

Boletín del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla



ABRIL 2015

Número 34

1. SALA CIVIL-FAMILIA

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL- Se genera por el incumplimiento de las obligaciones pactadas con la entidad financiera/**REPORTE NEGATIVO A CENTRALES DE RIESGO-**Sólo procederá previa comunicación al titular de la información, con el fin de que este pueda demostrar o efectuar el pago de la obligación, así como controvertir aspectos tales como el monto de la obligación o cuota y la fecha de exigibilidad/**ACCESO O NEGATIVA A CRÉDITOS BANCARIOS-** Responden a una valoración integral de diferentes elementos de juicio/Reportes negativos no son los únicos factores para otorgar o no un crédito/**PERJUICIOS MATERIALES-**Prueba/Debe allegarse cifras indicadoras que señalen que las finanzas del actor venían creciendo o con un comportamiento normalizado y que después de negado dicho crédito fuese evidente la falencia financiera.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia la presunta responsabilidad civil, sin precisar en el líbello el actor, si es contractual o extracontractual, que le asiste al Banco Davivienda S.A., con motivo de haber reportado en las centrales de riesgo al demandante, por obligaciones crediticias contraídas con esa entidad.

Extractos: “Procede la Sala analizar el caso que se pone en conocimiento, respecto del cual se estudiará el tipo de responsabilidad que se suscita en el presente caso y si se cumplen los presupuestos de la misma.

En consecuencia, nota la Sala que la parte demandante a Folio 1° del cuaderno de la demanda, instauró demanda ordinaria de “Responsabilidad civil contractual y/o extracontractual”, es decir, que expuso la parte activa a juicio del operador judicial, el enfoque de la demanda, pues no definió el tipo de responsabilidad con la que quiso direccionar su litigio; ahora bien, el fallador de primera instancia analizó el caso ubicándolo en la responsabilidad extracontractual, sin percatarse que se encontraba frente a un vínculo contractual bancario, del cual nace el supuesto hecho dañoso que atribuye el señor Luis Vicente al Banco Davivienda S.A. por las relaciones de crédito que sostenía con esta entidad.

Frente a esto, cabe resaltar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se ha referido a la interpretación de la demanda, en una eventual confusión sobre el tipo de acción que se pretende, así:

*“Al momento de dictar sentencia, observe que la demanda presenta defectos de orden formal, debe hacer acopio de toda la capacidad interpretativa que le reconoce la ley para elucidar las pretensiones o los hechos que las sustentan, de modo que de ese laborío pueda brotar **la verdadera intención** del libelista”* (CSJ SC. de 11 de nov. de 2004, rad. 0115). *“La interpretación, empero, debe hacerse en forma sistemática, razonada y lógica, respetándose en todo caso el principio dispositivo con el fin de no caer en la incongruencia por la suposición de hechos o pretensiones”* (CSJ SC. de 30 de jul. de 1996, rad. 4514, y en el mismo sentido, SC. de 16 de feb. de 1995, rad. 4460; 31 de oct. de 2001, rad. 5906).

Expone la misma Corporación que el juez sin dejar de resolver de fondo el litigio que conoce, cuando la demanda se presente *“vaga, confusa, intrincada o, en general, que se haga difícil conocer el planteamiento del demandante debe emplear los poderes que, como el consagrado en el numeral 4º del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil le confiere la ley, para evitar providencias inhibitorias”* (CSJ SC. del 11 de nov. de 2004, rad. 0115) (CSJ, Cas. Civil, Sent. SC-12112, sep. 8/2014. M.P. Jesús Vall De Rutén Ruiz).

En este asunto, el Juez de primera instancia interpretó de manera desacertada el tipo de responsabilidad civil solicitada, pues de los hechos expuestos en la demanda y la contestación de la misma, se puede distinguir la responsabilidad contractual nacida del contrato bancario originado entre el señor Luis Carrillo Arocha y el Banco Davivienda S.A.

Trátase, entonces, de un asunto ubicado en el campo de la responsabilidad civil contractual, edificada en el postulado de responsabilidad a cargo del banco, por reportar ante las centrales de información financiera, obligaciones que pactó el demandante con la entidad, y que le causó perjuicios.

En este sentido, identificado el tipo de responsabilidad que gobierna al caso, la Sala se detiene sobre la naturaleza de la relación jurídica que vinculó al demandante con el banco demandado, cuya existencia, como ya se expresó, se deduce de la relación bancaria que surge al demandante suscribir con el banco mediante las obligaciones crediticias No. 234360 y 234376, las cuales fueron reportadas ante las entidades de riesgo, y certificadas en fecha 23 de septiembre de 2010, por la CIFIN como figura a folio 38 del cuaderno principal. Sin embargo, es menester mencionar que dado que no figura en el expediente el contrato, no se puede analizar si se pactaron cláusulas relativas al reporte ante las centrales de información financiera, dada la hipótesis que el demandante haya demostrado el pago oportuno y que la entidad arbitrariamente hubiese realizado dicho reporte.

De manera que con prescindencia de esas cláusulas, por las razones anotadas, se procederá a establecer si el Banco debe responder por los hechos que originaron este debate, teniendo en cuenta el posible perjuicio causado, la culpa y el nexo de causalidad entre estos dos.

Se sabe entonces, que el perjuicio que se cause a una persona origina responsabilidad entre la víctima y el autor del hecho dañoso; los elementos esenciales de esta relación son invariablemente el daño, la culpa y la relación de causalidad entre ésta y aquel.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina citan como fuentes de la responsabilidad civil cuatro clases de actos generadores, a saber: a) el ilegal, que viola un mandato o una prohibición del derecho; b) el abusivo, que no es ilícito en sí sino por la circunstancia del fin para el cual se ejecutó, o sea que corresponde al ejercicio de un derecho en sentido contrario a su finalidad ontológica; c) El negativo, o por omisión, que resulta de la inejecución de obligaciones positivas impuestas a determinadas personas, o bien en la omisión de un acto o en la falta de una intervención o de una iniciativa, cuando se les considera como deberes jurídicos positivos; d) El de riesgo o excesivo, desarrollo de la teoría de la culpa objetiva, en donde el deber de reparar el daño deriva de la idea de que quien ejecuta una actividad generadora de riesgo tiene que responder de las consecuencias de su realización, por la abstracción hecha de la consideración de culpa. (TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C. Ref. ordinario. T. S. B. S. Civil Exp. 110013103008200500049 01. M. P. Luz Magdalena Mojica Rodríguez. Pág. 11).

En el sub judice se está de cara a la segunda clase de actos, esto es, al abusivo, por lo que corresponde establecer si la entidad bancaria demandada en punto de sus obligaciones con el demandante incurrió en culpa u omisión de alguna de ellas; por ello frente a esta especie de responsabilidad el interesado está en el imperativo de demostrar los siguientes supuestos: a) la preexistencia de un vínculo convencional; b) el incumplimiento o inejecución del contrato; c) una conducta culposa en el obligado, dentro de los varios grados de culpa legalmente establecidos, y d) una relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio causado, de donde procede la Sala a analizar si cada uno de esos presupuestos se hallan presentes en este evento.

Demostrado está el vínculo contractual surgido de las obligaciones crediticias contraídas entre las partes, de cuyo reporte a las centrales de información nacieron los perjuicios que reclama como acontecidos, obligaciones de las que el Banco Davivienda S.A. reconoce su existencia; empero la ausencia del contrato bancario, deja sin fundamentación el incumplimiento o inejecución que pudo haber efectuado la entidad financiera, frente al manejo de la información que es reportada a las centrales de riesgo.

No obstante, atendiendo que la Ley Estatutaria 1266 de 2008, regula el uso de la información financiera por parte de entidades bancarias, en este sentido, se afirma que el reporte de información negativa sobre incumplimiento de obligaciones, sólo procederá previa comunicación al titular de la información, con el fin de que este pueda demostrar o efectuar el pago de la obligación, así como controvertir aspectos tales como el monto de la obligación o cuota y la fecha de exigibilidad; es menester mencionar que la Corte constitucional y las normas internas del Estado, han reconocido la importancia del uso de la información, pero en todo caso también se han fijado reglas para que las entidades financieras hagan rito de este medio.

A este respecto, la Honorable jurisprudencia constitucional en Sentencia T-592 de 2003 mencionó que:

“La objetiva desigualdad que existe entre quien demanda un servicio financiero y quien está en capacidad de prestarlo, impone al Estado el deber de exigir de las instituciones de crédito, en todos los casos, pero en especial cuando pretenden fundar la prestación del servicio en las informaciones divulgadas por las centrales de riesgo i) permitirle al interesado exponer las circunstancias que dieron lugar a los registros, ii) considerar la información adicional suministrada

por el proponente, y ii) exponer minuciosamente su decisión de no asignar el producto, de abstenerse de prestar el servicio ofrecido, o de prestarlo en condiciones determinadas, a fin de satisfacer las expectativas que el carácter público de la actividad bancaria genera en los usuarios, y las creadas por ella misma, con la presentación individual de sus productos y servicios.”

En efecto, el reporte financiero del que hacen uso las entidades de crédito, facilita la toma de decisiones en el tráfico económico y busca proteger la desigualdad entre quien requiere un servicio financiero y quien puede prestarlo, no obstante, esta práctica en ningún caso tendrá la finalidad de limitar las operaciones de crédito futuras, pues dichas instituciones deben apreciar la información adicional proporcionada por los interesados.

En este entendido, se debe recordar que el Banco Davivienda S.A. le comunicó al Señor Luis Vicente Carrillo el reporte de sus obligaciones crediticias, manifestándole en fecha 25 de agosto de 2010, que su calificación en las centrales de riesgo estaban en tipo A, tal como fue afirmado en los hechos y confesado por la entidad a folio 49 del cuaderno primero, pero dado que el demandante alega haber cumplido con sus obligaciones de manera puntual y solo unos pocas veces canceló en los últimos días de la fecha límite de pago, y que dicho reporte le causó perjuicios, debe entonces demostrar dichos perjuicios, como también la relación de causalidad entre la culpa del banco y los perjuicios que afirma le fueron causados.

En contexto al recurso de apelación propuesto, se entrará a analizar las pruebas figuradas en el acervo probatorio, verificando que se encuentre probado el mencionado perjuicio.

Se evidencia a folios 68 – 75 del cuaderno de la demanda, que la gerencia norte del CIFIN dando respuesta a una solicitud del señor Carrillo, informó sobre varios reportes hechos por el Banco Davivienda S.A., además en la misma se indica que a la fecha del 31 de diciembre de 2010, el demandante se encontraba reportado por tres entidades bancarias como son: BANCO BBVA COLOMBIA, BANCO DE OCCIDENTE y BANCO DAVIVIENDA S.A.

Ahora bien, según respuesta allegada al proceso por parte del BBVA, a folio 121, manifiesta:

“(…) 2. El BBVA Colombia ha dado estricto cumplimiento a las Circulares Externas de la Superintendencia Financiera de Colombia Nos. 004 del 14 de enero de 2002 y 035 del 4 de agosto de 2008. 3. El BBVA Colombia al analizar las solicitudes de crédito de los potenciales clientes realiza una valoración amplia e integral de los diferentes factores o elementos que puedan incidir en la valoración del riesgo y en consecuencia, no se adoptan decisiones soportadas exclusivamente en uno de los varios componentes, menos aún, en la información relativa al reporte suministrado por los operadores de información crediticia.”

