



# BOLETÍN No. 56

## TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

Mayo – Junio 2018

SALA CIVIL - FAMILIA

M.S: Dr. ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES  
N.U. R.: 08001-31-03-007-2011-00213-01 / Radicado Interno: 40.687

**TIPO DE PROVIDENCIA:** Apelación de sentencia

**TEMA:** ACCIÓN SUBROGATORIA DE SEGUROS-Concurrencia de culpas/  
EJECUCIÓN CONTRACTUAL- Parte del presupuesto de la buena fe en las  
relaciones negociales/ ACTIVIDAD PROBATORIA- La acreditación de medios de  
prueba indicativos del defecto aludido en los tanques o la inexistencia de un  
medio de verificación debía allegarse al proceso/ **SALVAMENTO DE VOTO:** *La  
causa del daño lo fue el contacto de la soda caustica con el acero que produjo el  
desprendimiento químico que echó a perder la sustancia depositada y que la hizo  
incomercial, siendo irrelevante la certificación otorgada por una de las partes.*

**FECHA:** Mayo 8 de 2018

**DEMANDANTE:** SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

**DEMANDADO:** VOPAK COLOMBIA S.A.

### Síntesis del caso:

En el presente asunto, la aseguradora solicita que se declare que la sociedad demandada es contractualmente responsable por la afectación del producto importado por Inproquin S.A (asegurada) e igualmente exprese que la demandante se ha subrogado en el derecho y como consecuencia se ordene a Vopak cancele a favor de la actora la suma de \$ 1.433.838.789 que desembolsó por el siniestro acaecido.

### Extractos:

“¿El que la sociedad Supervisa S.A. haya certificado como aptos los tanques de almacenamiento de Vopak para el depósito de la soda caustica de Improquin estructura la concurrencia de culpa reconocida en la sentencia de primera instancia o por el contrario constituye culpa exclusiva de Improquin o de Vopak?

Es indudable que quien en principio debe responder por la idoneidad de los tanques de almacenamiento, su composición material y química era el depositario, habida cuenta que su obligación esencial es el mantener el grado de pureza del producto entregado en depósito y garantizarlo durante la permanencia de la relación jurídica y en este caso no hay controversia entre las partes de que ese producto de soda caustica fue entregado al demandado en condiciones técnicas y ajustado a la calidad del producto recibido en embarque en la ciudad y país de compra.

Ahora bien, probado se tiene que la descomposición del producto de soda caustica se debió a la corrosión que dicho producto generó en el acero al carbón, haciéndole generar el aumento de las partículas de hierro en la composición química de ella, como lo establece el certificado emitido Asesoría Técnica Internacional visible a folio 91 del expediente, cuando reza:

*“Se concluye que el material de construcción (acero de carbón tipo A-36) NO es apto para el almacenamiento de la soda caustica si se quiere mantener un contenido de hierro menor de 8 PPM”*

Sin embargo, como antes se indicó existió un consentimiento expresado por Inproquim S.A. a través de su contratada Supervisa S.A., en cumplimiento de la antes trascrita estipulación de la cláusula 3 de la oferta, donde previa la revisión correspondiente aceptó y convino en la utilización de ellos, al ratificar que si eran aptos para recibir la soda caustica, donde sin la expresión de ese conocimiento no hubieran sido efectivamente utilizados. Adviértase que Supervisa, es la misma empresa técnica que a lo largo del desarrollo del contrato fue quien determinó y certificó los niveles de descomposición de la Soda Caustica.

Si una parte contractual, acepta un condicionamiento de verificar más allá de la mera observación física el estado del producto ofrecido, debe entenderse que aceptó efectuar una experticia técnica que permitiera con el mayor grado de certeza posible el determinar si ellos eran aptos o no para evitar que la corrosión del material en que ellos estaban contruidos afectara la composición del elemento a almacenar.

En ese orden de ideas si la revisión técnica efectuada por la contratada Supervisa S.A. no fue lo suficientemente eficiente para detectar que el acero al carbón podía despegar partículas hacia la soda caustica que implicaba el incremento de la cantidad de hierro a la misma y consecuentemente condujera a la descomposición de la sustancia depositada, tal situación redundaba en responsabilidad de Inproquim S.A., pues ella era quien tenía que escoger quien debía efectuar tal revisión con la misma suficiente técnica que se le podía exigir a Vopak, como especialista en la negociación y prestación

del servicio de almacenaje de productos, pues esta última no efectuó ninguna garantía en ese sentido para la contratación de sus servicios.

Amén de lo anterior, ha de partirse de que los contratos no solo deben realizarse partiendo de la buena fe de los contratantes, sino que igualmente ellos deben ser regidos en su ejecución por ese mismo principio de buena fe y siendo así, pero en el presente caso, no puede partirse del supuesto de que Inproquim S.A. realizó el contrato de almacenaje apoyado exclusivamente en la buena fe y profesionalismo de Vopak en la prestación del servicio de almacenaje de productos, que como la soda cáustica requiere de exigencias técnicas claramente diferenciable y que fueron puestos de presente en la guía de calidad de dicho almacenaje, puesto que ésta última le puso, previamente, en conocimiento de la posibilidad de que esos tanques no fueran totalmente aptos y le solicitó que a Inproquim S.A. que los revisara.

La concurrencia de culpa es un instituto jurídico contemplado en el artículo 2357 del Código Civil cuando prescribe que la *"apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente"*, norma que la jurisprudencia nacional ha explicado:

"El perjuicio sufrido por el demandante no tuvo su origen en el hecho exclusivo del demandado, sino que, frecuentemente también obedece a su propio hecho, en concurrencia con el del demandado, por lo que la equidad exige una reducción en el monto de la indemnización a cargo de éste.

El principio implica, de una parte, concurrencia de culpas, y, de otra, necesariamente, una relación de causalidad de cada culpa frente al daño, es decir, del hecho del agresor y del hecho de la víctima con el perjuicio reclamado en el proceso.

Dos culpas, sin relación alguna de causalidad frente a un mismo daño, no pueden servir de fundamento a una reducción de responsabilidad, y a lo sumo darían a dos responsabilidades diferentes, cada una por el daño ocasionado.

Para determinar la relación de causalidad, cuando media pluralidad de hechos o culpas, cuestión que en ocasiones suele presentar serias dificultades, la doctrina dominante acoge el criterio de las consecuencias adecuadas, expuestos por Von Kries a finales del siglo pasado, sin excluir otros criterios, que no es el caso relacionar, pero que no siempre conducen a resultados equitativos. Según el criterio de la causalidad adecuada tan solo pueden estimarse efectos de una causa aquello según las reglas del sentido común y de la experiencia suelen ser su resultado normal. Se acude pues a las leyes naturales."

(...)

En ese orden de ideas, dado que la utilización de esos tanques en específicos fue tomada de común acuerdo entre Vopak e Inproquim S.A., donde este debía dar un consentimiento informado, basado en la experticia que aceptó realizar, debe llegarse a la conclusión de que si Vopak ofreció unos tanques que finalmente no fueron aptos, Inproquim S.A. los aceptó en esas condiciones con base en la certificación de su contratada empresa SUPERVISA que dio por aptos los tanques.

Para dar por superado tal circunstancia debió allegarse al expediente la prueba idónea de que tal "defecto" de los tanques no era apreciable dentro del conocimiento técnico correspondiente o que no existía un medio para verificarlo con antelación, que fuera un vicio que hubiera permanecido oculto a pesar de la pericia realizada por Supervisa, lo cual no aconteció en este expediente

Razones por las cuales, se mantendrá, la decisión de primera instancia declarando imprósperos ambos recursos, tendientes a la afirmación de culpa exclusiva en uno u otro contratante."

**NOTA DE RELATORÍA:** Esta decisión tiene salvamento de voto del Magistrado Dr. Abdón Sierra Gutierrez, aquí los argumentos centrales de su disenso:

"a.- La tesis mayoritaria para apoyar la confirmación de la sentencia venida en alzada puede resumirse en la denominada concurrencia de culpas, la que descansó en el consentimiento dado por la sociedad Inproquim S.A. de verificar a través de un tercero, Supervisa S.A., las condiciones técnicas de almacenaje, las que efectivamente fueron encontradas aptas e idóneas para la conservación de la soda caustica en los tanques de acero al carbón. Y si la demandada Vopak ofreció unos tanques que finalmente no fueron aptos, Inproquim S.A., los aceptó en esas condiciones con base en la certificación de su contratada empresa Supervisa S.A., que avala la aptitud de dichos tanques. Y para superar tal circunstancia consideró la Sala debió allegarse al expediente la prueba idónea de que tal "defecto" de los tanques no era apreciable dentro del conocimiento técnico correspondiente o que no existía un medio para verificarlo con antelación, que fuera un vicio que hubiera permanecido oculto a pesar de la pericia realizada por Supervisa S.A. lo cual no aconteció en este expediente.

b.- Sin embargo, los elementos de prueba obrantes en el expediente contrario a lo aquí decidido muestran que la descomposición de la soda caustica se debió a la corrosión del producto generado por los tanques de acero de carbón tipo A-36, aumentando las partículas de hierro en la composición química, tal como consta en el certificado proveniente de Asesoría Técnica Internacional visible a folio 91.

La existencia de la cláusula 3 de la oferta a la que se hace referencia en la decisión y la certificación de parte del delegado del depositante, Supervisa S.A., donde expresa que en una revisión anterior al inicio del depósito de la mercancía en los tanques de Vopak S.A., dijo que son aptos para recibir la soda caustica, encuentra el depositario el desplazamiento de su responsabilidad en el depositante.

Téngase en cuenta que el defecto de los tanques son estructurales como lo explica la experticia técnica y por encima de la certificación la constitución de los tanques no eran aptos para evitar que la corrosión del acero al carbón despegara partículas hacia la soda caustica que implicaba el incremento de la cantidad de hierro a la misma y consecuentemente condujera a la descomposición de la sustancia depositada, más cuanto la sociedad VOPAK S.A., especialista en la negociación y prestación del servicio de almacenaje de productos, era una garantía para la contratación del servicio.

Por otro lado, recuérdese que la certificación de SUPERVISA se realizó con antelación al almacenaje y por lo tanto, ésta debe interpretarse en ese contexto, cual es verificar que los tanques son aptos a las especificaciones ofertadas y en tal sentido se ajustó a la verdad, de que eran construidos en acero al carbón, no pudiendo dar otra opinión, pues pensar que ello debería ir más allá, como por ejemplo expresar cosa diferente a lo que tenía a sus ojos, sería exigir una prueba que desbordaba el contenido de una inspección previa que conduciría a control químico y de estructura que no tenía a la vista. Siendo así, pensar que tal certificación desactiva la responsabilidad civil del depositario era, aquí sí, exigir a SUPERVISA un control más allá de lo objetivamente posible.

Y si tal certificación no tiene la entidad real de generar el daño en que se apoya el reclamo y el pago realizado por la aseguradora, que como ya se dejó expresado, consistió en la corrosión de la soda caustica producto del desprendimiento de partículas de hierro del acero de carbono con que está constituido los tanques de almacenamiento que dispuso VOPAK en su oferta de depósito de dicho producto.

A juicio de este juzgador la respuesta es negativa, dado que muy a pesar de la certificación dada por la empresa encargada de supervisar los tanques ofertados y encontrarlos aptos con dicha oferta, el daño se generó no por la tal certificación sino por la estructura material y química de los depósitos puestos al servicio por la demandada, habida cuenta que el contacto de la soda caustica con el acero produjo el desprendimiento químico que echó a perder la sustancia depositada y que la hizo in comerciable.

En consecuencia, la sola certificación de apto dado por SUPERVISA no tiene la entidad de convertirse en concausa del daño generado por la estructura del o los tanques en que se depositó el producto almacenados, dado que no es efectiva y realmente un elemento material que incida en la producción del riesgo que finalmente dio al traste con la ideal fórmula química de la soda caustica para la que había sido adquirida.

Otra interpretación de las cosas conduciría a un nominal incumplimiento o una palabra pueda tener efectos de dañar la materia, lo cual no es lógico ni razonable.

En consecuencia, se desvirtúa la concurrencia de culpas siendo palpable la existencia de una conducta por la cual habría de responder única y exclusivamente la parte demandada en integridad por el daño sufrido por IMPROQUIN y la aseguradora en vía de subrogación."

**DECISIÓN: Confirma decisión de primera instancia. Sin costas.**

**M.S: Dra. CATALINA RAMIREZ VILLANUEVA**

**Radicación: 08758-31-10-001-2017-00071-01 / Número Interno: 00112-2017F**

**TEMA: SANCIÓN POR OCULTAMIENTO DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL-**

Para su imposición requiere demostrarse el dolo por parte de uno de los cónyuges/ **VENTA DE VEHÍCULO-** Su inclusión dentro del inventario del haber social es indicativo de la ausencia de intención de distraerlo de los bienes sociales/ **PRUEBA DEL DOLO-** Debe acreditarse de manera inequívoca pues no toda actuación de los conyuges al interior del trámite liquidatorio puede tenerse como dolosa

**TIPO DE PROVIDENCIA:** Apelación de sentencia

**FECHA:** Mayo 16 de 2018

**DEMANDANTE:** ROSIRIS DEL CARMEN SALCEDO JULIO

**DEMANDADO:** ANIBAL JOSÉ SALCEDO MONTERROSA

**Síntesis del caso:**

En el presente asunto, se trata de verificar si hay lugar a la sanción que impone el artículo 1824 del Código Civil al cónyuge que oculta o distrae bienes del haber social, en desmedro del otro cónyuge, pues la situación fáctica señala que el demandado si denunció al momento de realizar el inventario el vehículo automotor del que se duele la actora.

**Extractos:**

“En el caso sub-examine, se constata que la parte demandante pretende que se declare la sanción dispuesta en el artículo citado, por haber actuado el señor ANIBAL JOSÉ SALCEDO MONTERROSA, de manera dolosa, al ocultar el bien consistente en un vehículo de la sociedad conyugal. De tal manera, que reposa en la parte demandante la carga de probar el dolo con que el demandado actuó, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 1516 del C. Civil, el dolo no se presume, por el contrario, quien lo alegue debe probarlo.

Revisado el acervo probatorio que reposa en el plenario, se evidencia que la sociedad conyugal conformada entre las partes fue disuelta el 27 de Noviembre de 2015, según copia del acta de la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO PROMISCO DE FAMILIA DE SOLEDAD (fl. 5), de igual manera, aparece certificado expedido por la Secretaría Distrital de Movilidad de Barranquilla, que da cuenta de que a la calenda del 19 de Octubre de 2016, el vehículo de placas IES 591, era de propiedad del señor ANIBAL SALCEDO (fl. 21); así mismo, que la demandante allegó copia de la solicitud de liquidación de la sociedad realizada por el señor ANIBAL SALCEDO, el día 8 de Noviembre de 2016, ante el JUZGADO PRIMERO PROMISCO DE FAMILIA DE SOLEDAD, en la que éste incluyó como activo el vehículo marca Chevrolet, código 911904120 (fl.

11), lo que quiere decir, que una vez disuelta la sociedad y estando en vigencia su trámite de liquidación, el demandado si denunció el bien objeto de la Litis en el avalúo realizado para llevar a cabo el respectivo trámite.

Ahora bien, como quiera que la inconformidad radica en que en fecha posterior a las señaladas, el señor ANIBAL SALCEDO, cónyuge de la hoy demandante, enajenó el bien a pesar de haberlo declarado parte de la masa social, sin haber sido efectuada la respectiva liquidación. Sobre este hecho, la Sala observa que el demandado ratificó tal afirmación en la respectiva contestación de la demanda, cuando señaló que por estrategia jurídica traspasó el vehículo el 24 de Noviembre 2016, en razón de que como codeudor de un crédito a favor de su hijo, se avecinaba un embargo por el incumplimiento del pago de la obligación, pero que el vehículo retornó a su propiedad el 24 de Enero de 2017 (ver folios 27 y 28). De esta manera, lo dicho por el demandado, guarda relación con los hechos manifestados por la demandante en cuanto a que ambos reconocieron que el bien si salió de la masa patrimonial que ya estaba conformada y que debía ser liquidada, pero al poner de presente que el bien fue devuelto, se habilitó que éste pudiera ingresar a la partición, amén de que ya se encontraba incluido en el laborío de inventarios y avalúos que se realizó. Como prueba de ello, el demandado aportó certificado de la Secretaria de Tránsito y Seguridad Vial de Barranquilla, que da cuenta de que el señor ANIBAL SALCEDO MONTERROSA, a la fecha de 6 de Marzo de 2017, fungía como propietario del vehículo (fl. 32), corroborando que dicho bien si regresó al haber social.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra acreditada la salida del bien denominado vehículo, marca Chevrolet, de placas IES591, de la respectiva masa partible, por lo que le asiste razón al recurrente sobre este aspecto; aclarando que esa circunstancia por sí sola no acredita el dolo con que actuó el demandado, pues tal como se señaló, la ocultación de bienes que se sanciona debe ser dolosa, y debe comprobarse cabalmente, no puede confundirse en ningún caso el dolo con el acto jurídico del que se haya servido el respectivo cónyuge para sustraer el bien perteneciente a la sociedad conyugal. En punto con tal requerimiento, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 1º de abril de 2009, Rad. n.º 2001-13842-01, aplicable al evento de la Litis, señaló:

*“Cuando el artículo 1824 del Código Civil expresa que ‘aquel de los dos cónyuges o sus herederos, que dolosamente hubiera ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa, y será obligado a restituirla doblada’, resulta imperioso entender cómo para el éxito de la pretensión es menester demostrar la ocultación o la distracción de algún bien de la sociedad, al tiempo que es también forzoso hacer patente que tal comportamiento ha sido acompañado de dolo, (...). No basta, pues, que el encubrimiento tenga ocurrencia, sino que aflora indispensable el ingrediente subjetivo, razón por la cual es necesario probar la ocultación o la distracción intencional de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal; (...)*”.

