese que, aquí el representante de víctima vino a sostener que la sentencia de la Sala-Civil del Tribunal era totalmente fuera de contexto, es decir, que la Magistrada ponente había traído a la vida jurídica una novedosa tesis; y, es cierto que el problema de la tierra en Colombia es complejo, ya que, de suyo se sabe que tradicionalmente quienes se reputan o se convierten en poseedores de una tierra y la cuida, es decir, "se apropian" de ella, la cercan, la trabajan, tradicionalmente ello constituía la forma de adquirir por la prescripción adquisitiva de dominio, cierto es que debía reconocerlo una autoridad judicial y comprobarse la posesión y el trabajo de la tierra, que va ligado a la propiedad, puesto que el hombre, como se sabe históricamente fue nómada y se volvió sedentario sólo al momento en que arrojó una semilla de un fruto vegetal que se había comido y se observó que había nacido otra planta.

(...)

Entonces, el Juzgado falló conforme a la tradición jurídica colombiana; es cierto que, es difícil tomar una línea de interpretación definitiva sobre los problemas de tierras. En Colombia y los titulares de prensa hablan de: Invasores profesionales; porque la invasión en este país también se ha constituido, de manera regular o irregular, en la forma de adquirir la tierra, con base en la función social de ella, porque se supone que si un ciudadano puede invadir una tierra, una parcela es en razón a que su dueño la descuida, no la trabaja, la tiene documentariamente o como se conoce la nuda propiedad; es por ello que, las invasiones de tierra se convirtieron en una forma de negocio en Colombia y, en el Atlántico o en Barranquilla existen evidentes casos de manifestación de ello.

Luego entonces, sin pretender hacer ningún tipo de alarde o de conocimiento del tema de tierra, porque no lo tenemos, para la Sala es obvio que la intención del Juzgado fue fallar en derecho, con lo que tenía, acorde con la Jurisprudencia nacional y por eso el representante de víctima se sorprende por la forma de fallar de la Sala-Civil del Tribunal, puesto que como aquí se dijo: "*salió con otra cosa, que había dejado a todo el mundo viendo un chispero*", porque esa necesidad de vencer la presunción de público que se concluyó no se exigía tradicionalmente en Colombia.

De manera que, para el JUZGADO TERCERO tal y como estaba planteado la demanda, si se había probado sumariamente la primera posesión, que había sido negociada con estas empresas constructoras, que precisamente se dedican a la

compra de lote, independientemente de su origen, a la adquisición de posesiones, para ejercer su razón social.

De suerte que, esta Sala, amén de su poco conocimiento en materia de tierra no ve ni remotamente la transgresión manifiesta de la Ley, en la sentencia del 07 de Abril de 2015, pero aun concordando con la Fiscalía, en cuanto a que la Dra. xxxxx, se hubiere equivocado, se denota en la forma como está redactada, como se tienen los aspectos de los extremos de la *Litis*, la intención de acertar y la intención de otorgar el derecho a quien corresponde. Todo ello alejado de la remota posibilidad de transgredir la Ley, que es lo que constituiría delito.

Lo anterior lo ha venido sosteniendo de manera pacífica la Alta Corporación (CSJ. SP. Rad. N° 19303), cuando consideró que: "(...) **NO PUEDAN SER TENIDAS COMO PREVARICADORAS, TODAS AQUELLAS DECISIONES QUE SE TILDEN DE DESACERTADAS, CUANDO QUIERA QUE ESTÉN FUNDADAS "EN UN CONCIENZUDO EXAMEN DEL MATERIAL PROBATORIO Y EN EL ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS NORMAS APLICABLES AL CASO"**". (El Destacado es de la Sala).

La Dra. xxxxxx falló acorde con la tradición jurídica colombiana; la posesión, la tenencia, el trabajo de la tierra y su reclamo ante un Juez de la República había permitido tradicionalmente adquirir la misma y tradicionalmente también se había aceptado que esa posesión era negociable, era trasladable, por voluntad del poseedor.

En segundo lugar, no se trata de un asunto que se hubiese podido resolver en forma sencilla, sino que dada su enorme complejidad, admitía la posibilidad de seguir diversos caminos y sobre lo cual ha dicho la Honorable Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal (Rad. N° 2390) que esas son: "(...) **SITUACIONES EN LAS QUE NO SE PUEDE CONSIDERAR LA DECISIÓN JUDICIAL COMO PROPIA DEL PREVARICATO, PUES NO PUEDE IGNORARSE QUE EN EL UNIVERSO JURÍDICO SUELEN SER COMUNES LAS DISCREPANCIAS AÚN EN TEMAS QUE APARENTEMENTE NO OFRECERÍAN DIFICULTAD ALGUNA EN SU RESOLUCIÓN"**". (El destacado es de la Sala).