En virtud de lo señalado, el BBVA negó el crédito al señor Carrillo siguiendo lo expuesto en la Circular 004 de 2002 de la Superintendencia Financiera, en este orden de ideas, tuvo en cuenta el Banco para concluir la negativa del crédito, una valoración integral de los diferentes elementos de juicio, por consiguiente, tales reportes no son los únicos factores para otorgar o no un crédito. Sin embargo, de la información arrojada por el CIFIN se demuestra que el comportamiento crediticio del señor Carrillo era inconstante.

Por otra parte, se evidencian dos declaraciones rendidas por los señores Jorge Gómez Medina y José Díaz Meza, en las cuales se afirma que el señor Carrillo ejercía actividades comerciales (estación de gasolina) en la ciudad de Valledupar, pero en cuanto al descenso comercial por la negativa del crédito que le hicieron el BBVA, en razón del reporte realizado por el Banco

Davivienda, dichas declaraciones no resultan concluyentes, puesto que fueron testigos de oídas, pero no les consta de forma directa tal situación, por ello les resta fuerza demostrativa que indique que la decadencia económica del demandante se debió exclusivamente a la negativa del crédito.

Puestas así las cosas, se tiene que existe total orfandad probatoria en punto a las aseveraciones del demandante, no se logra probar el hecho que el reporte ante las centrales de riesgo por parte de la demandada fue injusto lo que descarta el elemento de la culpa, como tampoco se demuestra un nexo de causalidad entre la responsabilidad que se le endilga a la demandada y las razones acusadas, y mucho menos se prueba el daño; toda vez que si bien en la base de datos se dan claras muestras que el señor Carrillo venía ejerciendo actividad comercial y crediticia, no existen pruebas de contabilidad con balances respectivos de los que se pueda inferir que el daño producido fue por tal negativa, pues no basta el mero dicho de los testigos sino cifras indicadoras que señalen que las finanzas del actor venían creciendo o con un comportamiento normalizado y que después de negado dicho crédito fuese evidente la falencia financiera.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencias de 30 de julio de 1996, rad. 4514, 16 de febrero de 1995, rad. 4460; 31 de octubre de 2001, rad. 5906, Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, Sala Civil Exp. 110013103008200500049 01. M. P. Luz Magdalena Mojica Rodríguez, Ley Estatutaria 1266 de 2008, Circular 004 de 2002 de la Superintendencia Financiera, Corte Constitucional: Sentencia T-592 de 2003 y Red Iberoamericana del Instituto Federal de Acceso a la información y protección de datos: Libro Blanco Edición 2006-2012 - Página 118.

DEMANDANTE: Luis Vicente Carrillo Arocha

DEMANDADO: Banco Davivienda S.A.

FECHA: Marzo 20 de 2015

RADICACIÓN: 08-001-31-03-009-2011-00152-01/**38.330**

DECISIÓN: Modifica sentencia apelada. Revoca numeral 1º de la decisión.

OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y DE RESULTADOS-En el caso de apoderados judiciales debe mirarse lo pactado en el contrato de prestación de servicios/Si el abogado asegura la obtención de un resultado o labor se genera responsabilidad contractual/**INCIDENTE DE REGULACIÓN DE HONORARIOS-** Improcedencia/Pago de honorarios profesionales quedó supeditado al cumplimiento de obligaciones condicionales suspensivas, esto es, la obtención de sentencia ejecutoriada favorable y a la cancelación a su mandante de una indemnización a cargo del demandado

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS

Causa Fáctica: En el presente caso, se estudia el incidente de regulación de honorarios promovido por una apoderada judicial, quien dentro del contrato de prestación de servicios con su mandante se obligó a obtener un resultado específico al interior de una actuación judicial.

Extractos: “En el incidente de regulación de honorarios previsto en el artículo 69 del C.P.C que ocupa la atención de la Sala Unitaria se ordena por el legislador para los fines propios

del incidente tener en cuenta el valor de los honorarios pactados puesto que el monto de la regulación no podrá exceder la cuantía de los estipendios estipulados por las partes. Lo afirmado ha sido aplicado por el Tribunal Constitucional Colombiano, en la sentencia de tutela T-1214/2003, que en lo pertinente enseña:

“La Sala comparte los planteamientos de la Sala de Casación Civil, en el sentido de que para la regulación de sus honorarios profesionales el ex apoderado a quien se le ha revocado el poder cuenta con una doble opción. De un lado, al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 69 del CPC, dentro de los 30 días siguientes al de notificación del auto que admite dicha revocación puede pedirle al juez de la causa que regule sus honorarios profesionales mediante incidente que se tramitará con independencia del proceso, sin que en este evento el monto de los honorarios fijados “pueda exceder del valor de los honorarios pactados”. En esta hipótesis el ex apoderado puede solicitarle al juez la regulación de sus honorarios sea que no tenga contrato profesional o que los honorarios pactados contemplen el desempeño total de la gestión. La prueba fundamental será la de peritos abogados, pero si hay contrato éste debe tenerse en cuenta pues tal como lo ordena la norma en comento no pueden fijarse en cuantía superior a la pactada. Y si las partes no piden pruebas el juez debe hacer la regulación sin exceder el máximo pactado. Y de otro lado, el ex apoderado tiene la posibilidad de acudir ante la justicia laboral, ya que en virtud de lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 2° de la Ley 712 de 2001 ella conoce de “los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera sea la relación que los motive”. De modo, que el apoderado de la accionante bien podía acudir, como en efecto lo hizo, al trámite incidental previsto en el artículo 69 del CPC, con el fin de obtener la regulación de sus honorarios profesionales, descartando la vía de la justicia ordinaria laboral. Y al escoger la vía incidental, el juez de la causa asumió legalmente la competencia para decidir el incidente, como la asumió también el superior al interponerse por el incidentante el recurso de apelación.”¹

Con este panorama, se tiene que en el contrato de prestación de servicio profesionales presentado por la incidentalista adiado el 29 de Febrero de 2008, en el que funge como mandante el Instituto Técnico Industrial del Atlántico “ITIDA”, y mandataria, la abogada Edilsa Matilde Cortina Arrieta, en punto del valor de honorarios se estipuló: “...**SEGUNDA: EL MANDANTE** cancelará, como contraprestación, por concepto de honorarios, pactados a cuota litis en el equivalente al 30% de los dineros que en virtud de conciliación judicial o sentencia de responsabilidad estatal debidamente ejecutoriada, le sean cancelados a él (sic) **MANDANTE** por concepto del pago de la afectación, indemnización de perjuicios materiales, daños a favor del **INSTITUTO TÉCNICO INDUSTRIAL “ITIDA”**, causados por la **CORPORACIÓN ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA (CORELCA)**, por cuanto están supeditados al resultado positivo de la gestión de la **MANDATARIA**. En el evento de obtenerse sentencia desfavorable para **EL MANDANTE**, **LA MANDATARIA**, interpondrán (sic) los recursos pertinentes y si al resolverse dichos recursos, por el superior, el fallo es adverso, no tendrá **LA MANDATARIA**, derecho a honorarios profesionales, vale decir no podrán (sic) cobrarle **AL MANDANTE** dinero alguno por este concepto, ni por los gastos que haya tenido en el proceso. De igual manera **LA MANDATARIA**, garantiza que en el evento de perder el proceso, **EL MANDANTE** no será condenado en costas y en el evento de que así suceda, ella asume la responsabilidad en el pago de las mismas...” (Contrato de prestación de servicios profesionales, Folios 3 y 4, Cuaderno de copias número 7).

Si bien es cierto que, como se sabe, la obligación que adquiere el abogado en su gestión profesional, usualmente, es de medios o de mera actividad, también es cierto que, el profesional del derecho puede adquirir u obligarse a obtener un resultado concreto y tangible en su labor profesional, caso en el cual, se pregona su responsabilidad contractual ante la

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-1214 de 11 de Diciembre de 2003, MP: Clara Inés Vargas Hernández, Radicado: Expediente T-711224.

no consecución del resultado prometido que le era exigible en virtud de su compromiso negocial.

En otros términos, como lo enseña la doctrina especializada: *“Cuando la obligación es de actividad, el deudor está obligado a desarrollar en favor del acreedor una determinada conducta, encaminada a alcanzar el resultado esperado por el acreedor, que satisface su interés primario (v.gr., la curación, la victoria en el juicio, etcétera). Sin embargo, debido al carácter aleatorio o incierto de dicho resultado, el deudor no garantiza su obtención, y cumple si actuó con la diligencia debida para alcanzarlo. Si la obligación es de resultado, el deudor garantiza la obtención del resultado que constituye el interés primario del acreedor.”*²

En el caso sub iudice, es coruscante, que la mandataria, hoy incidentalista, asumió una obligación de resultado frente a su mandante, pues, entre otras cosas, se comprometió a ganar el pleito encomendado, a evitar la condena en costas para su poderdante e incluso a pagar las costas procesales en el evento de perder el proceso para el cual se le otorgaba poder, y es por esa obligación típica de resultado que, el pago de honorarios a cargo del mandante quedó claramente condicionado a la ocurrencia de dos hechos: a) Obtener sentencia ejecutoriada favorable para el Instituto Técnico Industrial del Atlántico “ITIDA”, b) La cancelación, al mandante, por Corelca S.A, de los dineros derivados de la indemnización por la afectación que soportaría el poderdante, Instituto Técnico Industrial del Atlántico.

Recuérdese que la obligación condicional es la que depende de un acontecimiento futuro que puede suceder o no (artículo 1530 C.C), que la condición suspensiva –como la pactada en el contrato de prestación de servicios profesionales- mientras no se cumpla, suspende la adquisición del derecho (artículo 1536 C.C), y que, las condiciones deben cumplirse literalmente en la forma convenida (artículo 1541 C.C), razones por las cuales es obvio que en el caso presente el derecho de la mandataria al reclamo y pago de sus honorarios cobra vida con el cumplimiento de las dos condiciones suspensivas estipuladas en el contrato, es decir, la sentencia favorable para su mandante y la cancelación por Corelca S.A en favor del mandante de los dineros relacionados con la indemnización por la imposición de la servidumbre que fuera objeto del pleito abreviado en el cual se contrató a la abogada incidentalista; y por tanto, como se explicará de inmediato, aquí, no está probada o demostrada –al menos con las pruebas referidas en las copias del proceso remitidas para éste recurso- la ocurrencia o cumplimiento de la obligación condicional, asociada, se repite, a la cancelación por Corelca S.A de los dineros derivados de la multicitada indemnización por la servidumbre.

En este orden de ideas, el proceso revela –en los cuadernos de copias disponibles para ésta alzada-, que la abogada Cortina Arrieta fue reconocida como apoderada del demandado, Instituto Técnico Industrial del Atlántico, por auto de Febrero 19 de 2009, proferido por el juzgado noveno civil del circuito, en el proceso abreviado de servidumbre impulsado por Corelca S.A contra el citado establecimiento educativo y personas indeterminadas (Folio 197, Cuaderno de copias número 1), que la abogada reconocida designó en la misma causa como apoderado sustituto al abogado Duguid Char Negrete, quien fuera reconocido como tal, mediante auto de 26 de abril de 2010, (Folio 219, Cuaderno de copias número 1), que posteriormente la señalada apoderada del Instituto demandado, mediante memorial de 7 de marzo de 2012 (Folios 298 y 299, cuaderno de copias número 1) reclama al juzgado de conocimiento por las intervenciones o actuaciones del abogado sustituto Char Negrete; también se observa en el proceso que, el poder otorgado a la abogada incidentalista fue

² Las obligaciones de actividad y de resultado, Antonio Cabanillas Sánchez, 1993, Página 9.

revocado expresamente por la rectora del instituto mediante escrito de 23 de enero de 2013 (Folios 413 a 420, Cuaderno de copias 1 A), y aceptada tal revocatoria por el juzgado de conocimiento mediante auto de febrero 22 de 2013 (Folio 458, cuaderno de copias 1 A), circunstancia fáctica que permite concluir con certeza a la Sala que, para la época de admitirse la revocatoria del mandato judicial a la incidentalista –febrero 22 de 2013-, aún no se había recibido por el Instituto Técnico Industrial del Atlántico, los dineros derivados de la sentencia judicial pronunciada en el proceso abreviado de imposición de servidumbre, y, por lo mismo, no se había cumplido la condición suspensiva acordada en el contrato de prestación de servicios profesionales de 29 de febrero de 2008, pues, recuérdese que los honorarios estipulados entre las partes son exigibles, según el acuerdo, cuando se obtuviera sentencia ejecutoriada favorable y además, cuando al mandante le fueran cancelados los dineros derivados de la referida sentencia.

En otros términos: Con apego a lo pactado entre mandante –Instituto Técnico Industrial del Atlántico “ITIDA”-, y, la mandataria –Edilsa Matilde Cortina Arrieta-, hoy incidentalista recurrente, en el contrato de prestación de servicios profesionales, sobre el pago de los honorarios a cargo del citado Instituto Técnico, resulta verdad inconcusa que tal obligación de pago fue sometida por las partes contratantes a dos condiciones suspensivas, una, obtener la mandataria sentencia ejecutoriada favorable para el mandante, y otra, que al mandante le fueran **cancelados**, por Corelca S.A, los dineros que por la sentencia que se obtuviera en el proceso de imposición de servidumbre tuviera que pagar la señalada demandante como indemnización por la imposición de la servidumbre pública de conducción de energía eléctrica; de tal suerte que, a pesar de haberse cumplido la primera condición en diciembre 13 de 2011 –fecha de la sentencia de segunda instancia- en atención a la sentencia favorable para el mandante (Folios 11 a 18, cuaderno de copias número 4), es igualmente cierto que, no se ha cumplido la segunda condición, consistente, se repite, en la cancelación por Corelca S.A del valor de los dineros derivados de la indemnización por la imposición de la servidumbre pública de conducción de energía eléctrica, razón suficiente para concluir sin dubitación alguna que en el caso presente no hay lugar al señalamiento de honorarios reclamados por la incidentalista.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 69 del C.P.C., Corte Constitucional: Sentencia T-1214/2003, artículo 1530, 1536 y 1541 Código Civil.

DEMANDANTE: Corelca S.A. E.S.P.

DEMANDADO: Instituto Técnico Industrial del Atlántico-ITIDA

FECHA: Marzo 20 de 2015

RADICACIÓN: 08-001-31-03-009-1995-11596-02/**38.558**

DECISIÓN: Revoca auto apelado.

CONFLICTOS ENTRE CÓNYUGES- No puede entenderse que los problemas entre los padres constituyan causa para terminar o suspender la patria potestad que ejercen conjuntamente/
MALTRATOS FÍSICOS Y SICOLÓGICOS AL MENOR- No se arrimó al plenario prueba alguna demostrativa de que el menor hubiere sido atendido médicamente o ante algún centro de salud con ocasión de haber recibido maltratos físicos o psicológicos de su padre/
PRIVACIÓN PATRIA POTESTAD- Se requiere de un abandono absoluto por parte del padre a quien se le pretende privar de este derecho

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. VIVIAN SALTARÍN JIMÉNEZ

CAUSA FÁCTICA: En el presente caso, la parte actora pretende se prive o suspenda del ejercicio de la patria potestad a su expareja sentimental, por cuanto estima que éste no se encuentra en condiciones personales que ejercer este derecho sobre el menor hijo en común.

EXTRACTOS: “Corresponde establecer en este caso, si de las pruebas obrantes en el proceso, surge evidencia de que el demandado ha incurrido en todas o alguna de las causales de privación o suspensión de la patria potestad, aducidas por la parte actora, que permita considerar que en interés superior del menor XXXX, deba accederse a las pretensiones principal o subsidiaria.

Precisa indicar que se encuentran colmados en este caso los presupuestos procesales para proferir sentencia de mérito; como también acreditado el vínculo parental del demandado con su menor hijo XXXXX, como se advierte en el registro civil de nacimiento de este último, visto a folio 7 del cuaderno No.1 y por ende, el ejercicio conjunto de la patria potestad que demandante y demandado ejercen sobre su hijo.

Así mismo, de las querellas policivas de solicitud de medidas de protección por violencia intrafamiliar, de visitas al psiquiatra Dr. Patricio García, y de denuncias penales contra el demandado (fls.15-16/38-39/158-160/229-284 cuaderno 1), del proceso de divorcio (cuaderno 3), de las declaraciones de parte de los sujetos procesales y de todos los testigos citados al proceso, queda demostrado el poco entendimiento de demandante y demandado en sus relaciones matrimoniales y de los continuos y graves conflictos que han afrontado como pareja; circunstancias que aunque afecten al menor por las continuas desavenencias que ha presenciado y sufrido entre quienes lo procrearon y en su tierna infancia percibió como los seres que le prodigaban amor, protección, cuidados, etc., no por ello puede sostenerse que tales problemas entre los padres, constituyan causa para terminar o suspender la patria potestad que ejercen conjuntamente.

Pues bien, con relación a las causales de terminación de la patria potestad al demandado ERIC PACHECO BARONA, la demandante invocó las contenidas en los numerales 1°, 2°, 3° y 4° del artículo 315 del Código Civil, modificado por el art. 45, Decreto 2820 de 1974, y por la sentencia C-1003 de 2007 y adicionado por el art. 10 del Decreto 772 de 1975.

En torno a la causal primera, consistente en el maltrato físico y psicológico al menor, aducido por la demandante, se observa que las pruebas allegadas al plenario no dan cuenta de que el demandado haya desplegado un comportamiento de esta naturaleza hacia su menor hijo, pues aunque la señora LUZ ESTELA GÓMEZ LIMA en su demanda y las testigos por ésta citados, señoras YORLEDIS PEDRAZA, ELIZABETH LIMA CUBILLOS y MARTHA GÓMEZ LIMA relatan que el señor ERIC PACHECO jugaba a la pelota y en la piscina en forma violenta con dicho menor, y le negaba el suministro de golosinas y alimentos que éste le solicitaba cuando salían juntos, degustándolos él ante el niño, colocando en peligro su integridad física y emocional, lo cierto es que se trata de hechos que solo narran al interior de este proceso, pero que no fueron puestos de presente ante las autoridades policivas cuando la actora solicitó en dos ocasiones solicitud de medida de protección por violencia intrafamiliar hacia ella, y tampoco se arrió al plenario prueba alguna demostrativa de que el menor hubiere sido atendido médicamente o ante algún centro de salud con ocasión de haber recibido maltratos físicos o psicológicos de su padre; además de que ello queda desvirtuado con el dictamen pericial psicológico y Psiquiátrico efectuado al menor por el Instituto Nacional De Medicina Legal y Ciencias Forenses (fls 1187. 1192 cdno 6), donde el forense concluye que

“El examinado al momento de la evaluación y con los datos y material suministrado por la Corte no presente ninguna alteración o patología en la línea psiquiátrica.”

En relación con la causal segunda, de abandono del hijo hay que analizar dos situaciones: En lo que concierne a la obligación alimentaria, encontramos la querrela policiva presentada por la demandante en Marzo 22 de 2009 (fls.15-16 cdno 1), donde afirma que comparte con el padre del menor los gastos que éste demanda para su sostenimiento, lo que también aduce el señor ERIC PACHECO al contestar la demanda aclarando que no suministra la totalidad de la cuota a la que se comprometió por trabajar en forma independiente y haber decaído la actividad comercial que realiza. Estas afirmaciones son corroboradas por el señor RAMÓN PACHECO, y las señoras YURLEIDIS PEDRAZA y ELIZABETH LIMA, estas dos últimas considerando que quien más aportes económicos efectúa para la manutención del menor, es su progenitora LUZ ESTELA GÓMEZ, lo que denota que en este aspecto, que aun cuando el demandado no suministre la cuota alimentaria en la forma y tiempos convenidos, no ha abandonado en forma absoluta tal compromiso legal.

En lo que atañe a las obligaciones de afecto, orientación, disciplina y relacionamiento personal, encontramos de una parte, que se emitieron dos medidas de protección a favor de la progenitora del menor y de su núcleo familiar, que limitaron el contacto físico y aun la comunicación telefónica del demandado con su menor hijo, pues con amparo en las mismas, le fue negado el acceso al niño, como se evidencia de las quejas que por estos hechos presentó el señor ERICH PACHECO ante la Comisaría Nocturna de Familia (fl.266 cdno.1), las comunicaciones que recibió del colegio donde estudia su hijo para que no comparezca allí a verlo (fls.829 cdno 4), la queja del padre ante la Defensoría del Pueblo (fl.838 cdno 4), la entrega condicionada del menor a su padre (fl.841 cdno 4.) que dan cuenta del interés del padre por relacionarse con su hijo y prodigarle afecto y cuidados y de las diligencias que ha realizado para lograr tal propósito; sin embargo, dado que la Comisaría Nocturna de Familia-En turno, en Mayo 11 de 2012 dispuso, con fundamento en prueba documental presentada por la demandante, como fue el examen psiquiátrico efectuado por el doctor PATRICIO GARCÍA CARO, otorgar medida provisional de protección policiva a favor de la querellante y de los miembros integrantes de su entorno familiar, el acceso del padre a su menor hijo se ha visto imposibilitado; lo que muestra que la ausencia del padre de la vida del hijo, no puede catalogarse de abandono.

Respecto de la causal tercera, observamos que los comportamientos achacados por la demandante al demandado como depravados, no tienen tal connotación, pues lo señala de dar besos en la boca a su hijo, y así lo ratifican los testigos ELIZABETH LIMA, MARTA GÓMEZ y YARLEDYS PEDRAZA; sin embargo no existe prueba demostrativa de que lo haya realizado con intención morbosa, y del informe psiquiátrico realizado al demandado por el Instituto de Medicina Legal a solicitud de la H. Corte Constitucional, conceptúa el forense que “1. *El señor ERIC PACHECO BARONA en los actuales momentos es una persona apta para ejercer el rol de padre*”; y en concordancia con la postura de la Organización Mundial de la Salud y de la H. Corte Constitucional sobre el tema, antes citados, señala que a pesar de encontrarse en dicho señor ciertos rasgos narcisistas, “2. *La orientación sexual o la existencia de determinadas características de personalidad no es sinónimo constitutivo de una incapacidad para ejercer el rol de padre que comprometa el sano ejercicio de los derechos y deberes para con sus hijos*”, aunque “3. *Se recomienda que reciba e inicie tratamiento psicoterapéutico a través de EPS que puedan dirimir la conflictiva familiar expuesta*”; de manera que si el demandado tuviere una orientación sexual diferente a la que corresponde a su género, -cuestión que no está

demostrada en el proceso-, y que guarde culto excesivo al mantenimiento del cuerpo, ello no implica considerar que tales conductas sean perversas o depravadas, por lo que por esta causa tampoco se accederá a lo pretendido.

En cuanto a la causal de pena privativa de la libertad personal superior a un (1) año, encontramos que el expediente penal adelantado contra el demandado por las autoridades de la vecina República de Panamá son con relación a un punible contra la fe pública en la modalidad de falsedad monetaria, ocurrido en el año 2003, es decir, antes de contraer nupcias con la demandante -lo que ocurrió en Diciembre de 2006-, y antes del nacimiento del menor hijo de éstos -ocurrido en Diciembre de 2007-; además de que de las copias obrantes en el anexo respectivo -cuaderno No.2-, no se evidencia que haya sido sancionado penalmente; como tampoco se advierte que ello haya sucedido dentro de las sumarias penales que se han adelantado por denuncias presentadas por la demandante y sus familiares (fl.229 y ss. Cdno 1), con ocasión de los conflictos matrimoniales de los sujetos procesales; de manera que al no encontrarse demostradas ninguna de las causales previstas en artículo 315 del Código Civil, no podía despacharse favorablemente la pretensión de terminación de la patria potestad, como acertadamente lo decidió la jueza a-quo.

De otra parte, y en lo relacionado con la pretensión de suspensión de la patria potestad, tampoco se abre pase, pues de acuerdo con el dictamen psiquiátrico presentado por el Instituto de Medicina Legal, el demandado no padece patología mental alguna que le impida el ejercicio de la patria potestad y no se demostró a través de otro medio probatorio que padezca una enfermedad de esta naturaleza; tampoco se acreditó que se encuentre en entre dicho en la administración de sus bienes, pues demostró que ejerce habitualmente el comercio en forma aceptable y que genera ingresos que le permiten sostenerse y cumplir parcialmente las obligaciones alimentarias respecto de su menor hijo; y tampoco se ha demostrado que haya abandonado sus deberes parentales, pues como se dijo en párrafos anteriores, la ausencia del padre de la vida del hijo no ha sido voluntaria, sino forzada por las circunstancias dado el conflicto jurídico que afronta desde hace tiempo con la progenitora del menor; de manera que tampoco se estructura en este caso ninguna de las causales de que trata el art. 310 del Código Civil, lo que implica confirmar la sentencia impugnada.

Por último, respecto a lo argumentando por la recurrente, de la insuficiencia probatoria para desatar el litigio, dado que no se esperó la complementación al dictamen que debía efectuar el Instituto de Medicina Legal, cabe señalar que los derechos fundamentales del debido proceso y defensa, consagrados en el artículo 29 de la Constitución Nacional, incluyen el “*derecho a probar*” como uno de naturaleza fundamental que guarda estrecha relación con el de acceso a la administración de justicia y a obtener tutela judicial efectiva, y consiste en la facultad que asiste a los litigantes de pedir y ofrecer pruebas, que éstas sean admitidas y ordenadas en el proceso, a controvertir las que se alleguen en su contra, y a que las que han sido incorporadas legalmente al proceso sea valoradas por el juez al definir la controversia.

Correlativamente, la ley procesal civil impone a las partes una carga o deber de conducta cuyo incumplimiento acarrea efectos jurídicos adversos a su destinatario, de “*probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*” (art. 177 C.P.C.); de manera que “*Decretadas las pruebas, ya a petición de parte, ora ex officio, deben practicarse en oportunidad y término procesal. Las partes tienen el deber de cooperar*

armónicamente con absoluta lealtad, transparencia, dinamismo y eficiencia en su práctica”³; pues de otra parte, el juez tiene también la obligación de practicar las pruebas en el término inicialmente dispuesto o en el de su prórroga, que a tenor de lo señalado por el art. 184 ibídem solo podrá disponerse una sola vez, vencido el cual, “...prelucirá la oportunidad para practicar pruebas y el juez deberá so pena de incurrir en falta disciplinaria respectiva, disponer sin tardanza el trámite que le corresponde”.

En el presente proceso, el juez A quo, luego de ingresar el proceso a su Despacho para proferir sentencia, emitió el auto de fecha junio 27 de 2013 mediante el cual ordenó oficiosamente la complementación del dictamen psicológico y psiquiátrico que había emitido el Instituto de Medicina Legal (fl 1317 cdno 6); y ante la tardanza en recibir tal complementación, requirió a la mencionada entidad con oficio No. 1035 de agosto 22 de 2013; de manera que agotado el término adicional de pruebas, consideró en audiencia de Septiembre 12 de 2013 precluida la oportunidad probatoria, y adoptó la decisión de dictar sentencia, lo que no fue cuestionado por los apoderados judiciales de los litigantes presentes en la diligencia mediante la interposición del recurso de reposición; y de otra parte, no se advierte caprichosa o carente de fundamento, sino por el contrario basada en disposiciones legales vigentes y de obligatorio cumplimiento.

Ahora bien, en el trámite del recurso de apelación, esta Sala ha tratado infructuosamente de obtener tal complementación, pues no obstante haberse realizado varios requerimientos al Instituto de Medicina Legal y haberles remitido la documentación solicitada, dicha entidad no otorgó respuesta alguna, y recientemente ha informado que la diligencia, programada para efectuarse en el mes de Diciembre de 2014 no se realizó por inasistencia de las partes interesadas; por lo que al igual que en primera instancia, se impone desatar el recurso de apelación con el material probatorio de que se dispone, el cual por demás, como se ha analizado en párrafos anteriores, resulta suficiente para adoptar la decisión que corresponde.”

FUENTE NORMATIVA: Numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 315 del Código Civil, modificado por el art. 45, Decreto 2820 de 1974, Corte Constitucional: Sentencia C-1003 de 2007.

FECHA: Marzo 4 de 2015

RADICACIÓN: 08-001-31-10-008-2012-00154-01/**00130-2013F**

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada

2. SALA LABORAL

PENSIÓN CONVENCIONAL DE JUBILACIÓN- Compatibilidad de la pensión de vejez reconocida por el ISS/ **CONVENCIÓN COLECTIVA-** No implica que a través de ese acuerdo se modifiquen o eliminen los derechos allí consagrados/**DERECHOS ADQUIRIDOS Y EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS-**Fueron respetados por el Acto Legislativo 01 de 2005/Aplicación de la Sentencia de Unificación SU-555 DE 2014

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. HEIDI CRISTINA GUERRERO MEJÍA

³ Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil. Sentencia del 20 de octubre de 2011, exp. 13001-3103-007-2003-00220-01).

Causa Fáctica: En el presente caso, la demandante pretende que se le continúe cancelando en forma vitalicia la pensión de jubilación convencional que le otorgó la demandada y, en consecuencia sea condenada a pagarle las mesadas pensionales dejadas de cancelar y las que se sigan causando debidamente indexadas, costas del proceso y agencias en derecho.

Extractos: “Por medio de la misiva del 30 de octubre de 2007, la empresa demandada comunica a la accionante su decisión de reconocerle pensión convencional de jubilación “por reunir los requisitos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente y los Acuerdos del 18 de septiembre de 2003 y 05 de mayo de 2006”, por lo cual resulta inequívoco que la pensión reconocida a la demandante tiene tal carácter.

El *quid* del asunto estriba en determinar si la mencionada compatibilidad la perdió el demandante por no cumplir con lo establecido en el Acuerdo Colectivo suscrito entre la empresa demandada y Sintraelec, el 18 de septiembre de 2003, establece en su artículo 49 que una vez alcanzados los requisitos para acceder a la pensión de vejez de conformidad con la ley, “el trabajador tendrá un plazo máximo de tres meses para acreditar ante la empresa haber presentado dicha solicitud. De no hacerlo, la empresa dejará de pagar la pensión que éste viniere percibiendo”.

Si bien los sindicatos y las empresas pueden celebrar acuerdos para definir la manera como se desarrollará la convención colectiva que regula las relaciones de trabajo, también lo es que tal facultad no se extiende a que a través de ese acuerdo se modifiquen o eliminen los derechos allí consagrados. Al respecto, la Sala de Casación Laboral en sentencia del 9 de julio de 2014, radicación 54116, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, en la que se puntualizó:

“Esa contraposición de garantías, esto es la contenida en el Acuerdo Extra Convencional y la Convención Colectiva de Trabajo, permite que esta Sala recuerde que nada se opone a que las partes inmersas en una relación de carácter laboral convengan, sin que medie conflicto colectivo, las condiciones en las cuales se va a desarrollar aquella, porque una de las aspiraciones del derecho del trabajo es la prevalencia del diálogo y con ello la consecución de la paz social.

En tal sentido es posible y deseable que Sindicato y Empresa coincidan en puntos que los beneficien y suscriban un documento con el que logren dirimir las dificultades que se perciben en el desarrollo del trabajo, en tanto ello también traduce bienestar y tranquilidad. Sin embargo, es evidente que ningún acuerdo de esas características puede modificar o eliminar los derechos contenidos en la Convención Colectiva de Trabajo, pues para ello el Código Sustantivo de Trabajo contempla su denuncia, y también establece la revisión, quedando la posibilidad, eso sí, de regular situaciones que dicho convenio no hubiese previsto.

Tampoco era necesaria la vinculación del Sindicato a efectos de debatir sobre la aplicación de dicho Acuerdo de 5 de mayo de 2006 en el caso concreto, pues es la propia ley la que señala los efectos de la Convención Colectiva, y es el artículo 435 del Estatuto Sustantivo del Trabajo, el que define los límites de los negociadores y el carácter vinculante del acuerdo. De forma que ningún aspecto que hubiese sido regulado por la Convención Colectiva de Trabajo podía variarse a través de un documento, cuyo contenido tiene valor en la medida en que regule aspectos distintos a los ya definidos.

De lo dicho se colige que verdaderamente el Tribunal incurrió en los yerros que se le imputan, pues simplemente aplicó el Acuerdo de 5 de mayo de 2006, sin consideración de la existencia de una Convención Colectiva vigente que contemplaba lo relacionado con el reajuste de las pensiones.”

Pues bien, la convención colectiva de trabajo 1982-1983 aportada en copia a los autos con la constancia de depósito en el término legal⁴ establece en su artículo 20 el reconocimiento de la pensión de jubilación “*sin tener en cuenta la pensión de vejez que reconoce el I.S.S.*”. También se encuentran copias de las convenciones colectivas 1984-1985⁵, en la que si bien se encuentra plasmado un sello de depósito, no tiene firma responsable y por tanto no produce efectos jurídicos y la de 1998-1999⁶ en la que se estipula la aplicación de normas preexistentes (cláusula décima).

Así pues se observa que en el Acuerdo no se establecieron pautas para la efectiva y correcta aplicación de la convención colectiva de trabajo, sino que se modificó la de 1982-1983, pues impuso una condición para su permanencia en el tiempo que aquella no previó, consistente en la obligación de realizar los trámites para el reconocimiento de la pensión de vejez en un determinado lapso, lo que deviene en la imposibilidad jurídica de darle aplicación al Acuerdo plurimencionado y por tanto, mal se le puede exigir al demandante que cumpla con la condición allí prevista.

Ahora bien, teniendo en cuenta que para la fecha en que le fue reconocida la pensión de jubilación convencional se encontraba vigente el Acto Legislativo 01 de 2005, es necesario en primer lugar determinar si las cláusulas convencionales cuya aplicación pretende la accionante se encontraban vigentes en dicha calenda, para lo cual resulta pertinente referirnos al parágrafo 3° del mismo, que reza:

“Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2014”.

Al respecto la Sala de Casación Laboral en sentencia del 3 de abril de 2008, radicación 29.907, M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza, puntualizó:

“No encuentra la Corte que el propósito del constituyente al reformar el artículo 48 de la Carta Política fuese el de eliminar los derechos pensionales de naturaleza extralegal adquiridos antes del 31 de julio de 2010, pues en la exposición de motivos siempre se hizo referencia a los regímenes pensionales y en el texto presentado a consideración del Congreso, que se mantuvo en la norma finalmente aprobada, se habló de las reglas especiales en materia pensional. Un derecho no puede ser confundido con un régimen o con una regla. Y ese entendimiento resulta acorde con el propósito del constituyente de garantizar los derechos adquiridos, pues una cosa

⁴ 113-128-

⁵ 129-139-

⁶ 440-443

es la vigencia de un acto jurídico creador de un derecho, para este caso una *regla*, y otra, diferente, la vigencia de ese derecho una vez que ha sido adquirido por cumplir el destinatario de la norma con los requisitos establecidos en dicho acto.”

A su vez, la Corte Constitucional en la sentencia SU-555 de 2014 con ponencia del doctor Jorge Pretelt Chaljub, al respecto explicó que el parágrafo 3° del Acto Legislativo contempla tres situaciones:

- 1) La concerniente a los derechos adquiridos, que son los surgidos de las convenciones vigentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y, a las que tengan acceso las personas que cumplieran los requisitos para esa misma época.
- 2) Las relacionadas con las expectativas legítimas de aquellos trabajadores que cumplieron los requisitos durante las prórrogas automáticas de las convenciones (vigentes, es decir, cuyos términos iniciales no se vencieron a la entrada en vigencia del acto legislativo) que se realizaron entre el 29 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2010. Estas expectativas legítimas de conformidad con esta sentencia son respetadas por el parágrafo 3° del mencionado Acto Legislativo 01 de 2005.
- 3) Las situaciones que surjan después del 31 de julio de 2010 no se tendrán siquiera como una expectativa.

En el caso de autos, la pensión convencional fue reconocida antes del 31 de julio de 2010, por lo tanto, el demandante tiene derecho a seguir percibiéndola.”

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia tiene ACLARACIÓN DE VOTO de los Magistrados Vicente De Santis Caballero y Claudia María Fandiño de Muñiz, quienes expresaron:

“...para aclarar coadyuvado por la Magistrada *CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ* que de ahora adelante con base en la decisión adoptada en esta audiencia con ponencia de la magistrada *HEIDI CRISTINA GUERRERO MEJÍA* hemos de acoger la sentencia SU - 555 de 2014 por ella citada para todos los efectos legales o derivados con relación a procesos de similares características a los que ahora se ventilan.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia: Sala de Casación Laboral, Sentencias del 9 de julio de 2014, radicación 54116, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y del 3 de abril de 2008, radicación 29.907, M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza y Corte Constitucional: Sentencia SU-555 de 2014, M.P. Dr. Jorge Pretelt Chaljub.

FECHA: Marzo 18 de 2015

DEMANDANTE: Margarita Rosa Orozco Mulford

DEMANDADO: Electrificadora Del Caribe S.A. E.S.P./Electricaribe S.A. E.S.P.

RADICACIÓN: 08-001-31-05-007-2012-0215/**50.765**/12.326 – A - G

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada

CONTRATO REALIDAD-Reconocimiento de prestaciones sociales legales por cuanto no aportó convención colectiva para hacerse acreedor a las contempladas en este instrumento/**INDEMNIZACIÓN MORATORIA**-En contratos de prestación de servicios celebrados por el ISS/ **RECTIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL**-La Sala Uno de Decisión laboral acatando el precedente vertical condena al pago de indemnización moratoria cuando se reconoce la prevalencia de la realidad sobre la formalidad impuesta por el ISS a través de sucesivos contratos de prestación de servicios

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. KATIA VILLALBA ORDOSGOITIA

Causa Fáctica: En el presente caso, se advierte que la parte actora pretende se declara que no existió una relación regida por un *Contrato de Prestación de Servicios*, y por el contrario, lo que existió fue una vinculación de tipo Contractual Laboral, por ende solicita una condena al pago de prestaciones de carácter convencional.

Extractos: “En este asunto, la parte demandante acredita fehacientemente que prestó personalmente sus servicios al ente demandado, bajo la continua subordinación de la gerencia, tal como se desprende de los testimonios de los señores, ADRIANA HERNANDEZ DOMINGUEZ Y SANTIAGO CABELL DURAN, quienes en forma concordante y responsiva, y con conocimiento de los hechos dado que se desempeñan como empleados del ISS hoy en liquidación, afirman que conocen al demandante porque laboro para la entidad , bajo la continua subordinación de la gerente y con un horario y obligaciones iguales a los trabajadores de planta. Igualmente acreditó los extremos de la relación, la terminación unilateral del contrato por parte del ISS y el salario devengado, demostrándose así que lo que realmente vinculó a las partes fue un contrato de trabajo, lo que lleva a imponer las condenas de ley al no reconocerse y pagar prestaciones legales.

Ahora bien, tasada la condena por la a-quo, la parte demandante pretende que se reconozcan las prestaciones de carácter convencional, pero es del caso que no aporta la convención a la que hace alusión en su recurso, y es sabido que para reconocer derechos convencionales es requisito *sine quanon* aportar la convención con la nota de depósito.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha expresado lo siguiente:

“...No puede acreditarse en juicio la existencia de una Convención Colectiva como fuente de derechos para quien la invoca en su favor sino aduciendo su texto autentico y el del acta de su depósito menos para esto último, mediante certificación de dicha autoridad sobre el hecho de haberse depositado dentro del plazo hábil la convención.

Si tal prueba no se allega al proceso de manera completa, no puede el sentenciador dar por demostrado en juicio que hay una Convención Colectiva De Trabajo, ni menos aún, reconocer derechos derivados de ella en beneficio de cualquiera de los contendientes. Y si llega a reconocer la existencia de aquella sin que aparezca en autos la única prueba legalmente eficaz para acreditarla, comete error de derecho y, por ese medio, infringe las normas sustanciales que preceptúan cosa distinta ...” (Sala de casación laboral, sentencia mayo 20/76).

Ante tal falencia probatoria, no le es dable al juzgador reconocer derecho convencional alguno, luego bien hizo el a-quo en liquidar las prestaciones con base en la ley.

APORTES A SEGURIDAD SOCIAL

El Art. 48 de la C.N. estipula la garantía del derecho Irrenunciable a la Seguridad Social, derecho que es de rango constitucional.

En esta providencia, se declara la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el ISS., lo cual apareja el reconocimiento de los derechos inherentes a este tipo de vinculación. La obligación de afiliar a los trabajadores al SGSS está contemplada en el Art. 15 de la Ley 100 de 1993, que reza:

“...Ley 100 de 1993, Art. 15. Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta ley. Así mismo, los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegibles para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales...”

Negar el reconocimiento de los aportes correspondientes al periodo laborado, habiéndose declarado la existencia de un contrato de trabajo es vulnerar el derecho constitucional a la Seguridad Social.

Es obligatorio cotizar durante toda la vigencia del contrato de trabajo. En el presente caso se declaró la existencia de un contrato de trabajo, pero se negó el pago de aportes por considerar la a-quo que el actor ya los había cancelado sin existir en el plenario prueba alguna de ello, amén de que ello no es razón para que el ente demandado no los reconozca.

Durante este tiempo la entidad demandada incumplió con la obligación contemplada en el Art. 17 de la ley 100 de 1993 que reza:

“...Ley 100 de 1993, Art. 17. Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los Regímenes del Sistema General de Pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen...”

Como quiera que la demandada omitió su obligación de cotizar durante dicho periodo, y la única forma de validar las semanas correspondientes a dicho tiempo es a través de un cálculo actuarial, en aplicación del literal D del artículo 9º de la Ley 797 de 2003 que modificó el 33 de la ley 100 de 1993, y el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 15 del Decreto 1474 de 1995, se condenará al ISS hoy en liquidación a cancelar el valor del cálculo actuarial correspondiente al termino de duración del contrato de trabajo de acuerdo con la liquidación que al efecto realice el Fondo de Pensiones que el actor escoja, con observancia del Decreto 1887 de 1994.

GASTOS DE LEGALIZACIÓN DE CONTRATOS Y DESCUENTOS DE RETENCIÓN EN LA FUENTE.

Respecto al reembolso por descuentos de retención en la fuente, este aspecto ya ha sido decantado por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, la cual entre otras, en las sentencias de Junio de 2001, rad. 15499 y Noviembre de 2004, rad. 23097 ha dicho que la devolución de deducciones por concepto de retención en la fuente, son una cuestión de índole tributaria, no de naturaleza laboral, por lo cual ésta corporación, acogiendo el precedente vertical citado, absolverá del pago de los mismos al ente demandado.

Corolario de lo anterior se impone la modificación de la sentencia apelada en el sentido de revocar el aparte que negó la condena al pago de aportes, y en su defecto otorgar dicho derecho.

Respecto a la **INDEMNIZACIÓN MORATORIA**, el A-quo en la sentencia apelada, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el demandado, a partir del 17 de septiembre de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2012, y en virtud de ello, le impuso al demandado el pago de obligaciones laborales; el recurrente pide se reconozca la indemnización moratoria o salarios caídos.

Sobre este aspecto y en acatamiento del precedente vertical acorde a la nueva posición tomada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que viene siendo aplicado por esa Corporación, respecto de considerar que la entidad demandada (ISS en liquidación) no obró de buena fe, dada su conducta reiterativa de vinculaciones a través de la modalidad de prestación de servicios, no obstante haber sido condenada en sinnúmero de casos por los mismo hechos, y para luego argumentar la inexistencia del contrato de trabajo.

Como precedente vertical obligatorio, se expone la sentencia de fecha 07 de febrero de 2012, Rad. 39529, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón y en la cual se dijo:

“...Sobre el tema la jurisprudencia tiene definido que en principio, la existencia de los contratos de prestación de servicios por sí solos no son suficientes para tener probada la convicción de que la entidad obró bajo los postulados de la buena fe. En sentencias de 23 de febrero y 7 de diciembre de 2010, Radicados 36506 y 38822 se expuso sobre el particular:

“Bajo esta perspectiva, los contratos aportados y la certificación del ISS sobre la vigencia de los mismos, en este asunto no pueden tenerse como prueba de un actuar atendible y proceder de buena fe; ya que los mismos no acreditan más que una indebida actitud del ISS carente de buena fe, al acudir a iterativos y aparentes contratos de prestación de servicios que no están sujetos a la citada Ley 80 de 1993, con desconocimiento reiterado del predominio de actos de sometimiento y dependencia laboral que muestran todos los demás medios de prueba, lo cual no deja duda de que la entidad era conocedora de estar desarrollando con el actor un contrato de trabajo bajo la apariencia de uno de otra índole.

“De ahí que, mirando en conjunto el caudal probatorio, lo que acontece en el sub examine, es que en la práctica el ISS abusó en la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios con supuestos mantos de legalidad, con el único propósito de negar la verdadera relación de trabajo subordinado como la del analizado servidor, a efecto de burlar la justicia y los condignos derechos sociales que debieron reconocerse a tiempo a favor del trabajador demandante, lo que es reprochable y reafirma la mala fe de la entidad empleadora.

Y en lo que tiene que ver con los varios pronunciamientos por parte de esta Corporación en otros asuntos análogos, donde se consideró en más de un centenar de ocasiones, que los contratos de prestación de servicios celebrados por el Instituto de Seguros Sociales bajo el amparo de la Ley 80 de 1993 eran en realidad laborales y a los que alude la censura en el ataque, la verdad es que, el ISS ha hecho caso omiso a ellos y persiste en continuar utilizando esta forma de contratación para situaciones como la que ocupa la atención a la Sala, en la cual como atrás se explicó, conforme al acopio probatorio examinado, está plenamente acreditado que el vínculo del demandante de la manera

como se desarrolló, en definitiva no encaja dentro de los presupuestos de la citada preceptiva, lo que sumado al conocimiento que tenía la demandada sobre lo que aflora de la realidad en el manejo de esas relaciones, conlleva a considerar bajo estas directrices, que el actuar sistemático del Instituto demandado se constituye en burla de derechos fundamentales del operario.

“En el sub lite, en efecto se colige una actitud obstinada del Instituto de Seguros Sociales de contratar de manera continuada al demandante bajo el ropaje de varios contratos de prestación de servicios, hasta el punto de realizarle sin justificación como se dijo veintidós (22) contratos administrativos para desempeñar por espacio de 7 años, 11 meses y 23 días una actividad habitual y permanente, a sabiendas de que se está en presencia de una relación de carácter laboral, donde el operario no reclama sus derechos sino hasta después de terminado definitivamente el contrato de trabajo.

“En este orden de ideas, encuentra la Sala que en la presente actuación no hay elementos convincentes que permitan deducir la existencia de un obrar con lealtad por parte de la demandada como lo dedujo con error el Tribunal, no siendo en consecuencia de recibo las razones esgrimidas por ésta desde la contestación de la demanda inicial, en la medida que según quedó visto, las circunstancias de contratación utilizadas para con el demandante no son atendibles para sostener la buena fe como en otros casos anteriores se hizo, lo que genera en esta oportunidad el reconocimiento de la indemnización moratoria conforme a lo preceptuado en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949.

“Por todo lo dicho, el Tribunal al definir específicamente la súplica de la indemnización moratoria y justificar la conducta del Instituto de Seguros Sociales revistiéndola de buena fe, incurrió en la deficiente valoración probatoria que le atribuye la censura, cuando como quedó expresado, en las condiciones antedichas y al ser inocultable la existencia del contrato de trabajo entre las partes, el proceder de la entidad accionada aparece caprichoso y más bien revestido de mala fe”.

En igual sentido, en sentencia del 14 de mayo de 2014, Rad. 46847, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, dispuso:

“...Pruebas que confirman la existencia de una contratación por un lapso de más de trece (13) años bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios suscritos aparentemente bajo las reglas de la Ley 80 de 1993, lo que constituye prueba fehaciente de que la entidad no obró de buena fe; pues esa circunstancia demuestra que la contratación del actor no fue un hecho excepcional, lo que imprime a la actuación de la empleadora falta de lealtad y seriedad, pues procedió con abierto desconocimiento de las normas que regulan la contratación administrativa de servicios personales; además es condición de esta clase de contratación pública su transitoriedad como se deriva del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, requisito que a todas luces aquí no se cumple incurriendo la entidad en uso indebido de la figura dado su carácter excepcional.

De manera que no resulta atendible por la naturaleza de las labores que debía desempeñar el demandante ni por su duración, la vinculación a través de esa modalidad contractual, cuando surgían signos inequívocos de que se trataba de relaciones laborales con todas sus características distintivas como la presencia de la subordinación a que fue sometido en el cumplimiento de sus funciones. (...)

Además de lo expuesto en sede de casación, se debe indicar en sede de instancia, que la actividad de Médico Pediatra Neonatólogo desempeñada por el actor era de las normales que debía desarrollar la entidad para la atención de sus funciones propias. Adicionalmente, es una labor que por su misma naturaleza no es de aquellas que pueda llevarse a cabo con independencia y

autonomía. La subordinación a que fue sometido el demandante en el ejercicio de sus tareas emerge de manera diáfana también de los turnos impuestos por el empleador (fls. 144 a 149, 215, 247), de las evaluaciones trimestrales realizadas por personal directivo del ISS (fls. 234, 235, 280 a 281), de las órdenes escritas impartidas por sus superiores pertinentes a la función desempeñada (fls. 210, 211, 213, 217, 220, 225, 236, 244).

Así las cosas, la imposición de los turnos, de órdenes escritas, de evaluaciones de desempeño son elementos probatorios que evidencian inequívocamente que la subordinación fue una constante en la relación entre las partes, y en esa medida, la actuación de la demandada no estuvo revestida de buena fe...”

Dicho pronunciamiento se reitera en las siguientes sentencias: Rad. 38863 de febrero 7 de 2012, Rad. 44648 del 6 de marzo de 2013, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, SL807-2013 Rad. 39010 del 13 de nov. 2013, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, SL4427-2014 Rad. 42773 del 19 de marzo de 2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, SL9641-2014 Rad. 43457 del 23 de julio de 2014, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, SL14925-2014 Rad. 44997 del 29 de octubre de 2014, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

Comoquiera que se trata de la misma situación que hoy se ventila en este asunto, donde se discute la naturaleza de la vinculación laboral, dado que el empleador esgrime como argumento de su defensa la inexistencia del contrato de trabajo, para aseverar que la vinculación deviene de un contrato de prestación de servicios, y se declara la existencia del contrato de trabajo, con derecho al pago de las reclamaciones prestacionales e indemnizaciones a que haya lugar, así se le haya dado la denominación de contrato de prestación de servicios, la Sala considera que, la actuación de la demandada no estuvo revestida de buena fe, por lo cual concluye que al demandante le asiste derecho al reconocimiento pretendido, en vista que la conducta del ISS hoy en liquidación desconoció el cumplimiento de los parámetros legales.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencias: 7 de febrero de 2012, Rad. 39529, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; 14 de mayo de 2014, Rad. 46847, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz; 7 de febrero de 2012, Rad. 38863, Rad. 44648 del 6 de marzo de 2013, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, SL807-2013 Rad. 39010 del 13 de nov. 2013, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, SL4427-2014 Rad. 42773 del 19 de marzo de 2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, SL9641-2014 Rad. 43457 del 23 de julio de 2014, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, SL14925-2014 Rad. 44997 del 29 de octubre de 2014, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

DEMANDANTE: Freddy De Jesús Carpintero

DEMANDADO: ISS En Liquidación

FECHA: Abril 14 de 2015

RADICACIÓN: 08-001-31-05-010-2013-00211-00/51891-A

DECISIÓN: Modifica sentencia apelada. Revoca parcialmente. Condena al pago de la sanción moratoria.

3. SALA PENAL

HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA- Atipicidad de la conducta por cuanto existe la vía ordinaria en lo civil o laboral para dirimir el asunto que ha pretendido resolverse en el ámbito penal/ **SUJETO AGENTE-** En su conducta debió aprovechar la confianza en él

depositada por la víctima/**INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO**- No puede mirarse como delito de hurto el incumplimiento de un acuerdo de voluntades entre mandante y apoderado judicial

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente caso, se advierte que la procesada luego de recibir una fuerte suma de dinero dentro de un proceso civil, que terminó por conciliación judicial, se apropió parte de estos recursos obtenidos a favor de su mandante.

Extractos: “Así entonces, es el delito de hurto, artículo 239 CP, **apoderarse de cosa mueble ajena en provecho suyo o de un tercero**, la conducta delictual que en este caso concreto debe estar contenida en los supuestos de hecho constitutivos de la acusación (escrito y audiencia) realizada por la fiscalía, y escuchados y debatidos más allá de toda duda razonable en el juicio oral; además que para realizar dicho apoderamiento, el sujeto agente debió aprovechar la confianza en él depositada por la víctima, amén del grave daño causado, por sobrepasar los cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, art. 267 CP.

Pues bien, frente a los aspectos fácticos contenidos en el caso y que se dice constituyen el delito de hurto agravado por la confianza; y atendiendo lo planteado por la parte apelante y el contra-argumento del no recurrente; sea preciso preguntarse:

¿El incumplimiento por parte de NIDIA CUSSE VIUDA DE SCAFF, como representante legal de INVERSIONES SCAFF CUSSE & S EN C, del contrato de servicios profesionales celebrado el día cuatro (4) de Septiembre de 2002, con ARMANDO BLANCO DUGAND, como profesional del derecho, con una cuota litis en favor suyo del 20%, viene a constituir o a enmarcarse dentro del tipo penal de hurto agravado, por el inciso dos (2) del art. 241 del C.P? ¿Hubo apoderamiento de cosa mueble ajena? ¿En ese presunto apoderamiento de cosa mueble ajena, el sujeto agente se valió de la confianza depositada en él por la víctima?

El supuesto de hecho central señalado por la fiscalía como delito de hurto agravado por la confianza, radica de manera concreta en que la señora NIDIA CUSSE VIUDA DE SCAFF, luego de recibir la suma de once mil millones (\$11.000.000.000) de pesos, dentro del proceso con radicado No 2002-00326, del Juzgado Octavo (8) Civil Del Circuito De Barranquilla, el cual terminó por conciliación aprobada por el juez, el Diecinueve (19) de Febrero de 2009, en la que la hoy procesada es quien en forma directa concilia, y consecuentemente recibe aquel dinero, según las piezas probatorias allegadas al juicio; ella, a pesar de constar por escrito (contrato de servicios profesionales) el pago del 20% como honorarios en favor de BLANCO DUGAND, no se los canceló, sino sólo por la suma de mil trescientos setenta millones doscientos cincuenta mil (\$1.370.250.000) pesos, además que hizo retención en la fuente sin que en forma cierta cancelara esa deducción en favor de la DIAN.

Respecto al Dr. FREDY RQUETT DE LA HOZ, de quien igualmente se menciona dentro de los supuestos de hecho también como contratista que en su favor recibiría el 20% de lo que se obtuviere, pues la contratante se quedaría con el 60%; de él se dice que realizó una serie de maniobras, junto con la señora NIDIA CUSSE VIDA DE SCAFF, para quedarse con parte del 20% de la cuota Litis que correspondía a BLANCO DUGAND.

Lo primero que ha de considerarse frente a los argumentos de las partes es que, para que exista el delito de hurto, en cualquiera de sus modalidades, es necesario que haya apoderamiento de cosa mueble ajena, esto es, **que el bien no pertenezca al sujeto activo de la conducta punible.** La jurisprudencia penal ha precisado que el verbo rector incluido en el citado tipo penal, se estructura cuando el **bien mueble se extrae de la esfera patrimonial o de custodia de quien antes la tenía,** siempre que se presente el ingrediente subjetivo allí previsto, esto es, la intención de obtener un provecho para sí o para otro⁷.

Ahora bien, en cuanto al agravante que viene impuesto habrá que decirse que, *“si bien el agente no ha recibido la cosa mueble por un título que le confiera la custodia y ese poder fáctico de disposición material, como si ocurre en el depósito, el comodato, etc., en cambio sí ha sido puesta la cosa mueble, en razón de la confianza depositada por la víctima en el agente, en condiciones de especial facilidad para que el delincuente se apodere de ella”*⁸.

En el presente caso es evidente que, independientemente del contrato de prestación de servicios profesionales entre el Dr. ARMANDO BLANCO DUGAND y la señora NIDIA CUSSE VIUDA DE SCAFF, los dineros a ella allegados con ocasión de la prestación de dichos servicios por el abogado en cita, dentro de aquel proceso civil, en ningún momento fueron o han sido de propiedad de BLANCO DUGAND, cosa distinta es que, con ocasión de los mismos, la contratante, señora NIDA CUSSE VIUDAD DE SCAFF, en calidad de representante legal de la sociedad INVERSIONES SCAFF CUSSE & S EN C, **estaba obligada a cumplir con lo pactado en el contrato de prestación de servicios,** lo que indica en forma clara que dentro de los presupuestos de hecho materia de acusación y objeto de debate probatorio en el juicio oral, no cabe como delito de hurto, el incumplimiento de aquel acuerdo de voluntades, como tampoco constituye hecho con características de delito, las transferencias dinerarias que la sociedad INVERSIONES SCAFF CUSSE & S EN C, por intermedio de su representante legal, hiciera luego de recibir el pago de los once mil millones de pesos, de parte de la Dirección Nacional de Estupefacientes, con ocasión de los servicios profesionales prestados, entre otros, por el Dr. ARMANDO BLANCO DUGAN, toda vez que ese dinero NIDIA CUSSE VIUDA DE SCAFF lo recibió como **titular** de las acciones realizadas por sus mandatarios, quienes por alguna razón conocida por ellos, debieron permitir que la propia encartada, fuese la que en últimas conciliara y recibiera en forma directa el pago, lo que así se desprende de la propia versión rendida en juicio por BLANCO DUGAND, al señalar que, aunque no estuvo de acuerdo con el monto de lo acordado, esto es, once mil millones, ya que en ese momento se tenían ya previstos como posibles dieciocho mil millones de pesos (\$ 18.000.000), en todo caso él realizó las gestiones para la entrega de los dos títulos que constituían aquel valor (\$11.000.000.000), pero finalmente fueron pagados a NIDIA CUSSE por orden del Juez Octavo Civil del Circuito.

Luego entonces, es de conocimiento notorio que en todo contrato de mandato una de las facultades que tiene el mandatario es la de recibir; a tal punto que el Dr. BLANCO DUGAND recibe parte de su pago (\$1.370.250.000), **hasta ese momento sin ninguna clase de acción contra NIDIA CUSSE VIUDAD DE SCAFF,** por el resultado obtenido por vía de conciliación, **radicando su inconformismo posterior en la falta de pago de parte de sus honorarios,** y no en el hecho de que fuera NIDIA CUSSE VIUDAD DE SCAFF, quien de manera directa conciliara y consecuentemente recibiera los títulos contentivos de aquel dinero.

⁷ CSJ - Sala de Casación Penal. Sentencia de 31 de octubre de 2002. Rad. 15612.

⁸ Manual del Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, Mario Arboleda Vallejo y José Armando Ruiz Salazar, Editorial Leyer, Pág. 329.

En este sentido, también advierte la Sala que, desde el punto de vista de la estructura típica el Hurto se materializa cuando el agente se apodera indebidamente de la “cosa mueble ajena”, el abuso de confianza sucede básicamente cuando al agente “apoderador indebido” se ha entregado un bien propiedad de la víctima a “título no traslativo de dominio”. Aquí no ha existido la entrega material del bien entre la presunta víctima y el supuesto victimario, y si para el hurto como indicó el *a quo* no se puede predicar la propiedad previa del dinero en cabeza del Dr. ARMANDO BLANCO DUGAND (Q.E.P.D), menos sin su traslado, como propietario a título no traslativo de dominio. En ese sentido, el argumento carece de sustancialidad, sobretodo planteado en forma inmotivada o sin consideraciones que probaren o demostraren su existencia.

Por lo tanto, si no hubo aquel apoderamiento, menos hubo la acción de aprovecharse de la confianza depositada por BLANCO DUGAND (víctima) en NIDIA CUSSE VIUDA DE SCAFF o en FREDY RIQUETT DE LA HOZ, para apoderarse de cosa mueble ajena, dado que los dineros recibidos por aquella, en nombre y representación de la sociedad INVERSIONES SCAFF CUSSE & S EN C, en ningún momento fueron de propiedad de BLANCO DUGAND, éste solamente por el contrato celebrado, accedía a un porcentaje de los mismos, conforme se fijó por escrito, tal que, se reitera, el incumplimiento de la contratante por la falta de parte del pago de aquellos honorarios, según afirma la parte denunciante y las pruebas practicadas y debatidas en el juicio oral, no raya en delito alguno. De hecho en el acápite del pluricitado acuerdo, en lo referente a la exigibilidad de las obligaciones contenidas en el mismo se dispuso:

“... para efectos laborales este contrato se considerará por las partes, como una obligación clara, expresa y exigible por vía ejecutiva laboral y en consecuencia en caso de revocación de poder o poderes, el abogado podrá exigir el pago de sus honorarios por dicha vía ejecutiva laboral, sin necesidad de regulación alguna...”

En estos términos, el no pago de lo acordado no debió debatirse en el ámbito penal, como quiera que el código de Procedimiento Civil, y el Nuevo Código General del Proceso, dispone en sus artículos 69, y 76, respectivamente, lo concerniente a la regulación de honorarios, de los que se infiere que el abogado tenía derecho a que, previo incidente oportunamente formulado, se regularan sus honorarios sin necesidad de acudir ante los jueces ordinarios con ese propósito.

Se pregunta la Sala, *¿con qué propósito se firma un contrato si al momento de hacerlo valer se acude a mecanismos diversos a los propicios para forzar su cumplimiento por vía legal?*

No desconoce la Judicatura que, en línea de principios, la retribución del apoderado debe guardar correspondencia con lo acordado, por lo que el monto de la regulación no podría haber sido inferior, y tampoco superior a lo que se pactó, pues el carácter del contrato es vinculante, ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 1602 del Código Civil, y se deduce también del numeral 3° del artículo 2184 de la misma codificación, norma esta que establece como obligación del mandante, la de “pagarle *-al mandatario-* la remuneración estipulada o la usual”.

No obstante, el no apego a los preceptos jurídicos reseñados, constituye delito, de ahí que pueda afirmarse, dentro de los citados presupuestos de derecho y hecho, la ausencia de

algún comportamiento con relevancia penal, pues aquel incumplimiento debió ser resuelto por otra área del derecho, lo que últimas permite concluir de manera segura que el comportamiento aquí endilgado resulta atípico.

Además de lo anterior, han de considerarse principios como la intervención mínima, la subsidiaridad del derecho penal y la última ratio, mismos que se desconocieron en el sub examine, pues esta área del derecho debe implementarse siempre y cuando no existan más mecanismos eficaces para la salvaguarda de las garantías de los derechos individuales, es decir, "*cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho*"⁹.

Es que aquí como se dijo, lo que se discute es un asunto de carácter meramente civil, sin que pueda verse, como esa vía ordinaria, óptima a juicio de la Sala para la resolución del caso en cuestión, de ella pueda afirmarse que resultaba insuficiente o ineficaz para resolver el caso puesto en consideración, toda vez que en materia de garantías y medidas previas posibles dentro de tal procedimiento, esto es, la posibilidad de asegurar lo pretendido, o recuperar el excedente que se dice no se pagó, estuvieron al alcance del actor, similar a como se esgrimieron y dispusieron en materia penal.

Por lo tanto, ***esa falta de adecuación*** entre los hechos enrostrados como hurto agravado por la confianza, además de la circunstancia prevista en el art. 267 del CP, ésta, en razón de la cuantía (100 SMLMV) de lo hurtado y el grave daño causado a la víctima; es tan evidente que el mismo apelante admite que si bien no hubo aquel apoderamiento de cosa mueble ajena, si se dio el delito de ***abuso de confianza***, aspecto frente al cual caben las mismas argumentaciones que ya vienen hechas. Por lo que a la Sala no le queda más opción que confirmar el fallo de primera instancia, dado que el comportamiento endilgado es atípico; determinación contra la cual procede el recurso extraordinario de casación."

FUENTE NORMATIVA: artículos 239 y 267 Código Penal, Código de Procedimiento Civil, artículos 69, Código General del Proceso, artículo 76 y artículos 1602 y numeral 3° del artículo 2184 del Código Civil.

FECHA: Marzo 6 de 2015

RADICACIÓN: 08-001-60-01257-2009-060560-01/2014-00142-P-CR

DECISIÓN: Confirma Sentencia Absolutoria.

RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA-Homicidio Culposo/TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA- Riesgo no permitido/APLICACIÓN DE LA LEX ARTIS EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA-Fue transgredido por el galeno al suministrarle medicamento que le produjo un estado de shock que conllevó a la muerte de la paciente

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, la Sala estudia la muerte de una paciente a quien el médico procesado dio la orden del suministro del medicamento propanolol 40 m.g., a quien se le censura no haber acatado la *lex artis* al ordenar el suministro del medicamento mencionado sin antes examinar previamente a la paciente y sin justificar el procedimiento.

⁹ Principio de Subsidiariedad del derecho Penal.

Extractos: “Se tiene que dentro del plenario se acreditó que la joven Leidi Diana Crizón, ingresó el 21 de junio de 2010 a las instalaciones de la Clínica Julio E. Medrano de la EPS Saludcoop de esta ciudad, donde a las 4:30 a.m. ingirió por orden de su médico tratante propanolol de 40 mg, y a partir de ahí tuvo serias complicaciones cardíacas que llevaron a su hospitalización en la Unidad de Cuidados Intensivos incluso con ventilación mecánica, por lo que se ordenó su remisión a la clínica de la Costa de Barranquilla, donde falleció a las 16:16 horas del día 22 de junio de 2010, por un shok cardiogénico.

(...)

La Colegiatura observa que los recurrentes señalaron la existencia de diversos errores de apreciación probatoria que, en sus criterios, derivaron la absolución del encausado en sede de primera instancia.

Así pues, el centro de la discusión radica en establecer si el acusado le resulta jurídicamente imputable la conducta culposa por la cual fue convocado a juicio.

En relación con la temática que se discute, la Sala de Casación Penal de la Corte ha puntualizado lo siguiente:

“En la doctrina penal contemporánea, la opinión dominante considera que la realización del tipo objetivo en el delito imprudente (o, mejor dicho, la infracción al deber de cuidado) se satisface con la teoría de la imputación objetiva, según la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto.”

Lo anterior significa que, frente a una posible conducta culposa, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico¹⁰.

En segundo lugar, el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas ex post.

4.3. En aras de establecer cuándo se concreta la creación de un riesgo no permitido y cuándo no, la teoría de la imputación objetiva ha integrado varios criterios limitantes o correctivos que llenan a esa expresión de contenido y que de ninguna manera han sido ignoradas por la Sala¹¹. Veamos algunos de ellos:

4.3.1. No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una “conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa”¹², que por lo tanto no está prohibida por el ordenamiento jurídico, a pesar de que con la misma haya ocasionado de manera causal un

¹⁰ Cf. Molina Fernández, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 378.

¹¹ Véase, entre otras, sentencias de 4 de abril de 2003, radicación 12742; 20 de mayo de 2003, radicación 16636; y 20 de abril de 2006, radicación 22941.

¹² Roxin, Claus, *Op. cit.*, § 24, 45

resultado típico o incluso haya sido determinante para su realización.

4.3.2. Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando en el marco de una cooperación con división del trabajo en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión el procesado observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (*lex artis*) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual “el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia”¹³.

4.3.3. Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una acción a propio riesgo, como la denomina Jakobs¹⁴, o una autopuesta en peligro dolosa, como la llama Roxin¹⁵, para cuya procedencia la Sala ha señalado los siguientes requisitos:

“Para que la acción a propio riesgo o autopuesta en peligro de la víctima excluya o modifique la imputación al autor o participe es necesario que ella:

”Uno. En el caso concreto, tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado.

”Dos. Que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar. Con otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo.

”Tres. **Que el actor no tenga posición de garante respecto de ella** [destaca la Sala]”¹⁶.

4.3.4. En cambio, “por regla absolutamente general se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido”¹⁷.

4.3.5. Así mismo, **se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta ‘cuando una persona con su comportamiento supera el arriesgo admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño’.**”¹⁸

Desde la perspectiva del derecho penal, la actuación médica puede ser examinada en los eventos de homicidio o lesiones personales culposos, frente a los cuales “... existe la posibilidad de realizar una imputación objetiva de resultado si el médico tratante, estando en condiciones de ajustar su conducta a los dictados de la *lex artis*, no lo hace y con su accionar incrementa el riesgo para el paciente, o impide una disminución considerable de dicho riesgo, el que posteriormente se concreta en un resultado lesivo al bien jurídico... En ese sentido, el origen de la obligación del actuar de parte del médico – posición de garante – está impuesto por la asunción efectiva del tratamiento del paciente, en tanto el límite en la imputación del resultado lesivo lo da la materialización de éste último, cometido a través de una conducta negligente del galeno, que no ha tenido – estando obligado a ello – el conocimiento de la situación generadora de un deber a su cargo o, conociéndolo, no ha

¹³ Sentencia de 20 de mayo de 2003, radicación 16636

¹⁴ Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 293 y ss.

¹⁵ Roxin, Claus, *Op. cit.*, §

¹⁶ Sentencia de 20 de mayo de 2003, radicación 16636

¹⁷ Roxin, Claus, *Op. cit.*, § 24, 17

¹⁸ Sentencia de 7 de diciembre de 2005, radicación 24696

actuado correctamente, por falta de diligencia o por no haber empleado el cuidado debido.”¹⁹. (Negrillas fuera del texto).

En el fallo apelado el sentenciador dejó claro que no existe duda que el médico Bravo Monroy ordenó suministrar el medicamento propanolol 40 mg a la paciente Leidy Diana Crizon Restrepo, no obstante, el *a quo* resalta que dentro del plenario no se acreditó el nexo causal entre dicha acción y el resultado muerte, sobretodo porque a la víctima no le fue practicada necropsia.

Sin embargo, los recurrentes apuntan que tanto el perito contratado por el apoderado judicial de las víctimas como el perteneciente al Instituto de Medicina Legal, acotaron que para la paciente Crizon Restrepo le estaba contraindicado el medicamento y que debido a esto se generó el shok cardiogénico.

Al respecto se tiene que el perito contratado por las víctimas en sesión de juicio oral del 27 de noviembre de 2013, señaló que: (i) la historia clínica examinada se encuentran las notas de enfermería, así como los procedimientos y medicamentos suministrados a la joven Leidy Diana Crizon Restrepo; (ii) el médico Cepeda Meza fue quien inicialmente atendió a la paciente, galeno que ordenó la práctica de electrocardiograma y hemograma de la paciente, no obstante, luego la atendió el médico Wilson Bravo Monroy quien le prescribió propanolol de 40 mg; (iii) la paciente según la historia clínica, llegó por sus propios medios a la Unidad de Urgencias de la Clínica Julio E. Medrano sin enfermedad que generara su descompensación; (iv) si bien le fue practicada radiografía de tórax tal examen fue analizado diez horas y 26 minutos después de su ingreso el cual fue a las 22:36 horas del 21 de junio de 2010; (v) no hay evoluciones medicas entre las 21:43 del 21 de junio de 2010 y las 7:23 horas del 22 de junio de 2010; (vi) no se tiene reporte de la historia clínica del p3 y p4; (vii) no se escribe en la historia clínica la razón del suministro de propanolol 40 mg; (viii) lo descrito en la historia clínica inicial a las 22:30 horas del 21 de junio de 2010, es concordante con una insuficiencia en la válvula mitral, ya que los síntomas son: pérdida de peso, adinamia, pulsaciones en venas del cuello, edema de miembros inferiores, pero en el examen físico el médico ni siquiera notó la hepatomegalia ni el soplo cardiaco; (ix) cuando la paciente fue trasladada a la Clínica de la Costa ya estaba totalmente descompensada con un shok cardiogénico y con pronóstico grave; (x) el medicamento propanolol está contraindicado en una insuficiencia cardíaca no controlada, como es el caso de la paciente, la cual presentaba una sintomatología coincidente con este tipo de valvulopatía.

Por su parte, el perito Jhonaris Javier Olmos Navarro del Instituto de Medicina Legal, afirmó en juicio oral lo siguiente: (i) conforme a los datos consignados en la historia clínica, la paciente debía ser valorada en la unidad de urgencias para establecer su diagnóstico y luego proceder a su hospitalización; (ii) no se ajusta a la *lex artis* la prescripción en donde no medie un acto médico integral que incluya la inferencia de un diagnóstico presuntivo de la enfermedad; (iii) si hay un error en el diagnóstico o en la interpretación de los hallazgos es sugerente la prescripción equivocada del medicamento; (iv) no se observa la justificación de la receta de propanolol 40 mg en la paciente, medicamento que es un agente bloqueador y su uso en pacientes con insuficiencia cardíaca está contraindicado ya que esta incipiente, sus uso no está indicado en emergencias hipertensivas, shok cardiogénicos, asma, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, bradicardia cardiaco, edema pulmonar; (v) el propanolol es un betabloqueante, de efecto cardiovascular, que si bien es recomendado, lo

¹⁹ Ib. Páginas 76 y 77

es para cuadros anti anginosos, personas con isquemia cardiacas en las cuales no haya descompensación de la función severa, hipertensión arterial.

En este contexto se tiene que en efecto: (i) el 21 de junio de 2010 a las 21:57 horas, la paciente Crizon Restrepo entró a la Sala de Urgencias de la Clínica Julio E. Medrano con una afección de dos meses hacia atras consistente en palpitaciones en el cuello, dolor en articulaciones y tos persistente; (ii) esa noche la paciente fue dejada en observación, siendo atendida primeramente por el médico Jesús Darío Cepeda Meza, quien le ordenó la práctica de electrocardiograma, rayos x de torax; (iii) a las 04:30 a.m. el galeno Wilson Bravo Monroy, sin esperar los resultados de los rayos x y sin ordenarle otro examen, le ordena propanolol de 40 m.g; (iv) a partir de la ingesta de tal medicamento, la víctima se descompensó, razón por la cual fue entubada y le fue suministrada respiración mecánica a través de ventilador, falleciendo finalmente a las 16:16 del 22 de junio de 2010.

Es decir, examinando la acción desde un punto de vista *ex ante*, la Sala observa que una persona inteligente situada en la posición del procesado, con los conocimientos y títulos que ostenta como profesional de la medicina, sabría que antes de prescribir un medicamento, debe llegar a un diagnóstico, aunado a que debía esperar los resultados de los exámenes que fueron previamente ordenados por su colega, para así ordenar el suministro de propanolol 40 mg, máxime si la víctima presentaba síntomas de una afección cardíaca frente a la cual el medicamento mencionado se encuentra contraindicado.

Así las cosas se tiene que el médico procesado con su conducta omitió un deber objetivo de cuidado incrementando el riesgo en la víctima, pues no se desconoce que la joven Crizon Restrepo ingresó a la Clínica con una sintomatología, sin embargo, de la historia clínica se infiere que se encontraba estable tanto así que estaba ubicada en observación, empero, una vez tomó el medicamento indicado, se descompensó totalmente al punto de fallecer pocas horas después.

Refuerza lo anterior, que la joven Leidi Diana Crizon Restrepo era una paciente rescatable, es decir, al irnos a una circunstancia *ex ante* y omitir la acción del médico procesado, el resultado hubiera sido diferente, habida cuenta que antes de la ingestión del fármaco la víctima se encontraba estable y sin ningún síntoma de la descompensación que la llevó finalmente a la muerte.

Además la prueba pericial es contundente al señalarse el yerro que cometió el galeno Bravo Monroy al no justificar la prescripción del medicamento y la de no realizar exámenes previos a la paciente o esperar los resultados de los procedimientos ordenados por su colega.

Debe resaltarse que aunque la estrategia defensiva se planteó en negarse la autoría del procesado, es menester indicar que en el plenario se acreditó que fue el medico Wilson Bravo Monroy quien prescribió el medicamento propanolol 40 mg a la paciente Leidi Diana, tanto así, que el Juez de Primera Instancia arribó a la misma conclusión.

Ahora bien, en relación a la premisa planteada por el *a quo* en cuanto señaló que el nexo causal no estaba acreditado por la falta de práctica de la necropsia a la paciente, es pertinente traer a colación lo que ha manifestado la Sala de Casación Penal en tales eventos:

“...Debido a que en primera instancia y con la información disponible existen inconsistencias entre el tratamiento médico instaurado (sutura de la herida en región cigomática) y el evento fisiopatológico final de la muerte documentado en la necropsia, la autoridad puede solicitar... {al Instituto de Medicina Legal la} evaluación de la atención médica prestada en la institución de salud... Para lo cual puede remitir su solicitud con expediente e historias clínicas completas...”²⁰

De todo lo anterior se infiere que el galeno Wilson Bravo Monroy, desaplicó la práctica médica que le correspondía en razón a su profesión, es decir, realizar un examen o llegar a un diagnóstico que amerite el suministro de un fármaco acertadamente, justificando su orden.

Por consiguiente, la omisión del deber de cuidado surge clara si se tiene en cuenta que el endilgado no valoró adecuadamente a la víctima y le prescribió el medicamento propanolol 40 mg siendo este contraindicado a los síntomas que ésta presentaba a su ingreso a la Clínica.

En ese orden de ideas, la Colegiatura advierte que la actuación del encausado no se ciñó a la *lex artis*, por el contrario, su conducta incurrió en una omisión al deber objetivo de cuidado aumentando el riesgo en la víctima, a la par que se alejó de su posición de garante cuando dejó de realizar exámenes para llegar al diagnóstico y justificación del medicamento.

Asimismo no es posible valorar el texto científico traído a colación por parte del procesado como un peritazgo, tal como lo realizó el Juez de Primera Instancia, quien tomó como cierto las aseveraciones del autor en su texto acerca del tiempo de ocurrencia de los efectos del mencionado medicamento, toda vez que frente a este se contraponen dos peritazgos que se debatieron en juicio, aunado aparte de dicho libro no se consultaron otras fuentes científicas.

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia: Sentencias de 4 de abril de 2003, radicación 12742; 20 de mayo de 2003, radicación 16636; y 20 de abril de 2006, radicación 22941.

FECHA: Marzo 18 de 2015

RADICACIÓN: 2015-00033-P-MC.

DECISIÓN: Revoca decisión de primera instancia. Condena al procesado. Concede subrogado penal

MARÍA OLGA HENAO DELGADO
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

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

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación 37327.