



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

RELATORIA

Henry Moreno Macias

Relator

BOLETIN 02

2019





TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

Sala de Gobierno 2019 2020

Presidenta Dra. Gloria Montoya Echeverri
Vicepresidenta Dra. Paola Andrea Arcila Saldarriaga

SALA CIVIL

Presidente Dr. Homero Mora Insuasty
Vicepresidente Dr. Cesar Evaristo León Vergara

SALA DE FAMILIA

Presidente Dr. Oscar Fabián Combariza Camargo
Vicepresidente Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos

SALA LABORAL

Presidente Dr. Carlos Alberto Carreño Raga
Vicepresidente Dra. Germán Varela Collazos

SALA PENAL

Presidente Dr. Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear
Vicepresidente Dra. Mónica Calderón Cruz

SALA ESPECIALIZADA

RESTITUCION Y FORMALIZACIÓN

DE TIERRAS.

Presidente Dra. Gloria del Socorro Victoria Giraldo
Vicepresidente Dr. Diego Buitrago Flórez



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

FUNCIONES DEL RELATOR

El Relator deberá divulgar y mantener actualizadas las providencias que emitan los despachos de los magistrados y de igual forma las decisiones de gran relevancia jurídica a través del sistema jurisprudencial de la Rama Judicial.

Con la colaboración de la
Pontificia Universidad Javeriana Cali.
Facultad de Derecho.
Consultorio Jurídico

María Andrea Santacruz Otero María Catalina Díaz Gómez
Sara Mora Cabrera Manuela Vanegas Prada.
María Angélica García Gereda

SALA CIVIL

EJECUTIVO SINGULAR. Juzgado de conocimiento negó el mandamiento de pago. La póliza que presta mérito ejecutivo

Extracto:

Las señoras xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y esta última obrando como representante legal del menor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx formularon demanda Ejecutiva singular frente a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, con el fin de obtener el pago de la suma total de \$285.920.033.00, correspondiente al pago por indemnización por los daños y perjuicios sufridos por los demandantes en calidad de terceros beneficiarios de la póliza No. 6231015-3, valor del capital contenido en la reclamación que no fue objetada respecto del amparo por muerte o lesión a una persona, igualmente solicita los intereses moratorios a partir del 19 de octubre de 2015.

(...)

En el presente caso, ejerce la parte actora la acción ejecutiva contra xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx con fundamento en lo previsto en el inciso 3º del artículo 1053 del Código de Comercio.

En respuesta al problema jurídico planteado, debe indicarse que no es acertada la decisión de primera instancia, toda vez que con la demanda, se allegó la póliza de seguro con la que se pretende otorgar mérito ejecutivo para el cobro de los amparos en ella contenidos, además como se verá adelante la parte actora acreditó para efectos de dar cumplimiento artículo mencionado, la ocurrencia del siniestro, así como, la cuantía de la pérdida.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1053 del Código de Comercio, la póliza de seguro presta mérito ejecutivo en unos casos puntuales, pero ello implica que a la demanda, precisamente por ser ésta de la que se pretende derivar la ejecución, se arrime dicho



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

documento, no obstante, se admite en desarrollo de la jurisprudencia transcrita que la parte ejecutante arrime la copia de la póliza , además el inciso 2º del artículo 244 del Código General del Proceso, establece que *“Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o copia , elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, **se presumen auténticos**, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos , según el caso [...]”*. (Negrilla y subrayado Tribunal).

(...)

Conforme con lo anterior, en el seguro de responsabilidad civil, el cual hace parte del seguro de daños guiado bajo el principio de indemnización que corresponde al valor del perjuicio, el siniestro se entiende acaecido con el hecho del cual emerge una deuda de responsabilidad a cargo del asegurado, causante del daño irrogado a la víctima, tal como lo consagra el artículo 1131 del Estatuto Mercantil.

Así que al pretender ejecutar una póliza de seguro nos encontramos frente a un título ejecutivo complejo, pues no solamente está conformado por la póliza expedida por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx sino por los documentos soportes, (Arts. 1053 y 1077 del Código de Comercio), siendo necesario entonces que con dichos soportes se acrediten en principio tanto la ocurrencia del siniestro como la cuantía de la pérdida.

Revisado el expediente se advierte que la parte actora cumplió con la carga que le correspondía en los términos referidos anteriormente para que la póliza preste mérito ejecutivo, pues presentó reclamación el día 4 de mayo de 2016, para el pago de la indemnización en virtud de la póliza de seguro No. 6231015-3, donde acreditó en principio la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida.

Frente al primero (ocurrencia del siniestro), allegó copia del informe de tránsito, documentos de identificación del causante y de los reclamantes, declaraciones extra-juicio sobre la convivencia del causante y la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, registro civil de nacimiento del menor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx hijo del causante, registro civil de defunción del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, constancia laboral del causante expedida por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, constancia de la Fiscalía de la existencia de la investigación , Copia del informe Ejecutivo No. FPJ-3, declaración extrajuicio de los reclamantes sobre la no existencia de igual o mejor derecho para reclamar, poder y documentos del apoderado judicial.

Frente al segundo (acreditó la cuantía de la pérdida), el abogado de las demandantes en la reclamación presentada a la aseguradora y en la demanda incoada , determinó los daños que consideró que se había ocasionado por el fallecimiento del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, de esa manera solicitó para la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx la suma de \$158.792.626.00, por concepto de lucro cesante pasado y futuro, daño moral y daño a la vida de relación y para el infante xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx la suma de \$127.127.497.00 por los mismos rubros, los primeros definidos como consecuencia del salario y tiempo de la víctima, los segundos por la valoración que *“brinda el Artículo 97 del Código Penal”* teniendo en cuenta la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

De manera que las demandantes con la reclamación acreditaron en principio la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño irrogado.

Finalmente, la aseguradora no objeto la reclamación, vencido el término de un (1) mes que contempla el artículo 1053 del C de Co.

Se concluye entonces que la copia de la Póliza No. 6231015-3 y demás documentos arrimados por la parte actora permiten tener por acreditada los elementos que exigen los artículos 1053 y 1077 del C de Co. , de ahí que el título ejecutivo base de la ejecución preste mérito ejecutivo.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

Cabe precisar, que a pesar que se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos mencionado anteriormente (para librar el mandamiento de pago), ello, no impide que la aseguradora demandada cuestione en el proceso aspectos como la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida determinada, a través de los medios de defensa que tiene a su disposición, una vez notificada de la orden de pago. Así las cosas, se revocara el auto apelado.

Rad 12 2017 00325 01 (17-01-2019) M.S.Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes.

EJECUTIVO SINGULAR. COBRO DE LO NO DEBIDO. Si el título fue suscrito con espacios en blanco y que no se atendieron las instrucciones como alega el apelante, es a él a quien correspondía probar esas afirmaciones, el demandado no probó de ninguna manera cuáles fueron las directrices para diligenciarlo con orden diferente y si las mismas fueron desatendidas por el demandante.

Extracto:

Con la demanda se pide librar mandamiento de pago a favor de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y contra xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx por la suma de \$150.000.000 por concepto de capital contenido en letra de cambio sin número con fecha de vencimiento del 15 de febrero de 2013, los intereses remuneratorios a la tasa del 2.5% mensual causados desde el 15 de noviembre de 2012 hasta el 15 de febrero de 2013, los intereses moratorios a la tasa del 2.7% mensual desde el 16 de febrero de 2013 hasta que se verifique el pago total de la obligación.

La Sala aprecia que el título base de recaudo que se trajo con la demanda no contiene los requisitos de una letra de cambio por cuanto falta la firma del creador del título (girador), pero puede decirse que contiene los requisitos de un pagaré en cuanto contiene una promesa incondicional por la cual el aceptante se obligó bajo su firma a pagar una determinada cantidad de dinero a un término fijo; así lo ha aceptado la doctrina, pues según el artículo 709 ejusdem, el pagaré debe contener a) La promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero b) El nombre de la persona a quien debe hacerse el pago, c) la indicación de ser pagadero a la orden o al portador y d) la forma de vencimiento.

Ciertamente, al proceso se trajo la denominada “letra de cambio “en la que se dijo que xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx el 15 de febrero de 2013 pagará en Cali a la orden de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx la suma de \$150.000.000 más intereses de plazo al 2.5% y de mora al 2.7% mensual; al respaldo de la cual figura una nota de aceptada con una firma con huella dactilar cuyos rasgos de la firma corresponden a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx (**Fol.3 del C.Pal**) comparada la del poder (**Fol.20 del C. Pal**) y teniendo en cuenta la afirmación del demandante del proceder de su deudor.

Revisado el texto de la “letra de cambio”, se ve que carece de la firma del creador (girador); no obstante ello, cumple con los requisitos de pagaré lo cual permite entender una obligación cambiaria válida, pues el demandado impuso su firma de aceptación de pago de la suma de \$150.000.000 a favor de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx. Lo anterior hace entender que la intención del obligado fue aceptar una obligación cambiaria, de ahí que corresponde al Juez interpretar el título por sus elementos y no sujetarse a la denominación impresa, esa es la manera de garantizar la efectividad del derecho sustancial (Arts. 228 de la C. Pol. y 11 del CGP).

Cabe decir también, que todo documento traído a un proceso se presume auténtico mientras no sea tachado de falso, en el caso particular no se ha desvirtuado tal presunción , el demandado hizo afirmaciones que se ven encaminadas a desconocer su firma (Art. 244 del C.G.P. antiguo 252 del C.P.C.) ni se pidió prueba grafológica alguna; en la apelación no insiste en estos aspectos sino que se encamina a decir que la “letra de cambio” no contiene



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 02 2019

la firma del creador, esta vez afirmando que la “letra de cambio” la firmó en blanco al respaldo y que el demandante no ha presentado la carta de instrucciones para llenarla , afirmaciones y hechos que lejos de poner en duda su aceptación ratifican que la firma sí corresponde a la suya (Art.177 del C.G.P.).

En respuesta a los reparos, también cabe decir que si el título fue suscrito con espacios en blanco y que no se atendieron las instrucciones como alega el apelante, es a él a quien correspondía probar esas afirmaciones, el demandado no probó de ninguna manera cuáles fueron las directrices para diligenciarlo con orden diferente y si las mismas fueron desatendidas por el demandante (Art. 167 del C.G.P.).

Sobra decir que en el caso la omisión de lo indicado en el artículo 630 del Estatuto Tributario que el apelante cuestiona, la Sala ve que dicho reparo no afecta formal ni materialmente el título, la omisión de dar cuenta a la Administración de Impuestos de los títulos valores para el recaudo del impuesto de Timbre a ello hay lugar, no afecta el valor probatorio del título.

De todo lo anterior, lo que se observa es que la excepción y la apelación no pasan de ser una conducta dilatoria, razón por la cual, la decisión del Juzgado se confirmará, debiéndose condenar en costas en contra del apelante a quien le es desfavorable el recurso. (Art. 365 del C.G.P.).

Rad. 76001 31 03 004 2013 00292 01 (1935) (26-07-2018) M.P. Jorge Jaramillo Villareal.

IMPUGNACIÓN DE ACTOS DE ASAMBLEA. Fijación de cuotas de administración iguales y fijas para todos los copropietarios sin considerar el coeficiente no se ajusta a lo dispuesto en la ley horizontal y tampoco al reglamento.

Extracto:

Como hechos relata el demandante que: En la asamblea general ordinaria de copropietarios del Conjunto Multifamiliar xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx llevada a cabo el 11 de marzo de 2010, se aprobó el presupuesto de gastos para la vigencia de 2010 en la que se decidió adoptar una cuota de administración fija para todos los copropietarios del conjunto sin tener en cuenta el coeficiente de propiedad conforme a la Ley 675 de 2001.

(...)

Visto lo anterior, es claro que para el pago de expensas de una copropiedad, la ley establece un criterio proporcionado en el cual aquellos copropietarios que tengan inmuebles con mayor área pagaran sumas de dinero más elevadas con relación a aquellos que tienen una propiedad más pequeña sin perjuicio de los edificios o conjuntos de uso mixto en los que pueden determinarse módulos de contribución.

En la asamblea general ordinaria del Conjunto Multifamiliar “Sol del Sur” llevada a cabo el 11 de marzo del 2010 se aprobó por la mayoría de los asistentes existiendo Quorum deliberatorio, una cuota de administración igual para todos y fija sin tener en cuenta los coeficientes de propiedad, decisión de la cual el demandante propietario de un apartamento se duele que no se ha respetado los coeficientes, frente a ellos es menester considerar que aunque la asamblea general es el máximo órgano de dirección de la copropiedad y por lo tanto con facultad para adoptar el presupuesto de gastos y tomar otras decisiones económicas , tales decisiones deben ceñirse a lo dispuesto en la Ley y al reglamento de propiedad horizontal lo cual no ocurrió en esa asamblea, específicamente, en lo decidido en el punto 5, ciertamente , la fijación de cuotas de administración iguales y fijas para todos los copropietarios sin considerar el coeficiente no se ajusta a lo dispuesto en la ley horizontal y tampoco al reglamento.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

Ciertamente no se observa que el coeficiente de propiedad haya sido el criterio de fijación del monto de la contribución no siendo cierto como lo afirma la defensa del Conjunto demandado que el literal A del artículo 26 del reglamento de propiedad horizontal del Conjunto Multifamiliar “Sol del Sur” permite que las expensas comunes se fijen por “coeficiente o por cuota fija” (Sic) pues tal acuerdo reglamentario dispone que el valor se calculará “sobre la base del coeficiente y por una cuota fija”, de lo cual con claridad se comprende que la “y” es conjuntiva y por tanto lo pactado responde a que las expensas deben atender ambos requisitos y no uno u otro, esto es el coeficiente constituye el baremo para determinar la cuota fija; así las cosas, la cuota fija e igual para todos los copropietarios no atiende el reglamento ni el principio de proporcionalidad y equidad que dispone la Ley, no viéndose razonable adoptar un pago igualitario cuando la proporción de los derechos sobre los bienes comunes es diferente y sin haber establecido módulos de contribución.

Sumado a lo anterior, la decisión de establecer una cuota igual y fija para todos los copropietarios que se tomó en el punto 5 de la Asamblea Ordinaria de Copropietarios el 11 de marzo de 2010 se ve que modifica reglamento de propiedad horizontal sin agotar el procedimiento y quorum establecido en la norma para tal fin, pues el Art. 46 de la Ley 675 de 2001 dispone que la reforma a los estatutos y al reglamento requiere de la mayoría calificada del 70% de los coeficientes de copropiedad que integran el conjunto lo cual debe registrarse (Art. 51 Nral 9 Ibídem). Lo anterior, son suficientes razones para confirmar la sentencia de primera instancia. Costas será a cargo de quien le fue desfavorable el recurso (Art. 366 C.G.P.)

Rad. 004 2010 00200 01 (05-07-2018) M.P. Jorge Jaramillo Villareal.

LESIÓN ENORME. LEGITIMACIÓN POR ACTIVA. Artículo 327 del C.G.del P. Artículo 424 inc 2º del Código de Comercio.

Extracto:

Como hechos fundante de la pretensión, se señalan que el día 21 de septiembre de 2007 se realizó Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en liquidación, para la cual no se cumplió con el requisito previsto en el artículo 424 inc 2º del Código de Comercio, de haberse convocado cundo menos con 15 días hábiles de anticipación, por aprobarse allí los balances de fin de ejercicio, lo que “ha sido puesto en conocimiento del juez competente para obtener la declaratoria de nulidad”.

En la escritura pública No 3951, otorgada el 18 de octubre de 2007 en la Notaría 6 del Círculo de Cali, el liquidador de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx en liquidación, transfirió la propiedad de los inmuebles identificados con los números de matrícula inmobiliaria: 370-236256,370-236250, 370-243576, 370-243577, 370-243578, 370-358671, 370-358713, 370-236351, 370-243543, 370-236327, a Transportes xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx –RTR-, por la suma de \$2.903.390.811 moneda legal. No obstante, para la época del contrato el valor real de los bienes transferidos excedía el \$21.000.000.000, lo cual deberá ser constatado por el perito evaluador designado.

Esta diferencia excede los límites permitidos por el artículo 1947 del C.C., entre el valor dado a los bienes en la compraventa y su valor real, que “vicia la escritura pública objeto de este proceso” y hace viable su rescisión, porque en el negocio jurídico se convino un precio por debajo de la mitad del valor comercial o justo precio del inmueble.

Estos precios demuestran un empobrecimiento en la sociedad compradora.

Al respecto es claro que en tratándose de una sociedad anónima, es de su esencia que sus accionistas permanezcan en el anonimato y que la prerrogativa a que su información no sea expuesta, solo cede por la voluntad de las mismas partes o por orden judicial.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 02 2019

Si como se ve, el levantamiento del velo corporativo no es otra cosa que el desconocimiento de la limitación de la responsabilidad que tienen los socios o accionistas frente a la sociedad y terceros, integrar el contradictorio con los mismos, asumiéndolos como sucesores de la persona jurídica extinta, sin que exista un pronunciamiento previo que así lo permita, implica hacerlos responsables directos de las obligaciones que la misma debería soportar a consecuencia de una eventual condena en su contra, estrategia con la que, evidentemente, terminaría comprometiéndoseles en forma individual, en plena contradicción con el principio de separación patrimonial antes aludido.

Por supuesto, cabe aclarar que no desconoce la Sala que en el proveído citado por el juez de instancia y aludido en la impugnación que nos ocupa, la Corte Suprema de Justicia, al dictar la respectiva sentencia sustitutiva advirtió que “la sociedad vendedora se encontraba disuelta y liquidada a la fecha en que se presentó el libelo que dio inicio al proceso y, por lo tanto, se había extinguido la personalidad jurídica de ese ente moral, el contradictorio en este asunto debía integrarse con las personas naturales que la conformaban a la época de la enajenación, en la forma y términos señalados en la norma precitada.” Y que más adelante, concluyó que “a efectos de corregir el vicio que afecta parcialmente lo rituado, anulará las actuaciones surtidas después de la sentencia apelada y dicha decisión, para que el juez a-quo cite al proceso a Yebraíl Mateus Castillo, Álvaro Jesús Uribe Castellanos y Ángela Castellanos de Uribe [restantes socios de Inversiones Asociados Cía. Ltda.], con quienes debió integrarse el contradictorio, y renueve el trámite invalidado, conservando validez las pruebas decretadas y practicadas en el proceso.”

Sin embargo, se advierte que en esta precisa determinación, contrario a lo que sucede respecto de la argumentación relacionada con la legitimación en causa, la sentencia aludida no puede tenerse como precedente claramente aplicable al caso. En efecto, a diferencia de lo advertido frente a dicho requisito de la acción, frente al cual, como se vio, no existe justificación para distinguir entre una y otra sociedad, en lo atinente a la conformación del contradictorio con los socios de la persona jurídica extinta, la Corte no efectuó argumentación adicional que permitiera establecer que tal razonamiento podía extenderse a todo tipo de sociedades.

Y en este punto, es cuando cobran relevancia las diferencias entre las tipologías societarias, advertidas por el *a quo*, principalmente aquellas referentes al anonimato, la cantidad de socios y la naturaleza (por acciones) que pueden predicarse de la sociedad anónima, pues estas características no son predicables de la sociedad limitada, naturaleza que ostentaba la sociedad involucrada en el caso resuelto en el precedente bajo estudio, y permiten evidenciar, sin argumento adicional que lo apoye, que se trata de un precedente aplicable de manera genérica a todo ente moral.

Dichas circunstancias impiden, entonces, aplicar la posición establecida en la sentencia sustitutiva, respecto a que el contradictorio debe integrarse con los socios de la sociedad, a todas las sociedades por igual, pues lo cierto es que se trata de una exigencia que amerita una interpretación restrictiva y limitada a la naturaleza del ente social allí involucrado, dadas las reglas generales aplicables, y que vienen de exponerse, en cuanto a que solo gozan de capacidad para ser partes las personas jurídicas existentes, y que estas, en principio, se entienden distintas de sus socios.

Adicionalmente, es menester referir que en la sentencia aludida, la Corte Suprema de Justicia no efectuó estudio alguno en torno a la capacidad para ser parte del ente moral extinto, situación que también permite advertir un distanciamiento entre lo allí decidido y la motivación del presente proveído, que impide tener tal decisión como un verdadero precedente para el caso.

Por ello, considera la Sala que no es posible, sin más (esto es, sin la existencia de un justificante que así lo habilite), asumir que los socios anónimos de Cencar S.A. (liquidada), se encuentran en deber de soportar el contradictorio como sucesores de dicha sociedad extinta. Y aunque en el precedente citado se hace referencia a la obligación que tiene el juez



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

de evitar los fallos inhibitorios, las razones expuestas , permiten evidenciar que en el presente caso no es posible adelantar gestión que permita emitir un fallo de fondo con la sociedad extinta, debiéndose recordar que, como se dijo en líneas precedentes, corresponde a los demandantes, como interesados, demandar el acto de liquidación para renovar la existencia de la entidad o informar sobre la existencia de los verdaderos sucesores de la misma, reporte que no se rindió en el presente asunto, donde únicamente se adujo en la demanda, que había sido solicitada la nulidad del proceso liquidatorio, pero no se allegó prueba de tal hecho o de la decisión allí adoptada.

Tampoco se desconoce que, como señaló la Corte Suprema de Justicia, la decisión de fondo no puede proferirse sin la comparecencia de las personas que son sujetos de la relación jurídica debatida, quienes eventualmente habrán de soportar las prestaciones mutuas que se producirán si llegara a darse la rescisión demandada, todo a la luz del artículo 83 del C.de P.C. (vigente para la fecha de la demanda).

Ese escenario, indica que existe un litisconsorcio entre la sociedad extinta demandada (vendedora) y aquella que fungió como compradora en el negocio cuestionado, esto es, la sociedad xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx Ltda. RTR Ltda., y que en virtud del mismo, aun cuando esta última goza de capacidad para presentarse en este trámite, no es posible adoptar una decisión frente a ella únicamente, dado que resulta imperativo para el efecto que sean citados todos aquellos que hicieron parte del negocio.

Recuérdese que “el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil , prescrib[e] que cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dicho acto, la demanda debe presentarse por todos o dirigirse contra todos, según sea el caso, (...) **pues de lo contrario se estaría emitiendo un fallo ineficaz**, amén de resultar producido en un proceso afectado de nulidad, como últimamente lo predicó la Corporación”.