Y, no lo va a decir el Dr. CEPEDA, pero a él le fue más comprensible la sentencia del Juzgado Tercero, que la decisión del Tribunal, en su Sala Civil-Familia, porque ésta los descrestó a todos, ya que, salió con una cosa; pero es que además, hoy en día, el Estado es una "persona" más, el Tribunal lo favoreció a él, que no era parte, que no había reclamado nada a la justicia.

Véase que, en el decurso de las actuaciones, cualquiera que sea su especialidad, se pueden dar debates álgidos, como parece que sucedió en el proceso de pertenencia que tuvo a su cargo la entonces Juez Dra. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en el cual se generó una controversia que desembocó erróneamente en las lides penales, pues, al menos por ahora la discusión aparece resuelta por el Superior. De manera pues que ni siquiera el hecho de haberse suscitado tal situación se puede estimar que la investigada prevaricó.

(...)

En tal sentido, habiéndose equivocado o no, eso sí, sin la presencia del dolo, debe decirse que, como quiera que la hipótesis normativa del Artículo 413 (PREVARICATO POR ACCIÓN), sólo admite su configuración bajo ese título de atribución, puesto que estamos en un sistema legal de *numerus clausus*, es dable afirmar que, como no admite la modalidad de la culpa, así haya sido negligente o no, finalmente no responde de nada, por ejemplo, si hubiese sido el caso que la entonces funcionaria al decidir hubiese tenido dudas, sobre la decisión a tomar y no averiguó, o habiéndolo hecho fue insuficiente y toma una decisión contraria a la Ley, no con intención de violarla, sino dudando, no se puede hablar de que tiene compromiso penal por el reato en mención.

Son situaciones complejas, es que parte también de nuestro sistema judicial, la gran falencia de la Fiscalía, por ejemplo, es la cambiadera de Fiscales en un mismo asunto, porque un nuevo agente trae su propio criterio, a veces novedoso, cosa que afortunadamente no ha ocurrido con los Jueces (Civiles, Penales, laborales), pero que de vez se da, verbigracia, que el que tiene que fallar un asunto no es el que lo instruye, lo sumaria; en ese caso, habría que preguntarse: ¿Qué le vamos a pedir al Juez?, si su deber es fallar. Y, aquí esta Sala Penal no estamos convencidos que la Dra. XXXXXXXXXXXXXXXX, se hubiere equivocado, es más, creemos que, cualquier Juez Civil del Circuito de Barranquilla en el momento en que ella falló esa sentencia, la hubiese fallado más o menos igual, es decir, los terceros *ad excludendum* no le alcanzaron a probar mejor derechos que el que tenían las demandantes habían adquirido, al parecer de buena fe, que les podían probar que habían sido poseedores de los lotes por suficientemente tiempo. La otra problemática sobre pericias, acerca de mediciones, que eran dos o tres barrios, son de la medula del asunto, pero no se le puede atribuir a la investigada, porque ella tenía que fallar, sobre los elementos que tenía sobre su pupitre de Juez.

Lo cual no es una inferencia de la Sala, sino que así lo ha dicho la Sala de Casación Penal, de la Honorable Corte Suprema de Justicia (Rad. N° 22855): "(...) **COMO LA LEY NO PREVÉ LA POSIBILIDAD DE QUE EL PREVARICATO POR ACCIÓN PUEDA SER REALIZADO BAJO LA MODALIDAD CULPOSA DE REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA PROHIBIDA, LA CORTE ABSOLVERÁ A LA PROCESADA DE LOS CARGOS POR LOS QUE FUERA ACUSADA, POR ATIPICIDAD SUBJETIVA (...)**" (el destacado es de la Sala).

Luego entonces, y como se ha dicho en numerosos fallos y consonancia con la Jurisprudencia sobre el tema, insistimos en que el juicio de prevaricato, es de legalidad y no acierto, y así lo han decantado la Corte Suprema de Justicia (SP. Rad. No 30847) y la Corte Constitucional.

Es decir, independientemente de que el superior hubiese modificado parcialmente la decisión tachada, cuando se adoptó, se denota que lo fue ideas en principio serias, con absoluta motivación por razones fácticas y en desarrollo interpretativo de su determinación, acorde con la Jurisprudencia tradicional y la Ley, la cual indica que la posesión y trabajo de la tierra, genera derechos de adquirir por prescripción, que tiene una expectativa de tal, por lo que mal podría decirse que la decisión fue grosera o suficientemente bultosa para abarcar el carácter de trasgresión manifiesta de la ley,

luego entonces, sin el elemento subjetivo del tipo, erróneo sería afirmar que existió prevaricato.