De la misma forma, en sentencia del 10 de agosto de 2010, Rad. n.º 1994-04269-01, la Corporación antes mencionada precisó:

*“La disposición, cuya ratio legis, se orienta a preservar y tutelar la plenitud, igualdad e integridad de los cónyuges en lo atañedor a sus derechos en la sociedad conyugal formada por el vínculo matrimonial, sanciona el acto **doloso** de ocultamiento o distracción de los bienes sociales celebrado o ejecutado por una de ellos o por sus herederos, y presupone para su aplicación la plena demostración fáctica, clara e inequívoca con pruebas oportunamente allegadas al proceso y sujetas a contradicción, no sólo de la calidad jurídica del sujeto, del bien social y de la ocultación o distracción, sino de dolo, o sea, el designio de defraudar, perjudicar o causar daño, y éste igualmente debe probarse porque sólo se presume en los casos expresamente disciplinados por el ordenamiento jurídico (artículo 1516 Código Civil).*

...

*Por esto, la sola disposición de bienes llamados a integrar el haber social, por sí y ante sí, no es indicativa de un acto doloso de ocultamiento distracción o fraude a la sociedad conyugal, por cuanto podrá hacerse sin el designio maduro de causar daño, (...).”*

De los lineamientos jurisprudenciales expuestos, se infiere la pertinencia de la exigencia de la demostración del dolo, elemento que esta Colegiatura no encuentra suficientemente acreditado, pues el dicho de la recurrente acerca de que el vehículo fue enajenado por el demandado, no es prueba suficiente de que se esté frente a un comportamiento doloso, además que no reposa prueba distinta que demuestre la intención subjetiva de ocasionar al daño, ni siquiera el interrogatorio rendido por el señor ALFRED ARZUZA JIMENEZ, en calidad de testigo, quien se limitó a manifestar que siempre había visto al demandado en el vehículo, pero que desconoce los negocios jurídicos efectuados sobre el bien. No obstante, es menester señalar que aunque la disposición de los bienes una vez disuelta la sociedad conyugal no se encuentra permitida, también es cierto que el hecho de que el demandado incluyó el vehículo en el respectivo avalúo como parte de la masa de bienes y lo devolvió para que siguiera formando parte de aquella, permite inferir que el actuar del cónyuge no tiene la virtualidad de ser doloso y que no buscaba defraudar al otro ni ocasionar el desmedro de sus intereses en la respectiva partición de bienes sociales.

De otro lado, en los reparos formulados a la providencia, la parte recurrente insistió en que el bien si salió del haber social toda vez que existió un impedimento real al momento de hacer efectivas las medidas cautelares. Con relación a este aspecto, cumple advertir que este Cuerpo Colegiado, reconoció, tal como se dijo en párrafos precedentes, que el señor ANIBAL SALCEDO MONTERROSA, si dispuso del bien, pero que tal hecho fue superado al retornar el vehículo a su patrimonio y por ende al haber social; ahora bien, la misma suerte correspondería a la inconformidad respecto de hacer efectivas las medidas cautelares, pues si bien es cierto que en aquel momento no pudieron llevarse a cabo, reposa prueba documental consistente en oficio emitido por la Secretaria de Transito de Barranquilla, de fecha 16 de Agosto de 2017 (fl.37), que

da cuenta de que el vehículo ya se encuentra embargado, garantizando con esta medida la integridad de la masa de bienes sociales y el patrimonio de la demandante.

(...)

Así las cosas, es claro que no se encuentra probado que el señor ANIBAL JOSÉ SALCEDO MONTERROSA, de manera dolosa hubiere ocultado el bien denominado vehículo de placas IES591 de la sociedad conyugal, por lo que naturalmente no puede darse aplicación a la sanción consagrada en el artículo 1824 del ordenamiento civil; de igual manera, no se han visto afectados los derechos sociales y patrimoniales de la señora ROSIRIS DEL CARMEN SALCEDO JULIO, con la conducta realizada por aquél, toda vez que no ha sido menoscabado el patrimonio de la sociedad conyugal, tal como quedó demostrado; razones por las que se infiere que al no encontrarse acreditados los elementos para la prosperidad de la sanción por ocultamiento o distracción de bienes sociales, no se equivocó el Juzgador de Primera Instancia al no acceder a las pretensiones de la demanda y por el contrario su decisión se ajustó a derecho, lo que conduce a la confirmación de la sentencia recurrida."

**DECISIÓN:** Confirma sentencia de primera instancia

**M.S: Dra. GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO**

**Radicación: 08-001-31-03-010-2011-00243-01/ Número Interno: 40.418**

**TIPO DE PROVIDENCIA:** Apelación de sentencia

**TEMA: CAUSALIDAD JURÍDICA Y MATERIAL-** Diferencias/ **COSA JUZGADA-** Elementos que la integran/**OMISIONES DEL EMPLEADOR-** Pueden generar responsabilidad de índole civil frente a las personas que conforman el núcleo familiar de empleados víctimas de accidentes de trabajo/**NORMAS DE PROTECCIÓN LABORAL-** Su incumplimiento puede ser fuente de diferentes tipos de responsabilidad por los perjuicios causados a los afectados y víctimas del daño

**FECHA:** Junio 19 de 2018

**DEMANDANTE:** Douglas Alfonso Matiz Charris

**DEMANDADOS:** Pizano S.A. en reestructuración

### **Síntesis del caso:**

En el presente asunto, aborda la Sala por segunda vez el recurso de apelación contra una sentencia en la que se discute la responsabilidad civil extracontractual que le asiste a la empresa para la cual prestaba sus servicios, cuando uno de sus empleados murió realizando sus funciones. En providencia anterior, la Corporación había considerado que existía cosa juzgada material, por cuanto, una de las hijas del occiso presentó el mismo reclamo judicial que el aquí demandante, tesis que varió la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sede de tutela.

## Extractos:

“Los argumentos torales del recurrente en relación a la indebida valoración de la masa probatoria, radican, de un lado, en la falta de obligatoriedad que reviste la decisión del Ministerio de la Protección Social y el concepto de la Administradora de Riesgos Profesionales, y de otra parte, en la omisión en la valoración de los testimonios recepcionados en el decurso procesal, que desplazaban aquellos documentos, al dar cuenta que el señor Duglas Matiz Dederle, había desacatado las advertencias que contraindicaban la manipulación de la maquinaria en ese preciso momento, asumiendo su propia responsabilidad.

(...)

De la lectura de los testimonios se dejan ver coincidencias y divergencias que han de estudiarse con mayor cuidado atendiendo la relación de subordinación que mantienen o mantenían los declarantes con la demandada al momento de la recepción de sus narraciones.

De sus divergencias se destaca el punto de la presencia de un supervisor, el número de gatos utilizados y la persona que lo instaló, como quiera que al respecto guardan diferentes versiones. Sin embargo de la lectura global de las narraciones hechas ante el Ministerio de la Protección Social y a posteriori ante el Juzgado Décimo Civil del Circuito, se desprende que en efecto no existió una supervisión adecuada, pues aducen que el encargado era el ingeniero Jorge Ortiz, quien delegó las funciones en el señor Ubaldo Raul Meza Mejía, último que no se encontraba al momento del insuceso. Así mismo quedó establecido que la máquina fue manipulada no por 4 sino por dos empleados, uno de los cuales tenía como cargo el de soldador y como una de sus funciones asociadas, la operación de la máquina, más nó su instalación. Coinciden también en la falta de un protocolo previo, resaltándose un simple consenso sobre el desmonte de las piezas de madera, después de la hora de almuerzo.

Así que, aunque se coincide en que el accidente ocurrió debido al retiro de los maderos por parte del señor Duglas Matiz Dederle, quien no se percató que el gato hidráulico no se encontraba centrado, permitiendo que la máquina se inclinara hacia donde se encontraba, aprisionando su cuerpo y causándole la muerte, y también se converge en la implementación de medidas de seguridad por parte de la empresa, es realidad que quedaron en evidencia actuares impregnados de ligereza por parte de la empresa Pizano S.A., como quiera que el dicho sobre la seguridad de la operación, no tiene la virtualidad de contrarrestar las previsiones de seguridad para la manipulación de este tipo de maquinaria.

La presunta desatención del señor Matiz Dederle que se desprende de los testimonios, no anula las omisiones que se dieron con anterioridad y que permitieron o facilitaron el accidente, habida cuenta que la experiencia de la víctima y sus compañeros, debe ir ineludiblemente atada al cumplimiento de normas previas de seguridad, que aunque parecían dadas al momento de valorar las pruebas allegadas al proceso iniciado por la señora Gloria Alcira Matiz Rodríguez, no se observaron cumplidas en este preciso proceso.

Y es que, analizados los testimonios y las pruebas documentales obrantes en el plenario, es preciso mencionar que el asunto reviste relevancias particulares que han de ser tenidas en cuentas para la toma de decisión.

Primeramente, debe tenerse en cuenta que se trata de una actividad peligrosa ejecutada como consecuencia y en el desarrollo de una relación laboral, de manera que no puede desconocerse que existe regulación impositiva de obligaciones y cargas en cabeza tanto del empleador como del trabajador.

Es así como, al momento de analizar el nexo de causalidad para efectos de determinar quien cometió el hecho motivo del daño materializado, se debe señalar que en efecto y como se dijo anteriormente, de los testimonios rendidos en el proceso, es evidente que la operación en medio de la cual se produjo el accidente laboral, estaba siendo realizada por tan solo dos trabajadores, a saber, el señor Douglas Matiz y el Señor Marco De la Hoz.

La operación entonces no estaba siendo dirigida ni supervisada por el superior de alguno de ellos, dado que, se demostró que el Ingeniero Jorge Ortiz, dejó encargado de la supervisión a otro operario, que es el señor Ubaldo Meza, empero, éste señaló de forma clara, que él se encontraba a doce metros del lugar de los hechos cuando sintió la caída de la máquina, de lo que logra extraerse que ni siquiera lo percibió de forma visual.

Ahora bien, la Resolución n°. 2400 de 1979 adiada Mayo 22 de 1979 emitida por el Ministerio del Trabajo y de la Protección Social, regula en su Título X, el "*Manejo de Transporte de Materiales*", disponiendo el artículo 389 en su parágrafo, que "*El trabajo pesado se hará con ayudas o dispositivos mecánicos si es posible, o con la ayuda de otros trabajadores designados por el Supervisor o Capataz. Cuando el levantamiento de cargas se realice en cuadrilla, el esfuerzo de todos deberá coordinarse y un trabajador, uno solo, deberá dar las órdenes de mando.*" (Negrilla fuera del texto original).

(...)

Se denota entonces que no existió la supervisión y coordinación de la operación por parte de la persona encargada, de modo que, no resulta de avenimiento lo esbozado por la parte apelante en su reparo y en la excepción de "*culpa exclusiva de la víctima*", en cuanto al supuesto actuar negligente del finado por haber desatendido la manifestación del señor Pedro Medina, quien nisiquiera se encontraba en el lugar del accidente, acudió por casualidad según su dicho tan sólo a las 2:00pm unos minutos antes del accidente, y no era la persona al mando, de modo que, mal podía exigirse al señor Douglas Matiz que le atendiera su recomendación, en contravía de lo dispuesto por el ya citado artículo 389 del Decreto 2400 de 1979, según el cual, las órdenes y coordinación únicamente debía y podía estar a cargo del señor Ubaldo Raúl Meza, por delegación que le realizó el Ingeniero Jorge Ortiz.

(...)

Es así como se itera, no resulta de avenimiento para la Sala el argumento de la parte demandada, según el cual, la muerte del señor Douglas Matiz, acaeció por su propio actuar imprudente al no haber procedido de conformidad con lo indicado por el señor Pedro Medina, pues, en palabras de la H. Corte Suprema de Justicia, "*Para establecer si una conducta (activa u omisiva) se puede atribuir a un agente hay que partir de categorías*

*jurídicas como el deber de actuar, las acciones y omisiones relevantes, la posición de garante, el concepto de 'guardián de la cosa', las obligaciones de seguridad, etc. (que no llevan implícitos juicios de reproche), las cuales no se constatan directamente sino que se atribuyen a partir de un marco de sentido jurídico que permite la construcción de pruebas inferenciales."*

*"..."*

*"La prueba de la imputación del hecho a un agente no se puede establecer únicamente a partir del análisis de la 'causalidad natural pura', porque las explicaciones físicas o mecánicas del comportamiento generador de un resultado no siempre son distinciones indiscutibles en el lenguaje jurídico, y nunca lo son en materia de omisiones y responsabilidad indirecta. Ello no quiere decir que se tenga que prescindir de los aportes técnicos de determinación de causalidad natural, sino que detrás de tales datos de la experiencia hay construcciones lingüísticas o de sentido jurídico por parte de quien los observa y valora.*

*Aunque la causalidad natural no puede excluirse por completo del juicio de imputación, hay que tener presente que ella no es absoluta ni constituye todo el proceso de atribución de un hecho a un agente, porque la cualidad de artífice se encuentra prefigurada por una concepción normativa, o sea que cada comportamiento es valorado dentro de un horizonte de conductas que se erige como patrón selectivamente relevante.*

*Existe una diferencia fundamental entre el principio de causalidad y el de razón suficiente, toda vez que el primero busca el origen material de un hecho, en tanto que el segundo se pregunta por qué un resultado puede ser atribuido a una acción dentro de un marco de valores preestablecidos. En el primer caso se habla de relaciones causales, en el segundo de explicaciones de razón."<sup>1</sup>*

Todo lo anterior para precisar, que si bien la caída de la maquina dobladora tuvo su '*causa natural*', según los testigos, en el hecho de haber quitado el señor Douglas Matiz los maderos que sostenían dicha máquina sin encontrarse centrado el gato (en su punto de gravedad), pese a la advertencia realizada por el señor Pedro Medina, lo cierto es que, la única voz de mando que debía escuchar el finado, era la del señor Ubaldo Meza, y éste, tanto en el momento de que tuvo lugar el hecho y en la operación en general, permaneció realizando otras actividades distintas a la dirigir el descargue de la máquina.

De este modo, es diáfano que las empresas demandadas, desatendieron, no sólo las recomendaciones de la ARP y los protocolos de seguridad en cuanto a que la operación debía realizarse por cuatro personas, en cuanto al estudio del área, etc., sino que a su vez, desatendió el deber de dirigir y/o de coordinar la maniobra, de acuerdo, no solo con las recomendaciones de la ARP, sino también, con el artículo 389 del Decreto 2400 de 1979.

Tal omisión, fue la que tuvo la aptitud suficiente y adecuada para la producción del daño. Esto pues, fue en razón de esa omisión que no pudieron ser tomados los correctivos necesarios y así evitar que la maquina cayera sobre la humanidad del señor Douglas Matiz Dederle y se produjera su deceso, de suerte que, resulta atribuible a la parte demandada el hecho generador del daño, pues en ella recayó la omisión que le dio lugar.

---

<sup>1</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia SC13925-2016 adiada septiembre 30 de 2016. Radicación n°. 05001-31-03-003-2005-00174-01. MP: Ariel Salazar Ramírez.

Esto significa, que la causalidad natural, no coincide, en el caso bajo examen, con la causalidad jurídica, y ello es así, porque, sin desconocer la causa natural, es decir, la modificación de las circunstancias fácticas en el mundo fenoménico, lo cierto es que ella no es absoluta en el proceso de atribución del hecho, tal como lo ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia.

De ser distinto, se limitaría la Sala, contrario a lo señalado por la jurisprudencia, al principio de la causalidad, cuando en el caso bajo estudio, existe otra razón suficiente productora del daño, que fue la omisión de dirección de la operación por parte de la empresa demandada; y es que esta es la razón suficiente, toda vez que sin ella, como se dijo anteriormente, el coordinador de la maniobra con su voz de mando, habría ordenado al trabajador que desplegara la actuación necesaria para tomar el correctivo forzoso en cuanto a la posición del gato que debía sostener la máquina.

Corolario así, que los reparos atinentes a desvirtuar los presupuestos de la responsabilidad civil y determinar la culpa exclusiva de la víctima, no son procedentes en criterio de la esta Sala de Decisión.

Sígase con el reparo que tiene que ver con el daño moral reconocido al demandante, atendiendo al argumento del recurrente, quien expresa que entre el actor y la víctima no existía un vínculo afectivo que desembocara en un dolor indemnizable, puesto que el padre había dejado el hogar cuando el primero contaba con 11 años de vida.

No obstante para la Sala es este un argumento que brilla por su fragilidad, pues la separación de los padres no conlleva ineludiblemente al rompimiento del nexo amoroso entre estos y los hijos, de manera que la simple afirmación sobre la dejación de la cohabitación, no implica per se que la muerte del progenitor no genere sufrimiento al hijo.

Las altas cortes han sido claras al establecer que el perjuicio moral se presume y depende del grado de cercanía del demandante con la víctima, estableciéndose para los hijos en razón de encontrarse en un primer grado de consanguinidad, una indemnización que no mide pero si refleja ese amor filial, y esa presunción tenía que desvirtuarse por la contraparte con pruebas contundentes, que se extrañan en el presente proceso, quedando determinado de los testimonios que la relación paterno-filial existía, al punto de trabajar en la misma empresa al momento del insuceso, trayéndose a colación que el señor Salvador Lenis de Oro Rada, en su declaración afirmó haber conocido la reacción del señor Duglas Alfonso Matiz Charris frente al fallecimiento de su padre. (Folio 294). (...)

En relación a la última inconformidad, relativa a la exoneración del llamado en garantía, adujo el juez A quo que Gamasitec no tenía obligación legal ni contractual de responder por indemnizaciones civiles, toda vez que el vínculo con la demandada Pizano se circunscribía a obligaciones de índole laboral. El recurrente por su parte, en la sustentación del recurso de apelación que realizó el 12 de enero del presente leyó la que llamó cláusula de indemnidad contenida en el parágrafo 4to de la oferta suscrita entre ellos y aceptada por Pizano S.A.

Sin embargo de la lectura que la Sala hace del citado párrafo, obrante a folio 15 del cuaderno de llamamiento en garantía, no se puede llegar a la misma conclusión del inconforme, pues la responsabilidad que asume Servicios Industriales y Técnicos Gama Limitada – Gamasitec Ltda. es a título de empleador, de suerte que las indemnizaciones de que habla el articulado son exclusivamente laborales, lo que de tajo excluye una condena por responsabilidad civil como la que hoy se estudia, conclusión que le otorga la razón al juez A quo, cuando desvincula a la empresa Gamasitec Ltda del fallo condenatorio en que se ve inmerso la sociedad Pizano S.A., pues como viene dicho desde el inicio de esta audiencia, hay una línea clara entre los efectos civiles derivados del hecho culposo de Pizano S.A., y los laborales implícitos en el contrato de trabajo celebrado entre Duglas Matiz Dederle y la referida bolsa de empleo.”

**DECISIÓN:** Confirma sentencia de primera instancia.

**M.S: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ**

**Radicación: 08- 001- 31- 53- 001- 2015- 00594- 02 / Número Interno: 40.700**

**TIPO DE PROVIDENCIA:** Apelación de sentencia

**TEMAS: RESPONSABILIDA CIVIL MÉDICA-** En caso de cirugía plastica si es posible predicar que las obligaciones derivadas sean de resultado, si así se ha pactado en el contrato de prestación de servicios/**HISTORIA CLÍNICA:** Para su valoración judicial requiere que se encuentra depositada en el sitio donde fue atendido el paciente/ **CIRUJANO PLÁSTICO-** No obró con diligencia y cuidado en el diligenciamiento y conservación de la historia clínica de la paciente afectada/**VIOLACIÓN DE LA LEX ARTIS-** Genera responsabilidad del galeno

**FECHA:** Junio 29 de 2018

**DEMANDANTE:** Tatiana Lopez Lara, Jhon Moreno Mejia, y sus menores hijos Jhon y Valentina Moreno Lopez

**DEMANDADO:** Dr. Carlos Cala Cala y Clinica Perfect Health

### **Aspecto fáctico:**

En el presente asunto, la Sala aborda la apelación de una sentencia condenatoria a un médico que practicó la cirugía plástica denominada lipoinjerto glúteo a una paciente, que le generó daños a su salud, físicos y morales por la sepsis y necrosis posterior a la intervención quirúrgica.

### **Extractos:**

“Es así que entonces, por regla general, las obligaciones que emanan de contratos de prestación de servicios médicos, son de medio y no de resultado, como lo dispone en el ordenamiento patrio el art. 104 de la Ley 1438 de 2011, dado que la medicina no es una ciencia exacta ni cuantificable a partir de

resultados; sin embargo en el ámbito de la atención en salud existen procedimientos y actos médicos de los cuales excepcionalmente se pueden derivar obligaciones de *resultado*, como por ejemplo, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia nacional e internacional, ocurre en el caso de las cirugías estéticas en que el médico se compromete expresamente con el paciente en obtener un determinado resultado generalmente de mejoramiento de la apariencia física de éste.

Por ello, ante un evento en que el paciente reclama al galeno el cumplimiento de un resultado determinado en el ámbito de un procedimiento o atención médica estética, resulta necesario establecer, conforme a las cláusulas del convenio, si la relación entre el profesional de la salud y el usuario, calificada ahora como de "*medio*" por el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, deja de ser tal, para convertirse en deber de resultado; tema respecto del cual la alta Corporación mencionada, en la misma sentencia señaló que "(...) [s]i, entonces, el médico asume, acorde con el contrato de prestación de servicios celebrado, el deber jurídico de brindar al enfermo asistencia profesional tendiente a obtener su mejoría, y el resultado obtenido con su intervención es la agravación del estado de salud del paciente, que le causa un perjuicio específico, éste debe, con sujeción a ese acuerdo, demostrar, en línea de principio, el comportamiento culpable de aquél en cumplimiento de su obligación, bien sea por incurrir en error de diagnóstico o, en su caso, de tratamiento, lo mismo que probar la adecuada relación causal entre dicha culpa y el daño por él padecido, si es que pretende tener éxito en la reclamación de la indemnización correspondiente, cualquiera que sea el criterio que se tenga sobre la naturaleza jurídica de ese contrato; salvo el caso excepcional de la presunción de culpa que, con estricto apego al contenido del contrato, pueda darse, como sucede por ejemplo con la obligación profesional catalogable como de resultado"<sup>2</sup>.

Ello es así, porque los contratos de prestación de servicios médicos para la realización de cirugías estéticas, en términos generales se rigen por el sistema de culpa probada, por incorporar una obligación que para el galeno es de medio; sin embargo, para determinar si en un caso específico, médico y paciente han convenido que la obligación del primero sea de resultado, debe identificarse "(...) el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado (...), porque es (...) el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 174 de 13 de septiembre de 2002, expediente 6199.

*incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma*<sup>3</sup>.

(...)

Sin embargo, como prueba de que en efecto realizaron tal convención, figura el documento obrante a folios 490 a 493 del segundo cuaderno, que aportó el demandado y reconoció la accionante en su interrogatorio de parte, contentivo del “*Consentimiento informado para la práctica de intervenciones quirúrgicas y/o procedimientos especiales de cirugía plástica, estética y reconstructiva*” (...) documento éste indicativo no solo de que la demandante obtuvo información suficiente y satisfactoria de las complejidades de las cirugías estéticas que convino le fueran practicadas, sino también del contrato paciente-médico y de los riesgos que son inherentes a las mismas, o sea, el consentimiento informado que echa de menos; sino que también que el galeno y la paciente no alteraron la regla general contenida en el art. 104 de la Ley 1438 de 2011, de que el contrato de prestación de servicios médicos es de medio y no de resultado, sino que expresamente lo convinieron de esa forma; ello indica que la solución de este caso ha de guiarse el fallador por el sistema de culpa probada, que implica que la parte demandante acredite no solo el hecho dañoso y el perjuicio, sino la relación de causalidad entre éstos dos, es decir, que es la mala o indebida *praxis médica* la causante del daño; y en el que al médico demandado le basta acreditar que en cambio, obro con la debida diligencia y cuidado en la implementación del procedimiento o tratamiento médico de que se trate.

(...)

Ahora bien, como antes se dijo, no aparece en epicrisis que se llevó en la CLÍNICA PERFECT HEALT, ni en la Clínica del Caribe, registro alguno de haberse realizado la cirugía de *lipoinjerto de grasa en glúteos* y menos aún de la forma en que dicho procedimiento quirúrgico se efectuó y/o de sus vicisitudes que se hayan presentado; y frente a esta omisión, el galeno CARLOS CALA presentó la historia clínica que de ello reposa en su consultorio particular, la cual aunque pudiera servir a él para el seguimiento personal de los pacientes a su cargo, no puede ser valorada en procesos como el que nos ocupa, por no encontrarse ajustada a los preceptos contenidos en los artículos 3º y 13 de la Resolución No.1995 de 1999 del MINSALUD, según los cuales una de las características del diligenciamiento de las historias clínicas es el de oportunidad, que exige que éstas sean elaboradas simultánea o inmediatamente después de que ocurre la intervención quirúrgica, y se dejen en custodia de la institución de salud en donde se haya prestado el servicio, de manera que habiéndose aperturado en la CLÍNICA PERFECT HEALT y dejado allí en custodia, como debe ser, una historia

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 001 de 30 de enero de 2001, expediente 5507.

clínica donde se registraron los pormenores de los procedimientos quirúrgicos efectuados a la demandante Tatiana López, allí mismo debió consignarse todo lo referente a la cirugía de *“lipoinjerto de grasa en glúteos”* que también le fue practicada ese día, en virtud del principio de integralidad que conforme al decreto mencionado, que regía esa actividad en Colombia en el año 2014, exigía para el diligenciamiento de este documento, de que trata el art.6° parágrafo 2° de dicha resolución, que exige que *“Todo prestador de servicios de salud debe utilizar una historia única institucional, la cual debe estar ubicada en el archivo respectivo de acuerdo a los tiempos de retención, y organizar un sistema que le permita saber en todo momento, en qué lugar de la institución se encuentra la historia clínica, y a quien y en qué fecha ha sido entregada”*.

En este orden de ideas, tenemos que si bien es cierto que la obligación del galeno demandado es de medio y no de resultado, como lo previene el art. 104 de la Ley 1438 de 2011, y que por ende la parte demandante corre con la carga de acreditar que el médico obró culpablemente por desatención de la *Lex Artis*, también es cierto que en este caso, dado que fue el médico quien desatendió su deber de consignar en la historia clínica los datos correspondientes al procedimiento quirúrgico denominado *lipoinjerto de grasa en glúteos”* para poder determinar si obró con diligencia y cuidado en la realización de la cirugía, incurrió en omisión de la *lex artis*, pues tomando en consideración que la epicrisis de procedimientos quirúrgicos constituye no solo un documento que debe contener información sobre el diagnóstico preoperatorio, la operación planeada, la realizada, la descripción de la técnica quirúrgica, materiales utilizados, incidentes y accidentes, identificación del personal que intervino en el procedimiento, estado postquirúrgico inmediato, órdenes y recomendaciones postoperatorias, pronósticos, exámenes de laboratorio, etc., que sirvan para evaluar y adoptar criterios médico asistenciales, sino que también es de utilidad para eventualmente al paciente y/o a sus familiares y al juez de lo acontecido al efectuar las cirugías, es claro que su omisión en este caso, al no efectuar el galeno demandado las anotaciones que se echan de menos respecto del comentado procedimiento de *lipoinjerto en glúteos*, además de desatender la obligación que su profesionalismo le exigía, ha impedido a la justicia verificar si obró con la debida diligencia y cuidado que correspondía en la realización de la cirugía referida.

De otra parte, conforme al consentimiento informado y a la literatura médica, vista por esta Sala en la revista médica de la Clínica Estética CICEM, página web <http://clinicacisem.com>, el procedimiento tantas veces mencionado, consiste en que después de succionar de una parte del cuerpo del paciente, *“...la grasa es preparada minuciosamente en un proceso de lavado en la cual se eliminan o descartan líquidos, como aceite y sangre, quedando únicamente*

*el contenido graso que se va a injertar...Una vez realizado el injerto, la paciente será vendada con la misma prenda de compresión que se utilizaría para liposucción, teniendo como único cuidado el no masajear ni presionar en exceso la zona";* cirugía de la que se insiste, no existe registro que permita observar cómo se realizó el manejo de extracción de la grasa de una parte del cuerpo de la paciente, y su injerto en los glúteos de ésta; procedimiento que según el artículo Femmcirugía estética, comporta los riesgos temporales de producir dolor que puede ser controlado con analgésicos, amoratamientos, inflamación y alteraciones de la sensibilidad, como también cicatrices que con el tiempo tienden a ser poco visibles, y así mismo, "...riesgos propios de la anestesia, y los derivados de la cirugía, fundamentalmente el sangrado, los hematomas (colecciones sanguíneas), las infecciones, pérdida parcial de la piel, alteraciones duraderas de la sensibilidad, problemas de cicatrización..."; corroborando los médicos que rindieron informe pericial en el proceso, doctores RAFAEL HERNANDEZ HERAZO y RAFAEL ENRIQUE POLO ROMERO, que en esta clase de cirugías constituye un riesgo propio del procedimiento quirúrgico referido, que se produzcan infecciones y necrosis grasa, aunque no sucede con mucha frecuencia; y que rápidamente pueden ser tratadas, y observamos que el seguimiento que el Dr. CARLOS CALA hizo de la paciente, que como él declara, en varias oportunidades le manifestó telefónicamente de las molestias que se le presentaron y del avance de las mismas, verificadas personalmente por él en julio 18 de 2014, no fue el más adecuado, puesto que exigía de él, por ser el cirujano plástico de experiencia que practicó el procedimiento quirúrgico, mucho más que la recomendación que dice haber emitido en esa fecha, de que internaran a la paciente en la CLINICA PERFECT HEALT, pues la situación ameritaba que él adoptara una decisión más firme y urgente, de no solo sugerir sino proceder a ordenar la hospitalización inmediata de la paciente, y si ella o sus familiares se hubieren negado a ello, o retardado, dejar constancia de tal circunstancia; de manera que en este otro aspecto, también se evidencia una inadecuada práctica de los protocolos médicos en el tratamiento de este tipo de afecciones, que como se advierte de la atención de que fue objeto la señora TATIANA LÓPEZ presentaba un cuadro infeccioso de mucha gravedad. Estos comportamientos del galeno, aunado a que canceló la alta suma de dinero que cobro la CLINICA DEL CARIBE por la atención a la patología postoperatoria que presentó la señora TATIANA LÓPEZ, permiten ver demostrada su responsabilidad en las afecciones de la salud de dicha señora, y por tanto, la relación de causalidad con ocasión del procedimiento quirúrgico que él efectuó, y por ende la relación de causalidad entre el hecho dañoso y los perjuicios que afrontó la demandante, por lo que en lo que a este aspecto concierne, la sentencia de primer grado habrá de confirmarse."

**DECISIÓN:** CONFIRMA los numerales 1º, 3º, 5º, y 6º, éste último en lo que concierne a la condena en costas, por las razones expuestas en la parte motiva

de esta providencia. REVOCA parcialmente el numeral 2º para dejarlo vigente solo en lo que concierne a perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente por la suma de \$353.385, y revocar la decisión de condena por concepto de lucro cesante en cuantía de \$19.057.095. REVOCA en su totalidad el numeral 4º, por lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

**M.S: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ**

**Radicación: 08- 001- 31- 03- 003- 2013- 00149- 01 / Número Interno: 40.849**

**TIPO DE PROVIDENCIA:** Apelación de sentencia

**TEMAS: PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA-**En casos de responsabilidad civil extracontractual deben reunirse los presupuestos legales para su decreto/**LÍMITES TEMPORALES PARA SU CONTABILIZACIÓN-** A falta de elección de quien la alega debe el Juez estarse a las reglas de interpretación de las leyes en el tiempo/**VIGENCIA DE LA LEY 791 DE 2002-** Quienes alegan la prescripción bajo el amparo de esta norma podrán beneficiarse de los efectos de la misma sólo a partir de su promulgación, sin ser posible acumularla con tiempos anteriores.

**FECHA:** Junio 29 de 2018

**DEMANDANTE:** Jhon Freddy Reyes Escorcía y Aurelio De La Hoz Padilla

**DEMANDADO:** Taxi Prado S.A.S - Compañía De Seguros Generales Condor S.A en Liquidación

### Aspecto fáctico:

En el presente caso, la Sala aborda nuevamente el estudio del fenómeno extintivo de la prescripción alegada en primera instancia y que no fue acogida por el Juez A quo, al interior de un proceso de responsabilidad civil extracontractual derivado de un accidente de tránsito que causó perjuicios a los demandantes.

### Extractos:

"...el presente proceso es uno de responsabilidad civil extracontractual, según las previsiones del art. 2341 del Código Civil, contra la empresa TAXI PRADO S.A.S., dado de una parte, que no existía vínculo jurídico o contractual alguno entre el conductor, la empresa transportadora y/o el propietario, tenedor o poseedor del vehículo, y las víctimas o sus causantes, pues el hecho dañoso fue un accidente de tránsito, como se concluyó en sentencia fechada Junio 22 de 2011, proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Descongestión de Soledad, en el proceso radicado bajo el No. 00870-2007-00 adelantado contra el conductor del rodante, señor JAIME JOSÉ JIMÉNEZ CAMARGO, por el comportamiento culposo de éste en la conducción del taxi, que dio lugar a

que se produjera el accidente de tránsito en que resultó lesionado el señor JHON FREDDY REYES ESCORCIA y se produjo el deceso del menor SAMUEL DE LA HOZ ROJAS (q.e.p.d.) (fls.6-27)

De otra parte, gravita sobre tal empresa de transporte responsabilidad directa por los daños que ocasionen los vehículos a ella afiliados, por virtud de lo dispuesto en el art. 2344 del Código Civil, sin que de ello quede exonerada porque el vehículo sea un taxi, "debido a que, por la misma autorización que le confiere el Estado para operar la actividad, pública por demás, son quienes de ordinario ejercen sobre el automotor un poder efectivo de dirección y control, dada la calidad que de tenedoras legítimas adquieren a raíz de la afiliación convenida con el propietario o poseedor del bien, al punto que, por ese mismo poder que desarrollan, son las que determinan las líneas o rutas que debe servir cada uno de sus vehículos, así como las sanciones a imponer ante el incumplimiento o la prestación irregular del servicio, al tiempo que asumen la tarea de verificar que la actividad se ejecute previa la reunión integral de los distintos documentos que para el efecto exige el ordenamiento jurídico y las condiciones mecánicas y técnicas mediante las cuales el parque automotor a su cargo debe disponerse al mercado", como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC5885-2016 de mayo 6 de 2016, emitida con ponencia del Magistrado Luis Armando Tolosa, en el proceso radicado bajo el No. 2004-00032-01.

Se observa además, que el siniestro de marras ocurrió el día 12 de Septiembre de 2002 y en esa misma fecha falleció el menor SAMUEL DE LA HOZ, como lo revela la mencionada sentencia penal y el certificado de defunción visto a folio 3 del cuaderno principal; como también se advierte que no se allegó prueba demostrativa de que la prescripción hubiere sido interrumpida por reclamación extraprocesal efectuada a la demandada TAXI PRADO S.A.S. o reconocimiento de la obligación que ésta haya efectuado, que la demanda con que se inició este proceso fue presentada en Mayo 24 de 2013 (fl.53), admitida en Junio 19 de ese mismo año, notificada al demandante por Estado No. 99 del 21 de Junio de 2013, y a la demandada TAXI PRADO S.A.S, en Octubre 2 de 2013 (fl.54).

Así mismo, se encuentra acreditado, que dicha empresa además de oponerse a lo pretendido, oportunamente alegó, entre otras, la excepción de mérito de prescripción de la acción, por estimar configurado tal fenómeno jurídico con fundamento en el art 2358 del Código Civil. (fls.75-79). Sin embargo del precepto indicado, se infiere que éste no resulta aplicable a este caso, como quiera que reglamenta los términos de prescripción de acciones dirigidas contra la persona responsable de la comisión del ilícito que da lugar a indemnización de perjuicios, y contra el tercero que pudiera resultar obligado al pago del daño; y en este asunto, tomando en consideración el vínculo jurídico de la empresa TAXI PRADO S.A.S., con el vehículo causante del daño, a través

de un contrato de afiliación, no está llamada a reparar el perjuicio en calidad de tercero responsable, sino de manera directa en los términos del art. 2344 y 2356 del Código Civil; de manera que a este caso aplica la prescripción común establecida en el art. 2356 del Código Civil que era de 20 años para la acción ordinaria, modificado dicho término por el art. 8º de la Ley 791 de 2002 que lo redujo a diez (10) años.

Dicho lo anterior, se advierte entonces que el termino de prescripción extintiva a favor de la demandada comenzó a correr en vigencia del art. 2356 del C. Civil, que la establecía en 20 años, pero se consolidó en vigencia de la Ley 791 de 2002 que la redujo a 10 años, términos que según dispone el art. 41 de la Ley 153 de 1887 se aplican a cada caso según la elección que de ello haga quien alega la prescripción; sin embargo, en el caso subjúdice, la sociedad prescribiente no efectuó tal selección, pues se apoyó para ello en una prescripción de corto tiempo, que como vimos no le resulta aplicable. No obstante, como no puede soslayarse que la prescripción fue invocada, coloca a esta Sala en la tarea de determinar, cuál de los dos límites temporales es el que corresponde tomar en cuenta para establecer si la acción ordinaria se encuentra o no prescrita.

Al respecto, prescindiendo del art. 41 de la Ley 153 de 1887 que no fue utilizado por la demandada que alega la prescripción, y como quiera que el juez no puede hacer la seleccionar si aplica la ley anterior o la actual, resulta necesario acudir a las demás normas interpretación previstas en dicha ley para resolver el punto; y es así, que ésta en su artículo 2º dispone que: *“La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”*; en tanto que el art. 30 de la citada ley preceptúa que: *“Los derechos deferidos bajo una condición que, atendidas las disposiciones de una ley posterior, debe reputarse fallida si no se realiza dentro de cierto plazo, subsistirán bajo el imperio de la ley nueva y por el tiempo que señalare la precedente, a menos que este tiempo, en la parte de su extensión que corriere después de la expedición de la ley nueva, exceda del plazo íntegro que ésta señala, pues en tal caso, si dentro del plazo así contado no se cumpliere la condición, se mirará como fallida”*; disposiciones éstas según las cuales, en principio las leyes rigen a partir de su promulgación y prevalecen sobre leyes anteriores; pero pueden existir derechos que bajo el cumplimiento de una condición dispuesta por la nueva ley, permiten que puedan ser regidos por la anterior, pero si la condición no se cumple dentro del plazo establecido, se mirará como fallida y entonces regirá la nueva ley.

En este evento, el art. 41 de la Ley 153 de 1887 permite que la persona beneficiada con la prescripción al alegarla pueda escoger entre los términos previstos en la ley anterior, es decir, el art. 2356 del Código Civil que era de

veinte (20) años, o el término dispuesto en la nueva ley 791 de 2002 que es de diez (10) años, sin embargo, como el prescribiente, no cumplió la condición de escoger el término de prescripción, en aplicación de los arts. 2º y 30 de la Ley 153 de 1887 referida, habrá de aplicarse la norma vigente al tiempo en que alegó la prescripción, que es la Ley 791 de 2002.

Además de este argumento, tenemos que el art. 281 del C.G.P., que trata de la congruencia de la sentencia con los hechos y las pretensiones de la demanda, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley, dispone en su inciso 4º un remedio para aclarar las posiciones de los litigantes, y es así que reza tal aparte de la norma que *“En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derechos sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita alegarlo de oficio”*, sin limitarlo al alegato conclusivo de primera instancia.

En tal sentido, el apoderado de la parte demandada, al expresar los reparos concretos a la decisión de primer grado, expresó que tal como lo alegó oportunamente, en caso de considerarse que resulta vinculada con la decisión adoptada en el proceso penal, la obligación allí reconocida se encuentra prescrita, por haberse ejercido la acción civil que dio lugar al adelantamiento de este proceso, después de transcurridos más de diez (10) años de haber ocurrido el siniestro con el que se causaron los daños; mostrándose en desacuerdo con la decisión del juez de haberla negado por aplicar un término de prescripción de 20 y no de 10 años; lo que permite estimar que se acoge a la prescripción de diez (10) años de que trata la Ley 791 de 2002, que en este evento se encuentra configurada, pues contabilizándolos no desde que ocurrieron los hechos, pues el art. 41 de la Ley 153 de 1887 enseña que en caso de transito de legislación, si el prescribiente se acoge al término establecido por la nueva ley, éste se comenzará a contar a partir de la vigencia del nuevo ordenamiento, y como la Ley 791 de 2002 comenzó a regir en Diciembre 27 de 2002, vemos que la prescripción corrió sin interrupción a favor de la demandada TAXI PRADO S.A.S., hasta el 12 de diciembre de 2012, de manera que cuando se presentó la demanda en Mayo 24 de 2013, ya tal fenómeno jurídico había operado; razón suficiente para declararlo probado y ordenar la terminación del proceso condenando en costas a los demandantes, lo que impone revocar la sentencia de primera instancia, sin más consideraciones.”

**DECISIÓN: REVOCA sentencia apelada. Decreta la prescripción alegada. Termina el proceso y ordena el levantamiento de medidas cautelares. Costas a la parte vencida.**

**M.S: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ**  
**Radicación: 08-001-31-03-011-2015-00829-01 / Número Interno: 40.928**

**TIPO DE PROVIDENCIA:** Apelación de sentencia

**TEMAS: CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-** Puede ser válidamente terminado si el preaviso es recibido por la persona que representa al arrendador (caso de apoderado general y socio gestor)/**INTENCIÓN DE LOS CONTRATANTES-** Debe estarse más a él que al tenor de las palabras/Correspondencia del arrendador que verifica la intención de dar por terminado el contrato/ **TERMINACIÓN JURÍDICA Y ENTREGA DEL INMUEBLE-** Diferencias legales

**FECHA:** Junio 29 de 2018

**DEMANDANTE:** Sociedad Crystal S.A.S.

**DEMANDADO:** Rodabena Dangond Navarro y Cia S.A.

### Causa fáctica:

En el presente asunto, estudia la Corporación la apelación de un proceso verbal donde se ventila cual es la fecha de terminación del contrato de arrendamiento que vinculó a demandante y demandado, y en consecuencia, cuales son las prestaciones a cargo de cada uno de ellos.

### Extractos:

“En este sentido, de los documentos vistos a folios 19 a 26 del expediente, encontramos que la relación jurídica entre demandante y demandada, está enmarcada en un contrato de arrendamiento de naturaleza comercial, suscrito inicialmente por la señora BEATRIZ ALICIA DANGOND NAVARRO en calidad de arrendadora, y la sociedad ALMATEX S.A. en calidad de arrendataria, respecto de los inmuebles ubicados en Carrera 50 No. 82-38 (1er piso) y cra. 50 No.82-32 (2º piso), con vigencia inicial desde el día 1º de Abril de 2003 hasta el 31 de Marzo de 2005, pactando los contratantes en la cláusula segunda que “...se prorrogará por el término de doce (12) meses, si ninguna de las partes avisare a la otra su determinación de darlo por terminado, con una antelación no inferior a un (1) mes, antes de la fecha de vencimiento del término inicial o del período vigente, siempre que el arrendatario haya cumplido las obligaciones a su cargo”, contrato que se fue prorrogando a voluntad de los contratantes; y que en Octubre 27 de 2010 fue cedido por la arrendadora a la sociedad RODABENA DANGOND NAVARRO & CIA S EN C. (fl.27), representada por su socio gestor RODRIGO DANGOND NAVARRO (fls.17-18), manifestando la sociedad demandante en el hecho 6º de la demanda haber sido notificada de tal cesión de contrato, aceptado y continuado pagando las rentas a la cesionaria (Hecho 6 de la demanda). Así mismo,

está acreditado que la sociedad arrendataria fue absorbida por CRYSTAL S.A.S. en diciembre 6 de 2013 (fls.2-30).

También se encuentra demostrado que en Febrero 24 de 2011, la arrendataria remitió comunicación a la señora BEATRIZ ALICIA DANGOND NAVARRO, a través de su apoderado RODRIGO DANGOND LACOUTURE, manifestándole la decisión de dar por terminado el contrato, y que tal notificación la hace en cumplimiento de lo pactado respecto de este tema en el contrato de arrendamiento que los vincula, solicitándole instrucciones de cómo proceder para hacerle entrega del inmueble (fl.29), afirmando la parte demandante haber sido enterada por el señor Dangond Lacouture que no existe contrato de arrendamiento entre la señora Beatriz Dangond Navarro y ALMATEX S.A.S., de cuya comunicación allegó un ejemplar, visto a folio 30 en el que no consta la fecha en que lo recibió.

Posteriormente, en Marzo 9 de 2011 nuevamente la arrendataria envía una comunicación al señor RODRIGO DANGOND LACOUTURE, apoderado de la señora BEATRIZ DANGOND NAVARRO, solicitándole instrucciones para la entrega del inmueble (fl.31); en marzo 18 de ese año el señor RODRIGO DANGOND LACOUTURE actuando en calidad de representante legal de RODABENA DANGOND NAVARRO & CIA S EN C, responde que el contrato está prorrogado hasta el 31 de Marzo de 2012 por no haber sido manifestado en debida forma la intención de no prorrogarlo (fl.32); determinación que la arrendataria cuestiona en comunicación de Marzo 25 de 2011, manifestando además tener listo el inmueble para la entrega y solicita acordar una fecha para proceder a la entrega (fl.33); actuaciones éstas que generaron conflicto entre los contratantes, pues mientras la arrendataria y ahora demandante estima haber efectuado el preaviso en el tiempo y forma convenido y que aun cuando dirigió de manera equivocada el escrito, éste fue recibido antes del mes anterior al vencimiento de la proroga que venía corriendo, por quien fungía en calidad de apoderado judicial de la anterior arrendadora y representante legal de la actual arrendadora; en tanto que la sociedad arrendadora considera que tal preaviso no se surtió en debida forma, por lo que el contrato se prorrogó y solo terminó cuando se efectuó la entrega en virtud de una conciliación judicial.

Sobre este particular, cabe señalar que el código civil colombiano contiene un conjunto de normas, dirigidas a orientar al juzgador en lo que concierne con los conflictos que se presenten entre los contratantes, en torno a la interpretación y ejecución de los contratos, y es así, que en el art. 1618 prescribe que *“Conocida la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras”* para significar que cuando el pensamiento y comportamiento de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en clausulas y disposiciones claras, precisas y sin ambigüedad, debe presumirse que son el fiel

reflejo de la voluntad interna de aquellos, y que por lo mismo se torna inocua cualquier forma de interpretación; a la vez que en el art. 1603 enseña que “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”, imponiendo de esa forma que los contratantes en sus relaciones jurídicas actúen de buena fe, (...).

(...)

Aplicado lo anterior al presente caso, del certificado de existencia y representación legal de la demandada sociedad RODABENA DANGOND NAVARRO & CIA, S.C., visto a folios 17 y 18 del cuaderno principal, se advierte que figuran socios de ésta, entre otros, los señores BEATRIZ ALICIA DANGOND NAVARRO y RODRIGO DANGOND LACOUTURE; que el segundo de los nombrados además de ser para la época el apoderado de la primera, como lo afirmó en su carta de Marzo 7 de 2011 (fl.30), también oficiaba desde la constitución de la empresa demandada, en calidad de socio gestor de la misma; conocía la existencia del contrato de arrendamiento de la referencia, como también de la cesión de éste por parte de BEATRIZ ALICIA DANGOND NAVARRO a la sociedad RODABENA DANGOND NAVARRO & CIA. S EN C., por haber actuado en tal negocio jurídico en calidad de apoderado general de la cesionaria, quien para tal acto dijo actuar en condición de representante legal de la aludida sociedad cesionaria (fl.27), a la sociedad representada por el señor Rodrigo Dangond Lacouture, también que la arrendataria cancelaba los contratos de arrendamiento, y en la comunicación fechada febrero 24 de 2011 (fl.29) que en carta de Marzo 9 de 2011 señaló haber sido recibida por el señor Dangond en febrero 28 de ese mismo año, sin que éste alegara lo contrario, fue específica en señalar que comunicaba su intención de dar por terminado el contrato de arrendamiento “...del inmueble ubicado en el primer y segundo piso de la carrera 50 No.82-32 de la ciudad de Barranquilla, el cual se encuentra ocupado actualmente por Almatex S.A.S. en calidad de arrendatario, que lo destina para el uso de almacén y oficinas” conforme a lo pactado en la cláusula segunda que transcribe; bien raíz que es justamente aquel descrito en el contrato de arrendamiento suficientemente conocido por el señor RODRIGO DANGOND LACOUTURE, de manera que al recibir tal comunicación, tener suficiente conocimiento de la existencia de la relación contractual arrendaticia existente entre ALMATEX S.A.S., respecto de tal predio, que el contrato fue cedido por la anterior arrendadora a la empresa de la cual él funge en calidad de representante legal, por haber intervenido en la cesión respectiva, resulta inadmisibles considerar que no se efectuó oportuna y debidamente la decisión de terminar el contrato de arrendamiento, por el error excusable en la denominación de la persona a quien iba dirigida la misiva, tomando en consideración que tanto la primera arrendadora como su apoderado y representante legal de la arrendadora actual son socios de la misma, sin tomar

en cuenta que la comunicación fue recibida por quien era su destinatario natural, por ser RODRIGO DANGONG LACOUTURE el representante legal de la arrendadora y quien por ende tenía que recibir la notificación respectiva.

En relación con la entrega del inmueble tenemos que el artículo 2.006 del Código Civil señala que la restitución de la cosa raíz en el contrato de arrendamiento se verificará desocupándola enteramente y poniéndola a disposición del arrendador entregándole las llaves si las tuviere la cosa y los contratantes pactaron que esa restitución, que esa entrega material, debía realizarla en las condiciones en que fue recibido.

En este punto es preciso señalar que una es la terminación jurídica del vínculo contractual que como se dijo culminó en marzo 31 de 2011 por haberse entregado oportunamente el aviso de no prorroga y otra cosa es la entrega material del inmueble que como se observa a folio 29, 31, 33, 35 y 37 del expediente, el inmueble fue puesto a disposición del arrendador por parte del arrendatario, solicitándole el arrendatario al arrendador instrucciones para proceder a la entrega y que le hiciera entrega de una copia del acta inicial con el que había recibido el inmueble en calidad de arrendatario para determinar cuáles eran las condiciones en que había sido recibido y colocarla en las mismas condiciones para entregarla, toda vez que no contaba en sus archivos con una copia de esa acta, de manera que en tales circunstancias se evidencia la disposición de la parte actora en adecuar su conducta a las estipulaciones contractuales y en todo caso, si el inmueble no hubiere sido entregado en las mismas condiciones en que fue recibido por la arrendataria contaba la sociedad arrendadora con las acciones correspondientes para solicitar la restitución dineraria de lo que hubiera invertido con la indemnización que correspondiera."

**DECISIÓN: REVOCA sentencia apelada. Declara que la terminación del contrato fue a partir del 11 de marzo de 2011, fecha a partir de la cual la arrendadora debía recibirlo.**

SALA LABORAL

**M.S: Dr. OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR**

**Radicación: 08-001-31-05-005-2017-00413-01 / Número Interno: 62.955 -A**

**TIPO DE PROVIDENCIA:** Apelación de sentencia

**TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA:** Aplicación de la sentencia SU-005 DE 2018 genera un cambio en la posición que la Sala había asumido en decisiones anteriores/**TEST DE PROCEDENCIA**-Resulta aplicable para personas en condición de vulnerabilidad/**CAMBIO DE PRECEDENTE**-Procedencia

**FECHA:** Junio 21 de 2018

**DEMANDANTE:** Edith Del Rosario Blanco De Lopez

**DEMANDADO:** Administradora Colombiana De Pensiones-Colpensiones.

### Síntesis del caso:

En el presente asunto, se estudia la solicitud de una pensión de sobrevivientes que viene negada por la AFP, bajo la óptica de la reciente decisión de unificación de la Corte Constitucional S-005-2018, donde se pone de presente la realización de un test de procedencia, para verificar si el afiliado se halla inmerso en alguna de las condiciones que trae el mismo para su aplicación.

### Extractos:

“En este punto resulta oportuno mencionar que en relación al principio de la condición más beneficiosa difieren las jurisprudencias de las cortes mencionadas en relación al salto normativo que puede darse, pues, mientras la SL de la C.S.J. sostiene que dicha condición solo puede darse frente al régimen legal **inmediatamente** anterior al vigente, la Corte Constitucional amplía esa cobertura permitiendo llegar incluso a una anterior, siempre y cuando se cumplan con la densidad de semanas de cotización previstas en ella antes de expirar su periodo de vigencia, en ese sentido la Sala ha venido aplicando el criterio de la Corte Constitucional antes mencionado. Sin embargo, como quiera que recientemente la Corte Constitucional ajustó su jurisprudencia en cuanto al alcance del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes, a través de sentencia SU- 005 de 2018, la cual expone que cuando quien pretende acceder a la pensión sea una *persona vulnerable*, solo respecto de estas personas resulta proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar, de manera ultractiva, las disposiciones o regímenes anteriores aunque, la condición de la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003.

Ahora bien, si bien estas personas vulnerables no adquirieron el derecho a la pensión de sobrevivientes en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, los aportes del afiliado, bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa que, por las circunstancias particulares del demandante, amerita protección constitucional, siempre y cuando, el actor cumpla con las siguientes condiciones, cada una necesaria y en conjunto suficientes, del siguiente Test de Procedencia, criterio que será acogido por esta Corporación al tratarse de una sentencia de unificación proferida por el máximo Tribunal de cierre de la jurisdicción constitucional, aunado a que se trata de la

interpretación más benéfica a los intereses de los trabajadores. Dijo la Corte Constitucional:

*“la Sala Plena unificó su jurisprudencia en el siguiente sentido: la acción de tutela se debe considerar subsidiaria si se establece que el tutelante cumple con las siguientes condiciones, cada una necesaria y en conjunto suficientes, del siguiente Test de Procedencia: (i) Debe establecerse que el accionante pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en uno o varios supuestos de riesgo tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento. (ii) Debe establecerse que la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita el accionante afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas. (iii) Debe establecerse que el accionante dependía económicamente del causante antes del fallecimiento de este, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso que aportaba el causante al tutelante-beneficiario. (iv) Debe establecerse que el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones para adquirir la pensión de sobrevivientes. Finalmente, (v) debe establecerse que el accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes”.*

Hay que tener en cuenta también el artículo 48 del C.P.L.y S.S. que otorga al Juez laboral, o mejor, impone el deber de protección de los derechos de las partes.

Pues bien, en el caso que ocupa en esta oportunidad a la Sala, la demandante es una persona vulnerable, toda vez que al constatarse su puntaje en el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION DNP SISBEN, a través de su plataforma electrónica, el mismo arroja un total de 9,55 puntos (fl.65); que demuestra sus condiciones socio-económicas. Aunado a ello, es una persona que al momento del fallecimiento de su cónyuge contaba con 62 años de edad, tal como se evidencia en la documental visible a folio 18 del expediente contentiva de la cédula de ciudadanía y actualmente cuenta con 65 años de edad.

En ese orden de ideas, al verificarse que la actora es una persona vulnerable, procede esta Corporación a darle aplicación al test de procedencia con el fin de establecer la procedencia de la instrumentación del principio de la condición más beneficiosa, para efectos del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

En ese contexto, el primer punto del test en mención hace referencia específicamente a que la actora haga parte de un grupo de especial protección constitucional o se encuentre en uno o

varios supuestos de riesgo tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento. En tal caso, es evidente que la actora cumple con este primer requisito toda vez que ostenta 65 años de edad, vive en pobreza extrema de acuerdo a la información reportada por el DNP SISBEN con un puntaje de 9.55 y, además, posee una discapacidad física visible en su miembro inferior derecho y en su sentido de la visión, según se deja ver en la historia clínica aportada al plenario (fls. 60 a 61).

En segundo término, con relación a la siguiente condición del test, se tiene que la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes afecta directamente la satisfacción de las necesidades básicas de la gestora del juicio, en consecuencia, su mínimo vital, toda vez que no pueden ser suplidas autónomamente por la demandante, conforme a su estado de discapacidad física, como tampoco en el futuro por su avanzada edad. Por otro lado, si bien la misma cuenta con dos hijos adultos, que en principio podrían satisfacer sus necesidades, (...) el hijo JORGE no tiene ingresos fijos, (...), mientras, que, por otro lado, la hija de la demandante, DIANA, se dedica al hogar y al cuidado de su progenitora discapacitada. A su vez, al verificar el tercer punto de estudio, que indiscutiblemente va directamente ligado al inmediatamente anterior, se logra establecer la dependencia económica de la actora respecto del causante hasta el día de su muerte, lo que se desprende de los testimonios recepcionados. Así las cosas, se comprueba que satisfacía sus necesidades básicas, es decir, que protegía su mínimo vital.

De igual modo, en cuanto al cuarto requisito del test de procedencia, se establece que el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones para adquirir la pensión de sobrevivientes, en consideración, que si bien el afiliado fallecido cotizó 927.57 semanas hasta el 31 de mayo de 1995, el mismo no continuó efectuando cotizaciones posterior a tal calenda, al manifestar su imposibilidad, en el año 2006, hecho que viene aceptado por la demandada, conforme a lo expresado en Resolución SUB242118 de 30 de octubre de 2017 (fls. 13 a 14 vto.), por lo tanto, percibió indemnización sustitutiva de pensión de vejez a través de Resolución No. 6364 de 2006 (fls.25).

Adicionalmente, en vista que el anterior requisito fue establecido solo a partir de la SU-005 de 2018, se infiere el cumplimiento del mismo, también por lo expresado por el señor DAMIAN, en el

testimonio rendido ante el juez de conocimiento, mediante el cual expresa que el causante trabajó en una empresa en la cual los trabajadores se encontraban expuestos al plomo, y el señor JORGE MIGUEL LÓPEZ (Q.E.P.D), se estaba enfermando y sus compañeros falleciendo, por ende, dejó de prestar el servicio en dicha empresa. Por último, teniendo en cuenta el quinto requerimiento, observa la Sala que se encuentra cabalmente probado toda vez que el fallecimiento del afiliado acaeció el día 30 de mayo de 2016 (fl.15); la demandante por su parte, presentó la petición tendiente al agotamiento de la reclamación administrativa en la calenda 18 de septiembre de 2017, fecha de recepción de la petición por parte de la enjuiciada, siendo ésta resuelta negativamente, la actora acudió a la vía judicial, presentando la correspondiente demanda el 23 de noviembre de 2017 (fl.30). En ese tenor, se evidencia que su actuar fue diligente con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Por lo anteriormente expuesto, encuentra la Sala que al aplicarle el test de procedencia a la aquí demandante, se logra determinar que resulta proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar, de manera ultractiva la legislación anterior por las circunstancias particulares de la actora.

En la sentencia de unificación mencionada, se sostuvo lo anteriormente citado de conformidad a las siguientes consideraciones:

*“La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado el principio de la condición más beneficiosa de una forma que lejos de resultar constitucionalmente irrazonable es acorde con el Acto Legislativo 01 de 2005. Para dicha Corte, este principio no da lugar a la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 u otros regímenes anteriores. Por tanto, el hecho de que el cotizante hubiese realizado aportes pensionales, por lo menos por el número mínimo de semanas previsto en dicha normativa para acceder a la pensión de sobrevivientes, sumado a la muerte del cotizante tras la expedición de la Ley 797 de 2003, no genera el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes para el beneficiario. Esta regla, en todo caso, sí ha considerado la aplicación ultractiva de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, para efectos del cómputo de las semanas mínimas de cotización, únicamente en aquellos supuestos en los que la muerte del afiliado hubiese acaecido dentro de los 3 años posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003”<sup>4</sup>.*

*“No obstante, para la Corte Constitucional, la regla dispuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sí resulta desproporcionada y contraria a los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, cuando quien pretende acceder a la pensión de*

---

<sup>4</sup> Esta postura fue unificada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 25 de enero de 2017, Expediente SL45650-2017, Radicación N° 45262.

*sobrevivientes es una persona vulnerable. En estos casos, los fines que persigue el Acto Legislativo 01 de 2005 -hacer viable el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en condiciones de universalidad y de igualdad para todos los cotizantes- tienen un menor peso en comparación con la muy severa afectación de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas de las personas vulnerables. Por tanto, solo respecto de estas personas resulta proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar, de manera ultractiva, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 –o regímenes anteriores- en cuanto al primer requisito, semanas de cotización, para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque el segundo requisito, la condición de la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003.”*

Aclarado lo anterior, procede la Sala a verificar si el causante, quien había dejado de cotizar al sistema durante más de 20 años antes de su muerte, dejó estructurado el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios.

Para la fecha del deceso del afiliado, 27 de octubre de 2016, estaba vigente el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, norma que exigía tener cotizadas 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y antes de esta norma estaba vigente el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 original, el que en su numeral 2) literal b) exigía para los afiliados que fallecieron y no cotizaban al sistema para esa fecha, haber efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produjera su muerte, siendo evidente que el cónyuge de la demandante no cumple con ninguno de ellos, pues, se itera, dejó de realizar aportes al sistema durante más de 20 años antes de su muerte.

Ahora bien, la norma vigente antes de la Ley 100 de 1993, era el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por ende, debe analizarse si el causante, en vigencia de esa normatividad cumplió con los requisitos en ella establecidos, tal como lo exige la sentencia en la SU-005 de 2018, en la que se indicó que en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, las 300 semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990 deben ser realizadas en cualquier tiempo antes de la muerte y con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen, y tratándose de las 150 semanas que las hubiere cotizado en los últimos seis años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y cifra igual, en los últimos 6 años anteriores al deceso. (...)

Así las cosas, examinado el reporte de semanas cotizadas obrante a folio 63 a 64 del plenario, se observa que el afiliado fallecido cotizó un total de 924 semanas hasta el 17 de diciembre de 1986, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la que entró en vigencia el 1 de abril de 1994, por lo que indefectiblemente habría que concluir que el señor JORGE MIGUEL LOPEZ POLO (Q.E.P.D.) dejó causada la pensión de sobrevivientes, al reunir los requisitos contenidos en el artículo 25 del Acuerdo 49 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En relación a la calidad de beneficiaria de la demandante frente a la pensión de sobrevivientes que dejó causada su cónyuge, en las premisas fácticas la Corporación tuvo oportunidad de indicar que la citada a juicio al resolver la petición de reconocimiento de la pensión, que es ahora objeto de este juicio, no puso en duda que la actora hiciera vida en común con su cónyuge, el afiliado fallecido. Así mismo, la citada a juicio al contestar la demanda, tampoco requirió el cumplimiento de esta exigencia a la demandante, razón que conlleva a tener por cierto que la demandante acreditó a la demandada esa formalidad legal."

**DECISIÓN: Confirma numeral 1º, Modifica numerales 2º y 3º de la sentencia apelada.**

**M.S: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ**

**Radicación: 08-001-31-05-011-2013-00189-01/ Número Interno: 59.239-A**

**TIPO DE PROVIDENCIA:** Apelación de sentencia

**TEMAS: FUERO CIRCUNSTANCIAL-**Comienza desde la presentación del pliego de peticiones al empleador y se extiende hasta la firmeza del laudo arbitral/**PLIEGO DE PETICIONES-**Marca el inicio del conflicto colectivo: valoración probatoria/**SINDICATOS MINORITARIOS-** Tienen derecho a presentar pliego de peticiones a pesar de la existencia de una convención colectiva de trabajo suscrita con un sindicato mayoritario

**FECHA:** Junio 22 de 2018

**DEMANDANTE:** Harry Fabregas Gutierrez

**DEMANDADO:** Concretos Argos S.A.

**Síntesis del caso:** En el presente caso, se discute si el fuero circunstancial ampara a un empleado de un sindicato minoritario que presentó a su empleador un pliego de peticiones, a pesar de la existencia de una convención colectiva de trabajo que no había fenecido.

## Extractos:

“Ahora bien, lo que genera controversia en esta instancia, se concreta principalmente en la valoración que hizo la Juez de primer grado respecto a la oportunidad de la presentación del pliego de peticiones por parte del sindicato “SINALTRACONCREARGOS” y el momento en que inició el conflicto colectivo de trabajo, al estimar que no se restaba su validez por el hecho que existiera una convención colectiva de trabajo vigente suscrita con otra organización sindical de carácter mayoritario, mientras que la parte demandada aduce que no le era dable a “SINALTRACONCREARGOS” presentar el pliego con Convención Colectiva de Trabajo vigente ya que así no puede predicarse la existencia de un conflicto colectivo válido, por lo que la Sala pasa analizar este aspecto del debate en virtud de lo dispuesto en el art. 66<sup>a</sup> del C.P.T.S.S.

(...)

Precisado lo anterior, la Sala debe tocar lo atinente al derecho de representación de los sindicatos minoritarios y su posibilidad de negociación colectiva, lo cual si bien no discute la demandada, resulta necesario para efectos de determinar si la existencia de una Convención Colectiva de Trabajo vigente suscrita con un sindicato mayoritario tiene la virtualidad de limitar la presentación del pliego de peticiones por parte de un sindicato minoritario, y por ende, si ello afecta el período en que empieza operar el fuero circunstancial.

Es de advertir, que de la lectura del literal c) del artículo 452 del C.S.T., modificado por el artículo 19 de la Ley 584 de 2.000, se desprende que los sindicatos minoritarios pueden válidamente promover conflictos colectivos, al indicar que serán sometidos a arbitramento obligatorio, entre otros, “*los conflictos colectivos del trabajo de sindicatos minoritarios...*”, en armonía al derecho de la negociación colectiva consagrada en el artículo 55<sup>5</sup> de nuestra Carta Política, y a la libertad sindical que emana también de su artículo 39<sup>6</sup>, disposiciones que a su vez encuentran respaldo en los Convenios 87 y 98 de la OIT<sup>7</sup>, que tratan de la libertad sindical, derecho de sindicación y la negociación

---

<sup>54</sup> **Artículo 55 C.P.-. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales**, con las excepciones que señale la ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo”.

<sup>64</sup> **Artículo 39. Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado.** Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución. La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos. La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial. Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública”.

<sup>7</sup> Ratificados por las Leyes 26 y 27 de 1.976, respectivamente. Colombia también ratificó el C-154 que trata de la negociación colectiva.

colectiva, respectivamente, los cuales hacen parte de la legislación interna y se encuentran integrados en la Constitución (...).

En ese orden de ideas, debe recordarse que el máximo Tribunal de lo Constitucional mediante la sentencia C-567 de 2.000<sup>8</sup> declaró inexecutable los numerales 1º y 3º del artículo 26 del Decreto 2351 de 1.965 (anterior art. 357 del CST), dado que se prohibía la existencia en una misma de empresa de dos o más sindicatos de base o empresa, y que si ninguno de los sindicatos agrupaba a la mayoría de los trabajadores de la empresa la representación correspondía conjuntamente a ellos, lo que encontró contrario al artículo 39 de la C.P. y el Convenio 87 de la OIT, al vulnerar la autonomía de los sindicatos en su derecho de representación.

Así mismo, que mediante la sentencia **C-063** de enero 30 de **2.008**<sup>9</sup>, la misma Corporación dio vía libre a los sindicatos minoritarios para participar en forma directa y no a través del sindicato mayoritario en la negociación y contratación colectiva, al declarar inexecutable el numeral 2º del anterior artículo 357 del CST, (...).

Lo antes señalado conlleva a concluir que hoy por hoy todas las organizaciones sindicales tienen plena autonomía para presentar pliegos de peticiones y negociarlos de manera libre a través de sus representantes, de manera que cada sindicato puede promover conflictos colectivos y participar directamente en la conducción de su terminación hasta la suscripción de una convención colectiva de trabajo o la expedición de un laudo arbitral, según el caso, lo que necesariamente implica, que la vigencia de la convención colectiva de un sindicato distinto al que la suscribió, no se erige como impedimento para que otro sindicato pueda dar inicio a un conflicto colectivo mediante la presentación del pliego de peticiones, y por ende, no se afecta el período en que empieza operar el fuero circunstancial, esto es, desde la presentación del pliego de peticiones, como lo quiere hacer ver la apelante.

Descendiendo al caso sub-examine, se observa que el Sindicato Nacional de Trabajadores de Concretos Argos – “SINALTRACONCREARGOS” presentó el pliego de peticiones (visible a folios 17 a 43 del expediente) a la empresa demandada CONCRETOS ARGOS el día **3 de enero de 2.013** a las 15:44 de la tarde, hecho que tampoco fue objeto de discusión, y que dentro del mismo se enunciaron quienes serían sus negociadores.

De otro lado, milita en el expediente el comunicado del 10 de enero de 2.013 a través del cual la empresa demandada al referirse al mencionado pliego les manifestó a los trabajadores de “SINALTRACONCREARGOS” que lo presentaron: *“...ustedes bien saben, tanto por ser beneficiarios de la actual convención colectiva, como*

---

<sup>8</sup> M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>9</sup> M.P. Dr. Clara Inés Vargas Hernández.

*afiliados a SUTIMAC, en la compañía existe un contrato colectivo vigente hasta el 31 de diciembre de 2.014 que fija las condiciones que rigen las relaciones laborales y los contratos de trabajo durante su vigencia (...) Les invitamos a que sea dentro de los tiempos contemplados en el código laboral colombiano, es decir 2 meses previos al vencimiento del actual contrato colectivo, el momento en el cual se discuta un pliego de peticiones..." (Fls.100-101).*

Frente a la postura de la demandada de no negociar el pliego en mención hasta que faltaran 2 meses para el vencimiento de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con el sindicato "SUTIMAC" que regía hasta diciembre de 2.014, se observa que en sede administrativa se llevó a cabo una investigación en su contra por parte de la Coordinación del Grupo de Resolución de Conflicto y Conciliación de la Dirección Territorial del Atlántico del Ministerio del Trabajo, la cual a través de la Resolución No 000179 del 3 de abril de 2.013, resolvió sancionar a la demandada por la negativa a negociar el citado pliego de peticiones presentado por "SINALTRACONCREARGOS", decisión confirmada mediante las Resoluciones No 000429 del 14 de junio de 2.013 expedida por dicha Coordinación y No 00532 de julio 24 de 2.013 expedida por la aludida Dirección Territorial (fls.103,121-129,137-142,184-199), lo que motivó a que la empresa CONCRETOS ARGOS citara a "SINALTRACONCREARGOS" para iniciar la etapa de arreglo directo en misiva del 1º de agosto de 2.013 (fl.200).

Así mismo, obran las copias de las actas de fecha 6 y 23 de agosto de 2.013, por medio de las cuales los negociadores de CONCRETOS ARGOS y "SINALTRACONCREARGOS", dieron inicio y término, a la etapa de arreglo directo, respectivamente, lo que ratificaron en acta del 26 de diciembre de 2.013 y posteriormente, conllevó a que la organización sindical solicitara ante el Ministerio del Trabajo la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, a lo cual accedió mediante Resolución No 000132 de enero 15 de 2.014 al ordenar la convocatoria de ese Tribunal, siendo esta confirmada por medio de la Resolución No 1217 de marzo 25 de 2.014 (fls.201-210).

De igual manera, encontramos la copia del laudo arbitral de fecha 30 de octubre de 2.014, a través del cual el Tribunal de Arbitramento Obligatorio dirimió el conflicto colectivo en mención, y la copia del recurso de anulación interpuesto contra el mismo (fls.225-258).

También milita en el informativo la certificación de fecha 20 de marzo de 2.013 donde se deja constancia de la afiliación del actor al sindicato "SINALTRACONCREARGOS" desde el 24 de febrero de 2.012, y la notificación de esa afiliación a la demandada en comunicado recibido en la calenda precitada (fls.15-16).

Valorando en su conjunto las anteriores probanzas, encuentra la Sala que carece de todo asidero fáctico y jurídico la postura de la demandada al

esgrimir que no podía predicarse como fecha válida de inicio del conflicto colectivo que se suscita entre "SINALTRACONCREARGOS" y la empresa CONCRETOS ARGOS, la de la presentación del pliego de peticiones en **enero 3 de 2.013** por el hecho de que existía otra Convención Colectiva de Trabajo vigente suscrita con otra organización sindical distinta a la que promueve conflicto colectivo<SUTIMAC> toda vez que dicho entendimiento restrictivo resulta atentatorio del derecho constitucional fundamental a la libertad sindical y a la negociación colectiva respecto a las demás organizaciones sindicales que al igual que SUTIMAC pueden también promover conflictos colectivos en virtud de su autonomía sindical, pues aceptarse lo arguido por el apelante, implica aceptar que ese convenio impide que los demás sindicatos al interior de la empresa puedan ejercer su derecho a la negociación colectiva, lo que no es admisible constitucional ni legalmente.

Igualmente, tal entendimiento resulta contrario al ordenamiento jurídico dado que pretende desconocer que con la presentación del pliego de peticiones de "SINALTRACONCREARGOS" se dio inicio a un conflicto colectivo, el cual no se encontraba sujeto a la Convención Colectiva de Trabajo de SUTIMAC, siendo esta organización sindical, la que tiene la legitimidad para pronunciarse sobre su vigencia, y no la que pertenece el actor en este caso, por la poñísima razón que no fue el sindicato que la suscribió, y en consecuencia, no se encuentra legalmente obligado al término que se pactó para su vigencia, de ahí que también resulte desproporcionado exigir a otra organización sindical que se someta a lo pactado por otra distinta a ella, cuando de antemano ambas son autónomas en materia de negociación y contratación colectiva.

Por consiguiente, lo alegado por el recurrente, no desvirtúa ni demerita que el conflicto colectivo haya iniciado en **enero 3 de 2.013**, y con más vera cuando se acredita que la demandada fue sancionada en sede administrativa precisamente por negarse a negociar con "SINALTRACONCREARGOS" por los mismos argumentos con los cuales pretende ahora desconocer que el conflicto colectivo dio comienzo en esa fecha, pues como lo ha acotado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en diversas sentencias, como la del 2 de septiembre de 2.004, Rad.22766<sup>10</sup>, "***El conflicto colectivo de trabajo en Colombia comienza con la presentación al empleador del pliego de peticiones de los trabajadores que aspiran a mejorar sus condiciones de trabajo***". (...) **Sólo cuando ha ocurrido la presentación del pliego es cuando puede afirmarse que se ha dado inicio a un conflicto colectivo de trabajo y de igual manera solo desde ese momento comienza la protección para los trabajadores interesados en él**"<Negrilla y subraya de texto para resaltar>.

---

<sup>10</sup> M.P. Dr. Luis Javier Osorio López.// Providencia reiterada en sentencia del 27 de enero de 2.009, Rad.34786 M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

Lo anterior no implica que la Sala desconozca que las conversaciones no pudieron iniciarse dentro de los términos establecidos por la Ley como quiera la etapa de arreglo directo sólo se vino a dar inicio el 6 de agosto de 2.013, como antes se anotó, y que tal circunstancia pudo conllevar a la terminación anormal del conflicto colectivo, más no afecta la calenda en que este inició, (...), lo que no aconteció en el sub-examine, si repara que según lo revelan las documentales y las declaraciones se convocó a un tribunal de arbitramento y existe actualmente un laudo arbitral contra el cual se interpuso recurso de anulación.

Así las cosas, concluye la sala que ha quedado demostrado que para el **15 de marzo de 2.013**, fecha en que fue despedido el actor, existía un conflicto colectivo de trabajo en el empresa demandada con ocasión al pliego de peticiones presentado por "SINALTRACONCREARGOS" el **3 de enero de 2.013**, organización sindical a la cual se encontraba afiliado el actor a partir del 24 de febrero de 2.012, hecho que también era de conocimiento de la demandada desde esa misma calenda, por lo que al acreditarse tales supuestos fácticos, refulge con nitidez que el demandante para el momento de su despido se encontraba amparado bajo la protección especial del fuero circunstancial que pregona y que consagra el artículo 25 del decreto 2351 de 1965 bajo los parámetros del artículo 36 del Decreto 1469 de 1978, tal como lo estimó el A-quo, debiéndose confirmar en tal sentido la sentencia apelada que así lo declaró en su numeral 2º junto a las consecuencias jurídicas que de esta garantía foral se derivan tales como los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social dejados de percibir desde la fecha del despido del actor hasta cuando se haga efectivo su reintegro."

**DECISIÓN:** MODIFICA el numeral 3º de la sentencia apelada condenando al reajuste de prestaciones sociales del demandante y CONFIRMA en lo demás.

**M.S: Dra. CESAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS**  
Radicación: 08-001-31-05-007-2014-00527-01/ 61.708- A

**TIPO DE PROVIDENCIA:** Apelación y consulta de sentencia

**TEMAS:** VINCULACIÓN DE DOCENTE UNIVERSITARIO- Su contrato se entiende celebrado por el año escolar/ Debe comprender el semestre académico para efectos pensionales/ **CALCULO ACTUARIAL-** Deber de realizarlo la AFP al cual se encuentra afiliado el actor/ **INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA-**Su pago no exime de la reclamación judicial que puede elevar el afiliado cumplido con los requisitos para la pensión de vejez

**FECHA:** Junio 12 de 2018

**DEMANDANTE:** Carlos Arturo Castellar Martínez

**DEMANDADO:** Universidad Simon Bolivar y la Integrada a la Litis Administradora Colombiana De Pensiones-Colpensiones

### Síntesis del caso:

En el presente asunto, la Sala estudia la situación de un docente universitario a quien por omisión de su empleador, no se le realizaron los aportes completos, para obtener la pensión de vejez, y si es posible que su AFP las reciba a través de la elaboración de un cálculo actuarial.

### Extractos:

“Será menester determinar en esta instancia si los aportes pensión a favor del actor y que están a cargo del empleador moroso, deben hacerse por los años 1994, 1995 y primer semestre de 1996, de manera completa y no por semestres, como fue objeto de condena en la primera instancia.

Para lo anterior, debe la Sala empezar diciendo que en el escrito de demanda que fue admitido por el Juzgado de conocimiento se solicitó que se condene a la demandada en las semanas cotizadas por el ciclo causado entre 1994 y primer semestre de 1996.

Pues bien, con la demanda se allegó certificación expedida por la demandada en la que se hace constar que el actor estuvo vinculado a la institución por períodos académicos, desempeñándose como docente en los períodos correspondiente a los años 1994 I-II, 1995 I-II, 1996 I.

Para resolver el problema jurídico debe indicarse que cuando se trata de contratos de profesores de establecimientos particulares de enseñanza, señala el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo que se entienden celebrados por el año escolar, salvo estipulación.

A su vez, el artículo 284 de la Ley 100 de 1993 referido a los aportes de los profesores de los establecimientos particulares, señala que *“Los profesores de establecimientos particulares de enseñanza cuyo contrato de trabajo se entienda celebrado por el período escolar, tendrán derecho a que el empleador efectúe los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral por la totalidad del período calendario respectivo, que corresponda al período escolar para el cual se contrate.”*

Por su parte, el Decreto 692 de 1994, en su artículo 30 dispone que: *“Los profesores de establecimientos particulares de enseñanza cuyo contrato de trabajo se entienda celebrado por el período escolar, tendrán derecho a que el empleador efectúe los aportes al sistema de seguridad social integral por la totalidad del período calendario respectivo”.*

Además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 17 mayo 2011, rad. 38182, que reiteró la identificada con el radicado No. 15623, indicó, que por año escolar debía también comprender el semestre universitario. Así se dijo:

*“Según el precitado artículo 101, la regla es la de que tales contratos se entienden celebrados por el año escolar ante el silencio de las partes contratantes sobre el término de duración de la relación.*

*Ahora bien, por año escolar esta Sala, de antaño, ha entendido el “equivalente al periodo académico, de modo que no necesariamente se refiere a un año sino que puede comprender por ejemplo el semestre universitario”. (Rad. 15623 de 2001).”*

En el presente asunto, se demostró que el demandante fue contratado por períodos académicos, sin que se aportara contrato de trabajo del que se permita deducir lo contrario, y en ese sentido le son aplicables los artículos 101 del C.S.T. y 284 de la Ley 100 de 1993, es decir, que el empleador tiene la obligación de cotizar en materia de pensiones por todo el período escolar, es decir durante todo el año calendario o semestre, aunque haya sido inferior.

Así las cosas, las cotizaciones cuyo pago deberá realizar la Universidad Simón Bolívar a favor de la demandante, son las correspondientes al período del 1 de enero de 1994 hasta el 30 de junio de 1996, y en ese sentido, se modificará la sentencia de primera instancia en su numeral primero.

De otro lado, como se estudia la consulta por haber sido condenada una entidad descentralizada respecto de la cual la Nación es garante, debe examinar la Sala la posibilidad de que Colpensiones acepte las cotizaciones en pensión que provengan de la Universidad Simón Bolívar, aun cuando el demandante recibió una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

De acuerdo con el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001, que sirvió de fundamento a Colpensiones para negarse a recibir las cotizaciones de la Universidad Simón Bolívar, *“las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez.”*

Ahora bien, esta Sala comparte el criterio expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicado SL11042 del 12 de agosto de 2014, que reiteró la sentencia del 31 de enero de 2012, radicado 36.637, y que sirvieron de fundamento a la decisión de primera instancia, según las cuales el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no impide la reclamación judicial de la pensión de vejez cuando el derecho pensional se había consolidado en fecha anterior a la solicitud pensional, teniendo en cuenta que la referida indemnización es subsidiaria o residual, cuando el afiliado cumple con los requisitos para la pensión de vejez tiene un derecho adquirido.

En ese sentido, el actor puede acceder a la pensión de vejez aunque haya recibido la indemnización sustitutiva, lo que se traduce necesariamente en que Colpensiones no se puede negar a recibir las cotizaciones que debe efectuar el empleador moroso a favor de su trabajador, y que pueden servir eventualmente para adquirir su pensión de vejez, so pretexto de que fue pagada una indemnización sustitutiva, por lo que acertó la Jueza A quo en condenar a esa entidad para que elabore el cálculo actuarial correspondiente, en aplicación del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por lo que se confirmará.”

**DECISIÓN:** MODIFICA la sentencia en el sentido que las cotizaciones que deberá cancelar el empleador mediante cálculo actuarial son las correspondientes al período que va desde el 1 de enero de 1994 al 30 de junio de 1996. CONFIRMA lo demás.

**M.S: Dr. CESAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS**

**Radicación: 08-001-31-05-007-2014-00309-00 / Número Interno: 60.640 A.**

**TIPO DE PROVIDENCIA:** Apelación de sentencia

**TEMAS: REAJUSTE IPC MESADA PENSIONAL-** A las pensiones de jubilación reconocidas por la extinta Empresa Municipal de Telefonos de Barranquilla/**CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO-** Estableció un reajuste hasta del 100% una vez cumplidos los requisitos establecidos en ella (50 años de edad)

**FECHA:** Mayo 8 de 2018

**Demandante:** David Eliecer Ferreira Arrieta

**Demandado:** Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y Dirección Distrital de Liquidaciones

### **Síntesis del caso:**

En el presente caso, se estudia si le asiste derecho al demandante al reajuste legal de la pensión de jubilación conforme con el IPC, prestación que había sido reconocida por la otrora Empresa Municipal de Telefonos de Barranquilla.

### **Extractos:**

“En el caso sub-examine, no es materia de discusión que al demandante le fue reconocida pensión de jubilación por la extinta Empresa Municipal de Teléfonos de Barranquilla, mediante la resolución No. G -49-87 del 9 de abril de 1987, a partir del 17 de marzo del mismo año, en cuantía de \$121.904,81; por haberse retirado voluntariamente de la empresa a partir del 16 de marzo de la misma anualidad, con el fin de obtener el reconocimiento de esta prestación de

acuerdo con lo establecido en el art. 42 de la Convención Colectiva de Trabajo, así consta en las documentales incorporadas a folios 14 a 15 del expediente.

Igualmente, es un hecho incontrovertido que a través de la resolución No. 25 del 10 de febrero de 1995, se ordenó reajustar en un 100% la pensión de jubilación del actor de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo, a partir del cumplimiento de los 50 años de edad, 10 de agosto de 1994, en la suma de \$733.882,66.

El entendimiento de la norma convencional referida se contrae a que la mesada que viene percibiendo el demandante en un porcentaje del 75%, una vez cumplidos los 50 años de edad, se incrementará en un 100%; esto es en un 25% adicional a lo que venía recibiendo, pues es a partir de ese momento que nace el derecho a dicho reajuste y no desde la mesada inicial, toda vez que en ese momento no reunía el requisito de la edad para disfrutar de la mesada pensional en tal porcentaje, además la norma convencional no estableció efectos retroactivos para su liquidación y desde ese momento hasta la presente viene correctamente actualizada la prestación.

Así las cosas, al efectuar el cálculo de rigor con una regla de tres simple, teniendo como base la mesada percibida al 10 de agosto de 1994, que correspondió a \$550.412, ver folios 115 a 116, se obtuvo el siguiente guarismo:

$$\$550.412 \times 100 / 75 = \$733.882.66$$

El valor de la mesada obtenida en \$733.,882, 66 es idéntica a la establecida por la extinta Empresa Municipal de Teléfonos de Barranquilla, en consecuencia, no le asiste derecho a la parte actora al reajuste deprecado, como lo afirma la parte recurrente."

**DECISIÓN:** REVOCA decisión de primera instancia, para en su lugar ABSOLVER de todas las pretensiones a la Dirección Distrital de Liquidaciones.

## SALA PENAL

**M.S: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA**

**Radicación:** 2018-00004-P-MC

**TIPO DE PROVIDENCIA:** Apelación de sentencia condenatoria (Homicidio Agravado)

**TEMAS: INIMPUTABILIDAD PENAL: Presupuestos legales/ Ausencia de dicha condición al momento de ejecutar la conducta/ DICTAMEN PERICIAL PSIQUIATRICO- Incorporación, contenido y valoración de este medio probatorio/**

**FECHA:** Abril 30 de 2018. **Audiencia de Lectura de Fallo: Junio 12 de 2018**

**PROCESADO:** Israel Hernández Jiménez.

### Aspecto fáctico:

En el presente asunto, la Sala aborda el estudio del homicidio que se cometió contra la vida de un bebé a manos de su progenitor, establecida la ocurrencia del hecho y el autor del punible, la defensa del mismo enarbola la tesis de la inimputabilidad del procesado, como causal eximente de responsabilidad penal.

### Extractos:

“En este orden de ideas, debe efectuarse un análisis de todas y cada una de las pruebas legalmente aportadas y que fueron sometidas a las reglas de contradicción, para determinar si el procesado Israel Hernández Jiménez, tenía o no la calidad de inimputable al momento de cometer el injusto penal de homicidio agravado en contra de su menor hijo.

Pues bien, dentro del plenario, se tiene un dictamen pericial<sup>11</sup> suscrito por la médica Psiquiatra Dra. Janeth Ivon Godoy Espinosa quien se rótula como profesional especializada forense, adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal, prueba que fue introducida con su testimonio, a su vez como testigo común de las partes, en sección de juicio oral de fecha 25 de enero de 2017.

Al observar la estructura formal de la experticia se avizora que la misma se ciñe a los procesos contenidos en el Protocolo de Evaluación Básica en Psiquiatría y Psicología Forense y de la guía para la realización de Pericias Psiquiátricas Forenses sobre capacidad de comprensión y autodeterminación del Instituto de Medicina Legal, asimismo en el acápite de “Técnicas Utilizadas”, se indica que la profesional encargada, efectuó “*observación clínica*” y realizó “*entrevista y evaluación psiquiátrica al procesado*”.

Luego entonces de la verificación del informe, al cual se acompañó un resumen de la entrevista, permite advertir que la evaluación psiquiátrica, así como sus conclusiones, partieron del examen de lo confiado por el entrevistado, en unión con lo que de los hechos informaba el expediente.

De igual manera, la perito expuso, tanto en el informe escrito como en el dictamen rendido en la audiencia pública destinada a la práctica probatoria, las razones que la llevaron a concluir que:

1. El examinado, Israel Hernández Jiménez para el momento de los hechos materia de investigación, probablemente no tenía trastorno mental grave ni inferioridad psíquica que le impidiera comprender la ilicitud de su conducta, ni tampoco determinarse de acuerdo a esa comprensión.

---

<sup>11</sup> Folios 63-69 Cuaderno Original del Juzgado.

2. El examinado Israel Hernández Jiménez, presenta un cuadro psicótico no especificado.
3. La conclusión que se formula en el presente informe es el resultado del estudio pericial del caso que nos ocupa, con la información que se allego en su momento y se refiere únicamente a la situación que existía en el momento de practicarse el estudio y, por ello, los resultados no pueden extrapolarse a otras circunstancias o condiciones ambientales. Por esta razón, en caso de producirse variación sustancial o modificación de tales circunstancias, convendría una nueva evaluación y efectuar un nuevo análisis situacional.
4. El presente informe es sobre capacidad de comprensión y autodeterminación, por lo tanto, no busca establecer si los hechos materia de investigación ocurrieron como se establecen en el expediente allegado.

De la interpretación de los resultados, la médico profesional consignó:

“...Se valoró por primera vez, en el servicio de psiquiatría forense al señor Israel Hernández Jiménez, hombre de 28 años de edad, natural de Magangué/Bolívar, procedente de la cárcel distrital, en la cual se encuentra recluso hace más o menos 1 año.

(...) en relación a su infancia y escolaridad las exterioriza, con juegos y relaciones con pares propias de la edad, sin dificultades en las relaciones con los mismos, no hay mención de alteraciones conductuales, ni asistencia de consultas médicas por dichos motivos, llama la atención que dentro de su relato se encuentra algunas descripciones de juego con animales a los cuales manifiesta que lesiona con un “amigo”.

De su esfera laboral manifiesta, que inició con oficios informales, al atender una tienda de propiedad de su madre, con adecuado desempeño en estas labores según su relato, sin embargo, con algunas diferencias con la madre por lo cual decidió retirarse.

Con respecto al funcionamiento previo a los hechos materia de investigación, **se vislumbra que Israel tenía un adecuado funcionamiento global, con relaciones familiares, sociales, y laborales adecuadas, con los posibles desacuerdos considerados a nivel relacional, así como no habían síntomas o signos clínicos específicos en su esfera mental identificados por el examinado o en las historias clínicas aportadas, ni previo, ni durante los hechos materias de investigación. Así como no se aportan y no se exponen por el señor Israel antecedentes disciplinarios, judiciales o delictivos previos a los hechos expuestos.**

En la adultez, manifiesta que la alucinación continúa, recordándole algunas obligaciones personales, eventos, no obstante, comenta que en algunas ocasiones le ha insistido para que se haga daño e intente suicidarse, a lo cual el señor Israel ha hecho caso omiso. Durante la convivencia con su ex pareja y su hijo, refiere que “sombra” le recordaba eventos (como crecimiento y desarrollo, vacunación), así como cuidaba a su hijo, pero que no llegó a solicitarle que le hiciera daño al niño, pero sí que hiciera daño a su pareja, a lo cual el entrevistado, le hace crítica y lo cataloga como delito por lo cual no lo realizó (...)

De la alteración sensorio-perceptiva que manifiesta desde la juventud, para el día de los hechos, comenta que no le dio la orden de cometer los hechos materia de investigación. Posterior a los mismos presentó intento de suicidio con cortes en el cuello y tórax, por lo cual fue conducido a la IPS Universitaria, y por la historia clínica aportada no da cuenta de las alteraciones en la esfera mental en el momento de la valoración.

Consultó por primera vez al servicio psiquiatría en junio de 2015, donde se expuso un relato de los hechos materia de investigación de forma vaga, así como un cuadro de alucinaciones en relación con su hijo, las cuales se presentan posterior a los hechos

materia de investigación y una voz diferente, pero que no hay evolución de esta última.

(...) dentro de la historia longitudinal de Israel, manifiesta que desde la adolescencia, presenta alteración sensorio-perceptiva visual y auditiva compleja, la cual le da nombre, e inclusive hay realización de tareas e implicación en su vida, sin embargo, no hay síntomas a nivel de esfera de pensamiento como ideas delirantes, alteraciones a nivel comportacional, no hay síntomas de corte negativos, como apatía, abulia, aplanamiento afectivo, no hay comportamiento desorganizado o alteraciones en el lenguaje, no hay presentación de crisis psicóticas, la alteración sensorio-perceptiva es estable en el tiempo(...)

Es de anotar que para el momento de los hechos, la alteración sensorio-perceptiva que manifiesta ver y oír, no interfirió, es decir que no tuvo voces de comando, que lo pudieran incitar a la realización de los hechos materia de investigación...". (Subraya y negrilla fuera del texto).

Bajo estos presupuestos debe advertirse que: (i) la profesional posee calidades sobresalientes en el tema de salud mental; (ii) el informe pericial cumple con las especificaciones técnicas y estructurales para ser aplicados al caso del procesado Israel Hernández Jiménez; (iii) las técnicas utilizadas son la valoración a través de entrevista semiestructurada basado en los protocolos de las pericias del Instituto de Medicina Legal y que arrojaron resultados de probabilidad.

Adentrando como tal a la base y al sustento pericial, la Sala acoge los criterios esbozados por la experta, dado que dicha pericia es encaminada a determinar si al momento de los hechos el individuo comprendía la ilicitud de su conducta y si podría auto – determinarse con esa condición.

En análisis realizado por la perito de los archivos adjuntos al expediente, comprueba que dentro de las historias clínicas no se avizora alteración alguna en la personalidad del entrevistado el señor Israel Hernández Jiménez, más específicamente en la historia clínica del doctor Palacios (médico particular) después de cometido el hecho como lo pudo señalar en su declaración en juicio oral, de fecha 25 de enero de 2017.

Sobre este punto, debe precisarse que esa historia clínica fue posterior al delito, sumado a que según la experta de Medicina Legal la Dra. Janeth Ivon Godoy Espinosa, que aunque el paciente estuviese medicado bajo antipsicóticos y anticonvulsivos al momento de la realización de esa entrevista, no es fácil determinar mediante esta si tenía alteración alguna, puesto que algunos antipsicóticos producen efectos sedantes y hay otros que no, y en cuanto a los anticonvulsivos, algunos casi ninguno produce alteraciones al nivel de somnolencia, por lo que se hace necesario para que se determinen alteraciones debe ser un excesivo consumo de los medicamentos para percibir estas alteraciones.

Por otra parte, esta Sala destaca que si bien en el juicio oral, su ex pareja Yuleidis Sánchez Hoyos y Rosa Hoyos Oviedo-abuela del menor-, describieron al enjuiciado como una persona agresiva, según la experta el solo ítem de agresividad no es un signo o síntoma específico de un trastorno de personalidad.

En virtud de lo anterior, está claro que en el juicio oral no se acreditó que el día de los hechos, el procesado Israel Hernández Jiménez, hubiera pasado por un trastorno que no le hubiera permitido comprender la ilicitud de su conducta, máxime porque la inimputabilidad es un concepto jurídico-médico, es decir, su declaratoria deriva del examen médico legal que así lo indique.

De esta manera, contrario a lo aducido por el apelante, lo que esta Colegiatura vislumbra es que se trató de una desgracia derivada del egoísmo del enjuiciado, puesto que es inconcebible que un padre le quite la vida a su propio hijo, por no aceptar la custodia con la progenitora de éste, por eso, esta Colegiatura destaca que el día de los hechos el endilgado fue totalmente consciente al ingresar con el menor en la residencia con la excusa de prepararle un tetero, sin embargo, ingresó a una de las habitaciones y le causó una herida al bebé que comprometió el 70% de su cuello."

**Decisión:** Confirma la decisión de primera instancia.

**M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ**  
**Radicación: 0800122040020150008500**

**TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de PRIMERA INSTANCIA – Funcionario Judicial**  
**TEMAS: PREVARICATO POR ACCIÓN- Fiscal Seccional que en vigencia del Sistema Penal Acusatorio tramitó una solicitud de restablecimiento del derecho sobre vehículo automotor/ FUNCIONARIOS DE LA FISCALÍA- Conocían y fueron capacitados de la entrada en vigencia de la nueva normatividad procesal penal y su régimen de aplicación gradual en los diferentes Distritos Judiciales/PRUEBA DEL DOLO- Con el actuar del funcionario se evidencia que desplegó su voluntad para atentar contra el bien jurídico de la administración de justicia**  
**PROCESADO: JAIME DE JESÚS CUELLO DUARTE**

#### **Síntesis del caso:**

En el presente asunto, el procesado en su condición de fiscal adelantó una investigación cuyos hechos ocurrieron en vigencia del Nuevo Sistema Penal Acusatorio, sin estar facultado para ello porque su competencia radicaba en asuntos tramitados bajo la égida de la ley 600 de 2000 y debía remitir para el

asunto de restablecimiento de derechos, a los jueces penales municipales de control de garantías, por lo cual no podía avocar el conocimiento de esta indagación y menos proferir una decisión de restablecimiento de derecho.

### Extractos:

“Miradas los elementos de prueba que introdujo el delegado fiscal a este proceso penal, cuyo recorrido detenido hizo la Sala, ella encuentra que le asiste razón al ente acusador cuando advierte que su postulación de condena abarca un comportamiento desaguizado por parte del ex fiscal Jaime de Jesús Cuello Duarte, cuando emite sin soporte legal la decisión de restablecimiento de derecho de fecha 2 de noviembre de 2009, manifiestamente contraria a la ley desconociendo la falta de competencia que para un asunto de ese talante estaba asignada a los jueces penales municipales de control de garantías, con la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, desde tiempo antes de que le fuera asignada la investigación. Contrario a ello la defensa se aferra a la presunción de inocencia como garantía formal, asumiendo un teoría que matiza con el presunto desconocimiento, que a su juicio, tenía el fiscal de que la actuación a él asignada no era de su competencia por la entonces reciente aplicación del nuevo sistema de procedimiento penal y porque, el error cometido lo fue bajo la justificación de la congestión de su despacho y de las enfermedades que padecía que afectaban su desempeño laboral.

El artículo 413 de la ley 599 de 2000, modificado por la ley 890 de 2004, define el prevaricato por acción, así:

*“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) Salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.”*

De acuerdo con esta descripción del tipo penal, constituyen supuestos para la configuración del tipo objetivo la concurrencia de un sujeto activo calificado, es decir, tener la calidad de servidor público; como sujeto pasivo el estado y la sociedad; el bien jurídico que este delito viola o pone en peligro es la administración pública, en su específica versión de exigir el respeto de la autoridad a la ley y el derecho; la conducta consiste en conceptuar, proferir, el dictamen o la resolución ilegal; y, como elemento normativo, además de las anteriores, la expresión “manifiestamente contrario a la ley”.

(...)

De tal forma que quedan excluidas del objeto de reproche penal, todas aquellas decisiones respecto de las cuales quepa discusión sobre su acierto o legalidad, diferencias de criterio, interpretaciones o equivocaciones despojadas del ánimo de violar la ley.

(...)

Ahora bien, en nuestro caso, encuentra la Sala que la Fiscalía 37 Seccional en cabeza del Dr. Jaime Cuello Duarte, conoció, tramitó y resolvió un restablecimiento de derecho en el marco de una investigación por los delitos de aprovechamiento de error ajeno y fraude procesal, presuntamente ocurridos en el año 2007, por el señor Alcides Segundo Silva Valega y Oscar Perlaza Arboleda, dentro del proceso civil de restitución de tenencia de bien mueble en el que éstos actuaban como parte demandada; imprimiendo el fiscal acusado el trámite previsto en la ley 600 de 2000, inobservando que ya su homólogo de la Fiscalía 51 Seccional, lo había remitido con la anotación de ser repartido ante los fiscales locales delegados ante los jueces penales municipales, e inclusive, había presentado conflicto administrativo de competencias de no aceptarse la actuación por parte de ellos.

Pero más allá de tal consideración, debe recordarse que cuando el enjuiciado toma las determinaciones antes anotadas ya la ley 906 de 2004, tenía más de un año de estar vigente en este distrito judicial, en el entendido que fue voluntad legislativa de que su operatividad ocurriera en forma escalonada en todo el territorio patrio; es decir en diferentes distritos judiciales, siendo ello voluntad del artículo 5º del acto legislativo 003 de 2002 (...).

Circunstancia jurídica que se constituye en un hecho notorio para todos los jueces y fiscales delegados en este distrito judicial, que entre otras cosas, tampoco es impensable sostener que no fuesen capacitados los mismos sobre la temática del nuevo proceso acusatorio adversarial y de cariz intrínseco a la tradición jurídica colombiana.

Ello revela que el procesado si conocía de la coexistencia en este distrito judicial de dos sistemas de enjuiciamiento penal verbi gratia el escritural de la ley 600 de 2000, y el adversarial oral de la Ley 906 de 2004, tanto que con una desprevenida lectura del expediente o de las actuaciones escritas se percibe palmar que sí coexistían los anotados sistemas de instrucción y juzgamiento.

Es ahí donde cobra una notable preponderancia el dolo como elemento necesario de la culpabilidad y cuya exigencia normativa lo es que el enjuiciado: "...conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización...".

Luego sí se le actualizó el conocimiento a Jaime de Jesús Cuello Duarte, más sin embargo fue su voluntad proyectada la que lesionó el bien jurídico de la administración pública, en la especie de atentado a la administración de justicia, dado que los elementos materiales le aconsejaban actuar de otra manera o por mejor decir actuar ajustado a derecho, disponiendo de una manera celer y fácil una vez recibió la actuación remitirla a la oficina de asignaciones de la Fiscalía para que se repartiera a donde fue destinado por el Fiscal 51 Seccional, tal como así lo dejó consignado en su resolución de fecha 23 de junio de 2009, advirtiéndole que de no aceptársele la competencia por el destinatario fiscal asignado de la actuación le proponía conflicto administrativo para que se definiera la competencia.

A fortiori, el enjuiciado no sólo recibió el expediente a pesar de las advertencias del fiscal remitente; sino que abrió indagación previa y discurrió procesalmente con actuaciones que reprochan más su comportamiento y explicable tal concepto por parte de la Sala, cuando le recibe testimonio a la denunciante quien le explica todos los intrínquilos padecidos con ocasión del rodante objeto de Litis y le pone de presente el error en que esta litigante incurrió pero a pesar de todo hizo caso omiso a esa valiosa información que de acogerse no hubiese pervertido la administración de justicia en la magnitud que aquí se revela.

Peor aún existen dos indagaciones preliminares una por el Fiscal 51 Seccional por la ley 906 de 2004, y otra por el acusado en su condición igual de Fiscal Seccional, quien abre esa indagación previa por los ritos de la ley 600 de 2000, lo que desemboca en desnudar un propósito insano y desde luego con consecuencias nocivas para quienes a la sazón se presumen víctimas no sólo de su comportamiento sino del demandado y su representante legal, que aprovecharon supuestamente un error de la parte demandante para torpedear una pronta, eficaz y recta justicia.

Solo basta con reparar los folios 50 a 53 del expediente que hace parte de las evidencias de este entramado procesal para percibir en forma objetiva y monumental que había en tránsito una indagación preliminar y con órdenes de policía judicial bajo el rigor de la ley 906 de 2004, situación que hace pensar al Tribunal que la intención del acusado no era otra que actuar de manera grosera y frontal en contra de las normas que regulan el trámite de unos hechos jurídicamente relevantes bajo la óptica de la ley en cita.

Un razonamiento contrario sería tanto como introducirse aquel que opte por ese camino en obtener resultados que van en contra de la lógica y de la experiencia habida cuenta que como dice una frase en latín de usanza en la figura de la negligencia médica *res ipsa loquitur* "las cosas hablan por sí solas" para dar a entender la Sala, el que el enjuiciado hoy para mantener su inocencia pretende abrazar el argumento insoportable ante la contundencia

de las evidencias de que no tenía una experiencia consolidada en el trámite de procesos de ley 906 de 2004, unido a razones del padecimiento de enfermedad, quebrantos de salud y congestión del despacho del que era titular para el entonces de los hechos.

(...)

Y si se quiere argumentar como lo hace la defensa técnica en sus alegatos de conclusión al afirmar que el padecimiento de quebrantos de salud unido al asumido o presunto poco conocimiento jurídico del novel proceso penal oral por parte del acusado fiscal, fueron circunstancias que constituyeron o marcaron la ruta para que éste adoptara la decisión judicial de restablecimiento del derecho de uno de los sujetos procesales que hoy se le reprocha en este compendio procesal, son en verdad hipótesis que cabalgan sin evidencia o elemento material que las confirmen. Si esto emerge ostensible de las pruebas recaudadas en la audiencia del juicio oral, es porque quien alega tales circunstancias exculpatorias no le rindió culto adecuado y evidente al principio de la carga dinámica de la prueba que en el proceso penal se abre paso siempre y cuando ya la Fiscalía General de la Nación, con su trabajo probatorio y reflexivo agota su teoría del caso.

(...)

Explica la Sala, si un Fiscal Delegado es destinatario de una actuación judicial que le remite un homólogo de este distrito judicial, lo más elemental es que revise de primera mano las razones de orden fáctico y jurídico de esa remisión de la actuación para a posteriori edificar la posición que se mimetice con la justa y jurídica determinación que considere en ese momento histórico deba tomar el fiscal, que detente esta foliatura y no hacer en sentido contrario ese estudio antecedente y prolijo para luego desembocar en determinaciones que riñen con la lógica y con una verdad procesal que no debía caminar por los linderos de la ley 600 de 2000, desnuda per se el afán malintencionado de torcer la ley por parte del acusado.

Por ello, concluye esta Judicatura que el acusado con desconocimiento de las normas aplicables al caso sometido a su racero instructivo – Ley 906 de 2004– profirió decisiones imbricadas apoyado en la Ley 600 de 2000, sobre una actuación que ya venía siendo tramitada por el nuevo estatuto de procedimiento penal, que tuvieron un alto perjuicio para la administración de justicia y sobre todo para todas aquellas personas con interés en un vehículo que fue objeto de restablecimiento del derecho, que no debió nacer por no tener competencia en este especial asunto por esa vía jurídica e inclusive ni siquiera se observa que haya mirado las labores de policía judicial, que fueron ordenadas dentro del programa metodológico del Fiscal 51 Seccional.

Por lo tanto encuentra esta Sala de decisión penal, que en esta actuación, en verdad se cumplieron con las exigencias del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, porque se obtiene el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, por el delito de prevaricato por acción, fundado en las pruebas debatidas en el juicio y por ello se condenará como penalmente responsable de este delito a Jaime Cuello Duarte.”

**DECISIÓN:** Condena penalmente por prevaricato por acción. Niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Concede el beneficio de la prisión domiciliaria.

## ACCIONES CONSTITUCIONALES

**M.S: Dra. VIVIAN SALTARÍN JIMÉNEZ**

**Radicación: 08-001-31-53-016-2018-00017-01 / Número Interno: T-00157-2018**

**TIPO DE PROVIDENCIA: Acción de Tutela (Segunda Instancia)**

**TEMA: MEDICAMENTOS SIN REGISTRO SANITARIO Y CARENTES DEL PERMISO DE IMPORTACIÓN DEL INVIMA- Procedencia excepcional de la acción de tutela/ JUSTIFICACIÓN MÉDICO-CIENTÍFICA DEL GALENO TRATANTE-** Es vital para la ordenación de entrega de medicamentos que tienen restricciones por parte del INVIMA/ **CALIDAD DE VIDA, BIENESTAR Y SEGURIDAD DE MENOR DE EDAD-** Resultan amparados en razón a la enfermedad degenerativa que padece (Atrofia muscular espinal progresiva tipo 2)/**SALVAMENTO DE VOTO: El criterio de la Corte Constitucional no avala la orden a la EPS para que ingrese al país un medicamento que no se comercializa en él, ni obliga al INVIMA en tal sentido.**

**FECHA:** Mayo 28 de 2018

**ACCIONANTE:** Nilson Harik Barros Pineda, en representación de su menor hija  
xxxxxxxxxxxxxx

**ACCIONADOS:** Secretaria Distrital de Salud, Salud Total EPS, Invima y Otros

### Síntesis del caso:

En el presente asunto, se estudia la situación de salud de una menor de edad cuyos padecimientos manifiesta su médico tratante pueden ser mejorados a través de la administración de un medicamento que actualmente no se encuentra autorizado en el país por parte de la autoridad de vigilancia INVIMA.

### Extractos:

“Sea lo primero indicar, que el caso de marras plantea un problema jurídico que tiene relevancia constitucional, como quiera que lo alegado por el accionante

evidencia una posible afectación al derecho a la salud de su menor hija por parte de las entidades accionadas, sustentada en la negativa de entregar un medicamento que estima necesario para mejorar la calidad de vida y la salud de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Ahora bien, al abordar el análisis del caso sometido a decisión de esta Sala, se advierte en primer lugar, que la entidad SALUD TOTAL E.P.S., al rendir informe respecto los hechos que motivaron la acción constitucional que nos ocupa, aduce que no se han negado a la entrega del medicamento por meros caprichos de la entidad, más bien que dicha situación atiende a que NUSINERSEN (SPINRAZA) no cuenta con registro sanitario del INVIMA, entidad encargada de proteger y promover la salud de la población, mediante la gestión del riesgo asociado al consumo y uso, entre otras cosas, de los medicamentos.

Por otra parte, de las piezas procesales obrantes en el expediente, visibles a folio 47 al 67 del cuaderno de segunda instancia, se colige un historial de las juntas médicas interdisciplinarias que se constituyeron con el fin de abordar la discusión y validación de pertinencia médica del ordenamiento de NUSINERSEN (SPINRAZA) a la menor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, de las cuales cabe señalar las que se efectuaron el 26 de Diciembre de 2017 y el 21 de Febrero de esta anualidad, dado que en la primera, donde se advierte que participó como asistente el Dr. Asid de Jesús Rodríguez Villanueva, se concluyó que se debía realizar *“alcance con el laboratorio farmacéutico para prueba terapéutica con la paciente o la opción de incluir a la paciente en el ensayo clínico de fase 4. Genetista. (...)”*, mientras que en la segunda la conclusión fue que *“no debe aplicarse debido a que no hay evidencia científica que avale su uso en el caso particular de la paciente, debido a sus condiciones clínicas”*. (Subrayado fuera del texto)

Toma vital importancia esto último, en la medida que de la historia clínica que aportó la FUNDACION HOSPITAL UNIVERSIDAD DEL NORTE, donde se advierte que la menor fue remitida por la especialidad de Neuropediatría y atendida por primera vez y en ocasiones posteriores por el galeno y genetista doctor ASID DE JESUS RODRIGUEZ VILLANUEVA, se tiene que la misma fue valorada en Abril 17 de 2017, donde se ordenó como plan de manejo tratamiento con NUSINERSEN (SPINRAZA) medicamento que fue negado, como ya se dijo, *“por no tener registro INVIMA y aun encontrarse en fase 3 de estudios”*<sup>12</sup>, y que el galeno tratante ratificó la necesidad del medicamento en control adiado Junio 08 de 2017, de manera que a la fecha han pasado poco más de 1 año que ameritan una nueva valoración por parte del galeno genetista, doctor Asid de Jesús Rodríguez Villanueva, en pro de establecer si efectivamente las condiciones de salud de la menor permiten o no que el plan de manejo que se estableció en

---

<sup>12</sup> Visto a folio 338 del expediente.

oportunidad anterior; es decir, con el medicamento NUSINERSEN (SPINRAZA), cumple su finalidad en cuanto a mejorar la calidad de vida de la menor y mitigar los daños sufridos por la enfermedad que la aqueja.

Sobre este particular, la H. Corte Constitucional razonó que *“Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos. Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo las profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.”<sup>13</sup> (Subrayado fuera del texto).*

De lo anterior, y atendiendo además que la Corte Constitucional refiere las órdenes del médico tratante como fundamentales para garantizar el derecho a la salud del paciente como uno de los requisitos para el suministro de medicamentos que no cuenten con registro del INVIMA, y que además de ello se colma en el presente caso, la totalidad de los demás requisitos señalados por esa alta Corte, como son el cumplimiento de los parámetros exigidos jurisprudencialmente para proporcionar un medicamento excluido del POS, al indicar el médico tratante que el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; así como también el hecho de no poder sufragar el accionante ni alguna otra persona de su núcleo familiar con el costo del servicio, lo cual quedó plenamente demostrado con la declaración que bajo juramento realizó el actor con la presentación de ésta acción constitucional, y con la certificación que sobre el nivel socio-económico de éste y su familia, expidió el registro de SISBEN III del Distrito de Barranquilla en el que le otorga una clasificación de 26,43 puntos que corresponde al Nivel 1 del Sisben; resulta del caso resaltar que en atención a dichos lineamientos jurisprudenciales, se encuentra igualmente demostrado, que el galeno tratante en sus consideraciones médicos científicas, justificó para la época en que valoró a la

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Junio 14 de 2013. Rad. T-345-2013. MP. María Victoria Calle Correa.

menor y prescribió el tratamiento con el medicamento NUSINERSEN (SPINRAZA), esto es Abril 17 de 2017, sustentando su apreciación en los estudios realizados a la paciente y la acreditación que el mismo ha tenido en la comunidad científica a nivel mundial para el tratamiento de la patología de ATROFIA MUSCULAR ESPINAL PROGRESIVA.

Así las cosas, se impone a esta Sala de Decisión confirmar parcialmente la sentencia de primer grado, proferida por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de esta Ciudad en data Abril 20 de 2018, pero ampliando su alcance, para que con el objeto de garantizar la calidad de vida de la menor, su bienestar y seguridad, el doctor ASID DE JESÚS RODRÍGUEZ VILLANUEVA, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, valore nuevamente el estado de salud de la menor XXXXXXXXXXXX y con base a estudios médicos e investigaciones médicas vigentes, justifique de manera médico-científica, si el tratamiento con el medicamento NUSINERSEN (SPINRAZA) resulte aún necesario e idóneo para el tratamiento de la enfermedad de ATROFIA MUSCULAR ESPINAL PROGRESIVA TIPO 2 que aqueja a la menor, debiendo en caso afirmativo, informar inmediatamente de ello a SALUD TOTAL EPS, para que a través del funcionario que corresponda, en el término de las 48 horas siguientes a que le fuese informado, inicie los trámites a que hubiese lugar para acceder a la entrega del medicamento, para lo cual se ordena al INVIMA, a través de su director o el funcionario que corresponda, realizar el apoyo necesario para la importación del medicamento, contando para ello con un lapso no mayor a 30 días hábiles, para entregar el medicamento recetado por el especialista a la menor XXXXXXXXXXXX."

**NOTA DE RELATORÍA: La presente decisión contiene SALVAMENTO DE VOTO expresado por el Honorable Magistrado ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES quien manifestó:**

"Con el debido respecto a las motivaciones expuestas y a la decisión proferida en la presente providencia, el suscrito Magistrado considera que no es posible efectuar las ordenaciones a que hace referencia el numeral 2º de la parte resolutive de esta sentencia.

Si bien es cierto que la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que la circunstancia que el INVIMA no hubiere autorizado el suministro de un medicamento para una enfermedad en específico no es un argumento suficiente para negar la aplicación de un tratamiento cuando lo ordena el médico tratante, considero que tal criterio jurisprudencial no avala la orden dada a la EPS que proceda a ingresar al país un medicamento que actualmente no se comercializa en el mismo ni que se imponga al INVIMA que realice el apoyo necesario para esa importación."

**DECISIÓN:** Confirma parcialmente la decisión impugnada, en el sentido de ordenar valoración médico-científica que justifique si resulta necesario e idóneo el medicamento solicitado, en caso afirmativo, se ordena a la EPS proceda a realizar las gestiones del caso, y se ordena al INVIMA apoyar en los tramites de importación.

#### **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 o solicitud, podrá ser remitida al correo electrónico:*

[rtsupbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:rtsupbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑOZ**  
**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