Finalmente, se impone señalar que la circunstancia advertida, esto es, la ausencia de personalidad jurídica de uno de los entes demandados, no solo evidencia la inexistencia del presupuesto de capacidad para ser parte, sino que también se compromete aquel relacionado con la capacidad para comparecer al proceso, pues si se tiene por sentado que la sociedad estaba extinta para cuando se impetró la demanda, lo cierto es que el liquidador no representaba a la misma y por ende tampoco gozaba de capacidad para otorgar poder para su representación judicial.

De allí que también resultó incumplido lo previsto en el artículo 44 del C. de P.C., cuyo contenido se repite en el artículo 54 del C.G.del P., normativa acorde con la cual el liquidador efectivamente representa a la sociedad, pero cuando la misma se encuentra en estado de liquidación , y no cuando ya se ha surtido e inscrito la misma.

Así las cosas, por las razones esbozadas se impone confirmar el fallo materia de apelación, pues aunque no resultó del todo ajustada la argumentación del juez de instancia, acertó al establecer que no se encontraban dadas las condiciones para emitir un fallo de fondo.

Rad.010 2009 00006 03 Acta No. 078 (16-08-2018) M.P. Carlos Alberto Romero Sánchez.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

LIQUIDACIÓN DE LAS COSTAS. Tasación de las agencias en derecho Responsabilidad médica. Cuantificación de las agencias en derecho.

Se está frente a una demanda verbal de responsabilidad médica , en la que se estimó bajo la gravedad del juramento como cuantía la suma de \$738´861.000.oo, es decir, que sobre la suma antes referida es que se debió aplicar el porcentaje que consideró el señor juez era el adecuado para señalar las agencias en derecho, de igual manera hay que considerar que además de las características antes referidas para tener en cuenta en la tasación de las agencias en derecho , se debe considerar que debe ser inversamente proporcional a la cuantía del mismo, es decir, a mayor capital a tener en cuenta menor porcentaje y viceversa.

Extracto:

Presentada la demanda verbal de responsabilidad médica y una vez subsanadas las falencias advertidas, se procedió a su admisión por auto de 27 de enero de 2017; notificados los demandados, se adelantaron y agotaron las etapas propias , profiriéndose sentencia el 22 de junio de 2018, en el que se declararon probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada, negándose las pretensiones de la demanda y condenando en costas a la parte demandante , fijándose como agencias en derecho la suma de \$22´165.830.oo, fallo que quedó en firme por haberse declarado desierto el recurso de apelación.

(...)

Otro de los criterios que consagra el artículo 365 del C.G.P., para la cuantificación de las agencias en derecho, justamente alude a la naturaleza, calidad y complejidad de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó en causa propia; en manera alguna, puede concluirse que las agencias en derecho son las mismas para un proceso donde se hayan tramitado excepciones, a otro donde ellas no se hubiesen formulado, o alguno en que el litigio tuvo un grado mayor de dificultad.

Descendiendo al caso concreto, delantadamente se advierte que no cabe duda, que se está frente a una demanda verbal de responsabilidad médica , en la que se estimó bajo la gravedad del juramento como cuantía la suma de \$738´861.000.oo, es decir, que sobre la suma antes referida es que se debió aplicar el porcentaje que consideró el señor juez era el adecuado para señalar las agencias en derecho, de igual manera hay que considerar que además de las características antes referidas para tener en cuenta en la tasación de las agencias en derecho , se debe considerar que debe ser inversamente proporcional a la cuantía del mismo, es decir, a mayor capital a tener en cuenta menor porcentaje y viceversa.

Conforme a lo anteriormente expuesto, para la Sala , la decisión tomada en primera instancia por el señor Juez A Quo al señalar las agencias en derecho, se encuentra ajustada al porcentaje que establece el acuerdo atrás referido , pues se itera, se establece un mínimo del 3% y un máximo del 7,5%, y que como lo establece el Acuerdo atrás referido , el juzgador no puede desconocer dichos límites , y para el caso en estudio se aplicó la tasa mínima , es decir el 3%, pues si efectuamos la operación aritmética , tomando la cuantía de las pretensiones de la demanda expresada bajo la gravedad del juramento como fue \$738,861.000.oo le aplicamos



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

el 3% nos arroja la suma de \$22´165.830.00 que es la suma que señaló el señor Juez A Quo como agencias en derecho.

Razones suficientes para confirmar la providencia apelada por cuanto el monto de las agencias en derecho fijadas en \$22´165.830.00 la Sala considera se encuentra ajustada a derecho.

Rad008 2016 00338 01 (14-01-2019) Mag. José David Corredor Espitia.

EJECUTIVO HIPOTECARIO. Artículo 877. .C.Co. Excepción de pago. Pago parcial.

Extracto:

En el fallo se afirma que el endoso del título sin responsabilidad por parte de Fianzacrédito a Unisa y después del vencimiento es indicativo de que ello ocurrió “indudablemente porque recibió su pago a satisfacción, dado que en nuestra legislación no se presume la donación (...)”. “Y si recibió el pago a satisfacción, fue porque el mismo se hizo en sus diferentes cuotas o parcialidades conforme a lo convenido, esto es, con los cánones de arrendamiento percibidos por la sociedad demandante (...) “(...) mal podría objetar la ejecutante que si pagó fue en ejercicio de su función como avalista en garantía, la misma supone que primero se hubiere intentado el cobro por parte del deudor directo, no que Unisa hubiese en un todo pagado cual si fuera la principal obligada cambiaria (...)”.

Lo afirmado por el juez desconoce los principios que rigen los títulos valores, v gr, literalidad y autonomía, en primer lugar, porque al indicar que la entrega del título a Unisa no corresponde a un endoso sino a un pago del título por parte del deudor – artículo 877 C Co- pasa por alto el endoso – artículo 651 y s.s. C Co.- que con su firma hizo Fianzacrédito a la avalista Unisa; y en segundo lugar, por cuanto supone que la transferencia el título no ocurrió por pago de Unisa como avalista al acreedor – artículo 638 C de Co- ignorando de tajo la independencia del derecho consignado en el título en relación con el derecho emanado del negocio jurídico que dio lugar a la transferencia del mismo.

Además, las decisiones de los funcionarios judiciales deben estar soportadas en la prueba, de manera que resulta inaceptable decidir sobre suposiciones, como del endoso del título sin responsabilidad por Fianzacrédito a Unisa derivar del inmueble que administraba al señor xxxxxxxx , o de que no se hubiere intentado primero cobrar el título al deudor deducir que Unisa no pudo pagarlo como avalista de aquél, desconociendo que el avalista es un obligado cambiario en los términos que corresponderían formalmente al avalado – artículo 636 C de Co.

De manera que le asiste razón al apelante en este cuestionamiento porque efectivamente en el fallo se accede a la excepción de pago con fundamento en conjeturas sobre la transferencia del título al endosatario avalista y sobre su cancelación por el deudor con los dineros de los arrendatarios, por lo que deberá la Sala analizar la prueba a efecto de determinar si la obligación fue pagada por el deudor en dicha forma.-

El contestar el traslado de las excepciones Unisa acompaña cuadros de ingresos y descuentos de cada uno de los apartamentos del Edificio Yelineth así como cuadros que contienen detalles de los gastos incurridos en la manutención del Edificio –zonas comunes y otros- sin soportes.

Y revisados dichos cuadros –folios 97 a 126- se encuentran gastos por administración del edificio, prestaciones sociales, servicios de portería y recepción , servicios públicos zona comunes, implementos de aseo , etc., y en otros gastos –folio 124- gastos bancarios,



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 02 2019

clasificados, intereses prestamos CE2201, estudios de crédito , etc., relacionando entre estos en distintos meses del año 2007 “**préstamo de fianza cuota # (..)**”, para las cuotas números 1 a 9 , cada una de \$3`025.907, con la anotación siguiente para el 01-12-07 “**Debe a fianza cuota 10/ debe a fianza cuota 11/ debe a fianza cuota 12**” cada una por \$3`025.907.

De estos documentos , esto es, tanto de la relación de ingresos que presenta Unisa como administrador de los contratos de arrendamiento del edificio Yelineth, como de la relación de gastos de administración y otros, deduce la Sala que esa entidad en cumplimiento del mandato conferido por el deudor xxxxxxxxxxxxxxque consta en el mismo pagaré, canceló con lo percibido por cánones a Fianza crédito las cuotas 1 a 9 del mismo por el valor pactado de \$3`025.907, quedando insolutas las cuotas 10, 11 y 12 por el mismo valor correspondiente a los meses de diciembre 4 de 2007 a marzo 4 de 2008.

No otra cosa se puede deducir de lo anotado en ese cuadro pues de adeudarse las cuotas anteriores, esto es la 1 a 9, así se habría indicado para no sentar la diferencia entre las ya canceladas y las que no lo están, esto es las cuotas 10, 11, 12 que se enuncian adeudadas, y que siguen estándolo hasta diciembre de 2009, fecha de la última anotación en el cuadro.

De manera que la prueba aportada por la actora acredita el pago parcial por el ejecutado a Fianza crédito de las cuotas 1 a 9, realizado por aquél a través de Unisa, autorizada como estaba para cancelar las cuotas con las sumas recaudadas por cánones de arrendamiento del edificio Yelineth, que ascendieron según consta en la respuesta a las excepciones – folio 95-a \$93`661.286, monto suficiente para cancelar aquellas y los gastos de administración del edificio.

Ahora, el demandado ha presentado de forma extemporánea pruebas documentales consistentes en copias de cartas, cuadros de ingresos y egresos, etc., que pretende se consideren para demostrar que ha cancelado la totalidad de la obligación.-

Las pruebas deben ser aportadas y practicadas en las oportunidades legales- *artículo 183 CPC modificado por artículo 18 ley 794 de 2003 y 184 ibídem modificado por artículo 1 núm. 90 de 2282 de 1989 –aplicables al caso-*, de manera que resulta inaceptable que el demandado pretenda la consideración de medios probatorios que no han sido allegados en tiempo, pues ello conlleva precisamente a la incongruencia cuestionada en su reparo, que se presenta entre otros casos, cuando no debaten las pruebas en la oportunidad correspondiente. Dice así la Corte Constitucional sobre el punto:“(…) *la incongruencia que es capaz de tornar en de vía de hecho la acción del juez (reflejada en una providencia), es sólo aquella que “subvierte completamente los términos de referencia que sirvieron al desarrollo del proceso, generando una alteración sustancial, dentro de la respectiva jurisdicción, que quiebra irremediablemente el principio de contradicción y el derecho de defensa”. De esta forma, cuando se realice un juicio sobre la actividad del juez, para establecer si la violación del principio de congruencia constituye o no una vía de hecho , se deberá tener en cuenta (1.) la naturaleza de las pretensiones hechas –lo pedido- y el campo de aplicación de los derechos en juego; (2.) si la sentencia o providencia judicial recae sobre materias no demandadas, debatidas o probadas en el proceso; y, (3.) si el proceso conservó, desde su apertura hasta su culminación, un espacio abierto y participativo para las partes en contienda, de modo que se asegure la existencia del debate y de la contradicción – que le son consustanciales y que son el presupuesto de una sentencia justa- sobre una base de lealtad y de pleno conocimiento de sus extremos fundamentales”.*

Por tanto, resulta inadmisibles la consideración de las pruebas documentales aportadas extemporáneamente pues no han sido debatidas por la contraparte.

Rad.009 2009 00623 02Acta No. 76 (31-07-2018) Mag. Ana Luz Escobar Lozano.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

REIVINDICATORIO. FRUTOS CIVILES. Dictamen Pericial.

Extracto:

Al respecto, la Sala advierte que para determinar los frutos civiles la a quo tuvo en cuenta que el inmueble generó un canon de arrendamiento mensual correspondiente a la suma de \$1.500.000, de acuerdo con el dictamen donde el perito calculó los cánones causados entre el 9 de agosto de 2013 y la presentación del concepto, que arrojó un valor de \$63.000.000 que fue el reconocido, pues bien, estudiada la experticia se ve que para determinar los frutos el perito expresó: “...de una manera muy sencilla y acogiendo los reajustes anuales del IPC (índice de precios al consumidor), que se aplican a los ingresos por arrendamientos, podemos encontrar que el valor inicial del arrendamiento tomando como base el 1% del valor comercial del inmueble para el año 2013, indexado para el 25 de febrero del 2017 sería de alrededor de un millón quinientos mil pesos mensuales (\$1.500.000.00), de acuerdo a los documentos observados para el presente informe [...] Del 19 de agosto del 2013 al 25 de febrero de 2017, hay una diferencia de 42 meses , por lo que el canon mencionado deberá multiplicarse por la cantidad de meses...”, en la sustentación del dictamen al ser preguntado sobre las razones de haber acogido esa suma de dinero como canon de arrendamiento, respondió: “mi papá en Armenia tiene viviendas y el canon de arrendamiento lo calcula entre el punto cinco y el uno por ciento del valor del inmueble”, el juzgado en la sentencia acogió como frutos la suma determinado por el perito estimando que su experticia “quedó en firme” frente a lo cual la parte demandada guardó silencio.

Visto lo anterior, la Sala observa ostensible el yerro del Juzgado, pues omitió valorar el dictamen pericial (Art. 232 del C.G.P.), en efecto, no resulta admisible que no se haya valorado el dictamen simplemente aduciendo que la parte demandada no se pronunció , pues con ello se llegaría al absurdo de aceptar que los peritajes no necesitan valoración razonable.

Así pues, examinado el dictamen se tiene que el perito “tecnólogo en topografía” no resulta ser el profesional idóneo para conceptuar sobre la producción de frutos civiles del inmueble, no acreditó tener experiencia en esa labor ni siquiera para avaluar el precio del inmueble, de igual forma se observa que en la experticia no tuvo en cuenta que el canon de arrendamiento no corresponde a la totalidad del inmueble sino a la parte que posee el demandado, pues tomó el 1% del valor total del inmueble , defectos que evidencian la inutilidad de la experticia para concretar los frutos civiles que debe restituir el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

No obstante lo anterior, pese a la insuficiencia del dictamen en relación con los frutos, la Sala observa que en el proceso obra el contrato de arrendamiento suscrito por el demandado el 28 de agosto de 2013 antes enunciado, en el que se pactó como canon de arrendamiento mensual la suma de \$100.000, suma que constituye parámetro objetivo para inferir que ese es el valor de arrendamiento de esa parte del inmueble, suma que además se muestra razonable atendiendo que se trata de la casa pequeña destinada a la vigilancia de la finca y del lote adyacente, de manera que la Sala acogerá ese valor para determinar el monto de los frutos civiles, incrementándolo de acuerdo con “el porcentaje autorizado por la ley” tal como fue pactado en el contrato de arrendamiento , es decir por el 100% del IPC del año inmediatamente anterior (Art. 20 de la Ley 820 de 2003); ahora bien , para determinar los límites temporales del periodo en que se causaron los cánones de arrendamiento , debe tenerse en cuenta el artículo 964 del Código Civil.

Rad. 76001 31 03 015 2016 00114 01 (1937) (17-07-2018) M.P. Jorge Jaramillo Villareal.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 02 2019

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. La parte demandante mostró total pasividad para asumir la carga probatoria que le correspondía.

Extracto:

Los demandantes piden se declare civilmente responsables a las demandadas por los daños y perjuicios causados “por negligencia” en la atención médica brindada a quien en vida fue xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en consecuencia se las condene a pagar 100 s.m.l.m.v. para cada uno por perjuicios morales, 370 s.m.l.m.v. a favor de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx , 101 s.m.l.m.v. a favor de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y 33 s.m.l.m.v. a favor de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, por concepto de perjuicios materiales en modalidad de lucro cesante , más las costas del proceso.

Como hechos los demandantes expresan que en el mes de agosto de 1995, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx fue diagnosticado con “enfermedad coronaria obstructiva de la arteria coronaria derecha, descendiente posterior y descendiente anterior”, el 17 de mayo de 1996 acudió a consulta general a Comfandi, el 27 del mismo mes fue revisado por un médico internista quien anotó que la prueba de esfuerzo cardiaca realizada el 5 de febrero de 1996 que resultó positiva, que en la consulta refirió dolor torácico ocasional con el ejercicio y que fueron formulados medicamentos vaso dilatadores coronarios, que el 7 de octubre de 1996 se realizó electrocardiograma que evidenció infarto de miocardio antiguo de cara inferior, que asistió a varios controles , el 18 de junio de 1997 refirió dolor en área precordial tipo punzada acompañado de sudoración, el 15 de julio siguiente se realizó prueba de esfuerzo con resultado negativo, que el señor xxxxxxxxxxxxxxxx siguió asistiendo a controles, el 8 de diciembre de 1999 se realizó otra prueba de esfuerzo con resultado positivo , el médico tratante consideró obstrucción coronaria y sugirió cateterismo que se hizo el 17 del mismo mes y año , mostrando enfermedad coronaria severa de 2 vasos descendente anterior y posterior, el 17 de febrero de 2000 fue remitido a valoración por cardiólogo , siendo valorado el 22 de febrero , 16 de marzo, 20 de mayo y 4 de julio del mismo, sin que se decida sobre el tratamiento de su enfermedad , que siguió asistiendo a controles hasta el 19 de 2001, el 11 de enero de 2002 fue valorado en el Centro Médico Corazón I.P.S. siendo diagnosticado con “cardiopatía isquémica y angina increcendo”, que ese mismo día a las 9:40 p.m. acudió por urgencias a la Fundación Clínica Valle del Lili donde presentó “evento coronario agudo-infarto , edema pulmonar y shock cardiogenico”, que lo llevaron a su lamentable fallecimiento.

A través de múltiples pronunciamientos jurisprudenciales en los que se ha analizado la responsabilidad médica, la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales del país, se han inclinado sobre la tesis contractualista , es decir que este tipo de responsabilidad tiene naturaleza contractual tanto con el médico como con las instituciones promotoras y prestadoras de salud a quienes se les ha confiado prestar este servicio de trascendencia social fundamental en la vida en comunidad, pues la atención en salud hace parte de los servicios públicos a cargo del Estado los cuales han sido organizados por niveles de atención y participación de la comunidad, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección y control del Estado (Arts. 48 , 49 , 50 de la Constitución Política , entre otros); no obstante ello, la responsabilidad civil extracontractual tampoco es ajena a la atención médica como cuando se reclaman perjuicios morales directos para quienes no tienen que ver con el contrato.

En sentencia del 11 de septiembre de 2002, exp. 6430, en la que se condenó a un oftalmólogo y a la clínica que atendió a un paciente , la Corte Suprema de Justicia puntualizó que si el médico es ejecutor de la entidad obligada , no es lógico escindir la responsabilidad en dos relaciones de una misma prestación asistencial, “estan contractual el origen de la obligación, como su ejecución”, a la misma conclusión ha llegado un sector de la doctrina en aplicación del artículo 1738 del C.C. , que dispone : “en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”, así lo explica el Dr. Carlos Ignacio Jaramillo L. , en el texto Responsabilidad Civil Médica, Editado por la Pontificia Universidad Javeriana.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

Ahora bien, en la responsabilidad civil coexisten dos criterios para la imputación del daño, uno subjetivo que es la regla general y otro objetivo que es la excepción, el primero requiere que en la conducta causante del daño haya culpabilidad a título de dolo o culpa, esto es, la intención de causar daño, imprudencia, impericia, negligencia o violación de los reglamentos que regulen la conducta; el segundo, es la responsabilidad puramente objetiva en la que se prescinde del análisis del comportamiento del deudor para declarar la responsabilidad (ejemplo, las indemnizaciones en los asuntos laborales por accidentes de trabajo).

En cuanto a la responsabilidad fundamentada en la culpabilidad, en la generalidad de los casos corresponde al demandante probar la culpa del deudor, en otras ocasiones se presume pero puede desvirtuarse demostrando su diligencia y cuidado; sobre este aspecto en el campo doctrinal se han desarrollado clasificaciones de las obligaciones como la consistente en distinguir las contractuales de medio y las de resultado, esta clasificación se ha aceptado por la jurisprudencia colombiana y sobre su conceptualización se han edificado muchedumbre de fallos (Sentencias Cas. civ. 5 de noviembre de 1935; 31 de mayo de 1938 G.J. t.XLVI, pp. 571 y 572; 5 de marzo de 1940, G.J., t. XLIX, pp.115 y ss.; 3 de noviembre de 1977, Jurisprudencia y Doctrina, vol. 4, pp. 905 y ss.; 12 de septiembre de 1985, Jurisprudencia y Doctrina, vol. 4, p. 768, entre varias y muchas más recientes).

En virtud de las obligaciones de medio el deudor se obliga a poner en su actuación toda la prudencia y diligencia que le sea posible tendiente a satisfacer al acreedor, en las de resultado, por acuerdo, por ley o por la misma naturaleza de la práctica médica, el prestador del servicio está obligado a lograr el resultado esperado.

La obligación del galeno se ha tenido como de medio y no de resultado por la misma naturaleza del servicio que conlleva el compromiso de poner a favor del paciente toda la diligencia y cuidado de la ciencia médica en procura de la mejoría de la salud y de la preservación de la vida (juramento hipocrático), entonces, en este tipo de responsabilidad, será al demandante a quien corresponde probar que el daño ha ocurrido por culpa del médico o de las instituciones encargadas de optimizar y facilitar el servicio (C.S.J., Sentencias del 5 de marzo de 1940, G.J., t. XLIX, pp.115 y ss. y del 12 de septiembre de 1985, entre varias); sin embargo, excepcionalmente pueden darse casos en los que la obligación sea de resultado porque así fue acordado o porque la naturaleza del servicio médico así lo haga entender como ocurre en casos de la medicina estética en los que no existe patología.

En el primer reparo la apelante ataca que el Juzgado no se pronunció sobre las excepciones planteadas por la parte demandada y las aseguradoras llamadas en garantía; la Sala observa que efectivamente el a quo no decidió individualmente sobre ellas, en cambio consideró que no existe prueba de la culpa en la actividad médica como presupuesto de la responsabilidad que se demanda lo que de suyo vuelve inútil entrar a hacer pronunciamientos expreso sobre cada una de ellas, no obstante, como en los otros reparos cuestiona la valoración probatoria para determinar si fueron o no acreditados los presupuestos de la responsabilidad demandada, solamente de concluirse positivamente se pasará a decidir sobre las excepciones y los llamamientos en garantía.

En los reparos segundo, tercero y cuarto, la parte demandante aduce que no existen argumentos probatorios que sostengan la ausencia de responsabilidad ni se hizo un examen crítico de las pruebas obrantes en el proceso y que el juez no usó los poderes que le otorga la ley adjetiva para buscar la verdad.

Ciertamente el Juzgado concluyó que no existe prueba de la negligencia de las entidades demandadas y no vio demostrado que debía realizarse necesariamente un tratamiento diferente al que se le dio al paciente para la enfermedad coronaria que padecía, para ello refirió las anotaciones de la historia clínica, observando que, contrario a lo afirmado en la demanda, aparecen los controles, medicamentos y exámenes suministrados en el tratamiento del paciente.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

Revisada la totalidad de las pruebas, la Sala constata que en el proceso no existe prueba que permita concluir que el paciente tenía la oportunidad seria y real de “mejorar su calidad de vida” o prolongar un tiempo más a su existencia con la revascularización coronaria que los demandantes reclaman sin que un experto lo haya aconsejado, tampoco que los médicos tratantes hayan incurrido en culpa al decidir que el mejor tratamiento para el paciente era el médico y no la revascularización, de la historia clínica del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx lo que se ve es que venía siguiendo su tratamiento médico para su enfermedad coronaria y que presentó un estado de salud estable, salvo en el mes de diciembre de 1999, cuando la salud empeoró ordenándole cateterismo y luego “PERFUSIÓN MIOCARDICA CON ISOTOPOS”, su médico tratante llevó el caso a junta de especialistas decidiéndose seguir con el tratamiento farmacológico, posteriormente el paciente reguló su estado de salud asistiendo a los controles sin reportar síntomas, solamente el 19 de diciembre de 2001 presentó “disnea en medianos esfuerzos”, por lo que se ordenó a cita prioritaria con cardiología, la médico cardióloga e internista xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx ordenó el examen de “M.I.B.I” (prueba de esfuerzo nuclear) sin que exista prueba de que esta última se haya negado por su alto costo, ciertamente lo que se aprehende del proceso es que la parte demandante no acreditó la pertinencia e idoneidad de la revascularización como tratamiento para recobrar la salud del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, obsérvese que en la misma literatura médica traída por la misma parte, titulada “Manual de Terapéutica Médica”, se advierte respecto de la “REVASCULARIZACIÓN CORONARIA” que la misma se recomienda para “angina inestable” lo cual no demostró que fuera el caso del paciente, en el evento de que el tratamiento médico no arroje resultados: “Se recomienda la revascularización coronaria de urgencia en pacientes con lesiones coronarias obstructivas mayores al 60% **que no respondan al tratamiento médico**” (Resalta la Sala – Fls. 134 a 136 C. Ppal.), lo cual no puede predicarse del caso del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx pues la historia clínica da a entender que su enfermedad había sido controlada con los medicamentos mostrándose estable y asintomático.

En este punto, cabe observar que los demandantes omitieron dar información fundamental sobre el estado de salud del paciente, pues nada explican sobre el tratamiento de la enfermedad coronaria anterior al 17 de mayo de 1996 cuando inició el tratamiento en Comfandi ni antes del 1º de mayo de 1996 cuando fue afiliado a la EPS S.O.S. como cotizante en condición de empleado de la Universidad ICESI (Fl. 122 C. Ppal.), siendo que los demandantes relatan que en el mes de agosto de 1995 apenas había sido diagnosticada la enfermedad al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, mientras que en la historia clínica los médicos registraron el 17 y 27 de mayo de 1996 que en agosto de 1995 se le había realizado angioplastia de donde se infiere que la enfermedad venía desde antes y que la primera angioplastia pudo ser la causa de que los médicos hayan decidido descartar otra revascularización.

En el proceso no existe dictamen pericial que permita concluir culpa en la actividad médica de los médicos tratantes del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, bien se sabe que en este tipo de responsabilidad la prueba pericial es la más apropiada, sin la opinión de un experto, difícilmente se puede concluir si se trató o no a un paciente de manera responsable, la misma exigencia de formación profesional resulta casi irremplazable, aunque casos habrán de experiencias ya generalizadas en que la trasgresión pueda advertirse de manera elemental y de fácil deducción para la justicia.

De ahí la Sala descarte tal posibilidad para convertir al juez civil en investigador siendo que el proceso civil se inicia a petición de parte y bajo el principio eminentemente dispositivo salvo contadas excepciones, aquí, la parte demandante mostró total pasividad para asumir la carga probatoria que le correspondía, con la demanda no pidió prueba pericial, aunque solicitó los testimonios de varios médicos entre ellos los cardiólogos xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, finalmente desistió de ellos, si bien a instancia de las demandadas S.O.S. y Comfandi fueron decretados dictámenes periciales estos no fueron practicados, cuando se concluyó la etapa probatoria nadie reclamó.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 02 2019

Así las cosas, no acreditados los elementos de la responsabilidad que se demanda, no hay lugar a pronunciarse sobre las excepciones planteadas ni de los llamamientos en garantía, concluyéndose el fracaso de la apelación.

Rad. 005 2012 00374 01 (1938) (18-07-2018) M.P. Jorge Jaramillo Villareal.

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Fallecimiento de paciente. Suministro tardío de medicamentos.

Caso concreto

La señora XXXX interpuso demanda en contra de la EPS “Cruz Blanca S.A”, para que se declarara a la misma responsable por los perjuicios materiales y morales causados a la demandante por no haber entregado los medicamentos prescritos a la menor XXXX, quien requería de ellos a consecuencia de la “fibrosis quística severa” que padecía desde su nacimiento. La mencionada menor, era la hija de la demandante. El 16 de diciembre del 2004, la menor falleció.

Al padecer la mencionada enfermedad, la menor requería un cuidado nutricional especial, de acuerdo a gastroenterólogo pediatra, el cual para ser cumplido, necesitaba tomar medicamentos de por vida, entre los cuales se encontraban “ZINC + VITAMINAS, VITAMINA E y URSACOL”.

En vista de que la EPS demandada le negaba constantemente la entrega de los medicamentos, la demandante, interpuso una acción de tutela, la cual ordenó a la entidad, realizar la entrega de dichas medicinas. Esta orden fue desatendida y se inició incidente de desacato, trámite en el cual, la representante legal de la EPS declaró que se había presentado un desabastecimiento de medicamentos.

Ante el agravamiento del estado de salud de la menor, por la falta de los medicamentos, fue hospitalizada en la Fundación Valle del Lili, lugar en donde fallece.

La EPS se refirió a las funciones que tiene a su cargo, dentro de lo que dijo haber cumplido con la *lex artis* en la atención de la paciente cuando tuvo que ser internada en el hospital; adicional a esto, dijo que no estaba garantizado que con la administración efectiva y oportuna de los medicamentos, se hubiera podido evitar el desenlace fatal de la menor, pues le enfermedad que padecía, era de origen hereditario, severo e incurable.

Sentencia de primera instancia.

El juez resaltó que el fallecimiento de la menor, se debió a complicaciones propias de enfermedad que padecía, y que ante la ausencia de un dictamen pericial con el que se pudiera llegar a la conclusión certera de que fue el déficit en el suministro oportuno de las medicinas y de otros insumos lo que produjo su muerte, NO se tiene nexo de causalidad que pueda imputarse a la conducta de la EPS.

Pero esto no quiere decir que no hay lugar a indemnizar, ya que, hubo manifestación expresa por parte de la EPS y confesión, respecto al tardío suministro de las medicinas, pues pasaron más de 5 meses desde que fueron prescritas hasta que fueron entregadas.

Si bien no hubo una responsabilidad médica por la muerte de la menor, si hubo una pérdida de la oportunidad de mejoría o de aletargar los síntomas de su enfermedad por no haberle suministrado de manera completa y oportuna los medicamentos y los suplementos que requería.

Así que aunque no se acreditaron los perjuicios materiales demandados, “si la afectación y el dolor que también tiene dicho la jurisprudencia y la doctrina se presumen y en este caso encuentran apoyo con lo dicho por los testigos y el perito, y acogiendo los criterios orientadores de la Sala de Casación Civil sobre parámetros indemnizatorios de daño moral,



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

en donde se tiene como límite máximo en caso de muerte la suma de 60 millones de pesos. A la demandante en esta sentencia le otorgaron como indemnización, la suma de 30 millones de pesos, con la justificación de que lo que se pretendía indemnizar, era la pérdida de la oportunidad de mejoría y afectación de la esfera moral de la señora. Negando las demás pretensiones.

Dice la Corte, que la tardanza y negación de los suministros constituyen actos culposos por parte de la EPS, porque faltó a la calidad que debe operar en el Sistema de Seguridad Social en Salud, y por lo tanto, declaró probada la pérdida de oportunidad a favor de la parte demandante, en tanto, la paciente fue privada de una oportunidad de mejoría o de aletargar su condición de salud.

Para la Corte Constitucional se configura responsabilidad por la sola privación del servicio médico, incluso sin la existencia de expectativas de recuperación. Desde este enfoque, es claro como se le da la prevalencia al derecho que tienen todas las personas a recibir los tratamientos médicos adecuados y oportunos para sus patologías, lo cual constituye un mensaje a los entes prestadores del servicio de salud, en el entendimiento de que no le es dable alegar la necesidad del resultado dañoso para justificar la falta de la prestación del servicio o su retardo.

Lo que llevó al fallador a acoger los criterios orientadores sobre los parámetros indemnizatorios del daño moral, para reconocer perjuicios por “**la pérdida de la oportunidad de mejoría y la afectación de la esfera moral de la señora demandante**”; fue la consideración de la afectación por el dolor y sufrimiento de la madre de la paciente al ver que no mejoraba la salud de su hija, y que no le entregaban los medicamentos de manera completa y oportuna.

En razón y mérito de lo consignado en precedencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia objeto de impugnación, con las precisiones hechas en punto de la planteada pérdida de la oportunidad.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de esta instancia la parte demandante recurrente. Líquidense de conformidad con lo previsto en el artículo 366 del C.G del P., teniendo en cuenta la suma de \$5000.000, por concepto de agencias en derecho. Cumplido lo anterior, remítase el expediente a la oficina de origen.

Rad.013-2012-004-19-01 M.P. Carlos Alberto Romero Sánchez.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. No se acreditaron los elementos de la responsabilidad que se demanda.

Extracto:

Los demandantes piden se declare civilmente responsables a las demandados por los daños y perjuicios sufridos por los demandantes, debido a la “negligencia médica” en la atención brindada en el parto de la niña xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx (q.e.p.d.), en consecuencia, se los condene a pagar a su favor 500 s.m.l.m.v. por concepto de perjuicios fisiológicos, 250 s.m.l.m.v. por concepto de lucro cesante y 250 s.m.l.m.v. por concepto de perjuicios morales; así como 500 s.m.l.m.v. a favor de cada uno de los demás demandantes, su madre



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 02 2019

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, su padre XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, su hermano XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, su abuela materna XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y su abuela paterna XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, así mismo, se ordene que Comfenalco EPS garantice la afiliación al sistema de salud de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, la atención y cuidados médicos que por su grave enfermedad requiere, durante toda su vida, -2derechos ultra y extra petita” (sic), más costas y agencias en derecho.

Al final, es claro que la parte demandante construyó sus pretensiones en hechos que no son veraces como que el 21 de junio de 2007 la ecografía que se realizó a la paciente reportó un 10 por ciento de alteraciones fetales cuando lo cierto es que en dicho examen lo que se advirtió es que no es posible determinar si hay o no alteraciones en ese porcentaje por tratarse de una ecografía nivel II, o que la asfixia que pudo haber sufrido la niña se debió a la demora en realizar la cesárea, hecho que fue explicado que antes que afectarla favorece a la membrana hialina que padecía, la parte demandante hizo conjeturas sin apoyo científico para afirmar la responsabilidad de los demandados.

Tampoco se ve fundamento en el reparo con el que se afirma que Comfenalco EPS debió probar que remitió a la paciente a institución de tercer nivel para evaluación completa fetal, con lo cual la parte actora pretende relevarse de la carga de probar la culpa de los demandados, ninguna prueba idónea arrojó con el fin de acreditar que esa era la conducta a seguir de acuerdo con los protocolos médicos, creyó que la culpa galénica se presume, desatendiendo la actividad probatoria que debía desplegar en dirección de afianzar sus pretensiones.

Tampoco es atendible el reparo relativo a que el Dr. XXXXXXXXXXXX no suministró surfactante a XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX al momento de su nacimiento quien contaba con 36 semanas de gestación, pues el suministro del mismo está indicado para los recién nacidos menores de 30 a 32 semanas según el artículo médico “Guía Clínica SDR Neonatal” traído por el Dr. Bedoya donde se explica “Surfactante profiláctico: administrado en la sala de partos pudiendo ser desde antes del inicio de la ventilación hasta los primeros 20 minutos de vida en recién nacidos con alto riesgo de desarrollar enfermedad de membrana hialina, es decir, aquellos menores de 30 a 32 semanas” (Fl. 163 C. Ppal.).

Ahora bien, la parte demandante denuncia que existe una nota falsa de enfermería en la historia clínica emitida por Comfenalco EPS porque se anotó que el 22 de junio de 2007 a las 7:00 p.m. “QUEDA PACIENTE EN UNIDAD CONCIENTE ALERTA FEBRIL ESTABLE CON RNACIDO LLANTO FUERTE” y que para esa hora la niña ya había sido remitida a la clínica Farallones; efectivamente, al examinar la historia clínica se constata que la enfermera de turno hizo tal anotación cuando atendió a la señora XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, pero tal es inmediatamente anterior de las 4:40 p.m. se había escrito: “recibo paciente en unidad conciente alerta afebril en compañía de familiar el RN fue remitido a UCIP a Clínica Farallones...”, por lo que no se ve intención de ocultar o modificar lo realmente ocurrido.

La Sala no pasa por alto que los demandantes dentro de los hechos acusaron que debieron interponer tres acciones de tutelas contra Comfenalco EPS para lograr la atención médica de la niña XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX para el tratamiento de su enfermedad, en este proceso como otra pretensión pidieron se ordene a la EPS garantizar la afiliación al sistema de salud de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, la atención y cuidados médicos que por su grave enfermedad requiere, durante toda su vida, sobre este punto nada dijo el a quo, empero, tal cuestión no fue reclamada en los reparos de la apelación en sentido particular por lo que no puede ser objeto de decisión, aunque cabe observar que como lamentablemente la niña XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX falleció el 10 de febrero de 2013 (Fl. 630 C. Ppal), tal pretensión carecería de objeto.

Rad. 009 2012 00327 01 (31-07-2018) M.P. Jorge Jaramillo Villareal.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 02 2019

RESPONSABILIDAD. Daños a la vida de relación. Daños estéticos, daños psíquicos, daño emergente, lucro cesante. Accidente laboral. Responsabilidad civil contractual. Responsabilidad médica.

Vista la orfandad probatoria de cara a demostrar el nexo causal entre el daño y la actividad médica y la culpa de los demandados como presupuestos de la responsabilidad que se demanda, deviene inatajable el fracaso del recurso y la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Extracto:

Los demandantes piden se declare civilmente responsables a los demandados por los daños y perjuicios causados con ocasión de los hechos relatados en la demanda, en consecuencia se los condene a pagar 280 s.m.l.m.v. por concepto de daños morales, 350 s.m.l.m.v. por daños a la vida de relación, 280 s.m.l.m.v. por “daños estéticos”, 280 s.m.l.m.v. por “daños psíquicos”, así como el daño emergente y lucro cesante, más las costas y agencias en derecho.

Como hechos se dice que la demandante xxxxxxxxxxxxxxxx el 2 de junio de 2004 “sufrió un accidente laboral” en el que se lesionó el hombro derecho, cuando se encontraba maniobrando una hidrolavadora industrial en su trabajo de lavar vehículos, que acudió a la Comfandi – Sucursal Calipso donde fue incapacitada informándole que de no desinflamar el hombro durante los 3 días siguientes se presente a la clínica Comfandi Tequendama, donde acudió el 5 de junio de 2004 por persistencia del dolor del hombro derecho porque le “era imposible para ella levantarlo debido a la lesión”.

En la sustentación del dictamen el perito dio a conocer su experiencia profesional como traumatólogo y explicó con suficiencia las preguntas que se le hicieron, describió que el manguito rotador se encuentra debajo del deltoides y que el Dr. xxxxxxxxxxxxxxxx hizo lo adecuado para descomprimirlo, cómo a veces lesiones pequeñas resultan más complejas que las invasivas, cómo todos los médicos llegaron a la misma conclusión que el Dr. xxxxxxxxxxxxxxxx, en conclusión no vio negligencia en el acto médico.

Para iniciar la Sala observa que el primer reparo al fallo tiene que ver con la ausencia del dictamen pericial que fue allegado por el médico ortopedista y traumatólogo xxxxxxxxxxxxxxxx, Director del Centro de Ortopedia y Fracturas, aspecto que se encuentra superado toda vez que tal prueba fue decretada de oficio en esta instancia, cuya contradicción se llevó a cabo ampliamente sin que hayan quedado resquicios de duda.

Dicho lo anterior, la Sala abordará inicialmente los reparos (ii) y (iii) con los que la parte demandante afirma acreditado el nexo causal entre la cirugía de “acromioplastia vía abierta” y “bursectomía vía abierta” realizada el 3 de julio de 2004 por el médico xxxxxxxxxxxxxxxx y el daño alegado, afirmando que la primera cirugía agravó el estado inicial de la paciente, así mismo, pide se observe que la “ruptura” ocurrió después y que el médico no explica las razones, seguidamente se decidirá sobre el reparo (v) en el que se sostiene demostrada la culpa médica insistiendo en que el médico debió realizar resonancia magnética previamente a la cirugía para descartar la lesión del manguito rotador, a continuación, se resolverá sobre el reparo (vi) atinente a la ausencia de pronunciamiento del Juzgado respecto del consentimiento informado para la cirugía realizada el 3 de julio de 2004.

De conformidad con el escrito de demanda, la causa del daño consiste en el desgarro del deltoides del hombro derecho que la demandante xxxxxxxxxxxxxxxx sufrió según la demanda, producto de la cirugía llevada a cabo por el Dr. xxxxxxxxxxxxxxxx el 3 de julio de 2004, la demandante expresa que el galeno “para corregir un músculo pequeño comprometió, uno m[á]s grande e importante como el deltoide medio, del brazo derecho”, en el recurso manifiesta que es necesario determinar cuándo ocurrió la “ruptura” del músculo de la paciente.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 02 2019

Pues bien, para la Sala no es posible concluir que la causa de la enfermedad que aqueja a la demandante haya sido la desinserción del deltoideos, como quiera que tal como lo advirtió el a quo, la causa se encuentra en el accidente que sufrió el 2 de junio de 2004 cuando se encontraba maniobrando una hidrolavadora industrial en su sitio de trabajo, lesión que al parecer vendría de tiempo atrás pues el 12 de febrero de 2004 la señora xxxxxxxxxxxxxxxx había consultado porque “SE LE ENTUME SE LE DUERME EL BRAZO DERECHO Y HAY DIAS QUE SE LE PONE NEGRO” (4.3.1), el 24 de enero de 2005, la médico que la atendió en SOS EPS registró que “refiere dolor constante desde el 9 de enero de 2004 [...] secundario a sobreesfuerzo en casa” (4.3.4), es decir, mucho antes del accidente laboral y de la cirugía realizada el 3 de julio de 2004 por el Dr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Ciertamente, la historia clínica da cuenta que antes de la cirugía la demandante venía por esa causa, el 2 de junio de 2004 presentaba dolor del brazo y no podía levantarlo (4.3.1), que el 5 de junio de 2004 el Dr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx diagnosticó ruptura de manguito rotador y ordenó ecografía (4.3.2), el 7 de junio la paciente nuevamente manifestó que sufría dolor y que se debía a un accidente que tuvo lugar enfermedad de la cual persistencia del dolor y que su brazo derecho se encontraba inmovilizado con diagnóstico de “laceración parcial de la superficie articular en porción anterior del tendón supraespinoso derecho” (lesión del manguito rotador) (4.3.1.), por lo que en vista de que no mejoraba con el tratamiento pasivo consistente en sesiones de fisioterapia, el 3 de junio de ese mismo año fue intervenida quirúrgicamente por el médico especialista en ortopedia y traumatología, Dr. xxxxxxxxxxxxxxxx, con ayuda de su par de la misma especialidad, Dr. xxxxxxxxxxxxxxxx, quienes realizaron los procedimientos denominados “acromioplastia vía abierta” y “bursectomía abierta”, dejando constancia que “no se encontró lesión al manguito rotador” (4.3.2).

De la lectura de la historia, es claro que la cirugía no alivió ni la movilidad del hombro derecho de la paciente, pues el 3 de septiembre de 2004 volvió a consultar por dolor (4.3.1), en ese mismo mes fue valorada en el Centro de Ortopedia y Fracturas por el Dr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien observó que la cicatriz y la pérdida de la silueta deltoidea, diagnosticándole “síndrome doloroso regional complejo” y por verificar una “desinserción deltoidea proximal”, para ello ordenó resonancia magnética con resultado de “proceso inflamatorio subacromio subdeltoideo (posible desgarró deltoideo)”, el 8 de octubre de ese mismo año se llevó el caso a junta de cirujanos en la Fundación Valle del Lili, junta que ratificó el diagnóstico de desgarró del deltoideos y lesión del manguito rotador, el 2 de noviembre de 2004 el Dr. xxxxxxxxxxxxxxxx realizó cirugía en la que descartó la lesión del manguito rotador y corrigió la desinserción del deltoideos.

En esa medida la Sala aprehende que en el proceso no obra prueba que acredite que la enfermedad de xxxxxxxxxxxxxxxx fue agravada por la intervención quirúrgica, lo que se ve es que lamentablemente la lesión del hombro derecho de la paciente tiene diagnóstico de “Síndrome doloroso regional complejo”, enfermedad de la cual no se conoce la causa con exactitud y cuyo tratamiento radica en paliar el dolor y la inmovilidad de la extremidad, tampoco existe prueba científica de que la evolución de la enfermedad fuera “más sutil” de no haberse realizado dicha intervención quirúrgica que perseguía aliviar el dolor e incapacidad que presentaba la señora xxxxxxxxxxxxxxxx.

Además de lo anterior, la Sala ve que el 31 de marzo de 2005 la paciente presentó un accidente cerebro vascular (ACV) (4.3.1, 4.3.2 Y 4.3.4), el cual pudo contribuir al entumecimiento del brazo y el “hombro caído” que dice haber presentado, la parte demandante pretendió en el curso del proceso mostrar que el accidente cerebro vascular fue producto del estrés y depresión que la paciente sufrió a causa de la lesión del hombro y la cirugía, pero ninguna prueba se trajo para acreditar tal afirmación.