Es más, si se mira con detenimiento el discurso de la víctima y de su apoderada, se tiene que ambos coinciden en “no pedir condena”, en contra de la Dra. XXXXX, lo cual se asimila a que, en algún modo no presentan oposición real a la solicitud de preclusión, que es el escenario en el cual nos encontramos.”

DECISION: Precluye contra ex funcionaria judicial.

ACCIONES CONSTITUCIONALES

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMENEZ

Radicación: 08001-31-87-006-2017-00047-01 / Número Interno: 2018-0015-T-CJ

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de segunda instancia

FECHA: Febrero 20 de 2018

ACCIONANTE: Melissa Martínez Maldonado

ACCIONADO: Comisión Nacional del Servicio Civil

TEMAS: Fuerza mayor como hecho irresistible e imprevisible que impidió cumplir con el deber de asistir a realizar un examen dentro de un proceso objetivo de selección por méritos

Síntesis del caso: En la presente situación fáctica, la actora pretende que a través del ejercicio de la acción de tutela se le permita presentar el examen de conocimientos dentro de un proceso de selección que adelanta la accionada, pues alega que el día de las pruebas fue víctima de una situación de fuerza mayor.

Extractos:

“Habiéndose definido lo anterior, entrará esta Sala a analizar si fueron realmente vulnerados los derechos de la accionante, por parte de la entidad accionada, en razón a la negativa dada por esta última, de fijar nueva fecha para efectuar solo a la actora, la prueba psicotécnica de personalidad a la cual no se presentó alegando que se presentó un caso de “fuerza mayor”, por ende, al observar esta Colegiatura que el intrínquilis planteado gira en torno de la posible configuración de un hecho que constituyó una fuerza mayor y que pretende la accionante sea tomado como argumento válido para que se fije nueva fecha para que realice la prueba señalada, es menester traer a colación el concepto jurídico de esta figura, que se ha desarrollado legal y jurisprudencialmente.

El artículo 1° de la Ley 85 de 1890 dispuso que se llama fuerza mayor “*al imprevisto a que no es posible resistir, como naufragio, un terremoto, el*

apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”, lo cual indica que si se quiere denominar un hecho ocurrido como fuerza mayor, el mismo debe tratarse de una situación no solo imprevisible sino irresistible, como pueden serlo las fuerzas de la naturaleza, las cuales exceden al control de la voluntad de las personas.

Sobre este tópico, la Honorable Corte Suprema de Justicia, señaló lo siguiente:

“No se trata entonces, per se, de cualquier hecho, por sorpresivo o dificultoso que resulte, sino de uno que inexorablemente reúna los mencionados rasgos legales, los cuales, por supuesto, deben ser evaluados en cada caso en particular –in concreto-, pues en estas materias conviene proceder con relativo y cierto empirismo, de modo que la imprevisibilidad e irresistibilidad, in casu, ulteriormente se juzguen con miramiento en las circunstancias específicas en que se presentó el hecho a calificar, no así necesariamente a partir de un frío catálogo de eventos que, ex ante, pudiera ser elaborado en abstracto por el legislador o por los jueces, en orden a precisar qué hechos, irrefragablemente, pueden ser considerados como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y cuáles no.

Justamente sobre este particular, bien ha precisado la Sala en jurisprudencia uniforme, que “la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos” (sent. 145 de 7 de octubre de 1993); por eso, entonces, “la calificación de un hecho como fuerza mayor o caso fortuito, debe efectuarse en cada situación específica, ponderando las circunstancias (de tiempo, modo y lugar) que rodearon el acontecimiento –acompañadas con las del propio agente-” (Sent. 078 de 23 de junio de 2000), sin que un hecho pueda “calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito” (cas. civ. de 20 de noviembre de 1989; cfme: sent. 087 de 9 de octubre de 1998).”²¹

Asimismo, el Consejo de Estado al hacer una distinción entre lo que se denomina “caso fortuito” y las situaciones que pueden configurarse como “fuerza mayor”, se pronunció de la siguiente manera:

“(..) La fuerza mayor sólo se demuestra: ‘...mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña). **Lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias...En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no sólo debe ser irresistible sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa.** Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior del agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito...’”.²²

Visto lo expuesto por esas Honorables Corporaciones, se puede extraer con facilidad que para que un hecho sea considerado como Fuerza mayor, debe tener el componente de imprevisibilidad e irresistibilidad, las cuales consisten en

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 29 – 04 -2005. Mp Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

²² Consejo de Estado. Sentencia de 15 de Junio de 2000. Rad. 12.423.

que haya sido imposible prever su ocurrencia y debe ser irresistible que sucediera el mismo, sin embargo, dentro de esos componentes, se encuentra como factor determinante no la causa que generó el hecho, sino que sus consecuencias sean insuperables, es decir, que sea imposible superponerse a las situaciones que devengan de la ocurrencia del hecho, a pesar de haberse surtido los esfuerzos necesarios para ello.

Una vez establecido lo anterior, al cotejar ese concepto con lo narrado por la accionante en el libelo de la presente solicitud de amparo constitucional, encuentra esta Sala que la situación que pretende la libelista sea tenida como Fuerza mayor y que pudiere permitir que se ordene a la accionada fije nueva fecha para efectuar la prueba psicotécnica de personalidad a la cual inasistió, se centra en que su menor hija presentó un quebranto de salud la noche anterior al día de la presentación de la aludida prueba, ingresando en un centro de salud a las 8:00 pm y fue dada de alta solo hasta el día siguiente, es decir, el día 16 de diciembre de 2017, a las 6:55 am, cuando la presentación de la prueba iniciaba a las 8:00 am y cerraban las puertas de acceso a la misma a las 8:30 am.

Al analizar las pruebas aportadas por la accionante, que consisten en la epicrisis de su menor hija, se observa con claridad que la misma ingresó con un cuadro de vómitos, dificultad respiratoria y fiebre, sin embargo, conforme lo establece la historia clínica, el diagnóstico no implicaba que realmente corriera peligro la vida de la menor, como lo señala el aquo.

No obstante, no se trata la presente de que el Juez constitucional realice una valoración médica de la menor, lo cual excedería de sus facultades y conocimiento, sino que se trata de establecer si de verdad podría hablarse de la configuración de la Fuerza mayor alegada, lo que a la luz del requisito señalado ut supra, que supone que las consecuencias del hecho sean insuperables, no demuestra que tales consecuencias no se hubieren podido superar, puesto que al ser dada de alta la menor, bien podía la actora acudir ante sus familiares en virtud del principio de solidaridad o ante el padre de la menor, del cual también podría predicarse que puede proporcionar los cuidados necesarios para mantener la salud de la menor.

Y es que realmente no se avizora la insuperabilidad de las consecuencias del hecho señalado, ya que la actora solo se limita a alegar que los cuidados de la madre son los idóneos y no demuestra que haya hecho algún esfuerzo adicional para garantizar un cuidado igual de idóneo, solo por el tiempo de su ausencia que era el dispuesto para la elaboración de la prueba.

Por ello, encuentra esta Corporación que si bien es cierto, no se puede anticipar la ocurrencia de un quebranto de salud y menos cuando se trata de menores de edad, queda al descubierto

la falta de previsión de la madre, la cual sabía que se sustraería de los cuidados de la menor al haber accedido a participar en la convocatoria propuesta, máxime cuando la citación fue enviada con suficiente tiempo de antelación, lo que pudo permitirle, sin que así lo hiciera, el delegar los cuidados de la menor, por lo que surge el interrogante: “De no haberse “quebrantado” la salud de la menor, ¿A quién habría delegado la madre los cuidados de la misma?, es por ello, que el argumento propuesto por la accionante, no pueden tenerse como válidos y constitutivos de una “Fuerza mayor”, ya que las consecuencias que pudieren desembocar en su inasistencia a la prueba, eran superables o por lo menos, no demostró la accionante que fueren insuperables.

Sumado a lo anterior y frente a los señalamientos que hace la libelista sobre la vulneración de sus derechos al Debido proceso, Igualdad y derechos del menor, no encuentra esta Colegiatura que sea cierta la misma, debido a que las actuaciones desplegadas por la entidad accionada, no ha supuesto una irregularidad en las normas que regulan la convocatoria a la cual aspiró, sino que se han surtido sus etapas conforme a las mismas y que adicional a eso, de la situación acaecida a la menor hija, no podría imputarse responsabilidad a la entidad accionada.”

DECISIÓN: Confirmar decisión de primera instancia.

NOTA DE RELATORÍA:

Las providencias publicadas en este boletín fueron enviadas por los respectivos Magistrados Sustanciadores y recibidas a través del correo electrónico y/o por intermedio del auxiliar judicial autorizado. En caso de atender eventuales inconsistencias, se sugiere que sean puestas en conocimiento de la Relatoría.

De igual forma, si bien la responsabilidad por el compendio de la Jurisprudencia del Tribunal y la elaboración de los índices temáticos y resúmenes de las providencias citadas corresponde a la Relatoría, se recomienda consultar los audios completos de las sentencias incluidas en el presente boletín. Cualquier tipo de observación, podrá ser remitida al correo electrónico: rtsupbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co

CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ
PRESIDENTE

MARIA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

“Sea coronación de nuestra labor el propósito que abrigamos de poner en su punto el Derecho jurisprudencial, aquel que se aplica a cada paso en el vivir cotidiano, el que se forma a nuestro lado, el que copia el estado de nuestra sociedad y costumbres, y refleja el carácter de nuestra democracia”

Gaceta Judicial, XLII, No. 1897, Página 1, 1936

