



TRIBUNAL DE BOGOTÁ
BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
31 DE MAYO DE 2018

EL CONTENIDO DE ESTE BOLETÍN ES DE CARÁCTER INFORMATIVO.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL

31 DE MAYO DE 2018

EL CONTENIDO DE ESTE BOLETÍN ES DE CARÁCTER INFORMATIVO. SE RECOMIENDA REVISAR DIRECTAMENTE LA PROVIDENCIA O EL VIDEO.

EL DOCUMENTO SE ENCUENTRA EN LA PÁGINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-de-familia/74

www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil/74

www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/74

SALA CIVIL

EL PAGARÉ OBJETO DE COBRO FUE ENDOSADO POR UNA PERSONA JURÍDICA DIFERENTE AL BENEFICIARIO CAMBIARIO INICIAL. Pág. 3 – 9.

COMPETENCIA DESLEAL – PRUEBA DE LA VENTAJA SIGNIFICATIVA. Pág. 9 – 12.

CONTENIDO DEL DEBER DE PREPARACIÓN DE TESTIGOS. Pág. 12 - 13.

LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A UN ACTO ADMINISTRATIVO QUE NEGÓ UN TRASLADO DE UNA FUNCIONARIA, SOLO EN CASOS EXCEPCIONALES. Pág. 14 – 18.

RESPONSABILIDAD POR LOS PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS OCASIONADOS POR LA FALLA EN EL SERVICIO POR ERROR DE DIAGNÓSTICO Y PROCEDIMIENTOS MÉDICOS QUIRÚRGICOS PRACTICADOS O DEJADOS DE PRACTICAR. Pág. 18 – 21.

SALA DE FAMILIA

REQUISITOS PARA DECRETAR EL OCULTAMIENTO DE BIENES QUE SEÑALA EL ARTÍCULO 1824 DEL CÓDIGO CIVIL. Pág. 21 – 26.

¿PUEDE DECRETARSE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD SIN HABERSE DEMOSTRADO EL DESPRENDIMIENTO AFECTIVO Y ECONÓMICO TOTAL O ABSOLUTO POR PARTE DE LOS PROGENITORES DEL MENOR? Pág. 26 – 32.

SALA LABORAL

RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ CON FUNDAMENTO EN LO ESTABLECIDO EN LA LEY 860 DE 2003. Pág. 33 – 37.

SALA CIVIL

EL PAGARÉ OBJETO DE COBRO FUE ENDOSADO POR UNA PERSONA JURÍDICA DIFERENTE AL BENEFICIARIO CAMBIARIO INICIAL.

MP DR. LUÍS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

RADICADO: [22-2007-00679-01](#) - [CON SALVAMENTO DE VOTO](#)

ASPECTO FÁCTICO

1. Con base en el pagaré adosado a la demanda, Afianzadora de Colombia S.A. - Afianzacol- obtuvo mandato de pago contra Energía Térmica Colombiana Ltda -Entercol- y Carlos Eladio Parada Gómez, por la suma incorporada, más los intereses moratorios causados a partir de la fecha de vencimiento.

2. Notificado personalmente el señor Parada Gómez se opuso a la prosperidad de las pretensiones, para lo que formuló las excepciones de mérito que apellidó carencia absoluta para actuar del apoderado y/o de la sociedad demandante, inexigibilidad de la obligación demandada, enriquecimiento del demandante sin justa causa, compensación con la obligación demandada, cobro excesivo de intereses, mala fe y las demás personales que pudiere oponer el demandado contra el actor. Por su parte, la sociedad Entercol propuso la exceptiva de pago parcial de la obligación.

3. Practicadas las pruebas decretadas y corrido el traslado para alegar, la señora jueza de primer grado dictó sentencia negando las pretensiones, con base en la falta de legitimación en la causa por activa, contra la que se alzó el demandante con fundamento en que el fallo es extra petita porque la falta de legitimación en la causa no fue invocada como medio de defensa, la obligación a cargo del ejecutado no puede prestarse a duda y que la tenencia del pagaré es legítima, primordialmente porque le fue entregado con la intención de hacerlo negociable.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema a resolver se reduce a establecer las consecuencias que surgen porque el pagaré objeto de cobro se hubiera practicado por persona diferente a su beneficiario.

ANÁLISIS DE LA SALA

Cuando el derecho incorporado en un título valor no es satisfecho voluntariamente por el obligado, el tenedor puede ejercer la acción cambiaria con el propósito de obtener su pago compulsivo; así mismo, contra el auto proferido en ejercicio de dicha acción, el ejecutado, en desarrollo del derecho de

contradicción, está habilitado para formular las excepciones previstas en el artículo 784 por el legislador mercantil.

El a-quo despachó desfavorablemente las pretensiones propuestas tras considerar -en esencia- que el ejecutante carece de legitimación para cobrar el derecho incorporado en el pagaré, por cuanto la sociedad que le endosó el cartular -Easy Credit Group Ltda.- es persona diferente a Easy Credit Ltda., quien funge como beneficiaria del título, por lo que a la voz del artículo 647 lo calificó como tenedor ilegítimo y, por ende, sin habilitación para cobrar la obligación, proveído que fue impugnado por el actor, quien planteó que el fallo es incongruente, pues tal excepción no fue propuesta por los ejecutados; que él es tenedor legítimo pues se le entregó el pagaré para recuperar el dinero que habían desembolsado y que el representante legal de la ejecutada acepta la existencia del crédito en virtud de los negocios existentes entre ellos.

Para resolver la discordia es preciso recordar que dentro de los principios rectores de los títulos valores campea el de la legitimación, que por pasiva se radica en la persona que, acorde con el título y la ley, está llamada a satisfacer las prestaciones incorporadas, ya porque originalmente asumió ese débito ora como consecuencia de su ulterior circulación. Por activa, ésta se proclama del tenedor legítimo del cartular, a quien se le califica como habilitado para ejercer el derecho inmanente, para obtener su pago judicial o extrajudicial, ya por ser el sujeto que lo obtuvo originariamente, ora de manera derivativa, pero de conformidad con su ley de circulación y aun el simple adquirente o subrogatario, que lo toma por una vía diferente al endoso, como expresamente lo señala el artículo 652 comercial, aunque, en este caso, sin la especial protección que la ley le brinda a quien lo consiguió de conformidad con la ley de circulación que impuso el creador del título o la ley.

En concordancia con lo expuesto, dada la particular función de los títulos valores, que son bienes mercantiles que incorporan derechos, entre ellos el de crédito, la

legitimación para el ejercicio de las prerrogativas que le otorga la ley responde, con rigor y exactitud, a las específicas previsiones legales -artículos 619, 630, 647 a 667 del Código de Comercio-, sin que sean aplicables, en línea de principio, las normas del derecho común u ordinario. Esta especialidad normativa permite, entre otras eventualidades y para lo que es de interés a la situación en juzgamiento, que el trasmisor del título no sea el titular del derecho incorporado, particularidad que en palabras de la Corte “apareja, por consiguiente, la renuncia de cualquier intento de indagación respecto de la propiedad del derecho”, por lo que, así mismo, planteó “en síntesis, (que) la función legitimadora de los títulos valores, usualmente justificada en la teoría de la apariencia, prescinde de la demostración de la titularidad del derecho, para, en su lugar, habilitar al tenedor para que ejerza el derecho en ellos incorporado mediante la exhibición de los mismos, siempre y cuando, claro está, los posea conforme a su ley de circulación”. (CSJ. Sentencia 069 de junio 14 de 2000).

Esta irrefutable realidad llevó a la alta Corporación a afirmar que “el significado pleno del concepto de legitimación -ha dicho la Corte con apoyo en la doctrina-, lo da, precisamente, el hecho de abstraerse totalmente de la investigación sobre pertenencia del derecho de crédito que pueda corresponder al que ha sido admitido para ejercerlo... Así las cosas, el poseedor del título, amparado por la apariencia de la titularidad que le proporciona la circunstancia de ser su tenedor en debida forma, está facultado, frente a la persona que se obligó a través de la suscripción, para exigir el cumplimiento de lo debido” (Casación del 23 de octubre de 1979).

El indisoluble entronque existente entre el principio de la legitimación y la ley de circulación es irrefutable, pues la norma califica como tenedor legítimo del título a quien lo haya adquirido de acuerdo con la modalidad establecida para su tráfico, la cual depende del tipo o clase de cartular, esto es, si son nominativos, al portador o a la orden, previendo la ley, para éstos el endoso y su entrega material, como paladinamente ordena el artículo 651 mercantil. Sin embargo, no puede dejarse en el olvido que el endoso no es la única vía válida para la circulación de los títulos valores a la orden, ya que es posible que un tenedor lo ostente legítimamente en virtud de otra modalidad de transmisión, tal como lo

reconoce el artículo 652 mercantil, fungiendo en ese caso el tenedor, como un simple adquirente o subrogatario, pero con plena habilitación para cobrar el derecho crediticio, aunque sometido o expuesto a todas las excepciones que se le habrían podido oponer a su antecesor, pues no en vano el artículo precitado reza que “la transferencia de un título a la orden por medio diverso del endoso, subroga al adquirente en todos los derechos que el título confiera; pero lo sujeta a todas las excepciones que se hubieran podido oponer al enajenante”.

Corolario de lo discurrido, no hay duda alguna en torno a que el endoso es el mecanismo que la ley comercial ha establecido como idóneo para la transmisión -con plena protección cambiaria- de los derechos contenidos en un título valor a la orden, el cual tiene dentro de sus características constituir una declaración cambiaria unilateral, accesoria, incondicional e integral, cuyo fin no es otro que el de traspasar los derechos incorporados en el instrumento negocial, acto que se perfecciona con la firma del endosatario y la entrega material del título.

Aplicadas las anteriores precisiones al caso bajo análisis, no hay duda de que el pagaré objeto de cobro fue endosado por una persona jurídica diferente al beneficiario cambiario inicial, pues a pesar de las notorias similitudes en las razones sociales entre las dos entidades involucradas, no hay identidad entre ellas. Empero, aquella objetiva realidad descrita en el pagaré deja en claro que la forma de transmisión utilizada fue el endoso realizado por un sujeto que no es titular del derecho, materialidad que evidencia que el real problema a resolver se reduce a establecer las consecuencias que surgen porque el mismo se hubiera practicado por persona diferente a su beneficiario, dilema que se resuelve con la afirmación de que esta específica normativa no incluye como presupuesto para su eficacia que el endosante sea titular del derecho que se transmite, por lo que es perfectamente posible que el propietario no haya intervenido en esa negociación y sin embargo la misma sea válida, lo que conduce a precisar que “en el campo relativo a las normas que regulan los títulos valores, deba distinguirse entre la persona que lo posee materialmente, pudiendo hacer uso frente al deudor o suscriptor, de su derecho cambiario, y el sujeto que, en realidad de verdad, es el propietario del documento y por ende del derecho en él contenido o incorporado. En ocasiones, claro está, existe

plena identificación entre uno y otro sujetos, pero en otras no dejará de presentarse la falta de coincidencia” (providencia de 23 de octubre de 1979).

Sobre el punto es necesario precisar que en el derecho colombiano y de manera específica en el cambiario, la buena fe se presume y, en consecuencia quien alega la mala fe debe probarla, según expresa directriz del artículo 835 del código de los comerciantes; condición que carece de definición en la citada codificación, pero que de acudir a la legislación civil se acepta que ella nace de la convicción de haber adquirido el derecho por medios legítimos, despojado de todo tipo de vicios. Además de esta bona fide simple, en el área cambiaria está la exenta de culpa, que se caracteriza por ser creadora de derecho ya que hace surgir el derecho de los hechos y que protege de manera especial a quien cobija, pues en caso de conflicto entre el titular del derecho y el tercero de buena fe, prevalece la apariencia sobre la realidad, como doctrinal y jurisprudencialmente se ha reconocido.

En el sub iudice y tendiendo a desvirtuar la presunción que hace inmune al ejecutante de las excepciones que se los podían oponer a su antecesor, en verdad no se formuló reproche alguno, ni tampoco obra prueba ni indicio con entidad suficiente que provoque la posibilidad de comunicar las excepciones a oponer, restricción que responde al afán de dar seguridad a los títulos valores, proteger a los terceros de buena fe y materializar la preponderancia del principio de la literalidad propio del rigor de los títulos valores, según el cual el contenido y la extensión de los derechos cambiarios se mide por lo que conste en el documento, erigiéndose esa expresión como limitante ya que como excepciones generales y defensables ante cualquier tenedor solo se pueden exhibir las que se deriven de hechos que expresamente obren en el cartular.

En este orden de ideas, se tiene que por el principio de la autonomía las vicisitudes del negocio causal no se comunican con la transmisión del cartular y, por ende, no es viable formular al actor las excepciones personales que podrían confrontar a su antecesor; pero esta impermeabilidad se pierde en los casos previstos por la ley, como cuando el endoso se hace sin respeto de la ley de circulación o después del vencimiento del título, transferencia que como tiene efectos de

cesión, comunica igualmente las excepciones a formular. En igual sentido, debe tenerse en cuenta que los privilegios que se otorgan a los títulos están dirigidos a proteger a los terceros de buena fe, pero no para cubrir fraudes o amparar a los de mala fe, pues como la buena fe exenta de culpa se presume, pesa sobre el deudor el deber de desvirtuarla, como presupuesto para beneficiarse de la amplia gama de medios defensivos que involucran no solo los personales inter partes sino también las que se podrían exponer contra su antecesor, llámese enajenante o endosante, así como los absolutos que favorecen a todo obligado cambiario.

Así las cosas, como la referida presunción permanece en pie, el ejecutante ostenta legitimación para cobrar el derecho incorporado, pues él detenta “un derecho independiente, propio, no derivado de los que le anteceden y distinto de ellos. Síguese de lo expuesto, que puede suceder que quien transmita no sea un poseedor legítimo, pero si quien lo recibe actúa de buena fe exenta de culpa, habrá de adquirir un mejor derecho del que no era titular su antecesor, consolidándose, consecuentemente, como un poseedor, legitimado para ejercitar válidamente el derecho cartular. De ahí que sea acertado recalcar que en la materia no tiene cabida la regla “nemo plus juris transferre potest quam ipse habet”, pues es palpable que un poseedor de buena fe exenta de culpa pueda adquirir un mejor derecho que aquél que le transfirió su antecesor y tan acrisolado, por cierto, para el ordenamiento que este lo asimila al derecho de propiedad sobre el título, por supuesto que, como ya quedara advertido, no procede en su contra la acción reivindicatoria, ni podrá prosperar la de cancelación y reposición del título adelantada por el tenedor a quien se le ha extraviado o le ha sido hurtado, si aquél se opone exhibiéndolo. Pero, además, por razón del anotado principio de la autonomía, ese poseedor de buena fe exenta de culpa queda a salvo de las excepciones personales que el deudor hubiese podido oponerle a sus antecesores (numerales 11 y 12 del artículo 784 del Código de Comercio)”, pensamiento exployado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia ya citada del 14 de junio de 2000.

LA DRA NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN PRESENTÓ SALVAMENTO DE VOTO
RESPECTO A LA ANTERIOR PROVIDENCIA JUDICIAL, EN LOS SIGUIENTES
TÉRMINOS:

Con el acostumbrado respeto me permito expresar las razones por las que disiento de la decisión adoptada por la mayoría de los integrantes de la Sala, recién proferida en el asunto de la referencia.

Mi disenso estriba en que, a mi juicio, el demandante carece de legitimación en la causa para ejercer la acción cambiaria derivada del pagaré objeto del cobro coercitivo toda vez que, a la luz de los artículos 647, 651, 661 y 662 del Código de Comercio, no es factible catalogarlo como tenedor legítimo del mismo.

Si, conforme a la posición mayoritaria de la Sala, el título fue transferido por “endoso”, debió también advertirse que su circulación fue interrumpida. Ello es así por cuanto está acreditado que el “endoso” por el que accedió el demandante -Fianzacol S.A.- a la tenencia del pagaré ejecutado fue realizado por Easy Credit Group Ltda. (Nit. 900.030.361-7), truncándose allí la debida circulación del cartular, comoquiera que su beneficiario para ese entonces era Easy Credit Ltda. (Nit. 830.124.486-1), aspecto que emerge con nitidez de la prueba documental.

Es más, el mismo representante legal de la sociedad endosante -testimonio que según el censor comprueba las transferencias ininterrumpidas-, fue claro al señalar que el acreedor de las obligaciones incorporadas en el instrumento materia de recaudo era Easy Credit Ltda., mientras que la firma de su endoso correspondía “al suplente del representante legal de Easy Credit Group Ltda.”, lo cual pone de relieve que el endosante del pagaré es una persona jurídica distinta a quien era su beneficiario -facultado para transferir el título bajo su ley de circulación-.

La transferencia de cartulares a la orden -tal como el que soporta la presente ejecución- requiere el endoso y entrega del instrumento respectivo (C. Co., art. 651), además de lo cual, para legitimarse cambiariamente en su cobro, deberá comprobarse su transmisión ininterrumpida (art. 661, ib.), presupuesto sin el cual el tenedor “no estará legitimado para

ejercer los derechos incorporados en el título”¹, razón más que suficiente para considerar que la demandante carecía de legitimación a fin de cobrar bajo el rigor cambiario el pagaré allegado con el libelo introductor.

Incluso, el mismo precedente de la Corte Suprema de Justicia que trae a colación la sentencia de la que me aparto, consideró: “la legitimación activa, como acaba de puntualizarse, presupone la tenencia del título conforme a su ley de circulación; en consecuencia, en tratándose de [...] títulos a la orden [...], además de la exhibición, deberá el tenedor acreditar la serie ininterrumpida de endosos (artículo 661 ídem), estándole vedado al deudor, hay que destacarlo de una vez, exigir la comprobación de la autenticidad de los mismos, aunque sí deberá identificar al último tenedor y verificar la continuidad de los endosos (artículo 662 in fine)”, por lo que “la función legitimadora de los títulos valores, usualmente justificada en la teoría de la apariencia, prescinde de la demostración de la titularidad del derecho, para, en su lugar, habilitar al tenedor para que ejerza el derecho en ellos incorporado mediante la exhibición de los mismos, siempre y cuando, claro está, los posea conforme a su ley de circulación.”²

El hecho que el representante legal suplente de Easy Credit Ltda. -sociedad que debía perfeccionar aunque fuera en apariencia la transferencia ahora echada de menos- hubiera afirmado en su declaración que entregó el título a Fianzacol S.A. de manera libre y voluntaria en nada desvirtúa la conclusión a la que arribó la juez de primer grado, toda vez que además de dicha tradición se requería para esos efectos legitimadores el endoso mismo (C. Co., art. 651), figura que según lo ha expuesto la doctrina citada por el propio recurrente es “una cláusula accesorio e inseparable del título, por virtud de la cual el acreedor pone a otro acreedor en su lugar dentro del título” (fl. 688, cdno. 1B), en otras palabras, constituye “un negocio cambiario accesorio, consistente en una declaración escrita y firmada por el endosante [con la cual] el acreedor cambiario pone en su lugar a otro acreedor”³.

¹ Peña Nossa, Lisandro. Curso de títulos-valores. Cámara de Comercio de Bogotá, sexta edición. Pág. 106.

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de junio de 2000. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Exp. 5025

³ Vivante, D. Supino y De Semo, citados por Trujillo Calle, Bernardo. De los títulos-valores. Parte general. Editorial Leyer, decimonovena edición. Pág. 124.

Por esa razón aquí no cabía afirmar que Afianzadora de Colombia S.A. -Afianzacol- tenía legitimación para cobrar el pagaré porque lo poseía conforme a su ley de circulación, pues si bien accedió materialmente a él por un “endoso”, las citadas preceptivas imponen para efectos de legitimar al tenedor de un documento a la orden que “la cadena de endosos [sea] ininterrumpida”, tanto que el obligado, a pesar de no poder exigir comprobar la autenticidad de esas transferencias, sí “deberá identificar al último tenedor y verificar la continuidad de [esos] endosos” (C.Co., arts. 661 y 662).

Sostener, entonces, que la actora poseía el cartular según su ley de circulación, “aun cuando quien se lo transmitió no sea propietario del mismo”, es desconocer el contenido expreso de la prenotada normatividad, pues, en rigor, acá no se discutió si ese endosante era o no su “dueño”, sino que el demandante carecía de legitimación para cobrarlo bajo el rigor cambiario por cuanto quien se lo transfirió no hacía parte de su respectivo ciclo de transmisión, tópicos que, en puridad, difieren en su totalidad.

Claro que, como lo tiene decantado la jurisprudencia nacional, “puede darse la ruptura o separación entre el titular del derecho cartular (el propietario del instrumento), despojado del mismo e impedido, subsecuentemente, para ejercitarlo, y la persona legitimada para hacerlo, esto es, quien lo posee conforme a su ley de circulación”, eventos que se presentan “por un acto voluntario del titular (como cuando lo entrega en usufructo, depósito, prenda, etc.), o pueden originarse en un acto ajeno o contrario a su voluntad, como ocurre en los eventos de pérdida o hurto del título, hipótesis en la cual, conviene distinguir entre dos situaciones diversas: la condición del primer adquirente (quien lo hurtó o lo halló) y la de un tercero tenedor de buena fe exenta de culpa del mismo”, eventualidades que, iterase, no son el objeto de la controversia planteada en este asunto y, en todo caso, habrán de auscultarse bajo la teoría de la apariencia en la circulación.

Por eso la misma sentencia de casación antes citada, que además sustenta la revocatoria dispuesta en el fallo del que disiento, asentó: “no habiéndose controvertido que el título fue

cobrado por un tenedor debidamente legitimado, cuya buena fe exenta de culpa ni siquiera fue cuestionada por el demandante en el escrito genitor del proceso, no tenía opción distinta a la de pagar la prestación debida; desde luego, que el demandante no alegó ni, mucho menos demostró la mala fe del poseedor del título, o la falta de diligencia y cuidado para que se pudiera predicar que su buena fe es exenta de culpa, [...] amén que, como el propio sentenciador lo observa, ningún reproche le era enrostrable a la cadena de endosos, formalmente considerada.”⁴

Ese precedente resolvió una situación fáctica distinta, en tanto que quien figuraba como beneficiario de los títulos aparentemente - porque fue objeto de un ilícito- los transmitió a través de una cadena ininterrumpida de endosos; por consiguiente, lejos de sustentar la posición mayoritaria de la Sala, reafirma que, tratándose de legitimación de títulos creados a la orden, resulta necesario verificar una cadena continua de endosos. Y es que ello no puede ser de otra forma, pues si tal transferencia tiene una función legitimadora, para que ésta “pueda ejercerse por el endosatario tiene que estar justificada por una serie ininterrumpida de endosos.”⁵

Así también lo ha considerado esta Corporación al sostener, en asuntos aquí sí con un sustrato fáctico similar al ahora analizado, que “la continuidad de los endosos hace referencia a una secuencia lógica en el traspaso del instrumento cambiario, de allí que la doctrina lo haya ejemplificado de la siguiente manera: ‘Si Juan endosa a Pedro, es Pedro el llamado a realizar el siguiente endoso, pero si en lugar de Pedro, el endoso lo hace María, sin autorización, se interrumpió la cadena, lo cual está proscrito por nuestra legislación mercantil’ (Becerra León, Henry Alberto. Derecho Comercial de los Títulos Valores. 5ª edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., pág. 203)”⁶.

Y en oportunidad más reciente se concluyó: “el principio de legitimación cambiaria impone el deber de verificar que la cadena de endosos sea ininterrumpida, como lo precisa el artículo 661 del Código de Comercio, lo que significa que si el título-valor ha circulado, tiene que existir consecutividad entre las diferentes transferencias que se hubieren

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de junio de 2000. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Exp. 5025

⁵ Rengifo, Ramiro. Título valores. Décimo primera edición. Señal Editora. Medellín, 2007. Pág. 111.

⁶ Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil, sentencia de 4 de diciembre de 2013. M.P. Liana Aida Lizarazo Vaca. Exp. 001-2012-00587-02.

hecho. Por consiguiente, quien no posea un título-valor a la orden conforme a su específica ley de circulación, no puede considerarse tenedor legítimo. [...] Y si, por deficiencias en la circulación, se rompe la cadena de endosos, quedará sensiblemente afectada la legitimación de quien pretenda hacer efectivos los derechos incorporados en el respectivo título.”⁷

De allí que no pudiera considerarse, según los precisos perfiles de este asunto, que la demandante ostentara legitimación en la causa para el ejercicio de la acción cambiaria derivada del pagaré objeto de ejecución, pues ésta requería de la comprobación, por lo menos en apariencia, de una serie ininterrumpida de transferencias que habilitaran al último tenedor para el cobro del cartular.

Incluso la más autorizada doctrina también sustenta tal aserción, dejando en claro que “lo definitivo es que quien pretende el ejercicio del derecho aparentemente sea también titular del mismo, teniendo en cuenta que esta apariencia se desprende del contenido del título, es decir, del cumplimiento de los requisitos extrínsecos colocados en el cuerpo del título que hacen aparecer a su poseedor como legítimo propietario.”

“En los títulos a la orden, la fuerza de legitimación es intermedia. Aquí el deudor, antes de proceder al pago de la prestación contenida en el título debe comprobar los extremos siguientes: 1°. Que el tenedor posee y le exhibe el documento [...]. 2°. Que el tenedor figura como beneficiario o último endosatario en el título. [Y] 3°. Que la cadena de endosos esté ininterrumpida, o sea, como dice la parte final del art. 662, que los endosos sean continuos. Esta verificación es consecuencia de la especial legitimación en estos títulos a la orden, pues según expresa el art. 661: ‘para que el tenedor de un título a la orden pueda legitimarse, la cadena de endosos deberá ser ininterrumpida’”⁸

Es más, el citado autor expone con un ejemplo el mismo supuesto fáctico presentado en el sub iudice, concluyendo en la ausencia de legitimación del último tenedor por la interrupción de las transferencias cambiarias. Así, dice Ravasa en el caso que presenta:

“Endoso a la orden de Juan. Firma: Pedro.
Endoso a la orden de Manuel. Firma: Juan.
Endoso a la orden de Gonzalo. Firma: Pablo.
Endoso a la orden de Aurelio. Firma: Gonzalo.

Aquí el deudor identifica al último tenedor o endosatario, es decir a Aurelio, que recibió el título de Gonzalo, quien lo recibió de Pablo. Pero, ¿de quién recibió el título Pablo? Del endoso anterior se deduce que Juan le transmitió el título a Manuel, luego el siguiente endoso debería proceder de Manuel y no de Pablo, quien aparece como un extraño al título o como un intruso que no ha recibido legítimamente el título en momento alguno y que, por tanto, tampoco estaba legitimado para transmitir el documento. Es decir, la cadena de endosos se interrumpe en este punto. El deudor no debe pagar ya que hay una irregularidad evidente.”⁹

Lo allí explicado conduce a colegir que, dígame una vez más, el ejecutante carece de legitimación para pretender el cobro del cartular otorgado por Entercol Ltda. y Carlos Eladio Parada Gómez, sin que desde esa perspectiva correspondiera analizar la tenencia con miramiento en la buena fe exenta de culpa, toda vez que esa sola posesión prueba -que por demás se presume- no habilitaría al simple tenedor del instrumento a la orden para su recaudo, como en últimas concluye la mayoría de la Sala, pues ello no sería otra cosa que echar por la borda o dejar en letra muerta las particulares normas estatuidas para la transferencia y legitimación de los títulos-valores creados bajo esa ley de circulación.

Pero si, en gracia de discusión, se aceptare que el asunto toma estos alcances, ¿cuál buena fe exenta de culpa -hablando de circulación- puede predicarse de un “acreedor” que justo su antecesor endosante resulta ser persona distinta a quien se había otorgado el título? Esa cualificación de la buena fe -exenta de culpa- queda entonces en entredicho.

Y es que lo controvertido en este punto no es que el endosante formalmente fuese el real propietario del pagaré, lo cual haría ininterrumpida la cadena de endosos por el citado principio de apariencia, sino que del mismo contenido de dicho instrumento se advierte que el beneficiario del crédito era “Easy Credit Ltda.”, mientras que quien lo

⁷ Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil, sentencia de 3 de noviembre de 2015. M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez. Exp. 041-2011-00460-01

⁸ Ravasa Moreno, Gerardo José. Derecho comercial. Bienes mercantiles. Tomo II,

Títulos-valores. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2001. Págs. 126 y 132.

⁹ Ravasa Moreno, Gerardo José. Derecho comercial. Bienes mercantiles. Tomo II, Títulos-valores. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2001. Págs. 133 y 134.

terminó endosando al ejecutante fue “Easy Credit Group Ltda.”, notoria falencia en la circulación que impediría excusar al tenedor para pretender el recaudo compulsivo iniciado, o por lo menos habilitaría la oposición de las excepciones propias “del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título”, conforme lo autoriza el numeral 12 del artículo 784 de la codificación mercantil, ya que, como se dijo, no podría observarse a éste como un poseedor exento de culpa, debiendo analizar, en esos términos, las defensas que opuso el obligado y eran propias de la relación subyacente al cartular, aspecto que también pasó por alto el fallo.

Así las cosas, como el demandante carecía de legitimación para impetrar el cobro coactivo, por no poseerlo en los términos prescritos por los artículos 651, 661 y 662 del Código de

Comercio, sin que hubiese alegado que lo adquirió a través de un medio extracambiarario (C.Co., art. 652), pues, por el contrario, insistió en que accedió a él por endoso y conforme a su ley de circulación, considero que no había más camino que confirmar el fallo opugnado, tal cual lo expresé en la ponencia que fue derrotada por los restantes compañeros de la Sala de Decisión, y aunque se insistiera en que la simple posesión del título habilitaba al detentador para su cobro, debió abordarse el estudio de las excepciones formuladas por el demandado y que tenían su génesis en el negocio causal, al encontrarse en entredicho la posesión exenta de culpa del extremo actor.

En los anteriores términos, entonces, dejo consignada mi salvedad con la providencia proferida en este asunto.

COMPETENCIA DESLEAL – PRUEBA DE LA VENTAJA SIGNIFICATIVA
MP DR. JUAN PABLO SUÁREZ ORÓZCO
RADICADO: [11001-31-99-001-2014-75148-04](#)

ASPECTO FÁCTICO

La Sala de Decisión integrada por los Magistrados Juan Pablo Suárez Orozco, Nubia Esperanza Sabogal Varón y Luis Roberto Suárez González, se constituyó en audiencia pública, con el fin de zanjar el recurso de alzada, interpuesto por la sociedad Colomitrade S.A.S., accionante en el caso de marras, frente a la sentencia proferida el 22 de diciembre de 2017 en el sub iudice, por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Tras la interposición de la acción de competencia desleal por los actos contenidos en los artículos 7 y 18 de la Ley 256 de 1996, agotado el trámite de rigor, y no obstante encontrar acreditada la legitimación en la causa de los extremos enfrentados, la imperiosa aplicabilidad de la Resolución 4458 de 2014 a la relación mercantil constituida entre éstos, así como la desatención de Comcel S. A. a las disposiciones contenidas en los cánones 5 y 21 de la mencionada regulación, el funcionario a quo, mediante sentencia, reseñó que “(...) el demandante no logró probar por ningún medio que el dinero adicional que cobró Comcel S. A. se hubiera trasladado a una mejora de su posición en el mercado respecto de los terceros competidores, o que aún esa conducta haya podido obtener una oferta más atractiva para permitirle ofrecer mejores precios, o mejorar

la calidad de su servicio; es decir, no se probó que el cobro de las tarifas en contra de la regulación le haya generado a Comcel una ventaja competitiva significativa. Pero, adicionalmente, no solo la demandante no logró demostrar la obtención de esa ventaja, sino que también Comcel logró probar lo contrario, esto es, (...) [que] esos cobros no tuvieron incidencia en la mejora de su concurrencia en el mercado (...)”, conclusión a la que afluyó al valorar el informe técnico anexado por la parte demandada, luego de confrontar los ingresos totales percibidos por la demandada en los años 2013 y 2014, como resultados de sus operaciones en el marco de sus operaciones como operador de telefonía móvil.

Para cerrar, en lo que tiene que ver con la violación del artículo 7 de la Ley 256 de 1996, indicó que su invocación es inviable cuando la conducta se enmarca en otro tipo de actuación de deslealtad mercantil contenido en la referida regulación; de ahí que, al encontrar cimentado su formulación en los mismos hechos denunciados para el acto de violación de la ley, desestimó este reclamo.

Inconforme con tal determinación, a través de la interposición del recurso de alzada, el gestor judicial de la parte demandante censuró, grosso modo, el desconocimiento de la concepción correcta de la ventaja significativa; el análisis al que fue sometido el

caso en ciernes, dado que no se tuvo en cuenta el mercado relevante apropiado.

Asimismo, llamó la atención en que la ventaja significativa no se reduce a un examen numérico, o cuantitativo de ingresos, sino a la condición favorable o amenaza a la competitividad.

PROBLEMA JURÍDICO

A efectos de resolver lo pertinente en esta instancia, es del caso precisar que esta Sala se ocupará, exclusivamente, del análisis de los motivos de desencuentro manifestados por la parte opugnadora, acatando los lineamientos del inciso 1º del canon 320 del Código General del Proceso, reparos que, en esencia, se enmarcan en la acreditación de la ventaja significativa como presupuesto axial del acto desleal de violación de normas, para, luego, si es del caso, adentrarse en el resarcimiento de los daños que aduce la actora le fueron causados por el extremo enjuiciado.

ANÁLISIS DE LA SALA

De manera liminar, viene bien memorar que, a tono con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, se tiene por “(...) desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa”, temática de la cual, según la doctrina autorizada, se “(...) considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante infracción de las leyes, siempre que se trate de una ventaja significativa (...) [r]epárese, por ello, que esa necesidad de que exista prevalimiento, significa que ha de tratarse de una ventaja real y no potencial, debiendo darse el necesario nexo causal entre la infracción y la ventaja alcanzada, (...) se ha de demostrar, además de la infracción de las leyes, que el infractor ha obtenido la ventaja efectiva que le permite una mejor posición competitiva en el mercado, y que la ventaja concurrencial (significativa) no se presume, ni automáticamente se produce por el hecho de infringir las leyes, lo que, de suyo, no reviste carácter desleal (...)”.

Desde las premisas legales y doctrinales descritas en precedencia, puede colegirse que la infracción a la ley, como comportamiento mercantil no leal, descansa en tres presupuestos a saber: i) la inadvertencia normativa; ii) la obtención de una ventaja competitiva significativa; y iii) un nexo de causalidad entre estos dos aspectos;

debiéndose entender la ventaja significativa como una afectación considerable del mercado, con la entidad suficiente para derivar una posición favorable del trasgresor frente a sus demás competidores, y repercutir en todos aquéllos que se desenvuelven en esa actividad económica.

En torno a la ventaja competitiva significativa, la doctrina nacional ha dicho que “(...) debe ser una dimensión importante, que permita al infractor ser más competitivo o amenazar la competitividad de otros (...)”, para lo cual, anota que debe valorarse “(...) en un horizonte de tiempo que permita observar la consecuencia de la realización del ilícito en la competencia (...)”.

Estos breves pensamientos ubican el escrutinio de los postulados antes señalados desde dos puntos de vista, el primero, el beneficio alcanzado por el infractor, y el segundo, el impacto de la ventaja competitiva significativa en el mercado, así como en sus demás competidores.

Partiendo de estos comentarios, un primer aspecto en el que debe llamarse la atención es el correspondiente a la determinación del mercado relevante, concepto que, sin duda, permite la identificación del escenario económico en el que se propinó el comportamiento desleal reprochado.

Como puede advertirse de la verificación de los hechos relatados en el pliego incoativo y del contrato objeto de demanda, el epicentro donde éstos se originaron fue en el ámbito del servicio de transporte de mensajes de texto corporativos, del cual, vale aclarar, no debe confundirse con la provisión de la red de transporte (PRST), pues aquél hace referencia al abastecimiento de contenidos y aplicaciones (PCA), actividad empresarial a la que se dedica la actora, y, entre otras de las que, igualmente, bajo el rótulo de servicio de mensajería corporativa, se ocupa la pasiva.

Esta afirmación también cobra fuerza de convicción en la deponencia efectuada por el testigo Oscar Polanía -gerente de contenido de Comcel S.A.- quien sostuvo que dicha empresa, además de desarrollarse como operadora de telefonía móvil, y prestadora de la red para el transporte de los mensajes de texto ofrecidos por Colombitrade (PRST), se dedicaba a la prestación del servicio de mensajería empresarial (PCA).

Si esto es así, como en efecto lo es, a pesar de haberse escudriñado por el juzgador de

conocimiento la violación normativa sin determinarse con contundencia el mercado relevante influenciado con la presunta vulneración, lo avizorado por esta Sala de Decisión es que la actuación de la referencia se encuentra huérfana de prueba en torno al comportamiento del mercado que pudo verse afectado con la infracción regulatoria en que incurrió Comcel, así como la trascendencia del ilícito frente a los demás participantes que conforman la industria de plataformas digitales, creación de contenidos, desarrollo de aplicaciones y marketing empresarial.

Y es que, precisamente, era en este proscenio económico donde ha debido realizarse el esfuerzo probatorio de la parte interesada para disipar toda duda frente a la ventaja competitiva significativa, presuntamente obtenida por la querellada, aspecto no susceptible de esclarecerse con la apreciación individual y conjunta de los medios de persuasión aportados al proceso, dado que de ello no dan cuenta los aludidos elementos, lo que, de contera, impide tener por veraz la estructuración del acto desleal alegado.

Para arribar a esta conclusión, verificando el caso en concreto desde la perspectiva del beneficio alcanzado por el presunto infractor, se tiene que el material probatorio es insuficiente, dado que lo único demostrado fue una nota crédito en favor de Colombitrade por una cantidad dineraria que no sobrepasa los \$12'000.000,00, en virtud de la Resolución 4689 de 2015, emitida por la autoridad de regulación al dirimir el conflicto administrativo entre las aquí enfrentadas, en la que ordenó a Comcel aplicar las tarifas del servicio de transporte de mensajes de texto contenidas en la Resolución 3501 de 2011, modificada por la Resolución 4458 de 2014 al contrato suscrito el 18 de marzo de 2014.

En este punto, ha debido la promotora de la contienda comprobar que esa ventaja trajo a Comcel beneficios considerables en el mercado, al punto de favorecerlo y posicionarlo, de manera especial, sobre sus competidores, prueba que, como viene diciéndose, en el informativo se echa de menos.

Tampoco es dable asentir que el desconocimiento de los topes legales se constituya, per se, en un acto desleal comercial como se traduce de los embates esgrimidos por el apelante, pues si bien el precio es uno de los factores determinantes de trascendencia en el mercado, su incremento, en línea de principio,

desestimularía la demanda, regla económica que aplicada al caso de autos no devela un provecho de magnitud en favor de la demandada; téngase en cuenta que, según la teoría económica clásica “[n]ormalmente, cuando el precio de un bien aumenta, las personas compran menos dicho bien. Esta conducta, conocida como ley de la demanda, se refleja en la pendiente negativa de la curva de la demanda”.

Por el contrario, sin perjuicio de los demás parámetros que gobiernan la elección del consumidor para proveerse de cualquier bien o servicio, lo cierto es que al no ser el precio la única de las variables que influyen en la elección de un producto, éste aspecto no necesariamente hace a su oferente más competitivo.

A tono con esta premisa, al no aparecer demostrada la elasticidad de la demanda del servicio de mensajería corporativa, ni menos que éste pueda categorizarse como de elite, o “bien Giffen” bien que en términos económicos, es aquel para el cual un acrecimiento en el precio incrementa la cantidad demandada- en el sub lite no es factible sostener que el precio opere positiva o negativamente en este mercado; de ahí que tampoco, pueda ultimarse que el cliente final prefiriera a la enjuiciada por encima de sus contendores comerciales, ante un aumento del valor ofrecido por el citado servicio.

Abordando el estudio de esta controversia a la luz del impacto generado en el mercado relevante por la prerrogativa significativa aparentemente alcanzada, lo avizorado en el plenario es la ausencia de comprobación de su repercusión, favorecimiento y posicionamiento de la pasiva, circunstancias trascendentales para acceder a la declaratoria del tipo mercantil de deslealtad aquí criticado, que no sobrepasaron el eco de las manifestaciones de la activante.

Ahora, si en gracia de discusión se ubicara el marco del debate en la eventual amenaza de la competitividad en el mercado de la mensajería empresarial con la actuación de Comcel S.A., en las diligencias no aparece acreditado que el alto precio ofrecido por ésta a Colombitrade S.A.S., y lo que hubiera alcanzado a recaudar por dicho motivo, se revele como un acaecimiento con la virtud de generar desplazamiento o extinción de la competencia, ya que, otros proveedores de red, como Avantel S. A., para la época de los hechos

prestaron el mismo servicio de la intimada a la actora a un menor precio.

Para abundar en razones, se tiene que Colombiatrade S.A.S. describe en su petitum que la ventaja competitiva significativa conseguida por Comcel es “(...) que siempre que [la impulsora] quiere ofrecer sus servicios a los clientes que tiene como operador celular Comcel, está sujeta a pagarle a ésta las tarifas acordadas en el Contrato (que fueron pactadas con anterioridad a la expedición de la norma infringida, con lo cual ha recibido más dinero del que debería haber obtenido si hubiera adecuado el contrato a los topes regulatorios establecidos en la Resolución No 4458 de 2014 expedida por la CRC”, manifestaciones que al ser cotejadas con lo expresado en el hecho 21 del pliego genitor, pierden fuerza de verdad, si se tiene en mente que a raíz de la renuencia de Comcel a reajustar las tarifas del pacto constituido a las disposiciones de la Resolución 3501 de 2011, modificada por la Resolución 4458 de 2014, la empresa impulsora se vio forzada a contratar con “Avantel”, obteniendo un menor costo por el transporte de mensajes empresariales.

Es más, la increpante, en la exposición de sus reparos a la sentencia de primer grado, insistió en que el beneficio competitivo significativo obtenido por la sociedad conminada se concretó en la condición de favorabilidad alcanzada, la que definió como el cobro de tarifas por encima de lo legalmente establecido, obligándola al pago de costos de operación excesivamente superiores al 700%, en relación con lo que debía sufragar si se hubieren atendido las disposiciones de la resolución antes aludida, acaecimiento que, a su juicio, también propició que Comcel pudiera ofrecer sus servicios de mensajería de texto empresarial a un precio mucho más económico en el mercado, lo que, a su vez, provocó el aumento del precio final que la

actora ofrecía en el mercado de los mensajes empresariales.

Frente a tales aserciones, revisado el legajo en su integridad, se echa de menos el soporte demostrativo para tenerlas por veraces, pues nótese que en el expediente no milita medio de convicción que certifique sobre el forzado ofrecimiento de un mayor precio por parte de Colombiatrade S.A.S. a sus clientes, ni tampoco de la actividad de Comcel como prestador de servicio de mensajería de texto corporativo. Ello si se repara en que el concepto técnico adjuntado por la demandante se supeditó a cuantificar los supuestos daños ocasionados con la inadvertencia normativa de la empresa encartada, en tanto que el dictamen aportado por la pasiva solo se detuvo en la explicación de su desarrollo societario como operador de telefonía móvil, sin ahondar en su desempeño comercial como prestador de mensajería empresarial, entorno que tampoco fue abordado por los testigos en las declaraciones rendidas al interior del proceso.

A lo anterior, debe aunarse que las manifestaciones elevadas frente a la posibilidad de ofertar por la encartada un precio más atractivo, es una situación carente de apoyo suasorio.

Por consiguiente, muy a pesar de llegarse a compartir que la ventaja competitiva no se determina únicamente bajo las premisas de la cuantificación de ingresos y de variabilidad el precio, al coexistir los criterios como el de la favorabilidad alcanzada por el infractor, su posicionamiento, el impacto de su conducta en los demás competidores, y en el mercado mismo, lo cierto es que las diferentes piezas procesales no tienen el mérito evidenciable necesario para concretizar la ventaja competitiva significativa alegada.

CONTENIDO DEL DEBER DE PREPARACIÓN DE TESTIGOS
MP DR. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
RADICADO: [001201677264-03](#)

ASPECTO FÁCTICO

Recurso de súplica interpuesto por la parte demandante (Ref: Proceso verbal de ITO CORP S.A.S. contra Agencia de Viajes y Turismo S.S. AVIATUR S.A.S) contra el auto de 11 de abril de 2018, proferido por el Magistrado Sustanciador dentro del proceso

de la referencia para negar una solicitud de pruebas.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Resulta procedente o no, la preparación de testigos por parte de los abogados encargados de su defensa?

ANÁLISIS DE LA SALA

Si una prueba fue negada por el juez de primera instancia, no puede el interesado pedir en sede de apelación que se recaude al amparo de las hipótesis previstas los numerales 3 y 4 del artículo 327 del CGP, porque, como es apenas obvio, no versarían sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para solicitarla ante aquel, ni –en el caso de documentos- dejaron de aducirse por fuerza mayor u obra de la parte contraria. Lo que ocurrió, simplemente, fue que el juez negó su decreto.

La improcedencia de la petición de pruebas en segunda instancia, relativa a medios que fueron negados en la primera, sube de tono cuando se advierte que ya el Tribunal, al resolver un recurso de alzada, consideró que fue correcta la decisión que rehusó su decreto, porque si se miran bien las cosas, la novísima solicitud revela, en últimas, el propósito de desconocer una providencia ejecutoriada.

En este caso se pidió, desde la demanda misma, que se ordenara una exhibición de documentos por parte de AVIATUR, la cual fue negada por la Superintendencia en auto proferido en la audiencia que tuvo lugar el 12 de diciembre de 2017, y que este Tribunal Superior confirmó mediante providencia de 23 de febrero de 2018, por considerarla “superflua o impertinente” en la medida en que no se evidenció “aquella relación entre la documental requerida y las conductas que se reprochan a AVIATUR”.

Y en relación con la prueba dirigida a corroborar la originalidad, integralidad y autenticidad de los documentos aportados en la contestación de la demanda, el Tribunal, en esa misma providencia, avaló el pronunciamiento de la SIC “que consideró innecesario el archivo adjunto al que se hace referencia en algunos” mensajes de datos y, en adición, consideró que la prueba no “garantizaría la completud del mensaje”.

Por consiguiente, frente a medios probatorios negados en auto que ya causó firmeza, no es

posible insistir en su recaudo porque, claramente, no se trata de acreditar hechos ocurridos después de clausurada la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, ni es posible sostener que medió un evento de fuerza mayor o acto de la parte contraria.

A lo dicho se agrega que informar a un testigo de los hechos de una demanda y reunirse con él previamente a su declaración, no es conducta que merezca reproche o pueda generar sospecha, puesto que hace parte de los deberes de diligencia que un buen abogado ha de cumplir al preparar una audiencia de pruebas. Por el contrario, eso de citar testigos que no se conocen y de cuya versión no se tiene noticia, evidencia, sin duda, cierto descuido. Cosa distinta es inducir o acomodar al declarante para que calle lo que sabe, diga lo que no le consta o distorsione lo que conoce, que es un comportamiento rayano en la ilicitud. Pero si la parte se limita simplemente a “informar de la demanda” y reunirse con el testigo, “previa citación a las respectivas audiencias”, que es lo que asombra al recurrente, esa conducta no puede censurarse porque es lo menos que debe hacer un profesional del derecho a la hora de preparar rectamente un testigo, lo que implica ilustrarlo sobre el entorno físico en el que será interrogado, las formalidades de la audiencia, los intervinientes en ella, el protocolo de la prueba, la mecánica del interrogatorio, las contingencias que pueden presentarse durante la versión, las características esperadas de su dicho (responsivo, exacto y completo), sus derechos y deberes como testigo y su compromiso con la verdad, entre otras variables.

Por consiguiente, el recelo o escrúpulo que evidencia la parte demandante sobre la conducta que le atribuye a su demandado, en relación con funcionarios de TERPEL, no es motivo bastante para abrirle paso a su solicitud de pruebas en segunda instancia.

LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A UN ACTO ADMINISTRATIVO QUE NEGÓ UN TRASLADO DE UNA FUNCIONARIA, SOLO EN CASOS EXCEPCIONALES
MP MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
RADICADO: [1100131030222018000820](#)

ASPECTO FÁCTICO

1 La accionante expuso los siguientes hechos como sustento de la tutela:

- *Que se encuentra vinculada a la planta de personal del DANE, en el cargo de profesional especializado Código 2028 - Grado 20, en libre nombramiento y remoción, desde el 24 de noviembre de 2015, y actualmente hace parte del equipo de la Secretaría General.*

- *Que el 12 de diciembre de 2017, comunicó a la entidad accionada, que se encuentra en estado de embarazo, con fecha probable de parto el 7 de agosto de 2018.*

- *Que el 27 de diciembre de 2017 solicitó traslado al Director del Dane, invocando sus derechos fundamentales a la unidad familiar, a la salud, a la vida digna, a la dignidad humana y al trabajo.*

- *Que la solicitud de traslado se fundó en que se encuentra viviendo sola desde que ingresó al DANE, pues su compañero permanente y toda su familia residen en Tunja (Boyacá); por lo cual debe desplazarse a dicha ciudad cada ocho días.*

- *Que el DANE cuenta con una sub-sede en la ciudad de Tunja, y que es necesario su traslado a dicha ciudad para que el padre del niño que está por nacer pueda estar al tanto de su situación de salud, pues tiene un embarazo de alto riesgo.*

- *Que mediante comunicación No. 2018-313-002304-01 del 2 de febrero de 2017 el DANE emitió respuesta adversa a la solicitud de traslado, en consideración a que “no se dan las condiciones para que este despacho autorice su solicitud de traslado, habida cuenta que el desarrollo de las funciones del empleo de libre nombramiento y remoción, denominado Profesional Especializado 22028-20, se requiere en el DANE Central – Bogotá por el carácter estratégico y de confianza de las mismas. Este rol de enlace entre el Despacho de la Dirección del departamento y las actividades administrativas de la Secretaría General no pueden realizarse desde una sede (...)”.*

- *Que el hecho de permanecer en Bogotá, le ha generado angustia y estrés permanente, por la dificultad de no poder acudir a su compañero permanente, o a cualquier otro familiar, en caso de presentarse una emergencia.*

- *Que su traslado a Tunja contribuiría en el mejor desempeño de la función administrativa del DANE, en esa dirección territorial.*

Por lo anterior solicitó: “Ordenar a la accionada, realizar el trámite que corresponda para que se autorice y se haga efectiva la reubicación de la accionante en la subsele del DANE ubicada en la ciudad de Tunja”.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Es procedente la acción de tutela contra un acto administrativo que negó un traslado de una funcionaria?

ANÁLISIS DE LA SALA

Conforme al artículo 86 de la Constitución y a lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, de manera general, ésta tiene como objeto la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas “cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” o, de un particular en las condiciones determinadas en dichas normas.

Y excepcionalmente, sólo es viable cuando no exista otro medio judicial de defensa idóneo y eficaz, para lograr la garantía efectiva del derecho vulnerado o amenazado, siempre y cuando se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora bien, como nos encontramos frente a un acto administrativo que negó un traslado, diremos que “[C]omo regla general, (...) la acción de tutela resulta improcedente para controvertir decisiones de la administración pública referentes a traslados, por cuanto existen en el ordenamiento jurídico otras vías procesales, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante de manera excepcional, esta Corporación ha admitido la procedencia de la acción de tutela

ante situaciones fácticas muy especiales en las cuales se evidencie la existencia de una amenaza o vulneración a derechos fundamentales del trabajador o de su núcleo familiar. De allí la necesidad de precisar (i) si la decisión es ostensiblemente arbitraria, en el sentido de haber sido adoptada sin consultar en forma adecuada y coherente las circunstancias particulares del trabajador e implique una desmejora de sus condiciones de trabajo; y (ii) si afecta en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar. (...) cuando ese desconocimiento constituye una amenaza de perjuicio irremediable, pese a la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa, la acción de tutela es procedente. Igualmente, ha precisado que la negativa de traslado, en algunos casos, el trabajador puede verse afectado cuando involucre un derecho fundamental, en los siguientes eventos:

- a. Cuando el traslado laboral genera serios problemas de salud, “especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones para brindarle el cuidado médico requerido”.
- b. Cuando el traslado pone en peligro la vida o la integridad del servidor o de su familia.
- c. En los casos en que las condiciones de salud de los familiares del trabajador, pueden incidir, dada su gravedad e implicaciones, en la decisión acerca de la constitucionalidad del traslado.
- d. En eventos donde la ruptura del núcleo familiar va más allá de una simple separación transitoria, ha sido originada por causas distintas al traslado mismo o se trata de circunstancias de carácter superable.