En coincidencia con él a quo, la Sala aprecia la ausencia de nexo causal con el dictamen de pérdida de la capacidad laboral del 18.41% emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, en el que calificó el origen de la enfermedad de xxxxxxxxxxxxxxxx como “ACCIDENTE DE TRABAJO” (4.3.6), sin que sea de recibo que dicha



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 02 2019

calificación no deba tenerse en cuenta por ser una actuación administrativa y no judicial, pues tal concepto es elaborado por profesionales médicos con fundamento en la historia clínica, en la cual, vale decirlo, se registró la causa de la lesión de la demandante como tratamiento por “MEDICINA DEL TRABAJO” (4.3.4).

En lo que respecta al consentimiento informado es preciso reparar que la ley 23 de 1981 por medio de la cual se dictaron normas atinentes a la ética médica, en el artículo 15 determinó que “El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”, tal institución ha sido desarrollada por los Decretos 3380 de 1981, 13437 de 1991 y las Resoluciones del Ministerio de Salud y Protección Social sin que se haya adoptado un protocolo estándar hasta el punto que las EPS pueden autorregularlo; de lo anterior, se entiende que el consentimiento informado es la aceptación consiente, libre y voluntaria que manifiesta un paciente o usuario de un servicio de salud en pleno uso de sus facultades mentales, después de recibir la información pertinente y adecuada, con el propósito de respetar la autonomía del paciente para que pueda tener lugar un acto médico de respetar la autonomía del paciente para que pueda tener lugar un acto médico terapéutico o quirúrgico, este acto hace parte de la historia clínica y debe ser consignado en un documento que lo acredite; en los eventos en que el paciente no se encuentre en el pleno uso de sus facultades mentales, tal aceptación puede ser asumida por su representante legal o por el familiar que haya asumido el acompañamiento de quien no está en disponibilidad de consentir.

Ciertamente, la existencia de un consentimiento informado debe ser la regla general para la realización de cualquier acto o intervención médica y hace parte del protocolo que los galenos deben seguir, en salvaguarda del principio constitucional de la libertad y de la autonomía de la voluntad porque nadie está obligado a someterse a un riesgo, claro está, que existen circunstancias particulares en las cuales este principio ocupa un segundo lugar para dar paso a la prevalencia de otros bienes jurídicos de mayor entidad como la integridad personal y la vida misma cuando el paciente se encuentre en circunstancias de excepción como una urgencia vital (Corte Constitucional, sentencias T- 401 de 1994, T-823 de 2002, T-1021 de 2003 y T-1019 de 2006).

Rad.007 2012 00349 01 (09-08-2018) M.P. Jorge Jaramillo Villareal.



SALA DE FAMILIA

DECLARACIÓN DE UNIÓN MARITAL DE HECHO

Extracto:

Se pretende procesalmente que se declare la existencia de la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx desde el 15 de febrero de 1995 hasta el 13 de octubre de 2015, con fundamento en los fácticos que a continuación se sintetizan.

(...)

Entre las fechas acotadas surgió la comunidad de vida permanente y singular entre las citadas personas, quienes por espacio de más de veinte años compartieron el lecho, el techo y la mesa.

El señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx había contraído matrimonio por el rito católico con la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx el 6 de marzo de 1972 ante la parroquia San José Obrero del municipio de Cartago y mediante sentencia 439 del 13 de septiembre de 1994 del Juzgado Octavo de Familia de esta localidad, se decretó la separación de bienes y se dispuso la liquidación de la sociedad conyugal. Más adelante y sin disolver el lazo conyugal, estableció una relación de pareja con la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx con quien procreó a sus únicos hijos: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, unión que culminó en 1991 con la separación física y definitiva.

A partir de 1994 y hasta su defunción la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx conformó un hogar con él de manera permanente, singular e ininterrumpida. Ella era soltera y él había disuelto su vínculo matrimonial y la sociedad conyugal con la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, por lo que ambos no tenían impedimento para contraer matrimonio. De su cargo eran labores del hogar y el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx atendía las responsabilidades hogareñas, razón por la cual la afilió en calidad de beneficiaria de su sistema de salud, en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio administrado por la Fiduciaria xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, cuyos servicios de salud fueron dispensados por la Clínica xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Siguiendo el hilo conductor propuesto por la sentencia de primera instancia, se tuvieron en cuenta todos los documentos aportados con la demanda y su contestación, sólo que de ellos no resulta las declaraciones procuradas en ella. De este modo, la valoración de la afiliación a la EPS, las indicaciones referidas al estrés emocional de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx por el infarto al miocardio de su esposo, las exposiciones de la pareja en las actas 001370 y 001371 del 26 de febrero de 2015 sobre la unión marital de hecho por más de 20 años y las declaraciones extraproceso que regenta el acta 005167 del 27 de agosto de 2015 por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, tienen su propia lógica de apreciación según la naturaleza del acto que condensan.

En efecto, la afiliación en salud como compañera del causante y las declaraciones notariales de los señores xxxxxxxxxxxxxx- xxxxxxxxxxxxxx, componen prueba indiciaria de la condición de compañeros, al unísono con las manifestaciones de la pretensionante cuando se le suministraba la atención en salud que plasmó la entidad promotora de salud del magisterio y las declaraciones extraprocesales de los señores xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx si bien fueron adosadas con la demanda, no se solicitó su ratificación y por ende el análisis probatorio debe surtirse en cada caso con sujeción al testimonio que se rindió, que fue el mismo evento que acaeció con las aportadas por la contraparte, pues al surtirse sin la participación de quien en su contra se aducían no hacen prueba contra esta como lo señala el inciso final del artículo 188 del Código General del Proceso.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 02 2019

Pues bien, los documentos de un pasado lejano del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx en su condición de docente que datan de 1973 a 1994, resultan por fuera de sintonía con los límites temporales en que se afianza la petición de la demanda, excepción hecha de la Resolución 4143.21.1914 del 19 de marzo de 2010 que ascendió al educador al grado 13 del Escalafón Nacional Docente, que con los recibos de pago a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y la certificación de esta dependencia sobre el acompañamiento de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y una cotización de xxxxxxxxxxxx por una corona metal de porcelana, también son indiciarios de la proximidad de la pareja, pero no de que efectivamente hubiese mediado el alegado vínculo. De hecho, los extractos bancarios que rigen a folios 179, 180, 181, 182, 183, 184 y 186 regentan la dirección del barrio Berlín y el que aparece en el folio 190 consiste en la citación para la restitución del fundo ocupado por el fallecido xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx al 11 de febrero de 2003, con el que se ratifica la dicción jurada de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx; sin embargo, el hecho de que la demandante detente esos documentos no demuestra *per sé* que la génesis de la relación marital hubiera ocurrido desde el año 1995 y tampoco que hubiera existido, pues por la amistad y los nexos con su titular, pudo tener acceso a ellos o acontecer la afiliación en salud por la pérdida del empleo del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Por lo demás, la Resolución RDP 016356 del 20 de abril de 2016 refleja la uniformidad de la conducta de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en línea con lo expuesto en este debate probanzal, lo mismo que xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx en lo relativo a su lugar de vivienda en compañía de su hijo xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien fijó la separación con la aludida dama hacia el año 2000, como ésta lo indicara y que a su enfermedad contribuyó con los cuidados del doliente, que es también la manifestación de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx. Enfoque divergente que se hizo denotar con las aseveraciones de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx por el tiempo que comprendió esa unión teniendo como parámetro el que fue transmitido por la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y a raíz de lo cual les fue negado a ambas el reconocimiento pensional que demandaban de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP-

Sobre las respuestas obtenidas durante el curso del proceso ningún dato se adosó sobre la relación de compañeros, salvo el reconocimiento de la sustitución pensional mediante la Resolución 4143.0.21.1317 del 15 de febrero de 2016 a la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx como compañera permanente del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Es que milita un factor asociado a este discurrir, que no es otro que la falta de claridad en la posición de la parte actora sobre el tiempo de la unión, el lugar de su establecimiento y las circunstancias que llevaron y mantuvieron esta ligazón, lo que aunado a lo ya expresado conducen a la Sala a la confirmación de la providencia apelada.

ACLARACIÓN DE VOTO

Comparto la decisión en cuanto a que de la valoración probatoria, tal como ampliamente lo explicitó la ponente, no encontramos certeza de que definitivamente entre la demandante y el fallecido haya existido unión marital de hecho; esto no implica en modo alguno que estemos diciendo que la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx sea la compañera del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx. Es una situación totalmente distinta que no nos compete y que la eventual discusión sobre el reconocimiento que se dice se le hizo a ella, tendrá otros ámbitos de discusión ante otra jurisdicción.

Pero el sentido de nuestra decisión es que no encontramos certeza de la convivencia como compañeros permanentes en el sentido que lo exige la Ley 54 de 1990, la Ley 979 de 2005 e incluso con la tendencia de la jurisprudencia una de las últimas decisiones de la Corte, que fue la que invocó el apoderado de la parte demandante en sus alegatos, en el sentido de que no necesariamente tenía que ser un único lugar de residencia.

Rad. 76001 311 0005 2015 1182 01 (2609-2018) M.P. Gloria Montoya Echeverri.

Aclaración de Voto: Magistrado . Franklin Torres Cabrera.



SALA LABORAL

CONTRATO DE TRABAJO. Prueba testimonial.

Situaciones que se considera hacen perder razón a la tesis del juzgado sobre la amistad como vínculo de la relación alegada en la demanda, pues esa relación de amistad no se niega desde el primer escrito procesal del demandado, pero si se le cualifica con fines laborales, siendo eso lo trascendente a la hora de la pesquisa laboral, no solo, no se niega la prestación del servicio sino que se da cuenta de la muerte en tiempos laborales, adicionando elementos para la dilucidación del caso al ilustrar sobre la relación societaria o de parte (sic) profesional, lo que no niega la relación laboral, pues esta se da incluso en casos de amistad, pero que si se cualifica con el modo laboral, ello no es imposible entre amigos.

En ese camino, frente a los derechos laborales advertidos, cabe señalar el especial detenimiento que merece el establecer sus beneficiarios o causahabientes, pues conforme a la normativa laboral reconocida por la jurisprudencia si se cumplen las publicaciones a que se refiere análogamente el art 212 de la codificación social, es posible pagar las acreencias del causante directamente a sus beneficiarios, pero en este caso no se ha demostrado dicho trámite legal, de modo que, al ser esos derechos del patrimonio del difunto, es menester ahora ordenar su pago a favor de la masa sucesora, lo cual es más imperativo al conocerse la existencia de una hija menor de edad.

Con mérito, en lo anterior la Sala de Decisión revoca íntegramente la Sentencia.

Rad.010-2011-01659-01 (8-06-2018) MP. Carlos Alberto Carreño Raga

CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO. Principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

EXTRACTO:

Respecto del principio de primacía de la realidad sobre las formas, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia tiene sentado de vieja data que en los asuntos en donde se discute la existencia de un contrato de trabajo, el deber del juez no se contrae a observar solamente la forma; es menester auscultar todo el acervo probatorio, para llegar a la verdad real y encontrar, de ser el caso, el contrato realidad, en oposición a un contrato formal, tal como lo instituye el artículo 53 de la Constitución Política, que establece en forma concreta que impera “la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”, en virtud de lo anterior, si se tiene por demostrado que el demandante prestó de manera personal el servicio a la demandada, se configura en su favor la presunción legal establecida en el artículo 24 del CST, por lo que la carga de desvirtuarla le corresponde al empleador.

Se debe tener en cuenta que el servicio social obligatorio se define de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de Resolución 1058 de 2010, como “el desempeño de una profesión con carácter social, mediante el cual los egresados de los programas de educación superior del área de la salud desde el campo de su competencia profesional, como uno de los requisitos para obtener la autorización del ejercicio, en los términos que definan las normas vigentes.

En tal sentido, el parágrafo 2 del artículo 33 de la Ley 1164 de 2007, indica que el Servicio Social obligatorio, se presentará por única vez, con posterioridad a la obtención del título como requisito obligatorio y previo para la inscripción en el Registro Único Nacional.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

En esa línea el párrafo tercero del citado artículo señala que en ningún caso podrán ser vinculados a través de terceras personas jurídicas o naturales, lo anterior quiere decir que los médicos que estén realizando el servicio social obligatorio deben ser vinculados directamente por la entidad prestadora de servicios de salud, calidad que no ostentaba la clínica demandada y no la sociedad con la cual se suscribió el contrato.

Rad. 015-2016-00076-02 (31-07-2018) M.P María Nancy García

Existencia de contrato de trabajo: xxxxxxxxxxx VS. Xxxxxxxxx S.A. Apelación de sentencia.

Caso: La decisión a dictar por la Corporación responde al recurso de apelación formulado por la parte actora contra sentencia No. xx proferida el 31 de marzo de 2014 por el Juzgado Sexto Laboral de Descongestión del Circuito de Cali, a través de la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad xxxxxxxxxxx por un periodo comprendido entre el 18 de septiembre de 2008 y el 3 de diciembre de 2010, vínculo en el cual actuó como intermediaria la CTA xxxxxxxxxxx y terminó sin justa causa por parte del empleador, en consecuencia condeno a xxxxxxxx S.A y solidariamente a la CTA accionada a pagar al actor la suma de \$3.833.295 correspondientes a 115 días de descanso compensatorio y la suma de \$1.807.407 por concepto de indemnización por despido injusto absolviendo a las demandadas de las demás pretensiones.

Extracto. “En primer lugar propio es decir que la alzada de conformidad con los arts. 66 y 66A se desarrollará conforme a los puntos expresos de la objeción y además, que sean debidamente sustentados, razón por la cual se examinará el reintegro laboral, el auxilio de transporte y lo referente a las deudas por los salarios mínimos alegados.”

“En torno al reintegro como consecuencia de la estabilidad laboral reforzada de la ley 361 del año 1997 cabe significar que desde la demanda- hecho sexto- no se informa si la afectación cardiaca estaba perturbando al trabajador al momento de su desvinculación, solo se dice que se le estaba tratando para la fecha de despido pero sin ninguna especificación sobre su afectación laboral, que es lo que en últimas se considera pregonada la protección, pues en verdad no se busca con ella extenderla a situaciones de enfermedad sino que estas le impidan al trabajador cumplir sus funciones, pero se repite, lo cierto es que nada se apunta sobre el suceso, siendo eso lo definitorio, así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional (T-521/2016, T-461/2015, T-440A/2012).”

(...)

“En relación con los salarios mínimos como fórmula de contraprestación económica por los servicios prestados como adicionales o anexos a la entrega –hecho octavo- cabe señalar que hay manifestación contraria de sus testigos, estos dicen que existía un salario pactado por el producido diario, nunca hubo un salario pactado por nomina (f.312), que a ellos los colocaban a hacer una entrega y muchas veces no la hacían y por esta razón les paraban turno (f.327), y por último dice el testigo Ramírez, a nadie le pagaban un peso por salario mínimo (f.337), con lo cual queda establecido que no hay en el plenario prueba indicadora del salario pregonado, esto es, la fórmula enunciada en el hecho octavo de la demanda como remuneradora de los servicios, compuesta del salario mínimo y además de lo que quedase después de hacer la entrega diaria.”

“En lo referente al auxilio de transporte, recuerda la Sala ser este un beneficio de ley consagrado para los trabajadores colombianos, pero no de manera general, pues debe acreditarse la necesidad de ese auxilio para que el trabajador desempeñe su labor, así lo ha reiterado pacíficamente la jurisprudencia especializada: CSJ SL 10417-2017. M.P. Dra. Jimena Isabel Godoy Fajardo, 19 de Julio de 2017: ...”



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

“En este caso, lo único por lo que se preocupó el trabajador fue en afirmar que nunca se le pago el auxilio de transporte, manifestación que si bien corroboraron los testigos, no exime de la obligatoriedad de acreditar la necesidad de ese beneficio en el desempeño de su labor.”

(...)

“Puestas así las cosas, no prospera la alzada de la parte actora, debiendo confirmarse íntegramente la sentencia apelada.”

Rad. 006-2011-01160-01 (25 05 2018). M.P. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Empleador para la fecha en que finiquito el vínculo contractual no tenía conocimiento de la patología padecía por el demandante, motivo por el cual no le era imperioso solicitar autorización al Ministerio del Trabajo para dar por terminado el contrato.

EXTRACTO:

En estos términos, tenemos que son cuatro los presupuestos para que un trabajador goce de la estabilidad laboral reforzada dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; primero, debe padecer una limitación de salud, ya sea física o mental; segundo, dicha limitación de salud debe impedirle o dificultarle sustancialmente el desarrollo de sus funciones en condiciones regulares; tercero, el empleador debe conocer el estado de salud del trabajador y; cuarto, la terminación del contrato de trabajo debe darse con ocasión y causa de esa limitación a la salud, es decir, debe existir nexo causal entre la afectación de la salud del trabajador y la decisión del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo.

Colorario de lo anterior, para la Sala, la sentencia venida en consulta se debe confirmar en el presunto, si bien es cierto está probado que el demandante padece de cáncer de próstata, también lo es que este le fue diagnosticado después de la terminación del contrato de trabajo por parte de su empleador, hecho que adquiere relevante importancia porque permite concluir sin atisbo de duda, que el empleador para la fecha en que finiquito el vínculo contractual no tenía conocimiento de la patología padecía por el demandante, motivo por el cual no le era imperioso solicitar autorización al Ministerio del Trabajo para dar por terminado el contrato al señor XXXXXXXX tal y como acertadamente lo concluyó la primera instancia.

La Sala Cuarta Laboral del Tribunal del Distrito Judicial de Cali, decide confirmar la sentencia venida en consulta.

Rad. 011-2015-00213-01 (22-08-2018) M.P. María Nancy García

FUERO SINDICAL, acción de levantamiento por reconocimiento pensión de vejez.

CASO CONCRETO:

El demandante pretende se ordene el levantamiento del fuero sindical y se conceda permiso para dar por terminado el contrato de trabajo suscrito con el demandado ya que la administradora de pensiones le reconoció a este la pensión de vejez desde 2017 por lo que en la actualidad se encuentra percibiendo la mesada pensional que le corresponde, hecho que la entidad demandante configura justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

EXTRACTO:

Respecto a la causal invocada por el demandante, se debe tener en cuenta que el parágrafo 3º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, vigente para la época en que el demandante solicito a la administradora de pensiones el reconocimiento de pensión de vejez del demandado, señala que *“Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de la administradora del sistema general de pensiones”*

En la sentencia C-1037 de 2003 la Corte señala que resulta razonable que se prevea la terminación de la relación laboral del trabajador particular o un servidor público cuando éste ha laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión, ya que no quedara desamparado, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión como una contraprestación de los ahorros efectuados durante su vida laboral, y será un medio para gozar de un descanso en condiciones dignas, resaltando en segundo término, que pese a construir una justa causa de retiro la terminación del contrato laboral una vez el trabajador cumple los requisitos legales para acceder a la pensión, es necesario que se notifique, no sólo el reconocimiento de la pensión sino además en la nómina de pensionados.

Tampoco es de recibo el argumento referente a que el despido es ilegal porque no se le solicito autorización al trabajador para requerir la pensión, ya que el inciso segundo del artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003 faculta al empleador a solicitar el reconocimiento de esta cuando el trabajador no la solicita.

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal del Distrito Judicial de Cali, confirma la decisión de primera instancia.

Rad. 008-2018-00014-01 (9-08-2018) M.P. MARIA NANCY GARCIA.

FUERO SINDICAL – Abuso del derecho de asociación sindical y fuero sindical

EXTRACTO:

La libertad sindical está formada por el derecho de asociación sindical; y el de negociación colectiva; el primero hace referencia a la facultad que tienen los trabajadores de crear organizaciones sindicales, sin restricción, intromisión o intervención del Estado, que signifique la imposición de obstáculos en su constitución o funcionamiento; el segundo implica que los trabajadores tienen el derecho a negociar las condiciones laborales, bajo los parámetros establecidos en la Constitución y la Ley, y la posibilidad de iniciar una huelga.

En tratándose del derecho de asociación, y su mecanismo de protección, debe decirse que ni son absolutos, ni tampoco hay lugar a su ejercicio cuando se abusa de ellos, hipótesis que está enmarcada en aquellos casos en los que se utiliza con el único propósito de obtener una estabilidad laboral de manera subrepticia con la ficción de proteger tales garantías.

Ahora bien, el objeto de la solicitud judicial previa al despido, esto es la acción de levantamiento del fuero sindical es: i) la verificación de la ocurrencia real de la causal alegada y ii) la valoración de su legalidad o ilegalidad; en cambio en la acción de reintegro o reinstalación se ocupa de analizar: i) si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial y ii) si dicho requisito efectivamente se cumplió antes de despedir o desmejorar: en esa medida, si bien por regla general al juez solo le compete constatar objetivamente si se dieron tales presupuestos para cada una de las acciones, no puede ser un convidado de piedra cuando una de las partes al interior del proceso, defiende como teoría del caso, que



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

la otra ha abusado del derecho de asociación sindical y del fuero sindical: de allí que es su deber en cada caso concreto, y sobre la base de elementos objetivos demostrados en el proceso, construir su pleno convencimiento de un ejercicio abusivo y malintencionado de un derecho determinado.

Todas estas situaciones dan respaldo a la censura en su alegato referente a que el accionante hizo un ejercicio abusivo de su derecho de asociación sindical y del fuero sindical, pues se desprende la intención de utilizar el medio de protección como mecanismo para proteger su estabilidad laboral y no para evitar una discriminación como miembro de una asociación sindical; de allí que lógicamente y como se anotó en precedencia, no puede predicarse el nacimiento de ninguno de esos derechos, por lo que no había necesidad de solicitar autorización judicial para desvincular al actor.

En mérito de lo anterior, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, revoca la sentencia apelada; en su lugar declara probada la excepción de inexistencia de la garantía foral al momento de la terminación del contrato laboral.

Rad.001 2018 00061 01 (29-05-2018) M.P. Jorge Eduardo Ramírez

FUERO SINDICAL. REINTEGRO. Inexistencia de la garantía foral al momento de la terminación del contrato laboral.

Extracto:

El señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, a través de apoderada judicial promovió proceso especial de fuero sindical contra el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCIA E.S.E., con el fin de que se declare ineficacia de la terminación de su contrato de trabajo, y en consecuencia solicita su reintegro al mismo cargo que venía desempeñando, con el consecuente pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el despido y hasta la fecha de su reincorporación.

Está demostrado, que el 20 de septiembre de 2017 siguiente, mismo día en que se notificó la Tutela 523 de 10 de agosto de 2017, se conformó el “**Sindicato de Trabajadores de Servicios Generales del Hospital Universitario del Valle “Sintra Servicios Generales HUV”**”, y que la accionante participó en su fundación (fls. 15 a 21), circunstancia que fue comunicada al empleador el 25 de Septiembre de 2017; que posteriormente, el 17 de octubre de 2017, se reanudó el proceso de restructuración del HUV, y se dispuso nuevamente la terminación del contrato de trabajo del accionante.

Así los hechos, no otra cosa puede concluir esta Sala, sino que revocadas las sentencias de tutela que ampararon transitoriamente los Derechos Fundamentales del accionante, por parte de la H. Corte Constitucional, las cosas vuelven al estado en que estaban, es decir, por física sustracción de materia **los efectos** de los actos administrativos expedidos por el HUV con anterioridad a las sentencias de tutela, entre ellos el Acuerdo 020 de 2016 que modificó la planta de personal, se restablecieron en el punto en que judicialmente fueron suspendidos, esto es, en el momento en que ya habían ejecutado, conforme se reseñó en el *iter* administrativo precedente, lo que equivale a decir que para los trabajadores a quienes se suprimieron sus cargos, quedaron por fuera de la planta de personal y sus contratos terminados, tal y como ya se les había comunicado en su oportunidad antes de producirse las decisiones de tutela (el 27 de octubre de 2016 para el caso del actor), pues dicho en otra forma, desde tal ocasión ya se había ejecutado el acto de desvinculación del servicio, y, concomitantemente el Acuerdo 029 de 2016 mediante el cual el demandado HUV había dado cumplimiento a las mismas sentencias constitucionales, **materializando transitoriamente el reintegro de la demandante**, perdió su fuerza ejecutoria por decaimiento de la circunstancia jurídica que, huelga decirlo, ocurre **de pleno derecho** por ser de **orden público**, tal como se dejó sentado en precedencia, volviendo las cosas al estado en que se encontraban antes de dicha decisiones judiciales en sede constitucional.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 02 2019

Todos estos hechos, permiten inferir que la decisión de finiquitar el contrato de trabajo de la demandante data en realidad, del 27 de octubre de 2016, cuando ésta era simplemente afiliada al **Sindicato de Trabajadores De Clínicas y Hospitales Del Valle Del Cauca – Sintrahospiclínicas**, sin demostrar que estuviese gozando de alguna garantía foral como miembro fundador o directivo de dicho sindicato.

Debe resaltarse por la Sala que desde la fecha en que la justicia constitucional ordenó el reintegro de los trabajadores del sindicato al HUV, y por espacio de nueve (9) meses, no existe evidencia de la intención de los miembros de **Sintrahospiclínicas** de formar una nueva asociación sindical, es solo el mismo día en que se conoció la sentencia de la Corte Constitucional adversa a los intereses de la actora y de sus compañeros afiliados al Sintrahospiclínicas, que se conformaron las nuevas asociaciones sindicales, entre ellas la denominada, **Sindicato de Trabajadores de Servicios Generales del Hospital Universitario del Valle “SintraServiciosGenerales HUV”**.

Lo anterior permite establecer sin hesitaciones que la decisión de desvincular al demandante del HUV el 13 de octubre de 2017 no fue arbitraria en relación con su condición de miembro fundadora del **Sindicato de Trabajadores de Servicios Generales del Hospital Universitario del Valle “SintraServiciosGenerales HUV”**, pues ella estaba materializada y ejecutada de tiempo atrás (27 de octubre de 2016), cuando no gozaba del fuero sindical pretendido. En ese entendido, se itera, una vez la Corte Constitucional dejó sin efectos el reintegro, las cosas se retro trajeron al estado en que estaban al momento en que se impetró la acción, esto es que el actor no tenía un contrato de trabajo vigente con el HUV, y por ende no podía hacer parte de una nueva asociación sindical, ni mucho menos acceder al fuero sindical.

Corolario de lo narrado, la pretendida garantía del **fuero sindical** que **transitoriamente** ostentó el demandante, surgida después de notificada la sentencia de tutela 523 de 2017y al amparo de las consecuencias de los actos administrativos expedidos por la demandada en cumplimiento de las acciones de tutela, no nació al haber recobrado *ipso jure* sus efectos las decisiones tomadas por el HUV respecto del demandante **antes de haberse proferido las decisiones constitucionales**, es decir, al desaparecer el sustrato material o de hecho que soportaba la condición **foral sindical**, cuál es su calidad de trabajador, ella se torna en inexistente lo cual de paso concluye con que no puede protegerse por esta especial vía, haciendo eso si la precisión respecto a que la garantía del **fuero circunstancial**, debidamente acreditada en el proceso y reconocida por la demandada expresamente, **por ser anterior a la expedición del Acuerdo 020 de 2016**, mantiene su vigencia pero debe ser reclamada por la vía ordinaria, según se concluyó en los antecedentes citados y no por esta preferente.

Pero, y aún si se pasara por alto este argumento fundamental, es bastante diciente que el mismo día que la Corte Constitucional desestimó la acción constitucional impetrada por la anterior asociación sindical Sintrahospiclínicas, y que desencadenó el reintegro masivo de sus afiliados, fue que se formó la nueva asociación sindical “SintraServiciosGeneralesHUV” con más de 40 trabajadores del HUV, cuyo común denominador es que en su totalidad, también fueron miembros del Sintrahospiclínicas, es decir, no se evidencia la decisión libre y voluntaria de crear un verdadero sindicato con miras a ejercer el derecho de asociación sindical, sino exclusivamente para emparrarse de la garantía del fuero sindical, como miembro fundadora del sindicato, y así limitar al HUV en la decisión que había sido adoptada hacía más de un año, de finiquitar su contrato de trabajo.

Es válido traer a colación lo precisado en la Sentencia del 29 de mayo de 2018, radicación **760013105001201800061-01**, dentro del proceso de fuero sindical instaurado en contra del HUV, por otro trabajador afiliado a “SintraServiciosGenerales HUV” con idénticos supuestos fácticos a los aquí vertidos. La Sala encontró indicios que permitían reafirmar la tesis del uso indebido de la garantía del fuero sindical por parte de los miembros de **Sintrahospiclínicas** como instrumento para garantizar su estabilidad laboral, con la



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

creación de uno o más sindicatos luego de que conocieron la sentencia T-523 de 2017; en la sentencia se precisó:

“...de la prueba trasladada que la Sala decretó de oficio, se pudo inferir que el 29 de septiembre de 2017, esto es nueve días después que se conoció la decisión de la Corte Constitucional, de revocar la orden de reintegro de los afiliados de Sintrahospiclínicas, también se formó otro sindicato al interior del HUV denominado “Sintraoficiales HUV” con los miembros de Sintrahospiclínicas; además se extracta de la prueba documental, que tanto ese sindicato como del que aquí se clama el fuero sindical “Sintra Servicios Generales”, tienen idénticas actas de constitución y estatutos; idéntica fue la manera en que se comunicó al Ministerio de Trabajo, y al HUV sobre su existencia, e incluso es idéntico el formato con el que se elevó la solicitud de reintegro. Estos indicios, en su conjunto, permiten inferir una planificación de los miembros de Sintrahospiclínicas de utilizar la libertad de crear, una o más, asociaciones sindicales como medios para extender la estabilidad laboral que había sido garantizada mediante una tutela, luego que esta fue revocada por la Corte Constitucional”.

Todas estas situaciones dan respaldo a la censura cuando infiere que la creación **SintraServiciosGenerales Huv**, tuvo como única finalidad proteger la estabilidad laboral de su junta directiva y fundadores y no para evitar una discriminación como miembro fundador de la asociación sindical, de allí que lógicamente y como se anotó en precedencia, no puede predicarse el nacimiento de ninguno de esos derechos, por lo que no había necesidad de solicitar autorización judicial para desvincular al actor.

Aquí la Sala debe hacer hincapié, en que no está haciendo un juicio de validez sobre la creación del sindicato **SintraServiciosGenerales Huv**, pues con independencia de la decisión aquí adoptada, seguirá siendo una organización sindical con personería jurídica, habilitada para continuar funcionando, en la medida en que cumpla con los requisitos de ley para su formación; lo que la Sala no avala es el hecho que la demandante utilizó una facultad constitucional que garantiza derechos colectivos –*creación de un sindicato*– para proteger derechos individuales; situación que ni siquiera fue objeto de análisis por el *A quo*, pese a que la demandada centró su defensa en ese aspecto, pues el operador de primer grado solo se limitó a reconocer la validez de las pruebas documentales aportadas al proceso sobre la creación de la aludida organización sindical.

Por lo anterior, se revocará la decisión de primera instancia, lo que de paso hace inoficioso que la Sala se pronuncie sobre el último alegato de la parte demandada referente a la existencia de una prejudicialidad, con un proceso de cancelación y disolución de los sindicatos **SintraServiciosGenerales Huv y de Sintraoficiales**, máxime si se tiene en cuenta que no existe en el plenario una solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad, requisito que se exige por el **artículo 161 Numeral 1 del CGP**, sino una simple alusión a la procedencia de la figura, lo cual descartaba que el *A quo*, la declarar de oficio.

En ese orden se declarará probada la excepción de **Inexistencia de la garantía foral al momento de la terminación del contrato laboral**, del demandante, y se absolverá al **Hospital Universitario del Valle – Evaristo García ESE** de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

Rad.15 2018 00070 01 (230) (27-07-2018) M.P. Elsy Alcira Segura Díaz.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

FUERO SINDICAL. ACCION DE REINTEGRO. TERMINACIÓN DE SU CONTRATO DE TRABAJO, ADUCIENDO COMO JUSTA CAUSA LA REESTRUCTURACIÓN ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES HORIZONTALES DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, PRECEDENTE VERTICAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. Excepción de Inexistencia de la garantía foral al momento de la terminación del contrato laboral.

Extracto:

La Jurisprudencia constitucional ha explicado que el fuero sindical se encuentra diseñado como un mecanismo de rango constitucional orientado a proteger los derechos de asociación y libertad sindical, y no se encuentra establecido para la protección individual y aislada de un trabajador; en consecuencia, es una herramienta establecida de manera primordial en favor del sindicato, y solo secundariamente para proteger la estabilidad laboral de los representantes de los trabajadores; o dicho en términos simples la ley refuerza la protección a la estabilidad laboral de los representantes sindicales como un medio para amparar la libertad de acción de los sindicatos . (C 381/00, c 240/05)

Ningún derecho, aun los fundamentales, son absolutos, por lo que pueden ser objeto de restricciones (T-1083 de 2002); además uno de los principios generales de interpretación de la ley, es el del abuso del derecho; según el cual los derechos no pueden desentenderse de la justicia, espíritu y teleología, ni desviarse del fin para el que fueron reconocidos, hasta el punto de utilizarse como armas de agresión, en detrimento del de los demás. (CSJ SL del 1 de marzo de 2011, radicación 46175). En ese contexto, un derecho abusado en su ejercicio y en detrimento de los derechos de los demás, aun cuando goce de la calidad de fundamental, no genera las consecuencias jurídicas a que está llamado a producir.

En tratándose del derecho de asociación sindical, y su mecanismo de protección, debe decirse que ni son absolutos, ni tampoco hay lugar a su ejercicio cuando se abusa de ellos, hipótesis que está enmarcada en aquellos casos en los que se utiliza con el único propósito de obtener una estabilidad laboral de manera subrepticia con la ficción de proteger tales garantías.

Es bastante dicente que solo a pocos días que la Corte Constitucional desestimó la acción constitucional impetrada por dicha asociación sindical, y que desencadenó el reintegro masivo de sus afiliados, se conformó una nueva asociación sindical; es decir, no emana una decisión libre y voluntaria de crear un sindicato con miras a ejercer el derecho de asociación sindical; es decir, no emana una decisión libre y voluntaria de crear un sindicato con miras a ejercer el derecho de asociación sindical, como miembro de la junta directiva y de fundador del sindicato, y así limitar al HUV en la decisión que había sido adoptada hacía más de un año de finiquitar su contrato de trabajo.

Debe decirse además que con independencia de lo acertadas o desacertadas que fueron las decisiones Constitucionales adoptadas por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, lo cierto es que, por virtud de la afiliación del demandante a Sintrahospiclínicas, se garantizó su estabilidad laboral, empero y una vez esta finalizó por razón de la sentencia de la Corte Constitucional, se creó una nueva asociación sindical denominada “SintraServiciosGenerales HUV”, que se encuentra formada con 43 trabajadores del HUV, cuyo común denominador es que en su totalidad, también fueron miembros de Sintrahospiclínicas.

De la misma demanda y de lo definido por esta Sala en otros tres eventos, se pudo inferir que el 20 de septiembre de 2017, esto es el mismo día que se conoció la decisión de la Corte Constitucional, de revocar la orden de reintegro de los afiliados de Sintrahospiclínicas, también se formó otro sindicato al interior del HUV denominado “Sintraoficiales HUV”, con los miembros de Sintrahospiclínicas; lo que permite inferir una planificación de los



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

miembros de Sintrahospiclínicas ; lo que permite inferir una planificación de los miembros de Sintrahospiclínicas de utilizar la libertad de crear asociaciones sindicales como medios para extender la estabilidad laboral que había sido garantizada mediante una tutela, luego que esta fue revocada por la Corte Constitucional.

Todas estas situaciones dan respaldo a la censura en su alegato referente a que el accionante hizo un ejercicio abusivo de su derecho de asociación sindical y del fuero sindical, pues se desprende la intención de utilizar el medio de protección como mecanismo para proteger su estabilidad laboral y no para evitar una discriminación como miembro de una asociación sindical; de allí que lógicamente y como se anotó en precedencia, no puede predicarse el nacimiento de ninguno de esos derechos, por lo que no había necesidad de solicitar autorización judicial para desvincular al actor.

PRECEDENTE HORIZONTALES DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, PRECEDENTE VERTICAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Conoce esta Sala de dos pronunciamientos de la misma Corporación, en donde en un caso semejante, se decidió en sentido contrario a lo dispuesto por esta Sala.

Sentencia de 18 de mayo de 2018, Sala Sexta M.P. Dr. LUIS GABRIEL MORENO LOVERA, radicación 7600131050172018007501, proceso especial de fuero sindical de MARTHA MORALES PADILLAVSHUV, en la que se destaca que no existe abuso del derecho respecto a los derechos fundamentales; señala que por favorabilidad el fuero de fundadores demora 6 meses; toma como referencia el 28 de septiembre de 2017, como fecha de inicio del fuero y el despido el 13 de octubre de 2017 ; que debía iniciar proceso de levantamiento de fuero sindical para poder despedir al demandante; insinúa que las sentencia de la Corte Constitucional se notificó el 20 de septiembre de 2017 hace que pierda de iure la suspensión del acuerdo que despidió al demandante en 2016, sin desarrollar nada al respecto.

Nos apartamos de dicha providencia, por cuanto, no consideró en ningún momento qué efectos tiene la revocatoria efectuada por la Corte Constitucional, si menciona que tales efectos se produce de iure el 20 de septiembre de 2017, ¿cómo existe fuero sindical, si este nació el 28 de septiembre de 2017? La decisión dentro del marco del caso concreto, no trata el componente teórico de los efectos de la revocatoria de los fallos de tutela en sede de revisión, que si desarrolla esta sentencia, sin perjuicio de que no compartimos el hecho de que, no pueda existir abuso del derecho en materia de derechos fundamentales.

Es cierto que el empleador debe pedir permiso para despedir, empero, en este caso existen otras particularidades que permiten entender que al momento del despido inicial, el demandante no tenía fuero como se explicó, o en otras palabras, el despido precedió al fuero.

En el mismo sentido, la sentencia producida con ponencia del Dr. HUGO SALCEDO, radicación 760013105017201800071-01, Sala Primera de Decisión Laboral, proceso especial de fuero sindical de MARÍA EUGENIA ESQUIVEL BOTERO VS HUV, en donde se asevera que la sentencia T-523 de 20 de septiembre de 2017 no autoriza a desconocer el fuero del demandante, sin embargo, no se tiene en cuenta que el caso de la sentencia aludida , se refiere a otro sindicato al que pertenecía el actor, respecto al cual no tenía fuero sindical; no comparte lo dicho por nuestra Sala colega que, no se ataca con el recurso frontalmente la sentencia de primera instancia, pues, la base de la sustentación del recurso es precisamente controvertir dicho proveído, por no tener en cuenta la decisión de revocatoria en sede de revisión, la cual guarda relación inescindible con el caso analizado.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

Por otro lado, no es aplicable al caso la sentencia T-220/12 de la Corte Constitucional, pues, si bien se trata de un proceso de reestructuración, en el que hay que pedir permiso para despedir, las particularidades de ese caso no son iguales al presente, el despido precedió al fuero, la conformación del sindicato se realizó con posterioridad a la revocatoria de una sentencia de la Corte Constitucional que había ordenado reintegrar al demandante.

Rad. 76001 31 05 013 2018 00064 01 (187) (21-06-2018) M.P. Elsy Alcira Segura Díaz.

MODALIDADES DEL CONTRATO DE TRABAJO – Salario. Principio de autonomía de la voluntad.

EXTRACTO:

El principio de autonomía de la voluntad, adquiere una connotación residual en el derecho laboral, y permite que empleadores y trabajadores negocien cuanto deseen siempre que respeten los derechos irrenunciables. En virtud de ese principio, el empleador y el trabajador pueden elegir entre las modalidades de duración del contrato de trabajo, e incluso cambiar la que les rige; sin embargo, el límite es que no se utilice como mecanismo para vulnerar derechos de los trabajadores.

La remuneración directa del servicio es aquella que tiene su fuente próxima o inmediata en el servicio prestado por un trabajador, origina la contraprestación económica de su empleador, al ser una retribución directa de su servicio en virtud del contrato de trabajo o de la relación legal reglamentaria.

No obstante, la Sala no puede reconocerle el carácter salarial remado, puesto que, no fluye diáfano que el pago que realizaba el empleador estaba encaminado a retribuir de manera directa sus servicios; nótese que la finalidad del pago estaba orientada a aumentar el auxilio de transporte, mismo que por definición legal no comporta factor salarial para ningún efecto; de otra parte no deja de llamar la atención que en libelo inicial y en alzada únicamente se reclama el carácter salarial del

En mérito de lo anterior, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, confirma la sentencia apelada.

Rad. 012 2008 00241 01 (17-05-2018) M.P. Jorge Eduardo Ramírez Amaya.

Nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Extracto

Frente a la nulidad del traslado, la Sala considera que le asiste razón a la recurrente por cuanto en el expediente no hay prueba que se le hubiese suministrado a la demandante la información necesaria en todas las etapas del proceso del traslado de régimen, desde la antesala de la afiliación al fondo privado de pensiones COLFONDOS S.A hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Pues bien, era obligación de COLFONDOS S.A suministrar a la demandante una información completa y comprensible sobre los pro y los contra que tenía el traslado de un régimen pensional a otro; sobre todo porque nos encontramos frente a una administradora experta y a una demandante lega, que carece de experiencia o conocimiento en materias financieras; así como en el sistema de seguridad social integral creado por la ley 100 de 1993.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

La actora no tiene una educación formal en estas materias, que de por sí son de alta complejidad, en virtud del nivel de exigencia a que reina actualmente en los mercados financieros, contrastado con la situación fáctica que vivía la demandante para la fecha del traslado; hechos todos que ameritaban una información completa y veraz sobre las ventajas y desventajas de quedarse en el régimen de prima media con prestación definida o trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Así las cosas, la Sala declara la nulidad del traslado realizado por la actora el 4 de enero de 1996 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad incluyendo los traslados entre fondos privados, lo cual trae como consecuencia que la demandante no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 al que es beneficiaria, toda vez que nació el 22 de diciembre de 1955 y al 1º de abril de 1994 contaba con 38 años de edad, beneficio que conservo a la entrada en vigencia del Acto legislativo 01 de 2005, esto es, el 29 de julio de 2005 por tener 1.005 semanas cotizadas a la fecha.

Rad .014-2014-00668-01 (17-05-2018) M.P Germán Varela Collazos

PAGO DE COMISIÓN

Extracto:

La Sala considera que de lo manifestado por el representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte no se desprende que haya confesado que las facturas de la cartera entregada por la demandante a la terminación del contrato de trabajo por el valor de \$100.732.140 hubiesen sido recaudadas, pues al decir que “tuvieron que haberse dado” no significa que confesó que si se recaudaron, toda vez que dicha frase no trae consigo una afirmación sino una probabilidad.

(...)

A manera de conclusión, la demandante no tiene derecho al pago de la comisión pretendida y, por consiguiente, tampoco a la reliquidación de las prestaciones sociales y al pago de la sanción moratoria, al no haber demostrado que las facturas de la cartera por ella entregada a la terminación del contrato de trabajo e hubiesen recaudado, ni que de haberse recaudado lo fueran dentro del término de la política de comisiones de la demandada.

Rad. 013-2015-00597-01 (28-06-2018) M.P Germán Varela Collazos

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Condición más beneficiosa. Derecho del cónyuge y compañera permanente en convivencia simultánea.

Hechos

El señor xxxxxxxxxxx, falleció el 18 de enero de 1995, este cotizó al otrora ISS 543,42 semanas entre el 1º de agosto de 1978 al 30 de abril de 1994, la señora xxxxxxxxxxx, cónyuge y, la señora xxxxxxxx, compañera, convivieron con el causante por más de dos años y hasta el momento de su fallecimiento de manera simultánea.

Extracto

Condición más beneficiosa.

Xxxxxxxxxxx, murió en vigencia del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 original, es decir, que para causar el derecho a la pensión de sobrevivientes debió cotizar 26 semanas en el año inmediatamente anterior, requisito que no cumplió; sin embargo cotizo **543,42** semanas antes del 1 de abril de 1994, cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, es decir que en



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

aplicación del principio de la aplicación más beneficiosa deo causado el derecho con fundamento en la norma inmediatamente anterior, esto es, el literal a) del art.25 del Acuerdo049 de 1993, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Derecho del cónyuge y compañera permanente en convivencia simultánea.

En el artículo 7 de Decreto 1889 de 1994, vigente a la fecha del deceso del señor xxxxxxxxxxxx, que reglamento los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, en el primer inciso estableció: *“Para los efectos de los literales a) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 y 49 del Decreto 1295 de 1994, tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes, en primer término el cónyuge. A falta de éste, el compañero o compañera permanente.”*

Sin embargo, la Corte Constitucional al resolver un conflicto de una sustitución pensional de la cónyuge cuando hay convivencia simultánea con la compañera permanente bajo el régimen de la original Ley 100 de 1993 en la sentencia SU 337 DE 2017 concluyó: **i)** que la cónyuge y la compañera permanente compartirán por partes iguales la prestación; **ii)** que *“en materia de sustitución pensional y por virtud del artículo 13 de la Constitución, están proscritos los tratos diferenciados cuando resultan irrazonables”*; **iii)** que *“la valoración de la normatividad sobre el instituto jurídico en consideración – literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 original-, no debe perder de vista la protección de la familia, sin que ello pueda significar el privilegio de un determinado tipo de familia”*; **iv)** que *“el criterio de justicia y equidad en materia de división de la pensión entre cónyuges y compañeras (os) permanentes derivado de una interpretación constitucional ha estado presente en [sus] soluciones jurisprudenciales y [de] otras Corporaciones”*.

Seria del caso reconocer al cónyuge y a la compañera permanente en partes iguales, no obstante, la juez de instancia reconoció a favor de la señora xxxxxxxxxxxx, cónyuge el 60% de la prestación y a favor de xxxxxxxxxxxx, compañera permanente el 40%, no existiendo motivo de inconformidad al respecto, de ahí que se confirma el reconocimiento de dichos porcentajes.

Rad. 009-2016-00521-01(17-05-2018) M.P Germán Varela Collazos

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL PAGO DE LAS INCAPACIDADES LABORALES.

Extracto:

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx por intermedio de apoderado judicial instauró acción de tutela contra la Empresa xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx – E.P.S. XXXXXXXX – y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX – XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX- en procura de protección constitucional de sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y a la seguridad social, los cuales considera se le están vulnerado por la omisión en el pago de incapacidades médicas a partir de marzo de 2017.

En este caso, aunque la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial que en condiciones normales le permitiría ventilar la pretensión de pago de incapacidades en un proceso ordinario, considera la Sala *“la acción de tutela resulta justificada cuando la falta de pago de acreencias de esa índole genera amenaza o vulneración de derechos fundamentales como al mínimo vital y a la vida digna cuando constituye la única fuente de ingresos del afectado y su núcleo familiar”*. Así dijo la Corte en la sentencia T-909 de 2010 y que fue evocada en la sentencia T-020 de 2018.

Por ello, someter a la accionante a una larga espera en la justicia ordinaria para que se resuelvan de fondo el pago de incapacidades, haría nugatoria la protección efectiva de sus



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

derechos constitucionales, hechos que permiten que se supere favorablemente el requisito de subsidiariedad.

DEL PAGO DE LAS INCAPACIDADES LABORALES POR ENFERMEDAD COMÚN QUE SOBREPASEN LOS 180 DÍAS

La Sala considera que **COLPENSIONES** debe asumir el pago de las incapacidades generadas por **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** a partir del día 180 al 540 “*sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable*”, así está reglada su responsabilidad en el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, tal y como lo ha dejado sentado la Corte Constitucional recientemente en la sentencia T-020 de 2018, en la que rememoró la sentencia T-920 de 2009 y T-401 de 2017.

De acuerdo a lo anterior, no le asiste razón a **COLPENSIONES**, pues por regla general es su obligación pagar las incapacidades laborales generadas a partir del día 181 al 540 sin importar que se haya emitido un concepto de rehabilitación favorable o desfavorable, y la excepción a dicha regla no se aplica aquí, por cuanto **COLPENSIONES** no se quejó de que la **EPS xxxxxxxxxxxxxx** hubiera emitido el concepto de rehabilitación de manera extemporánea, de ahí que se confirma la sentencia impugnada.

Rad. 76001 31 05 007 2018 00354 01 (27-08-2018) M.P. Germán Varela Collazos.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 02 2019

SALA PENAL

COHECHO PROPIO, PREVARICATO POR ACCIÓN Y PREVARICTO POR OMISIÓN. Libertad Condicional

Extracto:

Atendiendo entonces dichas valoraciones, mismas que conllevaron a la imposición de una pena ejemplar, al ser valorados por la instancia permiten afirmar que dadas las condiciones en que se desarrollaron las conductas y la gravedad de las mismas que la señora xxxxxxxxxxxxxx debe continuar privada de su libertad, pues mal haría la Sala en pasar por alto las múltiples y reprochables conductas desplegadas por la sentenciada, donde desprestigio la majestad de la justicia, como bien lo anotó la A-quo.

En consecuencia, dada la modalidad y gravedad de las conductas desplegadas por la sentencia, no es derosa a la concesión del beneficio de libertad condicional ello atendiendo las funciones de prevención general y especial de la pena.

Así pues, ninguna consideración se realizará respecto al tiempo descontado, ni al comportamiento durante el tratamiento penitenciario y arraigo familiar y social, pues al realizarse la valoración previa de la conducta punible desplegada por la sentenciada, se establece que no es derosa al goce del beneficio de la libertad condicional, no siendo necesario entrar a valorar éstos otros requisitos.

En ese orden de ideas, no es otra la decisión de la Sala que la de CONFIRMAR el auto interlocutorio No. 1202 del 19 de julio de 2018 proferido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de ésta ciudad, en lo que fue objeto de recurso, por las razones expuestas en precedencia.

Rad. 199 2010 01208 01 Acta No. 285 (12-11-2018) M.P. Orlando Echeverry Salazar.

SALVAMENTO DE VOTO.

Extracto:

“Negar el beneficio sin ninguna otra consideración que la gravedad de la conducta, no solo desconoce la finalidad política que la pena se propone, sino que convierte este requisito en único y excluyente, contrariando la finalidad legislativa, pues si este hubiera sido el objetivo, bastaría que se hubieran establecido prohibiciones específicas del beneficio para determinados delitos, lo que el legislador no hace, pero si las interpretaciones restrictivas y desfavorables que contrariando el principio fundamental del derecho penal, hacen los jueces. Pero más aún en este caso particular advirtiéndolo con asombro que el juez de ejecución de penas, desconociendo su rol se aventura en hacer aseveraciones respecto de lo que subjetivamente considera la gravedad de la conducta que ni siquiera hizo el juez de conocimiento.”

M.D. Dra. Socorro Mora Insuasty

ESTAFA AGRAVADA

Extracto:

La Sala concluye que, precisamente fue ese silencio la falta de comunicación del déficit monetario que en ese momento sufría el establecimiento comercial emisor del cheque, el mecanismo idóneo que indujo en error a la empresa xxxxxxxxxxxxxx a desprenderse de la



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

mercancía suministrándola a su comprador XXXXXXXXXX confiando en que, al igual que en otras oportunidades, le serían canceladas.

Recuérdese que quien realiza el delito de Estafa obra con ánimo de lucro, utiliza una maniobra engañosa para producir un error en el sujeto pasivo, o lo induce a realizar un acto de disposición que le causa perjuicio asimismo o un tercero, existiendo una doble relación de causalidad que compromete la acción engañosa que debe ser causada para producir el error y, a su vez, ese error debe causar en la víctima el desapoderamiento, el desprendimiento de sus bienes en beneficio del tomador o de un tercero.

El tipo penal también se realiza cuando se mantiene a la persona en error por medio de artificios para obtener un indebido provecho económico, surgiendo diáfano que los elementos del delito de estas son: *i) el empleo de maniobra fraudulenta y engañosa, ii) la obtención de un provecho ilícito como consecuencia de esas maniobras engañosas y iii) una relación de causalidad entre el empleo de las maniobras dolosas y entrega del bien patrimonial.*

En mérito de lo expuesto, El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Penal revoca la sentencia y condena a los procesados como autores penalmente responsables de la comisión del delito de Estafa Agravada ya que si una parte engaña a la otra, por ejemplo, sobre su capacidad de pagar haciéndole creer que la tiene cuando, en realidad, carece de ella bien sea de modo absoluto o en forma que, de saber su situación, la otra no hubiera contratado, o cuando calla estando obligada a manifestar su incapacidad de pagar, ya no se trata de un silencio o de una mentira lícitos, sino plenamente delictuosos, como es en este caso.

Rad. 012-2014-00060-01 (22-03-2018) M.P Roberto Felipe Muñoz Ortiz

FRAUDE EN INSCRIPCIÓN DE CÉDULAS.

Extracto:

En el mes de Junio de 2015, en el Municipio de Yumbo, se inscribieron varias personas para votar en esa localidad, siendo residentes del Municipio El Cerrito, ciudadanos a quienes se les vincula con los señores xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, éste último quien era candidato para el concejo de Yumbo.

Algunas de las personas que inscribieron sus cédulas, laboraban para la empresa xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx de propiedad de un tío de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, esposa del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, igualmente, varios de éstos se transportaron en una buseta de propiedad del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien realizó el recorrido entre los municipios de Yumbo y El Cerrito.

Recibida la denuncia de trashumancia, el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, fue el investigador asignado para el caso de trashumancia presentado en el Municipio de Yumbo, para verificar sobre inscripción de cédulas en ese lugar, que le llegan elementos entre esos, fotografías de un vehículo tipo van e informándose que están llevando ciudadanos a la Escuela para inscripción, iniciándose así el proceso investigativo. De este modo se obtuvo listados de posibles personas que no tenían vínculo con el Municipio, haciendo un barrido de la información, a las personas inscritas en la hora y fecha denunciada, encontrando que los ciudadanos están radicados en otro municipio, siguiendo los procesos de verificación, establecer para este caso un grupo de más de 10 personas, no obstante, precisó que en esa localidad se anularon más de 300 inscripciones.

Sobre el vehículo utilizado, precisó que hizo labores, localizándose al propietario, señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien se presenta y da cuenta que hizo un favor, sin que recibiera pago



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

por el servicio porque no puede prestar servicio público, a una familiar, para llevar personas, todos son familia y conocidos, eran 4 personas con 2 niños, desde El Cerrito al Municipio [Yumbo] el día 12 de julio de 2015, que todos son familia, iban en un grupo para una fiesta primero y luego hicieron una parada antes de ir nuevamente al El Cerrito.

Seguidamente hizo verificación de las personas que identificó el anterior ciudadano, hace los arraigos determinándose que todos viven y laboran en el municipio de El Cerrito, además que ellos fueron a inscribirse porque se les solicitó o les pidieron ayuda para esos votos, igualmente que son familia pero que hicieron aquello de forma particular, esos ciudadanos fueron xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y su esposa xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quienes también informaron que iban con xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, encontrándose también que esas personas tienen vínculo laboral con la empresa xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, de propiedad del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, tío de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx. Agrega que también se hace entrevista a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quienes señalaron que la inscripción la hicieron por colaborar a los procesados, que el señor [xxxxxxxxxxxxxxxx] había trabajado con ellos, les dijo que estaba haciendo campaña para el Concejo de Yumbo y que necesitaba de apoyo.

Demostrado quedó que se utilizó un vehículo, que brindó el servicio particular, que aunque su conductor no declaró en juicio, con las labores de investigación efectuadas por el señor Jhon Jairo Valencia, se logró establecer que fue el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien según se dijo le hizo el favor a un familiar de transportar a otros familiares a una fiesta y que el traslado se dio de El Cerrito a Yumbo, hecho que tiene congruencia con lo que dijera la esposa del señor xxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien como ya se dijo precisó que su esposo luego de la inscripción se fue para una finca a la reunión.

Demostrada quedó la subordinación que tenían algunas de las personas que se desplazaron –o sus familiares- con la empresa xxxxxxxxxxxxxxxx, de propiedad del señor xxxxxxxxxxxxxxxx, como ya se precisó tío de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx. Así como los vínculos de familiaridad o amistad con el procesado.

De esta manera, encuentra esta instancia diversos hechos indicadores, que llevan a concluir que efectivamente el señor xxxxxxxxxxxxxxxx, fue quien motivó que las personas ya mencionadas se trasladaran a otro Municipio a inscribir su cédula de ciudadanía para los comicios de octubre de 2015 y que se utilizó un medio indebido para ello.

Veamos, basados en las reglas de la experiencia, resulta dable afirmar que no es común o cotidiano que una persona que no tiene gran capacidad económica – algunos de los declarantes son operarios de la empresa y otros tienen trabajos informales -, destine su tiempo y dinero para trasladarse a otro Municipio, ubicado a más de 30 Kilómetros de su residencia, simplemente bajo una motivación altruista, para colaborarle a una persona cercana, que ni siquiera estaba enterada de su actuación.

Pretende sostener, como lo hace el procesado, que todo ocurrió sin su consentimiento resulta algo poco creíble, más aún cuando ha quedado demostrado que éste era cercano a las personas que se desplazaron desde el Cerrito, toda vez que compartían espacios deportivos y familiares, entonces se pregunta la Sala ¿Cómo es posible, que un candidato al Concejo, que según se dice fue, compañero de trabajo de algunos de esos ciudadanos, tenía un vínculo de familiaridad por afinidad con otros y que en ocasiones se reunía para jugar fútbol, no se enterase de lo que estaba sucediendo? Y que según dice, sólo hasta la fecha de su captura, ocurrida en el mes de octubre de 2015, tuvo conocimiento de lo que habían hecho los ciudadanos ya referidos.

No es congruente tal versión, incluso con lo dicho por el procesado quien de forma por demás increíble, dijo que un tío de su esposa “que es medio loquito”, fue quien motivó tal actuación, teniéndose además conocimiento que algunas personas presentaban también un vínculo de subordinación con un tío – no se tiene certeza si el mismo a que hace alusión el procesado –



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 02 2019

quien era propietario de xxxxxxxxxxxx, resultando si, plausible inferir que tal relación laboral, fuese lo que motivó a que esos ciudadanos realizaran la inscripción en un municipio diferente a El Cerrito.

Sin duda para la Colegiatura es viable aseverar que la relación laboral que presentaban con su tío algunas de las personas, conllevan subordinación y presión a quien le solicitan el traslado o inscripción de su cédula en otro Municipio, conllevando a concluir que es efectivamente un medio indebido utilizado de esa presión.

En consecuencia, para esta instancia luego de mirar en contexto y analizar en conjunto las pruebas allegadas a juicio, se logra establecer que efectivamente el procesado, se valió de medios indebidos para lograr el desplazamiento de varios ciudadanos de un Municipio a otro para la inscripción de sus cédulas y, aunque puede afirmarse que no quedó demostrada la existencia promesa remuneratoria, si hubo un acercamiento con estos ciudadanos y de las labores de investigación se determina una invitación a realizar tal inscripción.

Se insiste, aunque los ciudadanos que desfilaron en juicio, se mostraron desconocedores de la situación e incluso evadieron las preguntas realizadas por la Fiscalía, ello lleva a determinar que además que en su momento decidieron colaborar en los comicios al hoy procesado, ahora dentro del presente proceso, con sus manifestaciones pretenden exculparle de la conducta enrostrada, tratando de mostrarlo ajeno a la labor de inscripción que indebidamente se hizo.

No obstante lo anterior, para esta instancia, examinando el caudal probatorio, uniendo los diferentes hechos indicadores, se logra una concordancia que llevan a la conclusión de responsabilidad del procesado. Hechos que fueron reseñados y que permiten el conocimiento para proferir condena en contra del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Como colofón de lo anterior, la Sala concluye la necesidad de mantener incólume la Sentencia No. 108 del 21 de septiembre de 2017, emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali.

Rad. 90 2015 00446 Acta No. SA- 061 (14-03-2018) M.P. Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL. La degradación de autor a cómplice en preacuerdo en el delito de homicidio preterintencional.

Extracto:

El 9 de enero de 2017, en la calle 16 con carrera 1 del municipio de Yumbo, el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx agredió en la cabeza a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, con un elemento contundente, siendo trasladado a un centro asistencial donde fallece.

(...)

Una de las finalidades del sistema procesal que rige la ley 906 de 2004, sin descuidar el respeto por la defensa y el debido proceso, fue procurar celeridad al proceso mediante la voluntad de las partes en la solución del conflicto que genera el delito, que hace parte de los fines esenciales del Estado social de derecho de facilitar la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que los afectan, según el artículo 2º de la Constitución Política.

Los preacuerdos deberán versar sobre los hechos imputados y sus consecuencias, donde sí hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena a imponer, ésta constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo.

En ese orden, la institución de los preacuerdos y negociaciones, bien pueden incidir en los elementos estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, los grados de participación, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad, las



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56); la ira o intenso dolor (artículo 57), la aceptación como autor o partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, la reparación de perjuicios morales o psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado.

(...)

Con fundamento en el marco conceptual y jurídico de los preacuerdos, ninguna dificultad aparece reconocer el descuento punitivo de la complicidad –art. 30 inciso segundo- es decir, de una sexta parte a la mitad de la sanción prevista para la respectiva infracción. Porque ello, no desconoce el Principio de legalidad ante el reconocimiento de culpabilidad.

Así las cosas, se evidencia que el acuerdo examinado se realizó en punto de la tipicidad de la conducta, variando la participación de autor a cómplice, siendo éste el único beneficio otorgado para el delito de Homicidio Preterintencional, que corresponde a la imputación que formula la Fiscalía en la acusación.

El punible de Homicidio Preterintencional artículo 105 del C.P., establece una pena conforme a los dos artículos anteriores –homicidio simple u homicidio calificado-, disminuida de una tercera parte a la mitad, siendo en este caso, la pena del simple. Por ello, la conducta de **Homicidio Preterintencional Simple**, posee como pena entre 104 a 300 meses.

Por su parte el canon 30 del C.P., tratándose del cómplice la pena será la prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad. Entonces, en este caso se establece en el preacuerdo la pena de 104 meses como mínima y se disminuye en la mitad que es precisamente la fórmula punitiva de los artículos 30 y 105 del Código Penal, estableciendo la sanción en 52 meses de prisión.

Situación que se ajusta al principio de legalidad, como lo indica la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de tutela STP 0911-2017, radicado 93162 del 25 de Julio de 2017, cuando dice:

“Es palpable que cuando se elimina la agravante y se pacta la pena mínima no se incursiona en un doble beneficio, pues la fiscalía sencillamente está actuando dentro del ámbito de movilidad predispuesto por el legislador, por manera que no se violenta el principio de legalidad de la pena. Circunstancia diferente sería que se hubiese pactado una pena inferior a la ya indicada, lo cual no ocurrió en el caso examinado”.

Entonces, como el preacuerdo examinado cumple con las exigencias legales y jurisprudenciales, se revocará el auto proferido en audiencia preparatoria el 9 de mayo de 2018 por el Juez Noveno Penal del Circuito de Cali, y en su lugar se imparte aprobación al mismo en las condiciones presentadas por las partes. Decisión contra la que no procede ningún recurso.

Rad.193 2017 00974 Acta No. 136 ((10-10-2018) M.P. Carlos Antonio Barreto Pérez.

LIBERTAD PROVISIONAL.

Extracto:

Precisamente, cuando el legislador regló la libertad provisional a través de los 6 supuestos previstos en el art. 317 del C. de P.P., lo hizo bajo el inequívoco criterio de que lo que se perseguía era otorgar ese derecho a la libertad cuando se había superado los plazos para investigar y juzgar y bajo el entendido lógico de que la privación de la libertad del procesado obedecía a una medida cautelar de detención preventiva y no cuando ya se hubiera emitido un sentido del fallo de carácter condenatorio.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 02 2019

Rad. 193 2012 15574 Acta No. 306 (18-12-2018) M.P. Juan Manuel Tello Sánchez.

PRESUNCION DE INOCENCIA. Prueba de referencia. Estupefacientes.

Extracto:

Fundamento para la conclusión que la versión de los agentes constituye prueba de referencia no admisible, en lo que respecta a su declaración de algunos hechos, como la venta de la droga, al señalamiento del procesado como vendedor y por ende, al exponer una versión que no es posible verificar por la ausencia del testigo directo, y la no incorporación de la entrevista de ese testigo como prueba de referencia admisible en el juicio oral.

Si la prueba testimonial del supuesto comprador, era de vital importancia para demostrar la teoría del caso de la fiscalía, debió ingresar al juicio directamente o aplicando excepcionalmente la prueba de referencia conforme a las reglas dispuestas por el ordenamiento jurídico para esta institución. Entonces, como no se acudió a este procedimiento, la conclusión es la acreencia reconocimiento o demostración de los hechos de venta, sobre todo cuando no se tiene ningún otro elemento de convicción capaz de acreditar el aludido comercio de estupefaciente.

Situación fáctica en la que se evidencia, a modo de conclusión, que no hubo prueba directa sobre la acción de venta del estupefaciente, al no existir un señalamiento categórico por parte de los uniformados xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quienes fueron sometido a las reglas del interrogatorio y contrainterrogatorio como únicos testigos directos de la fiscalía sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos. Generándose mayor duda con la prueba aducida por la defensa sobre la condición de adicto del implicado, y que converge en su propio testimonio, que permite razonablemente considerar la ausencia de antijuridicidad material en su favor por cantidad mínima destinada al consumo.

(...)

Entonces, como se viene anotando, si parte del fundamento de la sentencia de condena es básicamente lo expuesto por el testigo xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx a los agentes y entrevista, pero lo cierto es que esa importante y valiosa información o declaración no reposa en el proceso. Luego entonces, no podría ser igual parte del presupuesto probatorio para una consecuencia de esta naturaleza, por ello, la conclusión de duda razonable que se observa en este asunto.

Por estas circunstancias, se puede sostener que el ente acusador no cumplió con la prueba de la venta de la sustancia incautada al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, que de acuerdo con la segunda estipulación se trata de 0.5 gramos de marihuana.

Se impone entonces la revocatoria del fallo confutado y por ello, la absolución del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, de condiciones civiles y personales acreditadas en el proceso, de la conducta por la cual fue acusado tipificada en el artículo 376 inciso 2 del C.P. correspondiente a **Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes** bajo el verbo rector “**vender**”, y por ende se dispone su **libertad inmediata** en caso que se encuentre recluso en establecimiento carcelario, siempre que no sea requerido por otra autoridad judicial, lo cual se diligenciará a través del Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados Penales Municipales y del Circuito de Cali. Así también, se ordenará el levantamiento de las medidas cautelares que se hayan impuesto como consecuencia de este proceso, debiéndose informar de la decisión a las autoridades correspondientes.

Rad. 193 2017 20639 Acta No. 129 (28 – 09 – 2018) M.P. Carlos Antonio Barreto Pérez.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

PRESUNCION DE INOCENCIA. Valoración probatoria. Actos sexuales abusivos con menor de catorce años. Fiscalía no aportó suficiencia probatoria. Se espera por la Sala que a futuro se corrijan los errores y falencias que están llevando a la impunidad conductas delictivas contra menores de edad.

Extracto:

Génesis de la presente investigación es la denuncia presentada por la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, ante la Fiscalía General de la Nación el día 12 de enero de 2015, a través de la cual indica que su menor hija de 7 años de edad xxxx, le manifestó que entre los meses de mayo y junio de 2014, el novio de su hermana xxxxxxxxxxxx, de nombre xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, efectuó tocamientos libidinosos en su corporeidad, senos y vagina, cuando se quedaba a dormir en la vivienda de su hermana y su progenitor cada 15 días. Le indicó la menor que dormía con su hermana en una sola habitación y en camas separadas, mientras que el procesado lo hacía en un sofá en la sala, pero que en altas horas de la noche éste la conducía hasta la sala y la tocaba en sus partes íntimas. Que también la obligó a practicarle sexo oral en 5 ocasiones.

(...)

La denunciante indica que dichos sucesos ocurrieron, según el testimonio de la menor, los fines de semana que por orden del ICBF, el padre de la niña la llevaba a su vivienda donde pernotaba en una habitación que compartía con su hermana.

La Fiscalía no aportó suficiencia probatoria pretendiendo una sentencia de condena en contra de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, únicamente con la entrevista aportada por la sicóloga xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, que ni siquiera fungió como psicóloga, no utilizó ningún medio técnico ni científico y tampoco fue base de un indicio sobre la ocurrencia de los abusos denunciados, muy seguramente creyendo que con el solo testimonio de la menor era suficiente la decisión favorable a sus intereses, pero no contó que la menor xxxxxxxxxxxx decidiría el día de la audiencia no someterse al interrogatorio y así fue aceptado por el Juez en aras de respetar los derechos fundamentales de la misma, ni su revictimización.

En este punto vemos que el Juez le pidió constancia médica a la Fiscalía sobre las razones para no tomar el interrogatorio a la menor, lo cual si bien se advierte poco ortodoxo, lo cierto es que daba la forma en que se introdujo a la carpeta, es decir, por fuera de audiencia, sin presentación a la contraparte y sin formalidad alguna a través del testigo que suscribe la historia y la susodicha constancia, éstos elementos no pudieron ser tenidos en cuenta por la primera instancia ni ahora, por tratarse de prueba ilegal.

Así pues, condenar a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, con la sola entrevista de xxxxxxxxxxxx introducida por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, no está llamado a prosperar para esta Colegiatura, pues se cercena de tajo el derecho a la defensa, a la confrontación de la prueba y su contradicción, quedando el procesado en desigualdad de armas porque no puede refutar la sindicación que ha hecho la menor y tampoco contradecir una base de opinión pericial porque éste informe no fue un dictamen como tal, sino una mera entrevista.

Por estas razones, no le queda otro camino a la Sala que REVOCAR, la sentencia –ordinaria – No. 60 del 14 de septiembre de 2017, a través de la cual el JUZGADO QUINCE PENAL DEL CIRCUITO DE CALI, VALLE condenó a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, a la pena principal de ONCE (11) AÑOS DE PRISIÓN, como penalmente responsable del delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO.

En estas condiciones, se procederá a ABSOLVER, por duda a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en la medida que la Fiscalía no logró derribar la presunción de inocencia que le asiste con las pruebas que allegó al trámite.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

En esta oportunidad se llama la atención al ente acusador para que en las investigaciones penales y en especial cuando se trata de delitos que involucren a personas menores de edad, más aún cuando éstas sean presuntas de ilícitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, el trabajo investigativo debe aplicarse a fondo, en busca de la realización de la justicia material, pues se observa en casos como éste, que por la labor deficiente de la Fiscalía, el camino a seguir sea la absolución por duda probatoria, ante el cercenamiento de los derechos de confrontación, contradicción y defensa.

Se recuerda que es la Fiscalía General de la Nación el órgano de persecución penal y en casos de solicitudes de condena es quién está comprometido a llevar al Juez al convencimiento más allá de toda duda razonable que la conducta punible existió y que el procesado es responsable como autor o participe de la misma, con fundamento en las pruebas legalmente practicadas y garantizando los derechos fundamentales del procesado.

No se cumple con el rol asignado al Fiscal, cuando la investigación resulta deficiente, no está acorde con la normatividad vigente y no se conserva el equilibrio sobre la garantía de derechos de las partes en conflicto. El papel del Fiscal es primordial en el desarrollo del sistema penal acusatorio, al ser el responsable de llevar adelante la investigación penal, pues es quien indaga sobre los hechos, y a través de la policía judicial busca las evidencias o medios probatorios, lo cual debe adelantarse con la mayor seriedad, pues como titular de la acción penal es quien actúa en búsqueda de que se materialice la justicia, cuando una persona o la sociedad han sido víctimas del comportamiento delictivo de otro u otros. Entonces cuando dicho rol no se asume con la responsabilidad debida, se asiste a situaciones como la aquí presentada.

Se espera por la Sala que a futuro se corrijan los errores y falencias que están llevando a la impunidad conductas delictivas contra menores de edad.

Rad. 193 2015 01546 Acta No. 276 (03-10-2018) M.P. Mónica Calderón Cruz.

PRUEBA DE REFERENCIA. Informe policivo. Homicidio agravado. Porte de armas de fuego.

Extracto:

Los uniformados xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx investigadores de policía judicial, contrario a la postura del apelante no fueron testigos directos de los hechos, pues no estuvieron en el momento en que se desarrolló el acontecer criminal ni llegaron instantes después, que les hubiesen permitido percibir por sus propios sentidos aspectos que corroboren la versión suministrada por el señor xxxxxxxxxxxx, fueron los investigadores encargados de realizar entrevistas y ubicar testigos o evidencias de los hechos, de cuyas tareas se concluye categóricamente, que el único testigo presencial que ubicaron fue xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, sin hallar ningún elemento material de prueba en la escena que permitiese esclarecer los hechos. En consecuencia no ofrecen un conocimiento certero, directo y personal sobre la autoría y responsabilidad penal del hoy implicado en el homicidio investigado.

No es cierto que la policía judicial xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx haya sido testigo directo del señalamiento que xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx hizo del procesado, pues lo que en efecto le consta y observó por sus propios medios fue el rostro de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, cuando aquello ubicó en el reconocimiento fotográfico del 22 de noviembre de 2011, en dos álbumes diferentes, y limitándose en estrados a narrar lo que el señor xxxxxxxxxxxx presuntamente observó y cuya ampliación de entrevista, como ya se indicó, también fue leída una vez se acreditó el hecho de su fallecimiento como causal excepcional de admisibilidad.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 02 2019

Relatos que evidentemente demuestran que los policías judiciales xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx simplemente rindieron sus versiones, sobre lo que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx les manifestó, es decir que los investigadores son testigos directos del acto donde escucharon al testigo presencial, pero no pueden dar fe de lo afirmado por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, es decir de los hechos; por ello, no podrían ser valorados sus testimonios para probar que el procesado en efecto disparó contra la humanidad de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, son entonces testigos que personalmente nunca observaron ni escucharon, ni estuvieron presentes al momento del atentado, siendo en consecuencia testigos de referencia de los acontecimientos desarrollados el 9 de julio de 2011, sin que exista evidencia que comprometa más allá de toda duda razonable la responsabilidad de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx como autor del delito de Homicidio en concurso con Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas, accesorios, partes o municiones y hurto calificado.

Por consiguiente frente a la autoría y responsabilidad penal del acusado tan solo existe como prueba de referencia la entrevista de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, sin contar con prueba acompañante o de respaldo de ninguna naturaleza, por lo que indudablemente se debe aplicar la tarifa legal negativa, consistente en la imposibilidad de condenar con solo prueba de referencia conforme al artículo 381 de la Ley 906 de 2004, siendo un imperativo confirmar la sentencia absolutoria objeto de estudio en su integridad.

Rad. 193 2011 15798 Acta No. 133 (03 – 10 – 2018) M.P. Carlos Antonio Barreto Pérez.

PREACUERDO. Secuestro simple y hurto calificado y agravado.

Extracto:

En la Audiencia de verificación del preacuerdo convocada por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Cali con Funciones de Conocimiento para el 15 de agosto de 2018, la Fiscalía 36 Seccional de la Unidad de vida de Cali, puso de presente la celebración de un preacuerdo con la imputada xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx quien acepta su responsabilidad por el delito de **Hurto Calificado Agravado**, a cambio de que se le degrade su participación de autor a cómplice, como único beneficio.

(...)

En el asunto sub examine, la discusión vertebral radicó en que por parte de la fiscalía se llegó a un preacuerdo con la defensa y la imputada, en el que NO se incluyó el delito contra la Seguridad Pública, hecho que el Juez del caso consideró como violatorio del principio de legalidad, habida cuenta que, según lo argumentado, en el relato de los hechos acaecidos el 12 de mayo de 2018, el ofendido ventiló que para hurtarle sus pertenencias –lo cual fue ejecutado por la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx en compañía de otro individuo-, se utilizó un arma de fuego, objeto que fue identificado por él como un “revolver” que, además dijo, estaba cargado.

Sin embargo, verificada la actuación, tal como lo señalaron a la par fiscalía y defensa, se observa que en audiencia preliminar celebrada el pasado mes de mayo, **NO** se realizó *imputación de cargos* por la conducta descrita en el artículo 365 del CP; en cambio, se hizo referencia a dicho reato por parte del fiscal del caso, solo al momento de la sustentación de la medida de aseguramiento, para indicar que **“afortunadamente no tenemos el arma, sino sería un tercer cargo”** –hora 01:05- del registro correspondiente al 13 de mayo de 2018.

Siendo ello así, encuentra el Tribunal fundada la alegación de los aquí recurrentes y niega que en este caso se haya quebrantado el *principio de legalidad*, pues ante la inexistencia de



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 02 2019

una acusación como la reclamada por el Juez de Conocimiento, mal haría la fiscalía al incluir el aludido delito como parte del acuerdo porque, primero, ello va en franca contravía de los derechos que le asisten a la imputada, entre otros, el debido proceso que impone la obligación a ese ente de dar a conocer, en audiencia pública y ante el Juez de Control de Garantías, los cargos que considera se estructuraron a partir de la situación fáctica origen del proceso y, segundo, desconoce que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 250 de la Carta Política Colombiana, es de exclusivo resorte de la entidad persecutora la iniciativa sobre la acción penal –constituye un acto de parte-, de modo que, de considerarlo así, con base justa apegada a la legalidad, verbi gracia, podrá renunciar a la facultad de investigar un determinado caso, de acuerdo con las directrices que en ese sentido se encuentran consignadas en el artículo en mención.

Atendido a esa facultad exclusiva de la fiscalía, fue que su delegado en el presente evento, en diligencia que se cumplió ante el Juzgado 11 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, decidió imputar cargos solo por los delitos de *Secuestro Simple*, bajo el verbo rector “retener” –minuto 12:49- y *Hurto Calificado Agravado* –minuto 13:35-, ambos a título de *coautoría*.

(...)

Por consiguiente, es claro que en este caso el juez desbordó sus poderes, pues se ocupó de cuestionar el contenido de la acusación hecha por la fiscalía con miras a la realización del preacuerdo, desconociendo que, como así lo ha planteado la jurisprudencia penal, ha de entenderse que **el control material de la acusación**, bien sea por el trámite ordinario, **o por la terminación anticipada de la actuación**, es *incompatible* con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio. Que por tanto: “se debe concluir que por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes”, lo cual no sucedió aquí y motivo por el cual, con la decisión adoptada por el a quo, se incurre en violación de una garantía fundamental de la imputada, como lo es del debido proceso.

En consecuencia, la decisión materia de recurso ha de ser **REVOCADA**, no sin antes dejar sentado que por lo mismo, los argumentos esbozados por los recurrentes resultan acertados.

Rad. 193 2018 12953 Acta No. 256 (07-11-2018) M.P. Juan Manuel Tello Sánchez.

PREACUERDO. Improcedente. Conducta punible: Hurto Calificado agravado. Concierto para delinquir.

Extracto:

En el caso concreto, como atinadamente lo expuso el Juez de Primera Instancia, es improcedente el preacuerdo al que llegó la Fiscalía, la Defensa y el Procesado, en tanto que esa condición legal del artículo 349 del C.P.P., cuya exigencia no es otra que la de reintegrarse por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido y asegurarse el recaudo remanente, no fue acreditada por alguna de las partes, hasta el punto de haberse expuesto por la Fiscalía que desconoce si las camionetas hurtadas –marca *Toyota Fortune de placa HPT893*, *avaluada en \$86.000.000*, marca *Toyora Hilux, placa ICU 048*, *avaluada en \$76.000.000*, marca *Toyora Prado*, *placa MWS 235* *avaluada en \$140.000.000-*, así como también las alhajas, aretes, anillos, reloj, celular marca Samsung Galaxy S8, dos celulares más, un bolso y \$1.400.000 en efectivo, fueron devueltos, o si se hizo el reintegro de por lo menos el 50% y se aseguró el remanente.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

Esa era una situación que podía haber dilucidado la defensa, no obstante de esto al respecto nada se dice, creyendo que con la sola reparación e indemnización a las víctimas, a la luz del artículo 269 del C.P., era viable consumar el preacuerdo con el que su prohijado, asesorado por él, llegó a la Fiscalía, desconociendo el recurrente que entre el artículo 269 del Código Penal y el artículo 349 del C.de P.P., no existe identidad de causa, porque mientras la rebaja de pena del Código Penal procede por la sola reparación –*entiéndase restitución dl objeto material del delito o su valor y la indemnización de los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado*-, la consagra en el estatuto procesal opera por la aceptación de la responsabilidad penal, aunque mediada por el requisito de procedibilidad del reintegro.

La Sala confirmó la decisión del juzgado que declaró improcedente el preacuerdo.

Rad. 000 2017 01146 00 (14 12 2018) acta 304. M.P.Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

PRUEBAS DOCUMENTALES. Prevaricato por acción.

Extracto:

Las pruebas documentales introducidas por la Fiscalía cumplieron su cometido para ayudar a demostrar la existencia de los elementos que constituyen el delito de prevaricato por acción y las razones dadas por el Dr. Gil Zúñiga no admite duda alguna respecto a que siempre tuvo claro que los motivos para la privación de la libertad de xxxxxxxxxxxx no habían desaparecido, por tanto su comportamiento no es solamente típico , sino también antijurídico y fue ejecutado con conciencia y voluntad de ejecutar el daño al bien jurídico protegido estando en pleno uso y goce de sus facultades mentales , es decir teniendo plena capacidad de entendimiento , pues nunca se habló de Inimputabilidad y al contrario, estaba con plena conciencia del daño que estaba ejecutando, por lo mismo la conducta es reprochable conforme a los parámetros establecidos en el Código Penal.

En tal medida será declarado responsable el delito de prevaricato por acción por el cual fue acusado por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal.

Rad. 199 2011 02386 00 (14 012 2019) acta 305. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez

REDENCION DE PENA. Evaluación de estudio calificada como deficiente. Porte ilegal de armas

Extracto:

Con el trabajo, estudio y enseñanza se busca la resocialización del condenado como una forma de reinserción a la vida civil una vez obtenga la libertad, entonces la negativa que se haga para concederle redención por el tiempo empleado en esas actividades debe estar fundamentada y por consiguiente el funcionario vigilante de la condena debe contar con los elementos de juicio que lo lleven a tomar una decisión que se ajuste al respeto de los derechos fundamentales del condenado.

Es que cuando se emite una evaluación del estudio como deficiente, ese término resulta incierto, sin que el funcionario de ejecución de penas pueda precisar si fue que le faltó voluntad al estudiante para ejercer las actividades o si no tuvo la capacidad suficiente en el desempeño educativo, por su indisciplina , falta de atención o de algún problema en el aprendizaje, en tanto no existe información suficiente y contundente para predicar, que sí estudió las 138 horas, sin embargo dicho término no se le tiene su deficiente calidad estudiantil, que no se evidencia controvertido por el afectado.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

Continuando con el norte de la presente argumentación, debe decirse que esta Sala de decisión penal en decisiones anteriores frente a este tópico, ha sido de la postura de reconocer redención de pena en casos en los que a pesar que el desempeño en el estudio ha sido “deficiente”, la conducta al interior del centro carcelario ha sido calificada en grado “ejemplar” y “bueno”, pues no se desconoce que con el trabajo, estudio y enseñanza se busca la resocialización del condenado como una forma de reinserción a la vida civil una vez obtenga la libertad, por lo que la negativa que se haga para concederle redención por el tiempo empleado en esas actividades debe estar fundamentada y por consiguiente el juez ejecutor de la condena debe contar con los elementos de juicio que lo lleven a tomar una decisión que se ajuste al respeto de los derechos fundamentales del sentenciado.

Así mismo, cuando se emite una evaluación del estudio como deficiente, ese término resulta indeterminado, sin que el Juez de penas pueda precisar si fue que le faltó voluntad al estudiante para ejercer las actividades o si no tuvo la capacidad suficiente en el desempeño educativo, por indisciplina, entre otras, es decir, que no se cuenta con la información suficiente para predicar, que el interno estudió, sin embargo dicho término no se le tiene en cuenta por su calificación fue deficiente, que no se evidencia controvertido por el interno, máxime cuando medie una buena conducta de su parte, máxime que ello puede obedecer a sus capacidades intelectuales, que por se son diferentes en cada ser humano y por lo tanto no se debe interpretar de forma desfavorablemente hacia el recluso que es la parte más débil, frente a las directivas del penal.

Rad. 193 2017 10866 01 Acta No. 284 (12-11-2018) M.P. Orlando Echeverry Salazar.

REDENCION DE PENA POR ESTUDIO. Calificación deficiente. Porte ilegal de armas de fuego.

Extracto:

El Juez Ejecutor, conforme al imperativo del art. 101 transcrito, sólo puede negar el reconocimiento del derecho a la redención de pena cuando la calificación que emita la autoridad penitenciaria sea **negativa** respecto de la actividad de estudio o de la conducta del interno.

La calificación del rendimiento en la actividad de estudio en grado “deficiente”, no equivale a evaluación NEGATIVA como lo entendió el *a quo*.

En ese entendido, la calificación de la conducta del interno como MALA necesariamente implica que su actuación va en contravía o negación absoluta del proceso resocializador, es decir, que su conducta es **negativa** frente a la función resocializadora de la pena.

La palabra “deficiente” que utiliza la autoridad penitenciaria evaluando el desempeño del interno en la actividad de estudio, no es sinónimo del adjetivo “negativo”; tal expresión corresponde gramaticalmente a los denominados “adjetivos POLARES (también RELATIVOS y PROPORCIONALES, entre otras denominaciones) que expresan propiedades relativas que han de evaluarse comparándolas implícitamente con algún valor medio considerado normal en un contexto particular”

Rad. 193 2014 36173 01 Acta No. 328 (12- 11 – 2018) M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

REDENCION DE PENA. Evaluación de trabajo deficiente. Conducta punible: Homicidio y porte de armas.

Extracto:

En ese orden, es preciso señalar que si bien la persona privada de la libertad sufre privación de algunos derechos, hay otros que no pueden ser suspendidos ni limitarse, entre ellos está el derecho de petición, el derecho a la defensa tanto material como técnica y el derecho al debido proceso, por lo que cuando se ha realizado actividades de trabajo, estudio o enseñanza, le asiste el derecho a que dicho término se le redima como pena, siempre y cuando reúna los demás requisitos establecidos para tal efecto.

Cuando tales requisitos se ven claros en su incumplimiento para negar, así debe procederse, pero cuando se presente alguna duda, compete al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, realizar el esclarecimiento respectivo, en aras de garantizarle al condenado que está sujeto al Estado, ante todo, el derecho a la defensa y el debido proceso.

En el caso del condenado xxxxxxxxxxxxxxxxxxx se le emitió certificación de haber mantenido una conducta ejemplar durante el periodo a redimir, esto es de marzo a mayo de 2017, también se le certificó que realizó actividades de trabajo por 264 horas con la anotación de haber tenido un desempeño deficiente por este concepto, contándose solamente con la certificación por parte de las autoridades administrativas del penal, sin que existiera la oportunidad para el recluso de ejercer la controversia en aras de su defensa.

Con el trabajo, estudio y enseñanza se busca la resocialización del condenado como una forma de reinserción a la vida civil una vez obtenga la libertad, entonces la negativa que se haga para concederle redención por el tiempo empleado en esas actividades debe estar fundamentada y por consiguiente el funcionario vigilante de la condena debe contar con los elementos de juicio que lo lleven a tomar una decisión que se ajuste al respeto de los derechos fundamentales del condenado.

Es que cuando se emite una evaluación del trabajo como deficiente, ese término resulta incierto, sin que el funcionario de ejecución de penas pueda precisar si fue que le faltó voluntad al trabajador para ejercer las actividades o si no tuvo la capacidad suficiente en el desempeño de la labor, por su indisciplina, poca destreza para realizar la actividad de “TELARES Y TEJIDOS” a la que se dedicó durante los meses de marzo, abril y mayo de 2017, llegando en este punto a pensar que como se trata de una obra manual “tejidos”, la calificación depende de la persona que valore la obra, ello para decir, que en tratándose de esta clase de actividades la calificación podría ser subjetiva.

Rad. 193 2014 11347 01 (11 012 2018) MR. Orlando Echeverry Salazar.

REDENCIÓN DE LA PENA. Homicidio Agravado.

Extracto:

“No se puede premiar al sentenciado que presenta calificaciones deficientes con redenciones, por cuanto atendiendo los fines de resocialización de la pena, lo que se busca es que quien la cumple tenga un buen comportamiento dentro del centro carcelario que pueda reflejarse cuando éste recobre su libertad, lo cual no implica vulneración de derechos”.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 02 2019

Así pues, el artículo 101 de la Ley 65 de 1993 deja claro que las condiciones para la redención de pena no pueden ser cualquiera, por lo que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, para conceder o negar el beneficio, deberá tener en cuenta la evaluación que se haga del trabajo, la educación o la enseñanza de que se trata la ley, además de la conducta del interno, aspectos estos que corresponde certificar el INPEC, quien hace la remisión de los documentos ante el Juez Ejecutor para que conceda o no la redención, si el interno cumple los requisitos.

En merito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, resuelve confirmar la decisión recurrida, ya como en aquella se manifestó no es procedente reconocer a favor del interno xxxxxxxxxxxx, tiempo de pena por estudio por los periodos calificados deficientemente.

Rad. 799-2012-82707-01 (31-07-2018) M.P. Juan Manuel Tello Sánchez

REDENCIÓN DE PENA por estudio.

EXTRACTO:

“En ese sentido, si bien le asiste razón al impugnante cuando indica que la redención de pena es un derecho, conforme se establece en el art.64 de la Ley 1709 de 2014 -adicionó el artículo 103^a a la Ley 65/93- , eso no implica que por el solo hecho de que el condenado o procesado trabaje, estudio o enseñe se procede a abonarse el tiempo de redención para el cumplimiento de la pena, pues la misma ley exige para ello el cumplimiento de unos requisitos, como es una evaluación positiva de desempeño.”

En el artículo 5° de la Resolución N° 3190 del 23 de Octubre de 2013 del Director General del INPEC se establece que “Los programas educativos tienen como objetivo afectar los marcos de referencia de la vida de interno, resignificar su existencia a partir de la exploración de otras formas de pensar que enseñarán y afirmarán en el interno (a) el conocimiento y el respeto por los valores humanos, las instituciones públicas y sociales, las leyes y normas de convivencia ciudadana así como el desarrollo de su sentido ético o deontológico enmarcado en los Derechos Humanos”

Es importante que la actividad de redención de pena por estudio se realice dentro de los derroteros exigidos por la ley, obteniendo calificaciones favorables que hacen prever el cumplimiento de los objetivos señalados.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala de Decisión Penal confirmar la decisión, negando el reconocimiento a favor del interno del tiempo de redención de pena por estudio por los periodos calificados deficientemente.

Rad. 194-2013-01096-01 (23 08 2019) acta 210. M.P Juan Manuel Tello Sánchez

REDENCION DE PENA. Tentativa de secuestro simple en concurso con fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y violencia contra servidor público.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el Procurador, mediante el cual el JUZGADO OCTAVO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE CALI, no reconoció 776 horas de trabajo realizadas entre julio de 2017 hasta enero de 2018, para efectos de redención de penas a favor del condenado XXXX.

El señor XXXX, purga pena de prisión respecto de las siguientes condenas:



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

- Autor penalmente responsable por el delito de tentativa de secuestro simple en concurso con fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y violencia contra servidor público, por hechos cometidos en el 2007.
- Autor responsable de los delitos de secuestro extorsivo agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con los injustos de homicidio agravado en el grado de tentativa, concierto para delinquir agravado, acceso carnal violento agravado, hurto calificado y agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones agravado.
- Fue hallado autor penalmente responsable del reato de inasistencia alimentaria.

El mencionado Juzgado resuelve la redención de penas respecto del certificado de cómputo No. XXXXXX, reconociendo a favor del condenado 2 meses y 1.5 días y negándole 776 horas de trabajo correspondientes al periodo comprendido entre el 11 de julio de 2017 hasta el 10 de enero de 2018, por haber tenido una calificación de “mala” y “regular”.

Sobre dicha decisión, se interpuso recurso de apelación, pidiendo se revoque la decisión en primera instancia bajo la justificación de que “la redención de pena es un derecho de la persona privada de la libertad y como tal debe ser reconocido, pues de no ser así se estaría transgrediendo con lo dispuesto en los artículos 97 y 103 A de la ley 65 de 1993”.

Además, se solicita que se den a conocer las razones por las cuales la junta del INPEC calificó como deficiente la labor de ese periodo y después se le dé la oportunidad al procesado para defender su derecho y ejercer el derecho de contradicción.

(...)

Consideraciones de la colegiatura

Con la expedición de la Ley 1709 de 2014, el legislador cambió la naturaleza de la redención de pena y pasó de ser un “beneficio” a ser un “derecho”. El artículo 64 que adicionó a la Ley 65 de 1993 el artículo 103 A, lo introdujo de la siguiente manera:

“la redención de pena es un **derecho** que será exigible una vez la persona privada de la libertad cumpla los requisitos exigidos para acceder a ella. Todas las decisiones que afecten la redención de la pena podrán controvertirse ante los jueces competentes.”

(...)

Sobre el reconocimiento de la rebaja de pena, el artículo 102 del régimen penitenciario y carcelario establece:

“la rebaja de pena de que trata este título será de obligatorio reconocimiento de la autoridad respectiva, **previo el lleno de los requisitos exigidos** para el trámite de beneficios judiciales y administrativos”

Adicionalmente, el artículo 101 de la misma disposición fija las condiciones para la redención de la pena así:

“el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, para conceder o negar la redención de la pena, **deberá tener en cuenta la evaluación o la enseñanza de que trata la presente ley.** **En esta evaluación se considerará igualmente la conducta del interno. Cuando esta evaluación sea negativa,** el juez de ejecución de penas se abstendrá de conceder dicha redención. La reglamentación determinará los periodos y formas de evaluación.”

(...)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

“Al condenado XXXX se le emitió certificado de calificación de conducta con fecha del 29 de mayo de 2018, en el que se aprecia que desde el 11 de julio de 2017 hasta el 10 de enero de 2018 su comportamiento al interior del penal **fue calificado en grado de “malo” y “regular”**; ello, a pesar de haberse dedicado a labores de trabajo en las que obtuvo una calificación “sobresaliente”.

Aquí esta precisamente el cuestionamiento de la Procuraduría porque esa calificación en la conducta de grado “malo” y “regular” influyó negativamente para no concederle la redención de pena, siendo partidario que se le debe garantizar el derecho a la defensa, previamente se conozca cuales fueron los motivos para emitir dicho concepto.

(...)

Si bien es cierto que la persona privada de la libertad sufre mengua en algunos derechos, hay otros que no pueden ser suspendidos ni limitarse, entre ellos está el derecho de petición, el derecho a la defensa tanto material como técnica y el derecho al debido proceso. De tal forma que cuando se han realizado actividades de trabajo, estudio o enseñanza, le asiste el derecho a que dicho término se le redima como pena, siempre y cuando reúna los requisitos para tal evento.

(...) cuando se presente atisbo de duda, compete al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, realizar el esclarecimiento respectivo, con miras a garantizarle a esa persona que está sujeta al Estado, ante todo el derecho a la defensa.

“sin embargo, la ley exige que el juez ejecutor verifique para la concesión de la redención de pena **3 requisitos**: los cuales son los cómputos de trabajo, estudio o enseñanza; la evaluación de desempeño expedida por la junta de Evaluación de la cárcel y los **certificados de calificación de conducta** que como mínimo deben consignar que **la misma sea en grado “bueno” o “ejemplar”** para que pueda reconocerse de manera favorable este derecho.”

(...)

Se precisa que no es suficiente el hecho de trabajar dentro del presidio para que el beneficio de la redención se aplique automáticamente, debe en todo caso analizarse si la conducta del procesado demuestra los efectos benignos de la ejecución de la pena que permiten hablar de una progresiva resocialización, pues el artículo 101 de la Ley 65 de 1993, es claro cuando exige al juez de ejecución de penas tener en cuenta la conducta del interno y cuando ésta sea negativa, no podrá optarse por decisión diferente a la de abstenerse de conceder la redención.

“De manera que si al condenado XXXXX para el periodo comprendido entre el 11 de julio de 2017 hasta el 10 de enero de 2018 tuvo una calificación sobresaliente en su desempeño, ello no elimina que su comportamiento al interior del centro carcelario, en ese tiempo no fue ni ejemplar ni bueno y aunque no existió la oportunidad para el recluso de ejercer la controversia en aras de su defensa, se le recuerda al agente del Ministerio Público que al Juez de Ejecución de Penas no le asiste competencia para iniciar un trámite incidental, toda vez que el procedimiento y criterio para la calificación de la conducta al interior de la cárcel, está reservada al INPEC.”

(...)

“Como respuesta al problema jurídico que se plantea relativo a si es viable ordenar al juez de penas hacer un incidente procesal para controvertir la calificación dada por el INPEC al condenado, primero se le aclara al agente del Ministerio Público que no obedece a la verdad la afirmación que al final de su escrito de disenso hace cuando refiere que el condenado obtuvo calificación deficiente, pues de las piezas procesales se verifica que por el contrario fue sobresaliente.”



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

(...)

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI EN SALA TERCERA DE DECISION PENAL,
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto interlocutorio No. 920 del veintidós (22) de junio de dos mil dieciocho (2018), a través del cual el JUZGADO OCTAVO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE CALI – VALLE no reconoció 776 horas de trabajo realizadas entre el 11 de julio de 2017 hasta el 10 de enero de 2018 para efectos de redención de pena a favor del condenado XXXX.

SEGUNDO: contra esta decisión no procede recurso alguno.
Regresen las diligencias al juzgado de instancia para lo de su cargo.

Rad. 195-2007-00971-00 (10 10 2018) M.P. Mónica Calderón Cruz.

SOLICITUD DE NULIDAD DEL ALLANAMIENTO A CARGOS. HOMICIDIO

Extracto:

Luego de lo cual de manera libre y voluntaria manifestó el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx aceptar los cargos, reconociendo que sería condenado, la pena que se le iba a imponer y que fue debidamente asesorado por su defensor (mins. 51:49, 51:53, 51:54, 51:56, 51:57, 52:03).

Estima además la Sala que el desacuerdo del nuevo defensor frente a la actividad del anterior profesional del derecho a la defensa, y más bien lo que se percibió de la audiencia de formulación de imputación es que primó la voluntad de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx de aceptar los cargos.

En ese orden de ideas y como quiera que el apelante no logró desvirtuar la presunción de acierto y legalidad de la decisión adoptada por el Juez Catorce Penal del Circuito de Cali con Funciones de Conocimiento , se hace necesario **confirmarla**.

Rad. 177 2018 00649 Acta No. 295 (11-12-2018) M.P. Juan Manuel Tello Sánchez.

VALORACION PROBATORIA. Retracción de testigo. Conducta punible: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Extracto:

No cabe duda para la Sala que en este asunto no están llamadas a prosperar las argumentaciones del censor, pues de entrada ha de decirse que la sola retractación que hiciera la víctima en la audiencia de juicio oral celebrada por la Juez A-quo, no derrota de tajo sus afirmaciones pretéritas hechas ante el galeno adscrito a Medicina Legal, el sicólogo del CTI, su padre xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, y su tía xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, que a la postre , compactan mejor con la cadena de sucesos que se desarrollaron a partir de la información que les reveló la pequeña a principios del mes de julio de 2016, los cuales tenían que ver con la manipulación sexual que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, le realizaba a la niña E.D.P.E., a nivel vaginal con introducción de los dedos .

Pues bien. En tratándose de la retractación del testigo la Corte Suprema de Justicia en Sala Penal, de manera pacífica y repetitiva ha relevado que al Juez le corresponde valorar, con base en la sana crítica, las razones por las cuales un testigo o víctima se ve compelido a



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

retractarse de lo dicho en las primeras etapas del diligenciamiento , y en efecto, puede ocurrir como en los casos de abuso sexual, que el atacante sea el proveedor de la familia o que los lazos de familiaridad con personas cercanas, como su madre o abuela, afecten gravemente el juicio del declarante al paso del tiempo, por manera que deriva importante observar con sumo cuidado ambas atestaciones e inclinarse por la que se compagine mejor con el resto de pruebas aducidas, así como su coherencia y contundencia.

SALVAMENTO DE VOTO

Incremento Punitivo

Extracto:

Por tanto, a mi juicio , en la sentencia que se revisa, en concreto en la determinación de la pena en el concurso de conductas, se está inaplicando el artículo 59 del C.P., que impone la obligación de hacer explícitos los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, una temática que como lo sostiene la Corte "... constituye un componente de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa y es inherente a un Estado Social de Derecho, pues con él se controla la arbitrariedad judicial..."

Acudiendo a los criterios de razonabilidad, así como a los fines que cumple la pena, a mi juicio debió considerarse que teniendo el delito base una pena tan elevada de 16 años, el incremento de más de 5 años de pena por razón del concurso resulta desproporcionado y no atiende la teleología política de la pena, más aún si se tiene en cuenta la edad del procesado a quien prácticamente se le está condenando a cadena perpetua, que la Constitución prohíbe. De otro lado igualmente debió considerarse que por tratarse de un delito donde es víctima una menor no será acreedor a beneficio alguno en sede de ejecución de la pena.

Rad. 193 2016 24703 Acta No. 349 (12-11-2018) M.P. Mónica Calderón Cruz. MD Dra. Socorro Mora Insuasty

VALORACIÓN PROBATORIA

Extracto:

El 30 de enero de 2011, los señores xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, se encontraban departiendo en el establecimiento nocturno denominado discoteca video bar "La Frontera" ubicado en la calle 24 No. 44^a – 26 del sector de Puerto Rellena de Cali. Luego, al salir de aquel lugar, intempestivamente aparece un hombre quien dispara en repetidas ocasiones contra la humanidad de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx quien fallece de manera instantánea , siendo a su vez impactada por proyectil de arma de fuego la joven xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien también fenece. Estos hechos fueron enrostrados al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

(...)

La tesis de esta Sala de Decisión Penal es que la valoración probatoria realizada por el *a quo* fue acertada, porque de la valoración en conjunto de las pruebas testimoniales , indiciaría y de los hechos que fueron estipulados por las partes, se llega al convencimiento más allá de toda duda razonable, tanto de la existencia del hecho investigado como de la responsabilidad penal de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx en la muerte de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, no logrando desvirtuar el recurrente el acierto y legalidad de la decisión apelada.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

Rad.000 2011 00099 Acta No. 287 (5-12-2018) M.P. Juan Manuel Tello Sánchez.

VALORACION PROBATORIA. Testimonio de menor víctima. Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso con el incesto.

CASO CONCRETO:

De acuerdo con la información suministrada por XXXXXXXX, su hija Y.A.G.S., desde la edad de cinco años hasta los ocho años, fue objeto de tocamientos libidinosos en diversas partes del cuerpo, incluida la región genital por el padre biológico, quien además le introducida sus dedos en la cavidad vaginal.

Esta Sala en criterio garantista y para respetar los derechos fundamentales del procesado, abarca la impugnación como una censura a la condena proferida por el a-quo, por lo menos para revisar si efectivamente la evaluación de las pruebas se adecuó a los postulados de la lógica, el buen juicio, la sana crítica y la experiencia.

EXTRACTO:

Así pues, este legajo no solo cuenta con el testimonio de la menor que de forma contundente, seria y responsiva narró haber sido víctima de abuso sexual por parte de su padre XXXXXXXXXXXX, que aprovechando la soledad en la peluquería que funcionaba en su vivienda la sometió a distintos actos libidinosos cuando contaba entre los 5 y 8 años de edad, sino también otros que conforme al principio de corroboración periférica, dejan de presente que la agraviada no solo contó lo que vivenció su madre y lo corroboró su hermano, sino que también lo hizo a las expertas en medida coherente y sin dubitación alguna.

No existe probanza alguna que indique un animo de perjudicar a XXXXXXXXXXXX, por parte de la agraviada o su señora madre, por el contrario, se denota que la narración de la afectada surgió en un momento donde decidió que la ausencia de su progenitor la protegería de las amenazas que este le profería si contaba lo que le hacía.

Así las cosas, este testimonio es absolutamente creíble para esta instancia, pues se encuentra exento de cualquier animadversión y de hecho, es tan claro y coincide tan hiladamente con el resto de las pruebas practicadas en el juicio, que la defensa no encontró argumento para rebatir la sentencia impugnada pretendiendo, que con solamente decir que no se tuvo en cuenta el episodio de la crema para desestimar la sindicación hecha a su pupilo, es suficiente para revocar una decisión adecuadamente elaborada y abordada en su totalidad con las probanzas que dan el traste con la presunción de inocencia que exalta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, confirma la sentencia de primera instancia en donde se condenó al mencionado a la pena principal de ciento cincuenta y ocho meses de prisión, como penalmente responsable del delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, heterogéneo con el de incesto.

Rad190 2016 00141 (8-10-2018) M.P. Mónica Calderón Cruz.

VALORACIÓN PROBATORIA. Concierto para delinquir. Uso de menores para la comisión de delitos. Desplazamiento forzado.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor XXXX en contra de la sentencia No. 53 del 5 de julio de 2018, a través del cual, el JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CALI,



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

condenó al mencionado con pena privativa de la libertad y multa, por haberlo encontrado penalmente responsable del concurso de delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, USO DE MENORES PARA LA COMISIÓN DE DELITOS y DESPLAZAMIENTO FORZADO, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

Por medio de la investigación llevada a cabo por la Fiscalía General de la Nación, se estableció que des del año 2014 hasta la fecha de captura del procesado, se detectó un grupo de personas que se hacían llamar “LOS DEL POLI”, dedicadas a cometer una diversidad de delitos, entre los que se cuanta, hurto a personas, porte ilegal de armas de fuego, homicidios selectivos, desplazamientos forzados y atentados contra la vida de miembros de otras bandas delincuenciales del sector en la disputa del territorio o el traspaso de fronteras invisibles que habían fijado en su territorio de influencia, así como de personas que se apartan del grupo delincencial.

Dicha organización se encontraba compuesta aproximadamente por 25 personas, entre adultos y adolescentes, las cuales tenían distintos roles dentro de la organización; además se logra la identificación, entre otros, del señor XXXX, a quien se le atribuye participación en los eventos de desplazamiento forzado y uso de menores de edad para la comisión de delitos.

(...)

“señaló el A-quo que conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 38B del Código Penal, en este caso no era procedente concederle al acusado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria por cuanto los delitos de Concierto para delinquir agravado y Desplazamiento forzado se encuentran excluidos de esta clase de beneficio tal y como lo consagra el inciso 2º del art. 68ª del CP., modificado por el art. 32n de la ley 1709 de 2014.”

“En lo que respecta la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, la cual fue deprecada por la defensa del sentenciado, señaló el Juez de Primer Orden que a la luz de la ley 750 de 2002 tampoco resultaba procedente dicho beneficio, pues el mismo fue instituido para proteger a los menores de edad que se encuentren en absoluto estado de orfandad, hecho que no se presenta en este asunto, pues indicó que pese a que la defensa allegó prueba en el sentido en que la menor M.J.Z.P., es hija biológica del condenado y de la señora XXX (...) y que arribó sendas declaraciones, incluidas la de los hermanos de la señora XXX, quienes de un lado afirmaron que la madre de la niña viaja contantemente (...) y que no se encarga del cuidado de la menor y también manifestaron que son padres y por lo tanto no pueden hacerse cargo de la niña.

(...)

“Ahora, como de las pruebas presentadas por la defensa se evidenciaba que la menor no estaba escolarizada, dispuso oficiar al ICBF con el fin de que se adopten medidas tendientes a que la señora XXX cumpla con sus obligaciones, y de ser necesario, el ICBF le brinde a la niña educación, pues de acuerdo con la información suministrada por el Defensor del procesado, la niña no se encuentra estudiando por cuestiones de orden económico”.

“Finalmente señaló, que no era procedente la concesión de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia al condenado, teniendo en cuenta que los hechos por los cuales fue acusado y condenado permitían señalar que no era un buen ejemplo para la menor, ya que nada podía esperarse positivo de un individuo que se ha dedicado a delinquir reiteradamente, el cual era evidente que antepone sus intereses ilícitos sobre la menor, a quien no le estaba dando un buen ejemplo, tal y como quedó probado”.

(...)

“La Corte Constitucional consideró que la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, no se otorgaba con el propósito de beneficiar al infractor de la Ley Penal, sino con el objetivo



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 02 2019

de favorecer a esos menores de edad, o personas en condiciones de incapacidad que dependan exclusivamente del condenado, a fin de evitar que estos queden en estado de desprotección u orfandad absoluta. De ahí que se requiere que se demuestre además de la calidad de padre biológico o dependencia de terceras personas, la ausencia de otro miembro del grupo familiar que pueda velar por el cuidado y protección de la persona a favor de quien se pide el beneficio”.

(...)

“Ahora bien, el legislador a través de la Ley 750 de 2002, de la cual fue declarada su exequibilidad por la Corte Constitucional en la sentencia C-184 de 2003, estableció los presupuestos legales que se deben valorar por el juez para el otorgamiento de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, los que comportan el análisis de unos requisitos objetivos, cuales son: i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia; ii) que la condena no haya sido proferida por los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada; y iii) y que al persona no tenga antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos; y el cumplimiento de un requisito subjetivo, el cual hace referencia a: iv) que el desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, requisito este dentro del cual el juez debe valorar la gravedad de la conducta ejecutada por el condenado, pues la prisión domiciliaria como madre o padre de familia, además de garantizar el bienestar de quien que podría verse afectado con la privación de la libertad del condenado, debe satisfacer el orden justo, ya que el otorgamiento de la prisión domiciliaria no puede conducir al desconocimiento de las finalidades de la pena, en cuanto a la prevención en general, conforme a la política criminal del Estado y el mensaje que quiere enviársele a la sociedad, y desde la prevención especial de quien incurre en la conducta delictual”.

(...)

Son estas las razones por las cuales a Sala de Decisión Penal confirmará la providencia recurrida, en lo que fue objeto de censura.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, VALLE, SALA TERCERA DE DECISION PENAL,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR INTEGRAMENTE LA SENTENCIA No. 53 del 5 de julio de 2018, a través de la cual el JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CALI, condenó al mencionado a la pena principal de SETENTA Y DOS (72) MESES DE PRISION Y MULTA DE CUATROSCIENTOS CINCUENTA (450) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, como penalmente responsable del concurso de delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, USO DE MENORES PARA LA COMISION DE DELITOS, y DESPLAZAMIENTO FORZADO, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

SEGUNDO.- la presente decisión se notifica en estrados a las partes e intervinientes y contra ella procede La CASACION ante la Honorable Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

TERCERO.- por secretaria dese cumplimiento al artículo 146 del C.P.P.-

Radicación No.000-2018-00531 (3 10 18) M.P. Mónica Calderón Cruz.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 02 2019

TUTELAS

SANCIÓN POR DESACATO. Prestación del servicio de enfermera domiciliaria.

Extracto:

La Sala mayoritaria confirmó la sanción por desacato bajo la consideración según la cual la Nueva EPS ***se rehusó a realizar la valoración de manera integral y de fondo*** – no tuvo en cuenta las especiales condiciones familiares por las que atraviesa la paciente y las personas que viven con ella-, lo cual, en mi criterio, es jurídicamente desacertado.

No puede perderse de vista que, conforme a los preceptos constitucionales (art. 46 C.N.), corresponde en primer lugar a la familia (como núcleo fundamental de la sociedad), brindar protección y asistencia a las personas de la tercera edad; luego, dada la patología que aqueja a la Sra. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y atendiendo las limitaciones que de ella se derivan, es deber de su grupo familiar –de 8 hijos- atender sus requerimientos diarios, pues tal y como lo advirtiera la entidad accionada, actividades como aseo e higiene, alimentación, introducción de catéter vesical, caminatas asistidas, cuidados generales y acompañamientos son susceptibles de realizar por un familiar o cuidador primario, habida cuenta que la normatividad en seguridad social no exime a la familia de su responsabilidad social frente al paciente, de lo que se advierte que la labor pueda ser desempeñada, como ya se anotó, por cualquier persona responsable a la cual se le brinden las instrucciones básicas y necesarias para ello, como en efecto se dispuso en el caso de la accionante.

Rad. 10 2017 00043 01 (25-01-2019) M.P. Mónica Calderón Cruz.

HENRY MORENO MACIAS

Relator

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali