TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

Henry Moreno Macias

R e l a t o r

B O L E T I N 02

2017

2016

SALA DE GOBIERNO 2017 -2018

Presidente	**Dr. Julián Alberto Villegas Perea**
Vicepresidente	**Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz**

SALA CIVIL

Presidente	**Dr. Jorge E. Jaramillo Villarreal**
Vicepresidente	**Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes**

SALA DE FAMILIA

Presidente	**Dr. Juan Carlos Ángel Barajas**
Vicepresidente	**Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos**

SALA LABORAL

Presidente	**Dr. Ariel Mora Ortiz**
Vicepresidente	**Dr. Martín Fernando Jaraba Alvarado.**

SALA PENAL

Presidente	**Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya**
Vicepresidente	**Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez**

Magistrados que integran la Corporación.

SALA CIVIL

Carlos Alberto Romero Sanchez. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes
Ana Luz Escobar Lozano Jorge E. Jaramillo Villarreal
César Evaristo León Vergara Homero Mora Insuasty
Hernando Rodriguez Mesa José David Corredor Espitia
Julián Alberto Villegas Perea
Secretaria: María Eugenia García Contreras

RESTITUCION DE TIERRAS.

Aura Julia Realpe Oliva Gloria del Socorro Victoria Giraldo
Nelson Ruiz Hernández.
Secretaria: Gloria Lucía Zapata Londoño

SALA DE FAMILIA

Katherine Andrea Rolong Arias Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos
Gloria Montoya Echeverry Juan Carlos Ángel Barajas.
Secretario: Katherine Gómez

SALA LABORAL

Antonio José Valencia Manzano Carlos Alberto Carreño Raga
Aura Esther Lamo Gómez Luis Gabriel Moreno Lovera
Jorge Eduardo Ramirez Amaya Carlos Alberto Oliver Gale
Germán Varela Collazos Ariel Mora Ortíz
Carlos Freddy Aracú Benítez Leomara del Carmen Gallo Mendoza
Elcy Jimena Valencia Castrillón Elsy Alcira Segura Díaz
Secretario: Jesús Antonio Balanta

SALA PENAL.

Víctor Manuel Chaparro Borda Orlando de Jesús Pérez Bedoya
Orlando Echeverry Salazar María Consuelo Córdoba Muñoz
Socorro Mora Insuasty Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear
Roberto Felipe Muñoz Ortíz Juan Manuel Tello Sánchez
Carlos Antonio Barreto Pérez

Secretario: María Cristina Paz

Henry Moreno Macías
Relator

COLABORADORES

José Enrique Molineros Domínguez	Abogado Universidad Santiago de Cali
María Angélica García Gereda	Abogada Universidad Javeriana de Cali
Juan José Andrade Arce	Estudiante Universidad Javeriana Cali
Ana María Mafla Arcila	Estudiante Universidad Javeriana Cali
Lilian Lorena Libreros Castro.	Estudiante Universidad Cooperativa de Col.
Diego Alexander García Llanos.	Estudiante Universidad Cooperativa de Col.

SALA CIVIL

DEMANDA. Causales de inadmisibilidad y rechazo de la demanda. Proceso de Pertenencia. Certificado de avalúo catastral.
Conforme a los componentes y la función misma del certificado de avaluó catastral, el valor contenido en aquel documento puede resultar más preciso y llegue a variar de aquel consignado como base gravable del impuesto predial, y que en ese sentido, la Juez a quo lo estimara necesario para definir su competencia y de ser el caso, actuar conforme lo impone el inciso 2º del artículo 90 *ibídem,* y el primer inciso del artículo 139 del C.G.del P; sin embargo, de ser así, le correspondía obtenerlo de oficio absteniéndose de imponer formalidades innecesarias y adicionales al usuario de justicia de las previstas en la ley.

"Como se sabe, el texto de la demanda con la que se inicia el proceso debe ajustarse a determinados requisitos de forma, y se debe estructurar de tal manera, que haya claridad y precisión en lo que se pretende; para ello la normatividad procesal ha establecido una serie de requisitos generales y específicos que se deben cumplir al establecer delanteramente aspectos atinentes a la relación jurídica procesal, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al proceso o al derecho de postulación, así como la competencia del juzgador.

Sentado lo anterior, procede esta Sala Unitaria a determinar si el rechazo de la demanda, en el caso bajo estudio, encuentra sustento en el marco jurídico reseñado o si por el contrario esta desprovisto de tal respaldo, para lo cual, es preciso abarcar el estudio del proveído por el que se inadmitió el libelo (cuya inobservancia dio origen a la decisión que se apela), el cual, por disposición expresa del inciso segundo del citado artículo 90 *ejusdem*, se encuentra comprendido en la apelación que nos ocupa.

Pues bien, descendiendo al asunto sub *examine*, se observa que en el auto que inadmitió la demanda y al traste genero rechazo, la juez a quo en su primer punto - y que es objeto de debate en este recuro adujo la falencia relativa a la no aportación del certificado del avaluó catastral del bien objeto del proceso, que resulta necesario para determinar la cuantía, con base en lo señalado por el numeral 3º del artículo 26 del C.G. del proceso.

Se desprende entonces que la causal de inadmisión de la demanda aparentemente se impulsa en lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del artículo n90, en concordancia con el numeral 5º del artículo 84 y el numeral 9º del artículo 82, todos del C. G. del P., pues a opinión de la juez de primera instancia, el certificado de avaluó catastral

del bien, correspondía a un anexo que debía acompañar la demanda, al paso que determinada la competencia del asunto.

Frente a tal aseveración, se tiene que dicha medida en principio –así como lo indico la juez A quo en la providencia de rechazo censurada encontraría arreglo en lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 26 *ibídem*, toda vez que en lo que se refiere a los procesos de pertenecía como el que nos ocupa, se establece que "la cuantía se determinara (…) por el avaluó catastral"; sin embargo, revisada aquella disposición, se tiene que la misma no establece con estrictez a que documento alude, ni que el mismo deba acompañarse como anexo indispensable de la demanda, y mucho menos que ello concurra como causal de inadmisión.

En ese sentido, y aunque en abstracto la apreciación de la juez al estimar que aquel documento determina la cuantía, y por lo tanto la competencia para el proceso, pueda resultar adecuada, en concreto se tiene que la decisión de inadmitir y posteriormente rechazar la demanda originada en ese requerimiento no luce acertada, toda vez que como quedo inicialmente trazado, los motivos de inadmisión o rechazo son los expresadamente previstos por la ley, y en consecuencia, lo consignado en el ya traído numeral 3º del artículo 26, o en los artículos regulatorios de los anexos y requisitos formales de la demanda en general, o específicos para la declaración de pertenencia (Art. 375 del C.G. del P.), no llevan a concluir que el certificado requerido por la juez de primera instancia constituya requisito *sine quanon* para su admisión.

Ahora bien, situación distinta es que conforme a los componentes y la función misma del certificado de avaluó catastral, el valor contenido en aquel documento puede resultar más preciso y llegue a variar de aquel consignado como base gravable del impuesto predial, y que en ese sentido, la Juez a quo lo estimara necesario para definir su competencia y de ser el caso, actuar conforme lo impone el inciso 2º del artículo 90 *ibídem,* y el primer inciso del artículo 139 del C.G.del P; sin embargo, de ser así, le correspondía obtenerlo de oficio absteniéndose de imponer formalidades innecesarias y adicionales al usuario de justicia de las previstas en la ley.

De esta manera, al no evidenciarse imperiosa la necesidad de que la parte demandante presente el certificado de avaluó catastral pedido, y por lo tanto que la causal de inadmisión que, a la postre motivo el rechazo de la demanda, no resulte legitima, se revocara el auto impugnado para que en su lugar la juez A quo, provea nuevamente acerca de la admisibilidad de la demanda, realizando si a bien lo tiene, las actuaciones de oficio que estime pertinentes para ello".

Rad. 76001-31-03-015-2016-00128-01 (07 12 2016) M.P Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez

---

PROCESO VERBAL DE PERTENECIA. Cuantía. Declaración de pertenencia. Certificado de tradición del inmueble objeto del proceso.
No había lugar a inadmitir la demanda para que se aportara el certificado de tradición del inmueble objeto del proceso, pues este no corresponde a un anexo de la misma y al juez solo se le está permitido inadmitir demanda, cuando no reúne los requisitos formales previamente establecidos por el legislador.

"Así las cosas, la primera labor de esta Sala de decisión en el presente caso, corresponde a verificar si el juzgado de instancia acertó al inadmitir la demanda verbal de pertenencia, para que la parte demandante aportara el certificado de tradición actualizado del bien a usucapir y el certificado catastral del inmueble o documento idóneo actualizado donde se verifique el avaluó de dicho inmueble.

Teniendo en cuenta los presupuestos señalados en el artículo 375 de C. G del Proceso, el numeral 5º indica:

"art. 375 Declaración de pertenencia. En las demanda sobre declaración de pertenencia de bienes privados, salvo norma especial, se aplicaran las siguientes reglas: (…)

5. A la demanda deberá acompañarse un certificado del registrador de instrumentos públicos en donde consten las personas que figuren como titulares d derechos reales principales sujetos a registro. (…) siempre que en el certificado figure determinada persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella…" (Subrayado por fuera del texto original)

En el caso que hoy ocupa la atención de la Sala, de acuerdo a lo manifestado en los hechos de la demanda, el actor está ejerciendo actos de señor y duelo, y está ocupando el bien alinderando conforme lo indica en la escritura pública No 6.707 de 28 de diciembre de 1989, identificado con matricula inmobiliaria No 370-267986 (FL. 13 Y 14 C.1)

Por ende y para dar cumplimiento a la norma anteriormente citada, el demandante aporto con el libelo introductor de la demanda, el certificado especial de Registrador Principal de Instrumentos Públicos del Circulo de Cali, donde certifica que "revisadas las actuaciones que contiene el folio de la matricula inmobiliaria 370-267986 asignado al lote terreno que hace parte de la finca "Pilarica" en el Corregimiento de Pance, vereda la Viga, del municipio de Cali, se encontró como propietario inscrito con derecho real de dominio, a: ASESORÍAS E INVERSIONES CAÑAVERALEJO Y POLANIA VIEDA Y CIA. S. EN C., en el predio descrito anteriormente, por haber adquirido… Mediante escritura pública No. 6.707 del 28 de diciembre de 1989 de la notaria 03 de Cali y registrada el 23 de Abril de 1990…" (FL. 11 ibídem) (Subrayado del despacho).

Advierte esta Sala de decisión que el referido documento (certificado expedido por el Registrador Principal de Instrumentos Públicos del Círculo de Cali), el que indica la persona titular del derecho real de dominio del inmueble que se pretende usucapir, cumple los presupuestos del artículo 375 numeral 5º del C. G. del Proceso.

De lo anterior aflora con claridad que no había lugar a inadmitir la demanda para que se aportara el certificado de tradición del inmueble objeto del proceso, pues este no corresponde a un anexo de la misma y al juez solo se le está permitido inadmitir demanda, cuando no reúne los requisitos formales previamente establecidos por el legislador.

Lo mismo sucede en relación al certificado catastral o documento idóneo donde conste el avaluó del inmueble solicitado por el juez de primer grado, pues, ante la claridad de las pretensiones del libelo, las cuales se enmarcaron en lo dispuesto en el artículo 375 del Código General del Proceso y demás normas concordantes, únicamente se debe verificar el cumplimiento de los requisitos formales señalados en dicho canon, además de los preceptuados por los artículos 82 a 84 ibídem, por lo cual no resultaba posible imponerle al extremo activo un trámite diverso de los legalmente establecido.

Cosa diferente es el requisito dispuesto en el numeral 9 del artículo 82 ibídem, según el cual en la demanda se deberá indicar: "la cuantía del proceso, cuando su estimación resulte necesaria para determinar la competencia en el trámite" (subrayado del despacho), pues es deber de la parte actora cumplir con el razonamiento estimativo de la cuantía, ya que es un requisito necesario para determinar la competencia del juez en primera instancia, en la manera como lo exige la normatividad citada, so pena de ser inadmitirla la demanda para que el interesado la corrija y de no someterse a aquella orden, tendrá como sanción el rechazo de la demanda.

No obstante el juez de primera instancia, no inadmitió la demanda para que el demandante, dentro del término de los 5 días, estimara la cuantía para efectos de determinar la competencia en este asunto, por lo tanto tampoco podría rechazar el proceso d pertenencia bajo este argumento.

Las razones expuestas con anterioridad son suficientes para que esta Sala revoque el auto inadmisorio de la demanda calendado 28 de noviembre de 2016, y ordene al a quo estudiar nuevamente si la presente demanda cumple con los requisitos legales, incluido el establecido en el numeral 9 del art. 82 del C.G.P y profiera la decisión que en derecho corresponda.

DESISTIMIENTO TACITO. Concordato preventivo.

"Dicho en otras palabras, el simple hecho de no haberse adelantado acto procesal alguno, resulta suficiente para colegir la procedencia del desistimiento tácito, por lo que devienen inocuas las afirmaciones y explicaciones que pretende hacer valer el recurrente (relativas a las obligaciones pendientes en cabeza del deudor que le impidieron efectuar la enajenación de activos ante la ausencia de bienes denunciados), para justificar tan prolongado periodo de inactividad.

Dicho lo anterior, impera señalar que no emerge suficientes para la revocatoria del auto respectivo las alegaciones vertidas por el recurrente en cuanto a que este tipo de procesos únicamente opera la figura del desistimiento tácito previo requerimiento del deudor, pues además de que ningún razonamiento efectuó el interesado para sostener su tesis, se advierte que la norma procesal aplicable (numeral 2 del artículo 317 del C.G. del P.), expresamente señala que la terminación del proceso por la mera inactividad (esto es, por la causal objetiva), procede frente a cualquier actuación de cualquier naturaleza, de donde aún ante la clase de proceso que nos convoca, la normativa en cita puede ser aplicada.

En este punto, cumple aclarar que no se desconoce la postura adoptada por la jurisprudencia nacional, en cuanto a que "tal sanción [la prevista en el artículo 317 del C.G. del P.], no puede aplicarse de manera automática a todos los juicios civiles y de familia, sino que debe revisarse en forma concreta el asunto y la naturaleza del mismo para determinar su procedencia, pues en atención a las consecuencias que genera su decreto, hacerlo de manera irreflexiva y mecánica generaría en algunas controversias, una abierta y ostensible denegación de justicia. En ese sentido, es que esta Sala ha señalado que en algunos procesos de características particulares, como, verbi gracia, el de alimentos de menores no puede tener cabida la mencionada norma (…)".

También se ha precisado que "aplicar la sanción ante la inobservancia regulada en el precepto citado, no puede ser irreflexiva de la circunstancias especiales previstas en el referido artículo [317 del Código General del Proceso], sino que debe obedecer a una evaluación particularizada de cada situación, es decir, del caso en concreto, para establecer si hay lugar a la imposición de la premisa legal. Lo anterior, porque la actividad judicial debe estar presidida por la virtud de la prudencia, que exige al juez obrar con cautela, moderación y sensatez a la hora de aplicar la ley, más cuando, como en el caso de autos, la aplicación automática delas normas puede conducir a una restricción excesiva de derechos fundamentales, en este caso el derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia (…)".

Sin embargo, como aflora de la misma reseña jurisprudencial, la inaplicación de la figura del desistimiento tácito a determinados asuntos, de obedecer a un análisis particularizado, el cual en el caso presente no arroja una restricción excesiva de derechos, ni la posible afectación de intereses superiores, de modo tal que no resulta justificado otorgar un tratamiento diferenciado y contrario a la reglamentación general prevista en la ley.

En efecto, el examen del asunto refleja que el proceso de liquidación judicial no involucra –en forma directa- sujetos de especial protección (como los menores de edad, cuyos derechos se han protegido en los antecedentes judiciales citados), al paso que en el litigio no se ve involucrado algún derecho de carácter fundamental, pues la finalidad del asunto y las controversias a dirimir en el curso del mismo, son de naturaleza claramente económica.

Ahora, no pasa desapercibido que la jurisprudencia nacional, tiene por sentado que "los procesos concursales no responden principalmente al interés que aparece a primera vista, esto es el económico, regulado por el derecho privado, sino a la necesidad social de minimizar las implicaciones que supone la crisis de una empresa sobre la economía y la sociedad en general (….)", vía por la cual se ha reconocido que estos asuntos involucran un interés público o general de la sociedad, interrelacionado con principios de raigambre constitucional como la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, pues su finalidad es la protección de la economía y la empresa (o el empresario) como fuente generadora de riqueza, justificando así un tratamiento especial para permitirle superar la dificultades que aquella (o este) atraviesa.

En virtud de lo anterior, el artículo 1 de la Ley 1116 de 2016 (aplicable al caso, teniendo en cuenta que la liquidación se tramito bajo dicha normatividad), establece que el régimen de insolvencia, el cual incluye el procedimiento del liquidación judicial, se encuentra encaminado a "la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor. (…). El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor".

Sumado lo expuesto, se ha dicho que "los procesos de insolvencia han sido concebidos como mecanismos de estabilización económica, que más allá del saneamiento de las finanzas del deudor con miras al cumplimiento de sus obligaciones ante los acreedores, **pretende propiciar escenarios de reactivación empresarial que redunden en beneficio de toda sociedad.** Para alcanzar ese cometido los principios de universalidad e igualdad exigen que, entre otras medidas, **se adelanten las gestiones necesarias para asegurar la recomposición de la totalidad del patrimonio del deudor**, como prenda general de sus obligaciones, con el fin de que sea distribuido entre todos los acreedores bajo criterios de equidad, respetando –eso sí- la prelación en el pago dispuesta por la ley".

No obstante lo anterior, el análisis del caso concreto revela que la terminación por desistimiento tácito no emerge contradictoria con el interés público protegido, pues se advierte que en este asunto se han desdibujado las finalidades que se persiguen con el especial tipo de trámite, como emerge de su evidente dilación (el cual inicio hace cerca de veinte años).

En efecto, es posible colegir que el proceso adelantado no ha servido como verdadera herramienta de reactivación empresarial (esa etapa se agotó sin resultados, y sin mayores esfuerzos del deudor), ni como mecanismo de recomposición del patrimonio del deudor, pues como viene de verse el propio liquidador recurrente ha reconocido la imposibilidad de continuar su gestión ante la ausencia de constatación y /o aprehensión física de los bienes del señor X.X.X.X.X.X.X.X.X (Fl. 512 C. 1 y 581 C. 1 A).

Adicionalmente, tampoco se evidencia que el proceso resulte efectivo para la protección de los acreedores, cuyo interés también está involucrado ("el derecho concursal se funda en el interés general (…) <u>no desconoce el derecho de los acreedores a obtener la satisfacción de su crédito,</u> para lo cual se crea un marco de condiciones generales que debe cumplir la empresa."). Ciertamente, no llama a dudas que a la fecha los mismos no han visto sufragadas ni siquiera en parte sus acreencias, al paso que ante la existencia de bienes denunciados, como ya se dijo, no tienen ni siquiera la expectativa de obtener beneficio alguno en un punto ulterior de este trámite de liquidación patrimonial.

Frente a este ítem, se impone precisar que la terminación del proceso por desistimiento tácito, lejos de afectar los derechos de los acreedores, emerge como una salida válida para superar una situación procesal que no ha hecho otra cosa que paralizar el normal devenir de los créditos en cabeza del deudor, permitiéndoles acceder, si así lo desean, a la satisfacción de las obligaciones en cabeza del señor X.X.X.X.X.X.X.X.X.X. a través de las vías comunes (procesos ejecutivos u ordinarios, según el caso), debiéndose advertir que el tiempo transcurrido hasta la fecha no afecta en nada los términos de prescripción y caducidad que en su contra corren, los que fueron interrumpidos por expresa disposición legal (artículos 102 de Ley 222 de 1995 y 50 de la Ley 1116 de 2006).

Por supuesto que el análisis sobre la viabilidad económica de emprender el cobro de esos créditos corresponderá a cada uno de los acreedores, a quienes no se puede obligar, como hasta ahora, a permanecer en un trámite que no reporta mayores beneficios, con los correspondientes costos transaccionales que ello conlleva (en punto a la atención de un litigio claramente dilatado). Recuérdese que "[estos] instrumentos procesales (…) no pueden convertirse en mecanismos de destrucción, sino de medios para apalancar su resurgimiento, el empleo y **la generación de riqueza para todos los que intervienen en el ciclo económico".**

Por ese camino, se establece que lejos de cumplirse con los objetivos legales, este trámite se convirtió en una mera carga judicial, que lejos se encuentra de contribuir al crecimiento de la economía o por lo menos minimizar las consecuencias de la crisis económica sufrida por el deudor; por el contrario, la situación inicial del señor X.X.X.X.X.X.X.X. Empeora día por día (por ejemplo, con el crecimiento de los intereses que adeuda), lo que hace evidente que no es bueno el panorama para su reactivación económica.

En sentido opuesto, parece que el único beneficio obtenido deriva de la paralización casi total de esta tramitación (de la cual el deudor se ha despreocupado), en desmedro de los intereses de los demás intervinientes en la liquidación, conducta que, al menos prima facie, aparece contraria a la buena fe que rige en materia de insolvencia, pero que en todo caso riñe con la celeridad y eficiencia que deben guiar la administración de justicia.

Por esa vía, cabe añadir que el interés general que persigue este proceso no se afecta con la declaración de terminación por desistimiento tácito, pues dicho interés no persigue que el deudor olvide sus deudas, sino que busca generar un escenario equitativo de cumplimiento de las obligaciones, el cual es absolutamente distante de la realidad que plantea este caso.

Adicionalmente, es claro que el proceso de insolvencia requiere un compromiso serio y el acompañamiento permanente del deudor, quien debe ser el primer interesado en sacar provecho positivo del trámite incoado, sin que en este caso esas características sean predicables del señor XX.X.X.X.X.X.X.X. , quien ni siquiera pudo ser ubicado por parte del liquidador recurrente, según lo dijo en el informe presentado ante el juez de la causa (Fl. 512 C 1).

No varían las anteriores conclusiones, atendiendo lo dispuesto en el pie de página No. 3 de la sentencia C – 263 de 2002, en donde se afirmó que por el interés general que revisten estos asuntos no opera el desistimiento ni le son aplicables las normas sobre perención, puesto que además de que tal decisión fue adoptada en fecha bastante anterior a aquella en que ingreso en nuestro ordenamiento la figura del desistimiento tácito, lo cierto es que en ese corto escenario, no se hizo un análisis sobre los razonamientos de tal afirmación, que permita establecer que la misma se antepone a las características especiales del caso bajo estudio.

Cumple también advertir que la figura de la perención mencionada se encontraba limitada por voluntad del legislador a cierto tipo de procesos, excluyendo de los mismos en forma expresa los de "liquidación de sociedades", lo que justifica la precisión efectuada en la mencionada providencia, pero no su aplicación al supuesto normativo actual, en cuanto que la norma consagra el desistimiento tácito partió de una pretensión de aplicación universal (de ahí que el legislador haya puntualizado que es aplicable a todo "proceso o actuación **de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas"** (artículo 317 del. del P.).

Se suma a lo expuesto, que no emergen como obstáculo para la terminación del proceso los efectos que dicha decisión apareja, según los literales f) y g) del numeral 2 del artículo 317 del C.G. del P., esto es, aquellos relativos a la necesidad de esperar para volver a iniciar el trámite; la ineficacia de la interrupción de la prescripción o la caducidad; y la extinción del derecho pretendido en caso de una segunda terminación por desistimiento tácito.

En efecto, la imposibilidad de iniciar inmediatamente un proceso de liquidación judicial por parte del deudor, emerge como una sanción proporcional a la referida falta de diligencia del deudor (actor), que le ha permitido beneficiarse con la dilación del trámite en detrimento de sus acreedores. Además, cualquiera otro de los sujetos legitimados para solicitar el inicio de un trámite de reorganización y/o liquidación (de conformidad con el artículo 6 de la Ley 1116de 2006) podrá hacerlo, pues es sabido que en materia sancionatoria la responsabilidad es eminentemente subjetiva.

Se suma a lo anterior que, según viene de exponerse, la medida no aparece restrictiva de los derechos de los referidos acreedores, quienes además cuentan con vías alternas para la exigibilidad de sus derechos (como ya se dijo, procesos ejecutivos y de ser el caso ordinarios), si es que consideran útil acudir a ellas en procura de la defensa de sus intereses.

Ahora, aunque la aplicación de la sanción que prevé el literal g) de la norma procesal en cita podría generar dificultades ("extinción del derecho pretendido"), en este caso no parece adecuado equipar la misma a la imposibilidad de acudir nuevamente al trámite de reorganización o liquidación, pues en este caso no existe ningún derecho en disputa por parte del deudor, de donde se sigue que, en ese puntual caso, la sanción correlativa al decreto del desistimiento tácito "por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de las mismas pretensiones" no resulta aplicable, o al menos no debe hacerse bajo el entendido antes descrito.

Del mismo modo, las sanciones relativas a la ineficacia de la interrupción de prescripciones y caducidades debe interpretarse en forma armónica con el objeto del procedimiento, del tal forma que –en términos generales- no puede afectar a los acreedores del deudor en reorganización (o concordato), quienes pueden verse beneficiados de la interrupción de ese término prevista en el artículo 102 de la Ley 222 de 1995 y en los artículos 50 y 72 de la Ley 1116 de 2006).

Al respecto, es preciso agregar que la interrupción de prescripciones y caducidades que opera en la materia (liquidación judicial), no se presenta con ocasión de la presentación de la demanda -como se indica en literal g) del artículo 317 ibídem-, sino que se produce como "efecto" de la apertura del trámite liquidatoria (artículo 50 de la Ley 1116 de 2006), quedando así evidenciada la diferencia de tratamiento que en el tema se hace frente a los acreedores que no ostentan en este trámite la calidad de demandantes.

Finalmente, debe mencionarse que aunque no se desconoce la existencia de jurisprudencia nacional relativa a la improcedencia de aplicar la figura del desistimiento tácito a procesos sucesorales, considera la Sala Unitaria que no es viable emplear esa postura interpretativa de forma automática a este tipo de asuntos, pues además de las razones que vienen de exponerse, se advierte que los procesos de sucesiones y los procesos concursales (algunos encaminados a la liquidación) se asemejan en algunas características (universalidad y finalidad de liquidación), pero no tienen una naturaleza idéntica.

Y es aunque la Corte Suprema de Justicia ha señalado que "[el desistimiento tácito] no ha de aplicarse a asuntos de naturaleza liquidatoria", puede asumirse tal afirmación como suficiente para inaplicarlo a esta clase especial de procesos liquidatorios (concursales), pues se hizo en el contexto de un proceso de sucesión y con el propósito de señalar que aplicar el desistimiento tácito a esos asuntos implicaría concluir –erróneamente- que "una masa sucesoral jamás podría llegar a ser materia de repartición, dejando a los herederos perennemente desprovistos de su legitima asignación que por virtud de ley les pueda corresponder (…)".

Por supuesto, la conclusión a la que llego en aquella ocasión la Corte no aplicaría para el preciso trámite que ahora nos ocupa, en tanto la masa patrimonial a repartir tiene como finalidad atender diferentes obligaciones que, como viene de verse, pueden hacerse exigibles por otras vías. De hecho, aplicar sin miramientos la afirmación antes citada conllevaría concluir que el desistimiento no es aplicable a la etapa liquidatoria del trámite concursal, pero si a aquella fase previa de acuerdo entre deudor y acreedores, diferenciación que no cuenta con justificación alguna."

Rad. 003 1998 00605 01 (15 03 2017) M.S. Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez

---

PRUEBA SOLICITADA. Oportunidades probatorias. Principio de economía procesal. Contrato de Arrendamiento.

Extracto:

"En el presente evento, es claro que el inconformismo del apelante con el auto que negó el decreto de la prueba por él solicitada, radica en que, a su juicio, la certificación que por parte de la xxxxxxxxx se pueda llegar a expedir con relación a la vigencia del contrato de arrendamiento suscrito por el ejecutante y esa institución Arquidiocesal, resulta ser de vital importancia para determinar si le asiste derecho al demandante para cobrar los cánones de arrendamiento que por esta vía pretende.

Así las cosas y a fin de resolver la apelación que nos ocupa, vale precisar que la finalidad esencial de la prueba consiste en llevarle al juez la certeza o el convencimiento de la existencia o inexistencia de los hechos alegados como fundamento de las pretensiones o de las excepciones, en la búsqueda del reconocimiento de derecho que las partes persiguen; por tanto, la prueba es de la esencia del derecho de defensa cuyo ejercicio está garantizado en la Constitución

Política y en la ley procesal, la cual se rige por el principio de oportunidad y preclusión en cuanto a su solicitud, por lo que tanto las partes, los terceros y el juez deben observarlo.

Dígase entonces que la Ley procesal faculta al Juez para que rechace in limine las pruebas pedidas, entre otras, que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas, es decir, aquellas que no tengan el poder de demostración del hecho que se pretende probar o simplemente se alejen de esa posibilidad.

En ese sentido, se ha entendido como prueba impertinente aquellas que tratan de probar un hecho que nada tiene que ver con lo discutido dentro del proceso; y por superfluas, aquellas que sean innecesarias en virtud de haberse practicado ya dentro del proceso suficientes pruebas para darle plena certeza a un derecho determinado.

En este orden de ideas, y abordando el caso objeto de estudio, delanteramente encuentra el Despacho que el presente recurso de alzada se encuentra llamado al fracaso, pues basta con observar el proceso del cual se trata para evidenciar que el mismo tiene como fundamento un título ejecutivo, por el cual se conminó a la sociedad demandada en el auto de apremio a pagar a favor del demandante unas sumas de dinero determinadas por concepto de cánones dejados de cancelar; por tanto, valga decir que la prueba negada viene a ser impertinente, al menos con relación a este asunto, pues con ella se trata de demostrar, conforme lo argumentado por el recurrente, la vigencia o no de un contrato de arrendamiento suscrito entre el demandante y un tercero, situación que en nada busca acreditar que las sumas de dinero ordenadas en el mandamiento de pago ya fueron canceladas a su beneficiario, o que de alguna manera se hubiera cumplido con el contrato suscrito entre los aquí litigantes.

De otra parte y a fin de abundar en razones, es oportuno traer a colación que nuestra legislación procesal dispone que es deber de los apoderados y de las partes, entre otros, “Abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir.”; así mismo, y conforme lo reglado en el artículo 173 del C.G.P., “El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente.”

Y es que las anteriores disposiciones atienden al principio de economía procesal que demandan las actuaciones judiciales, el cual busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia; no en vano el artículo 43 del C.G.P., enseña que dentro de los poderes de ordenación e instrucción del Juez, podrá “rechazar cualquiera solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta”.

Así las cosas, nótese que el documento que ahora extraña el peticionario, hubiese podido ser obtenido y aportado directamente al proceso por el interesado de creerlo de vital importancia para la demostración de sus dichos, sin necesidad que por parte del Despacho se hiciera necesario oficiar ante la xxxxxxxxxxxx para que certificara lo pedido por el extremo demandado.

Con todo, resta manifestar que en el expediente milita suficiente material probatorio para decidir la presente causa y que se relaciona con las excepciones traídas a colación por la parte demandada, sin que se haga necesario el decreto de otros medios probatorios que resultan a todas luces impertinentes y superfluos para tal efecto, y contrarios al principio de economía procesal.

Así las cosas, era procedente negar la prueba consistente en la remisión de oficios solicitada por la parte demandada, como en efecto se hizo, por lo que la providencia recurrida se confirmará.”

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL MÉDICA. Falla en el servicio. Prueba Pericial.
Extracto:

"En este orden de ideas, si bien la prueba pericial fue decretada por petición de la demandante, la responsabilidad de su falta de práctica lo fue de la procuración de su abogada quien nada dijo durante aproximadamente un año que duro el proceso en pruebas; en esta instancia, no es la hora de solventar la incuria del abogada demandante, pues las pruebas en segunda instancia tienen que pedirse dentro del término de ejecutoria que admite el recurso y cuando decretadas se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, o cuando versan sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedirlas, o cuando se trata de documentos que no pudieron aducirse por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria, o cuando en el término ya indicado, todas las partes lo piden de común acuerdo (art. 361 del C.P.C), no cuando la parte no lo procuró habiendo sido decretada.

Los procesos civiles solamente se promueven a iniciativa de quien reclama justicia (art.2 del C.P.C.), salvo contadas excepciones el juez puede actuar oficiosa e inquisitivamente (art.581, 446,659-2 del C.P.C.), las partes tienen la carga de sufragar los gastos de la actividad procesal que realizan (art.1 ibídem), en el procedimiento civil prima el principio dispositivo pues los asuntos se tramitan generalmente a instancia de parte, las partes tienen el deber de colaborar con la prueba a riesgo de que su falta de colaboración sea apreciada como indicio en contra (art.71, numeral 6 ibídem), quien persigue el derecho debe probar el supuesto de hecho de la norma sustantiva de derecho que pide se aplique (art.177 ibídem), los procesos civiles no son investigativos ni se puede demandar indiscriminadamente para que el juez busque la trasgresión de la ley y al responsable , el juez debe atenerse a la actividad de las partes sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni a establecer la verdad para saber de parte de quien está la razón en la afirmación de los hechos.

Como la parte apelante también reclama que el Juzgado no tuvo en cuenta el dictamen traído por la demandante proveniente de la junta médica de la Compañía Seguros Bolívar, ciertamente tal dictamen no cuestionado por ninguna de las partes no contiene imputaciones de responsabilidad a las demandadas, describe las múltiples atenciones e intervenciones que hubo necesidad de realizar a la señora xxxxxxxxxxxx , los cuales coinciden con la historia clínica ; el dictamen informa que el 22 de noviembre de 1999 la paciente acudió a ortopedia presentando dolor crónico del tobillo y artrosis a nivel de interfalangica de 2do dedo del pie, que el 04 de enero de 2000 sufrió un accidente cuando se transportaba en su bicicleta habiendo acudido a la xxxxxxxxxxxx para ser atendida donde desde esa fecha se le realizaron múltiples intervenciones en procura de recuperarle la salud a la paciente, tales como "Reconstrucción de Ligamentos del Tobillo izquierdo + Artrodesis 2do del pie izquierdo, sin complicaciones", expresa que se aconsejó la disminución de peso porque pesaba 89 Kg, que el día 07 de julio de 2003 se le "reconstruyo el ligamento Cruzado Anterior, sin complicaciones",que se la atendió varias veces en Fisioterapia , se le realizaron juntas médicas y se decidió un manejo conservador para la rodilla, que la paciente insistió en que se le hiciera cirugía "por lo cual se decide realizar retiro de tornillos y valorar la posición del injerto (…) El 27 de agosto de 2007, el área de Fisiatría la reporta en "buenas condiciones generales, obesa (…)", en general el concepto habla de que la paciente ha sido operada en tres ocasiones del pie y del cuello del pie, habla de varias atenciones que han sido necesarias después del accidente todas en diferentes tiempos, que el dolor y las limitaciones son en el pie, cuello del pie y la rodilla, además de que presenta otras deficiencias como discopatía degenerativa lumbar, síndrome del túnel de carpo, defecto leve de refracción visual y cistitis intersticial crónica. (4.4.1. Y 4.4.2.)

Pues bien, como la decisión tiene que construirse de manera holística sobre la prueba, es menester repasar el resto de las existentes y relevantes para respaldar la decisión, más precisamente observar que tanto el dictamen de la Compañía de Seguros Bolívar S.A., la historia clínica y las declaraciones testimoniales coinciden en apuntar que el tratamiento

que se ha dado a la paciente ha sido el normal conforme al protocolo médico sin que pueda imputarse la responsabilidad de los daños en la salud que padece la demandante, por el contrario, todas las intervenciones han estado dirigidas a mejorar las condiciones físicas de la señora xxxxxxxxxxxx, siendo menester hacer alusión a lo declarado por los médicos que la trataron y que actualmente no ostentan dependencia de la clínica salvo el administrativo, cuyos testimonios técnicos se acercan a la fuerza probatoria de una prueba pericial; en lo puntual el médico ortopedista xxxxxxxxxxxx (4.5.2.1.), quien dijo haber atendido en febrero del 2000 a xxxxxxxxxxxx relata que la paciente fue valorada por varios profesionales y que las intervenciones siempre fueron tendientes a mejorar las condiciones de la salud sin que pueda imputarse falla en las intervenciones, las cuales eran necesarias por la notoriedad del compromiso de ligamentos que padecía, habla de la propensión a complicaciones que se derivan cuando los pacientes son obesos; por su parte, el médico ortopedista xxxxxxxxxxxx (4.5.2.2.), también declara que operó a xxxxxxxxxxxx de la rodilla y una deformidad que tenía en los dedos del pie, explica que el procedimiento quirúrgico realizado era el indicado y apropiado para la reconstrucción del ligamento cruzado, sin que en la intervención se haya presentado complicación, aclara que la ipsa tuvo a su disposición los instrumentos, equipos, y el personal idóneo para su realización; el médico xxxxxxxxxxxx (4.5.2.3.) administrativo de la Clínica xxxxxxxxxxxx informa sobre la manera como se escogen a los médicos al servicio de la clínica afirmando que en el tratamiento dado a la señora xxxxxxx no hay lugar a deducir negligencia por parte de los galenos que la atendieron.

Estos testigos técnicos para la sala merecen credibilidad en tanto no han sido tachados de sospechosos ni se ve motivo de faltar a la imparcialidad, de lo axial de la discusión podemos deducir que la demandante xxxxxxxxxxxx con anterioridad al accidente ocurrido el 04 de enero de 2000 ya estaba asistiendo a la Clínica xxxxxxxxxxxx a tratamiento de Ortopedia, habiéndole diagnosticado artrosis a nivel de la interfalange del segundo dedo del pie, por lo que se la remitió a cirugía para tratar la patología, situación que se vio empeorada con el accidente de tránsito que sufrió, nada nos indica que el desmejoramiento de la salud de la señora xxxxxxxxxxxx se haya debido a fallas en los procedimientos, intervenciones quirúrgicas , fisiátricas y fisioterapéuticas que se le dieron en la Clínica xxxxxxx que por cierto se trata de obligaciones claramente de medio y no de resultado, sin que lastimosamente haya sido posible lograr el mejoramiento de la salud de la demandante.

Todo nos lleva a confirmar la decisión, los servicios médicos que se prestaron por la Clínica xxxxxxxxxxxx a través de los diferentes especialistas que atendieron a xxxxxxxxxxxx fueron de medio y no de resultado, razón por la cual la demandante debió probar el comportamiento culposo o doloso en los tratamientos que recibió, la abogada de la demandante se limitó a reclamar sobre un daño a la salud que efectivamente padece la señora xxxxxxxxxxxx sin indicar puntualmente cual fue el dolo o la culpa de los médicos que la atendieron en la clínica quienes trataron por todos los medios de mejorar la salud de la paciente razón por la que falla el elemento causal, la misma apelante se duele y a última hora reclama que no se haya recaudado la prueba pericial sobre la cual en su oportunidad no se ocupó, esperando que llegue alguien a rescatar lo que ella no pudo probar y acepta que es indispensable."

Rad. 001 2007 00002 03 (14 03 2016) Acta 018. Dr. Jorge Jaramillo Villarreal

---

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Régimen probatorio. valoración de la Historia clínica.

Extracto:

"Así que, ninguna prueba en el plenario permite a esta Sala inferir que dicha situación haya sido ocasionada por la negligencia o impericia del cirujano que practicó la intervención quirúrgica, punto sobre el cual debe tenerse en cuenta que "…*El ejercicio de la medicina comprende por su propia naturaleza un riesgo;en cualquiera de las fases en que intervenga el galeno, unas de manera más evidente que otras, es latente un resultado adverso que, incluso, puede desbordar la capacidad de reacción o control del profesional, ajeno el mismo a negligencia o culpa…".*

Recordemos que la prueba pericial si bien fue solicitada en la demanda y así se decretó por el Juez de primera instancia, finalmente no fue practicada ante la conducta totalmente desinteresada de la parte actora. Nótese que dispuesta la remisión del demandante al

Hospital xxxxxxxxxxxx y al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en ningún momento se presentó el cuestionario que debían absolver los expertos a pesar de haberse manifestado en la demanda que el mismo sería remitido una vez "…*sea admitida la prueba por el Señor Juez…";* tampoco el actor compareció a dichas dependencias – no hay prueba de lo contrario- para dar respuesta – al menos- a los interrogantes relacionados en los escritos de contestación de xxxxxxx E.P.S. y la CLÍNICA xxxxxxx, los cuales a pesar de ser formulados por las demandadas sin duda alguna interesaban al objeto del proceso y podían dar luces sobre el tópico abordado en el mismo.

Es más, la parte actora tuvo una segunda oportunidad para gestionar el recaudo de la prueba cuando el conocimiento del asunto fue asumido por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Cali y en auto de fecha 22 de agosto de 2012 éste dispuso continuar con la práctica de las pruebas pendientes sin hacer mención a la prueba pericial. Nuevamente aquí la parte interesada guardó silencio, conducta pasiva que se repitió cuando en auto del 26 de junio de 2015 se corrió traslado para alegar de conclusión, derecho éste del que tampoco hizo uso.

Es claro así que la parte actora abandonó la labor que en materia probatoria le correspondía, pues si bien no se trata la experticia del único medio de prueba del cual puede valerse el interesado, como en verdad lo plantea el apelante, lo cierto es que sin la existencia de la opinión de un experto difícilmente se podrá concluir si un médico actuó o no de manera responsable; por la misma exigencia de formación profesional, resulta casi irremplazable que un neófito en la materia deduzca que un actuar médico especialista haya transgredido la lex artis.

En esta dirección, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, ha señalado que en los casos de responsabilidad médica la prueba pericial resulta fundamental: "*El dictamen técnico de expertos médicos es indudablemente el medio probatorio que ofrece mayor poder de convicción cuando se trata de establecer las causas que produjeron el deceso de una persona por la actividad de otras. Acerca de este mayor valor demostrativo de esa prueba ha dicho esta Corporación: es verdad que en muchos casos las causas determinantes de una muerte no caen bajo el dominio de los sentidos de las personas que puedan presentarla y que en otros casos tales causas son ajenas al conocimiento general de las gentes".*

Por las mismas razones, tampoco se acreditó que los cuatro días que el paciente permaneció en la Clínica XXXXXX luego de la cirugía, hubieren sido determinantes en el daño que se reclama en los hechos de la demanda. Contrario a ello, se observa en la historia clínica las valoraciones realizadas por los médicos tratantes a partir del momento en que el paciente manifestó tener dolor abdominal, como también las notas de enfermería que desvirtúan la afirmación de la parte actora según la cual "…*el equipo médico y asistencial de la Clínica ignoró cualquier comentario y menospreció la nefasta evolución…" del paciente.*

También encontramos los resultados de los éxamenes que fueron ordenados por los galenos y que según lo registrado en la historia clínica no evidenciaron signos de alarma, entre ellos, la ecografía de abdomen total del 5 de septiembre de 2008 que arrojó resultados normales, los Rayos x del día 6 de septiembre que mostraron "…*distensión de asas intestinales sin signos de obstrucción intestinal y materia fecal en el marcocólico",* y los exámenes de laboratorio practicados los días 4,6,7 y 8 de septiembre de 2008 (fl. 233 ys.s. cdno. ppal.), respecto de cuyos resultados ninguna hipótesis se plantea en la demanda.

Conforme con esto, es claro que la prueba documental que obra en el expediente – concretamente la historia clínica del paciente- no es suficiente para verificar un proceder culposo de los demandados, toda vez que para revelarlo se requería , en efecto, de una experticia que no fue practicada. Así, las conclusiones de la parte actora sobre la responsabilidad civil demandada no surgen espontáneamente de la lectura de la historia clínica ni encuentran respaldo en las restantes probanzas, para lo cual ha de tenerse en cuenta que en ninguna de ellas, existe una labor comparativa entre lo que sucedió y lo que hubiera consistido una adecuada prestación del servicio médico, bajo las específicas situaciones presentadas, labor para la cual está establecida la colaboración de auxiliares expertos, que no se llevó a cabo en esta oportunidad.

Entonces, si confrontamos la orfandad probatoria de la parte demandante con lo que registra la historia clínica arrimada al plenario, tenemos que no es posible establecer el nexo

causal entre la producción del daño y la conducta de los profesionales que atendieron al demandante, máxime cuando no se precisa en qué consistió el supuesto error de diagnóstico, qué exámenes dejaron de practicarse al paciente, cuál fue el protocolo que concretamente fue incumplido por los galenos tratantes o porqué el tiempo que permaneció el actor hospitalizado en la Clínica xxxxxxx luego de la cirugía fue determinante del daño. Y es que si bien se alegó en el recurso de apelación que los protocolos no fueron arrimados por la parte demandada, lo cierto es que a folios 256 s.s. del cuaderno principal, sí obran las guías establecidas al interior de la Clínica xxxxxxxxxxxx para el manejo de la apendicitis y la peritonitis, respecto de las cuales la parte actora ni siquiera formuló pronunciamiento alguno.

En gracia de discusión, si vamos más allá, advertimos que el daño que se menciona en la demanda tampoco está lo suficientemente probado toda vez que no se demostró que las dolencias que dice el demandante sufrir en la actualidad –y de las cuales tan sólo allegan apartes de la historia clínica- sean consecuencia de la apendicectomía que le fue practicada y de sus posteriores complicaciones, máxime cuando la especialista que rindió su testimonio en el proceso y que fue la encargada de realizar al actor la "*hemicolectomía derecha y anastomosis del ileón al colon transverso"*indicó que estos casos *"…el organismo utiliza sus mecanismos de adaptación y el colon restante toma la función del colon que se resecó , en este caso , la absorción de agua y electrolitos, lograron en el paciente una homoestasis (sic) casi completo. El funcionamiento del paciente es prácticamente normal por el resto de la vida…".*

Recapitulando, no es posible establecer una causal de conexión entre la conducta de los médicos que atendieron al señor xxxxxxxxxxxx , el tiempo que esté permaneció hospitalizado en la clínica xxxxxxxxxx luego de la cirugía y el daño que se dice en la demanda le fue ocasionado el cual, vale reiterar , tampoco se demostró sea consecuencia de la apendicectomía y de las complicaciones que de ella se derivaron.

Así, en respuesta a la inconformidad planteada por la parte apelante la Sala concluye que:

-A la parte demandante le correspondía la carga de la prueba y, en este sentido, debía demostrar, además del daño, la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del demandado y éste, lo cual no se cumplió en este asunto, como antes quedó sustentado.

-La valoración de la historia clínica realizada por el a-quo es acertada pues, como tuvo oportunidad de verificarlo la Sala, en la misma quedó consignada la atención médica dada al paciente y a partir de ella no es posible deducir la responsabilidad civil en cabeza de los demandados.

-Si bien la prueba pericial no es el único medio de prueba que puede arrimarse en este tipo de asuntos, lo cierto es que sin la existencia de la opinión de un experto difícilmente se podrá concluir si un médico actuó o no de manera responsable como quiera que, por la misma exigencia de formación profesional, resulta casi irremplazable que un neófito en la materia deduzca que un actuar médico especialista haya transgredido la *lex artis*.

-No es posible sorprender a estas alturas a la parte demandada con la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba pues, como lo enseña la jurisprudencia nacional, "*…En tales supuestos, obviamente, debe existir suficiente claridad en cuanto a la distribución probatoria que se determine para el caso particular, adoptada en el momento procesal oportuno y garantizando la adecuada defensa y contradicción de las partes…"*

-Tampoco puede darse la aplicación de este principio en el escenario que introdujo el Código General del Proceso en su artículo 167, toda vez que el mismo, vigente únicamente a partir del 1º de enero de 2016, exige de ciertas formalidades que , al tratarse el presente de un proceso iniciado y fallado en vigencia del Código de Procedimiento Civil, por obvias razones no se cumplieron. Lo contrario comportaría una flagrante violación al derecho de defensa de los demandados.

-Es claro entonces que no se demostró que la complicación que presentó el demandante se hubiere debido a un actuar culposo de los profesionales de la salud que lo atendieron y, menos aún, que los días que permaneció en la Clínica xxxxxxx luego de la cirugía, hubieren sido determinantes en el daño que se reclama en los hechos de la demanda."

Rad.009 2012 00330 01(06 03 2017) Acta No. 028 MP. Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. Accidente de tránsito. Culpa exclusiva de la víctima.
Rad. 013 2008 00016 01 (27 06 2016) Acta 044. M.P. Dr. Jorge Jaramillo Villarreal.

RESTITUCION DE TENENCIA. Posesión de inmueble.
Rad.015 2014 00500 00 (15 06 2016) Acta 000. M.P. Dr. Jorge Jaramillo Villarreal.

==========
==========

SALA DE FAMILIA

NULIDAD. Cosa juzgada, Unión marital de hecho. Le corresponde a la sala decidir apelación.

“Sabido es que uno de los principios que en el código de procedimiento civil informan el régimen de las nulidades, es el denominado como de taxatividad, a cuya virtud no todo yerro de actividad da lugar a remedio tan extremo, por estar reservado solo a los descarríos precisamente descritos en el listado del artículo 140 con un criterio de “numerus clausus”, entre los que no se contempló que el fenómeno de cosa juzgada sea causa de nulidad del proceso.

2. con todo, se observa en esta especie que sin exposición de razones, la juez de instancia entendió que la cosa juzgada es fenómeno que cabe comprender dentro de las previsiones del numeral 3, del referido precepto, que enlista como causal de nulidad la hipótesis de “cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia”, apreciación carente de todo sustento pues descartada en el asunto de concurrencia de la primera y la ultima de dichas situaciones, parece lógico asumir que la que probablemente tuvo la juez en mente fue la segunda de ellas, a cuyo propósito cabe decir que no es la eventualidad concurrente en el caso de mérito, por la obvia razón de que la acción de revivir solo es predicable del proceso terminado por desistimiento en el juzgado séptimo, y no de este otro, suscitado con la demanda del 22 de noviembre de 2013, que al recurrente se le antojo sin razón que está afectado de nulidad por medias la cosa juzgada.

3. ahora bien, no es que lo anteriormente expuesto conlleve de parte del tribunal la implícita afirmación de que dicho fenómeno carezca de toda significación, pues sin que legalmente este prevista como causal de nulidad, si tiene el carácter de una excepción de mérito, institución que conforme a la doctrina de los procesalistas es una de las alternativas de defensa al alcance del demandado, consistente en oponer a los hechos afirmados por el actor como sustento de sus pretensiones (art 75-6 id), otros diferentes dotados de aptitud jurídica para impedir, modificar o extinguir el derecho sustancial debatido, cuya alegación debe hacerse en la contestación de la demanda /art 92-3 id), pudiendo plantearse la de la cosa juzgada como previa (art 97 in fine id), tal como lo hizo el demandado mediante escrito al que no se le dio trámite por haberse presentado extemporáneamente, suerte que corrió igualmente por el mismo motivo el de réplica de la demanda, lo que sin embargo nos constituye valladar alguno para declararla oficiosamente en el caso de aparecer probados en el proceso los hechos que la sustentan, en razón de no ser de aquellas excepciones que necesariamente deben ser alegadas conforme a lo establecido en el inciso primero del artículo 306 ibídem.

4. Por tanto, al no estar contemplada como causal de nulidad la cosa juzgada, la juez debió rechazarla de plano con sujeción a lo previsto en el inciso cuarto del artículo 143 ibídem, en lugar de lo cual participo el desacierto de su planteamiento, de modo que al entrar en su examen expuso los argumentos atacados por el recurrente con otros a cuto examen no ha lugar, razonamientos en fuerza de los cuales el tribunal concluye que debe modificarse la providencia apelada en cuanto denegó la solicitud por no hallar configurada la cosa juzgada,

para en su lugar disponer su rechazo de plano por no ser causal de nulidad contemplada en el artículo 140 ejusdem.

(…)

Ya se dijo enantes que la cosa juzgada es una excepción que puede ser declarada oficiosamente; así se afirma porque se trata de un hecho que contrapuesto a los esgrimidos por la actora como fundamento de sus pretensiones, tiene la indicada virtualidad de impedir, modificar, o extinguir el derecho sustancial controvertido. Ahora bien, aunque en la motivación del fallo la juez hizo dicho examen de cara a alegada nulidad, con motivo de ello explicito las razones por las cuales en su criterio no se estructuro cosa juzgada, para lo cual dijo que a pesar de que el proceso primigenio termino por desistimiento al que se le atribuye dicho efecto, no era predicable en el caso de este proceso porque no se satisfacía la identidad del objeto de las pretensiones, a causa de diferir el petitum de la demanda promotora del primero, en la que lo implorado fue la declaratoria de existencia de la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes soportada en la afirmación de la convivencia de la pareja vivenciada del 25 de enero de 1999 a la fecha de presentación de la demanda , al paso que en el libelo genitor de este, como soporte de las mismas pretensiones se afirmó que dicha convivencia inicio el 28 de enero de 1999 y finiquito el día 1 de agosto de 2013, de suerte que dicha modificación excluía la averiguada identidad."

(…)

"Puestas las osas en este escenario, lo que se observa en el escrito de sustentación es que el recurrente nada argumento enderezado a poner de presente el yero de apreciación en el que en su criterio pudo incurrir en descarrió de actividad por haber dictado la sentencia sin esperarse a la decisión de la apelación previamente interpuesta contra el auto del 20 de abril de 2015, pero sin combatir ninguna de las motivaciones del fallo y puntualmente aquella omisión que deriva frustránea la gestión impugnativa.

Al margen de ello, cumple decir que ninguna vocación de éxito tiene alegación de un yerro de actividad por haberse expedido la sentencia sin que previamente se hubiere resuelto la apelación interpuesta contra el auto. Porque, como el propio impugnante lo admite, este fue concedido y admitió en el efecto devolutivo con sujeción a lo previsto en el artículo 354 del C.P.C., cuyo inciso doce enseña que "la circunstancia de no haberse resuelto por el superior recursos de apelación en el efecto devolutivo o diferido, no impedirá que se dicte la sentencia", de manera que si la proferida es apelada también, "el superior decidirá en esta todas las apelaciones cuando fuere posible". Entonces, al no haber una "indebida actuación" de la cognoscente, y sin que haya lugar a ninguna consideración en torno de los fundamentos de la decisión, porque ningún reparo sobre ellos hizo el recurrente, la sentencia será confirmada en su integridad, con condene en costas de esta instancia al apelante codemandado XXXXX."

RESUELVE: PRIMERO: MODIFICAR el único resolutivo del auto del 20 de abril de 2015 proferido por el juzgado primero de familia de descongestión que denegó la solicitud de nulidad del proceso por no configurarse la causal alegada, para en su lugar rechazarla de plano por no ser constitutiva de nulidad de la cosa juzgada.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida por el juzgado cuarto de familia de descongestión el 27 de agosto de 2015, en este proceso ordinario de XXXXXX contra XXXXX, en su condición de herederos determinados, y los demás indeterminados del causante XXXXX.

RAD: 2013 00639 02 (01 03 2017) **M.P:** Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos.

SALA LABORAL

PENSION DE SOBREVIVIENTE.

Le corresponde a la sala resolver la consulta de si la madre tiene derecho a la pensión de su hija… **I)** "(…) lo que se debe resolver por medio de consulta es si XXXXXX tiene o no derecho a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hija XXXX con aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa. El juzgado de instancia absolvió a la demandada porque la causante no cotizo al menos 300 semanas antes del 1 de abril

de 1994 de conformidad con lo establecido en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año. (…)

La sala considera que XXXX si dejo causado el derecho de pensión de sobrevivientes con aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa porque cotizo al menos 150 semanas dentro de los seis años anteriores al 1 de abril de 1994 y 150 semanas dentro de los seis años anteriores al fallecimiento, es decir, entre el 26 de diciembre 1992 y el 26 de diciembre de 1998, tal como lo ha establecido la jurisprudencia de la corte suprema de justicia.

Ciertamente, en la sentencia SL 11548 del 05 de agosto de 2015, radicación No. 53438, la sala laboral de la corte suprema de justicia, para la aplicación de la condición más beneficiosa y respecto del requisito de las 150 semanas exigidas por el artículo 6 del acuerdo 049 de 1990, recordó que estas deben ser cotizadas dentro de los seis años anteriores al fallecimiento y, que la misma densidad de semanas debe estar satisfecha contabilizándolas dentro de los seis años anteriores al 1 de abril de 1994. La corte reitero en esta sentencia lo que ya había señalado en las sentencias del 04 y del 26 de diciembre de 2006, radicaciones 28893 y 29042 en las que manifestó: "dos precisiones cabe hacer entonces, sobre el criterio jurisprudencial vigente en torno a las ciento cincuenta (150) semanas, así: la primera, para quienes fallecen antes del 31 de marzo de 2000pero después del 1 de abril de 1994, deben haber cumplido con esa densidad dentro de los seis años anteriores a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, e igualmente esa misma densidad dentro de los seis años anteriores a su fallecimiento, permitiéndose la suma de semanas cotizadas tanto antes como después de la ley 100 de 1993; la segunda, para quienes fallecen después de 31 de marzo de 2000, deben haber satisfecho esa densidad dentro de los seis años anteriores al 1 de abril de 1994, e igualmente esa misma densidad entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2000.". **II)** además de lo anterior, la sala acoge lo señalado por la corte constitucional en la sentencia de unificación SU442 del 18 de agosto de 2016, relacionada con el principio constitucional de la condición más beneficiosa.

En consideración a lo expuesto, se advierte de la historia laboral que obra a folio 36 del expediente que XXXX cotizo al instituto de seguros sociales, 273,43 semanas durante los últimos seis años anteriores al 1 de abril de 1994 y, un total de 267,57 semanas durante los últimos seis años anteriores al 26 de diciembre de 1998, fecha del fallecimiento, cumpliéndose con ello el requisito mínimo de las 150 semanas en los últimos seis años establecido por la corte suprema de justicia para la aplicación del citado principio constitucional.

En cuanto al requisito de la dependencia económica, la misma se encuentra acreditada con los testimonios de XXXX y XXXX. La primera, manifestó ser hija de la demandante y hermana de XXXXX, que su hermana vivía con su mama en una casa de barrio obrero de Cali; que eran cuatro hermanos pero solo quedan tres, que su hermana XXXX era la menor; que sus padres se separaron cuando ella tenía 7 años; que su madre no recibe ingresos de ninguna naturaleza, que fue ama de casa y era modista; que con este trabajo sostuvo a sus hijos después de la separación, que en algunas oportunidades salía a otras casas a lavar y planchar ropa; que su hermana mayor se fue para Venezuela a los 18 años y ella se casó cuando tenía 19 años, que su hermana XXXX era la que sufragaba los gastos del hogar; que ella compro unos pasajes para viajar a Venezuela a islas margarita con su mama y allá se enfermó y falleció; que ella trabajaba en XXXX; que inicio como aprendiz del SENA y después fue vinculada laboralmente, que laboro más o menos 8 años, que después de la enfermedad le cancelaron el contrato de trabajo; que ella no se casó, no vivía con alguna persona ni tuvo hijos, falleció de 33 años.

Por su parte XXXXX manifestó que es casado con XXXXX; que conoce a la demandante desde hace

Años; que ella vivía con sus hijos XXXX, XXXX y XXXX, que cuando la conoció era separada; que él se casó con XXXX y formalizaron su hogar aparte; que cuando conoció a XXX ella trabajaba y veía directamente por la demandante, que ella tenía 18 o 19 años y trabajaba independiente; que ella falleció más o menos en el año 1999, que para el fallecimiento trabajaba por su cuenta pero años antes lo hacía para XXXX, que para el momento de su muerte ella vivía con su madre y era la que se encargaba de los gastos del hogar; que XXXX y XXXX su esposa se llevaban más o menos 1 años; que cuando se conoció con su esposa se casaron a los 4 años, que ella tenía 23 años de edad. Dijo que la demandante no percibe ningún ingreso ni auxilio del estado, que ella vive con ellos dos

y ellos son los que le dan apoyo. Que cuando conoció a XXXX ella tenía 19 años y su hermana tenía 18.

Del análisis de los dos testimonios, la sala desprende que XXXX vivió hasta el momento de su fallecimiento con su madre XXXX y que ésta última dependía económicamente de su hija. De ambos testimonios se colige que XXXX no trabaja ni percibe ingresos de ninguna naturaleza, que desde la separación con su esposo vio por la crianza y sostenimiento de sus cuatro hijos generando ingresos con trabajos de modistería, lavado y planchado de ropa y que dichos trabajos no fueron permanentes; que para el momento del fallecimiento de XXXXX ésta dependía económicamente de ella porque le aportaba todo lo necesario para su sostenimiento, lo que hacía con los ingresos que obtenía como trabajadora de XXXXX y después como trabajadora independiente ya que era dibujante. Que no tuvo esposo ni compañero permanente y tampoco dejo descendencia.

La sala, luego de hacer un estudio riguroso de los testimonios anotados, considera que los mismo son serios, responsivos y coherentes, motivo por el cual sirven como elemento de convicción para acreditar la dependencia económica de XXXXX respecto de XXXXXX, pues si bien es cierto que los deponentes son parientes de la demandante, la primera por ser la hija y, el segundo, no por consanguinidad sino por afinidad, lo que en lenguaje común se conoce como el "yerno"; también lo es que esa circunstancia por sí sola no afecta la credibilidad o imparcialidad en los dichos, por el contrario, por esa misma circunstancia es que ellos tienen conocimiento personal y directo que la señora XXXX dependió económicamente de XXXXX.

Aún más, la sala no observa en el expediente que la demandante obtenga ingresos provenientes de rentas y auxilios del gobierno, al consultarse el registro único de afiliados a la protección social se encontró que la actora se encuentra afiliada a EPS sanitas y a la caja de compensación familiar COMFENALCO VALLE en calidad de beneficiaria; que no tiene afiliación al sistema general de pensiones ni riesgos laborales, no devenga pensión y tampoco está vinculada a programas de asistencia social. Lo anterior cobra fuerza con el hecho que en la actualidad vive con XXXXX y XXXXX quienes son los que le brindan apoyo económico. Tampoco se desvirtuó por COLPENSIONES la dependencia económica señalada; así que no hay razón para desconocer que la actora tiene derecho a la pensión de sobreviviente reclamada." **III)** a manera de conclusión, se le reconoce la pensión a la madre de la causante, se le reconocen retroactivos también, se absuelve a la demandada de pagar intereses moratorios puesto que fue por vía judicial que se reconoció la obligación de COLPENSIONES a pagar dicha prestación.

RESUELVE: REVOCAR la sentencia consultada No 118 del 05 de mayo de 2016 proferida por el juzgado doce laboral del circuito de Cali y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: CONDENAR A COLPENSIONES a reconocer a XXXXX la pensión de sobreviviente desde el 26 de diciembre de 1998 y en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 21 de agosto de 2012, por las razones expuestas en las consideraciones de este proveído.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a XXXXX la suma de XXXXX por concepto de retroactividad pensional por las mesadas causadas desde el 21 de agosto de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2016, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre. La demandada deberá continuar pagando a la actora a partir del 1 de enero de 2017 la suma de XXXX por concepto de mesada pensional sin perjuicio de los reajustes anuales de ley decretadas por el Gobierno Nacional.

RAD: 760013105-012-2015-0073701

M.P: German Varela Collazos.

CONTRATO DE TRABAJO. Contrato por convenio de asociación. Cooperativa de contrato asociado. De las indemnizaciones moratorias por la no consignación de cesantías y por el no pago de salarios y prestaciones finales. La buena como eximente del pago de estas."

"De cara a lo que es objeto de debate y materia de los recursos de apelación presentados por los demandados, le corresponde a la Sala establecer por el análisis factico y jurídico de la actuación de la actuación de primera instancia; en primer lugar, si la relación existente entre el demandante y los demandados Banco Colpatria y la Cooperativa "SIPRO", lo fue con las características propias de una relación laboral dependiente, es decir; regida por un contrato de trabajo, en cuyo caso habrá de prosperar la pretensión declarativa de existencia del contrato de trabajo como lo considero el a quo, o si por el contrario, estuvo regida por los parámetros del acuerdo cooperativo celebrado entrambos, caso en el cual habrá de revocarse la decisión de primera instancia; en segundo lugar y solo si la respuesta al primer problema jurídico planteado es afirmativa, determinar si la conducta de los demandados puede considerarse de "buena fe" para efecto de exoneración de la indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías y el no pago de las acreencias laborales a la terminación del contrato. Igualmente, lo concerniente a la forma como debe aplicarse la indemnización moratoria por la no consignación de cesantías y particularmente la determinación.

La Sala sostendrá la tesis que la relación existente entre el demandante, la Cooperativa "SIPRO" y el Banco Colpatria S.A., lo fue con las características propias de una relación laboral dependiente, regida por el Código Sustantivo del Trabajo, y que su conclusión sucedió sin la concurrencia de alguna de las justas causas establecidas en la ley para su terminación. Igualmente, que las conductas observadas por las demandadas no son compatibles con la buena fe alegada, pero con todo, no es posible que la sanción por la no consignación de cesantías corra paralela y coetáneamente cuando el empleador se ha sustraído al deber de consignarlas durante vario ciclos anuales, ni que se impongan más allá de la terminación del contrato."

(…)

"De tal modo, resulta para esta sala imperativo analizar lo antedicho, pues la labor ejercida por la demandante de **Asesor Comercial en Tarjetas de Crédito y Seguros de Vida**, es una actividad propia de la entidad bancaria; por el cual resulta irregular la vinculación entre la Cooperativa SIPRO y el Banco Colpatria para ejercer funciones comprendidas dentro de la actividad ordinaria de este.

En tal sentido, la declaración juramentada de la señora X.X.X.X.X.X.X. confirma el ejercicio de la actividad misional que ejecutaba el demandante al establecer que, "existió una oferta mercantil entre SIPRO y el banco, la cual consistía en la colocación de los productos financieros del banco como tarjetas de crédito, seguros en el mercado".

Asimismo, el objeto del contrato de oferta Mercantil de Venta de Servicios Cooperativos celebrado entre la Cooperativa SIPRO y el Banco Colpatria S.A., menciona que:

"la presente oferta tiene por objeto regular a partir de la expedición de las órdenes de compra de servicios por parte de Colpatria, la prestación de servicio por parte de la cooperativa con total autonomía técnica, administrativa y financiera bajo su propio riesgo y dirección y con sus asociados, en las labores de colocación de los diferentes productos financieros que Colpatria lo necesite, así como los demás servicios conexos que eventualmente requiera Colpatria en torno a dicha operación, entre otros, como telemercado y televentas

Por consiguiente, se evidencia con mayor detalle la prestación personal y del servicio por parte del demandante, pues según la labor que realiza debe ejercer las órdenes de compra de servicios por parte del banco en labores de colocación de diferentes productos financieros, actividad propia del banco.

Así mismo, ninguna de las pruebas allegadas permite inferir que los elementos o medios utilizados por el asociado a favor del Banco Colpatria hubieren sido de la cooperativa, o que tales servicios respondan a un proceso total cuya finalidad sea la de obtener un resultado final especifico, pues como se hace notar las funciones de asesor comercial de productos financieros en mercado natural con énfasis en tarjetas de crédito, son propias e inherentes al objetivo misional del Banco Colpatria.

Por las razones anteriores, se concluye que la relación existente entre la demandante, la cooperativa SIPRO y el Banco Colpatria, tuvo como trasfondo una relación laboral subordinada respecto de la cual ostento la calidad de simple intermediaria, lo que hace solidariamente responsable de todas las obligaciones derivadas de aquella, tales como: cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, sanción del artículo 99 ley 50/90

y Sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; lo que comporta confirmar la decisión de Primera instancia la cual declara la existencia del contrato en la forma como se pide en la demanda."

(…)

"En el caso concreto, contrario a lo planteado por el a-quo, el pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 del año 2006 se genera a partir del 15 de febrero del 2007 por un monto diario de $ 64.346 hasta el 14 de febrero del año 2008, pues a partir del 15 de este último año empieza a correr la siguiente sanción moratoria por la no consignación de las causadas durante la vigencia del 2007 por un monto diario de $ 45.014 que se extendió hasta la fecha de terminación del contrato, es decir, hasta el 06 de marzo del año 2009. A partir del día siguiente a la terminación comienza a regir la sanción contemplada en el artículo 65 del CST.

En este orden de ideas, no son acumulables la sanción por la no consignación de cesantías cuando dejan de consignarse sucesivamente varios periodos anuales de cesantías, ni mucho menos pueden imponerse paralelamente con la del artículo 65 citado, razón por la cual resulta estimable el recurso de la demandada y se impone, en consecuencia, la modificación de la sentencia.

En cuanto a la buena fe como eximente de la sanción moratoria por el no pago final de salarios y prestaciones, la jurisprudencia inveterada de la Sala Laboral de la Corte ha precisado que en la medida en que se trata de una sanción no puede aplicarse esa norma con carácter meramente objetivo, pues por mandato constitucional, antes y ahora con la constitución de 1991, está proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva. Por esta razón, para su aplicación ha de ponderarse siempre la buena fe del empleador. Es decir; la existencia de motivos atendibles y razonables que le permitan al juzgador concluir que tuvo razones de peso para sustraerse a la obligación de cancelar las acreencias finales de los trabajadores a su servicio.

Ahora bien, en la medida en que la buena fe es motivo de exoneración de la sanción, se constituye en un elemento normativo implícito en la disposición citada, por lo cual en este caso particular no es posible presumirla por principio general de derecho, toda vez que siendo presupuesto factico de la exoneración su prueba corresponde a quien desee beneficiarse de sus efectos. No se trata en realidad como se ha sugerido por algunos, de una presunción de mala fe, proscrita por principio universal de derecho, sino justamente de un elemento objetivo del dispositivo legal que conforme a la regla del onus probandi debe acreditarse por quien pretenda exonerarse de la sanción.

En tal sentido, la Sala de Casación Laboral en el proceso 46574 señala que para definir la procedencia de la indemnización moratoria, debe estudiarse en cada asunto particular la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa salarios o prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, esta precedido de buena fe por encontrarse justificado en razones serias, que pese a no resultar viables o jurídicamente acertadas, si pueden considerarse atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubiese llevado al convencimiento de que nada adeudaba; o que por el contrario, su proceder se encuentra revestido de la mala fe que conduzca a fulminar una condena en su contra. De ahí que se sostenga que la aplicación de esta sanción no en automática ni inexorable.

Del mismo modo, debe memorarse que la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud (Sentencia CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35414, reiterada en al SL 12854-2016, 24 aj. 2016, rad. 45175); e igualmente que la absolución de esta clase de sanción cuando se discute la existencia del vínculo contractual laboral, no depende de la negación del mismo por la parte convocada a juicio al dar contestación al escrito inaugural del proceso, negación que incluso puede ser corroborada con la prueba de los mismos contratos, ni la condena de esta suplica depende exclusivamente de la declaración de su existencia que efectué el juzgador en la sentencia que ponga fin a la instancia; habida consideración que en ambos casos se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria que hable de las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del contrato, a fin de poder determinar si la postura de

este resulta o no fundada (Sentencia CSJ SL, 8 may.2012, rad. 39.186, reiterada en la SL 11436-2016 29 jun. 2016, rad. 45536).

De acuerdo con las sub reglas planteadas antecedentemente, concluye la Sala que la conducta desplegada por los demandados no puede considerarse revestida de buena fe cuando deliberadamente han violado la normatividad a la que están sujetas. Dicho de otro modo, no puede considerarse de buena fe una conducta lesiva del orden jurídico y de los derechos mínimos consagrados por las leyes sociales a favor de los trabajadores.

En el caso sub judice, está suficientemente probado que el oficio o labor desempeñado por la demandante hace parte de las actividades propias de la empresa beneficiaria de tales servicios, sin que sea justificable su tercerización a través de estas formas de trabajo cooperativo."

La Sala condenó a las demandadas a cancelar la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías.

Rad. 009 2011 01203 01 (24 02 2017). M.P. Dr. Ariel Mora Ortiz.

PAGO DE HORAS EXTRAS, DOTACIONES La **dotación es una prestación pagadera en especie. Si el empleador no satisface esta prestación, el efecto de tal omisión no traduce cosa distinta que la violación de una obligación implícita por ministerio legal en el contrato de trabajo, motivo por el cual su reivindicación posterior a la terminación del contrato solo puede realizarse mediante una acción reparatoria o indemnizatoria**

"se discute en forma central el pago de las horas extras y dotaciones causados durante la existencia del vínculo laboral que ligo a las partes entre 01 de enero de 2000 hasta el 13 de febrero de 2013 y como consecuencia de lo anterior, el pago de la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones finales.

Por tanto en esta sede no es objeto de discusión que la relación laboral entre demandante y demandado estuvo signada por varios contratos de trabajo a término fijo, celebrado de manera más o menos sucesivas dentro de los extremos temporales de01 de enero de 2000 hasta el 13 de febrero de 2013 y la terminación del vínculo laboral por justa causa por el reconocimiento de la pensión de vejez, pues es lo que cabe deducir de la demanda, su contestación y las pruebas incorporadas con cada una de ellas, y la confesión derivada de la no asistencia del demandante a la audiencia de conciliación.

Respecto de las horas extras reclamadas ningunas pruebas trajo el demandante al proceso que de fe del tiempo extraordinario laborado, pues estas se limitaron a la aportación de los diversos contratos de trabajo suscritos; constancia otorgada por el inspector de trabajo, declaración juramentada rendida ante la notaria catorce del circuito de Cali por lo señores XXXXX y XXXXX y el certificado de registro como comerciante del demandado, ninguna de las cuales tiene la aptitud de demostración de las horas extras laboradas.

Adicionalmente, solicito interrogatorio de parte al señor XXXXX, la cual no fue posible llevar a cabo pues el demandante ni su apoderado judicial asistieron a la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previa, saneamiento y fijación del litigio del 25 de junio de 2014.

En cuanto a las dotaciones reclamadas, cumple advertir que como lo ha precisado la jurisprudencia de la sala laboral de la corte suprema de justicia, su naturaleza es la de ser una prestación pagadera en especie durante la existencia o ejecución del contrato de trabajo. Sin embargo, si durante esta no se satisface por el empleador esta prestación, el efecto de tal omisión no traduce cosa distinta que la violación de una obligación implícita por ministerio legal en el contrato de trabajo, motivo por el cual su reivindicación posterior a la terminación del contrato solo puede realizarse mediante una acción reparatoria o indemnizatoria a través de la cual el trabajador demuestre los perjuicios derivados de ese incumplimiento, demostrando por ejemplo, los gastos en que incurrió por el no suministros de aquellas. Sin embargo, tampoco sobre este aspecto se encuentra prueba alguna dentro del proceso, lo que conduce indefectiblemente a la confirmación del fallo, en tanto la declaración de existencia del contrato carece de sentido pues sobre ese aspecto particular ninguna controversia existe."

La Sala confirmó la sentencia consultada.

APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL, PRESCRIPCION

"La apelación formulada por el apoderado judicial de la parte ejecutante pretende que se revoque la decisión judicial en cuanto estimo demostrada parcialmente la excepción de prescripción formulada por la ejecutada. Con tal fin manifiesta que los aportes a la seguridad social son imprescriptibles por lo que negar al fondo de pensiones la oportunidad de perseguirlos ejecutivamente afecta al trabajador afiliado y libera al empleador de sus obligaciones sin justificación alguna.

La juez a-quo estimo que se encontraba parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de los aportes a la seguridad social en la medida en que estos tienen la connotación de aportes para fiscales resultándoles aplicables el artículo 817 del estatuto tributario que establece un término de cinco años para extinguir ese tipo de obligaciones, decisión que respalda en la sentencia radicado 470012331002601041 del consejo de estado. Tesis esta con la que no comulga esta corporación, en la medida en que de tiempo atrás tanto este tribunal como la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia se han inclinado por una posición totalmente contraria encaminada a la imprescriptibilidad de los derechos pensionales entre ellos los aportes o cotizaciones al régimen de pensiones. Así por vía de ejemplo se dijo en sentencia radicado 21378 de 2005, reiterada en diversas oportunidades, entre ellas, en sentencia radicado 46225 de 2016.

Así las cosas habrá de revocarse la decisión apelada sobre este puntual aspecto, pues no resultaría lógico aceptar, de un lado, que dentro de los procesos laborales declarativos imponer el pago de pensiones a cargo de las administradoras de fondos de pensiones incluyendo periodo de cotización en mora sin considerar fenómeno prescriptivo alguno sobre esos ciclos, o declarar la existencia de vínculos laborales imponiendo el pago de aportes a la seguridad social a los empleadores sin estimar el impacto de prescripción alguna sobre ellos. Y de otro lado, declarar la prescripción de los aportes a la seguridad social dentro del trámite ejecutivo que inicia el fondo de pensiones en aras de cumplir con su deber legal de perseguir el pago de los aportes a la seguridad social de los afiliados y a cargo de los empleadores morosos.

En consecuencia, no resulta avante la excepción de prescripción formulada. **II)** 2. En lo que tiene que ver con la alzada formulada por la parte ejecutada, para esta sala ciertamente resulta necesario un pronunciamiento expreso y de fondo sobre la excepción de pago, tal y como lo recalca el recurrente, de manera que vista la improsperidad de la prescripción pasemos pues a identificar si la exceptiva de pago formulada tiene vocación de prosperidad sobre alguna de las obligaciones objeto de ejecución.

En el caso de autos la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías XXXX, pretende ejecutar a la sociedad XXXX., para lograr el pago de aportes a pensiones e intereses moratorios, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 24 de la ley 100 de 1993.

Es de recordar que, el titulo puede ser simple o complejo. En el primer evento y en el segundo evento, se requiere de una pluralidad de documentos que conlleven unidad jurídica inescindible, de tal forma que faltando alguno de ellos se desvanece la naturaleza del título.

Pues bien, el artículo 24 de la ley 100 de 1193, le otorgo facultades a las administradoras de los diferentes regímenes para adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de acuerdo con los reglamentos que expida el gobierno nacional, prestando merito ejecutivo la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado. En desarrollo de la referida norma, se expidió el decreto 1633 de 29 de noviembre d 1994.

Se desprende de lo anterior que, el titulo ejecutivo para el cobro de aportes de la seguridad social debe estar conformado por el requerimiento al empleador y la liquidación efectuada por la administradora respectiva. Se trata, entonces, no solo de un título complejo sino especial, razón por la cual la verificación de los requisitos para su constitución deben ser no solamente los generales de artículo 488 del derogado C.P.C o ahora el artículo 422 del actual C.G.P, sino los especiales consagrados en las normas citadas en concordancia con el artículo 2 numeral 5 del C.P.L y de la S.S.

En lo que toca con el requerimiento, la norma citada indica que será una comunicación de la entidad administradora dirigida al empleador, nada más.

En el sub lite, se observa que a folio 3 a 18 del plenario obran requerimientos calendados el 12 de noviembre de 2014, dirigidos a la sociedad XXXX y a su socio XXXXX y liquidaciones de las obligaciones adeudadas respecto de los trabajadores XXXXX, y XXXXX, con fechas de elaboración 12 de noviembre de 2014 y 29 de enero de 2015.

De lo anterior se colige que la entidad administradora cumplió con los presupuestos legales para activar a su favor las acciones de cobro respectivas mediante la tramitación del respectivo juicio, pues envió la comunicación requiriendo al empleador moroso y aporto al plenario la liquidación de las obligaciones pendientes, por lo que sin mayor esfuerzo deben entenderse satisfechos los elementos mínimos para proferir la orden de ejecución solicitada.

La Sala revocó y declaró no probada la excepción de prescripción

RAD: 016 2015 00122 01 (15 03 2017) Dr. Ariel Mora Ortiz

SALA PENAL

Permiso de hasta 72 horas para salir del establecimiento carcelario. Requisitos. Valoración de la conducta del condenado no puede estar sometida y depender exclusivamente de determinados periodos de tiempo o de unas calificaciones que en tales interregno se haya dado, sino que debe evaluarse de manera ponderada e integral en cada caso concreto, analizándose la evolución o avance del comportamiento que ha asumido la persona privada de su libertad durante el tiempo que ha permanecido en esa condición

Conducta punible: Homicidio

Extracto:

“Los razonamientos expuestos conducen a deducir que la valoración de la buena conducta del condenado en el establecimiento penitenciario no puede estar sometida y depender exclusivamente de unos determinados períodos de tiempo o de unas calificaciones que en tales interregno se haya dado, sino que debe evaluarse de manera ponderada e integral en cada caso concreto, analizándose la evolución o avance del comportamiento que ha asumido la persona privada de su libertad durante el tiempo que ha permanecido en esa condición y así conocer o determinar si realmente ha avanzado en ese tratamiento de resocialización o por el contrario, no se ha logrado en él ese fin y, por consiguiente, si es merecedor o no de obtener el incentivo que se otorga a aquellos que se ubican en el período semiabierto como es el caso del recurrente.

La Sala respalda su tesis en que si el inciso final del artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario, precisa que quien observare mala conducta durante uno de los permisos, se hará acreedor a la suspensión de ellos por seis meses, advirtiéndole que estos se le cancelarán definitivamente si reincide en esa mala conducta o comete una contravención o un nuevo delito, lo que permite inferir que la calificación de la conducta inferior a buena como así sucedió en tres ocasiones seguidas en esta eventualidad, no conlleva a que ineludiblemente se deba negar el beneficio, puesto que si el legislador concede un margen razonable de tolerancia frente aquellas personas que han sido beneficiadas con él e incurren en conductas calificadas con grados menores a buena, tan sólo le suspende la posibilidad de acceso sin siquiera imponerle como consecuencia la extinción del derecho por esa falla, con mayor razón debe tenerse en consideración ello como criterio de ponderación para su otorgamiento de acuerdo a cada caso concreto.

En consecuencia, pueden existir casos en que una sola calificación negativa de la conducta impida la concesión de beneficios, según se acredite en la actuación que corresponda y las circunstancias que rodeen ese evento particular, en el que sea palpable que no se han cumplido las finalidades del tratamiento penitenciario, en desarrollo del sistema progresivo.

Retomando el análisis del caso bajo estudio, se advierte que durante el lapso comprendido entre el 04 de Diciembre de 2011 y 3 de Marzo de 2012, escasos 10 meses después de haber ingresado al Establecimiento de reclusión, el señor xxxxxxxxxxxx, fue calificado con una conducta mala, siendo la causa que generó esa calificación la imposición de una sanción con ocasión de una investigación disciplinaria con radicación 1198H/2011 que inició por hechos ocurridos el 27 de Diciembre de 2011, y en la que fue sancionado mediante la Resolución No. 0104 del 17 de Enero de 2012 a la suspensión de 3 días de visitas por infringir la Ley 65 de 1993, la cual fue extinguida mediante decisión administrativa que la Directora del Complejo Carcelario y Penitenciario de Jamundí expidió el 13 de Mayo de 2016.

En los dos siguientes trimestres fue calificado sucesivamente con conducta mala y regular, respectivamente; sin que se haya establecido las razones de ello porque no precisaron, deduciéndose que no fue por haber incurrido en falta de índole disciplinaria dado que la oficina de Investigaciones Internas del Complejo Penitenciario y Carcelario de Jamundí , certificó el 5 de septiembre del año anterior que no se habían encontrado registros de informes o sanciones disciplinarias en contra de xxxxxxx.

Así entonces, conforme a lo dicho y probado, entre el 23 de Enero de 2011 y hasta el momento en que se emite esta decisión judicial, esto es, más de 6 años, el señor xxxxxxxxxxxx fue evaluado con una calificación mala durante dos trimestres y como regular el siguiente; pero a partir de allí, desde el 4 de Septiembre de 2012, su comportamiento al interior del centro de reclusión ha sido calificada como buena y desde el 8 de Julio de 2013 hasta la actualidad siempre ha sido ejemplar.

De igual modo, la revisión de la evaluación de estudio y enseñanza que ha realizado en el centro penitenciario siempre ha alcanzado calificación sobresaliente, incluso en los períodos en que fue calificada su conducta como mala y regular, como así lo acredita el certificado 15150849 del 20 de Enero de 2012 que el Complejo Carcelario envió al A quo para que se estudiara una redención de pena por concepto de estudio.

Así las cosas, para ésta Corporación no hay duda que el sistema progresivo del tratamiento penitenciario ha tenido efectividad en el caso particular del señor xxxxxxxxxxxx, dado que si bien pocos meses después de su reclusión se vio involucrado en situaciones que condujeron a que su conducta fuera calificada en un grado inferior a buena, con posterioridad a ello, asumió un cambio radical en su comportamiento, siendo calificado con buena conducta por un extenso interregno y luego ha sostenido en forma constante y sucesivamente por varios años una calificación ejemplar, dedicándose a adquirir nuevos conocimientos y estudios con resultados positivos, por lo que debe reconocérsele que se ha ajustado y asimilado el propósito de la sanción que se le impuso sin incurrir en conductas que sean contrarias a los mandatos e imperativos del establecimiento penitenciario.

Por lo anterior, debe concluirse que la valoración de la conducta del señor xxxxxxxxxxxx, de acuerdo con la evolución de la misma en cumplimiento de la pena de prisión, es buena, razón por la cual, dada la plena satisfacción de las demás exigencias previstas en el artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario, conducen a que en este evento particular, sea plausible revocar el Auto Interlocutorio No. 1786 del 18 de Octubre de 2016 proferido por el Juzgado de primera instancia.

En consecuencia, se aprobará el beneficio administrativo de permiso de hasta 72 horas a favor del señor xxxxxxxxxxxx, para salir del establecimiento de reclusión, sin vigilancia, efecto para el cual, se librarán las comunicaciones de rigor ante el Director del Complejo Carcelario y Penitenciario de Jamundí."

Rad.805 2011 80003 01(27 02 2017) Acta 052 M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz.

==========
==========

DEL BENEFICIO ADMINISTRATIVO DE PERMISO HASTA POR 72 HORAS. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Permiso de 72 horas.

"Siendo que la situación jurídica de la señora E.A.R., se ubica en el hecho de haber sido condenada por los hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley modificatoria del artículo 68ª y que el instituto que reclama se encuentra excluido por mandato legal, surge claro que no es viable acceder a su pretensión.

Conducta punible: Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.

"Es un beneficio administrativo consagrado en el artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario, modificado por los artículos 5º del decreto 1542 de 1997 y 29 de la ley 504 de 1999, en donde se establece la posibilidad de salidas periódicas sin vigilancia de hasta 72 horas a los internos que cumplan una serie de requisitos que menciona la normatividad.

Al margen del cumplimiento de estos requisitos, hay que recordar que los hechos relacionados en la sentencia de condena, datan del 18 de mayo de 2014, es decir, con posterioridad la entrada en vigencia de la ley 1709 de 2014, que en el artículo 32 modifica el contenido normativo del artículo 68ª de la ley 599 de 2000,…"

(…)

"Siendo que la situación jurídica de la señora E.A.R., se ubica en el hecho de haber sido condenada por los hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley modificatoria del artículo 68ª y que el instituto que reclama se encuentra excluido por mandato legal, surge claro que no es viable acceder a su pretensión.

Además, tampoco es posible acudir al principio de igualdad, en primer lugar por cuanto aquella no ha demostrado quienes son las personas que se encuentran en la misma situación jurídica suya y aun así se les ha otorgado un tratamiento diferente en cuanto a los permisos de 72 horas y por otra parte, por cuanto se está en aplicación estricta del principio de legalidad, lo que determina la inviabilidad de la petición.

Lo anterior evidencia que la situación de la señora E.A.R., se encuentra dentro de la prohibición expresa establecida en el art. 68A, y por tanto no es procedente el beneficio invocado, imponiéndose entonces la confirmación del auto interlocutorio No 1658 del 29 de Noviembre de 2016 proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la Ciudad.

Por tanto, por expresa prohibición legal se debe despachar desfavorablemente la solicitud del beneficio administrativo, razón suficiente para confirmar la decisión objeto de alzada"

Rad, 193 2014 18564-01 (06 de febrero de 2017) M.P. Dra. Socorro Mora Insuasty

---

BENEFICIO ADMINISTRATIVO. Permiso de 72 horas.
Conducta punible: Acceso carnal violento en concurso con Acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años agravado.

"De acuerdo al contenido del artículo 216 de la ley 1098 de 2006 relativo a la vigencia, se tiene que las prohibiciones contenidas en el artículo 199 ibídem, empezaron a regir a partir de la promulgación de la ley, esto es, el 8 de noviembre de 2006, siendo entonces aplicable dicha normatividad únicamente a las personas que incurrieron en las citadas conductas punibles a partir de esa fecha.

Para el caso concreto, se tiene que el señor XXXXXXXXX fue condenado mediante sentencia anticipada No. 001 del 03 de mayo de 2011 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Buenaventura Valle, a la pena principal de 218 meses y 22 días de prisión al hallarlo penalmente responsable del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS Y ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO, por hechos acaecidos entre los años 2000 y 2002 (Folio 44-68 C.O.2).

De conformidad a ello, resulta totalmente desacertado dar aplicación en este caso a las prohibiciones de demanda el artículo 199 de la ley 1098 de 2006, como quiera que dicha normatividad no se encontraba vigente para la época de los hechos por los cuales fue juzgado el señor XXXXXX, pues como se notó en precedencia, el código de la Infancia y la Adolescencia entro a regir en el mes de noviembre de 2006, no siendo entonces de recibo la apreciación que en este sentido realizo el Juez Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali.

Por tanto, al no ser aplicable en este caso la prohibición contenida en el artículo 199 de la ley 1098 de 2006, entra la Sala a analizar si el señor XXXXX es derechoso o no a la

aprobación del permiso de hasta 72 horas, de acuerdo a la solicitud elevada en su favor por el INPEC, pues si bien el A-quo dejo claro que reúne la totalidad de requisitos del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, es deber de la Sala verificar la procedencia del beneficio.
(…)

Concatenando los anteriores presupuestos legales con el tema propuesto por el recurrente, lo primero que ha de indicarse es que los requisitos descritos en el Estatuto Penitenciario parea el disfrute del permiso administrativo enunciado, no resultan alternativos, es decir que todos han de concurrir a favor del recluso para que la petición tenga vocación de éxito, de lo contrario, con que no se cumpla alguno de estos basta que sea negada

Descendiendo al caso concreto, observa la Sala que como bien lo anoto el Juez de Primera Instancia, el sentenciado XXXX cumple a cabalidad con los requisitos establecidos en el artículo 147 de la ley 65 de 1993, por cuanto:

1.) A la fecha de la providencia que se revisa, teniendo en cuenta que el señor XXXXXX se encuentra privado de la libertad desde el 14 de junio de 2009 y contando el tiempo redimido (1 año, 8 meses y 22.5 días) su pena fue cumplida efectivamente se totaliza en 110 meses y 15.5dias (9 años, 2 meses y 15.5 días), encontrándose cumplida la tercera parte de la pena impuesta.

Recuérdese que hoy el sentenciado fue condenado a la pena de prisión de 218 meses y 22 días de prisión.

2.) El sentenciado se encuentra en fase mediana seguridad, tal y como se extrae del acta obrante a folio 153 C.O.3.
3.) No se avizora requerimiento alguno de autoridad judicial, de acuerdo al certificado de antecedentes de la SIJIN y la FISCALIA aportado por el centro carcelario (Folio 154-159 C.O.3), ni se registra fuga ni intento de fuga.
4.) El sentenciado ha ocupado su tiempo en actividades de estudio dentro del centro carcelario, de allí que le haya concedido redención de pena en tres oportunidades por los Despachos que han vigilado la pena a él impuesta (véase la cartilla biográfica obrante a folio 151-152 C.O.3.

Aunado a ello se tiene que el sentenciado durante la reclusión ha observado buena y ejemplar conducta, de acuerdo con el registro de calificaciones aportado por el centro de reclusión, obrante a folio 160 C.O.3.; así mismo se aporta certificado de calificación de conducta del periodo comprendido entre el 10/102016 a 18/11/2016 en grado ejemplar (folio 161 C.O.3.)

* Así mismo por tratarse de una condena superior a 10 años, de acuerdo al artículo 1º del Decreto 232 de febrero 2 de 1998, se verifica que:
a) de acuerdo a las certificaciones de la SIJIN y la FISCALIA, el señor XXXXXXXX no está vinculado formalmente en calidad de sindicado en otro proceso penal o contravencional
b) conforme al informe de la SIJIN no existen informes de inteligencia de organismos de seguridad del Estado que vinculen al solicitante:

“realizada la consulta en el sistema de información OCN Interpol a la fecha 16/11/2016, figura NEGATIVO respecto a circulares a nivel internacional”
(Folio 154-155 C.O3.).

c) el sentenciado no ha incurrido en las faltas disciplinarias, de acuerdo a la certificación expedida por la dragoneante XXXXXXXXX el pasado 15 de noviembre de 2016, de la oficina de investigaciones internas del Complejo Carcelario y Penitenciario de Jamundí- COJAM- (Folio 162 C.O.3.).
d) como se anotó en párrafos anteriores, el señor XXXXXXXX ha estudiado durante el tiempo de reclusión.
e) el Centro Carcelario ha verificado la ubicación exacta donde el solicitante permanecerá durante el tiempo del proceso, observándose formato de visita domiciliaria, que contiene acta compromisoria de la señora XXXXX, esposa del sentenciado, donde se relaciona el domicilio donde se gozara el beneficio (folio 163-165 C.O.3.).
Por tanto la Sala considera que para el asunto de marras se encuentran cu7mplidos los requisitos para acceder al permiso de las 72 horas deprecado por el señor XXXXXXX, sin que exista prohibición legal alguna que le impida su concesión, pues como se determinó en

el acápite anterior, de acuerdo a l fecha de los hechos por los cuales se judicializo al hoy recurrente, no es aplicable la Ley 1098 de 2006.

En ese orden de ideas, no es otra la decisión de la Sala que REVOCAR en su integridad el auto interlocutorio No. 2149 de diciembre 07 de 2016 proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali y en su lugar APROBAR la propuesta de permiso administrativo hasta de 72 horas elevada por el Asesor Jurídico de COJAM a favor del sentenciado XXXXXX, de acuerdo a lo expuesto en precedencia.
Rad. 01-2009-00071-01 (08 03 2017) Acta 071. M.P. Dr. Orlando Echeverry Salazar

==========
==========

PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE LA CONDUCTA PUNIBLE. IMPOSIBILIDAD ECONÓMICA.

El sentenciado tiene bajo su nombre y de la sociedad que conformó, bienes inmuebles que están avaluados en cuantiosas sumas de dinero y muebles, derivando de ello su capacidad económica para asumir el pago o parte de los perjuicios a los que fue condenado, porque no está demostrado que se encuentre en una absoluta imposibilidad económica de hacerlo, tal como lo exige el precepto legal aplicable al caso.

Extracto:

"De este precepto legal debe entenderse aplicable para casos en los cuales la satisfacción de los perjuicios derivados de la conducta punible dependa continuar gozando de algunos subrogados penales, y además, se deduce que no es exigida esa obligación, cuando esté demostrado que el obligado no está en posibilidad económica de asumirlo, supuesto que conduce a analizar sí las probanzas aportadas demuestran ello.

Así entonces, se allegaron al proceso unas certificaciones de los estados financieros de las sociedades: xxxxxxx y xxxxxxx y Cia Ltda, en la que se concluye que éstas se encuentran en disolución y liquidación producto de su iliquidez y reducción de su patrimonio (fls. 206 a 215), como también los certificados de tradición de los bienes inmuebles con matrículas 370-271450, 370-330022 y 370-152 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Cali.

El primer bien inmueble ya identificado, corresponde a un predio localizado en el Municipio de Restrepo, Vereda Restrepo, con un área de 3.602 metros cuadrados que fue adquirido por el condenado y la señora Elizabeth Lugo de Jaramillo, afectado con una medida de embargo del Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali (fls.216 y 217); el segundo se trata de un predio localizado en la Carrera 4ª No. 18-26/34/36, registrado a nombre de la Sociedad xxxxxxx y Cia Ltda, con embargos del Juzgado Tercero Civil del Circuito y de Impuestos Municipales producto de un proceso Administrativo Coactivo (fls.218 y 219), y el tercero, un inmueble a nombre de la mencionada sociedad localizado en la Carrera 4ª No. 18-20/24 que registra una medida de embargo del Juzgado Tercero de la especialidad ya dicha (fls. 221 a 223).

Los embargos inscritos respecto de los bienes inmuebles se sustentan en procesos de tipo ejecutivo que ha promovido el señor xxxxxxxxxxxx, quien funge en el proceso como denunciante, sin que se tenga conocimiento de las razones que dieron lugar a la imposición de dichas medidas cautelares, las cuantías por las que se adelantan ni la suerte de esos procesos.

Lo que sí se conoce, según se evidencia de las propias manifestaciones del representante judicial del peticionario es que el bien ubicado en el Lago Calima, identificado con la matrícula 370-271450, estuvo avaluado en una suma inicial considerable que fue reducida a $730.000.000 millones de pesos, de acuerdo al avalúo que ordenó el Juzgado que adelanta el proceso ejecutivo, mientras que los otros dos inmuebles, las facturas de impuesto predial unificado del año 2015 que fueron adjuntadas por el sentenciado (fls.226 y 227), demuestran que están avaluados en más de $700.000.000 millones de pesos cada uno.

De esta situación se desprende que pese a que se desconoce los motivos que dieron origen a los procesos ejecutivos que el denunciante xxxxxxx promovió en contra del demandado

y de la sociedad que conformó, dichos inmuebles están cuantificados en sumas considerables que no permiten en modo alguno concluir que el señor xxxxxxx se encuentra en una situación de insolvencia y que por tal motivo no le es exigible el pago de los perjuicios por los que fue igualmente condenado.

Ahora, a pesar que debe reconocerse que respecto de los inmuebles referidos se acreditó también la existencia de deudas por impuesto predial unificado por más de trescientos cincuenta millones de pesos y de más de treinta y dos millones por concepto de Megaobras , atendiendo lo que demuestra las facturas de impuestos ya mencionadas; las primeras deudas ascienden al valor indicado por impuestos que datan del año 1998 en uno de los predios y del 2003 por el otro, lo que explica el alto monto adeudado; no obstante, es factible aludir que el avalúo que se da por medio de esos mismos documentos a cada uno de esos bienes es significativo y en un evento dado, permitiría que se afrontaran dichas obligaciones.

Adicionalmente , se aportaron al expediente extractos por cobros de tarjetas de crédito a nombre de xxxxxxx de los Bancos Davivienda y Bogotá (fls.224 y 229), en los que si bien se percibe el cobro de sumas dinerarias cercanas a los $20.000.000 millones de pesos en cada una, por los consumos a través de ellas realizados, se vislumbra también, el constante movimiento que de tales productos realiza el penado, teniendo en cuenta los cargos que se cobraron en los meses a los que se concretaron los extractos; advirtiéndose el alto monto de los movimientos que sólo ejercitan quienes tienen la posibilidad de asumir pagos mínimos mensuales superiores a un millón de pesos como lo acreditan los documentos referidos.

De igual modo, según el informe investigativo No. 76771110 del 7 de Junio de 2016, suscrito por una investigadora del Cuerpo Técnico de Investigación CTI Seccional Valle del Cauca (fls. 1-3 cuad. No. 2), se estableció que además de los bienes que refirió el sentenciado en su solicitud, la información obtenida en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, el señor xxxxxxx es copropietario de un predio en el Municipio de Piendamó – Cauca, correspondiente al lote No. 37 de la Parcelación Villanueva I, con un área de terreno de 6724 metros cuadrados, en el que se encuentra una vivienda de hasta 3 pisos y se identifica con la matrícula inmobiliaria 120-89522 (fl.10).

Así mismo, aparecen registrados a nombre del condenado en la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Cali, cinco (5) motocicletas con placas IYJ27, UOL67, WGK32, WIO20, WKQ99 (fls.24,25,28-35); respecto de los cuales si bien hay que reconocer que todos corresponden a modelos de más de 20 años, no por ello se puede demeritar su precio y en cuanto al automóvil marca BMW, color gris, carrocería sedán de placa NEB373 que también figura a nombre del peticionario (fl. 26 y 27), aun cuando la defensa alegue que fue hurtado, no se evidencia en el certificado de tradición que se aportó, alguna orden restrictiva de su comercio o circulación, o reporte sobre tal situación ni se adjuntó la denuncia correspondiente.

La anteriores valoraciones a los medios probatorios aportados por el señor xxxxxxxxxxxx y a los que se acompañaron en el informe investigativo que ordenó el Juez ejecutor de la sanción, permiten deducir que el sentenciado tiene bajo su nombre y de la sociedad que conformó, bienes inmuebles que están avaluados en cuantiosas sumas de dinero y muebles, derivando de ello su capacidad económica para asumir el pago o parte de los perjuicios a los que fue condenado, porque no está demostrado que se encuentre en una absoluta imposibilidad económica de hacerlo, tal como lo exige el precepto legal aplicable al caso.

Con base en el análisis que precede, forzoso resulta confirmar el Auto Interlocutorio No. 1178 del 18 de Julio de 2016 proferido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, porque aunque no se efectúo un estudio de los documentos que fueron aportados por el penado, basó su determinación en el informe investigativo que ordenó practicar a efectos de adoptar su decisión.

De otro lado, respecto a la solicitud que invocó el penado a efectos que se autorice su traslado para asistir a diligencia que fue programada por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de esta ciudad, sobre ello deberá pronunciarse el Juez ejecutor de la sanción."

Rad.002 2010 00107 01 (02-27-2017) Acta 051. M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz.

==========
==========

ALLANAMIENTO A CARGOS. Retractación. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales y Prevaricato por omisión.
Rad. 000 2015 00975 001 (08 07 2016) Acta 238. M.P. Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.

PÈRMISO ADMINISTRATIVO HASTA POR 72 HORAS. Acto sexual con menor de 14 años.
Rad. 193 2008 11541 01 (06 02 2016) Acta 023. M.P. Dra. Socorro Mora Insuasty

PRISION DOMICILIARIA. Madre cabeza de familia. Preacuerdo. Lavado de activos.
Rad. 096 2008 00282 00 (07 02 2017) Acta 032. M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz
==========
==========

PRISIÓN DOMICILIARIA U HOSPITALARIA. Estado grave por enfermedad.

Extracto:

"Los argumentos planteados por el condenado están orientados esencialmente a señalar que el dictamen allegado por la profesional adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal es "discriminatorio, denigratorio e indignante" al diagnosticarle "Trastorno de Personalidad Antisocial" cuando los trastornos que según el padece son "trastorno de ansiedad, trastorno de ansiedad paroxística episódica, trastorno de pánico y trastorno depresivo entre otros" que fueron originados durante su niñez , adolescencia y privación de libertad en centro carcelario. Menciona que es farmacodependiente y debe consumir tres dosis de clonacepan y dos amiptritilina de 25 mg diarios y es eso, lo que mantiene su sistema nervioso central controlado para poder escribir.

Pues bien, respecto de la temática propuesta, el H. Corte Constitucional, en sentencia T-035 de 2013, Magistrado Ponente, doctor Jorge Iván Palacio Palacio, expresó:

"según el artículo 68 del Código Penal, cuando el condenado padezca una enfermedad muy grave que sea incompatible con la vida en reclusión formal, el juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en el domicilio del penado o en el centro hospitalario que establezca el Instituto Nacional Penitenciario _INPEC_ previo concepto de médico legista especializado y caución.

Enfatiza el Tribunal Superior de Cali.

(…)

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha precisado:

"(…) [E]n el ámbito punitivo, cuando el condenado se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, dispone el art. 68 del C.P., el juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o en centro hospitalario determinado por el INPEC.

Para la concesión de este beneficio, continúa la norma, debe mediar concepto de médico legista especializado y se exigirá que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones previstas en el art. 38-3 ídem.

EL JUEZ, RESÁLTASE, HABRÁ DE ORDENAR EXÁMENES PERIÓDICOS AL SENTENCIADO A FIN DE DETERMINAR SI LA SITUACIÓN QUE DIO LUGAR A LA CONCESIÓN DE LA MEDIDA PERSISTE.

EN EL EVENTO DE QUE LA PRUEBA MÉDICA ARROJE EVIDENCIA DE QUE LA PATOLOGÍA QUE PADECE EL SENTENCIADO HA EVOLUCIONADO AL PUNTO QUE SU TRATAMIENTO SEA COMPATIBLE CON LA RECLUSIÓN FORMAL, REVOCARÁ LA MEDIDA". (Negrilla y subraya fiera de texto).

"(…)

"Entonces , considera la Corte, la discrecionalidad del funcionario judicial, **en estos casos de INCOMPATIBILIDAD CON LA RECLUSIÓN CARCELARIA,** no pasa por examinar aspectos ajenos a lo que la norma dispone (…), sino por **verificar adecuadamente** cuál es la real condición del confinado, **valiéndose para el efecto de lo dictaminado por el legista,** y después de advertido ese estado grave por enfermedad, incompatible con la detención intramural, determinar en qué lugar ha de permanecer la persona, acorde con el tipo de mal que lo aqueja y el tratamiento que amerita el mismo.

(…)". (Negrilla fuera de texto).

En este orden, es claro que el concepto de ESTADO GRAVE POR ENFERMEDAD **corresponde a los galenos oficiales del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses**, que en este caso, mediante **dictamen médico forense** practicado a xxxxxxxxxxxx el día 30 de septiembre de 2016, advirtió:

"Desde el punto de vista de la psiquiatría clínica cumple criterios para un probable Trastorno de la Personalidad Antisocial, que **NO se constituye un Estado Grave por Enfermedad Mental ni Enfermedad muy grave incompatible con la vida de reclusión formal.** Por lo cual **puede permanecer donde la justicia lo requiera."** (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Esa manifestación pericial no fue desvirtuada por el condenado, quien solo emite juicios de orden personal y subjetivo señalando que la profesional se negó a recibirle "más material probatorio" (sic), aunque para realizar la valoración la experta de la salud adscrita al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses tuvo en cuenta documentos allegados al proceso sobre el estado de salud del enjuiciado que le permitió concluir que si bien xxxxxxx presenta Trastorno de la Personalidad Antisocial ello corresponde a un patrón de comportamiento habitual del individuo que no le impide permanecer en centro de reclusión.

Adicionalmente, en el informe también se tuvieron en cuenta datos presentados en la entrevista por el procesado, lo cual permitió evidenciar un patrón de comportamiento de consumo, sin obtener elementos para definir la dependencia a una o más sustancias pero, se itera, ello, no cambió el sentido del concepto.

En síntesis, todas estas situaciones que alega el penado en el recurso de apelación, fueron tenidas en cuenta por la profesional forense quien de todas formas concluyó que la situación presentada por este paciente, no constituye un estado grave de enfermedad ni es incompatible con la vida en reclusión.

En estos términos, por hallarla ajustada a derecho, será confirmada la decisión de primera instancia."

Rad.011 2002 00006 001 Acta No. 019 (22-02-2017) M.P.Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya.

==========

RECLUSIÓN DOMICILIARIA POR ENFERMEDAD MUY GRAVE. Suspensión de la ejecución de la pena por enfermedad grave. Debe ser acreditada mediante la opinión de un médico oficial. La Sala no desconoce que aunque el sentenciado cuenta con 89 años de edad el estado grave por enfermedad no se encuentra probada.

Salvamento de Voto: En el presente caso concurre el elemento objetivo a favor del beneficio de prisión domiciliaria, cuando el condenado cuenta con 89 años de edad.

Conducta punible: Acto sexual con menor de 14 años.

Extracto: "Atendiendo dichas conclusiones del Juez de Primera Instancia procedió a correr traslado del mencionado dictamen a los sujetos procesales y dispuso oficiar a las autoridades carcelarias de Jamundí, solicitándoles tener en cuenta las recomendaciones dadas por el galeno en la experticia médico legal, con relación a las valoraciones, medicamentos paraclinicos que pueda requerir el sentenciado.

Es así como con buen acierto el A-quo, de acuerdo a las consignas del dictamen de medicina legal, despacha de manera desfavorable la solicitud de prisión domiciliaria por enfermedad grave, pues de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 314 de la ley 906 de 2004 no es dable la concesión de la sustitución deprecada, toda vez que el señor X.X.X.X.X.X no se encuentra en estado de enfermedad grave como lo exige la norma.

Recuérdese que el médico X.X.X.X.X.X. , PROFESIONAL UNIVERSITARIO DEL INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL dejo en claro que la patología del sentenciado "NO CURSA CON ESTADO GRAVE POR ENFERMEDAD", de allí que de entrada no se cumpla con los requisitos que demanda la presión domiciliaria por enfermedad grave.

Además del dictamen médico legal deja en claro que corresponde al Centro Carcelario garantizar al sentenciado el acceso y traslado oportuno a citas médicas, medicamento de manera constante, toma de paraclinicos periódicos para seguimiento, lo que denota que sus patologías no son incompatibles con su estancia en la ergástula.

De allí que el Juez de Primera Instancia haya dispuesto oficiar al CENTRO CARCELARIO COJAM DE JAMUNDI, a fin que atienda las recomendaciones dadas por el galeno en la experticia médico legal, con relación a las valoraciones, medicamentos y paraclinico que requiere el mencionado dentro del centro de reclusión.

Caen entonces por su propio peso los argumentos del recurrente encaminado a demostrar las enfermedades que padece el señor X.X.X.X.X.X.X.X y la presunta falta de atención dentro del centro carcelario a las recomendaciones del galeno de medicina legal, por cuanto 1) si bien no se desconoce que padece de problemas cardiaco –fibrilación auricular y que en la actualidad cuenta con 89 años de edad, <u>se reitera que el estado grave por enfermedad no se encuentra</u> <u>probada,</u> por lo que no se reúnen los requisitos que exige el numeral 4 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, y 2) no existe prueba que demuestre que dentro del establecimiento carcelario no se estén brindando los servicios médicos específicos que requiere el señor X.X.X.X.X.X. , pues si bien se hace alusión a ello en la sustentación del recurso de alzada, no obra prueba alguna que permita dar por ciertas las atestaciones del togado de la Defensa.

Comprende la Sala la difícil situación que se ha generado dentro de los centros carcelarios en materia de salud, de allí que el sentenciado se encuentre cobijado por un fallo de tutela por el Tribunal Contencioso Administrativo, sin embargo ello no es una situación que per se dé lugar a otorgar la prisión domiciliaria al señor X.X.X.X.X , pues se reitera, no existe prueba alguna que permita establecer que no se está siguiendo de manera estricta las recomendaciones del médico forense que lo valoro.

Y es que debe quedar claro, que para la concesión de la prisión domiciliaria por enfermedad grave, la Judicatura debe sujetarse a los parámetros establecidos en la Ley y la jurisprudencia, los cuales no se han demostrado en este asunto, tal como se anotó en precedencia.

En ese orden de ideas, no es otra la decisión de la Sala que la de la decisión de la Sala que la de CONFIRMAR el auto interlocutorio No. 1747 del 7 de octubre de 2016 proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, en lo que fue objeto de recurso, por las razones expuestas en precedencia.

No obstante lo anterior, la Sala considera adecuado reiterar al COMPLEJO PENINTENCIARIO Y CARCELARIO DE JAMUNDI VALLE, que le asiste la obligación de tener en cuenta las recomendaciones de medicina legal realizado al señor X.X.X.X.X.X.X.

SALVAMENTO DE VOTO

<u>Extracto:</u> "Tal como he sentado mi posición en pasada oportunidad, como lo he venido sosteniendo en eventos similares, en el presente caso concurre el elemento objetivo a favor del beneficio de prisión domiciliaria, cuando el condenado cuenta con 89 años de edad, razón que en si misma debe ser suficiente para la procedencia del beneficio frente al imperativo constitucional de la preponderancia de la dignidad humana, circunstancia que igualmente le permitiría al condenado la oportunidad de reflexión sobre los valores imperativos de una pacífica convivencia social. Un juicio de ponderación entre los beneficios de observar un comportamiento social adecuado y las consecuencias de desatender las normas, cumpliéndose así el proceso de resocialización.

Concurro con la Sala en la gravedad de la conducta por la cual fue condenado, sin embargo insisto que tratándose del cumplimiento de una pena, corresponde al Juez hacer un análisis sistemático de los requisitos que establece la ley para acceder a la sustitución del sitio de reclusión, a partir de allí verificar si con la privación de la libertad del condenado en su domicilio, cumple igualmente la finalidad que se propone la sanción."

RAD. 016 2010 00152 01 (08 02 2017) ACTA 044 M.P. Orlando Echeverry Salazar

PRUEBA TESTIMONIAL. Acción de revisión. Lesiones personales dolosas. El período probatorio de la acción de revisión tiene como finalidad demostrar los supuestos sobre los cuales se fundamenta la causal invocada, de manera que la conducencia de una prueba está marcada por la naturaleza de esa causal; y su pertinencia por la eficacia que pueda tener para comprobar la circunstancia que ha servido de sustento a la postulación; conducencia y pertinencia que el actor debe allegar respecto de cada elemento de juicio que pretenda se allegue a la actuación

"La jurisprudencia nacional ha sido reiterativa en indicar la finalidad del periodo probatorio dentro de la acción de revisión, que no es otro que demostrar la conducencia, pertinencia y utilidad de un elemento de prueba, para que basado en la causal que se invoca, el actor demuestre la necesidad de su práctica.

Sobre el tema, se cita el siguiente aparte:

"…El periodo de la acción de revisión tiene como finalidad demostrar los supuestos sobre los cuales se fundamenta la causal invocada, de manera que la conducencia de una prueba está marcada por la naturaleza de esa causal; y su pertinencia por la eficacia que pueda tener para comprobar la circunstancia que ha servido de sustento a la postulación; conducencia y pertinencia que el actor debe alegar respecto der cada elemento de juicio que pretenda se allegue a la actuación…" (CSJ, Sala Casación penal, auto abril 23 de 2003, Rad. 18.453).

Ahora bien, debe distinguirse entre la prueba que se necesita para promover o iniciar la acción de revisión, de aquella que se requiere para probar la causal que la motiva, pudiéndose hacer valer para el primer caso aquellos elementos incorporados en fase investigativa e incluso, los presentados en la etapa de la causa y sometidos al contradictorio y de más principios que rigen la practica probatoria, para el segundo caso lo serán aquellos que tengan aptitud para acreditar la causal cuya práctica debe sujetarse a las previsiones del artículo 223 y siguientes de la ley 600 de 2000."

(…)

"Hechas estas precisiones y ante la decisión que en su momento adopto la Corporación de admitir la demanda de acción de revisión, se insiste, al considerar que el cuerpo de la demanda cumple con los requisitos de forma, se impone resolver la petición probatoria de la parte accionante de la siguiente manera:

No será aducida al trámite la declaración extra-proceso ofrecida por la señora X.X.X.X.X.X el 5 de agosto de 2016 ante la Notaria 17 de esta ciudad, toda vez que no se allego ejemplar o copia autentica de dicha diligencia, faltándose así a la exigencia del artículo 259 de la ley 600 de 2000, que regula la incorporación de documentos.

Y si bien la declaración juramentada del señor X.X.X.X.X.X.X.X. presentada el 25 de julio de 2014 ante la Notaria 8 del Circulo de Cali, fue aportada en copia autentica; ciertamente, dentro del pedido que hace la parte demandante esta citar a declarar a los dos ciudadanos en mención y como quiera que con base en sus dichos es que se pretende fundar la causal que alude a hechos y prueba nueva, a su vez con la aspiración de remover los efectos de cosa juzgada del fallo de condena, se dispondrá lo pertinente a fin que los señores X.X.X.X.X.X y X.X.X.X.X.X.X.X.X. sean escuchados en declaración para que en concreto se pronuncien respecto del hecho que los motivo otrora a rendir versión jurada ante Notario, todo lo cual se hará siguiendo las previsiones que sobre la temática regula la ley 600 de 2000.

Frente a la petición atinente a que sean todas las personas que fueron mencionadas en el proceso penal, especialmente los testigos de la contraparte, así como el señor X.X.X.X.X. X. , no se advierte un mínimo esfuerzo de la parte interesada por argumentar su pertinencia y conducencia según el tema que delimita la misma causal que invoca, no siendo factible en esas condiciones, que la instancia realice un juicio de valor en aras de determinar si ese grueso de pruebas testimoniales, están dirigidas a su demostración y si es útil para ello.

Claramente, quien eleva la postulación probatoria no cumplió en este tópico con la carga de indicar los hechos puntuales que pretende demostrar y su relación con la causal solicitada.

Sobre el punto, el H. Corte ha indicado que:

"*…El período probatorio de la acción de revisión tiene como finalidad demostrar los supuestos sobre los cuales se fundamenta la causal invocada, de manera que la conducencia de una prueba está marcada por la naturaleza de esa causal; y su pertinencia por la eficacia que pueda tener para comprobar la circunstancia que ha servido de sustento a la postulación; conducencia y pertinencia que el actor debe allegar respecto de cada elemento de juicio que pretenda se allegue a la actuación…"*
(Corte Suprema de Justicia. AP. 23 abr.2003 Rad. 18453.)

En cuanto los fallos de primera y segunda instancia no hay lugar a ofrecerlos como un elemento probatorio para sustentar la causal tercera del art. 220 adjetivo pues, precisamente, sobre los mismos es que descansa la pretensión de remoción de la res iudicata sin que ello signifique o implique rehacer el debate probatorio que feneció en las instancias ordinarias.

El demandante no diferencia entre la prueba requerida para promover la acción de revisión y la que es necesaria para demostrar la causal que alega, siendo preciso indicar que las primeras han de cumplir con las condiciones de legalidad y autenticidad requeridas para la admisión de la demanda, y las segundas obedecen a los medios cognoscitivos que válidamente se practiquen en este escenario, conforme a las reglas que en materia probatoria determina la ley 600 de 2000 aplicable en este caso.

Con estas precisiones, se accede a la solicitud de práctica de pruebas elevada por la parte accionante en lo que respecta a la recepción de los testimonios de los señores X.X.X.X.X. Y X.X.X.X.X.X.X; en lo demás será despachada en desfavor; decisión contra la cual solo procede el recurso ordinario de reposición."

La Sala decretó los testimonios solicitados.

2016 01227 00 (22 03 2017) acta 086 M.P. María Consuelo Córdoba Muñoz

---

ACUMULACION JURIDICA DE PENAS. Peculado por apropiación.

"Entiende la sala que el disenso del condenado XXXXXXXX está relacionado con el monto de la pena fijada por el A-quo al momento de acumular las penas a él impuestas.

Desde el inicio se estima acertada la decisión del funcionario de primer grado, al hallar reunidos los parámetros mínimos establecidos para la procedencia de la acumulación jurídica de penas, procediendo luego a aplicar las normas que regulan la dosificación de la pena en casos de concurso de conductas punibles, esto es, el artículo 31 del código penal.

El A-quo partió de la pena que ya había sido fijada al sentenciado con ocasión a la acumulación jurídica de penas que se le concedió mediante auto interlocutorio No 1360 del 1º de Agosto de 2012 – confirmado por esta Corporación el 30 de Abril de 2015 fijándose una final de 113 meses, 24 días, a la cual le aumento el 70% de la pena de 72 meses de prisión impuesta por el Juzgado 9º Penal del Circuito de descongestión de Cali, por el mismo delito de peculado por apropiación, es decir se le concedió una disminución –por acumulación- de 21 meses, 8 días.

Así, se antoja evidente que en la decisión recurrida, no se supera el umbral de la suma aritmética de las dos penas, que en el presente caso sería de 202 meses.

También se advierte, que el Juez de primera instancia justifico el monto del incremento que en "otro tanto" incremento a la pena más grave, advirtiendo que ello obedecía a la gravedad de la conducta desplegada por el condenado quien incurrió en el delito de peculado por apropiación en idéntica modalidad en diferentes oportunidades, lesionando varias veces el mismo bien jurídico, denotando un irrespeto a las normas básicas del Estado, sin que ello quiera decir, como considera el impugnante, que el juez este agravando la conducta punible por la que ha sido condenado, pues han sido los jueces de conocimiento quienes han fijado las penas que han sido la base para las acumulaciones.

De esta manera en la medida en que se respete el limite consistente en no alcanzar la suma aritmética de las dos penas, se mantiene dentro de la legalidad y no se desbordan los fines de la acumulación; con mayor razón en tratándose de comportamientos que necesariamente imponen drástico reproche como los que generaron las condenas del

penado; y por tanto, no se avizora que la acumulación de penas efectuada en primera instancia hubiese transgredido los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Así las cosas, bajo los argumentos aquí expuestos se impone confirmar el auto interlocutorio No 2376 del 20 de Agosto de 2015".

Rad. 002-2008-00020-01 (25 01 2017) M.P. Juan Manuel Tello Sánchez

---

FALSO TESTIMONIO. Homicidio agravado.

"en ese orden, ha de concluir a sala que el testimonio de T.N., no solo no prueba el supuesto estado de enajenación mental de los testigos de cargo, cuando además la declaración que este rindiera ante la fiscalía seccional se constituye en una verdadera prueba de cargo en contra del procesado, cuando se corresponde en lo esencial con la versión que de los hechos rindieran B.U. y P.A.U. Donde sin dubitación alguna señalo a los autores del homicidio, siendo evidente que allí entrego una versión espontanea de los hechos, detallada, coherente con el resto del material probatorio, lo que se explica en el hecho de que en ese momento el testigo no tenía nivel de presión que opero ya en el proceso de judicialización del procesado.

Así se ha de concluir entonces, que no se probó en el proceso que B.U. como P.A.U hubiesen consumido sustancias alucinógenas o alcohol en tal grado que hubiere afectado sus sentidos de percepción y memoria que les impidiera aprehensión de los hechos narrados, conservando entonces estos testimonios, el valor suasorio que razonadamente se otorgó en la sentencia.

A juicio de la sala tampoco se logra la defensa acreditar que el testigo B.U. hubiere sido un delincuente vinculado con delitos de hurto y sicariato, como pretendió presentarlo T.N. un hecho que tampoco se logra acreditar a partir de los testimonios de P.A. y J.C.N. quienes concurrieron al proceso, haciendo evidente su intensión de desacreditar a los testigos de cargo, quienes se refirieron a las actividades ilícitas de D.F.U., y el mal comportamiento que observaban en P.A.U., sin suministrar mayor información que permita la verificación de tales supuestos, carentes por tanto de credibilidad.

Ahora, razón le asiste al abogado en sostener que la valoración del testimonio no está librada a la discrecionalidad del funcionario judicial, cuando este debe recurrir a los criterios de valoración, entre ellas la fidelidad de la percepción y transmisión de lo percibido, siendo de trascendencia evaluar el desarrollo y calidad de las facultades mentales del testigo, el funcionamiento de sus sentidos, las condiciones de transmisión de lo percibido; de otro lado, la sinceridad del testimonio, siendo necesario determinar si existe algún interés que pueda influir en la voluntad del testigo, el control interno de la declaración, así como el cotejo con el resto de pruebas.

Ahora, sin duda los antecedentes del testigo, su comportamiento social y familiar debe ser un factor a considerar en un juicio de valoración probatoria, sin embargo tales supuestos deben estar probados en el proceso, pues no puede le juez fundarse en las especulaciones que sobre el tema tengan las partes.

Bajo tal análisis se descarta igualmente la tesis que propone la defensa, cuando sostiene que el principal testigo de cargo tenía interés en perjudicar a T.S., ya que este le reclamaba por su indebido comportamiento en el barrio, un argumento que en sí mismo no tiene solidez, no se muestra razonable pensar, siguiendo la tesis de la defensa, si el testigo era un temido delincuente del sector, pudieran alcanzar tal significado los supuestos reclamos de una persona que ni siquiera vivía en el barrio, de otro lado porque escoger precisamente a esta persona que como se sabe no vivía en el lugar para hacerle tan falsa acusación y no a otra de las personas que le hacían el mismo reclamo como J.CN. Pero fundamentalmente se descarta la formulación de la defensa por cuanto se pretende sostener en un supuesto que no está debidamente acreditado.

En relación con el testimonio de P.A.U, es indiscutible que tal como aparece en el acta respectiva, la testigo al momento de declarar no presento su documento de identidad, sin embargo tal circunstancia en modo alguno se erige en causal que automáticamente amerite la declaratoria de la ilegalidad de la prueba, como parece entenderlo el impugnante. remitidos a la previsión normativa que regula la práctica del interrogatorio de testigos,

artículo 276, entre las reglas que allí se señalan se prevé la identificación del testigo, la que de manera se hace con el documento de identificación, sin que este sea el único mecanismo de identificación, cuando lo trascendente es que se tenga claro que el testigo es la persona que dice ser, supuesto que válidamente el funcionario judicial puede constatar por otros medios, incluso como sucede en este caso a partir del contenido mismo de la declaración y las referencias que el resto de pruebas hacen de la testigo, a quien de manera inequívoca tienen identificada.

Se cita en la sustentación del recurso la sentencia proferida por la corte suprema de justicia, sala penal en el radicado 10690 de noviembre 22 de 2001, a la que igualmente se remite la sala para resaltar del citado pronunciamiento judicial la afirmación categórica que allí se hace: "el código de procedimiento penal no erige como requisito de validez del testimonio, la exhibición del documento de identificación oficial por parte de la persona que va a declarar. Corresponde al funcionario judicial adoptar las medidas legales que estén a su alcance, para establecer que quien comparece a rendir la versión solicitada no está suplantando a un tercero".

Resulta inatendible así el pedimento de la defensa en el sentido de que se descarte la prueba.

Dice la defensa que P.A.U miente cuando sostiene que al homicida lo recogió el carro rojo que conducía T.S., cuando previamente había señalado que T se encontraba en la fiesta, una afirmación que a juicio de la sala no conlleva a ninguna contradicción intrínseca, no constituye siquiera una contradicción de su propio testimonio, mas , aun, tal afirmación está suficientemente probada en el proceso, cuando se conoce que T se encontraba en el lugar de los hechos, fue la persona que le suministro el arma a F.R. quien disparo, culminando el ataque fue la persona encargada de conducir el vehículo en el que huyeron del lugar.

Que el procesado estaba en el lugar no solo lo sostienen los testigos de cargo sino incluso lo admite el mismo procesado cuando en su indagatoria claramente acepta haber departido en ese sitio en compañía de su amigo L.F.R a quien refiere incluso con alias de "bomba", a quien conocía por que vivía cerca de su casa, admite el procesado que "era tarde dela noche", y que se transportaba en un carro Nissan color rojo.

Finalmente, tampoco encuentra la sala especulación alguna por parte del juez cuando hace referencia al móvil del homicidio, un supuesto que pusieron de presente los testigos de cargo, quienes explicaron los antecedentes que existían con una mal llamada oficina de cobro dedicada al sicariato.

Ahora en relación con el análisis que de las pruebas de descargo hace la defensa en su escrito, se ha de señalar que frente al testimonio que rinde el señor J.E.L. conocido por el alias de "Renata", se advierte que no aporto mayores datos al proceso, si bien fue la persona que realizo la fiesta, siendo su casa el lugar donde ocurrieron los hechos, fue claro en señalar que no vio su desarrollo, solo cuando escucho la detonación, la que al principio pensó que era una papeleta, sin embargo trata de exculpar al procesado diciendo que este arribo a la fiesta a tempranas horas de la noche, cuando quien resulto víctima mortal no había llegado al baile.

Una versión que desvirtúa a partir de la prueba de cargo que claramente ha determinado que C.T se encontraba en el lugar, suministro el arma de fuego, y después del ataque mortal, huyo junto con el agresor.

En relación con el testimonio de H.P.A., se ha de resaltar que no es un testigo presencial de los hechos, como el mismo lo informo, evidenciando que si bien compartió con C.T alias "charol" lo hizo hasta tempranas horas de la noche.

"*ese día como nos aburrimos tanto tipo por ahí diez u media decidimos irnos al lugar donde manteníamos, y ese día nos fuimos a un estanco muy cerca, de hecho es un lugar que frecuentamos mucho, y como en esos días estábamos pasando una situación económica como algo difícil, decidimos irnos temprano para la casa, me despedí de mi amigo y de los amigos y más que todo de charol porque en esos días andaba en muchos problemas con la esposa por los celos y por la situación económica ya que él trabajaba soldadura eléctrica y como en esos días él no tenía empleo, él se fue a ayudarme, a raíz de eso nosotros llegamos a la fiesta, no nos gustó, entonces nos quedamos en el estanco más o menos una hora y luego nos despedimos*…"

Advierte la sala que si bien el testigo de la defensa afirma haber estado con el procesado, dicha afirmación no desvirtúa la participación de este en el homicidio, pues el señor H.P.A. no puede aseverar que su amigo T.S se despidió de él, se fue directamente a su residencia máxime que tal despedida se dio en horas tempranas de la noche y el hecho homicida se produjo de madrugada.

Ninguna credibilidad amerita el testigo cuando insiste en que su amigo C.T. el día de narras no se transportaba en vehículo alguno, cuando está probado, que se transportaba en un carro rojo, como el mismo lo admitió ante la fiscalía: "*si yo tenía un carro rojo, Nissan de las placas no me acuerdo, el vehículo era de mi mujer, lo estábamos pagando, mi esposa se llama M.V.P*", pese que posteriormente en audiencia pública, cambia su versión, exculpándose en una equivocación.

El mismo análisis amerita la declaración de J.C.N U. quien pese a indicar que también es amigo de T.S y que el día de los hechos se encontraban juntos, contradice la versión del anterior testigo de descargos, aseverando que primero estuvieron en el estanco y luego se fueron a la fiesta:

"nosotros andábamos juntos tomándonos unas cervecitas en un estanco que se llama XXXX, de ahí cogimos para una fiesta de cuotas que estaban haciendo donde "Renata" y vimos el ambiente muy pesado porque había mucho gay, entonces nos devolvimos al estanco XXXX y seguimos tomándonos unas cervecitas, ahí estuvimos como hasta las once y media de la noche, en los cuales ahí nos despedimos cada uno para su casa…"

Así, los testimonios de descargos aportados por la defensa, dan cuenta que el día de los hechos departieron con el procesado, despidiéndose antes de que los hechos delictuosos tuvieran lugar, pruebas que en modo alguno desvirtúan el grado de participación de T.S, pues no pueden asegurar con total determinación que luego de esa despedida, su amigo se dirigió a su casa y que en horas de la madrugada no participo del hecho donde se cegó la vida de uno de los integrantes de la prenombrada fiesta.

De otro lado, la defensa también arriba al proceso el testimonio de J.O.C, quien refiere que igualmente estuvo en la fiesta realizada por alias "Renata" y que al joven XXXX lo ataco un individuo de tés trigueña bajito que andaba solo, que luego de disparar salió corriendo; una afirmación que no guarda correspondencia con lo indicado por D.F.B.U., P.A.U, y J.G.T.N, tres personas que al unísono afirman de manera contundente que el agresor no fue persona diferente a L.F.R, quien en este momento ya se encuentra condenado como autor material del hecho homicida, a mas ello señalaron a C.T.S. como la persona que facilito el arma y lo ayudo a huir.

Por tanto es claro, que la versión de J.O.C, no amerita credibilidad, más aun amerita que se compulsen ante la fiscalía las copias pertinentes a fin de que se investigue su conducta ya que se muestra inconsistente frente al resto del material probatorio, siendo evidente su afán de desvincular de la escena de los hechos a C.T.S. cuando su presencia en el lugar aparece demostrada a través de contundentes medios probatorios. En ese mismo orden de argumentación, tampoco desvirtúa la prueba de cargo, el testimonio que rinde la señora M.I.V.P., esposa del enjuiciado, quien concurrió a la audiencia para sostener que el día de los hechos habría arribado a tempranas horas a su residencia, un hecho que la prueba desvirtúa, y que el propio procesado admitió en su indagatoria".

Rad. 15 2015 00027 (30 01 2017) M.P. Dra. Socorro Mora Insuasty

---

NULIDAD. Acumulación jurídica de penas. Hurto calificado y falsedad personal. En procura de los derechos fundamentales del sentenciado lo debido para el caso que hoy detiene la atención de Sala era que previo a la declaratoria de pena cumplida se efectuara el estudio de fondo de la acumulación jurídica de penas deprecada, misma que desde el mes de febrero de 2016 se encontraba pendiente por resolver.

"Decisión que indefectiblemente afecta el derecho fundamental al debido proceso del sentenciado, pues no tiene justificación que habiendo transcurrido casi un año desde que se elevó la solicitud de acumulación jurídica de penas, se emita un pronunciamiento al respecto, sin los elementos materiales probatorios suficientes, cuando claramente el Juez en su poder dispositivo, bien pudo solicitar durante ese lapso, todos los expedientes requeridos para determinar la viabilidad o de no acumular las sentencias emitidas contra el señor XXXXXX.

Correspondía entonces al Juez de Primera Instancia, realizar los requerimientos que correspondían a fin de verificar a ciencia cierta la procedencia de la acumulación jurídica de penas deprecada, previo a conceder la libertad por pena cumplida y es que el Juez de Ejecución de Penas, dadas las facultades que le asisten, bien pudo i)solicitar los expedientes contentivos de las sentencias que no figuraba claramente la fecha de los hechos; ii) solicitar el expediente que aun reposaba en la ciudad de Palmira, dado el pedido del abogado del sentenciado; iii) y en relación a los expedientes con los que si contaba y que no eran claros respecto a fecha de hechos y situación jurídica al momento de la captura, debían requerirse las carpetas respectivas al Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados Penales del sistema acusatorio correspondientes, máxime si tenemos en cuenta el tiempo que transcurrió desde la solicitud de acumulación jurídica de penas.

Por tanto considera la Sala que la providencia de primera instancia debe declararse nula, pues previo a emitir una decisión de pena cumplida, debía estudiar a fondo y con los soportes probatorios suficientes la acumulación jurídica de penas deprecada a favor del señor XXXXXX, quien desde febrero de 2016 tenía expectativa de ello, pues de no procederse a ello se le desconocerían garantías legales y constitucionales.

Así las cosas, debe anotar la Sala que indefectiblemente se vislumbra una afectación al debido proceso del señor XXXXXX, que acarrea la nulidad del auto que se revisa, pues era deber del Juez Sexto de la especialidad recolectar los expedientes necesarios a fin de estudiar de fondo y de manera concreta la acumulación jurídica de penas previo al análisis de la pena cumplida.

Para tal efecto deviene oportuno traer a colación la providencia del 6 de febrero de 2007, radicado tutela 29632 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas:

"…En orden de adoptar la decisión que en el plano constitucional resulte procedente, obligado se impone advertir que de conformidad con el artículo 3º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela se rige, entre otros, por los principios de prevalencia del derecho sustancial y eficacia. Por ello, es claro que si frente a los medios de prueba obrantes en el trámite advierte el juez constitucional que la protección demandada debe tener un alcance diverso al solicitado por el actor, así debe proceder a declararlo, impartiendo las órdenes que sean necesarias para amparar sus derechos fundamentales.

En efecto, en el asunto que concita la atención de la Sala se observa sin dificultad que contra XXXXXX han sido proferidas varias sentencias condenatorias por los delitos de homicidio (Juzgado Quinto Penal del Circuito de Buenaventura), hurto calificado agravado (Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buenaventura), hurto calificado y agravado (Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Cali) y fuga de presos (Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buenaventura).

En tal caso, se imponía acumular jurídicamente las penas impuestas al actor con ocasión de ser hallado penalmente responsable de las mencionadas conductas punibles, temática sobre la cual ha puntualizado la Sala lo siguiente:

"la acumulación jurídica de penas procede cuando se cumplan las siguientes exigencias:

a) <u>Que contra una misma persona se hayan proferido sentencias condenatorias en diferentes procesos y las mismas estén ejecutoriadas.</u>
b) Que las penas a acumular sean de igual naturaleza.
c) Que los delitos no se hayan cometido con posterioridad al proferimiento de sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos.
d) Que las penas no hayan sido impuestas por razón a delitos cometidos por la persona cuando se encontraba privada de la libertad
e) Que las penas no estén ejecutadas y no se encuentren suspendidas

3. oportuno es realizar sobre este particular algunas precisiones que conducen a establecer, por vía de interpretación sistemática del procedimiento penal, dos excepciones a la regla:

3.1 Si la acumulación de penas es un derecho del condenado, sobre lo cual la Sala no tiene ninguna duda en consideración a que su procedencia no está sujeta a la discrecionalidad del Juez de Penas, su aplicación también procede de oficio, simplemente porque la ley contiene un mandato para el funcionario judicial acumular las penas acumulables, que no supedita a la mediación de petición de parte.

Si eso es así, entonces cuando una pena se ejecutaba y era viable acumularla a otras u otras, pero no se resolvió oportunamente así porque nadie lo solicito o porque no se hizo uso del principio de oficiosidad judicial, son circunstancias que no pueden significar la pérdida del derecho y, por lo tanto, en dicha hipótesis es procedente la acumulación de la pena ejecutada. Y,

En la misma decisión se indicó que, por regla general, "las normas que regulan la dosimetría punitiva en materia de concurso de conductas punibles se aplican en dos casos:

"cuando los delitos conexos se hayan fallado independientemente. Y,

"cuando se hayan dictado varias sentencias en contra de la misma persona en diferentes procesos.

3.3.1. la teleología de esa preceptiva consulto el espirito del legislador del 2000 de abarcar con ella todos aquellos casos susceptibles de acumulación a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación conforme al artículo 91 del decreto 2790 de 1990, en procura de impedir las dificultades en la práctica generadas por la acumulación de juicios y conservar la posibilidad de acumular jurídicamente las penas impuestas en los distintos procesos adelantados simultáneamente o que estuvieron en condición de serlo.

"la idea de no cumular penas ejecutadas impide el logro de ese objetivo en hipótesis de delitos conexos, en casos donde las sentencias estuvieron vigentes en algún momento y no se decretó la acumulación por cualquier razón y, en general, en todos aquellos procesos que se tramitaron o pudieron tramitarse al mismo tiempo y en los cuales se profirieron las sentencias en distintas épocas.

"en todas esas hipótesis no se aviene con el objetivo del instituto supeditar su aplicación a las contingencias propias de los distintos trámites procesales finalizados con condena y cuyas penas, en circunstancias posibles, pudieron ser objeto de acumulación jurídica.

3.3.2. la norma en cita (artículo 470 de la ley 600 de 2000, se precisa) exceptúa de esa eventualidad las penas por los delitos que se cometieron con posterioridad al proferimiento (no ejecutoria) de la sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos y las impuestas por los delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuvo privada de la libertad, entonces en cualquier otra eventualidad de varias condenas contra la misma persona en diferentes procesos, procede la acumulación jurídica de penas"

Una vez efectuadas las anteriores precisiones en torno al instituto de la acumulación jurídica de penas, es evidente que no resultaba procedente en este caso que el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga y el Tribunal Superior de la misma ciudad, mediante sendas decisiones del 15 de diciembre de 2004 y del 24 de marzo de 2005, declararan cumplidas unas penas de prisión, amén de que señalaran que se encontraban pendientes de descuento otras de igual naturaleza, pues es claro que con un tal proceder expusieron a XXXXXXX a que las sanciones a las cuales fue condenado resultaran sumadas aritméticamente, contrariando con ello lo dispuesto por el legislador en el artículo 470 de la ley 600 de 2000, según el cual, se reitera, la acumulación de pluralidad de penas debe ser jurídica de conformidad con las reglas que gobiernan la dosificación punitiva del concurso de delitos.

De acuerdo con lo anterior, a la Sala no le queda camino diverso a seguir que el de amparar el derecho fundamental al debido proceso del actor, en el sentido de ordenar al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, previo a establecer si es viable la acumulación jurídica de las penas impuestas al actor – siempre que haya lugar a ello de acuerdo con la jurisprudencia transcrita - , proceda a proferir una decisión por cuyo medio deje sin efecto las referidas providencias judiciales, efectué los descuentos que por redención por trabajo o por estudio y por privación efectiva de la libertad le correspondan y, además, decida si resulta o no procedente otorgar al accionante la libertad por pena cumplida que solicita·

Pronunciamiento que si bien tiene efectos inter partes por tratarse de una acción de tutela, sirve de sustento a la judicatura para predicar que en procura de los derechos fundamentales del sentenciado XXXXX lo debido para el caso que hoy detiene la atención de Sala era que previo a la declaratoria de pena cumplida se efectuara el estudio de fondo de la acumulación jurídica de penas deprecada, misma que desde el mes de febrero de 2016 se encontraba pendiente por resolver.

Y es que el hecho que el fallador hubiese verificado que la pena ya se había cumplido no impedía que previamente analizara la acumulación jurídica de penas, pues ello resultaba más favorable para el reo, postura que como se anoto es compartida por la Jurisprudencia del Alto Tribunal "… entonces cuando una pena se ejecutaba y era viable acumularla a otra u otras personas, pero no se resolvió oportunamente así porque nadie lo solicito o porque no se hizo uso del principio de oficiosidad judicial, son circunstancias que no pueden significar la pérdida del derecho y, por lo tanto, en dicha hipótesis es procedente la acumulación de la pena ejecutado.

Así pues, debe invalidarse la decisión de primera instancia, pues de cara al principio de trascendencia que rige las nulidades procesales, es este el remedio procesal para corregir el yerro en el que incurrió el Aquo, como quiera que de lo contrario se socavan las bases fundamentales del proceso, como se anotó en precedencia.

Siendo así las cosas necesario se hace decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto interlocutorio No. 2250 de noviembre 23 de 2016, proferida por el Juzgado Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, para que previo al análisis de pena cumplida, proceda a realizar nuevamente el estudio de acumulación jurídica de penas a favor del sentenciado XXXXXXX, para lo cual deberá emprender las gestiones pertinentes a fin de solicitar todos los expedientes requeridos para determinar la viabilidad o de no acumular las sentencias emitidas contra el señor XXXX, en los términos anotados en la parte motiva de esta providencia."

Radicación 000-2013-0002801 (23 02 2017) M.P. Dr. Orlando Echeverry Salazar

---

PERMISO ADMINISTRATIVO HASTA POR 72 HORAS. Actos sexuales con menor de 14 años.

"Nótese que el hecho se cometió en el año 2008, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1098 de 2006, lo cual indica que el penado está dentro de las previsiones normativas contempladas por el legislador y que excluye esta clase de delitos.

Ahora, mírese que la ley 1709 de 2014 no modifica en ningún sentido la ley 1098 de 2006, por lo que debe entenderse que en la actualidad se encuentra vigente el artículo 199 de la ley 1098 y por tanto, por virtud de la ley, es necesario que se le aplique la exclusión legal que consagra el legislador.

Mucho menos puede equipararse la jurisprudencia que trae a colación a su particular situación, ya que en aquellos casos se analizan los postulados de la ley 1121 de 2016, circunstancia que difiere del presente asunto.

Debe quedar claro que la ley 1098 de 2006, es una norma especial, que debe tenerse en cuenta a partir de su entrada en vigencia, y donde no se ha previsto ninguna clase de excepciones, por lo que al analizar la situación se encuentra que no es posible obviar las exclusiones consagradas por el legislador en la citada ley".

Rad. 193 2008 11541 01 (06 de febrero de 2017) M.P. Dra. Socorro Mora Insuasty

---

PRUEBA TESTIMONIAL. Informe pericial. Acceso carnal violento y Secuestro simple.
Rad. 193 2012 07842 00 (09 06 2016) acta 199. M.P. Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

---

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. Aceptación de cargos. Prisión domiciliaria.
"En el caso sub-examine, el recurrente cuestiona la decisión de la A-quo planteando que su propio prohijado se allano a los cargos en un momento de confusión, más concretamente por la promesa de la Fiscalía de ayudarlo, pero que esta no comprobó la realidad de los hechos denunciados, que no se establecieron las lesiones que supuestamente su defendido causo y, menos, su responsabilidad; que el allanamiento a cargos no significa que no se deba investigar los hechos y las particularidades.

No obstante lo anterior, del registro contentivo de las diligencias se extrae que la audiencia de formulación de imputación se realizó 05 de abril de 2016, ante el juez 24 penal municipal con funciones de control de garantías de Cali, donde el fiscal 29 local fue clara al imputarle al señor C.G.D el punible de violencia intrafamiliar agravada en concurso homogéneo y sucesivo (Record 21:01), acto seguido, el juez dispuso un receso para que este conversara con su abogado, procediendo, luego de reanudada la audiencia, a indagarle si había escuchado con atención la imputación que le acababan de formular, si había entendido los términos de la misma y si necesitaba alguna aclaración, que si tuvo oportunidad de hablar con su defensor en torno a la imputación, sus consecuencias y, en términos generales, frente al proceso penal, si se encontraba conforme con los servicios que le venía prestando el defensor, si era consciente de las consecuencias jurídicas que nacen en el momento de aceptar o no los cargos y si aceptaba los cargos; preguntas que el señor G.D. siempre respondió afirmativamente, por lo que el señor juez continuo preguntándole si esa aceptación era libre, voluntaria y consciente, respondiendo que si a cada una; frente a la pregunta de si había sido obligado para aceptar los cargos, dijo que no; en cuanto a si sabía que iba a ser condenado y que iba a recibir una rebaja de pena conforme lo señalado por la señora fiscal, respondió positivamente.

En vista de lo anterior, la carpeta fue asignada a la señora Juez 10ª Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali, quien, luego de anunciar el sentido del fallo de carácter condenatorio, dio aplicación a lo consagrado en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

De ahí que surja necesario traer a colación que la figura de la aceptación de cargos tiene como fin humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, de igual forma, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

Si bien es cierto que la aceptación de la responsabilidad penal por parte del imputado conlleva a la terminación del proceso y, en consecuencia, a obtener unos beneficios como la rebaja punitiva, también lo es que esa decisión debe ser sometida a un control de legalidad con el fin de evitar desviaciones del ordenamiento jurídico y vulneración de las garantías fundamentales y legales del sujeto activo de la infracción.

Ahora, luego de que el juez hace el control y viabilidad del allanamiento a cargos, por encontrarlo libre, voluntario, espontaneo y debidamente informado, no es posible retractarse de dicha aceptación, excepto cuando se muestren vicios en el consentimiento o violación de garantías fundamentales, tal y como quedo establecido en la modificación introducida por la ley 1453 de 2011, lo que aquí no se evidencia.
(…)
Es decir que no solo debe acreditarse la condición de madre o padre cabeza de familia sino que deba revisarse los antecedentes personales, familiares, sociales y laborales del condenado, la naturaleza y gravedad de la conducta punible y los fines de la ejecución de la pena.

De otro lado este beneficio se instituyo con el fin de cuidar integralmente las personas que, de acuerdo a las condiciones anotadas en la ley 2ª de 1982, requieren de la presencia de quien se encuentra privado de la libertad, sin ser el abastecimiento económico del hogar único aspecto a tener en cuenta para concederlo. De tal manera que, lo que en primer lugar hay que evaluar, es que su ausencia imposibilite la subsistencia de sus consanguíneos.
Esa forma de abandono o desprotección a la que quedarían expuestos los niños, en peligro físico o moral, es lo que el legislador trata de evitar, para así no contar con la dolorosa realidad de ver los niños en la calle, adolescentes embarazadas, maltratadas y abusadas o víctimas del conflicto armado, infractores de la ley penal o consumidores de sustancias psicoactivas.

No basta entonces precisar que es quien aporta el dinero o especies para la manutención de su núcleo doméstico, sino que debe establecerse, como precedentemente se dijo, esa calidad especialísima de “mujer o padre cabeza de familia”, de tal manera que lo que se pretende es preservar las condiciones dignas de vida de los menores y personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, al permitir que cumpla la pena privativa de

la libertad en su lugar de residencia, para que las personas de esa especial protección, que se encuentren a su cargo, no queden desamparadas y, por el contrario, se les brinde protección, manutención y cuidado.

En el caso concreto se echa de menos la carga demostrativa de los presupuestos y requisitos que exige la ley para gozar de ese beneficio, dicho en otras palabras, aunque la defensa argumento que el señor G.D. es padre cabeza de familia, que reside con su menor hija, a quien le provee educación, vivienda y alimentos, no demostró o acredito la condición de padre, mucho menos que su prohijado sea la única persona que cumple con esa responsabilidad y que, con su encarcelamiento, la menor vaya a quedar en situación de abandono o desprotección, máxime si en cuenta se tiene que, ante la situación jurídica del padre, la madre es, por naturaleza, la llamada a velar por su protección y cuidado.

Así, pues, no se cumple con el artículo 2º de la ley 82 de 1993 que prescribe;
"para los efectos de la presente ley, entiéndase por "mujer cabeza de familia", quien siendo soltera o casada tenga bajo su cargo, económica, o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitados para trabajar, **ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los miembros del núcleo familiar"** (negrillas fuera del texto).

Conforme a lo anterior, no se dan los supuestos de hecho para reconocer a C.G.D. la calidad de padre cabeza de familia, pues la progenitora la llamada a hacerse cargo de la niña y, en el peor de los eventos, cualquier otro miembro del grupo familiar, pues es hacia ese objetivo al que concretamente se dirige la protección legal, sin que desconozcamos los traumatismos que pueden generar la ausencia del padre, empero, como se dijo en precedencia, ello no es suficiente para otorgar el beneficio de la prisión domiciliaria.

Ahora de acreditarse que la menor ha sido objeto de desamparo o desatención por su núcleo familiar, el funcionario que tenga conocimiento de ello deberá oficiar al Instituto de Bienestar Familiar con el fin de que se le dispense la urgente y debida atención integral (protección, afecto, educación y orientación), conforme lo impone la ley.
(…)
En razón y mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, SALA DE DECISION PENAL, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley RESUELVE confirmar la sentencia No. 076 del 05 de julio de 2016 proferida por el juzgado 10º Penal Municipal Con Funciones de Conocimiento de Cali, según lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

Rad. 679 2013 01900 (26 08 2016) M.P. Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

---

PREACUERDO. Garantías procesales. Requisitos del preacuerdo

"Descendiendo al caso que se revisa, debemos indicar que entre la fiscalía y el acusado se celebró un preacuerdo después de realizada la audiencia de formulación de acusación, el cual fue improbado por el A quo, y que consistió en que el implicado aceptaba los cargos de homicidio agravado y hurto calificado agravado y en contraprestación, se le condenaría por la conducta punible de encubrimiento por favorecimiento, con una pena a imponer de 5 años y 4 meses de prisión.

Así las cosas, lo primero que debemos precisar, como bien lo hizo el señor juez de primera instancia, es que, en lo que al principio de congruencia atañe, el artículo 448 de la ley 906 de 2004 consagra:

"el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por los delitos por los cuales no se ha solicitado la condena".

Lo anterior con el fin de regular el ejercicio del idus puniendi por parte del estado y atender a la "igualdad de armas" con que deben contar los sujetos procesales, es decir, en aras de que tanto la fiscalía como la defensa cuenten con las mismas facultades prerrogativas.

Así, aunque el ente acusador le fue encomendado el ejercicio de la acción penal, desde ningún punto de vista le es dable dar a los hechos una calificación jurídica distinta a la que realmente corresponde, es decir, la negociación debe versar sobre los presupuestos de legalidad penal, tipicidad plena, transparencia y lealtad con la administración de justicia, de

ahí que el argumento del recurrente, atiente a que, dependiendo el fiscal de turno y de los elementos materiales probatorios con los que se cuente, se pueda variar la situación fáctica, resulta contrario a derecho, si en cuenta se tiene que su labor no es otra que la de "… verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor", en otras palabras, el fiscal no puede crear tipos penales y debe obrar de acuerdo con los hechos del proceso, que no están sujetos a su arbitrio.

Y es que no podemos pasar por alto la progresividad y/o escalonamiento que caracteriza al principio de congruencia, correspondiendo precisar que, mientras en la formulación de imputación basta con tener una mera sospecha y/o simple posibilidad (artículo 287 se la ley 906 de 2004), para la formulación de acusación, a la luz del artículo 336 ibídem, se exige el grado de conocimiento con la probabilidad de verdad de que el hecho o hechos configuradores de la noticia criminal pueden ser atribuidos penalmente a una persona.

Entonces, la fiscalía, en el debate del juicio oral, debe limitarse a los aspectos facticos y jurídicos de la acusación, los cuales deben concretarse en los alegatos finales; del mismo modo dicho principio de congruencia se predica tanto del anuncio del sentido del fallo, como de la sentencia misma, como acto complejo que constituyen los dos momentos."

(…)

"Visto lo anterior, dable resulta concluir que habiéndose formulado tanto la imputación como la acusación por los delitos de homicidio agravado y hurto calificado agravado, no puede pretenderse ahora que, desnaturalizando la figura del preacuerdo, se imponga la pena que corresponde al delito de encubrimiento por favorecimiento, como se pasa a exponer.

La participación del señor J.I.M.O. en los hechos que nos convocan, según el acta de preacuerdo develada por el señor fiscal en la audiencia, se contraen a que: " estuvo en la reunión 15 días antes de los hechos con D.S., R.M. y A.C. donde hablaron de conseguir dinero para traficar drogas y donde XXXXXX le manifiesta que para ello hay que robarse un carro y venderlo y de allí sacar el dinero y XXXXX determina que debe ser el carro de XXXXXXX, pero que, además, a esa persona había que matarla; de allí se siguieron reuniendo ellos sin la presencia de XXXXXX; pero, desde la reunión, ya XXXXX había dicho que le ayudaba a vender el carro porque tenía un amigo que le decían caballo quien les podía ayudar en esa venta, además, en la pista, o sea en su casa, en la pista o el hangar se podía tener guardado el carro hasta que se llevara al lugar donde se iba a vender; después se reúnen de nuevo estas tres personas sin la presencia de XXXXXX y allá acuerdan quien iba a realizar el homicidio, en definitiva, el atentado contra la vida se desplego para facilitar el hurto del vehículo"

Como ya se dijo, no obstante tener a la fiscalía la potestad de modificar la adecuación típica inicial, para que esta proceda debe contarse con elementos probatorios que permitan o que justifiquen jurídicamente el cambio, so pena de afectar el principio de legalidad y los derechos y garantías fundamentales de los sujetos procesales e intervinientes, con una modificación grosera,

A la presente la fiscalía no ha solicitado expresamente que se condene por el delito disto a los indiciados en la acusación, tanto es así que defiende una ilusoria aceptación de dichos cargos por parte del señor J. I.M.O; y se dice ilusoria porque para imponerle la pena que para el delito de favorecimiento previo el legislador (5 años y 4 meses), necesariamente debe condenársele por tal delito.

Se equivoca el señor fiscal cuando asume el tipo penal de favorecimiento (artículo 446 del código penal) como una forma de participación, pues como podría sostenerse que la pena a imponer no corresponde siquiera a la de uno de los delitos que supuestamente se aceptan, cuyos bienes jurídicos tutelados son los de la vida y la integridad personal y del patrimonio económico diferentes al de la eficaz y recta impartición de justicia del Capítulo XVI del Código Penal donde se encuentra previsto el ilícito de favorecimiento por encubrimiento; de tal suerte que proferir una sentencia bajo esta prerrogativas constituiría una burla al núcleo factico de la acusación.

Es inadmisible que en aras de que se imponga una pena sustancialmente inferior a la que le correspondería por tan solo uno de los delitos por los que fue acusado el señor M.O., el señor fiscal recurra a esta clase de pactos, como claramente lo puse de presente en la vista pública, desconociendo que , frente al concurso de conductas punibles, el artículo 31 del Código Penal, consagra: "El que con una acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedara sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a la respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas."; es decir,

que la gravedad de la conducta debe ser atendida desde el punto de vista cuantitativo y no cualitativo, pues, de no ser así, se tendría un criterio subjetivo que podría generar inseguridad jurídica, en el entendido que para una persona podría ser de mayor relevancia el bien jurídico del patrimonio económico que el de la vida, sin dejar de lado, claro está, que indiscutiblemente fija un parámetro objetivo en el proceso de dosificación punitiva que ni siquiera se contempló.

Como puede observarse, la situación expuesta por la fiscalía no puede tener eco en esta instancia, máxime cuando la imputación fáctica jurídica se mantiene incólume, y los delitos por los que se acusó al señor J.I.M.O. son distintos al del favorecimiento que, se itera, en ultimas, seria por el que se proferiría la sentencia.

Por último se le recuerda al togado de la defensa que la sustentación del recurso de alzada no se restringe a la simple manifestación de desacuerdo con la decisión. Es imperioso que el discurso correspondiente contenga un mínimo de argumentación en virtud de la cual se pongan en evidencia las razones del disenso, esto es, que se exhiban los motivos por los que, a juicio del impugnante el Juez se equivocó y, a través de premisas fácticas y jurídicas, se enseñe una solución distinta a la contenida en la sentencia atacada.

En razón y en mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, SALA DE DECISIÓN PENAL, CONFIRMA, el Auto Interlocutorio No. 22 del 8 de marzo de 2016 dictado por el juzgado 13 Penal del Circuito de Cali".

Rad. 760016000000-2014-00352 (09 06 16) M.P. Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

---

RETRACTACIÓN DE ALLANAMIENTO A CARGO. Habiéndose verificado por parte del juez de Control de Garantías el cumplimiento de las garantías previstas en el artículo 131 de la ley 906 de 2004, no resulta viable que, por parte de la defensa, se insinué una retractación ante el Juez de Conocimiento, a no ser que demostrara algún vicio en el consentimiento del implicado al momento de aceptar cargos y/o la vulneración de garantías fundamentales, lo cual no ha sucedido.
Conducta punible: Tentativa de homicidio simple.

"Ahora, al Juez de Control de Garantías, como garante de los derechos y garantías fundamentales de los intervinientes, le corresponde verificar que entre la imputación fáctica y jurídica exista correspondencia, que el implicado se encuentre debidamente asistido por un defensor y que tenga conocimiento informado de toda la actuación, de los beneficios y consecuencias en caso de que decida aceptar cargos, así como de los derechos a guardar silencio, a no auto incriminarse y a concurrir a un juicio oral público y concentrado, donde prevalece el principio de presunción de inocencia, el cual deberá ser desvirtuado por la fiscalía; en otras palabras, que la imputación cumpla con todos los requisitos que le permitan al imputado decidir cuál es la opción más adecuada para sus intereses: allanarse a los cargos formulados o que se continúe con el trámite ordinario del proceso, más aun, que, en caso de aceptar los cargos, dicho acto se haga de manera libre, consciente y voluntaria.

En este asunto se tiene que la audiencia de formulación de imputación se realizó el 1 de noviembre de 2014, acto procesal en el que el señor XXXXXX manifestó que aceptaba los cargos de tentativa de homicidio, a la vez que respondió afirmativamente a las preguntas de si entendió y comprendió lo que el señor Fiscal le explico, es decir: i) el delito, ii) el monto de la pena asignada, iii) el derecho a la rebaja de la pena en caso de que aceptara los cargos, iv) que no estaba obligado a aceptar los cargos, v) que podía esperar a que pasara la audiencia, a que estuviera mejor y vi) que había la posibilidad de que más adelante llegara a un acuerdo con la Fiscalía General de la Nación; de ahí que el argumento de la Defensa no tenga vocación de éxito en esta instancia, pues aun cuando se acepte , en gracia de discusión que al señor XXXXXX no se le indago sobre si su aceptación era libre consciente y voluntaria, del registro contentivo de las diligencias se extrae que el señor Juez fue claro al referirle los derechos que le asistían, incluso a Record 55:25, se escucha que, por requerimiento que le hiciera el fiscal al señor Juez, en el sentido de que concediera un receso para que el Defensor le explicara al imputado, a pesar de que ya había manifestado que aceptaba los cargos, su abogado de confianza indico que: "a mi representado se le ha explicado ciertas situaciones y él ha dicho que su voluntad es aceptar cargos, a pesar de que se le ha dicho que no los acepte, que pronto pueda llegar a variar la calificación por

unas lesiones personales, se le ha explicado acerca de las ventajas y las desventajas de la misma y él ha tomado su decisión."

Lo anterior adquiere relevancia si en cuenta se tiene que a la diligencia se allego valoración clínica, suscrita por la doctora XXXXX, respecto del señor XXXXX, en el que diagnóstico: "…sin síntomas psicóticos, sin necesidades de auto heteroagresion, sensorio y sin alteraciones"; entonces, no puede pretender el togado que se acepte una supuesta vulneración al debido proceso y al derecho de defensa materia, basado en un tecnicismo, cuando fue precisamente, en ejercicio de esos derechos, que el imputado, de forma reiterativa, manifestó que aceptaba los cargos.

Ahora el hoy recurrente no demostró como la supuesta omisión denunciada, esto es, el no haberle indagado a su prohijado, de forma textual, si su aceptación era libre , consciente y voluntaria, afecto de manera real y cierta sus garantías o socavo la bases fundamentales del proceso; recordemos que conforme a la abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: "es posible deshacer la aceptación de responsabilidad en cualquier momento y solo en las dos hipótesis indicadas por la norma, esto es, **consentimiento viciado o desconocimiento de garantías**, con la carga para quien lo aduce de demostrar que efectivamente se configuro alguna de estas dos situaciones invalidantes, de modo que cada una haya determinado, por si sola, la aceptación de los cargos y la consecuente renuncia al derecho a la no autoincriminación."(Negrillas la sala)

Así, entonces debemos puntualizar que, habiéndose verificado por parte del juez de Control de Garantías el cumplimiento de las garantías previstas en el artículo 131 de la ley 906 de 2004, no resulta viable que, por parte de la defensa del señor XXXXX, se insinué una retractación ante el Juez de Conocimiento, a no ser que demostrara algún vicio en el consentimiento del implicado al momento de aceptar cargos y/o la vulneración de garantías fundamentales, lo cual no ha sucedido.

Y es que no podemos pasar por alto la preclusividad de las etapas procesales, además, se tiene que el Juez A quo dispuso de un receso para que el togado hiciera lo de su cargo, lo que nos permite inferir que el señor XXXXX tuvo la información y tiempo de sobra para analizar los pro y los contra de la decisión que finalmente adopto.

Mírese que al Juez de Conocimiento solo le es dable verificar la legalidad de los cargos imputados y adoptar la decisión que en derecho corresponda, so pena de revivir etapas procesales que ya fueron superadas y que generaron situaciones jurídicas consolidadas.
(…) sin que sean necesarias mayores elucubraciones, la Sala mantendrá incólume la decisión recurrida.

Rad.193-2014-38956 (28 10 2016) Acta 378. M.P. Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

T U T E L A S

PETICIÓN DEBIDO PROCESO. Administración de justicia. Solicitud de prisión domiciliaria y libertad condicional en virtud de enfermedad grave que padece el accionante.

Y es que en materia de prisión domiciliaria por enfermedad grave en casos como el que ocupa la atención de la Sala, mal se haría en considerar que es acertado que los Jueces de Ejecución de Penas y medidas de seguridad se estén a lo resuelto en anteriores oportunidades frente a la negativa de dicho beneficio, pues no puede perderse de vista que enfermedades catastróficas como el VIH SIDA, CANCER entre otros, son progresivas y las condiciones del interno pueden variar considerablemente, debiendo el operador jurídico ser garante de los derechos fundamentales que le asisten en el evento de elevar solicitud conforme lo dispone el artículo 314 numeral 4 de la Ley 906 de 2004.

Extracto:

"Y es que en materia de prisión domiciliaria por enfermedad grave en casos como el que ocupa la atención de la Sala, mal se haría en considerar que es acertado que los Jueces de Ejecución de Penas y medidas de seguridad se estén a lo resuelto en anteriores oportunidades frente a la negativa de dicho beneficio, pues no puede perderse de vista que enfermedades catastróficas como el VIH SIDA, CANCER entre otros, son progresivas y las condiciones del interno pueden variar considerablemente, debiendo el operador jurídico ser garante de los derechos fundamentales que le asisten en el evento de elevar solicitud conforme lo dispone el artículo 314 numeral 4 de la Ley 906 de 2004.

En ese entendido, y conforme lo anotado en precedencia correspondía al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, atender la solicitud de prisión domiciliaria por enfermedad grave elevada por el señor xxxxxxx, solicitando en primera medida una nueva valoración al Instituto de Medicina Legal a fin que determine si su estado de salud es compatible o no con la vida en reclusión, y una vez contara con el dictamen correspondiente se pronunciara de fondo mediante providencia interlocutoria y no mediante un auto de sustanciación como efectivamente se hizo.

Así pues, frente a éste tópico es claro que se ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso del señor xxxxxxxxxxxx , pues como se anotó en precedencia, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de ésta ciudad, debía atender nuevamente la solicitud de prisión domiciliaria por enfermedad grave y no simplemente estarse a lo resuelto en una providencia emitida con anterioridad, desconociendo que se trata de un ciudadano que padece VIH SIDA y las condiciones de salud varían progresivamente.

Ergo no es otra la decisión de la Sala que TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso y acceso a la administración de justicia del señor xxxxxxxxxxxx vulnerado por el JUZGADO TERCERO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE CALI.

En virtud de lo anterior se ORDENA al JUZGADO TERCERO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE CALI que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente proveído, proceda a dejar sin efectos parcialmente el auto de sustanciación No. 1.221 del 20 de mayo de 2016 inclusive en lo atinente a la solicitud de prisión domiciliaria por enfermedad grave elevada por el señor xxxxxxxxxxxx, y rehaga la actuación con observancia de los derechos y garantías Constitucionales del accionante.

En consecuencia deberá el JUZGADO TERCERO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE CALI oficiar al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES para que realice valoración médico legal al señor xxxxxxxxxxxx a fin de establecer sus condiciones actuales de salud y si la patología que actualmente padece son incompatibles con la vida en reclusión y una vez obtenido el dictamen correspondiente, emita la providencia que en derecho corresponda.

De la solicitud de libertad condicional

De otra parte, según lo informó el Despacho Judicial accionado, el señor xxxxxxxxxxxx el pasado 16 de mayo de 2016 también elevó solicitud de libertad condicional; petición en virtud de la cual el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali mediante auto de sustanciación del 20 de mayo de 2016, solicitó a la DIRECCION DEL CENTRO CARCELARIO DE xxxxxxxxxxxx la documentación necesaria para el estudio de dicho beneficio, sin que a la fecha se hubiere obtenido respuesta alguna por parte del centro de reclusión.

De conformidad a ello es claro que la solicitud de libertad condicional elevada por el hoy accionante ante el JUZGADO TERCERO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE CALI no ha sido resuelta de fondo en virtud que a pesar de haber solicitado mediante oficio del 20 de mayo de 2016 la documentación pertinente al COMPLEJO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE xxxxxxxxxxxx, el centro de reclusión a la fecha no ha procedido a ello.

Situación que no ha variado durante el presente trámite Constitucional, pues el COMPLEJO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE JAMUNDI no se pronunció frente a los hechos materia de tutela, persistiendo su omisión de remitir la documentación al juzgado de ejecución de penas para dar trámite a la petición de libertad condicional radicada por el señor xxxxxxxxxxxx.

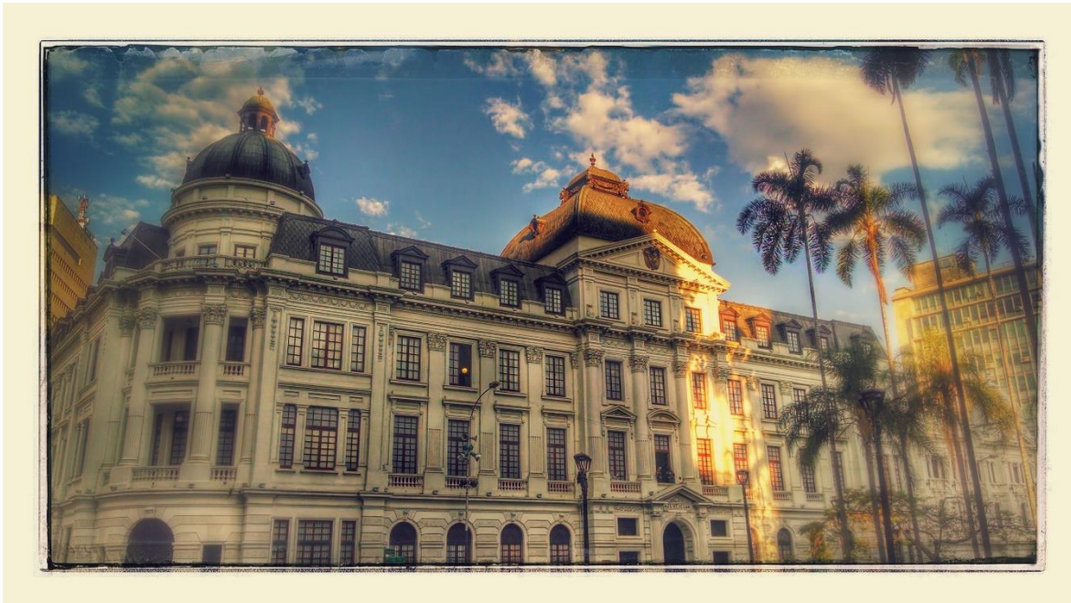
Atendiendo entonces que para que el Juez de Ejecución de Penas se pronuncie de fondo respecto a la libertad condicional debe contarse con la documentación que para tal efecto allega el Centro carcelario, pues no basta con que se acredite el tiempo de pena descontado, ya que los requisitos establecidos en el artículo 64 del Código penal modificado por la Ley 1709 de 2014 no son alternativos, es decir deben concurrir todos para la concesión de dicho beneficio.

Así pues, en aras que la solicitud del accionante no se dilate más en el tiempo y encontrándose probado que el COMPLEJO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE xxxxxxxxxxxx no ha dado respuesta a la solicitud elevada por el JUZGADO TERCERO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE CALI desde el 20 de mayo de 2016, respecto a la solicitud remisión de la documentación respectiva para efectos de dar trámite a la petición de libertad condicional, se tutelarán igualmente los derechos fundamentales de petición y acceso a la administración de justicia del señor xxxxxxxxxxxx .

En consecuencia de lo anterior, se ordena a la DIRECCION DEL COMPLEJO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE XXXXXXX que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda, a dar respuesta de fondo a la solicitud elevada por el JUZGADO TERCERO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE CALI en favor del señor xxxxxxxxxxxx desde el 20 de mayo de 2016 respecto a la solicitud remisión de la documentación respectiva para efectos de dar trámite a la petición de libertad condicional elevada por el hoy accionante. Respuesta que una vez allegada al JUZGADO TERCERO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE CALI, deberá pronunciarse al respecto, en los términos establecidos en la Ley."

La Sala tuteló los derechos al debido proceso, a la administración de justicia y petición ordenando a la accionada oficiar al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que realice la valoración al accionante.

Rad. 2017 00130 00 Acta No. 030 (14-02-2017) M.P.Dr. Orlando Echeverry Salazar.



Palacio Nacional. Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Ubicado en la Plaza de Caycedo. Calle 12 No. 4-33

Boletin elaborado por Henry Moreno Macias, Relator del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.-