De llegar a configurarse alguna de las anteriores hipótesis, “es deber de la administración, y en su debida oportunidad del juez de tutela, reconocer un trato diferencial positivo al trabajador, buscando garantizar con ello sus derechos al trabajo en condiciones dignas y justas, a la unidad familiar y a la salud en conexidad con la vida” (T-308 de 2015. Corte Constitucional).

En ese orden de ideas para que proceda la acción de tutela contra decisiones que nieguen u ordenen traslados de funcionario ha de verificarse “*que las órdenes de la administración son arbitrarias y violatorias de los derechos fundamentales del accionante o su núcleo familiar. Ello, sin perjuicio de las circunstancias de cada caso concreto y la necesidad de materializar tratos diferenciales positivos a favor de algunos habitantes o sectores de la población que por sus condiciones de debilidad manifiesta frente al*

resto de la sociedad requieren una especial atención y protección por parte del Estado” (ibid.)

Y como en el caso particular, nos encontramos frente a una forma de discriminación contra la mujer según fallo de tutela constitucional “El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), que hace parte del bloque de constitucionalidad. La define como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Este instrumento exige a los Estados partes garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, así como implementar políticas para eliminar la discriminación de la mujer dentro de las cuales se encuentran: consagrar la igualdad entre el hombre y la mujer; adoptar sanciones que prohíban toda discriminación contra la mujer; establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer; abstenerse de incurrir en actos de discriminación; eliminar la discriminación de la mujer en la sociedad y; derogar las disposiciones penales que impliquen una discriminación contra la mujer. Adicionalmente, solicita la adopción de medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en el ámbito laboral y en particular, el derecho al trabajo con las mismas oportunidades, a elegir libremente profesión y empleo, al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones de servicio, a la formación profesional, al readiestramiento, a la igualdad de remuneración y de trato, a la seguridad social, a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo”. (T-878 de 2004. Corte Constitucional)

Y concretamente, en el caso de la trabajadora embarazada “La protección especial a la mujer trabajadora gestante o lactante se encuentra contenida en distintos instrumentos internacionales de defensa de los derechos humanos ratificados por Colombia, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2, 6 y 10.2); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 3 y 26); la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1 y 24) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –CEDAW– (arts. 11 y 12.2)” (T- 564 DE 2017. Corte Constitucional), de cuya lectura se desprende que “La protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual, el artículo 43, que establece esa cláusula específica de igualdad, agrega que la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.” Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena en favor de la mujer embarazada es, en primer término, un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres (CP arts 1º, 13 y 43), pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, por lo cual la Carta de 1991 estableció, como la Corte ya tuvo la oportunidad de destacarlo, que esta condición natural y especial de las mujeres, “que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla”. En efecto, sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral.

De otro lado, la Constitución protege a la mujer en estado de gravidez debido a la importancia que ocupa la vida en el ordenamiento constitucional (CP Preámbulo y arts 2º, 11 y 44), a tal punto que, como esta Corte ya lo ha destacado, el nasciturus recibe amparo jurídico en nuestro ordenamiento. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como "gestadora de la vida" que es.

En este orden de ideas, la acción de tutela prospera como mecanismo de protección de persona en estado de debilidad manifiesta, dado que media precedente constitucional que asevera que “[C]uando el accionante es una persona de especial protección constitucional, la acción de tutela procede de manera

excepcional. En ese sentido “la Corte Constitucional ha señalado como sujetos de especial protección a los niños y niñas, a las madres cabeza de familia, a las personas en situación de discapacidad, a la población desplazada, a los adultos mayores, y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; motivo por el cual considera que la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados” (...) En el caso de mujeres embarazadas, [...] igualmente se encuentran dentro del grupo de personas en circunstancias de debilidad manifiesta” (T -222/17. Corte Constitucional).

Cotejando lo anterior con el caso sometido a estudio diremos que no era motivo suficiente para negar la medida de protección solicitada por la accionante, mujer cuyo embarazo fue catalogado como de alto riesgo, porque dicha persona aportó al presente mecanismo certificado expedido por médico especialista adscrito a la EPS COLSANITAS (fl.1), donde expresamente consta que para 7 de febrero de 2018, existía un nivel de riesgo en la gestación y que irrazonablemente dejó de lado el empleador. Esgrime como el juez constitucional de primera instancia que ya que en este caso no es afortunado considerar que la accionante ha debido acudir a los jueces de lo contencioso administrativo para derruir la presunción de legalidad que reviste el acto que negó el traslado porque ciertamente, ha sido posición invariable de la jurisprudencia constitucional que el presupuesto de subsidiariedad necesario para el buen destino de la acción de tutela no es un obstáculo infranqueable, en tanto que su demostración (regla general), tiene algunas excepciones, entre las cuales se pueden destacar las siguientes: i) cuando no existen medios ordinarios de defensa judicial, ii) cuando estos no resultan idóneos o eficaces, iii) cuando se verifica la inminencia de un perjuicio irremediable (ver Sent. T-480/14. Corte Constitucional).

Y como en este evento, se encuentran presentes dos de las causales que permiten hacer a un lado el requisito echado de menos por el juez de primer grado, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es un mecanismo expedito para resolver las aspiraciones de la accionante, dada su condición de vulnerabilidad, embarazo de alto riesgo (fl. 1 y 51); y adicionalmente, por que dicha característica médica, de la mujer gestante puede acarrear una consecuencia irreversible, como la pérdida del que está por nacer tópico configurativo de una inminencia del perjuicio irremediable.

Aunado a lo dicho, es evidente que se encuentra satisfecho el presupuesto de inmediatez de la tutela, pues se acudió a esta habiendo transcurrido menos de 15 días desde que se emitió la negativa de traslado; tiempo que a todas luces es razonable también.

Superado lo anterior, verificaremos si efectivamente se vulneraron los derechos fundamentales invocados por la accionante. Y la respuesta es afirmativa que se transgrede con dicha negativa las garantías superiores a la vida del que está por nacer; a la igualdad, al trabajo, a la vida digna, y a la salud de su progenitora, señora Yuly Andrea García Camargo.

Decimos esto por cuanto el acto administrativo 2018-313-000304-1 del 2 de febrero de 2017, por el cual se negó el traslado (cambio de ubicación funcional de la sede central a la dirección territorial) es ostensiblemente arbitrario, y no consulta desde la óptica constitucional las circunstancias particulares que atraviesa la señora García Camargo dado que pasa por alto que ella es una mujer en estado de embarazo. (...)

Tal conclusión proviene de su lectura porque lo único que se argumentó escuetamente en la determinación bajo estudio, fue que el desarrollo de las funciones del empleo, se requería en el DANE Central – Bogotá por el carácter estratégico y de confianza de las mismas; que ese rol de enlace entre el Despacho de la Dirección del Departamento y las actividades administrativas de la secretaría General no puede realizarse desde una sede; y que “un traslado de este empleo implicaría una afectación negativa en la prestación del servicio dado que dejaría una necesidad sin atender desde la Dirección del Departamento y la Secretaría General”. Allí ni siquiera se ponderó la particular situación de la accionante y su trascendencia constitucional,

dejando de lado que conforme al artículo 43 de la Constitución Política, “Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado”.

Y fuera de ello la entidad administrativa accionada no hizo algún pronunciamiento sobre las necesidades particulares que soportaron la solicitud, y los derechos fundamentales invocados, como si se tratara de argumentos de poca monta, desconociendo la jerarquía normativa de las disposiciones aplicables (art. 4, C.P), y el estudio de la situación bajo la perspectiva de género de los derechos fundamentales.

Hacer elegir a la accionante entre el ambiente más favorable para el niño que está por nacer, o su trabajo, constituye una evidente conducta discriminatoria que castiga a la mujer por su condición, obligándola, incluso, a abandonar su empleo para velar por la vida de su hijo. Semejante encrucijada aparece inadmisibile en un escenario constitucional.

Tal decisión administrativa, configura un perjuicio irremediable para la accionante porque quedaron relegados todos los proyectos inherentes al desarrollo de la condición humana (como la posibilidad de servir a la sociedad a partir del trabajo), ante la labor inexcusable de crianza, que supuestamente la naturaleza ha asignado en forma excluyente a la mujer.

Es claro, que se dio prevalencia a la eficiencia de la función pública por encima de la garantía derechos fundamentales; contrariándose abiertamente el derecho a la igualdad (art. 13 de la C.P), y desconociéndose que la mujer embarazada es sujeto de especial protección constitucional (art. 43 de la C.P), como ocurre, en el caso del que está por nacer.

Por tales precisiones, la administración no puede -so pretexto de la eficiencia y eficacia de la prestación del servicio público-, ser ajena a las necesidades y circunstancias de apremio de la madre gestante, ni a las propias del ser que está por nacer; último, que también goza de especial protección constitucional.

Siendo así, la decisión emitida con base en la aplicación de principios de la función administrativa (art. 209 de la C.P), no sometió a ponderación alguna los derechos fundamentales involucrados, lo que lo torna en arbitrario.

Tampoco puede pasarse inadvertido, que aunque no se demostró que la accionante

hubiera puesto en conocimiento del DANE que su embarazo era de alto riesgo, ni antes, ni junto con la solicitud de traslado; tal circunstancia aparece verificable al formularse el mecanismo constitucional, y debe ser tenida en cuenta ineludiblemente en este escenario de derechos fundamentales pues revela una urgente situación de vulnerabilidad (según lista de verificación emitida por la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, acerca de la perspectiva de género desde el enfoque diferencial en las sentencias, pág. 21.

De hecho, esa situación hace que la decisión de negativa de traslado ponga en riesgo la vida del que está por nacer, pues cualquier urgencia derivada de la condición médica de la accionante deberá ser atendida, en primera medida por la mujer gestante, que en este caso se encuentra sola en la ciudad de Bogotá sin su núcleo familiar que la pueda auxiliar

Conforme a los dictados de la experiencia, la lógica, y la razón; una mujer en estado de embarazo (con mayor razón de alto riesgo) debería contar con un acudiente para el efectivo auxilio en cualquier caso de urgencia inmediata. Aserto que no pueda contrarrestarse, en modo alguno, con la simple

afirmación, de que en Bogotá “por su condición de capital del país se encuentra dotada de la infraestructura y los servicios médicos más accesible y modernos que pudiera requerir”.

Las consideraciones precedentes son suficientes para revocar el fallo de primer grado, y en su lugar tutelar los derechos fundamentales a la vida del que está por nacer; a la igualdad, al trabajo, a la vida digna, y a la salud de Yuly Andrea García Camargo.

RESPONSABILIDAD POR LOS PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS OCASIONADOS POR LA FALLA EN EL SERVICIO POR ERROR DE DIAGNÓSTICO Y PROCEDIMIENTOS MÉDICOS QUIRÚRGICOS PRACTICADOS O DEJADOS DE PRACTICAR.

MP DRA. MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

RADICADO: [11001310303720130004901](#)

ASPECTO FÁCTICO

Que JENNY ZULEIMA VELASCO LIZCANO, afiliada a la EPS Sanitas, el 3 DE JULIO DE 2008, ingresó a urgencias de la I.P.S Clínica Universitaria Colombia, por un cuadro de dolor “lumbar irradiado a hipogastrio, encontrándose en estado de gestación de 34.6 semanas”; que practicadas las pruebas de laboratorio, el médico tratante le diagnosticó una “probable corioamnionitis”.

Que del examen NST o prueba sin esfuerzo, se determinó sufrimiento fetal o pérdida del bienestar fetal, “evento adverso que se estableció desde el ingreso mismo de la paciente a urgencias”.

Que no obstante, que la referida paciente ingresó a urgencias a las 19:25 del día citado, la paciente, “tan solo fue intervenida quirúrgicamente en cirugía de cesárea a la

1:20hrs del día 4 de julio de 2008, habiéndose encontrado sin vida el feto”.

Que tal y como lo establece la historia clínica “el feto se encontraba vivo al ingreso a urgencias a las 19:25” y hasta “las 23:30 horas”, no encontrándose registros posteriores médicos de frecuencia cardiaca fetal.

Que la autopsia del feto y de la placenta confirma “el hecho de haberse presentado corioamnionitis aguda en la placenta”.

Y que el óbito del hijo mencionado “ocurrió a consecuencia de falla en el servicio, por error de manejo y de procedimiento por parte del equipo médico de la Clínica”.

PROBLEMA JURÍDICO

el problema jurídico a resolver compromete el tema de sí medió responsabilidad por parte del personal médico adscrito a la empresa promotora de salud a la que se encontraba

afiliada la madre del óbito fetal como a los galenos vinculados a la institución prestadora de salud contratada por ésta, con ocasión de los servicios hospitalarios que le prestaron a la materna aludida la noche del 3 de julio de 2008 y la madrugada siguiente, y que finalizaron con el fallecimiento del feto de 34.6 semanas de gestación.

Le corresponde a la Sala, determinar si los galenos adscritos a la clínica demandada, que atendieron a la actora embarazada, actuaron de manera culposa; es decir, de manera negligente, o imprudente, o con impericia o no cumpliendo con lo consignado en los protocolos o flujogramas para el caso, y si existe un nexo causal entre la conducta desplegada por dicho personal adscrito a la institución prestadora de los servicios de salud y el hecho que el neonato hubiere nacido sin signos vitales.

ANÁLISIS DE LA SALA

Para dilucidar tales interrogantes, se hace necesario recordar que la labor de los galenos debe partir no sólo “ de una serie de signos y de síntomas que, en la mayoría de los casos, se presentan de manera confusa o equívoca, sino que tiene que tener que velar por la recuperación efectiva, en aras de garantizar una plena salud humana “ (Ponencia presentada por el dr. ENRIQUE GIL BOTERO, Presidente del Consejo de Estado en el Encuentro Nacional de Altas Corporaciones de Justicia, en la ciudad de San Andrés, año 2008, denominada “La responsabilidad del Estado por la muerte en el parto “, Comisión Nacional de Género de la rama judicial, mortalidad materna, otra cara de la violencia contra las mujeres, un análisis desde la perspectiva jurídica ,Bogotá, año 2008).

El Estado es garante de la prestación de dicho servicio y si bien pueden intervenir los particulares suministrándolo, lo cierto es que la organización estatal debe ejercer control y vigilancia estricta sobre cada una de las entidades públicas y privadas que integran el sistema de seguridad social y de salud y que por ende, administran la prestación de la atención médica y sanitaria nacional.

Ahora bien, como una de las principales especialidades médicas que ha podido ser analizada desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial del Estado y particulares tiene su origen en una relación contractual, concretamente la medicina

gineco-obstetrica, asunto objeto de cuestionamiento, en este sentido, el Consejo de Estado colombiano se ha ocupado de situaciones donde se demanda la responsabilidad extracontractual del Estado que compromete su patrimonio a causa de la prestación negligente o defectuosa del servicio médico hospitalario obstétrico, razón que nos lleva también a recordar cuáles son los principales aspectos que giran en torno a la responsabilidad por el acto obstétrico y qué factores son, los que bajo esa perspectiva, determinan la producción de daños que ha tenido que juzgar también la jurisdicción ordinaria.

En consecuencia, según la doctrina “ existen una serie de deberes a cumplir por parte de los médicos especializados “ (URRUTIA, Amilkar, URRUTIA, César y URRUTIA Gustavo, “ Responsabilidad médico legal de los obstetras “, Ed., La Rocca, Buenos Aires, pag. 51 y s.s.), así como por las pacientes en estado de gravidez, que han sido precisados por ésta, en los siguientes términos: “ DEBERES A CARGO DEL MEDICO OBSTETRA: 1. Prestar asistencia profesional. 2. Actuar con ciencia y prudencia, ajustado a los parámetros de la lex artis. 3. Respetar la voluntad de la paciente. 4. Informar y hacerlo de forma suficiente. 5. Obtener el consentimiento informado. 6. Colaborar. 7. Abstenerse de realizar ciertas actividades. 8. Abstenerse de prometer un resultado. 9. Permitir una segunda opinión, cuando no exista claridad en la valoración y diagnóstico. 10. Fiscalizar y controlar al personal auxiliar. 11. Emplear técnicas aceptadas por la ciencia médica. 12. Guardar el secreto profesional. 13. Denunciar las irregularidades “ y “ A CARGO DEL PACIENTE: 1. Informar. 2. Colaborar “ (Mortalidad materna, pag. 17; resalta la Sala.).

La transgresión de cualquiera de tales deberes es lo que, por regla general, configura la responsabilidad cuya declaratoria se pretende, en razón, a que “ han fallado aspectos esenciales en el actuar diligente y cuidadoso al que se encuentra sometido el médico y específicamente, la administración sanitaria “ (Mortalidad materna, fl. 17 citado), y pueden consistir en falta de atención oportuna a la paciente, proceder conocido por la doctrina como “ abandono de la paciente “ (pag. 23 ob. Citada); o inexistencia de salas especiales, dotadas con los instrumentos necesarios para el manejo de los denominados ‘ riesgos obstétricos ‘ (pag. 23 citada); o errores de

diagnóstico, así como la falta de diligencia en la confirmación del mismo, caso sub júdice. En efecto, han existido situaciones en las cuales los resultados de los exámenes clínicos se han prolongado en el tiempo, lo cual desencadena circunstancias de stress o sufrimiento fetal, llegando incluso a la posibilidad de que el feto bronco aspire el mecono. (C. de E., sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 30.871, M.P., Enrique Gil Botero); y causas indirectas que hubieren disminuido la atención del centro médico hospitalario que hubieren afectado el servicio de salud regulado por el artículo 40 de la Constitución.

Por último, “ *la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha avalado la existencia de un indicio de falla, en materia -gineco-obstetrica- el cual deberá ser desvirtuado por la entidad demandada, a través de cualquiera de los medios probatorios contemplados en el ordenamiento jurídico, y ello facilitará a las mujeres y a los actores la formulación de sus pretensiones, la prueba de la responsabilidad cuando sufren un daño en el fruto de su embarazo y maternidad o en el parto “ (fl. 24 ob. Citada).*

Precisado lo anterior, diremos que el incumplimiento a las obligaciones contenidas en un contrato de prestación de servicios de salud por parte de galenos y frente a terceros ajenos a dicho vínculo configura, en materia civil, también, la responsabilidad aquiliana o extracontractual sobre la cual se ha determinado que: “*la responsabilidad civil en general, y a la médica, en particular, conocida es su clasificación en contractual o extracontractual (cas. civ. sentencias de marzo 5 de 1940, 26 de noviembre de 1986, 30 de enero Por de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430). Aquélla, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad (cas. civ. sentencia de 12 de julio de 1994, exp. 3656). En cambio, en la última, el quebranto se produce al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre aquellos que se relacionan con ocasión del daño. [...]*”.

Resulta igualmente pertinente advertir que, en la providencia citada la alta corporación dejó claro que “la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones

Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas” (se resalta).

Teniendo claro lo anterior, diremos que como en el presente asunto se pretende endilgarle responsabilidad a la EPS Sanitas S.A como a la Clínica Colsanitas S.A, por los daños causados a la madre del feto fallecido, señora Jenny Zuleima Velasco Lizcano, y a su cónyuge como tal y padre del neonato fallecido, ésta, tiene un origen contractual dado el vínculo que tenía ésta con la primera, el cual no fue objeto de discusión-; mientras que la atribuida por los perjuicios materiales y morales causados al otro demandante -tercero en el vínculo negocial-, deriva en una arquetípica relación extracontractual.

De tal encasillamiento surge, con igual nitidez, que la acción de responsabilidad civil en esos términos promovida, estuvo encaminada en esencia, a obtener la reparación de los perjuicios que se le ocasionaron a los demandantes, por la muerte de su hijo en estado fetal, como consecuencia de la deficiente atención médica que se brindó a Jenny Zuleima Velasco Lizcano; lo que era posible realizar al interior de un mismo proceso por la vía de la acumulación de pretensiones.

Para dilucidar tal interrogante debemos acudir a precedente jurisprudencial existente sobre dicha temática que determina que la responsabilidad civil médica independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual, solo es dable deducirse mediando la demostración de la culpa. Y ello es así, toda vez que el médico, en principio, no asume el deber jurídico de sanar o curar a su paciente sino de brindarle asistencia profesional tendiente a obtener su mejoría y superar las enfermedades que lo aquejan.

Entonces, la responsabilidad médica en los casos de obstetricia también presupone la culpa probada, sin perjuicio de que el juez, en

ciertos y puntales eventos, valore el hecho que el embarazo se desarrolló en términos normales como un indicio a favor de la parte demandante, con soporte en el cual puede examinar con mayor rigor el cumplimiento de los deberes de conducta por parte del galeno.

Cotejado los precedentes legales y jurisprudenciales con lo resuelto y los reparos sustentados, diremos que la parte actora sustenta la responsabilidad médica reclamada, en que Jenny Zuleima Velasco Lizcano no fue atendida oportuna y adecuadamente y que las deficiencias en la prestación del servicio de salud fueron causa del deceso de su hijo en gestación, ya que ante el cuadro clínico que presentaba una vez fue valorada a su ingreso a urgencias (corioamnionitis y sufrimiento fetal agudo) debió efectuársele de forma inmediata tratamiento con antibióticos y como no se hizo de esta manera, debieron proceder a la cesárea, la que al no haberse realizado con prontitud desencadenó en la muerte de su hijo.

Igualmente, aparece que tal pretensión está respaldada en un diagnóstico que *“está constituido por el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por el paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquel. Esta fase de la intervención del profesional suele comprender la exploración y la auscultación del enfermo y, en general la labor de elaborar cuidadosamente la “anamnesia”, vale decir, la recopilación de datos clínicos del paciente que sean relevantes.”*, labor que resulta ser compleja y en la que el galeno *“debe afrontar distintas dificultades, como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e inespecificidad de las manifestaciones sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a riesgos innecesarios, sin olvidar las políticas de gasto adoptadas por los órganos administradores del servicio. Así por ejemplo, la variedad de procesos patológicos y de síntomas (análogos, comunes o insólitos), difíciles de interpretar, pueden comportar varias impresiones diagnósticas que se presentan*

como posibles, circunstancias que, sin duda, complican la labor del médico, motivo por el cual para efectos de establecer su culpabilidad se impone evaluar, en cada caso concreto, si aquel agotó los procedimientos que la lex artis ad hoc recomienda para acertar en él” (se resalta)

Por ende, fue el error culposo en el que el incurrieron los médicos tratantes que asomaron un diagnóstico y un procedimiento no debido, el que deriva la responsabilidad bajo estudio porque “vale decir, que como la ciencia médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con un equivocada diagnosis ocasionen. Así ocurrirá, y esto se dice a manera simplemente ejemplificativa, cuando su parecer u opinión errada obedeció a defectos de actualización respecto del estado del arte de la profesión o la especialización, o porque no auscultaron correctamente al paciente, o porque se abstuvieron de ordenar los exámenes o monitoreos recomendables, teniendo en consideración las circunstancias del caso, entre otras hipótesis. En fin, comprometen su responsabilidad cuando, por ejemplo, emitan una impresión diagnóstica que otro profesional de su misma especialidad no habría acogido, o cuando no se apoyaron, estando en la posibilidad de hacerlo, en los exámenes que ordinariamente deben practicarse para auscultar la causa del cuadro clínico, o si tratándose de un caso que demanda el conocimiento de otros especialistas omiten interconsultarlo, o cuando, sin justificación valedera, dejan de acudir al uso de todos los recursos brindados por la ciencia. Por el contrario, aquellos errores inculpables que se originan en la equivocidad o ambigüedad de la situación del paciente, o las derivadas de las reacciones imprevisibles de su organismo, o en la manifestación tardía o incierta de los síntomas, entre muchas otras, que pueden calificarse como aleas de la medicina no comprometen su responsabilidad.” (Negrillas del Tribunal).

SALA DE FAMILIA
REQUISITOS PARA DECRETAR EL OCULTAMIENTO DE BIENES QUE SEÑALA EL
ARTÍCULO 1824 DEL CÓDIGO CIVIL.
MP DR. JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ
RADICADO: [11001311002020150042201](#)

ASPECTO FÁCTICO

La señora LUCÍA ZAMBRANO RUÍZ, el 25 de marzo de 2015 (folio 87 del c1), acudió a la jurisdicción del Estado a fin de que se accediera a declarar (i) que el demandado JOSÉ LUIS ZAMBRANO GÓMEZ, por haber “ocultado y/o distraído” los inmuebles identificados con folios de matrícula inmobiliaria Nos. 50C – 1361772, 50C – 518544, 366 – 28280 y el vehículo de placas BGJ – 595 de la sociedad conyugal que se formó por virtud del matrimonio contraído entre los hoy extintos JOSÉ ANTONIO ZAMBRANO GUAQUETÁ y ANA SILVIA GÓMEZ, “pierde el derecho” que sobre los mismos le correspondía, y (ii) que el demandado queda obligado a restituir y/o reintegrar doblado a la demandante el valor comercial actual de dichos bienes.

La causa petendi la constituye que el demandado JOSÉ LUIS ZAMBRANO GÓMEZ, hijo matrimonial de los señores JOSÉ ANTONIO ZAMBRANO GUÁQUETA y ANA SILVIA GÓMEZ, estando enterado de la existencia del proceso ordinario de filiación instaurado en su contra por la señora LUCÍA ZAMBRANO RUÍZ, hija extramatrimonial del segundo mencionado y de la señora DOLORES GRACIELA RUÍZ, procedió “a adelantar ante la Notaría Segunda de Bogotá, el Proceso de Sucesión de su progenitor... según consta en la escritura pública No. 1946 de mayo 24 de 2007”, donde “bajo juramento expresó que desconocía otros herederos”, trámite en el que “contraviniendo disposiciones legales dejó de relacionar bienes propios del causante y bienes de la sociedad conyugal”, y le fueron adjudicados los inmuebles identificados con folios de matrícula inmobiliaria Nos. 366 – 28280 y 50C – 1361772.

Que dos meses después, el demandado “con el único fin de ocultar y/o distraer bienes pertenecientes a la sociedad conyugal disuelta ZAMBRANO – GÓMEZ y bienes propios de su padre, mediante escritura pública No. 3014 del 1 de agosto de 2007 otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá”, vendió a la señora ANA

DOLORES VARELA DE GONZÁLEZ, el último de los inmuebles referidos y luego, “en forma malintencionada y con el único ánimo de despojar a mi poderdante de los derechos que legalmente le corresponden, mediante escritura pública número 2175 de fecha 4 de agosto de 2011, otorgada en la Notaría

Segunda de Bogotá, habiendo el Juzgado ya proferido sentencia en su contra, tramita Partición (sic) adicional a la sucesión de su señora madre Ana Silvia Gómez y... en ella relaciona solamente un inmueble y un vehículo, el ubicado en la calle 39 número 29 – 67 con folio de matrícula inmobiliaria número 50C518544 y el vehículo Nissan de placas BGJ 595”.

“Pocos días después el demandado... procede a vender ese inmueble al señor Juan Carlos Hernández, tal y como consta en la escritura pública número 2388 del 22 de Agosto (sic) de 2011 de la Notaría Segunda de Bogotá y en el certificado de libertad que se aporta”, es decir, “que el demandado, ocultó y/o distrajo bienes de la sociedad conyugal ilíquida, contraviniendo las disposiciones legales y con el único ánimo de despojar a mi representada de los derechos que legalmente le corresponden como heredera de José Antonio Zambrano Guáqueta”.

El conocimiento de la demanda le correspondió al Juzgado Veinte de Familia de Bogotá D.C., despacho que la admitió con auto del 27 de abril de 2015 (folio 91 del c1). El demandado fue vinculado por conducto del apoderado que lo representa, quien se notificó personalmente del auto admisorio el 23 de julio de 2015 (folio 91 vto. del c1), quien dentro del término del traslado guardó silencio.

Por auto del 11 de agosto de 2015 (folio 109 del c1) el Juzgado designó perito evaluador de la lista de auxiliares de la justicia, quien procedió a rendir dictamen en relación con los bienes presuntamente ocultados conforme a lo solicitado por la parte demandante.

PROBLEMA JURÍDICO

Primer reparo: los bienes o cosas a que hace referencia el artículo 1824 del C.C. comprenden, tanto los propios, como los sociales, y no simplemente éstos últimos como lo señaló el a quo, e incluso, los frutos de dichos bienes quedan cobijados con la normativa citada.

Segundo reparo: La renuncia a gananciales en vida realizada por el extinto JOSÉ ANTONIO ZAMBRANO GUÁQUETA es ineficaz o nula, pues ha debido hacerla mediante escritura pública y no en documento aparte, aunado a que fue realizada en desmedro de los intereses de la demandante.

Tercer reparo: Contrario a lo considerado por el a quo, el señor JOSÉ LUIS ZAMBRANO GÓMEZ actuó con dolo, pues procedió a realizar los actos partitivos de la sucesión cuando se le notificó la existencia del proceso de petición de herencia instaurado en su contra por la aquí demandante, faltando a la verdad cuando dijo que “no conocía heredero de igual o mejor derecho”.

Cuarto reparo: El a quo descartó el ocultamiento del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 50C-518544 y del vehículo de placas BGJ – 595 afianzado en que son bienes sociales y fueron incluidos en el proceso liquidatorio, pero pasó por alto que el demandado era conocedor de la existencia de la demandante.

Quinto reparo: La presente acción por ocultamiento o distracción de bienes no es equivocada, pues la misma se adelantó contra el heredero que ocultó los bienes herenciales, y pensar lo contrario sería aceptar lo dicho por la contraparte en el sentido de que debió instaurarse fue la reivindicatoria, como lo hizo el a quo en la sentencia.

Sexto reparo: Los elementos probatorios aportados no fueron tachados de falsos, por lo tanto constituyen plena prueba ya que con ellos se acredita que el señor JOSÉ LUIS ZAMBRANO GÓMEZ “dolosamente ocultó y sustrajo bienes que eran de la masa social, en perjuicio de la demandante, supuestos estos que autorizan el reconocimiento de la consecuencia jurídica prevista en el artículo 1824 del Código Civil”.

Séptimo reparo: No es cierto que la prueba pericial estuviese desprovista del análisis técnico suficiente, pues el único reproche a la misma fue el realizado por la parte demandada quien adujo que el inmueble ubicado en Melgar no había sido debidamente alinderado, aspecto que desde ningún punto de vista desvirtúa el valor probatorio de la experticia, máxime cuando el perito aportó los documentos de rigor para acreditar sus argumentos (folios 240 a 254).

ANÁLISIS DE LA SALA

Respecto al primer reparo: Este reparo no prospera por lo siguiente:

El artículo 1824 del C.C. que forma parte del título XXII libro IV del Código Civil en lo que respecta a “la disolución de la sociedad conyugal y partición de gananciales”, establece que “Aquél 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”.

Sobre los alcances de la citada norma la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 10 de agosto de 2010, radicado 1994-04260-01, expuso lo siguiente:

“Ahora bien, ex (sic) artículo 1824 del Código Civil, cuando uno de los cónyuges o sus herederos, haya ocultado o distraído dolosamente alguna cosa de la sociedad conyugal, pierde su porción sobre la misma y es obligado a restituirla doblada.

“La disposición, cuya ratio legis, se orienta a preservar y tutelar la plenitud, igualdad e integridad de los cónyuges en lo atañero 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 uno 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 del 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 (artículo 1516 Código Civil).

“Es menester, en consecuencia, la diáfana conciencia en el cónyuge o sus herederos sobre la naturaleza social de la cosa, esto es, la pertenencia del bien, derecho o interés a la sociedad conyugal, así como su intención de generar un daño o perjuicio al otro consorte con el acto de ocultación o distracción, más aún si se procura ‘reprimir aquella conducta dolosa del cónyuge con la que se busca defraudar al otro con desmedro de sus intereses en la partición de los bienes sociales, valiéndose ya de actos u omisiones que se acomodan al significado de la ocultación, u ora distraendo bienes, esto es, alejándolos de la posibilidad de ser incorporados en la masa partible, como se puede considerar todo acto de disposición de los mismos que conduzca a disminuir la masa de bienes sociales o a hacer dispendiosa o imposible su recuperación por parte del cónyuge afectado’ (cas. civ. sentencia de 14 de diciembre de 1990), y por ello ‘es necesario probar la ocultación o la distracción intencional de bienes

pertenecientes a la sociedad conyugal' (cas. civ. sentencia de 1° de abril de 2009, exp. 11001-3110-010-2001-13842-01).

La anterior postura fue reiterada por la alta Corporación en sentencia SC2379-2016 del 26 de febrero de 2016, M.P., doctora MARGARITA CABELLO BLANCO.

De lo dicho, refulge con meridiana claridad que los bienes por cuya distracción u ocultamiento doloso el artículo 1824 del C.C. ordena sancionara los cónyuges o a sus herederos con la pérdida de su porción en “la misma cosa” y la obligación de restituirla doblada, no son otros distintos a aquellos que componen el haber social, es decir los que indican los artículos 1781 y 1793 ejusdem, y no los propios de cada socio.

En el caso bajo estudio, la actuación adelantada en el cuaderno No. 1 da cuenta de lo siguiente:

(i) Los señores JOSÉ ANTONIO ZAMBRANO GUÁQUETA y ANA SILVIA GÓMEZ contrajeron matrimonio católico el 27 de agosto de 1964.

(ii) El primero falleció el 6 de enero de 2005, y la segunda el 3 de septiembre de 1996 (folios 3 y 4), y

(iii) La sucesión del extinto JOSÉ ANTONIO ZAMBRANO GUÁQUETA se liquidó mediante escritura pública No. 1946 del 24 de mayo de 2007 otorgada ante la Notaría Segunda del Círculo de esta ciudad (folios 67 a 73 del c1), trámite en el que le fue adjudicada al demandado la totalidad de la masa sucesoral en calidad de heredero único, integrada por los inmuebles distinguidos con folios de matrículas inmobiliarias Nos. 50C – 1361772 y 366 – 28280 adquiridos por el causante, el primero, mediante escritura pública No. 13 del 3 de marzo de 1935, y el segundo, mediante escritura pública No. 120 del 9 de abril de 1960, según se establece de los certificados de libertad y tradición obrantes a folios 76 a 79, lo cual pone de presente que dichos bienes no eran sociales sino propios del de cujus, por cuanto los adquirió antes de la vigencia de la sociedad que se formó por virtud del matrimonio que contrajo con la hoy extinta ANA SILVIA GÓMEZ en el año de 1964.

Este último razonamiento es suficiente para concluir que no tiene vocación de prosperidad la pretensión enarbolada bajo la égida del artículo 1824 del C.C., con miras a que se

declare que el demandado ocultó y/o distrajo del haber de la sociedad conyugal formada por virtud del matrimonio contraído entre sus fallecidos padres los inmuebles ya mencionados, pues lo cierto es que éstos están por fuera del ámbito de aplicación del artículo 1824 del C.C. en la medida que como quedó establecido, no son sociales, sino propios del causante ZAMBRANO GUÁQUETA quien los adquirió, reitérase, antes de la vigencia de la aludida sociedad, de modo que en lo que respecta a dichos bienes, ni por lumbre, se satisface el presupuesto normativo en que la demandante afianza su petitum, de ahí que acertó el a quo al señalar que tales predios, ni podían ser objeto del “seguimiento jurídico a que se contrae el artículo 1824 del Código Civil”, ni tenían incidencia alguna en la sociedad conyugal.

En cuanto al segundo reparo: En línea de principio, se debe precisar que ninguna de las pretensiones de la demanda, que claramente quedaron plasmadas en los antecedentes de este pronunciamiento, fueron elevadas con el objeto de protestar la validez de la renuncia a gananciales realizada en vida por el causante JOSÉ ANTONIO ZAMBRANO GUÁQUETA, el que tampoco revelan los hechos en que éstas se cimientan, y sobre dicha ineficacia únicamente se vino a aludir en el recurso de apelación.

En todo caso, y en lo que al reparo respecta, la ausencia de solemnidades de los actos y/o negocios jurídicos, es una situación que da lugar a que se declare la nulidad absoluta oficiosa de los mismos, por lo cual entrará la Sala a analizar la inconformidad planteada, la que desde ya se anuncia tampoco prospera por lo siguiente:

El artículo 1496 del C.C. define el contrato unilateral como aquel donde “una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna”, al paso que el artículo 1500 ejusdem enseña que el contrato es “real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

A su turno el artículo 1502 de la misma codificación, prevé que “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

“1o.) que sea legalmente capaz.

“2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

“3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

“4o.) que tenga una causa lícita.

“La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”.

Por su parte el artículo 1775 del C.C. prevé, sin más condicionamientos, que *“Cualquiera de los cónyuges siempre que sea capaz, podrá renunciar a los gananciales que resulten a la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de terceros”.*

En torno a los requisitos de la renuncia a gananciales, el autor PEDRO ALEJO CAÑÓN RAMÍREZ, en su libro “SOCIEDAD CONYUGAL Y EXTRAMARITAL DE HECHO”, Tercera Edición, Editorial ABC, pág. 209, dice que la misma se caracteriza por ser un acto (i) unilateral, ya que para que tenga vida jurídica sólo se requiere de la voluntad de uno de los cónyuges o de todos los herederos del cónyuge fallecido (art. 1496 del C.C.), (ii) irrevocable, por cuanto una vez hecha la renuncia no puede “rescindirse”, salvo claro está que se demuestre que ésta fue inducida por engaño o por un justificable error acerca del estado de los negocios sociales (art. 1838 – inc. 2º del C.C.), por tanto “La manifestación de voluntad hecha por uno de los cónyuges o por sus herederos, les obliga en forma definitiva, pues con tal renuncia, se traslada la propiedad a sus beneficiarios”, y (iii) consensual, por cuanto “se perfecciona por el solo consentimiento; la ley, para su perfeccionamiento, no exige solemnidad alguna, por lo que puede expresarse, bien mediante instrumento público, ya en documento privado y aún en forma verbal. Para efectos probatorios deben concurrir los medios ordinarios”.

En el caso concreto, está demostrado que la sucesión de la extinta ANA SILVIA GÓMEZ se liquidó mediante escritura pública No. 409 del 9 de febrero de 2005 otorgada ante la Notaría Segunda del Círculo de esta ciudad (folios 203 a 236 del c1), trámite en el que, por virtud de la renuncia a gananciales realizada por el señor JOSÉ ANTONIO ZAMBRANO GUÁQUETA el 29 de octubre de 2004 mediante documento privado dirigido al señor Notario Segundo del Círculo de Bogotá, D. C.

(folio 219 y vto.), le fue adjudicada a su hijo JOSÉ LUIS ZAMBRANO GONZÁLEZ(demandado en estas diligencias) la totalidad de la única partida inventariada correspondiente al inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 366 – 00282279, el que sea de paso decirlo fue adquirido por la causante mediante escritura pública No. 260 del 8 de mayo de 1971 de la Notaría de Melgar, esto es, en vigencia de la sociedad conyugal, tal y como figura en la copia auténtica del certificado de libertad (folio 222), renuncia que el entonces cónyuge supérstite hizo en los siguientes términos:

“Conste por el presente documento privado que, yo JOSE (sic) ANTONIO ZAMBRANO GUAQUETA (sic)... estando en la plenitud de mis capacidades físicas y mentales, declaro que: RENUNCIO TOTALMENTE A LA CUOTA DE GANANCIALES (EN MI CALIDAD DE CONYUGE (sic) SOBREVIVIENTE) QUE ME CORRESPONDA O ME PUEDA CORRESPONDER DENTRO DEL PROCESO DE SUCESIÓN INTESTADA E ILQUIDA (sic) de mi Esposa ANA SILVIA GOMEZ (sic) DE ZAMBRANO (...)

“Manifiesto expresamente, que autorizo que en el Trabajo de Partición y Adjudicación del respectivo proceso sucesorio, les (sic) sea adjudicado a mi Hijo JOSE (sic) LUIS ZAMBRANO GOMEZ (sic), LA TOTALIDAD DE LA CUOTA DE GANANCIALES QUE ME CORRESPONDA Y RELACIONADA EXPRESAMENTE CON EL INMUEBLE UBICADO EN MELGAR (Tol.), MARCADO CON EL No. 6-02/08 de la CARRERA 26, y, CALLE 6ª # 26-11/15/19”.

Analizado el reparo planteado por la recurrente a la luz de las disposiciones y de la doctrina transcrita, ningún reproche ha de hacerse frente a la manera en que el hoy extinto JOSÉ ANTONIO ZAMBRANO GUÁQUETA renunció a sus gananciales, pues partiendo de lo dicho es posible concluir que tal dejación obedece a un acto o contrato unilateral consensual, para cuyo perfeccionamiento basta “el solo consentimiento”(art. 1500 del C.C.), conclusión que resulta razonable si se tiene en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con otra clase de negocios jurídicos, la ley no precisa, ni exige para esos efectos (perfeccionamiento) el cumplimiento de solemnidad o formalidad alguna, sino únicamente que medie la capacidad de quien decide hacerla, sin olvidar, claro está, los

demás requisitos que a voces del artículo 1502 del C.C. deben concurrir para que “una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad”, referidos al objeto y a la causa lícitas y a la legitimación.

De ahí que nada se opone a que la renuncia se haga mediante documento privado, como aquí ocurrió, máxime cuando tal proceder encuentra plena justificación en el principio de la autonomía de la voluntad privada, entendida como la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, los que en el caso particular no se ven perjudicados de manera alguna con el acto jurídico dicho.

En adición, ha de señalarse que si bien en el inciso 2º del escrito contentivo de la mentada renuncia el cónyuge JOSÉ ANTONIO ZAMBRANO GUÁQUETA dijo que autorizaba que en el trabajo de partición se le adjudicara a su hijo JOSÉ LUIS ZAMBRANO GONZÁLEZ “LA TOTALIDAD DE LA CUOTA DE GANANCIALES QUE ME CORRESPONDA Y RELACIONADA EXPRESAMENTE CON EL INMUEBLE UBICADO EN MELGAR”, tal manifestación no condiciona, altera o modifica el alcance que de dicha dejación de bienes hizo el declarante, pues leído el documento en su integridad y de forma sistemática y escrutando la real voluntad de su autor, no cabe duda que ésta fue total, conforme claramente quedó consignado en el inciso 1º al señalar “RENUNCIO TOTALMENTE A LA CUOTA DE GANANCIALES (EN MI CALIDAD DE CÓNYUGE (sic) SOBREVIVIENTE) QUE ME CORRESPONDA O ME PUEDA CORRESPONDER DENTRO DEL PROCESO DE SUCESIÓN INTESTADA E ILQUIDA (sic) de mi Esposa ANA SILVIA GOMEZ (sic) DE ZAMBRANO”.

Respecto al tercer reparo: Al igual que como ocurre con los otros dos reparos, éste no tiene visos de prosperidad, pues es evidente que los argumentos en que la actora funda su inconformidad, de manera alguna estructuran

el supuesto de hecho sobre el que se entroniza el artículo 1824 del C.C., el cual, se reitera, tiene lugar es cuando se ha “ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad”.

El cuarto reparo: Tal reparo igualmente está condenado al fracaso, pues aun cuando es punto pacífico que dichos bienes son sociales, no puede perderse de vista que el causante JOSÉ ANTONIO ZAMBRANO GUÁQUETA renunció expresamente a la totalidad de los gananciales que le pudieran corresponder en la liquidación de la sociedad conyugal que se formó por virtud del matrimonio contraído con la señora ANA SILVIA GÓMEZ, renuncia que como se dejó precisado al analizar el segundo de los reparos planteados, es válida, y que en el escenario de este proceso deja sin piso jurídico el ocultamiento que en relación con dichos bienes alega la demandante, por la sencilla razón que, ante tal manifestación del extinto ZAMBRANO GUÁQUETA, en éste caso específico el patrimonio social se consolidó al herencial, cuya totalidad le fue adjudicada al demandado como único heredero de la causante ANA SILVIA GÓMEZ.

El quinto reparo: Baste para anticipar el fracaso de este reparo señalar que aquí, ni por lumbre, quedó acreditado el supuesto fáctico establecido en el artículo 1824 del C.C., de ahí que sobre hacer cualquier otra disquisición al respecto.

Respecto al sexto reparo: Tampoco sale avante este reparo, pues el hecho de que los elementos probatorios aportados no hayan sido tachados de falsos no es, per se, razón suficiente para abrir paso a las pretensiones de la demanda, máxime cuando es justamente el análisis de las pruebas acopiadas el que conlleva a concluir que éstas no prosperan.

El séptimo reparo: Igual suerte corre este reparo, pues lo cierto es que ante la improsperidad de las pretensiones, sobra hacer cualquier pronunciamiento en torno al dictamen pericial rendido en relación con los bienes que, en sentir de la demandante, fueron objeto de ocultamiento y/o distracción.

¿PUEDE DECRETARSE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD SIN HABERSE DEMOSTRADO EL DESPRENDIMIENTO AFECTIVO Y ECONÓMICO TOTAL O ABSOLUTO POR PARTE DE LOS PROGENITORES DEL MENOR?

MP DR. JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ
RADICADO: [110013110001620140042501](https://www.cjce.gub.uy/ver/110013110001620140042501)

ASPECTO FÁCTICO

El señor MILTON FERNANDO SILVA ROJAS, quien detenta la custodia, tenencia y cuidado personal de los hermanos KAMILA y KAMILO BARRETO SILVA nacidos en la ciudad de Bogotá el 13 de noviembre de 2008 y 9 de septiembre de 2010 respectivamente, hijos de los señores VANESSA ALEXANDRA SILVA PÉREZ y HARLEY ANDRÉS BARRETO CAMARGO, el 30 de mayo de 2014 (fol. 16 c1) demandó a los padres de los menores a fin de que se accediera a privarlos del ejercicio de los derechos derivados de la patria potestad que ejercen sobre estos, con sustento en la causal de abandono consagrada en el numeral 2 del artículo 315 del C.C.

La causa petendi, la constituye que:

Los demandados abandonaron a sus hijos al no cumplir con las obligaciones y deberes que como padres tienen frente a éstos, al punto que a mediados del mes de junio de 2011 la progenitora, señora VANESSA ALEXANDRA SILVA PÉREZ, de quien se asegura fue siempre “rebelde, tenía malas costumbres, no permitía que se le corrigiese por más que trataron de ayudarla para que asumiera comportamientos adecuados acordes con su edad... y un día cualquiera decidió irse a vivir con la Abuela paterna, Señora ROSANA ROJAS BERNAL”, optó por entregar al menor KAMILO BARRETO SILVA al cuidado de esta última y del señor MILTON FERNANDO SILVA ROJAS, tío paterno de la demandante, lo que posteriormente también hizo con la menor KAMILA BARRETO SILVA, a quien dejó “en varias ocasiones... por temporadas que iban desde una semana hasta un mes”.

En audiencia de conciliación llevada a cabo el día 22 de agosto de 2012 en el Centro Zonal Barrios Unidos, los padres de los menores, de común acuerdo, decidieron dejar la custodia y cuidado personal de los menores al demandante, quien junto con la bisabuela materna de los niños, de tiempo atrás se había hecho cargo de los mismos, procurando su bienestar, brindándoles afecto, alimento, recreación, salud, así como la educación en el colegio Calasanz Femenino para la niña “durante el año 2013 y lo que va de 2014”, y en el Jardín Infantil La Comarca para el niño, “durante el mismo periodo. Lo cual demuestra el compromiso frente a la responsabilidad que implica la crianza de los menores...”.

Pese a lo regulado ante la autoridad administrativa con respecto a la cuota alimentaria, esto es, que la señora VANESSA ALEXANDRA SILVA PÉREZ pagaría la suma de \$300.000 a partir del mes de septiembre de 2012, y el señor HARLEY ANDRÉS BARRETO CAMARGO la suma de \$200.000 mensuales del 25 al 30 de cada mes a partir de septiembre, la primera mencionada suministró la suma de \$1'290.000 en el periodo comprendido del 14 de diciembre de 2012 al 3 de septiembre de 2013, lo que atendiendo los términos del acuerdo quiere decir que “debe a la fecha 17 meses de cuota de alimentos”, es decir, “la obligada tiene pendiente de pago la suma de \$5.100.000”, y el segundo mencionado “Consignó una sola vez, el 4 de octubre de 2012 la suma de \$200.000”, luego “A la fecha, Mayo de 2014, debe 20 cuotas, cada una a razón de \$200.000,00, para un total de \$4.000.000,00”.

En cuanto a las visitas, se indicó que “la madre visitó con alguna regularidad a los niños, aproximadamente hasta el mes de Abril de 2013, luego apareció en el mes de Septiembre de 2013 y el día 17 de Noviembre de 2013, fecha desde la cual no ha vuelto a ver a los niños. Se destaca que las visitas eran muy cortas máximo de 2 horas”, que igualmente “en el mes de Septiembre de 2013, se presentó la señora VANESSA para el cumpleaños del niño y en el mes de Noviembre para el cumpleaños de la niña. Lo que quiere decir, que no ha dado cumplimiento al Acuerdo conciliatorio”, y que “El día 24 de Diciembre de 2013, la madre efectuó una llamada a los niños como a la 1 ó 2 de la mañana a preguntar cómo estaban los ‘pingüinitos’, como denomina a los niños, se le dijo que estaban bien y dormidos y, posteriormente, volvió a llamar el 11 de mayo de este año (2014) para el día de las madres. Es de resaltar que cuando la señora VANESSA llama, se dirige solo a la niña”. Con respecto al padre, cuyo paradero aseguró el demandante desconocer, se dijo que “En el año 2012, efectuó aproximadamente 5 visitas y apareció el día 17 de Noviembre de 2013, junto con la madre de los niños, fecha desde la cual tampoco ha vuelto a ver a los niños”, no los llama y que “Para el cumpleaños del niño en 2013, la madre le llevó al niño una muda de ropa y para el cumpleaños de la niña, llevaron algunas prendas de vestir como un pantalón, blusa, medias y algunos juguetes”.

PROBLEMA JURÍDICO

Las pruebas recaudadas, que no fueron analizadas por el a quo, acreditan, con

suficiencia, que la progenitora de los menores “incurrió en la causal de abandono”, la cual ha sido prolongada en el tiempo por cuanto no los visita, no los llama, no se interesa por saber de ellos, ni de su rendimiento académico, los ha privado de su presencia, cariño y protección, hace más de cuatro años no aporta económicamente para cubrir sus necesidades, y *“en general está incumpliendo la totalidad del acuerdo que suscribió ante el Bienestar Familiar, ignorando por completo sus obligaciones de madre, trasladando tales obligaciones al demandante y solo concurrió al presente proceso para presentar escritos dilatorios, no para desvirtuar la causal de la que se le acusa”*.

ANÁLISIS DE LA SALA

Como los anteriores reparos tienen por objeto que se revoquen los ordinales primero y cuarto del resolutivo de la sentencia de primera instancia ya mencionados, y en su lugar se acceda a privar a la progenitora de los menores, señora VANESSA ALEXANDRA SILVA PÉREZ, del ejercicio de los derechos derivados de la patria potestad que ejerce sobre éstos por cuanto, en sentir del recurrente, están dados los presupuestos necesarios para ello, la Sala se ocupará de su análisis conjunto siendo necesarias las siguientes reflexiones:

En línea de principio, se debe memorar que la patria potestad es una institución jurídica establecida por el legislador en beneficio de los hijos no emancipados, valga decir, de aquellos en quienes no ha acaecido alguna de las circunstancias que de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 312 del C.C. le permitirían regir tanto su persona, como sus bienes, y que tiene por objeto facilitar a los padres “el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”, según lo determina el artículo 288 ejusdem, modificado por el artículo 19 de la Ley 75 de 1968, o que como de manera más amplia lo explica la H. Corte Constitucional en sentencia C – 1003 de 2007, M.P. doctora CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, “tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus bienes (usufructo legal y administración del patrimonio). Igualmente ha considerado, que el ejercicio de la potestad parental tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados, y en consecuencia, el incumplimiento de los

deberes de los padres puede conducir a su pérdida o suspensión”; patria potestad que no deriva del matrimonio de éstos, pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo.

Acorde con lo anterior, la H. Corte Constitucional en sentencia C – 997 de 2004, M.P. doctor JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, ocupándose de la terminación de la patria potestad, dijo que “independientemente de la causal que se invoque, efectivamente tendrá como consecuencia la separación jurídica de los hijos frente a sus padres en lo que respecta a los derechos que éstos ejercen sobre ellos. Extinción de derechos que se encuentra justificada en la medida que con esa determinación se protege al menor de personas que no brindan las condiciones morales, éticas, sociales, etc., para su desarrollo integral y que por el contrario con sus conductas (acciones u omisiones) ponen en riesgo la correcta formación de las niñas y niños en un ambiente de armonía y unidad”.

Y frente a la causal de abandono en que el demandante afianza sus expectativas, la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de mayo de 2006, M.P. doctor PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA, trazó un derrotero inevitable al estudio de asuntos como el que concita la atención de la Sala, al señalar que “...ni siquiera el incumplimiento injustificado de los deberes de padre, conduce per se a la privación de la patria potestad, pues al efecto se requiere que el abandono sea absoluto y que obedezca a su propio querer... No se trata, entonces de predicar un juicio de valor, de más o menos, sobre la responsabilidad que le atañe al padre, ni de establecer cuánto aportó para la educación y bienestar material de la infante, sino de comprobar, de manera irrefutable que éste se desentendió totalmente de estos menesteres”; luego, no es cualquier abandono el que daría lugar a aplicar tan drástica sanción, sino aquel que entraña un total desentendimiento de los deberes parentales, por el propio querer de los progenitores.

Ahora, habrá casos en los que no pudiendo hablarse de abandono absoluto, puede sí llegar a evidenciarse el incumplimiento de esos deberes parentales, supuesto en el cual la jurisprudencia es proclive a que, de oficio, se apliquen medidas menos radicales, tales como la suspensión de la patria potestad o delegar la custodia en cabeza del otro padre, en salvaguarda del interés superior del menor. Así lo orienta la H. Corte Constitucional en

sentencia T – 953 de 2006, M.P. doctor JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, al decir que “La posición de la Corte Suprema no desconoce el interés superior del menor. En efecto, uno de los factores que es necesario tener en cuenta para evaluar correctamente en que consiste este interés, es la defensa conjunta de todos los derechos que asisten al menor uno de los cuales, como se verá en el fundamento siguiente de esta decisión, es el derecho a mantener contacto y lazos de afecto con sus padres y el derecho de estos al debido proceso. En este sentido, no sobra mencionar que para casos en los cuales no se ha producido el abandono pero sin embargo existe un incumplimiento de los deberes de uno de los padres, existen remedios menos drásticos que ordenar la pérdida de la patria potestad, como ordenar, de oficio, en el mismo proceso verbal, la suspensión de este derecho (art. 310 C.C.) o la custodia a favor del otro padre y, en casos como el presente, conceder consecuentemente el permiso de salida del país y fijar el régimen de visitas que el juez considere conveniente para la menor en atención a las condiciones de sus padres y a los derechos fundamentales de esta”.

Entra la Sala a analizar las pruebas que son relevantes para resolver el presente asunto obrantes en el cuaderno 1, previa ilustración de las mismas:

a. Documentales:

- Copia auténtica de los registros civiles de nacimiento de los menores KAMILO y KAMILA BARRETO SILVA (fls. 5 y 6).
- Copia simple del acta de audiencia de custodia, alimentos y visitas a favor de los menores KAMILO y KAMILA BARRETO SILVA, suscrita el 22 de agosto de 2012 ante el ICBF - Centro Zonal Barrios Unidos (fls. 2 a 4).
- Constancia de actuación de fecha 5 de agosto de 2014 del Centro Zonal Barrios Unidos (fls. 25 y 26).
- Fotocopia de informes académicos de la menor KAMILA BARRETO SILVA rendidos por el “Gimnasio Sabios del Bosque” (fls. 30 a 33).
- Fotocopia de certificación de fecha 28 de agosto de 2014 expedida por el “Gimnasio Sabios del Bosque” (fl. 34).
- Consultas de puntaje del SISBEN realizadas el 17 de febrero de 2012 (fls. 35 a 37).

- Fotocopia de carne de vacunación de la menor KAMILA BARRETO SILVA (fl. 38).
- Recibo de consignación de fecha 13 de marzo de 2015 realizada en Bancolombia por valor de \$491.900 (sin folio).
- CD que contiene grabaciones de audio con fecha de creación del 28 de agosto de 2014 (sin folio). En este punto, es preciso señalar que obran otros tres CD’S, dos de los cuales no tienen contenido alguno y el otro está grabado en un formato que no permite su apertura.
- Fotografías (fls. 39 a 43 y 137 a 146).
- Certificación expedida por M & G Acabados el 25 de agosto de 2014, donde se indica que la demandada VANESSA ALEXANDRA SILVA PÉREZ para ese momento laboraba con dicha empresa (fl. 44).
- Valoración psicológica realizada a los menores el 30 de julio de 2014 por parte de la psicóloga del Centro Zonal Barrios Unidos (fls. 64 a 69).
- Fotocopia de la denuncia anónima presentada el 8 de enero de 2012 ante el Centro Zonal Rafael Uribe y demás diligencias adelantadas al respecto por la entidad (fls. 124 a 130).
- Certificación expedida por la señora YOLANDA BELÉN DÍAZ, en calidad de representante legal del edificio Barandales sin fecha de creación, y fotocopia de control de visitantes y vehículos de COOP. RESERVIS LTDA. (fls. 132 a 136).
- Copia de la Escritura Pública No. 2166 del 20 de septiembre de 2012 de la Notaría 41 del Círculo de esta ciudad (fls. 155 a 169).
- Certificados médicos de asistencia a consulta pediátrica de los menores, valoraciones y controles realizadas por la misma especialidad (fls. 170 a 175).
- Estados del número de cuenta de ahorros 15703188998 a nombre de la señora Rosana Rojas Bernal de Bancolombia (fls. 179 a 186).
- Certificados expedidos por COOMEVA Medicina Prepagada y desprendibles de la misma entidad (fls. 187 a 194).
- Copia de la denuncia presentada por el demandante el 20 de noviembre de 2015 en

contra de los progenitores de los menores por el delito de inasistencia alimentaria, aportada por la Defensora de Familia adscrita al Juzgado (fls. 232 a 278).

- Informe rendido por la Trabajadora Social del Juzgado con fundamento en la visita social realizada el 10 de noviembre de 2015 al lugar donde residen los menores.

El análisis del anterior elenco probatorio, sin duda, da cuenta del incumplimiento de la señora VANESSA ALEXANDRA SILVA PÉREZ a los deberes que la ley le impone como madre de KAMILO y KAMILA BARRETO SILVA, pues es evidente que la misma no se ha empoderado de su rol materno, al punto que desde hace ya varios años y como al unísono lo dijeron las testigos escuchadas a instancia de la parte actora, optó por dejar a sus hijos al cuidado de su bisabuela y tío materno, señores ROSANA ROJAS BERNAL y MILTON FERNANDO SILVA ROJAS, último al que finalmente y de consuno con el progenitor de los niños, le entregó la custodia el 22 de agosto de 2012, tal y como consta en la copia del acta de conciliación del ICBF - Centro Zonal Barrios Unidos a donde fueron convocados por el demandante, con el ánimo de acordar lo concerniente a custodia, visitas y alimentos de los menores en vista de que desde hacía tiempo atrás éstos se encontraban bajo su cuidado.

Conducta que se hace aún más reprochable si se tiene en cuenta que desde ese entonces y hasta la fecha, no hay prueba alguna de que la señora SILVA PÉREZ hubiese enarbolado actuación administrativa o judicial en pos de recuperar la custodia de los pequeños, mostrándose pasiva e impávida frente a esa situación, misma actitud que en su momento también avizó la Defensora de Familia del mencionado Centro Zonal en la citación previa que le hiciera a la progenitora el 5 de agosto de 2014 (fls. 25 y 26 del c1), donde la funcionaria puso de presente que “han pasado ya dos años y no hay interés de su parte de recuperar a sus hijos”, y así de igual manera lo aceptó la propia demandada en el interrogatorio de parte que absolvió, cuando a la pregunta de cuántas veces había solicitado ante el ICBF o personalmente al demandante que le devolviera la custodia de los menores, respondió “ninguna, porque ellos [refiriéndose a su tío y a su abuela paterna] siempre me han dicho que... no quieren devolverme a mis hijos”, explicación que, aún de ser cierta, de ninguna manera justifica su pética inacción, si se tiene en cuenta el holgado lapso que ha

transcurrido desde que entregó a sus familiares la custodia de sus hijos, cuyas edades para ese entonces oscilaban aproximadamente entre 1 y 3 años y que a la fecha tienen ya 7 y 8 años según se logra establecer de la copia de los registros civiles de nacimiento, sin que, se reitera, durante todo ese tiempo hubiese desplegado alguna labor tendiente a que le fuera devuelta la custodia de los mismos, pues nada menos se esperaba de su parte, como que de por medio se encuentra la materialización del sublime proceso natural de la maternidad.

Igualmente, está demostrado que la demandada fue inconstante con el régimen de visitas establecido en el ICBF, y que se encuentra atrasada en el pago de la cuota alimentaria que se comprometió a cancelar ante la autoridad administrativa conforme se dijo en la demanda, y así también lo refirieron las testigos escuchadas, y aun cuando en el interrogatorio de parte adujo que “ellos [refiriéndose a su tío y a su abuela paterna] no permiten que siga indagando y tampoco permiten que haya esa conexión de mamá e hijos o colegio mamá... no me dejan ir al colegio y en muchas ocasiones me dicen que tenemos reuniones con los niños pero no me dejan ir”, lo cierto es que la señora VANESSA no acreditó que hubiese siquiera intentado buscar canales para solventar esa situación, ni que por iniciativa propia se hubiera acercado al colegio a averiguar por el rendimiento académico de sus hijos, más aún cuando tiene conocimiento de que la menor KAMILA estudia en el colegio Calasanz y así lo hizo saber durante su intervención.

Con todo, no es posible acceder a privarla del ejercicio de los derechos derivados de la patria potestad que ejerce sobre los menores como lo pretende el recurrente, pues las mismas pruebas que hoy han evidenciado la reprochable conducta de la señora VANESSA ALEXANDRA SILVA PÉREZ para con sus hijos, razonablemente permiten concluir que ese desprendimiento afectivo y económico de la progenitora no ha sido total o absoluto como lo reclama la jurisprudencia, de modo que no deje a dudas la aplicación de tan drástica sanción, y más bien lo que demuestran es un incumplimiento de los deberes materno filiales que bien puede considerarse como una prolongada o larga ausencia, acompañada del descuido de tales deberes, lo cual como acertadamente lo advirtió el a quo en la sentencia cuestionada, da lugar es a la suspensión de dichos derechos, más no a su privación por cuanto, se insiste, el abandono

que se le endilga a la demandada no puede catalogarse de absoluto; reflexión que robustece el mismo libelo donde, con absoluta claridad, se indica que en lo corrido del 14 de diciembre de 2012 al 3 de septiembre de 2013 aquella suministró para la manutención de los menores la suma de \$1'290.000, que los visitó “con alguna regularidad”, y también los llamó para el 24 de diciembre y el 11 de mayo de 2014, es decir, unos días antes de que el señor MILTON FERNANDO SILVA ROJAS presentara la demanda (30 de mayo de 2014), circunstancias que se logran corroborar también con el dicho de los testigos escuchados a instancia de la parte demandante, que aunque se esfuerzan por hacer ver que la señora VANESSA ALEXANDRA SILVA PÉREZ abandonó por completo a sus hijos, por otro lado mencionan que ésta ha realizado algunos aportes económicos y los ha visitado.

En este punto, es preciso remarcar lo dicho por la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 25 de mayo de 2006 ut supra citada, en el sentido de que ni siquiera el incumplimiento injustificado de los deberes de los progenitores, conduce por sí solo a la privación de la patria potestad, dado que además del elemento volitivo, se requiere que “el abandono sea absoluto”, exigencia que aquí no se encuentra satisfecha por las ya razones expresadas, de ahí que ningún asidero tiene el reclamo que el recurrente enarbola en contra de la valoración probatoria, pues no cabe duda que la suspensión de la patria potestad dispuesta por el a quo de manera oficiosa, es resultado, justamente, de esa valoración, y es la medida que más se aviene al interés superior de los menores acorde con los lineamientos trazados al respecto por la jurisprudencia que prohíja la aplicación de sanciones menos drásticas como lo es aquella, en contextos como éste donde no puede hablarse de abandono total, pero si de un incumplimiento de los deberes parentales.

Ahora, es innegable que el demandante, junto con la señora ROSANA ROJAS BERNAL, se han ocupado de brindarle a los menores KAMILA y KAMILO BARRETO SILVA las más óptimas condiciones en pos de satisfacer sus necesidades y de propender a su desarrollo integral, tal y como lo demuestra la prueba documental adosada al proceso, entre ella, las fotografías obrantes a folios 137 a 146, la valoración del 30 de julio de 2014 realizada a los niños por parte de la psicóloga del Centro Zonal Barrios Unidos (fls. 64 a 69), donde la funcionaria puso de presente el estrecho

vínculo afectivo de éstos hacia su bisabuela y tío materno, de quien dejó dicho “ejerce el rol de papá”, y además informó que para ese momento los hermanos se encontraban escolarizados, la niña en el colegio Calasanz, y el niño en el Jardín La Comarca, y que ambos estaban vinculados al sistema de medicina prepagada con COOMEVA, mismas condiciones que refleja el concepto rendido dieciséis (16) meses después por la Trabajadora Social del Juzgado, como resultado de la visita social que realizó el 10 de noviembre de 2015 al lugar donde residen los menores, que una vez fue puesto en conocimiento de las partes no mereció reparo alguno (fl. 285), donde se indica que “Valorada la situación socio –familiar – afectiva y otros que rodean a los niños KAMILA y KAMILO BARRETO SILVA, en su entorno familiar – social o escolar actual se cataloga como favorable y se establece que sus derechos fundamentales se están garantizando... // El señor MILTON FERNANDO... con red de apoyo familiar de su madre señora Rosana Rojas Bernal cumple a cabalidad con las obligaciones afectivas, económicas, de protección, crianza, formación, educativas, salud, recreativas entre otras. Con relación al rol que ejerce, se pudo establecer un adecuado desempeño y ejerce la custodia permanente de los niños con el acompañamiento asertivo de la señora ROSANA...”, empero no podría accederse a privar a la demandante del ejercicio de los derechos derivados de la patria potestad que ejerce sobre sus menores hijos con pábulo en lo que evidencian dichas probanzas, pues con todo y el esmero que el actor ha demostrado por cuidar y proteger a los niños, y que sin duda le es retribuido por éstos con el afecto y el amor que le profesan, lo determinante aquí es que no se acreditó que la progenitora demandada hubiese incurrido en un total abandono de sus deberes parentales, que es el supuesto fáctico que reclama la aplicación de tan drástica sanción.

Ahora que si de ahondar en razones para descartar el abandono se trata, ha de verse que en la audiencia de conciliación adelantada el 9 de octubre de 2014 (fls. 74 y 75 del c1) el a quo estableció un régimen de visitas para que los padres pudieran compartir con sus hijos, el que la madre procuró cumplir y así lo admitió el propio demandante en el interrogatorio de parte al señalar que “la madre de la niña estuvo haciendo visitas hasta finales de marzo de este año y una vez más en mayo de 2015”, lo cual contribuye a robustecer la conclusión de la

Sala; visitas por las que, incluso, se generaron algunas desavenencias entre las partes, conforme se logra establecer del contenido de los escritos obrantes a folios 104 a 110 presentados por éstas, pero que en todo caso no contrarrestan la voluntad mostrada en ese momento por la señora VANESSA ALEXANDRA SILVA PÉREZ de querer mantener el lazo materno filial y de acercarse a sus hijos.

Así mismo, el recurrente muestra preocupación por cuanto la suspensión de la patria potestad, le otorga a la madre la posibilidad de que “a futuro pueda intentar recuperarla”, generando incertidumbre frente al “posible hogar que le puede ofrecer a los niños”, ya que no son hijos del actual esposo de quien, asegura, tiene “orden de captura por Hurto Calificado agravado y fue capturado según información dada por la Oficina de Ejecución de Penas el día 30 de noviembre de 2016”; para responder a este interrogante sea suficiente señalar que bajo el contexto avizorado, la restitución de los derechos derivados de la potestad parental es una prerrogativa que no puede entrar a limitársele a la señora VANESSA ALEXANDRA SILVA PÉREZ, pues como lo explica el doctrinante ROBERTO SUAREZ FRANCO en su obra “DERECHO DE FAMILIA”, editorial Temis, pág. 188, la suspensión de esa potestad parental “lleva implícita la condición de rehabilitar a quien la ha perdido, cuando cesa la causa o motivo que la originó”, de donde se sigue que el éxito de dicha pretensión dependerá de la actividad probatoria desplegada en el escenario correspondiente, con miras a acreditar que las circunstancias que dieron lugar a la prenotada sanción desaparecieron.

Por otro lado, el recurrente arguye que inició proceso de inasistencia alimentaria en contra de los padres de los menores, lo cual acredita a través de la copia de la denuncia obrante a folios 232 a 278, empero tal prueba en nada contribuye a su causa, primero, porque es evidente que se trata de una actuación sobreviniente al proceso, si se tiene en cuenta que fue presentada el 20 de noviembre de 2015, esto es, en el transcurso de este proceso y que como bien lo advierte en su reparo la denuncia aún se encuentra en trámite, y segundo, porque en todo caso dicha prueba no enerva el análisis probatorio que aquí se ha hecho, con fundamento en el cual ha quedado

descartado el abandono que se le endilga a la madre de los menores.

Igualmente, dice el apelante que la demandada es madre de otro menor cuyas condiciones, en su sentir, sería conveniente entrar a examinar; al respecto, baste con señalar que ninguna decisión en tal sentido puede adoptar la Sala, pues se trata de un asunto totalmente ajeno al objeto del presente proceso, que de considerarlo necesario el inconforme habría de ventilar en otro escenario procesal.

Resta decir que la suspensión de la patria potestad, como lo dejó advertido el a quo en la sentencia, no exonera a la progenitora del cumplimiento de sus obligaciones económicas para con sus hijos, a lo cual se suma que tal sanción tampoco le restringe el derecho a visitarlos, ya que como lo enseña la H. Corte Constitucional en la sentencia T - 266 de 2012, el régimen de visitas pertenece a los deberes de crianza, cuidado personal y educación que no se extinguen ni siquiera con la pérdida de la patria potestad, por lo que bien puede hacer uso de ese derecho, atendiendo el régimen establecido en su momento por el Juzgado en la audiencia de conciliación adelantada el 9 de octubre de 2014 que se encuentra vigente (fls. 74 y 75 del c1), por lo que es del caso exhortar a la parte demandante para que en el supuesto de que dichas visitas se den, propenda a su cumplimiento, con lo que de paso quedan solventadas las inquietudes planteadas al respecto, tanto por el apoderado que representa a la progenitora demandada, como por la señora defensora de familia y el señor agente del Ministerio Público adscritos a esta Corporación en los escritos obrantes a folios 14, 18 y 20.

Por último, la sentencia se adicionará a fin de ordenar al ICBF del Centro Zonal correspondiente al lugar de domicilio de los menores brinden un acompañamiento terapéutico a los menores y a la madre de los mismos, que contribuya a fortalecer el lazo materno filial, y propenda al empoderamiento del rol materno por parte de la señora VANESSA ALEXANDRA SILVA PÉREZ, e igualmente para que se le proporcionen a ésta herramientas que propendan a tal propósito y se le brinden pautas de crianza adecuadas. El oficio deberá librarlo la Secretaría del Juzgado de primera instancia.

RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ CON FUNDAMENTO EN LO ESTABLECIDO EN LA LEY 860 DE 2003

MP DR. MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
RADICADO: [20-2017-00274-01](#)

ASPECTO FÁCTICO

El señor CARLOS ARTURO PEÑALOZA TORRES instauró demanda ordinaria laboral contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, con el objeto de obtener

sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- 1) Conforme lo indicado en el Decreto 917 de 1999 y los argumentos establecidos por la H. Corte Constitucional en las sentencias T 561 de 2010, T 855 de 2011, T 845 de 2014, T 440 de 2015 y T 194 de 2016, solicita que por tratarse de una enfermedad de origen común y de carácter degenerativo sea cambiada y reconocida como fecha de estructuración de su estado de invalidez, el momento en el cual de forma definitiva, el demandante deja de laborar por razón del deterioro de su estado de salud, siendo esta el 31 de diciembre de 2016, fecha en la cual se realizó el último pago y aporte al Sistema de Seguridad Social, tal como lo refleja el historial de cotización del actor.
- 2) En virtud de lo anterior, ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del actor, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 1 de la Ley 860 de 2003 y las sentencias anteriormente relacionadas.
- 3) Condenar a la demandada al pago de la indexación estableciendo la actualización del valor que resulte por mesadas pensionales atrasadas, aplicando para tal fin, la variación del IC certificado por el DANE.
- 4) Ordenar el pago del reconocimiento y pago de los intereses que se causen, tal como lo determina el Art. 141 de la Ley 100 de 1993.

PROBLEMA JURÍDICO

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. Sí el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en lo establecido en la Ley 860 de 2003, tomando como fecha de estructuración el 31 de diciembre de 2016 y el 73% de una pérdida de capacidad laboral.

De esta manera, se encuentra establecido que mediante dictamen de pérdida de capacidad laboral del 6 de diciembre de 2011, se le dictaminó una pérdida de capacidad laboral al actor del 73% con fecha de estructuración del 2 de marzo de 2011 de origen común).

ANÁLISIS DE LA SALA

Conforme con los antecedentes reseñados, el proceso estuvo orientado a obtener la modificación de la fecha de estructuración señalado en el dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por Seguro Social - pensiones No. SNML 8923 mediante el cual se determinó al actor una pérdida de capacidad laboral del 73% con fecha de estructuración del 02 de marzo de 2011(fl. 108 y 109).

Ahora bien, las entidades que forman parte del Sistema Integral de Seguridad Social, subrogaron al empleador en sus obligaciones prestacionales con los trabajadores. Por manera que, en virtud de lo establecido en los artículos 41 a 43 de la Ley 100 de 1993, la competencia para establecer y declarar el estado de invalidez de una persona fue adjudicada en primera instancia a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez y en segunda instancia a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, razón suficiente para armonizar lo previsto en esta normatividad con lo regulado en el artículo 51 del C.P.T y S.S.

Y es que la ley asignó una competencia específica en relación con las controversias relacionadas con la pérdida de la capacidad laboral, en materia de apreciación de la prueba, pues por virtud de esa delegación legal, en un proceso judicial será el dictamen de las juntas establecidas para el efecto, el medio de convicción idóneo para establecer tanto el estado de incapacidad, así como el origen de la invalidez, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 61 del C.P.T. y S.S.

Así lo explicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 22 de junio de 2006, cuando indicó:

“En ese sentido, la jurisprudencia mayoritaria ha definido que las aludidas Juntas de

Calificación son las llamadas a determinar la pérdida de la capacidad laboral de los afiliados a la seguridad social, según lo dispone el artículo 41 de la susodicha ley, lo que no significa que los jueces, atendiendo los parámetros del artículo 61 del CPL y SS, lo “puedan deducir de otras pruebas aportadas al proceso y que en un momento dado les ofrezcan una mejor o mayor convicción, por corresponder a la verdad que emerge del proceso”.

Posición que fue reiterada recientemente cuando indicó *“En consecuencia, al no estar en presencia de un medio probatorio solemne, en el sub lite al Juzgador de alzada le era permitido, conforme a la potestad de apreciar libremente la prueba, acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad o lo persuada mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso, en atención a lo previsto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y sobretodo en casos tan especiales como lo es la protección de un derecho fundamental como ocurre en el asunto de marras”.*

Acorde con la jurisprudencia en cita, si bien las entidades encargadas de dictaminar la pérdida de capacidad laboral son las Juntas de Calificación de Invalidez, si el juzgador encuentra dentro del plenario, analizando en cada caso, elementos de convicción que le permitan determinar que la pérdida de capacidad laboral es superior a la establecida en el respectivo dictamen, podrá tener en cuenta los mismos a efectos de establecer la invalidez de una persona.

Frente al tema, es pertinente traer a colación la sentencia SL18824 con radicación 54609 del 8 de noviembre de 2017, en la que la H. Corte Suprema de Justicia adoctrinó:

Por otro lado, es cierto que la fecha de estructuración de la invalidez señalada por las juntas de calificación, puede ser desatendida por el Juez al momento de estudiar la situación particular de un afiliado al sistema de seguridad social, siempre que, como ocurrió en la sentencia citada por la censura, CSJ SL, 26 nov. 1998, rad. 11141, la afección imposibilite al asegurado hacer uso de su fuerza laboral desde una fecha anterior a la estructuración. En tal evento, ha expuesto esta Corporación, se toma una data diferente, que en esa providencia fue la del accidente sufrido.

Empero, la regla general es que la fecha de estructuración se conoce al finalizar el proceso de calificación y se determina la pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva de la persona, la cual puede coincidir o no con la fecha de calificación, o con el evento que desencadena la pérdida de capacidad laboral.

Conforme a lo anterior, la norma aplicable de acuerdo con la fecha de estructuración del estado de invalidez 02 de marzo de 2011, corresponde al artículo 1° de la Ley 860 de 2003; norma que exige como requisito para acceder a la pensión de invalidez que el afiliado acredite por lo menos 50 semanas de cotización dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

En el caso bajo estudio, de acuerdo con la Historia Laboral visible a folio 136 allegada por la demandada actualizada al 04 de septiembre de 2017, no se cumpliría los requisitos, puesto que como se ha visto, para el 02 de marzo de 2011, fecha de estructuración del estado de invalidez, tres años hacia atrás el demandante cotizó tan solo 4.29 semanas, por lo que en principio no reuniría los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, bajo la normatividad aplicable.

No obstante, a pesar de que el demandante no cumple con los requisitos legales vigentes para el momento en que se estructuró la invalidez, no puede desconocer la Sala que la demandante continuó laborando y efectuando cotizaciones como se evidencia en la historia laboral hasta el 31 de diciembre de 2015, pues a pesar que la historia laboral reflejan periodos hasta el 31 de julio de 2017, lo cierto es que con posterioridad al 31 de octubre de 2015 aparece reflejado en cero “0” las cotizaciones, por lo que es necesario tener en cuenta lo dispuesto por la H. Corte Constitucional, que en múltiples casos, en sede de tutela ha estudiado la situación de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, que siguieron laborando con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, todo sustentado en la dificultad que tienen los órganos encargados de calificar la pérdida de capacidad laboral en estas patologías, pues no siempre coincide la fecha de estructuración de la invalidez, con la pérdida de capacidad laboral en forma permanente y definitiva, ya que aún enfermas pudieron laborar y como consecuencia cotizar, después de la estructuración asignada.

Frente al tema, se tiene que en caso de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, que desmejoran las condiciones de salud de manera paulatina, no es dable entender como fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral el momento en que se presenta la enfermedad o el primer síntoma, sino que deberá tenerse en cuenta lo aportes realizados al Sistema General de Pensiones durante el tiempo comprendido entre tal data y el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva, esto es en que se desvincula laboralmente y deja de realizar aportes al sistema. En tal sentido pueden consultarse las sentencias, T 962 de 2011 y T 022 de 2013.

Este criterio se acompasa con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la del 19 de octubre de 2006 Radicación No 29622 y reiterado recientemente en la del 4 de noviembre de 2015, Radicación No 53986, al señalar que los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificaciones no son inamovibles, en especial en aspectos como la fecha de estructuración de la invalidez y más como en el presente caso en que el afiliado continuó laborando con posterioridad a ésta, siendo posible que el juez haciendo uso de todos los medios probatorios admisibles, concluya una fecha de estructuración de la invalidez distinta, la cual en todo caso debe ser contemporánea con la fecha en que el afiliado no pudo seguir laborando.

Vale la pena iterar, que al accionante le fue diagnosticada la enfermedad de NEURISÍFILIS CUADRI-PARESIA, con muerte súbita – fibrilación ventricular – marcapasos – con secuelas motoras del lenguaje, cognitivas y del comportamiento. Así mismo, parapesia espastoca – trastorno mental, con una pérdida de capacidad laboral del 73%, con fecha de estructuración del 2 de marzo de 2011, de origen común.

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia T – 255 de 2017, en la que la H. Corte constitucional adoctrinó:

Es por ello que las reglas establecidas por la Corte Constitucional sostienen que la fecha de estructuración registrada en el dictamen de calificación de la pérdida de capacidad laboral, en algunos casos, no representa el momento en que el peticionario perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva:

“como lo establece el artículo 3° del Decreto 917 de 1999, porque el actor estuvo laboralmente activo hasta el año 2009. Es la fecha de la calificación de la invalidez, como se desprende de las consideraciones expuestas, la que se debe tener en cuenta, dadas las especiales condiciones de salud del actor, y el hecho de que continuó aportando al Sistema, alcanzando a cotizar un total de 147 semanas, a pesar de los síntomas de su enfermedad.”

Más adelante adoctrinó el máximo Tribunal:

Al revisar esta línea jurisprudencial y evidenciar los problemas que se han generado respecto a la fecha de estructuración de la invalidez, en los casos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas de deterioro progresivo, encuentra la Sala que:

(i) La Corte Constitucional ha evidenciado que existe un problema en la calificación técnica de la pérdida de la capacidad laboral de las personas con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en tanto los órganos encargados de determinar la pérdida de capacidad laboral de forma permanente y definitiva establecen como momento de estructuración de la invalidez un instante que no corresponde con certeza a la realidad médica y laboral de las personas evaluadas.

(ii) La incertidumbre respecto a la fecha de estructuración de la invalidez en los eventos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, afecta los derechos de los afiliados y posibles pensionados del sistema de seguridad social, en tanto la falencia en la determinación acertada de dicha estructuración, incide directamente en el otorgamiento del derecho a la pensión de las personas, pues dicho concepto técnico es necesario para la revisión del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de invalidez (cotizaciones).

En igual sentido, en sentencia T 479 del 14 de julio de 2014, el máximo Tribunal Constitucional reiteró:

«(...)

En este orden de ideas, la Corte ha sostenido que un fondo de pensiones debe tener en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Esta postura parte de la consideración de que, aunque la fecha de estructuración se haya fijado en un momento determinado, en ciertos casos es posible que

con posterioridad a esa fecha, la persona conserve una capacidad laboral residual que, sin que se advierta ánimo de defraudar al sistema de pensiones, le haya permitido seguir trabajando y cotizando hasta que llega a un punto en que la incapacidad se vuelve total.

5.5. En suma, esta Corporación, dependiendo del caso concreto, ha admitido como fecha de estructuración de la invalidez (i) un momento posterior al definido en el dictamen médico de pérdida de capacidad laboral, y (ii) un momento anterior al definido en el mismo dictamen. Ambas situaciones tienen fundamento en la concepción constitucional de la invalidez, que, como ya se advirtió, se explica como la imposibilidad de la persona para continuar proveyendo el sustento económico que le garantice su mínimo vital, y la subsecuente afiliación a la seguridad social. Así las cosas, para establecer el momento en que se pierde efectivamente la capacidad laboral cuando se trata de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, el dictamen de pérdida de capacidad laboral debe incorporar las razones objetivas de dicha pérdida, y en ocasiones, el contenido del dictamen se debe armonizar con el momento en que el estado de invalidez se exteriorizó, de forma tal que le impidió al usuario continuar realizando una labor o actividad económica para su sustento y el de su familia.[46] (...)

En el caso bajo examen, la problemática radica en que para la fecha reportada como la de estructuración de la invalidez, no se hallan cotizadas las semanas requeridas para acceder al reconocimiento pensional, pero sí existen semanas que fueron cotizadas con posterioridad, por la circunstancia especial de la enfermedad que, aun siendo de gravedad, le permitió al afiliado seguir cotizando.

En sentencia SL 1122 de 2017 adoctrino en cuanto a las enfermedades congénitas, degenerativas o catastróficas, trayendo a colación la sentencia SU 588-2016 en la que se pronunció la H. Corte Constitucional:

Ahora bien, tratándose de enfermedades simplemente congénitas, es decir, aquellas que se presentan desde el momento mismo del nacimiento, esta Corte advierte que la razón del especial análisis que le corresponde realizar a los Administradores de Fondos de Pensiones no se basa en las características progresivas de la enfermedad, sino en la imposibilidad fáctica y jurídica que tienen estas personas de cotizar con anterioridad al

día de su nacimiento, motivo por el cual, este razonamiento encuentra su principal fundamento en la observancia de los principios de igualdad y dignidad humana, inherentes a todo ser humano. Interpretar lo contrario implicaría una contradicción, puesto que no parece lógico que el Estado propenda por la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad, pero impida que accedan a un reconocimiento prestacional propio de cualquier trabajador.

Y con respecto a las enfermedades catastróficas y degenerativas, en la misma sentencia expresó:

Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.

Así las cosas, se tiene que la enfermedad que padece el actor a pesar que no ha sido catalogada como catastrófica o degenerativa, lo cierto es que el desarrollo de la misma se realiza dentro de un lapso prolongado, generando afectaciones en la salud del actor, menguando con el tiempo su fuerza laboral, pues como quedó acreditado dentro del plenario, con posterioridad a la fecha de estructuración indicada en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, el demandante continuó laborando hasta el 31 de diciembre de 2015 para la empresa LA SERVICIOS GENERALES SAS, esto es, hasta el nivel de afectación le permitió desarrollar su labor.

Teniendo en cuenta lo anterior, deberá entenderse como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad de la accionante, no la determinada en el Dictamen efectuado por la accionada, esto el 02 de marzo de 2011, sino la data en la que perdió su capacidad laboral y cotizó por última vez al sistema de General de Seguridad Social en pensiones, precisando que a pesar de que la parte actora tanto en la demanda, como en el recurso de alzada indica que dejó de cotizar el 31 de diciembre de 2016, lo cierto es que según el Reporte de semanas cotizadas su última cotización data del 31 de diciembre de 2015, por lo que se tomará ésta fecha como fecha de estructuración.

En virtud de lo expuesto, y conforme lo establece el artículo 1° de la Ley 860 de 2003; norma que exige como requisito para acceder a la pensión de invalidez que haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración del riesgo, se tiene que revisado el reporte de historia laboral visible a folio 136, se acredita el cumplimiento de los requisitos, como quiera que entre 31 de diciembre de 2012 y el 31 de diciembre de 2015, fecha de estructuración de estado de invalidez, el demandante cotizó un total de 93.03 semanas.

En gracia de discusión, en el evento en que se tomara como fecha de estructuración el 31 de diciembre de 2016, se tiene que el actor también acreditaría las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración del riesgo.

Analizado lo anterior y habida consideración de que el accionante cumple la densidad de cotizaciones requerida por la ley, se concluye que, contrario a lo afirmado por el A quo, se configuran los requisitos para el otorgamiento de la pensión de invalidez reclamada, por tanto se REVOCARÁ la sentencia absolutoria de primera instancia, para en su lugar, reconocer la pensión de invalidez a partir del 31 de diciembre de 2016, junto con 13 mesadas pensionales al año, toda vez que adquirió el derecho a la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011, conforme lo establecido en el párrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Respecto del quantum de la prestación, se observa del resumen de semanas cotizadas que la parte actora, efectuó cotizaciones sobre el salario mínimo legal mensual vigente, para cada período. Por lo que teniendo en cuenta que en ningún caso la mesada pensional podrá ser inferior al SMLMV por así disponerlo las normas legales y constitucionales, se ordenará el reconocimiento de una mesada equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente.