



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 03 2019



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

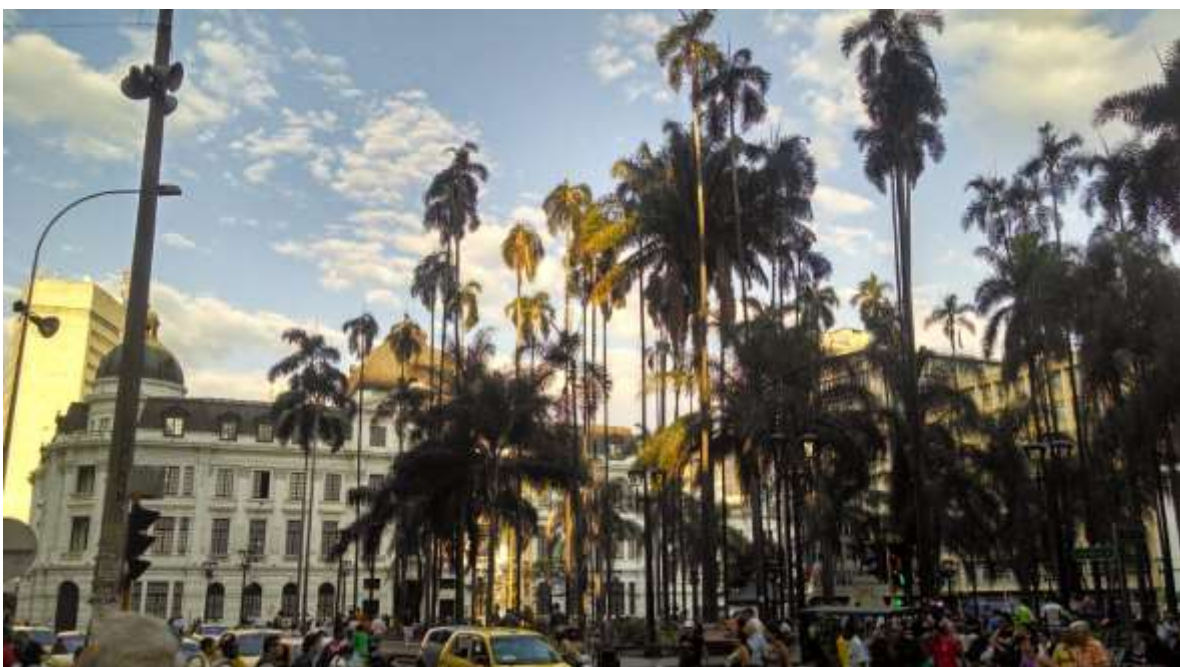
RELATORIA

Henry Moreno Macias

Relator

BOLETIN 03

2019





TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 03 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



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

Doranyela Castaño Campo Alejandro de J. Villegas Restrepo
Julián Alfonso Pedreros Guerrero.
Dra. María Angélica García Gereda

SALA CIVIL

DESISTIMIENTO TÁCITO. Ejecutivo mixto.

Caso: “Conoce la sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra del auto N° xxxxx de fecha 03 de julio de 2018, por medio del cual se declaró terminado el proceso por desistimiento tácito proferido por el **JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE EJECUCIO DE SENTENCIAS DE CALI** en el curso del proceso ejecutivo mixto promovido por xxxxxxx en contra de xxxxxxxxx.”

“El juzgado mediante proveído de la fecha antes referida resolvió decretar la terminación del proceso al considerar que el proceso ha permanecido inactivo por más de dos (2) años en la secretaría del juzgado en inactividad sin que la parte demandante hubiese realizando las acciones tendientes para continuar con el trámite necesario, configurándose lo regulado en el numeral 2°, literal B, del artículo 317 del C.G.P.”

“La mandataria judicial de la parte activa sustenta el recurso de reposición y subsidiario el de apelación, aduciendo que la inactividad del proceso no es atribuible a la parte demandante, quien dice haber cumplido con la carga laboral al punto que en el proceso ya hay sentencia y liquidación del crédito aprobada.

Que respecto de las medidas cautelares por tratarse de un proceso ejecutivo prendario, está pendiente el decomiso del vehículo dado en prenda lo cual afirma haber sido tramitado ante las autoridades pertinentes desde el 12 de septiembre de 2016, es decir, que se encuentra a la espera que la secretaría de Transito o la Policía Nacional ponga a disposición dicho vehículo, razones que considera suficientes para revocar la providencia recurrida”.

Extracto: “Corresponde determinar a la corporación si en el asunto en estudio se dan los presupuestos para proferir el auto reprochado, por haber permanecido el proceso más de dos (2) años en inactividad sin que la parte interesada le imprimieran el impulso pertinente para continuar con el trámite normal del mismo, o si, como lo alega el apelante,



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

existió una actuación en el proceso el 12 de septiembre de 2016 por el cual se diligenciaron los oficios del decomiso del vehículo automotor dado en garantía prendaria.”

(...)

“El desistimiento tácito es la consecuencia jurídica que ha de tomarse, si la parte que promueva un trámite no cumple con la carga procesal pertinente para su impulso, del cual dependa la continuación del proceso”.

“habrá, entonces, tenerse de presente que en este evento es dable compartir la conclusión a la que llegó la señora Juez A Quo y que impone el desistimiento tácito. Al interpretar el referido Art. 317 palmario es que se deba aplicar la consecuencia de terminación del proceso cuando existe desidia, abandono, dejación de las cargas procesales; lo pretendido es conminar a los apoderados a asumir una actitud procesal diligente, acuciosa, cuidadosa. Y si bien refiere el literal “c”, que cualquier actuación, de cualquier naturaleza interrumpirá los términos previstos en dicho artículo, deberá considerarse en el entendido de que ella, cualquiera que sea, siempre y cuando sea dirigida a dar impulso al proceso, a darle movimiento, a sacarlo del estado de adormilamiento en que se encontrara para que tenga la virtualidad de interrumpir esos términos”.

“Se observa del expediente que la última actuación que se surtió en el presente proceso, antes de preferirse el auto censurado, fue el auto de fecha 26 de abril de 2016, por medio del cual se aprobó la liquidación del crédito, el cual fue notificado en estado del 28 de ese mismo mes y año, y respecto del cuaderno de las medidas cautelares, la última actuación fue la providencia de fecha 28 de junio de 2016, por la cual se ordenó del decomiso del vehículo automotor de placas XXX-XXX librándose los oficios pertinentes a la Policía Nacional (Sección automotores) y a la secretaría de tránsito y Transporte Municipal de esta ciudad, los cuales fueron retirados para su diligenciamiento el 26 de julio de esa data, sin que se observe actuación posterior a esas fechas por parte del demandante, sin que obre en el expediente la prueba de haber sido diligenciados como lo afirma el apelante, lo que demuestra que a la fecha en que se decretó el desistimiento tácito (julio 03 de 2018) ya había transcurrido más de dos (2) años que otorga la ley, por lo que no es de recibo el argumento expuesto por la mandataria judicial de la parte actora que justifique la inactividad del proceso sin impulso alguno”.

“Por tales consideraciones dadas, se resuelve:

PRIMERO: Confirmar el auto recurrido de fecha 03 de julio de 2018 conforme lo dispuesto en la parte motiva. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVASE** la actuación al despacho de origen.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por así ordenando la norma.”

Rad.010-2015-00351-01. (14-01 -2019) M.P. JOSÉ DAVID CORREDOR ESPITIA



EJECUTIVO SINGULAR. Recurso de Queja.

Extracto:

Encontrándose el asunto en etapa de ejecución, aparece que ocurrida la respectiva almoneda, habiéndose presentado postura a nombre del acreedor-cesionario, y estimando cumplidas las exigencias de que trata el artículo 455 del C.G. del P., el juzgado de ejecución encargado dispuso, mediante auto de fecha 12 de julio de 2018, entre otros, “APROBAR la adjudicación del bien inmueble embargado, secuestrado y avaluado a favor del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx [...]”.

Inconforme, la parte ejecutada interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la referida decisión, siendo confirmada, y negada la alzada propuesta, tras advertir –en lo que tiene que ver con este último- que lo decidido “[no está enunciado] en el listado dentro de los autos apelables tanto en la norma general (artículo 321 del C.G del P.) Como en norma especial”.

Conforme lo establecen los artículos 352 y 353 del Código General del Proceso, el recurso de queja tiene por objeto que el superior conceda, si es procedente, la apelación denegada por el juzgado de primera instancia.

En ese orden, la viabilidad de la queja depende de que se niegue erróneamente la concesión del recurso, aun siendo susceptible de apelación una providencia, y de otro lado, que se haya interpuesto oportunamente el de reposición contra el auto que negó la alzada y en subsidio se presente el recurso de queja respectivo.

Adicionalmente, si por sentado se tiene que, el recurso de queja tiene como propósito primordial que se conceda la apelación denegada por el inferior, ello significa que la competencia funcional del Tribunal se encuentra circunscrita a precisar la procedencia o no de la apelación denegada, con prescindencia de cualquier otra consideración sobre la legalidad de los razonamientos expuestos por el a-quo en lo referente a la determinación recurrida.

Siendo claro que el recurso versa sobre la mentada determinación, aflora evidente que la queja debe despacharse de manera desfavorable, dado que ni en el artículo 321 del C.G. del P., ni en norma especial alguna, puede advertirse la existencia de disposición adjetiva que consagre, **actualmente**, la procedencia del recurso de apelación frente al auto por el cual se aprueba un remate.

Por supuesto, cumple precisar que, contrario a lo que pretende argumentar el apoderado recurrente, no es posible asimilar el auto que aprueba el remate, con el que pone fin al proceso o resuelve acerca de una oposición a la entrega de bienes, apelables al tenor de los numerales 7º y 9º del artículo 321 adjetivo, pues como viene de decirse, en materia de apelaciones, por virtud del principio de taxatividad, no cabe hacer extensiones interpretativas como aquella que se propone, debiendo estar expresamente consagrado el recurso de apelación, lo que ciertamente no acontece en este caso.

Y es que aun cuando el quejoso –según se entiende- pretende justificar lo anterior en que ordenes similares a las consecuentes a la aprobación del remate (entrega del bien, levantamiento de la medida cautelar, cancelación del gravamen hipotecario, entre otros) podrían derivar de una terminación del proceso, al paso que no se desconoce que de cubrirse la totalidad de la obligación con la adjudicación del bien, pueda devenir la referida terminación, lo cierto es que ello no es suficiente para concluir que se refieran a las mismas decisiones, más aun cuando en este caso, a efectos de lo anterior, el juez encargado, apenas, en la providencia cuestionada “[...] [requirió] al demandante para que presente la liquidación del crédito adicional, actualizada a la fecha del remate”.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

Rad. 76001 31 03 011 2002 00492 05 (22-01-2019) M.S. Carlos Alberto Romero Sánchez.

EJECUTIVO. Cesión de derechos de crédito hipotecario.

Extracto:

En este sentido, hay que señalar que cuando se celebró el denominado contrato de cesión de crédito (29 de mayo de 2008), la xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx no estaba liquidada, por tanto existía jurídicamente y podía obligarse y disponer de sus derechos, y así lo hizo al interior del proceso, cuando decidió vender su derecho que como acreedor ostentaba y en consecuencia *cederlo* a la señora xxxxxxxxxxxxxx, luego el hecho de presentar la cesión del crédito con posterioridad al haberse liquidado la sociedad xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, no *invalida* o hace perder efectos a lo ahí acordado, de ser así, se estaría desconociendo el derecho que adquirió la señora xxxxxxxxxxxxxx cuando realizó el pago para que le cediera el citado crédito.

Ahora, aceptar el planteamiento esbozado por el juez de primera instancia, cuando indicó que debía el demandante expresar quienes eran sucesores procesales de la sociedad liquidada, desobedecería a lo manifestado por la liquidadora de la sociedad, cuando en escrito allegado al proceso, afirmó que el referido crédito cedido: “[...] *no se entendía como parte de la masa de activos de dicha sociedad, debido a que con los actos arriba descritos se había pretendido, en forma legítima y mediante negocios válidamente celebrados con anterioridad a la liquidación definitiva de la sociedad, radicar en cabeza de la CESIONARIA cualquier posible derecho que pudiese corresponderle a la CEDENTE sobre dicho proceso*”.

Aunado que si se acepta tal planteamiento, se deja en la incertidumbre el trámite del proceso, pues no existiría un sujeto procesal como el demandante al interior del proceso Ejecutivo seguido contra la Sociedad xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx para continuar el curso del mismo, ya que la sociedad que ostentaba tal calidad, esta liquidada y no tiene un sucesor procesal (Art. 68 CGP) y el tercero que quería ocupar ese lugar, no se le aceptaron, luego tal situación, desconocería garantías procesales de la parte demandante.

En conclusión, los argumentos en los que se basó el juez de primera instancia para no aceptar la *cesión de crédito hipotecario* suscrito por la Sociedad xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx (cedente) y la señora xxxxxxxxxxxxxx (cesionaria) no pueden ser tenidos en cuenta, ya que cuando celebró el contrato de *cesión de crédito*, la sociedad cedente tenía capacidad pues no estaba liquidada, siendo válida la misma, independientemente que se hubiese presentado al juzgado con posterioridad.

Por lo anterior, se revocara la decisión apelada y en virtud a ello, se reconocerá a la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx como demandante bajo la denominada *cesión*, sin embargo y bajo la posición sentada por la Sala unitaria debe aclararse que la negociación realizada por las partes no es una cesión de crédito sino una subrogación especial como pasa explicarse.

Rad.015 2002 00233 01 (9058) (17-01-2019) M.S. Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

“un análisis respecto a esta contradicción en estos contratos”, así como de la contradicción del apoderado de la demandada y su representante legal, donde aceptaron que el convenio empezó en el año 2000 y las defraudaciones del año 2003 por el contrato del 15 de febrero de 2005, con el que basó su defensa el banco.

Con la solicitud de pruebas elevada en la demanda, dijo el actor pretender “demostrar que el BANCO XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, pago (sic) en forma irregular e inadecuada y sin autorización alguna por parte del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, a la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y a la firma xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, la suma de MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.997.000.000,00) provenientes de la Cuenta Corriente número 25409098-8, incumpliendo de esta forma “Convenio de Servicios de Dispersión de Fondos” suscrito por ambas Partes...” (Sic).

Por supuesto que el pago irregular, inadecuado y sin autorización , que se endilga a la entidad demandada, debía ser acreditado de manera suficiente por el extremo demandante, empero la controversia que pretende articular en cuanto al acuerdo de voluntades que rigiera el servicio de fondos, en nada sirve al aludido fin, si se tiene en cuenta que en ninguno de los escenarios que plantea, esto es, bajo el convenio cuya vigencia ubica en el año 2000, ni en el que aparece suscrito en el año 2005 (obrante en autos), emergen las condiciones que en su sentir fueron incumplidas.

Por el contrario, en el alegato de conclusión el apoderado del actor reconoce que “hubo exceso de confianza” de parte del demandante “porque no podemos negar que puede haberla del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx”, pero que luego enjuga en cuanto “el banco no cumplió con los procedimientos adecuados que debía tener”.

La Sala conviene que la responsabilidad bancaria no es objetiva, y que su deber de diligencia se agota frente a conductas culposas de sus clientes o en este caso dolosas de los dependientes de estos. Así, de la investigación penal adelantada por denuncia presentada por el demandante, se tiene que lo ocurrido fue un caso de infidelidad de su empleada xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, contadora, jefe de recursos humanos, quien aprovechó sus funciones para ordenar transferencias a su favor y de la empresa xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, aprovechando la dispersión de fondos, desde la cuenta de su empleador , siendo que el banco se atuvo al contenido de los disquetes, hoja de ruta, resumen de transacciones, cuenta originadora y valor total de la dispersión , en documento suscrito por el actor. Ninguna otra condición aparece pactada, en el sentido propuesto de que los abonos sólo podrían ser entregados a cuentas preinscritas o previamente autorizadas por el actor, lo cual conspira contra el sentido de automatización de los pagos buscado con el acuerdo de dispersión.

Como no emerge incumplimiento de obligación o condición alguna por parte del banco demandado, a la luz de los artículos 1602 y 1546 del C.C., no se avizora condición alguna para deducir la responsabilidad enrostrada al ente demandado; por el contrario, es el propio demandante quien está llamado a afrontar las consecuencias del actuar doloso de su dependiente, pues a voces de la jurisprudencia patria, “no puede separarse la culpa de la persona de la culpa del agente que comete un ilícito , cualquiera sea su posición en la empresa, tenga o no la representación”, y de otra parte, conforme al artículo 2347 del C.C., frente a la responsabilidad por el hecho del dependiente, el demandante no puede esgrimir el dolo de una de sus empleados para obtener una reparación de un tercero ajeno a la comisión de los hechos dañosos, quien acorde con su conducta comercial permitió a ciencia y paciencia que su empleada manejara las cuentas y sólo seis años después vino a percatarse de la defraudación que se hiciera al amparo de un acuerdo válido y que el banco de xxxxxxxxxxxxxxxx cumplió sin atenuantes.

Rad.014 2009 00010 01 Acta No. 090 (24-09-2018) M.P. Carlos Alberto Romero Sánchez.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. Contractual. Contrato de seguros. Perjuicios. Daño moral.

Extracto:

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX presentaron demanda en contra de la Fundación Autódromo de Occidente (FADO), XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, y de Royal & Sun Alliance Seguros de Colombia S.A., para que se declare que los demandados son solidariamente responsables por los perjuicios morales y daños materiales sufridos como consecuencia del fallecimiento del señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX ocurrido el día 27 de abril de 2014, cuando se encontraba observando una carrera de automóviles en el marco de la 2da válida de la copa MAC-SHELL de automovilismo deportivo organizado por la FADO, en la Central de Abastecimientos del Valle del Cauca S.A., CAVASA, ubicada en el Kilómetro 11 vía Cali-Candelaria, donde fue arrollado intempestivamente por uno de los vehículos que se encontraba participando en la carrera automovilística, conducido por el señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

El señor XXXXXXXXXXXXXXXX fue trasladado desde el lugar de los hechos hasta la Clínica Nuestra Señora del Rosario y debido a la gravedad de las lesiones fue remitido a la unidad de cuidados intensivos de la Fundación Valle del Lili donde fallece. El día del lamentable suceso se encontraba trabajando para la empresa DINSA S.A. como transportador de los periodistas del periódico El País.

Con ocasión del fallecimiento del señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX su compañera permanente ha sufrido perjuicio patrimonial pues dejó de percibir un ingreso económico el cual era generado con el salario del señor XXXXXXXXXXXXXXXX y en relación con su madre, hermanas, y compañera permanente han sufrido un menoscabo en sus bienes jurídicos de carácter inmaterial, que les ha producido una profunda aflicción, congoja y dolor psíquico antijurídico.

(...)

Atendido el dictamen pericial obrante en autos y la misma declaración rendida por el perito, de manera ostensible se tiene que las citadas garantías contentivas de obligaciones de hacer a cargo del ente asegurado no fueron cumplidas por la sociedad asegurada, y aunque no se requiere que tal incumplimiento tenga relación de causalidad con la realización del siniestro, en este asunto la inobservancia de las garantías descritas conllevó de manera eficiente a la producción del hecho dañoso por el que se pide indemnización.

Al efecto el juzgador concluyó, sin reparos de las partes, que la inobservancia de las obligaciones a cargo de la Fado como el organizador de la competencia, constituían conducta negligente e imprudente en cuanto que como lo corroboró el perito Fernando Tabora, aquella estaba obligada a garantizar la seguridad de los asistentes y de entrada el diseño de la pista donde se desarrolló la competencia no cumplía con los requisitos para realizar un evento de esa naturaleza en un sitio diferente a un autódromo, y entre otras, no había demarcación de las llamadas zonas de escape, amén que aquella en donde ocurrió el fatídico choque, a más de contar con presencia de espectadores, daba a la salida de un parqueadero y estaba aledaña una taquilla.

La garantía de colocación de muros de contención a lo largo de la zona de competencia, luce del todo ignorado por la tomadora del seguro, en cuanto del video obrante a folios se evidencia la ubicación sectorizada de vallas plásticas y metálicas, que no fueron suficientes para contener la gran afluencia de espectadores a quienes los testigos (XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX), señalan de “mal comportamiento”, quienes invadieron la ruta o zona de escape, lo cual a juicio del testigo hacía imposible que un piloto regresara desde allí a la pista. Refirieron los testigos XXXXXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX que aún bajo la conminación de suspensión de la carrera hecha por personal de la Policía Nacional, no hubo control suficiente por parte del personal dispuesto por el organizador (76 personas para controlar alrededor de 2000 asistentes), que a todas luces era insuficiente



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

para lograr que los espectadores estuviesen en zonas seguras y sin riesgo alguno, al punto que el video muestra la presencia de personas ubicadas sobre la vía en el momento en que se cumplía la competencia, en clara contravención de la garantía pactada con la aseguradora.

(...)

Tiene razón la aseguradora apelante cuando reclama el flagrante desconocimiento que hiciera el a quo del clausulado contenido en el contrato de seguro arrimado al proceso, cuando es precisamente este escenario y no otro, en donde deben ser objeto de análisis las estipulaciones contractuales y en especial, el cumplimiento de las garantías cuyo desconocimiento se alegara por la entidad demandada, dados los alcances que la omisión endilgada conlleva frente a lo pretendido con la demanda.

En efecto, como quedó advertido, en la póliza de seguro No 21644 expedida por Royal & Sun Alliance Colombia Seguros S.A., en favor de la Fundación Autódromo de Occidente, se especificaron unas garantías a cargo del asegurado, que se obligó a cumplir en vigencia de la póliza, so pena de que a la luz del artículo 1061 del Co de Co, el contrato de seguro terminara desde el mismo momento del incumplimiento.

De esta forma aparece claro que las garantías prometidas por el tomador, traducidas en las obligaciones de hacer indicadas en el numeral 4 de estas consideraciones, no fueron objeto de la debida observancia o cumplimiento por parte de la Fundación tomadora de la póliza, a cuya consecuencia, conforme a lo señalado en la ley comercial, se ha de reconocer la alegada terminación anticipada del contrato, de donde no surge frente a la aseguradora demandada obligación indemnizatoria con base en la póliza en mención.

En relación con la apelación del demandante, se advierte que se viene a reclamar la tasación de perjuicios morales “para las víctimas indirectas” (hermanos), “dado que omite directrices impartidas por el Consejo de Estado”, pasando a señalar los rangos en que según esa Corporación judicial correspondería el de los hermanos, con el agregado de que en este caso, el de cujus asumió la figura paterna ante sus hermanas y siendo el único varón, asumió su manutención hasta tanto ellas tuvieran la capacidad para su propio sostenimiento, con lo cual, desde ya aflora evidente la confusión del perjuicio extrapatrimonial reclamado con el material de lucro cesante.

Adicionalmente plantea las circunstancias de exposición pública y ante los medios de comunicación en que se difundió el luctuoso hecho, por ello pide “evaluar los criterios objetivos y subjetivos del caso para aumentar la tasación...en un estimado a 40 smmlv para cada hermana”.

En la demanda se pidió por concepto de perjuicio moral para cada una de las hermanas del difunto, la suma equivalente a 100 SMMLV, al paso que el a quo reconoció por tal concepto la suma de 20 SMMLV, de donde la controversia radica en la admisibilidad de su incremento a 40 SMMLV por las razones anotadas por el recurrente.

Tiene dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria (art 234 de la Constitución Política), que en tratándose de daños extrapatrimoniales, el juzgador debe hacer un estudio ponderado de su valor, acorde con las circunstancias de cada caso y la jurisprudencia sobre la materia, en aras de determinar en forma razonable, a su prudente arbitrio (*arbitrium iudicis*), una suma o prestación económica que compense la afectación que pudo haber sufrido la persona que reclama el resarcimiento, por el detrimento correspondiente.

Criterio jurisprudencial que descansa en la concepción jurídica del daño moral, que no tiene una valoración pecuniaria, en sentido estricto, pues al pertenecer a la siquis de cada persona es inviable de valorar al igual que una mercancía o bien de capital, justamente porque los sentimientos carecen de apreciación monetaria, frente a lo cual lo único que puede hacerse otorgar al afectado una prestación de valor económico, tan sólo para



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

compensarle el dolor –pasado , presente o futuro-, es decir, que pueda mitigarle en cierta medida el sufrimiento.

(...)

El Juez de primer grado se limitó a decir que también “hubo responsabilidad en la víctima puesto que él no debería estar allí, a él se le dijo, no se contradijo (sic) no se probó lo contrario que a él se le dijo que no permaneciera allí y sin embargo continuó allí...”

Al respecto nada exploró el juzgador acerca de la actividad o papel que la víctima desempeñó en el porcentaje deducido en la producción del daño.

De autos se sabe que la víctima se encontraba como espectador en la llamada zona de escape que no correspondía a tal definición o concepto como lo dejó sentado el perito; que esta zona no estaba clausurada para el tránsito de personas; no había impedimento ni prohibición cierta y concreta que alertara a las personas acerca de la naturaleza de esa área en relación con la competencia, al punto que allí convergían todo tipo de personas y parqueo de vehículos. Tampoco hay prueba de advertencia hecha de manera particular a la víctima y de su negativa a abandonar el lugar o de su permanencia obstinada. Era un espectador más.

Por lo expuesto, no avizora la Sala como es que el comportamiento pasivo y uniforme con los demás asistentes al espectáculo, se torne para la víctima en elemento de imprudencia que jamás fue objeto de reproche por los llamados a mantener despejada un área que solo los organizadores conocían como de escape con las consecuencias que ello conllevaba, de donde no puede derivarse entonces, que en este caso la víctima ha contribuido a provocar su deceso. Se revocará en lo pertinente la aludida reducción de responsabilidad, para señalar que la parte demandada (Fundación Autódromo de Occidente) habrá de soportar el 100% de las condenas impuestas.

Así las cosas, por las razones planteadas en esta instancia se impone revocar el fallo materia de apelación, para exonerar a la demandada Rotal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A., hoy fusionada con Seguros Generales Suramericana S.A., y precisar que la condena impuesta a la Fado es por el 100% de los rubros reconocidos en el fallo de primera instancia.

Rad.009 2016 00120 01 Acta No. 082 (28-08-2018) M.P. Carlos Alberto Romero Sánchez.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. Accidente de tránsito. Lesiones personales. Perjuicios materiales. Lo pretendido en este trámite procesal por el extremo demandante (lucro cesante, daño moral y daño en la vida de relación) no es objeto de amparo por la póliza dela aseguradora llamada en garantía.

Extracto:

De lo anterior, es claro para la Sala que lo pretendido en este trámite procesal por el extremo demandante (lucro cesante, daño moral y daño en la vida de relación) no es objeto de amparo por la póliza dela aseguradora llamada en garantía a quien no se le pueden atribuir la asunción de un riesgo que no fue incluido en el contrato de seguro, lo que significaría una trasgresión del atrás referido del principio de la autonomía de la libertad privada.

En ese orden de ideas, frente a este punto, la sentencia recurrida será confirmada.

Ahora, en lo que concierne a la base de liquidación del lucro cesante, la parte actora afinca su pretensión impugnatoria en que el Juez de primera instancia no tuvo en consideración las pruebas que acreditaban la vinculación laboral del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y el salario por el devengado para la época del insuceso.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

Tras la inspección del plenario, e ineficacia de la prueba recaudada como prueba de oficio por esta entidad, se observa que obra a folio 7 del cuaderno de pruebas de la parte demandante certificación del Banco de Bogotá en la que se indica que el señor xxxxxxxxxxxxxxxx laboró hasta el 18 de febrero de 2016, sin que se señalara fecha de inicio de tal relación laboral, ni tampoco el monto al que ascendía su remuneración.

De los testimonios recaudados tampoco se dilucida que el señor xxxxxxxxxxxxxxxx devengara la suma señalada en la demanda, sí se hace mención de que se encontraba empleado en la referida entidad financiera, pero ninguno de los testigos manifestó conocer o dar certeza que recibía el demandante.

No se inadvierte que en el interrogatorio de parte al señor xxxxxxxxxxxxxxxx, éste aseveró que la remuneración recibida en el Banco de Bogotá ascendía a \$1.300.000 pesos para el momento del insuceso, pero ello no puede tenerse como prueba eficiente del salario pues, de aceptarla así sería tanto como avalar que el demandante de sus meras manifestaciones fabrique su prueba, no puede aceptarse como confesión, pues ese tipo de probanza exige que lo confesado le resulte desfavorable a la parte que la exterioriza y favorable para su contraparte, lo que no ocurre aquí.

En tal virtud, no se observa que la liquidación que hizo el *a-quo* del lucro cesante al tomar como base el salario mínimo legal vigente comprenda el yerro denunciado por el apelante, de ahí que esta Sala confirmará tal punto.

Pasando a examinar los perjuicios causados a la señora xxxxxxxxxxxxxxxx, que fuesen objeto de indemnización, se hacen las siguientes precisiones.

Se reclamó para la señora xxxxxxxxxxxxxxxx indemnización por daño en la vida de relación, el cual no fue reconocido por el *a-quo* en la sentencia apelada.

Esta Corporación comparte el criterio plasmado en el fallo de primera instancia, pues no se avizora que la señora xxxxxxxxxxxxxxxx hubiese sufrido de deterioro en su calidad de vida o en la forma de relacionarse con el entorno a causa de las lesiones padecidas por su hijo, máxime cuando estas son de una tipología estética y funcional solo en un 10,75%.

En otras palabras, las lesiones del señor xxxxxxxxxxxxxxxx no son de tal entidad que traspasen la órbita de los perjuicios morales de su progenitora, de modo que para ella signifiquen la afectación que puede producirle acompañar la sanación de las heridas en su hijo, pero ello no implica para ella *“la pérdida de acciones que hacen más agradable la existencia (...), como las actividades placenteras, lúdicas, recreativas, deportivas, entre otras”* sino una mera aflicción.

Por otra parte, es objeto también de reproche del apelante que no se hayan reconocido a favor de la señora xxxxxxxxxxxxxxxx perjuicios materiales a título de lucro cesante, empero, esa pretensión no tiene vocación de prosperidad, toda vez que, al repararse íntegramente el lucro cesante del señor xxxxxxxxxxxxxxxx se estaría reparando al tiempo el desmedro económico que aduce haber sufrido la señora xxxxxxxxxxxxxxxx, pues de los ingresos de su hijo proviene el aporte económico que dice recibía de este, y liquidarlos de manera aislada significaría redoblar la indemnización del perjuicio, lo que por supuesto, no tiene ningún asidero jurídico.

Por último, cabe recordar que la tasación de los perjuicios extrapatrimoniales está sujeta al arbitrio del juez, quien dentro de una razonable valoración del caso en concreto determina a qué monto deben ascender los mismos.

Lo cierto es que para la Sala sí resulta desproporcionada la tasación del Juez de primera instancia de estos perjuicios (morales y fisiológicos), pues, la incapacidad por las lesiones sufridas con ocasión del accidente de tránsito se prolongó más de 100 días, las secuelas de carácter funcional disminuyeron la capacidad laboral del señor xxxxxxxxxxxxxxxx en un 10,75%, sin obviar las secuelas son de carácter estético, las cuales de acuerdo a las fotografías allegadas al plenario se muestran notoriamente, por lo que resulta adecuado aumentar a \$7.500.000 los perjuicios morales y en \$7.500.000 los fisiológicos.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

Así igual, los perjuicios morales reconocidos a la señora xxxxxxxxxxxxxx, quien como madre del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx acompañó su recuperación, viéndose afectada en su esfera emocional, no necesariamente atienden a la auténtica magnitud del daño moral padecido, por lo que fijan en \$4.000.000 de pesos.

Rado03 2012 00129 01 Acta No. 1034 (15-06-2016) Mag. Dr. Julián Alberto Villegas Perea

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Extracto:

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, presentaron demanda en contra de Nueva EPS S.A. y de la Fundación Valle del Lili, según se entiende del libelo, para que se declare a las mismas responsables y se les condene al pago de los perjuicios materiales y morales derivados de la negligencia en que incurrieron las demandadas por la atención inoportuna que brindaron al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx (esposo y padre de los demás demandantes), y que conllevó a la amputación de su miembro inferior derecho.

Precisaron que el referido paciente presentó aflojamiento aséptico de prótesis de rodilla derecha y complicación mecánica de prótesis articular, por lo que entre el 19 de noviembre y el 24 de diciembre de 2014, se le ordenó reemplazo articular de rodilla por especialista en ortopedia y personal adscrito a la Fundación Valle del Lili (FVL).

Indicaron que, pese a ello, el paciente pasó cuatro meses sin recibir atención adecuada y oportuna, por lo que perdió su miembro inferior derecho; precisaron que ello sucedió mientras esperaban que se adelantaran los trámites exigidos por la Nueva EPS, para programar la cirugía respectiva, la que no pudo hacerse por falta de pago de los gastos de la misma, lapso en que la salud del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx se vio seriamente afectada, presentando inflamación y fiebre alta e intermitente, no obstante lo cual no fue atendido ni por cita prioritaria ni por urgencias, razón por la que tuvo que asistir ante un médico particular.

(...)

No obstante, revisado el plenario, tal como encontró el juez de instancia, se establece que la parte interesada no cumplió con las exigentes cargas probatorias sobre sus hombros. En efecto, surge del historial médico del paciente, medio que resulta el más idóneo para establecer cuáles fueron las atenciones recibidas por el mismo, que aquel fue atendido en el 19 de noviembre de 2014 (Fl. 55-59), por el médico xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, y el 5 de diciembre (Fl. 85-86), en la Fundación Esensa (por el médico León Alberto Sardi Barona), oportunidades en las cuales se determinó la necesidad de que el paciente fuera valorado por una junta médica de reemplazos articulares por aflojamiento de prótesis para revisión de prótesis y aplicación de injertos.

Igualmente, se observa que producto de esta remisión entre los días 16 y 19 de diciembre de 2014, se hizo una junta médica en la Fundación Valle de Lili (Fl. 151), y el paciente fue atendido en dicha institución por el médico Alfredo Alonso Sánchez Vergel, quien estableció la necesidad de descartar infección (para lo cual solicitó los exámenes que consideró pertinentes –VSG Y PCR-); más adelante confirmó la presencia de la misma, determinando la procedencia de una cirugía de revisión de RTR derecha, en dos tiempos, cambio de prótesis y posible injerto (Fls. 150 y 150 vlto.)

Ahora bien, surge también de tales registros que en ninguna de las atenciones recibidas entre noviembre y diciembre de 2014, se estableció que la realización de la ordenada cirugía tuviera prioridad o fuera urgente o de emergencia; por el contrario, en la orden expedida por la Fundación Valle del Lili, se indica que la cirugía tenía el carácter de



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

´electiva´ en la escala de prioridad (Fl. 155), estratificación que se acompaña con la ausencia de registro de síntomas diferentes al dolor y a la deformación de la rodilla y de anotación sobre situaciones que tornaran alarmante el cuadro infeccioso, lo que sugiere que en el momento de la atención no se presentaban los mismos.

Lo anterior, impide entonces establecer que, como aduce la parte actora, se presenta una clara relación causal entre la falta de realización (inmediata) de la cirugía ordenada y el resultado desfavorable para el paciente, pues la historia clínica refleja que el procedimiento no fue considerado por los galenos que atendieron el caso como urgente, lo que impide determinar que la cirugía, aunque evidentemente necesaria, se consideró imperativa o vital para evitar que se llegara a la amputación del miembro inferior derecho del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

(...)

En sentido opuesto, emerge del expediente que se recepcionó el testimonio del médico que trató al paciente en la Fundación Valle del Lili, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien explicó que para cuando atendió al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, el mismo no estaba comprometido en su estado general (4:30), y para responder a la pregunta sobre el tiempo que se tenía para la realización de la cirugía, anotó que las infecciones alrededor de la rodilla son de curso largo y se llaman indolentes, son de baja virulencia y no son agresivas, por lo que generalmente el paciente no tiene fiebre ni compromiso de su estado general (7:22 y 9:25), de donde aseguró que las cirugías que se hacen (en dos tiempos), para atender estas infecciones no tienen carácter urgente y que no existe necesidad de hospitalizar al paciente o remitirlo a urgencias, puesto que no se presenta un compromiso sistémico (8:30), razón por la que consideró esta cirugía como de condición electiva, es decir, programada (1:05:10).

Añadió que el tiempo lo condiciona únicamente la incapacidad del paciente, por lo que existen algunos que incluso deciden no operarse, pues se trata de infecciones benignas que por regla general se quedan en la articulación, y no dan más síntomas que la molestia mecánica (10:42 y 1:04:15). Anotó, por esa vía, que se tiene mucho tiempo para realizar la operación y que este es suficiente para que pueda asegurarse que está autorizado todo el tratamiento (largo) que el caso implica.

En el mismo sentido, expuso que el lapso de dos meses transcurrido entre diciembre de 2014 y febrero de 2015, momento en que iniciaron las consultas por urgencias, según lo manifestado por los familiares del afectado, por el agravamiento del dolor y presentación de fiebre, no era determinante de la gravedad o agresividad de la bacteria o de la infección, y que el caso puntual le llamaba mucho la atención, pues la presentación del mismo no es usual, como tampoco que un paciente con infección periprotésica crónica (como la del paciente), tuviera que acudir a urgencias (13:11).

Insistió aduciendo que no es normal que un paciente como el que el vio en diciembre de 2014, presentara gangrena y que en quince años de ejercicio como cirujano de reemplazos articulares (únicamente), la presencia de pacientes amputados por infección periprotésica es terriblemente extraña y de muy baja frecuencia, siendo lo normal en la historia natural (sin intervención médica) de infección periprotésica crónica, que se presente dolor pero no algo tan dramático como lo que aquí sucedió (17:50, 30:40 y 42:30).

De otro lado, advirtió que un cuadro que indica hospitalización por problemas con la prótesis de rodilla muestra síntomas como compromiso general, fiebre y cambios inflamatorios agudos en rodilla (se encuentra roja, caliente, hinchada y muy dolorosa), lo que permite evidenciar ahí sí, la presencia de una infección aguda que requiere un tratamiento rápido (35:11), tal como sucedió cuando el paciente ingresó por urgencias a la Corporación Comfenalco (Clínica Rafael Uribe Uribe), momento en el que tenía un cuadro totalmente distinto de aquel que tenía cuando acudió a la fundación por consulta externa (38:00).



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

Y para explicar el punto, expuso que una infección aguda, esto es, la que aparece de un momento a otro es totalmente diferente de una infección crónica, esto es, de largo tiempo, pues los síntomas de esta última únicamente están asociados a la prótesis suelta (55:28 y 1:00:10); añadió que se trata de un diagnóstico difícil y que los médicos de Esensa no la vieron, porque encontraron al paciente en las mismas condiciones, esto es, sin signos de infección “como la conoce la gente”, es decir fiebre, mal estado y enrojecimiento de la rodilla (57:50).

Finalmente, concluyó que pudieron existir otras causas que influyeron en la presentación de una infección aguda en el paciente, por ejemplo, por haberse inoculado la misma con otros procedimientos médicos, lo que podría explicar el comportamiento tan inusual de este caso (21:30, 28:20, 30:40 y 1:02:20).

Surge entonces que, el testigo no solo no dio cuenta alguna de que existieran condiciones para establecer que la cirugía del paciente era de carácter urgente, sino que además evidenció que la presencia de infección (crónica) no condicionaba el tiempo de la realización de la operación, siendo un evento “terriblemente extraño” que el cuadro infeccioso inicial hubiese podido llevar a la presencia de gangrena y posterior amputación, por lo que, a su juicio, debieron existir otras causas que dieron lugar a la misma previa la presentación de una infección aguda.

(...)

A ello se añade que aunque el médico compareció en calidad de testigo y no de perito, es evidente que el mismo y no discuta, y por su idoneidad académica, acreditada con las certificaciones de estudios obrantes en el plenario (Fls. 179 y 184), de donde huelga colegir que su concepto no puede resultar irrelevante para el caso y que precisamente en razón a la inexistencia de otro concepto en el plenario (referida por el apelante), es que cobra mayor vigor su declaración de responsabilidad que como se ha venido señalando es a quien corresponde aportarla.

Y aunque no fuera suficiente lo anterior, impera referir que aunque en virtud de la sospecha que recae sobre el testigo, se prescindiera de su declaración, ello no aportaría en nada a la procedencia de las pretensiones invocadas, pues lo cierto es que el régimen aplicable al caso, impone al demandante probar eficientemente los presupuestos de la responsabilidad civil, de donde lo que se requiere es la existencia de pruebas que identifiquen la culpa y el nexo causal, no la inexistencia de pruebas que los pongan en duda, como sucedería al excluir el testimonio antes analizado, quedando el proceso en la misma orfandad probatoria reprochada.

Lo anterior, evidencia que contrario a lo que se alega en alzada, en la decisión de instancia no se incurrió en inequidad o parcialización en el análisis probatorio, siendo claro que no se allegó prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil, pues pese a lo que reiteradamente aduce el apelante, no logró probarse la existencia de culpa en la atención médica y mucho menos de la causalidad existente entre la endilgada tardanza en la realización de la cirugía ordenada y el daño sufrido. Por supuesto, no es posible colegir que se ofrece un trato inadecuado o inequitativo a una parte cuando se le exige cumplir con la carga probatoria bajo sus hombros, la cual en este caso, evidentemente correspondía al extremo actor (artículo 167 del C. G del P.)

Tampoco puede decirse que la decisión resultó equivocada por haberse atendido la aludida declaración testimonial, pues como viene de verse, era posible y pertinente acudir a lo manifestado por el mismo, sin que resulten atendibles los cuestionamientos del recurrente en cuanto a la idoneidad y valor probatorio, evidenciándose, en todo caso, que aunque se prescindiera de la prueba, ello no cambiaría las conclusiones expuestas.

En este punto, impera añadir que para que estuviera justificada la negativa del juez de instancia, no era necesario que se probara que fueron otros hechos (distintos a la tardanza en la práctica de la cirugía ordenada), como la atención médica particular a la que sometió al paciente en el lapso entre diciembre de 2014 y febrero de 2015, y los sueros recetados al



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

paciente, los que tuvieron incidencia causal en el daño, tal como se aduce en los reparos propuestos por la parte recurrente, pues se insiste, lo que conlleva a denegar las pretensiones de la demanda, es la ausencia de prueba que demuestre la incidencia de la demora, la cual, insiste, correspondía a la parte demandante. Ahora bien, aunque el apelante indica que existe prueba de que esas situaciones no fueron la causa del agravamiento del paciente y de que el paciente no tenía bacterias cuando ingresó a la Corporación Comfenalco (Clínica Rafael Uribe Uribe), lo cierto es que revisado el plenario no aflora la presencia de probanzas de semejante magnitud, sin que puedan colegirse de la buena intención que hubiesen tenido los familiares, y mucho menos ante la contradicción con el cuadro que tenía el paciente cuando ingresó por urgencias a dicha clínica (Fl.19).

Ahora bien, para hacer referencia a los demás reparos presentados por la parte actora, cumple agregar que tampoco emerge que se hubiera presentado una lectura inadecuada de la prueba testimonial recaudada a petición de la parte actora, cuyo análisis parcializado también se alega en la alzada, y mucho menos que con fundamento en ella sea posible reconocer la existencia de la responsabilidad endilgada.

En efecto, las testigos Gloria Zuluaga y Marlyn Zuluaga, fueron, insistentes en la mala atención que ha recibido el señor xxxxxxxxxxxxxxxx, a la cual se refirieron durante toda su declaración, y evidenciaron los pormenores del estado de salud del afectado e incluso su agravamiento y el supuesto carácter urgente de la operación aducido por el médico tratante, junto con la supuesta instrucción impartida por el galeno de FVL, en torno a que esta entidad se encargaría de tramitar la autorización respectiva.

Sin embargo, no ofrecieron información que permitiera establecer la causalidad existente entre las fallas aducidas (como la demora en la autorización del servicio y la demora en la atención adecuada en las distintas IPS), y el desenlace aducido como daño, cuestión que resulta explicable, ante la ausencia de competencias técnicas en el campo, pues como viene de señalarse corresponde más al resorte de una prueba técnica que permite asegurar con certeza que el cuadro infeccioso del paciente se agravó en razón a la falta de realización de la cirugía respectiva, y que por ese hecho se convirtió de una infección crónica a una infección aguda, o que al menos eso fue lo que pudo haber sucedido, con un grado razonable de certeza. En sentido opuesto, la testigo Marlyn Zuluaga, acotó que al señor xxxxxxxxxxxxxxxx, le dijeron que la gangrena fue asintomática y que el resistió muchísimo, pues ya la tenía muy avanzada.

Cumple añadir que, a diferencia de lo ocurrido con el galeno declarante, estas testigos – sobre quienes también recaen situaciones de sospecha por su familiaridad con el paciente y los demandantes, por lo que su dicho también debe evaluarse con mayor rigurosidad- no fueron coherentes en su narración, pues además de que son contradictorias entre ellas, la señora Gloria Zuluaga hizo alusión indiscriminada a las fechas pertinentes para el caso, aduciendo en algunas oportunidades que el paciente fue atendido en FVL, en febrero de 2015 (21:10, 22:00), y en otras que esa atención se recibió noviembre o en diciembre de 2014 (17:10 y 41:20), evidenciando que no cuenta con claridad sobre el punto.

Adujo también que en la FVL el médico no señaló la existencia de un proceso infeccioso y no ordenó exámenes para descartarlo, basándose únicamente en la radiografía llevada por el paciente (1:00:35), afirmación que lejos de encontrar apoyo en el expediente, resulta rotundamente contradictoria con lo señalado en la respectiva historia clínica.

Aunado a ello la testigo Marlyn Zuluaga, hizo referencia a que el paciente fue atendido en la FVL, por el Dr. xxxxxxxxxxxx, quien les indicó con claridad que la cirugía era urgente y les dijo que no debían tramitar por su cuenta la autorización respectiva (1:05:30 y 1:35:00), cuando es claro, según la historia clínica (Fl.89), y la negativa de la fundación frente a la vinculación de dicho galeno, que dicho médico atendió al paciente en la Fundación xxxxxxxxxxxx.

Estas circunstancias, sumadas al hecho de que ambas testigos adujeron que no asistieron a todas las citas médicas que tuvo el paciente, impide tener claridad respecto de cuál fue el



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

médico y el momento en que supuestamente se les indicó que la cirugía era de carácter urgente, y se les dio la información en torno a la tramitación de las respectivas órdenes médicas, pues bien podría ser que ello, de haber sucedido, se presentó en la Fundación xxxxxxxxxx y no en la Fundación Valle del Lili, duda que disminuye el valor probatorio de estos testimonios, y que impide establecer conclusiones precisas en torno a la conducta aquí en cuestionamiento. Ahora bien, aunque se asumiera que los testigos hacen referencia puntual a la atención recibida en xxxxxxxxxx, para evidenciar que desde ese entonces se había determinado lo urgente de la cirugía, este es aspecto que no cuenta con respaldo en la historia clínica, en la cual, como ya se evidenció, no se indicó nada al respecto ni tampoco se evidenciaron situaciones atinentes al compromiso en el estado de salud del paciente; adicionalmente, este hecho no resultaría contundente frente a la culpa del galeno adscrito a la FVL, respecto de quien debía probarse su actuar contrario a la *lex artis*, lo que no se hizo.

En todo caso, conforme ya se precisó antes, las alegaciones frente a la urgencia de la cirugía no resultan suficientes, por sí solas, para estructurar el nexo de causalidad, y como se expondrá a espacio, más adelante, tampoco logran tal objetivo, aquellas manifestaciones relativas a la negligencia administrativa en la tramitación de las órdenes médicas respectivas, siendo estas irrelevantes para el efecto.

No se trata entonces, de destacar únicamente las conclusiones desfavorables a los demandantes, como aduce el apelante, sino de evidenciar que pese a las afirmaciones que contribuyen a la demanda (como aquellas atinentes a la reprochable atención médica), las pruebas no gozan de pleno valor y se quedan cortas frente a los presupuestos que deben acreditarse en este tipo de procesos, por cuya naturaleza, se insiste, la importancia recae fundamentalmente en la relación causal.

En torno a las alegaciones referidas a la existencia de una negligencia administrativa por la indebida tramitación de la autorización de la orden de cirugía, emerge que, de un lado, no aparece debidamente probada la falencia endilgada, y de otro, que son idénticas las conclusiones respecto del nexo de causalidad.

Pues bien, el debate probatorio y la apelación, estuvieron direccionadas a demostrar que la FVL asumió la obligación de tramitar la orden respectiva ante la Nueva EPS, y que no lo hizo o lo hizo tardíamente, y que a su turno, esta última no procedió con la expedición de la autorización en la forma expedita que correspondía.

No obstante, con respecto a este punto, las pruebas no resultaron concluyentes, pues los testigos Gloria Zuluaga y Marlyn Zuluaga, refirieron que acompañaron al paciente y que se les indicó, al paso que el médico que prestó la atención insistió a lo largo de su declaración, en que entregó las órdenes respectivas para su tramitación por parte del paciente. Para rematar, en la historia clínica se menciona únicamente que el galeno solicitó autorización para el procedimiento (Fl. 150), sin que pueda establecerse si se refería al adelantamiento del trámite o a la expedición de la orden médica; y obra en el plenario respuesta ofrecida al abogado actor, en la que xxxxxxxxxx EPS informa que “para cirugías de reemplazo articular, Nueva EPS ha establecido relaciones contractuales con IPS definidas, a fin de establecer una red de prestadores de acuerdo a las necesidades de nuestros afiliados, por lo cual, el proceso de radicación y autorización para ese servicio se ha definido interno entre las partes para evitar trámites administrativos a los usuarios (...). Realizada la trazabilidad al caso del afiliado (...), xxxxxxxxxx EPS generó autorización para el servicio de junta de reemplazos en la Fundación Valle de Lili, entidad responsable del proceso de atención, y que, según registros de consulta en historia clínica, [generó] (...) orden de “revisión de RTR” a xxxxxxxxxx, la cual es recibida en xxxxxxxxxx el 26 de febrero de 2015 (...)”.

Finalmente, el Director de Acceso a Servicios de Salud de la xxxxxxxxxx, en su declaración como testigo insistió en que no existía solicitud de autorización de servicios entre diciembre de 2014 y marzo de 2015 (20:00), y aseguró que solo los servicios de



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

hospitalización y urgencias se pueden tramitar por conducto del centro médico y no a través del paciente (16:12 y 18:15)

Como puede verse, las pruebas no aclaran la realidad acontecida en relación con la entrega de las órdenes médicas y la persona en cabeza de quien se encontraba la obligación de tramitar su autorización, cuestión que impide determinar con certeza a quien resultaban atribuibles estas gestiones, y por ende establecer sobre quien recae la negligencia frente al punto.

Adicionalmente, como ya se anticipó, se advierte que detenerse a establecer el punto, no resulta pertinente para la resolución del caso, pues aunque se tuviera por cierto que el trámite debía llevarse a cabo internamente por tratarse de un reemplazo de rodilla (según lo aducido en la respuesta de la xxxxxxxxxxxxxxxx), ello apenas daría cuenta de una falencia atribuible a la fundación demandada y hasta evidenciaría una mora en la actuación de la misma. Lo propio emergería de aceptarse que el médico tratante no entregó las órdenes al demandante, con base en el presupuesto expedido por la clínica, y que fue por la falta de pago de dicha cotización que la cirugía no fue realizada oportunamente (aunque estos hechos realmente no cuentan con el debido soporte probatorio).

Sin embargo, se insiste, evidentemente esa sola circunstancia no tiene capacidad para demostrar, a su vez, que la demora o negligencia condicionaron al demandante a padecer la gangrena que llevó a la amputación de su pierna, de donde nuevamente se colige que la prueba del nexo causal brilla por su ausencia. En efecto, como ya se explicó a espacio, era necesario que se acreditara que la demora influyó de forma real y contundente en el desenlace final, máxime en este escenario (mora administrativa), pues aunque evidentemente, en un análisis no retrospectivo, el tiempo transcurrido entre la orden de cirugía y el agravamiento del actor (2 meses) resultó insuficiente para impedir que este perdiera su pierna, lo que resulta lamentable, lo cierto es que ante la prioridad (electiva) asignada a la misma, ese lapso aparece como razonable.

Por ese camino, idénticas precisiones caben frente a debates sobre si el paciente asistió solo o acompañado a las citas médicas en la FVL y si era obligación del galeno informar a los familiares del mismo, aun cuando este goza de capacidad legal, pues aunque relacionados con el punto atinente a la obligación de tramitar las órdenes médicas respectivas, no resultan pertinentes a efectos de establecer la incidencia de la demora en el agravamiento del estado de salud del paciente y la gangrena que finalmente determinó la amputación de su pierna.

En resumen, aunque hubiese quedado acreditado que efectivamente recaía sobre FVL la obligación de efectuar el trámite o informar a los familiares del paciente sobre ello, únicamente quedaría establecido con ella que dicha entidad actuó en forma indebida, pues resulta evidentemente reprochable la demora (por la afectación del derecho a la salud), pero ese solo hecho no basta para establecer que entre esa negligencia y el hecho final existe una correlación causal como aquella exigible en estos casos, de donde para efectos de la revocatoria del fallo de instancia, las alegaciones relacionadas con las falencias en el trámite administrativo, por sí solas no resultan relevantes.

Por último, cumple señalar que tampoco puede convenirse en la inequidad alegada en alzada, derivada de que no fuera atendida la situación surgida frente al dictamen pericial que la parte actora intentó recaudar con el Instituto de Medicina Legal, pues como se advirtió al desatar la apelación propuesta contra el auto que resolvió prescindir de la práctica de esa prueba para continuar con la etapa subsiguiente del trámite, lo cierto es que la parte actora no fue diligente con el recaudo de la misma, tal vez orientada por costumbres propias del régimen procesal escrito, debiendo entonces atenerse a los resultados de su conducta, pues a riesgo de fatigar, era de su resorte exclusivo, como solicitante de la declaración de responsabilidad, el recaudo de aquellos medios de prueba destinados a constatar la culpa y el nexo causal.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

Así las cosas, por las razones planteadas en esta instancia se impone confirmar el fallo materia de apelación, dada la ausencia de prueba de los presupuestos que permiten establecer la existencia de la responsabilidad médica endilgada en la demanda.

Rad. 008 2016 00204 01 Acta No. 091 (25-09-2018) M.P. Carlos Alberto Romero Sánchez.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. La causa de la severa complicación sufrida por el señor xxxxxxxx, no fue la colación del yeso el pasado 14 de junio de 2006, sino que más bien, se trató de un proceso bacteriano de difícil diagnóstico inicial, que pudo perfectamente haber estado latente desde la primera consulta, o haber evolucionado en las escasas horas que transcurrieron entre la segunda y tercera reconsulta del paciente. No hay prueba alguna que demuestre que los galenos hayan incumplido con su deber.

Extractos:

El señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, se encuentra afiliado en calidad de cotizante pensionado a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR “XXXXXXXXXXXXXXXXXX” desde el 08 de febrero de 2008.

El 13 de junio de 2006, estando al servicio de vigilancia del Colegio xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en horario nocturno, se resbaló bajando las gradas de esa Institución, doblándose el pie derecho, por lo que tuvo que acudir a su EPS.

Ingresó a la EPS XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, el 14 de junio de 2006 a las 7:56 am, entrando por atención prioritaria por presentar dolor en miembro inferior derecho, siendo atendido por el Dr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien le diagnosticó “...RX Muestra fractura del cuboides, se maneja con yeso. Llama la atención paciente ansioso. Hiperventilado. Nauseas...”.

Que el 15 de junio de 2006, el señor xxxxxxxxxxxxx reingresa nuevamente a la EPS xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, por presentar dolor severo y continuo en su pierna derecha, sintiendo la bota del yeso apretado, el médico de turno, “...Procedió a la apertura del yeso y lo cerró con venda y absurdamente fue devuelto para su casa...”.

Que el 16 de junio a las 4:13 pm, regresa a su EPS, siendo atendido por el Dr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien deja constancia que: “...el paciente ingresa álgido y sudoroso con marcada tumefacción dolorosa en miembro derecho, pie equimótico derecho con lesiones flictenares hemorragias en pie. Agrega que actualmente el paciente presenta “edema importante de la extremidad desde la parte proximal (muslo) hasta el pie...” Más adelante el galeno refiere que: “...Revisado la RX de inicial no se observó fracturas. El mecanismo del trauma fue de baja energía. No fue trauma por aplastamiento y el paciente ha venido presentado edema progresivo de la extremidad con actual sospecha de SD COMPARTIMENTAL. Considero que se debe descartar origen infeccioso (Germen agresivo por la evolución que tiene el paciente. En el momento no hay crepitación o evidencia clínica de gas subcutáneo para pensar la gangrena gaseosa. La principal urgencia en el momento es sospecha de SD COMPARTIMENTAL por lo que se remite urgente a nivel 3 para fasciotomía y manejo interdisciplinario...”

El 16 de junio de 2006, a las 7:58 pm, el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, por remisión de la EPS xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, ingresa a la Fundación xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, donde le es practicada “...Amputación Supracondilea Miembro Derecho...”.

Asegura la parte demandante que tal daño (Amputación de miembro derecho) se generó por un error en el diagnóstico, pues, en su EPS, le fue diagnosticado “Fractura de cuboides” que en realidad no presentaba, sin que se confirmara con certeza el “Síndrome compartimental y consecuentemente practicarle de inmediato un tratamiento de



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

emergencia como es el procedimiento de fasciotomía...”, lo que –dice- hubiese prevenido las serias complicaciones que se le presentaron al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

La demandada xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, a través de su apoderado judicial, dio contestación a la demanda pronunciándose sobre cada uno de los hechos y oponiéndose frontalmente a todas las pretensiones, argumentando que hay inexistencia de responsabilidad civil contractual por parte de su representada, quien ha cumplido con todo rigor el contrato POS con su afiliado (Aquí demandante), brindándole al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, todo el servicio médico que ha requerido.

(...)

Mediante Sentencia del 30 de junio de 2017, el *A-quo* adujo que la responsabilidad civil del médico y de cualquier agente de salud, sea cual sea su origen, si contractual o extracontractual, solo puede deducirse a través de la culpa probada, toda vez que en línea de principio, aquellos galenos hacen todo lo posible para mitigar el padecimiento del paciente, sin que por regla general pueda garantizar que tal cometido se materialice.

En este sentido, que en el presente asunto, y conforme a las pruebas recaudadas, esto es, la historia clínica y los testimonios rendidos por los Doctores xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, ortopedista e infectólogo de la Fundación xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, respectivamente, se podía advertir que la causa de la severa complicación sufrida por el señor xxxxxxxxxxxxxxxx, no fue la colación del yeso el pasado 14 de junio de 2006, sino que más bien, se trató de un proceso bacteriano de difícil diagnóstico inicial, que pudo perfectamente haber estado latente desde la primera consulta, o haber evolucionado en las escasas horas que transcurrieron entre la segunda y tercera reconsulta del paciente, lo que para el *A-quo* equivale a decir que tampoco está demostrada la falla diagnóstica alegada en la demanda.

Así mismo indicó que en este asunto, tampoco se probó que los galenos tratantes adscritos a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx EPS, hubieran desatendido la *Lex artis ad hoc*, esto es, que hubieran dejado de lado algún protocolo que hubiera permitido la detención temprana del grave proceso infeccioso que aquejaba al señor xxxxxxxxxxxxxxxx. De igual manera, expuso, que tampoco existe conducta reprochable de la Fundación xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en tanto se demostró que los esfuerzos de su cuerpo médico permitieron al demandante seguir con vida, a pesar de la sepsis generalizada y las fallas sistémicas que pusieron en riesgo su supervivencia.

En este sentido, el *A-quo* niega la totalidad de las pretensiones.

(...)

Siendo así las cosas, es claro que no fue la fractura de cuboides, la generadora de la amputación de la pierna derecha del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, y que la misma se generó, como bien lo expuso el *A-quo*, por una evolución rápida de un *Streptococcus pyogenes*, bacteria que de acuerdo a literatura médica obrante en el expediente, se adquiere en el 80% de los casos en la comunidad y el 20% en los hospitales. En el presente asunto, no se allegó ninguna prueba que acreditara que dicha bacteria la contrajo el señor xxxxxxxxxxxxxxxx en las instalaciones de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, o que surgió a causa del tratamiento que en principio se le dio por la “Fractura de Cuboides”. Fractura que si bien no fue observada por el médico que lo atendió el 16 de junio de 2006 (Dr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx), lo cierto es que tampoco fue descartada por los otros galenos que atendieron al señor xxxxxxxxxxxxxxxx.

Es más, dicha fractura, ante la progresividad del mal estado clínico del paciente, pasó a segundo plano, así lo expuso el Dr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien lo atendió en la Fundación xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, adujo que: “...*En el contexto clínico que atendí al paciente, la presencia o no de la fractura es irrelevante, la prioridad era salvar su vida...*”.

Bajo este contexto, es claro que más allá de las afirmaciones realizadas por la parte demandante (ahora apelante), no hay prueba alguna que demuestre que los galenos de la EPS xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx hayan incumplido con su deber, menos aun cuando desde su



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

primera consulta del señor xxxxxxxxxxxx, sólo pasaron 3 días, en los cuales progresó su condición clínica, para ser atendido por médicos especialistas y finalmente ser remitido a una clínica nivel III, como lo es la Fundación xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en donde además le fue prestado los servicios médicos que requirió para salvaguardar su vida, ante la alta mortalidad que produce la bacteria que lo atacó.

Corolario de todo lo dicho, no encuentra la Sala probada fehacientemente la culpa galénica en este asunto, o un error de diagnóstico que produjere el daño, cuya indemnización aquí reclama el actor. Recuérdese que corresponde a cada parte probar los supuestos de hecho en que se fundamenta para obtener la consecuencia jurídica que persigue, así pues, era cara del actor acreditar tanto el daño como el nexo causal, lo cual no puede procurarse únicamente valiéndose de sus propios dichos, pues nuestra legislación procesal prevé diversos medios probatorios para alcanzar el fin perseguido a través de procesos como este, sin que pueda el interesado pretender valerse de unas disquisiciones sin ningún apoyo científico.

En consecuencia de todo lo elucubrado, y siendo este el resultado del devenir probatorio, la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

Rad. 03 008 2012 00409 01 (27-07-2018) M.P. Dr. Hernando Rodríguez Mesa.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. Indebida valoración de la prueba. Carga de la prueba.

Extracto:

Declaratoria de responsabilidad civil a la CLINICA FARALLONES S.A., a raíz de la violación a los deberes de seguridad y cuidado, reflejados en la aparatosa caída desde una camilla del señor XXXXXXXX, cuando se encontraba esperando, canalizado y en proceso de sedación para una cirugía que le fue programada para la extirpación de un quiste trigloso en el lado izquierdo del cuello; lo que le causo un trauma en el tabique nasal al demandante, en consecuencia, aspira al resarcimiento del perjuicio moral, físico y fisiológico que padeció, tasados los tres en, 150 SMLMV.

(...)

Por su parte, la CLINICA FARALLONES S.A. argumenta atenerse a lo demostrado en el proceso, asimismo señala que las historias clínicas desde 1998 a 2004 se han extraviado y que entre ellas se encontraba la del actor; plantea la obligación del demandante de probar los elementos de la responsabilidad.

(...)

El a quo, negó pretensiones de la demanda en tanto no probó el accionante el hecho dañoso y el nexo causal; no hubo prueba en el expediente que demuestre el demandante haya estado en la clínica ni el descuido o negligencia ante el deber de cuidado del personal hospitalario.

(...)

Se sustenta el recurso de apelación por parte del demandante XXXXXXXX, asegurando la indebida valoración de la prueba, en lo atinente a la historia clínica, recibos de pago, ordenes de servicio que permiten concluir que al demandante se le practicó la cirugía mencionada y por tanto estuvo en las instalaciones de la clínica; por otra parte, se argumenta que el a quo no valoró la diligencia de interrogatorio de parte, en el sentido en que se comprometió a aducir los protocolos de seguridad establecidos en el centro hospitalario y finalmente no los aportó, incumpliendo un deber procesal; finalmente que no se consideró el hecho de haberse solicitado la historia clínica y post quirúrgica y no allegarse al expediente, por lo que debió invertirse la carga de la prueba para obligar a la



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

clínica a probar los protocolos de seguridad y que actuó conforme a ellos. Decide el a quo negar las pretensiones, por no obrar en el expediente prueba que determine la presencia del actor en el lugar donde afirma sucedió el accidente, ni alguna que determine el nexo causal.

(...)

Delimita la Sala el problema jurídico a determinar si en el caso obra el material probatorio suficiente para establecer los hechos constitutivos de la responsabilidad civil del demandado; por otra parte, si hay lugar a invertir la carga de la prueba para trasladar dicha prueba al demandado, tal como lo plantea el apelante.

(...)

La sala determina que, dentro de los parámetros de sentido común y la lógica, los procedimientos quirúrgicos son programados en una fecha cierta que en el presente caso no se determinó en el expediente, asimismo que por lo general existe constancia documental de esta programación y que la misma no depende del archivo extraviado en la clínica, y no se allegó el mencionado documento.

(...)

Por otra parte, la sala estima que la discusión jurídica no debía girar en torno a que el actor haya estado o no el día incierto de la operación, sino en determinar con plenitud de convicción que el servicio de enfermería descuido de manera injustificada al accionante, así como que producto del descuido sucedió el accidente de la caída generando como consecuencia el trauma nasal.

(...)

Frente al tema de la carga de la prueba, la sala manifiesta que en términos generales siempre estará en cabeza del extremo litigioso que busque obtener un determinado reconocimiento jurídico; que excepcionalmente, la carga dinámica de la prueba faculta al juez para que antes de emitir su fallo, determine la necesidad de ordenar el recaudo probatorio a la parte que le resulte más asequible, siempre ante una situación de debilidad, imposibilidad, desigualdad o alguna similar que concluya el juez, gracias a la disposición legal del código general del proceso en su artículo 167.

(...)

Finalmente, decide la sala que esta prerrogativa (carga dinámica de la prueba) no tendría cabida en el caso presente por dos aspectos fundamentales: a) el enfoque errado desde el punto de vista probatorio que asumió el demandante y b) el caso como tal, no reviste de complejidad para demostrar el descuido o falta al deber de cuidado por parte del servicio de la clínica, pues de un lado, bien pudo solicitar en periodo probatorio, los protocolos de seguridad, amén de gestionar el recaudo de la prueba testimonial, entre otros, de la enfermera que lo atendió.

(...)

RESUELVE: confirmar íntegramente la sentencia No. 238 del 1 de diciembre de 2017, proferida por el juzgado dieciocho civil del circuito de oralidad de Cali, a raíz de las razones señaladas en precedencia.

Rad. 014-2011-00383-01. (13-12-2018) M.P. Hernando Rodríguez Mesa.



SALA DE FAMILIA

CONFLICTO DE COMPETENCIA. Petición de herencia. Fuero de atracción.

Extracto:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 del Código General del Proceso está Magistratura es competente para resolver el presente conflicto de competencia, como quiera que involucra a dos juzgados de la misma especialidad de un distrito judicial, esto es, los juzgados Sexto y Doce de Familia de Oralidad de Cali.

En el presente caso, se trata de establecer a cuál de las autoridades judiciales comprometidas en la colisión de competencia, le corresponde tramitar el proceso de **PETICION DE HERENCIA** propuesto por los actores, si al despacho donde le correspondió por reparto el conocimiento de dicho asunto o al Juzgado en el que se tramitó el proceso de sucesión de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

En aras de abordar el conflicto de competencia que nos atañe, debe precisarse que, la selección del juez a quien le corresponde asumir el conocimiento de determinado proceso, surge por regla general en aplicación de los factores para determinarla, lo anterior, en atención a que nuestro sistema procesal opera el principio de legalidad del juez competente.

Precítese que para que opere la conexión en su modalidad de fuero de atracción, la cual se da de manera excepcional, se hace igualmente necesaria consagración legal expresa; lo contrario conlleva a que se sigan las reglas generales de competencia.

Rad.0006 2018 005 3701 (22-01-2019) Dr. Franklin Torres Cabrera

CONFLICTO DE COMPETENCIA. Proceso ejecutivo de mayor cuantía. Partición de liquidación de sociedad conyugal.

Extracto:

“Sea lo primero indicar que la sentencia 0042 del 30 de abril de 2015, proferida por el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Descongestión de Cali, resolvió en su numeral tercero aprobar en todas y cada una de sus partes el trabajo de la partición y adjudicación de los bienes inventariados y que conformaban el haber de la sociedad conyugal constituida por el hecho del matrimonio entre los señores Martha... y Alfredo ..., por lo que debe entenderse, como es apenas obvio, que el trabajo de partición hace parte de la sentencia que lo aprueba, por lo que no puede aludirse, como lo hace el Juez 13 de Familia del Circuito de Cali, que en la mencionada providencia solo se aprobó el trabajo de partición sin que se impusiera obligación alguna las cuales, anota la Sala, son propias del mencionado trabajo

Ahora como lo pretendido por la demandante es con base en la sentencia que aprobó el trabajo de partición, peticiones estas que atañen a esa decisión, se tiene que las pretensiones tiene una íntima relación con la sociedad conyugal que formó la demandante con el demandado y, por lo tanto, tienen que ver y hacen parte del régimen económico del matrimonio, por lo que se concluye, sin duda alguna, que dichas solicitudes de la demanda son de competencia de los jueces de Familia.

Y es que, no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna que señale que la ejecución de una sentencia proferida por un Juez de Familia corresponda a los



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 03 2019

Jueces Civiles; muy por el contrario, y como lo alude el Juzgado 18 Civil del Circuito de Cali, el Código General del Proceso en su artículo 306, es claro al indicar que las ejecuciones de sentencias judiciales deben adelantarse ante el mismo Juez que las profirió

De acuerdo a los anteriores lineamientos, es al Juez Trece de Familia del Circuito de Cali a quien compete el conocimiento de este proceso.”

Rad. 013 2018 00393 01 (17 01 2019) acta 002. Dr. Oscar Fabián Combariza Camargo

LIQUIDACIÓN SOCIEDAD PATRIMONIAL SUSPENSIÓN DEL PROCESO.
Unión marital de hecho.

Extracto:

Mediante sentencia 708 del 10 de diciembre de 2002 el Juzgado Cuarto de Familia de Oralidad de Cali, declaró la existencia de la unión marital de hecho entre xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx entre el día 31 de diciembre de 1990 hasta el 4 de julio del año 2000. De igual forma ordena disolver y liquidar la sociedad patrimonial comprendida entre el 31 de diciembre de 1990 hasta el día 4 de julio de 2000.

Una vez presentados los inventarios y avalúos por las partes con sus respectivas objeciones y recursos, el Juzgado Catorce de Familia de Oralidad de Cali en audiencia Nro 71, profiere el auto Nro 953 del 29 de noviembre de 2017 mediante el cual se aprueban los inventarios y avíos de la sociedad patrimonial conformada por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx. Luego mediante auto Nro 954 de la misma fecha, decreta la partición y designa el auxiliar para lo pertinente, concediéndole un término de 5 días para presentar el resultado de su labor.

Inconforme con la inclusión en los inventarios y avalúos del bien con matrícula inmobiliaria No. 370-98820, aduciendo no ser un bien social, el 29 de noviembre de 2017 la apoderada de la parte demandada , manifiesta que el 3 de junio de 2015 presentó denuncia penal contra la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx por los delitos de fraude procesal y falso testimonio. Con fundamento en ello y al tenor del artículo 161 del CGP, numeral primero pide la suspensión del proceso hasta que se profiera sentencia penal.

Mediante auto del 31 de enero de 2018 el Juzgado Catorce de Familia de Oralidad de Cali indica que el trámite ceñido frente al proceso de referencia se encuentra consagrado en el artículo 516 del CGP, advirtiendo que únicamente es factible la suspensión cuando susciten controversias sucesorales – derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios y controversias sobre la propiedad de objetos en relación al proceso de partición. Resuelve negar la petitoria de la suspensión al no encontrarse las razones de facto.

El 6 de febrero de 2018, inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandada interpone recurso de reposición en subsidio de apelación contra el auto del 31 de enero de 2018 reiterando la denuncia por él presentada, aduciendo fraude procesal en contra de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx se encuadra dentro de lo estipulado en el artículo 161 del CGP, debiendo el juez revocar el auto del 31 de enero de 2018 y suspender el proceso.

(...)

En el presente caso, encuentra esta Magistratura tal y como se estableció en la parte fáctica, que el desacuerdo dentro de los inventarios y avalúos presentados, quien motivó la denuncia penal por parte del apelante, radica en la inclusión o no dentro de la sociedad patrimonial , del bien inmueble con matricula inmobiliaria No. 370- 98820.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

Inconforme con la inclusión del citado inmueble, y valga decirlo, sin que obre siquiera prueba de haber apelado la decisión que declaró la Unión Marital y la Sociedad Patrimonial, ni otra actuación tendiente a dejar sin efectos la sentencia en firme, el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx acude a la vía penal buscando a través de la misma, discutir la legalidad del proceso declarativo y obviamente con ello, la decisión adoptada, conforme a la cual el bien materia de la Litis, en criterio del inconforme no debería incluirse en los activos sociales.

Valga decir, que la normatividad adjetiva civil prevé la posibilidad de haber un proceso civil o de familia donde se discuta respecto de un bien o bienes “*un derecho exclusivo, y que en consecuencia no deban entrar en la masa partible*”, no por ello la partición debe de suspenderse, a menos que como lo puntualiza en el siguiente inciso, se trate de una parte considerable de la masa partible.

En este caso, la controversia no se ha planteado ante la rama especializada civil o de familia, y de acuerdo con los títulos antecedentes del inmueble, y la decisión judicial en firme, el inmueble cuya inclusión se discute, se avista social, como lo entendió la jueza de instancia.

En tal situación, la suspensión de la partición no aplica.

Ahora si se entendiera que la denuncia penal, eventualmente pudiera tener acogida ante la rama especializada penal, y ello diera lugar a consecuencias de tipo patrimonial relativas a la masa partible, entonces cabría pensar en la posibilidad de extender las causales de suspensión de la partición, al hecho de que hay un proceso penal con incidencia en la conformación de la masa social.

Pero, por lo que se dirá en seguida, tampoco puede darse paso al pedimento de suspensión, que negó la jueza de instancia y que ahora se resuelve por vía de apelación, teniendo en cuenta que esa prejudicialidad exige la existencia de un proceso penal.

La pregunta es: ¿Basta como en el caso presente, que el interesado presente una denuncia penal por los delitos de fraude procesal (Art. 453 C.P.) en concurso de falso testimonio (Art.442 C.P.) y que la misma esté en conocimiento de la Fiscalía 3 seccional de Cali, con radicación SPOA 760016000199201501791, “en etapa de indagación” para entender que existe el proceso penal? La respuesta es no.

Al respecto, tómesese en cuenta lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil STC 9802- 2018 con Magistrado Ponente el Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo” la cual cita:

“...dentro de la estructura actual del proceso penal, no es susceptible predicar el inicio del proceso en sí hasta tanto no se produzca **la formulación de imputación**, que es el acto formal mediante el cual el ente investigador comunica al imputado su vinculación al proceso en sí, por intermedio del Juez de Control de Garantías; por lo que no es posible afirmar que con la simple denuncia presentada se cumpla con los presupuestos necesarios para acceder a la declaratoria de suspensión del proceso por prejudicialidad...”. (Negrilla fuera del texto original)

De igual forma en sentencia T666/2015 con Magistrada ponente GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, la Corte Constitucional establece como requisito para que opere la suspensión de un proceso civil ante la existencia de un proceso penal, que “la medida únicamente puede ser adoptada por el juez de conocimiento, tras verificar que en el caso concreto es procedente la prejudicialidad, por (i) haber iniciado un proceso penal, (ii) que el proceso penal influya necesariamente en el proceso civil y (iii) que este último se halle en estado de dictar sentencia.”

Estas posturas, ya se habían señalado desde el año 1993 en sentencia T-513.

Conforme a lo anterior, el primer requisito para hablar de prejudicialidad penal, es que precisamente se haya iniciado un proceso de esa raigambre, entendiendo como el inicio del



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

mismo la formulación de la imputación, (según lo ya expuesto) no siendo cumplido, al encontrarse según dice el mismo apelante en folio 102 y 103, en etapa de indagación.

Por tanto, al no encontrarse en dicha etapa y o entenderse como iniciado el proceso penal, es que precisamente se haya iniciado un proceso de esa raigambre, entendiendo como el inicio del mismo la formulación de la imputación, (según lo ya expuesto) no siendo cumplido, al encontrarse según dice el mismo apelante en folio 102 y 103, en etapa de indagación.

Por tanto, al no encontrarse en dicha etapa y no entenderse como iniciado el proceso penal, no se cumple el requisito del precedente para entender que se haya producido tal iniciación para efectos de disponer la solicitada suspensión, exigencia razonable en la medida que el trámite de un proceso judicial no puede paralizarse en forma indefinida, más aún en cuanto existe en esta etapa previa la posibilidad de archivar las diligencias, cuando no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan la caracterización de los hechos denunciados como delito.

Rad.0004 2012 00427 00 (23-01-2019) M.P. Franklin Torres Cabrera.

SALA LABORAL

Apelación. Contrato de Trabajo de un interno en centro carcelario.

Caso: “La sala debe resolver si el actor en su calidad de recluso del Complejo Carcelario y penitenciario de Villa Hermosa de la ciudad de Cali, a prestar sus servicios personales a favor de la demandada, tiene o no derecho a que se le declare la existencia de un contrato de trabajo regulado por el Código Sustantivo Del Trabajo, de ser así, se estudiaran las pretensiones de la demanda.”

Extracto: “ El artículo 79 de la Ley 65 de 1993 establece que el trabajo en los establecimientos de reclusión es obligatorio para os condenados; no obstante, también indica la norma que la finalidad de este no está encaminada a generar utilidades pecuniarias en favor del interno, sino que el mismo está diseñado como medio terapéutico con fines de resocialización; en consecuencia, a los internos les está prohibido contratar trabajos con particulares, pues para ello el particular por mandato legal debe hacerlo con la administración de cada centro de reclusión, señalando en el contrato que se suscriba entre estos, la clase de trabajo que será ejecutado, término de duración, la remuneración que se pagará al interno, entre otros, así lo indican los artículos 84 y 86 de la Ley en cita.

(...) Es oportuno señalar que si bien, es cierto, en el contrato suscrito entre el particular y el establecimiento penitenciario se debe establecer una remuneración en favor del interno, también lo es que, la remuneración percibida por las personas privadas de la libertad en razón a los convenios de resocialización y trabajo penitenciario, no constituyen salario y no tienen los efectos prestacionales derivados del mismo, porque el trabajo penitenciario es una actividad dirigida a la redención de pena de las personas condenadas de conformidad con lo conceptuado en el Decreto 1758 de 2015.

Respecto a la remuneración por el trabajo realizado por los reclusos la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-756/2015 preciso que “*El trabajo penitenciario se debe remunerar de manera equitativa, dicha remuneración no constituye salario y no posee los efectos prestacionales del mismo, y la administración de su monto se realiza conjuntamente entre la persona privada de la libertad y el INPEC, para lo cual el interno debe inscribir a los destinatarios que considere necesarios, procurando estimular el acopio de dichos ahorros para atender, además de sus necesidades en la prisión las de su familia, los gastos de su nueva vida al ser puesto en libertad y, cuando sea el caso, el pago de la multa o de la indemnización a la víctima producto del incidente de reparación integral.*”



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

A manera de conclusión, el demandante no tiene derecho a las pretensiones de la demanda, por cuanto su trabajo como interno de un centro de reclusión penal tiene características especiales, que lo hace convertir en un derecho restringido o limitado por la especial sujeción que tiene el interno al Estado, con la cual se pretende contribuir al proceso de resocialización y garantizar la disciplina en las cárceles, de ahí que, no está regulado por el Código Sustantivo del Trabajo, que tiene como naturaleza y característica esencial el ejercicio libre de la prestación del servicio, de ahí que, la Sala no encuentra razones atendibles por las cuales se deba inaplicar la Ley 65 de 1993 o alguna otra norma como lo pretende el recurrente, ni tampoco por lo dicho por los testigos referentes a la supervisión que se le hacía al demandante en su labor”.

Sin más consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada identificada con el N°26 del 15 de febrero de 2018 proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante y a favor de la demandada por no haber prosperado el recurso. Se ordena incluir en la liquidación la suma de \$50.000 como agencias en derecho (...).”

Rad. 018-2017-00130-01. (04-02-2019) M.P. Germán Varela Collazos.

NULIDAD De traslado de régimen pensional y pensión de vejez. Nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. En el expediente no hay prueba que a la demandante se le hubiese suministrado la información necesaria en todas las etapas del proceso del traslado de régimen.

Extracto:

Frente a la nulidad de traslado, contrario a lo expresado por las demandadas, la Sala considera que en el expediente no hay prueba que a la demandante se le hubiese suministrado la información necesaria en todas las etapas del proceso del traslado de régimen, desde la antesala de la afiliación al fondo privado de pensiones hasta la determinación de las condiciones para el disfrute.

Era obligación de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx 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 legista, 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. La actora no tiene una educación formal en éstas materias, que de por sí son de alta complejidad, en virtud al nivel de exigencia que reina actualmente en los mercados financieros, contrastado con la situación fáctica que vivía la demandante para la fecha de 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; de lo cual no aparece prueba en el expediente, siendo carga de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx demostrarla. Al respecto de la información que deben suministrar los fondos privados y su deber de acreditarla se puede consultar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL del 9 de noviembre de 2011 con radicación 33083 y SL 17595 del 18 de octubre de 2017 radicación 46292, providencias, entre otras, en las que se declaró la nulidad del traslado de régimen.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 03 2019

Así las cosas, la Sala considera que la a quo acertó en su decisión de declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx. La nulidad del traslado de régimen trae como consecuencia que xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx debe en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, conforme lo indicó la juez de instancia.

Respecto, al derecho a la pensión de vejez que se ordenó reconocer a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx la Sala confirma la decisión de instancia, por cuanto cumple con los requisitos establecidos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003 que a partir del 1º de enero de 2014 exige para las mujeres la edad de 57 años y a partir del 1º de enero de 2005 incrementó el número de semanas cotizadas así: para el 2005, 50 semanas y, a partir del 2006 , 25 semanas cada año hasta llegar a las 1.300 semanas en el año 2015.

Es preciso indicar que, si bien es cierto, la demandante no acreditó haber presentado la reclamación administrativa de la pensión de vejez ante xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx como lo alega el recurrente; también es cierto que la falta de competencia queda saneada si no se propone como excepción previa, tal como lo establece el numeral 5º del artículo 144 del CPC, modificado por el numeral 84 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989, hoy regulado por el artículo 16 y el numeral 1º del artículo 136 CGP, al respecto se pueden consultar la sentencia SL3159-2018, Radicación nº 64211.

Rad.003 2018 00226 01 (01-02-2019) M.P. Germán Varela Collazos

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Convivencia simultanea entre cónyuge y compañera permanente.

Caso: “La Juez de instancia condenó a COLPENSIONES a pagar a los herederos de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx la suma de CINCUENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$58.230.544) por haber concepto de retroactivo del 50% de la pensión de sobrevivientes desde el 15 de Julio de 2012 hasta el 23 de Mayo de 2015 y la indexación. Igualmente condenó a pagar a xx xxxx xxx la suma de CIENTO NOVENTA Y SEIS MILLONES NUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$196.009.273) por conceptos de mesadas pensionales desde el 15 de Julio de 2012 hasta el 31 de Mayo de 2015. Fijó la mesada pensional a partir del 1 de Junio de 2018 en la suma de “3.641.486. Autorizó a descontar del retroactivo pensional los aportes a salud. Absolvió de las demás pretensiones”.

“La Sala para decidir la consulta favor de COLPENSIONES debe resolver si xxxxx y xxxxxx tienen derecho o no a la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge y compañera permanente de xxxxxxxx por haber convivido con él por más de cinco años de manera simultánea y hasta el momento de la muerte”.

“(…) La Sala les da credibilidad a los testigos porque sus declaraciones narran las circunstancias de modo, tiempo y lugar, en que conocieron la relación del causante con xxxxxxxx y xxxxxx y, sobre todo, sus relatos muestran que conocieron de primera mano la relación de pareja existente entre los mencionados por el vínculo de vecindad y amistad que tenían con ellos. Aunado a que lo dicho por los testigos coincide con lo narrado por xxxxxx en el Interrogatorio de Parte cuando señaló que convivió con xxxxxx como compañeros por más de 30 años; que conoció a xxxxxxxx porque fue la esposa de xxxxxxxx; que desde 1984 el causante convivía con las dos, unos días con xxxxxxxx y otros con ella; que cuando el causante estuvo enfermo solo se quedó en su casa y xxxxxx lo visitaba.

Lo expuesto es más que suficiente para concluir que xx y xxxxxx tienen derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de xxx a partir del 15 de Julio de 2012 en cuantía de \$2´862.297, por haber convivido de manera simultánea durante más de cinco años con anterioridad a su muerte. Sobre la distribución o porcentajes señalados en la decisión de primera instancia equivalentes al 50% para cada una de las reclamantes,



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 03 2019

no hubo inconformidad alguna por parte de las beneficiarias de la pensión, por lo tanto, se confirma la decisión.

Se confirma el retroactivo pensional liquidado por la Juez para cada una de las beneficiarias por no encontrar sumas a favor de COLPENSIONES. Igualmente, se confirma que el retroactivo a favor de xxxxxxxx liquidado hasta el 23 de Mayo de 2015 cuando falleció debe ser pagado a sus herederos y, que a partir de dicha fecha se acrecentó al 100% la mesada a favor de xxxxxxxx. Se confirma la indexación con el fin de corregir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda sufrida en el tiempo por causas inflacionarias.

Sin más consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada identificada con el N° 69 del 26 de Junio del 2018, Proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia (...).”.

Rad. 012-2013-001054-01. (04-02-2019) M.P. German Varela Collazos.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- LAEY 707 DE 2003. Si el divorciado y separado de hecho al momento de la muerte del causante tiene o no derecho a la pensión de sobrevivientes por el hecho de no haber liquidado la sociedad conyugal.

Extracto:

Lo que la Sala debe resolver es i) si xxxxxxxxxxxxxxxxxxx por no haber liquidado la sociedad conyugal que pudo haber formado con xxxxxxxxxxxxxxxxxxx tiene o no derecho a la pensión de sobrevivientes en proporción al tiempo en que convivió con él, no obstante se encontraran divorciados y con sociedad conyugal disuelta; ii) si xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx acreditó o no haber convivido con xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx como mínimo cinco años a la fecha de su muerte, para tener derecho o no a percibir el 50%de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente ; iii) si xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx está obligado o no a pagar los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Con relación a la acreditación de la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencias del 24 de enero de 2012, radicado 41637 y 40055 de 29 de noviembre de 2011 estimó que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contiene varios supuestos , y diferenció la existencia de una convivencia simultánea , caso en el cual la prestación debía dividirse con la compañera permanente, así como el evento en que la citada convivencia simultánea no existiera, pero sí una unión conyugal precedida de una separación de hecho, que reconocía un derecho a la cónyuge, siempre que su convivencia matrimonial hubiese durado por lo menos 5 años.

Así, la jurisprudencia reconoce el valor del vínculo matrimonial excluyendo el criterio de convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento cuando quiera que el lazo jurídico se encuentre indeleble y lo extiende a cualquier tiempo. A vía de ejemplo puede consultarse la sentencia calendada el 24 de enero de 2012, rad. 41637 y del 13 de marzo de 2012, con radicación No. 45038.

Respecto a xxxxxxxxxxxxxxxxxxx la Sala considera que no tiene derecho por cuanto el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial , el cual quedó disuelto



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

con la sentencia 211 del 29 de abril de 2005, proferida por el Juzgado Cuarto de Familia de Cali, pues *“otras figuras del derecho de familia , tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho”*, tal y como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras , en las sentencias SL7299-2015, SL6519-2017,SL16419-2017, SL1399-2018 Y SL4659-2018. Entonces, no le asiste derecho a la recurrente porque el vínculo matrimonial con el causante no estaba vigente al momento de su muerte, y tampoco se acreditó que existiera una convivencia efectiva hasta el momento del fallecimiento del causante.

Ahora, con relación a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx la Sala encuentra acreditada la convivencia mínima de cinco años y hasta la fecha de la muerte del causante con los testimonios que rindieron xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Rad. 001 2014 00290 02 (01-02-2019) M.P. Germán Varela Collazos

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE VEJEZ. Factores salariales devengados por el demandante sobre los cuales no se efectuó cotización.

Extracto:

La Sala considera que el demandante no tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez incluyendo todos los factores salariales que devengó en xxxxxxxxxxxxxxxx, pues para la liquidación de la prestación se deben tener en cuenta solo los factores sobre los que se realizó el aporte a pensión.

Así lo dijo la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No. 37957 del 8 de junio de 2011 al señalar que *“La Corte ha precisado que en el caso de las prestaciones de la seguridad social, y aún en los eventos en que se trate de obligaciones trasladadas de la previsión social, el monto de las mismas debe corresponder con el valor de las cotizaciones efectivamente realizadas o del capital aportado para financiarlas.”*, posición que ya había sido expuesta en la sentencia del 19 de agosto de 2009 radicación No. 33091.

Por su parte, el Consejo de Estado en su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 expediente No. 52001-23-33-000-2012-00143-01 señaló que solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento de conformidad con el Acto Legislativo No. 1 de 2005 y, consideró que el tomar en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del e habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

El Decreto 1158 de 1994 aplicable al demandante por tratarse de un servidor público al que se le reconoció la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición y con fundamento en la Ley 33 de 1985 establece los factores salariales que constituyen el salario base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos, entre los cuales no se encuentra el auxilio de alimentación ni la prima semestral devengados por el actor según certificados visibles a folios 17 y 18 , de allí que, no se pueden tener en cuenta para la liquidación de la pensión de vejez, tal y como lo indicó el juez de instancia y como en efecto lo realizó la demandada.

Rad.010 2015 00641 01 Acta No. 9 (02-01-2019) M.P. Germán Varela Collazos.



SALA PENAL

ACUERDO CELEBRADO CON LA FISCALÍA. LESIONES PERSONALES CULPOSAS. Circunstancias de Marginalidad.

Extracto:

En el presente caso el Juez, luego de constatar que el Acuerdo tenía el sustento probatorio suficiente que permitía inferir razonablemente la comisión del delito materia de imputación, de una parte, verificó la legalidad del Acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el aquí procesado y, de otra, constató que la aceptación de cargos por parte de éste fue libre, consciente, voluntaria, espontánea, debidamente informada y asistido por su defensor; luego, mal puede ahora el acusado, a través de su nuevo apoderado, declararse sorprendido con la emisión de la sentencia condenatoria y alegar implícitamente la existencia de vicios en el consentimiento cuando:

a.- Tanto los hechos jurídicamente relevantes como los elementos materiales probatorios que sustentaron la imputación giran en torno al delito de lesiones personales culposas y con fundamento en ello se realizó el Acuerdo y,

b.- Ante tal conocimiento, el aquí procesado, con la asesoría jurídica de su abogado, decidió, se repite, de manera libre, consciente, voluntaria, debida y legalmente asesorado, aceptar la responsabilidad del delito de lesiones personales culposas a cambio de que se reconociera que cometió la conducta bajo circunstancias de marginalidad (art. 56 del C.P.).

Producida la aceptación de cargos por parte del imputado, la fase subsiguiente depende de lo que impone la Ley y no del criterio del Juzgador o de las partes y, en ese sentido, la ley procesal penal (arts. 351 y 447) es clara en que, verificada la legalidad del Acuerdo, el Juez de conocimiento tiene el deber jurídico de individualizar la pena y dictar sentencia; audiencia en la que las partes y las víctimas solo tienen facultad para referirse a tres aspectos específicos: **a.-** las condiciones individuales, familiares, sociales modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable; **b.-** la probable determinación de la pena aplicable y, **c.-** la concesión de algún sustituto o subrogado, sin que la actividad probatoria a que haya lugar en dicha diligencia pueda desbordar estos límites.

En consecuencia, cuando se trata de sentencias proferidas con ocasión de la aceptación de cargos por parte del procesado, la apelación de la misma solo puede estar dirigida a cuestionar el monto de la pena impuesta por el Juez o la eventual concesión de subrogados o sustitutos, no siendo la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad aspectos que puedan discutirse pues ello iría en contravía de lo reglado en el art. 293 de la L. 906/04 en cuanto preceptúa que la aceptación de la imputación por parte del indiciado no admite retractación cuando la misma es voluntaria, libre, espontánea y debidamente informada.

Rad. 191 2016 00036 Acta No. 041 (31-01-2019) M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 03 2019

Resumen elaborado por Doranyela Castaño. Universidad Javeriana de Cali.

ACUERDO. Femicidio en grado de tentativa.

Extracto:

En la mencionada providencia se decide acerca del recurso de apelación presentado por la defensa del acusado una vez que se determinó el tiempo de la condena mediante sentencia anticipada por aceptación de cargos, propiciada por el acuerdo que se celebró con la Fiscalía donde se acordó imponerle la pena mínima establecida para el delito de feminicidio en relación con la cual opera la rebaja punitiva del 25% del beneficio establecido en el artículo 351 de la Ley 906/04. El abogado alega en el recurso que el *a quo* desconoció el criterio de la Corte Suprema de Justicia, según el cual: “(...) en los Acuerdos en los que se pacta la rebaja de pena por aceptación de cargos, esta **debe considerarse para efectos de estudiar la procedencia del subrogado o sustituto penal.**”

De manera que, considerando que la pena de 93 meses y 24 días que impuso el juez no excede el límite de 8 años fijado por la ley para acceder a prisión domiciliaria y que el delito de feminicidio no está dentro de los delitos excluidos de beneficios penales y/o administrativos de que trata el art. 68 del C.P., el defensor solicita a la Sala modificar la sentencia condenatoria en el sentido de concederle la prisión domiciliaria al condenado.

A lo que el Tribunal contesta, tras mencionarse sobre la competencia para fallar sobre el asunto, que es imperativo respaldar el fallo debido a que el argumento del defensor está basado en una sentencia proferida por una sala del Tribunal que no puede ser acogida por dos razones: primero, no se aviene con la jurisprudencia vigente, toda vez que la Corte Suprema de Justicia determinó en sentencia del 2016 que, en materia de acuerdos, cuando este recae sobre la **tipicidad** mutando la conducta a una más favorable, para efectos de establecer la pena cuando se analiza la concesión de la pena sustitutiva, se tiene en cuenta el concepto de “conducta punible” que se pacte en el preacuerdo.

En la misma providencia citada mencionan que, contrario a lo anterior, todos aquellos factores que no guardan relación directa con la conducta publica quedan por fuera toda vez que no se encuentran vinculados con su ejecución, sino con **“actitudes postdelictuales del procesado, cuya concurrencia solo tiene la virtualidad de afectar la punibilidad en concreto, en cuanto operan sobre la pena ya individualizada.”** Es por esto que, como en el caso en concreto el acuerdo recae sobre la punibilidad, no se ven afectados los límites de la pena, “y, por lo mismo, para efectos de determinar la configuración del requisito objetivo para la procedencia del subrogado o del sustituto penal, el Juez debe, necesariamente, acudir a la pena fijada abstractamente por la ley en el respectivo tipo penal y no a la determinada en concreto por el Juez conforme al acuerdo.”

Segundo, el juez tuvo en cuenta la pena en abstracto. Teniendo claro que el acuerdo celebrado versaba sobre la punibilidad y no de la tipicidad, el Tribunal menciona que para el delito por el cual se acusó, que es feminicidio en grado de tentativa, la pena mínima es de 125 meses de prisión, excediendo los ocho años que como límite pone el artículo 38B del C.P. (Modificado por el artículo 23 de la Ley 1709/14). De manera que, concluye el Tribunal, para determinar si se cumple con el requisito objetivo para la concesión del sustituto penal, no es la pena en concreto interpuesta, sino el *quantum* de la pena mínima que la ley ha previsto en el correspondiente tipo penal.

Rad. 193 2017 40920 00 (30 01 2019) acta 040. M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda



COMPETENCIA. Concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Definición de Competencia.

Extracto:

Razón le asiste al Juez Primero Penal del Circuito de esta ciudad, cuando pide se defina la competencia en este caso , pues conociendo que la imputación fue entre otros delitos de concierto para delinquir con fines de tráfico o porte de estupefacientes , la competencia no varía por el preacuerdo, entre otras cosas porque dicho preacuerdo se pone al escrutinio del juez competente y será quien disponga si debe ser aceptado o no ; entonces no resulta acertado variar la competencia para que sea un juez penal del circuito a quién no le está atribuido el conocimiento de dicha ilicitud, quien exprese si acepta o no la negociación en los términos anteriormente referidos, al ser de menor jerarquía que el juez penal del circuito especializado, competente para juzgar los delitos imputados.

Otro argumento que debe tenerse en cuenta para la toma de la decisión, es que el preacuerdo realizado con los implicados no solamente comprendió la degradación del delito de concierto para delinquir agravado a concierto para delinquir simple, sino que para siete (07) de los implicados, la negociación estuvo en cambiar la participación de autores a cómplices , quedando viva la incriminación por el delito de concierto para delinquir agravado, por efectuarse con fines de narcotráfico; punible , de estricta competencia del Juez Penal del Circuito Especializado.

En consecuencia, para que prevalezcan los principios de legalidad, debido proceso y celeridad, se dispondrá que la carpeta sea repartida entre los Juzgados Penales del Circuito Especializado de esta ciudad, por ser sobre quienes radica la competencia.

Rad. 199 2017 02562 Acta No. 033 (02-08-2019) M.P. Mónica Calderón Cruz.

CÓMPLICE. PECULADO POR APROPIACIÓN Y CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES. Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria de que trata el art. 38 del C.P. y la prisión domiciliaria con fundamento en la condición de madre cabeza de familia. Cargos que xxxxxxxxxxxx aceptó acordando con la Fiscalía la degradación de la conducta de interviniente a cómplice. A quo aprobó el Acuerdo.

Extracto:

El 21 de octubre de 2014, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien fungía como gerente del Hospital Piloto de Jamundí, celebró con xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, representante legal de la empresa xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx S.A.S., los contratos de venta Nos. 046, 047 y 048 por valor de \$310.375.832, mediante los cuales adquirió a nombre del hospital varios equipos médicos; contratos que, por razón de su cuantía – superior a 500 SMLMV-, requerían de convocatoria pública según la Resolución N° 156 del 20 de agosto de 2014.

El 31 de octubre de 2014, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, estando suspendido del cargo como gerente del Hospital Piloto de Jamundí a consecuencia de una sanción disciplinaria, giró de la cuenta de la institución a favor de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx los \$310.375.832 que constituían el valor de los tres aludidos contratos de venta; empero, los equipos médicos nunca fueron entregados al hospital.

(...)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

Conforme al contenido de la L.750/02, la mera dependencia económica que tenga el hijo de la aquí procesada no le da a ésta la calidad de madre cabeza de familia y, por lo mismo, no es fundamento jurídico válido para concluir que debe otorgársele la prisión domiciliaria con base en la condición jurídica personal de madre cabeza de familia, así como tampoco lo es el hecho de que haya colaborado con la justicia y observado buen comportamiento durante el tiempo de la detención preventiva en su lugar de residencia pues, de un lado, la aceptación de cargos mediante Acuerdo con la Fiscalía le significó a l implicada una rebaja significativa de la pena –la mitad- por razón de la degradación de la conducta de interviniente a *cómplice* y, de otro, el buen comportamiento durante la detención domiciliaria constituye una obligación que debe cumplirse irrestrictamente por quien resulta beneficiado con dicha medida.

Las declaraciones extra juicio allegadas al proceso por la Defensa solo dan cuenta que la aquí acusada, de un lado, es reconocida por ciertas personas en la comunidad por ser una persona colaboradora, respetuosa y cumplidora de sus obligaciones; por ser una madre ejemplar y que ella como su hijo fueron abandonados por el padre de éste; sin embargo, tales medios de convicción en manera alguna demuestran que la aquí encartada carece en lo absoluto del apoyo familiar para la crianza y manutención de su hijo y tampoco acreditan que el padre del menor se ha sustraído de sus obligaciones parentales o que no puede hacerse responsable de su hijo mientras la procesada cumple la pena intramural.

La circunstancia de que para la fecha de los hechos la aquí acusada tuviera la custodia y cuidado personal del menor no se traduce necesariamente en que con ocasión de la sentencia condenatoria, esa situación se prolongue en el tiempo pues, de un lado, no existe prueba que lleve a la conclusión que el padre del menor está en imposibilidad física, sensorial o mental para asistirlo y garantizar sus derechos fundamentales y, de otro, el Defensor no demostró que el niño va a quedar en condición de abandono o vulnerabilidad si su progenitor asume la custodia y cuidado personal durante el tiempo de reclusión intramural de la aquí procesada; luego, es evidente que la prisión domiciliaria bajo la condición de madre cabeza de familia carece de sustento pues no se acreditó la situación de riesgo del menor.

Siendo ello así, aunque la finalidad de las normas que regulan la prisión domiciliaria para el condenado que ostenta la calidad de padre o madre cabeza de familia es la protección de los derechos fundamentales de los menores, no puede desconocerse que el reconocimiento de dicho sustituto se encuentra supeditado a la configuración de tal calidad conforme a lo previsto en la norma antes citada y, en el presente caso, no se demostró por parte de la aquí implicada los hechos en que sustenta su solicitud.

Rad. 199 2014 04252 Acta No.291 (15-11-2018) M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda.



INASISTENCIA ALIMENTARIA. Recurso de apelación. Suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Extracto:

Por denuncia presentada por XXXXXXXXXXXX, representante legal de la víctima, se establece que XXXXXXXXXXXX desde el 30 de octubre de 2006 se ha sustraído de suministrar los alimentos a su hijo menor, pese a que ha contado con los ingresos laborales atendiendo a su profesión de ingeniero, ocupando cargo de director de interventoría técnica para la construcción de centro de integración ciudadana grupo 1 departamento de Boyacá y grupo 1 departamento de Santander, con ingreso de \$2.700.000.

(...)

El 10 de agosto de 2006 se le formulo imputación a XXXXXXXXXXXX como autor del delito de inasistencia alimentaria; cargo que no acepto. El día 23 de abril de 2018 se profirió sentencia ordinaria No. 30 por medio de la cual, condeno a XXXXXXXXXXXX como autor del delito acusado de inasistencia alimentaria, tipificado en el artículo 233 incisos 1 y 2 del C.P., modificados por el artículo 1 de la ley 1181 de 2007.

(...)

La tesis de la Sala de decisión penal es que no le asiste la razón al apelante y por tal razón la decisión del *a quo* debe confirmarse.

(...)

Lo anterior, analizado a la luz del numeral 6 del artículo 193 del código de infancia y adolescencia en tanto que el mismo consagra una prohibición en cuanto al otorgamiento de la suspensión condicional cuando son víctimas menores de edad y no han sido reparadas.

Así lo ha expresado la corte suprema de justicia en auto del 5 de agosto de 2015, AP4387-2015, radicado 46332, dejando en claro que la indemnización a la víctima constituía un requisito para acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Así lo indico:

“... la Sala ha verificado que el ad quem no incurrió en la aplicación indebida de las normas que regulan la suspensión condicional de la pena cuando la victimas es menor de edad como acontece en el presente caso, habida cuenta que la indemnización a la víctima comporta un requisito adicional a los previstos en el Código Penal para acceder a ese subrogado penal, el cual se justifica en la protección prevalente y reforzada a los derechos de los niños y adolescentes.”

(...)

Es que no puede tenerse como un dilema: reparación o subrogado, cuando no hay exclusión entre ellos, como claramente surge del artículo 65 del Código Penal y del artículo 474 de la ley 906 de 2004. De ahí que, precisamente, uno de los compromisos que se adquieren para gozar del subrogado es el de indemnizar, dentro de un término cierto, los perjuicios ocasionados con la conducta punible.

(...)

En este caso, se evidencia de conformidad con lo arrimado a la actuación, que por parte del señor XXXXXXXXXXXX no se ha cumplido con tal exigencia legal, en tanto no obra elemento probatorio alguno que predique que el mismo haya indemnizado los perjuicios ocasionados con la ilicitud a su menor hijo, pero además de lo anterior y en aras de no solo verificar esta circunstancia, ninguna información se acredita frente a que pese haber sido sentenciado por la violación de esa norma (art. 233 del C.P.), se encontraba cumpliendo



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 03 2019

con sus deberes alimentarios y que actualmente se esté satisfaciendo cumplidamente con aquella obligación.

(...)

En mérito de lo expuesto, la Sala RESUELVE: Primero. – CONFIRMAR la sentencia originaria No. 30 del 23 de abril de 2018, mediante la cual se condenó a XXXXXXXXXXXXXXXX como autor penalmente responsable del delito de INASISTENCIA ALIMENTARIA, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Segundo. - Contra esta decisión no procede recurso ordinario alguno.

Rad. 212-2015-02786 Acta No. 004 (25-01-2019) M.P. Juan Manuel Tello Sánchez.

INJURIA POR VIAS DE HECHO. Extinción de la Acción Penal por Indemnización Integral.

Extracto:

La conducta por la cual fue condenado el aquí procesado admite la indemnización integral pues:

- a.- Se trata de Injuria por vías de hecho (arts. 220 y 226 del C.P.);
- b.- Tal punible requiere querrela como condición de procedibilidad (art. 74-2 L.906/04) y,
- c.- Por lo mismo, el ofendido puede desistir de la querrela, conforme a lo dispuesto en el art. 76 ibes.

A folio 191 de la carpeta obra en original el acta de transacción, con fines procesales, según la cual la víctima, sr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, conviene con el aquí procesado – xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx- que la indemnización integral por los daños causados con el delito es de \$1.800.000, razón por la que se satisface el requisito previsto en el art. 42-3 de la L.600/000.

A folio 193 de la carpeta aparece el documento presentado ante Notario con el que el sr xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx recibe \$1.800.000 por concepto de indemnización integral.

En contra del aquí procesado no se ha proferido resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento por este mismo motivo dentro de los cinco a los anteriores , manifestación de lo cual es la certificación expedida por el Grupo de Administración y Soporte Sistemas de Información Misional , Dirección Seccional Cali, de la Fiscalía General de la Nación.

La solicitud de extinción de la acción penal por indemnización integral se hizo sin estar ejecutoriado el fallo, lo que significa que la solicitud de extinción de la acción penal por indemnización integral se hizo dentro del término legal.

Así las cosas, advierte esta Colegiatura que se encuentran las exigencias dispuestas en el artículo 42 de la L. 600/000 –aplicable por favorabilidad de la ley penal a este asunto- para declarar la extinción de la acción penal y, en consecuencia, lo jurídicamente procedente es decretar la cesación del procedimiento conforme lo dispuesto en el artículo 39 ib. y en el art. 82-7 de la L. 599/000.

Rad. 242 2013 00058 Acta No. 045 (04-02-2019) M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda.



INDEMNIZACION INTEGRAL. Extinción de la acción penal. Homicidio culposo. Accidente de tránsito.

Extracto:

La norma en comento permite dar por terminada la acción penal para ese número restringido de delitos allí mencionados siempre que concurren los requisitos de la citada disposición. Pero como se dijo, la misma está contemplada en el código de procedimiento penal ley 600 de 2000, la cual resulta perfectamente aplicable a casos ocurridos durante la vigencia de la ley 906 de 2004 cuando se hayan satisfecho plenamente los derechos de las víctimas, según los planteamientos jurisprudenciales de la H. Corte Suprema de Justicia.

(...)

La primera exigencia es que se trate de delitos como el de homicidio culposo y lesiones personales culposas siempre y cuando no concorra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal; presupuesto que en este caso se cumple porque la sentencia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, se lee que el procesado fue sentenciado por dichos punibles, sin que se aplicara circunstancia alguna de agravación punitiva.

De otra parte se exige la reparación integral del daño ocasionado. Para tal efecto se tendrá en cuenta el avalúo de perjuicios que haga un perito a menos que exista acuerdo sobre el mismo o que el perjudicado manifieste expresamente haber sido indemnizado.

(...)

Como tercer presupuesto, exige la disposición que la persona a cuyo favor se solicita la extinción, no haya sido beneficiada en otro proceso con resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento por este motivo, dentro de los cinco años anteriores,..."

La Sala negó la extinción por indemnización integral, de la acción penal en relación con el delito de homicidio culposo deprecada por el defensor del procesado.

Rad.190 2014 00059 00 Acta No. 226 (07- 18-2018) M.P. Mónica Calderón Cruz.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. Abuso de condiciones de inferioridad.

Fraude procesal.

Extracto:

El 30 de diciembre de 2008 llevó a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx –su mamá, una persona de 82 años de edad quien se hallaba en notable deterioro de salud física y mental- a la Notaría Única de Jamundí donde le hizo firmar la escritura pública N° 7775 con la que ella le transfirió, por \$49.500.000, el derecho de dominio sobre el apartamento identificado con la M.I.N° 370806473 ubicado en la ciudad de Cali;

Hizo ver que la vendedora se hallaba mentalmente sana con un certificado de un dermatólogo;

Registró la aludida escritura en la Oficina de Instrumentos Públicos y,

El 18 de febrero de 2009 hipotecó ese inmueble a un tercero por \$10.000.000.

(...)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

Según el recurrente, en relación con el delito de abuso de condiciones de inferioridad no puede afirmarse la prescripción de la acción penal porque está sólo es una consecuencia jurídica cuando ha habido negligencia del juez en el trámite del juicio y en el presente caso el *a quo* argumentó que el vencimiento del término para fallar obedeció a la inasistencia sistemática del Fiscal y del Defensor a la audiencia programadas.

Tal argumento del recurrente no puede ser acogido por la Sala porque: **i.-** el fenómeno de la prescripción es netamente de carácter objetivo, razón por la que es suficiente contabilizar el tiempo transcurrido y confrontar el total con el que impone la ley para proferir el fallo de fondo; **ii.-** cualquier explicación sobre la causa de tan negativo acaecimiento para la justicia sólo puede tener efecto en el campo disciplinario respecto del Juez, de las partes e inclusive del Agente del Ministerio Público que tampoco cumplió con el deber de cuidado para evitar el resultado que dio lugar a la preclusión en favor del procesado.

Tampoco puede tener eco en esta Sala el argumento del apelante según el cual el fraude procesal no ha prescrito por tratarse de un delito permanente pues es claro que tratándose de delitos de tal naturaleza el efecto cesa en el momento en que al autor la Fiscalía le formula imputación.

Rad. 177 2010 00143 Acta No. 302 (26-11.2018) M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda.

PRISION DOMICILIARIA. Recurso de apelación. Concierto para delinquir agravado.

Extracto:

Se confirma el auto interlocutorio No. 1701 del 14 de agosto de 2018, mediante el cual el juzgado de ejecución de penas de Cali negó al condenado XXXXXXXXXXXX la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38G del C.P.

(...)

El 2 de agosto de 2018, el condenado solicita la prisión domiciliaria toda vez que: 1. – entre el tiempo físico de privación de la libertad y redención de pena por trabajo ha descontado más de la mitad de la pena que exige dicho precepto legal para la concesión del sustituto penal; 2. – su desempeño y comportamiento intramuros indican que no existe necesidad de ejecutar la pena en el establecimiento carcelario y, 3. – tiene arraigo familiar y social.

(...)

La Sala tiene el deber jurídico de confirmar el interlocutorio materia de apelación en atención a que, de un lado, la decisión del *a quo* se aviene con la legalidad y, de otro, los argumentos esgrimidos por el recurrente no desvirtúan el fundamento jurídico de la misma, motivo por el cual la doble presunción de acierto y legalidad que la ampara continua inmodificable.

(...)

Dicho instituto exige, a más de haber cumplido la mitad de la pena, que el procesado no haya sido condenado, entre otros, por concierto para delinquir agravado; delito este por el que el aquí sentenciado se encuentra ejecutando pena.

(...)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 03 2019

Los requisitos exigidos por la ley para la concesión del sustituto penal, entre los que se encuentra no estar incurso en alguno de los delitos considerados por el legislador de gran daño social; luego, es claro que la decisión del juez, contrario a lo que sostiene el censor, se aviene a los lineamientos constitucionales y legales sobre la materia.

Por las razones planteadas, la SALA DE DECISION PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI, *Resuelve*: Confirmar el interlocutorio en materia de apelación.

Rad. 002 – 2009 – 00015 – 01 Acta No. 327 (11-12-18) M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda.

PRUEBA. Peculado por apropiación. Variación de la calificación jurídica. Pensiones irregulares reconocidas. Pertinencia probatoria.

Extracto:

Sea lo primero señalar que la oportunidad probatoria que se abre paso con el cambio de la calificación jurídica provisional realizada por la Fiscalía lo es con el fin

De ejercer la debida defensa sobre aquellos elementos nuevos , y no para revivir oportunidades probatorias pretéritas, pues se repite, el decreto y práctica de una prueba , cuando se está en el pleno curso del juicio oral, tiene asidero en la medida en que el acto o hecho que se pretende incorporar a aducir no haya sido conocido con anterioridad, y surge en virtud de la nueva calificación jurídica, situación que no se da en la petición probatoria expuesta por el Defensor, ya que, por un lado admite que los hechos frente a su defendido fueron expuestos por el testigo xxxxxxxxxxxxxxxx desde su indagatoria en el año 2009, y de otro lado la calificación jurídica de cara a su Defendido NO tuvo ninguna variación , como puede observarse de los folios 165 a 170 del cuaderno 36 original, luego no se avizora interés alguno para reclamar el decreto de pruebas derivadas de dicha modificación.

Así mismo, razón la asiste a la Juez de instancia en tanto expresa que el tema de prueba en lo que tiene que ver con el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx en manera alguna se circunscribe a determinar si tenía a su cargo “*bienes del Estado o de Empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones*”; esto por cuanto si bien es cierto el delito de peculado exige que el sujeto activo tenga alguna de esas características , también lo es que desde que se acusó al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, se le refirió su calidad de “*interviniente*”, precisamente porque su participación en el delito no lo fue en razón de sus funciones pues es claro que no tiene las calidades previstas para el sujeto activo de la conducta de peculado.

Entonces, la inadmisibilidad de esta declaración deviene de su impertinencia dentro de la investigación, pues no hace referencia a los hechos materia de prueba. ...

(...)

Resulta entonces acertada la impertinencia advertida por la Juez de primera instancia, pues nótese que los hechos respecto de los cuales se endilgó responsabilidad al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, corresponden a que, presuntamente, sin haber cotizado al Instituto de Seguros Social, “*obtuvo de manera fraudulenta que se le otorgara pensión de vejez , esto a través de la Resolución No. 013448 de 28 de Julio de 2007, presentado 517 semanas base de cotización, obteniendo un retroactivo por valor de \$58.072.532 mesada final por valor \$1.138.931, para un total asignado de \$66.890.964*”, induciendo en error a los funcionarios del Instituto de Seguro Social para tal fin, sin que se le indique que los dineros le fueron confiados por el Estado con ocasión de sus funciones.

Rad. 012 2017 00097 01 Acta No. 024 (04-02-2019) M.P. Mónica Calderón Cruz.



**REDENCION DE PENAS. Recurso de apelación contra auto interlocutorio.
Delito: Homicidio.**

Extracto:

El señor XXXXXX, fue condenado por el juzgado 10 penal del circuito de conocimiento de Cali, mediante sentencia No. 01-027 del 21 de julio de 2016, a la pena principal de 208 meses de prisión por el delito de Homicidio. El despacho del juez que vigila la pena, mediante auto interlocutorio 1097 de julio 3 de 2018 decidió redimir pena por algunos periodos de estudio realizados dentro del penal y negó la redención por otros. Contra Dicho auto el delegado del Ministerio Publico interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

(...)

La juez segunda de ejecución de penas y medidas de seguridad de Cali, considero que no era procedente redimir un total de 144 horas de estudio realizadas en los meses de mayo y diciembre de 2017, ya que la calificación del mismo fue en grado deficiente. Que en virtud del artículo 101 de la ley 65 de 1993, es necesario que se tenga en cuenta tanto el desempeño en la labor realizada como la conducta del interno en prisión, que de ser negativa, resulta improcedente el reconocimiento de la redención.

(...)

La impugnación argumenta que la redención de la pena es un derecho y que como tal debe ser reconocido, por lo que ante la calificación de trabajo deficiente, antes de negar el acceso a la redención de pena, debe el juez establecer las causas de dichas calificaciones y a partir de allí, decantar si es procedente o no la redención (...).

(...)

La sala mayoritaria confirmara el auto interlocutorio apelado, al considerar que la negativa de la redención se fundamenta en los criterios de la junta de calificación de la cárcel.

(...)

No obstante, el reconocimiento de tal derecho no es automático sino que se encuentra sujeto a una serie de presupuestos legales (entre ellos la ley 65 de 1993) que en su artículo 101 determina las condiciones para la redención de la pena, “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 que se haga del trabajo, la educación o la enseñanza de que trata la presente ley... se considerara igualmente la conducta del interno. Cuando esta evaluación sea negativa el juez de ejecución de penas se abstendrá de conceder dicha redención.

(...)

En est contexto, estableció la primera instancia, mediante el oficio 2422 COJAM AT del 5 de octubre de 2018, remitido por la cárcel, que en cumplimiento de sus prerrogativas administrativas, realiza el estudio de las labores desempeñadas por el interno, ya sea de estudio, trabajo o enseñanza, con base en la resolución 2392 de 2006, para lo cual realiza análisis de siete criterios establecidos para la evaluación, relativos a la responsabilidad en el manejo de los elementos de trabajo, estudio y/o enseñanza y en su realización oportuna y completa de las distintas tareas que han de cumplirse, como la observancia de normas de seguridad industrial y salud ocupacionales: a cooperación con sus compañeros de actividad y con los coordinadores y directores de la misma, orientada a obtener el logro de los propósitos con eficacia y eficiencia (...)

(...)

Ahora bien, para que el interno obtenga una calificación deficiente, se verifica que aquel no haya superado más de cuatro de los ítems calificables, y para obtener una calificación sobresaliente debe superar más de cinco de aquellos.

(...)

En este orden, la Sala encuentra que la calificación deficiente del interno a la labor desempeñada, claramente se ha fundamentado en unos parámetros que se han definido y que permiten concretar la respectiva calificación por parte de la autoridad administrativa de la cárcel.

(...)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

La Sala confirma en su integralidad el auto interlocutorio en materia de apelación.
Rad. 193-2015-22652-01 Acta No.017 (05-02-2019) M.P. Socorro Mora Insuasty.

REDOSIFICACION DE PENA. Homicidio agravado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones. Al Juez de Ejecución de Penas le corresponde ejecutar la sanción, estar vigilante que el condenado cumpla la pena impuesta, sin que le resulte dable desbordar su competencia para remover inamovibles, como es la sentencia condenatoria en firme.

Extracto:

Y es que al Juez de Ejecución de Penas le corresponde ejecutar la sanción, estar vigilante que el condenado cumpla la pena impuesta, sin que le resulte dable desbordar su competencia para remover inamovibles, como es la sentencia condenatoria en firme. Su labor está dirigida a vigilar el cumplimiento de la función de re socialización del interno, porque se cumplan sus derechos y garantías, decidir sobre los beneficios judiciales o administrativos, lo cual es totalmente diferente a suplantar las instancias de juzgamiento como lo pretende el penado, al pedir que se le modifique la sentencia condenatoria por no estar de acuerdo con la dosificación de la pena impuesta.

Así las cosas, el condenado, quien alega que debe eliminarse la causal de agravación y rebajarse una cuarta parte de la pena, debió haber ventilado a través de la defensa técnica, ante el Juez de Conocimiento correspondiente, esto es, el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Cali, la inconformidad que él tuviese en cuanto al delito, la norma aplicable o la imposición de la sanción y si por encontrarse en libertad dejó vencer los términos para recurrir la sentencia, el Juez de Ejecución de Penas no es el llamado a llenar tales falencias. Para el caso, la sentencia se encuentra debidamente ejecutoriada y como no hay una norma posterior que de acuerdo con el numeral 7º del artículo 79 C.P.P. Le permita al funcionario ejecutor de la pena aplicar ese principio de favorabilidad en amparo al debido proceso, entonces lo solicitado por el encartado no está llamado a prosperar y por consiguiente la providencia apelada merece la confirmación.

Rad.009 2003 00424 00 Acta No. 342 (12-11-2018) M.P. Mónica Calderón Cruz.

REDENCION PARCIAL DE LA PENA. Trafico fabricación o porte de estupeficientes.

Caso: “xxxxxxx, fue condenado por el Juzgado 5 Penal del Circuito de Conocimiento de Cali mediante Sentencia N° 10 del 24 de Febrero del 2016, a la pena principal de 64 meses de prisión por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupeficientes.”

(...)

“Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el procurador xxx Judicial I Penal, contra el auto interlocutorio N°1282 del 2 Agosto de 2018, mediante el cual el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali decidió redimir parcialmente pena en favor del condenado, impugnando que en la actualidad la redención de pena es un derecho y como tal debe ser reconocido, por lo que si la cárcel conceptúa que existe una calificación del trabajo deficiente, antes de negar el acceso a la redención de la pena, debe el juez establecer las causas de dichas calificaciones y a partir de allí, decantar si es procedente o no la redención, especialmente, establecer si la cárcel realizó el debido proceso, mediante un trámite en el cual se establezcan las razones de la calificación deficiente”.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

Extracto: “No obstante, el reconocimiento de tal derecho no es automático sino que se encuentra sujeto a una serie de presupuestos legales para tales fines. En efecto el Código Penitenciario el que regula la materia previendo que “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 que se haga del trabajo, la educación o la enseñanza de que trata la ley... 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 determinara los periodos y formas de evaluación” ”.

“En el caso de estudio se tiene que el Juez de Ejecución de Penas, redimió en favor del señor xxxxxxxxxxx un total de cuatro (4) meses y catorce (14) días por estudio y trabajos realizados dentro del penal por espacio de 654 horas de estudio y 1272 horas de trabajo. Sin embargo, al verificar las 54 horas que fueron acreditadas por estudio en los meses de abril y mayo del 2017, se abstuvo de redimir las, por haber obtenido en esos meses una calificación del estudio en grado “deficiente”, punto que es precisamente el objeto de impugnación”.

Encuentra la Sala que la Cárcel, realizó el estudio de las labores desempeñadas por el interno, ya sea de estudio, trabajo o enseñanza, con base en la resolución 2392 de 2006, para lo cual realiza dicho análisis identificando siete criterios específicos a evaluar: a) Responsabilidad en el manejo de los elementos de trabajo, estudio y/o enseñanza, Su realización oportuna y completa de las distintas tareas que han de cumplirse, observancia de las normas de seguridad industrial y salud ocupacional; b) La cooperación con sus compañeros de actividad y con los coordinadores o directores de la misma, orientada a obtener el logro de los propósitos con eficacia y eficiencia; c) La corrección de deficiencias identificadas en la adopción de posiciones activas para el mejoramiento personal y optimización de la tarea; d) El interés, desde la perspectiva de la cualidad actitudinal a través de la cual se expresa motivación y gusto por la actividad desarrollada; e) El rendimiento y calidad, expresados en lo óptimos resultados cuantificables y calificables en función de los criterios de evaluación pedagógica formalizados en el proyecto educativo institucional; f) La asistencia puntual y cumplimiento efectivo del horario y la creatividad, como capacidad de producir contenidos mentales y materiales innovadores, superando positivamente los aspectos tradicionales de una actividad o tarea.

El sistema de calificación para el interno es el siguiente: “para que el interno obtenga una calificación deficiente, se verifica que aquel no haya superado más de cuatro de los ítems calificables, y para obtener una calificación sobresaliente debe superar más de cinco de aquellos”; Todo lo anterior, con el fin de propender por los fines de la pena, entre otro el interés por la resocialización del condenado.

“Por tanto, se encuentra que la decisión de negar la redención de pena por las 54 horas de estudio que fueron calificadas en grado deficiente, se encuentra acorde con o decantado por la autoridad carcelaria en ejercicio de sus competencias”.

“En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Cali, en Sala de Decisión Penal, resuelve:

Primero: Confirmar integralmente el Auto Interlocutorio N° 1282 del 02 de Agosto de 2018, Proferido por la Juez Segunda de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali.

Segundo: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.”

Rad. 193-2014-047119-01. (05-02-2019) Acta N° 018. M.P. Socorro Mora Insuasty.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

SALVAMENTO DE VOTO. REDENCIÓN DE PENA. CONCEPTO DE “DEFICIENTE”. Considera el suscrito que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en situaciones como la que ocupa la atención de la Sala, donde se está certificando por la ergástula un determinado número de horas de estudio por parte del recluso, acompañado de una buena conducta, debe tener en cuenta dicho término para la redención y no desconocerlos como si el interno no hubiese estudiado, puesto que si obtuvo una calificación deficiente, ello puede obedecer a sus capacidades intelectuales, problemas de salud físicos o psicológicos , por lo tanto, no debe redundar desfavorablemente en el recluso quien viene a ser la parte más débil , en relación con las directivas del penal.

Extracto:

Así las cosas, considera el suscrito que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en situaciones como la que ocupa la atención de la Sala, donde se está certificando por la ergástula un determinado número de horas de estudio por parte del recluso, acompañado de una buena conducta , debe tener en cuenta dicho término para la redención y no desconocerlos como si el interno no hubiese estudiado, puesto que si obtuvo una calificación deficiente, ello puede obedecer a sus capacidades intelectuales, problemas de salud físicos o psicológicos, por lo tanto, no debe redundar desfavorablemente en el recluso quien viene a ser la parte más débil , en relación con las directivas del penal.

Todo lo anterior, debe valorarse igualmente con la conducta del interno en el penal, que es uno de los requisitos contemplados en el artículo 101 de la Ley 65 de 1993, para acceder al instituto de la redención, tópico que en el asunto de marras se ha calificado por parte de la ergástula en grado de ejemplar y buena, en tanto, dicho aspecto concurren en su favor como requisito contemplados en la norma en cita para ser acreedor de la plurimencionada redención.

Máxime que desde el punto de vista del principio de legalidad, el artículo 101 del Régimen Penitenciario y Carcelario establece que para conceder o negar la redención de la pena, la evaluación tanto del desempeño en la actividad de redención como la conducta intramural no sea negativa, por lo que tal como lo ha dicho en sus proveídos frente a este tópico, la Sala que preside el Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda, el concepto de “deficiente” que profiere en sus calificaciones los Centros Carcelarios con respecto a la labor desempeñada por los internos “no equivale a evaluación NEGATIVA”, como lo impone la norma, de ahí que no sea dable darle a la norma una interpretación diferente, cuando la misma es clara.

Por lo expuesto, considero que se debe revocarse integralmente el numeral segundo del Auto Interlocutorio No. 944 de Julio 12 de 2018, en consecuencia, reconocer al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, las 156 horas que han sido certificadas como tiempo dedicado a estudio, que *per se* son calificadas como deficiente (que no significa que sea negativa como lo impone la norma), y atendiendo su conducta ejemplar y buena, se deben tener como efectivamente laboradas para fines de la redención, ello en aras de preservar los derechos del recluso.

Rad. 193 2011 29296 01 Acta No. 328 (11-12-2018) M.R. Orlando Echeverry Salazar.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA. Violencia Intrafamiliar Agravada. Lesiones Personales Agravadas en la Modalidad Dolosa.

Extracto:

El 2 de julio de 2018, a eso de las 7 de la mañana, en el inmueble ubicado en la calle 122A # 28E 1-54 del barrio Tercer Milenio de esta ciudad, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, enfadado porque su compañera sentimental xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx le reclamó por haber llegado a la casa a las 6:30 de la mañana, le propinó una patada en el abdomen y le lanzó un zapato a la cara al paso que le gritaba palabras soeces.

Instantes después xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx fue capturado por una patrulla de la Policía Nacional debido al llamado de auxilio que hizo xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien, a consecuencia de los golpes, sufrió equimosis en el rostro que le ameritó una incapacidad médico legal de 5 días.

(...)

“El enfoque o perspectiva de género, herramienta metodológica que debe tener en cuenta tanto el Fiscal como el Juez para identificar las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres, como categoría para el ejercicio de la función, precisamente para garantizar el acceso de las víctimas de violencia a la administración de justicia, que obliga a tener en cuenta la situación de vulnerabilidad de la mujer como víctima de violencia de género.

Es innegable que la Fiscalía con una visión eminentemente eficientista –contar con un proceso menos y una sentencia más- ha convenido, al margen de la perspectiva de género, que el aquí implicado no ha cometido un delito grave contra una mujer sino un delito de poca trascendencia jurídico- política. Resulta inadmisibles que, existiendo aquí evidencia de la configuración de un acto de violencia contra la mujer, el señor Fiscal Delegado haya convenido que el comportamiento del procesado sólo constituye el punible de lesiones personales agravadas, lo cual:

a.- Niega que la función de la Fiscalía, y a la misma le está constitucionalmente prohibido renunciar a la persecución penal del delito (art. 2º A.L.003/02).

b.- Desconoce que la descongestión de los Despachos Judiciales no hace parte de “*los fines que legitiman el sacrificio de la legalidad de la consecuencia del delito*”.

c.- Desprestigia la administración de justicia en cuanto rompe abiertamente con la relación de proporcionalidad que debe existir entre el mayor daño político causado con la conducta y la correlativa consecuencia jurídica.

d.- Soslaya las funciones de prevención general, prevención especial y retribución justa que el legislador le asigna a la pena (art. 4º del C.P.).

e.- Le resta mérito a la justicia premial debido a que desconoce las finalidades que le son propias, la cual no sólo es la de humanizar la actuación penal sino aprestigiar la administración de justicia.

f.- Minimiza la eficacia del derecho penal como mecanismo de control social e instrumento legítimo de lucha contra el delito, en particular el de violencia contra la mujer.

g.- Institucionaliza la desprotección de los bienes jurídicos indispensables para la convivencia pacífica, en particular para la armonía familiar y, de contera, estimula la vulneración de bienes jurídicos tan importantes como la integridad física y mental de la mujer.

Empero, esta Sala se halla jurídicamente imposibilitada para adoptar el correspondiente correctivo toda vez que la jurisprudencia actual, al determinar el alcance del art. 351-4 de



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

la L.906/04 en materia de Acuerdos, se inclina por el criterio formal conforme al cual, como la Fiscalía es la titular del ejercicio de la acción penal, la calificación jurídica de la conducta es función privativa de ésta en la que no puede interferir el Juez y, por ende, el criterio formal conforme al cual, como la Fiscalía es la titular del ejercicio de la acción penal, la calificación jurídica de la conducta es función privativa de ésta en la que no puede interferir el Juez y, por ende, el criterio de la Fiscalía prima sobre cualquiera otra consideración jurídica del funcionario judicial.”

La Sala revocó y concedió la suspensión condicional de la pena.

Rad. 1193 2018 15452 00 (07 02 2019) acta 047. M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

VALORACION PROBATORIA. Actos sexuales con menor de 14 años agravado.

Extracto:

La alegación de la defensa no puede aceptarse por cuanto lo expuesto por los testigos de la Fiscalía, tienen coherencia con el relato de la menor. Ahora, que no haya exactitud en todos los aspectos y en todas las versiones dadas por la niña, resulta explicable ante su corta edad para la fecha de los hechos, ante el transcurso del tiempo desde cuando ocurrieron hasta cuando testimonió en juicio. En conclusión, la Fiscalía logró demostrar más allá de toda duda que la menor NACM fue víctima de actos sexuales, por tocamiento en sus partes íntimas por parte del procesado quien fue descrito por la víctima, por su nombre y relaciones de familia.

Entonces si la tesis de la defensa era la teoría conspirativa de que la sindicación proviene de un ardid organizado por la familia de la menor, debió demostrarlo porque de lo relatado por la víctima se establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar como ocurrió el hecho y la sindicación directa contra el procesado; explicaciones que son de recibo para la Sala y aunque la defensa presentó como testigo a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, sus narraciones no desvirtuaron lo anterior.

SALVAMENTO DE VOTO

TESTIMONIO DE LA MENOR

Revisado el testimonio de la niña se advierte que en cámara Gesell en el juicio oral, la menor cuando habla de la conducta del procesado de forma espontánea da dos respuestas diversas cuando afirma que el procesado tocó por encima, y seguidamente agrega, por dentro de la ropa.

En relación con esta misma temática según la declaración de sus padres así como del médico legista, en las primeras versiones que ella habría suministrado sobre los hechos indicaba que los tocamientos habían sido por encima de la ropa.

Ahora es claro que el delito es susceptible de estructurarse en cualquiera de los dos eventos, es decir si los tocamientos se dieron por encima o por dentro de la ropa, siempre y cuando medie una finalidad libidinosa por parte del agente, sin embargo, en este caso medió una circunstancia que no fue considerada en el proceso y resultaba trascendente de analizar.

En la declaración rendida por el médico general del Hospital Rufino de Dagua, Valle, se reporta que al examen practicado, a la menor se le encontró en su zona vaginal bacterias asociadas con una enfermedad venérea. Infortunadamente no se exploró sobre este tema, no se estableció desde el punto de vista científico desde cuando la menor presentaba esta



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

situación, qué tipo de contacto era susceptible de producirla, si se requería contacto genital o su transmisión se podía dar por otra forma.

Rad. 172 2015 00474 Acta No. 345 (11-12-2018) M.P. Mónica Calderón Cruz.

M.D. Dra. Socorro Mora Insuasty

TUTELAS

SALVAMENTO DE VOTO. Mínimo vital, vida digna y seguridad social. Pérdida de capacidad laboral del 61.69%. Pensión anticipada de vejez. Inexistencia de temeridad y cosa juzgada.

Extracto:

“El accionante pidió al Juez Constitucional la protección de los aludidos derechos fundamentales, los cuales considera vulnerados por la también referida entidad porque, en síntesis:

- Cotizó al sistema de seguridad social desde el 13 de marzo de 1983 hasta el 30 de septiembre de 2015, motivo por el que, a la fecha, cuenta con 57 años de edad y 1651 semanas cotizadas.

- Su hija xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 61.69%, con fecha de estructuración a partir del 30 de agosto de 1995.

- Por la gravísima condición de salud de su hija solicitó a Colpensiones la *pensión anticipada de vejez*, sin embargo, tal petición le fue negada mediante Resolución VBP 10230 del 2 de marzo de 2016.

(...)

- Empero, la anterior sentencia, en grado jurisdiccional de consulta, fue revocada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pasto mediante proveído de fecha 19 de octubre de 2016.

- Contra el fallo del Tribunal Superior de Pasto, de un lado, interpuso el recurso de extraordinario de casación y, de otro, presentó acción de tutela la cual le correspondió conocer a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; Corporación que mediante sentencia del 14 de diciembre de 2016, aunque negó sus pretensiones, ordenó a la Sala Laboral del “*Tribunal Superior de Bogotá*” dar prelación al trámite y envió del recurso extraordinario de casación; decisión que fue confirmada por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 23 de febrero de 2017.

- En un momento de desesperación y ante el tiempo que tardaba la Corte en resolver el recurso extraordinario de casación, tomó la decisión de desistir de dicho recurso.

(...)

En mi criterio ha debido revocarse la sentencia materia del recurso en atención a que analizado el problema jurídico a la luz de los principios constitucionales ; la mayor protección de las personas en condición de discapacidad y la jurisprudencia constitucional sobre el reconocimiento de la pensión especial de vejez, debía concluirse que le asiste razón al impugnante en que no existe temeridad en el presente asunto ni cosa juzgada sobre el reconocimiento de su derecho pensional , motivo por el que, al evidenciarse la posible configuración de un perjuicio irremediable , resultaba procedente el amparo como *mecanismo de protección transitorio*.

(...)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 03 2019

La hija del aquí accionante es un sujeto de especial protección constitucional dada su condición de discapacidad que la llevó a ser calificada por Colpensiones con una pérdida de capacidad laboral de **61,79%**.

El accionante ha intentado en diferentes oportunidades el reconocimiento de la pensión anticipada de vejez por hija en condición de discapacidad pero en todas aquellas oportunidades tal pretensión le ha sido negada.

Tanto el demandante como su esposa se encuentran desempleados, motivo por el que no cuentan con los recursos económicos para el sustento suyo y de su hija, lo que de contera permite inferir razonablemente que de *no accederse de manera transitoria* al amparo invocado se le causaría a esta última un **perjuicio irremediable**, pues la falta de pago de la prestación le genera un alto grado de afectación a sus derechos fundamentales, en particular, al derecho al mínimo vital.

(...)

Para el suscrito Magistrado es claro que, contrario a lo considerado por la juez *a quo*, en el presente asunto no existe temeridad ya que:

a.- La demanda de tutela que presentó el accionante en el año 2016 y que conoció en primera instancia la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y, en segunda instancia, la Sala de Casación Penal de esa misma Corporación, no comparte los mismos hechos y pretensiones que la presente tutela, ya que en aquella oportunidad lo que pretendía el demandante era que se revisara la sentencia que, en grado jurisdiccional de consulta, profirió la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pasto, lo que precisamente llevó a que le fuera negada su pretensión por estar en curso, para ese momento, el recurso extraordinario de casación contra dicha decisión.

b.- La petición de amparo que fue resuelta en primera instancia el 26 de octubre de 2017 por el Juzgado 7º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad y confirmada el 29 de noviembre siguiente por una Sala de Decisión Penal de este Tribunal, tuvo como fundamento principal el amparo del derecho fundamental de petición y no, como en esta oportunidad, la protección del derecho fundamental al mínimo vital de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, como sujeto de especial protección constitucional por su situación de discapacidad.

(...)

Desde mi punto de vista, entonces, ha debido concederse el amparo de manera transitoria de los derechos fundamentales del aquí accionante y su hija ya que, de un lado, se evidencia la eventual configuración de un perjuicio irremediable y, de otro, en todo caso, la discusión sobre el monto de la pensión; la retroactividad de la misma y demás factores legales que deban ser tenidos en cuenta al momento de su reconocimiento, son aspectos propios de ser discutidos ante el juez legal a través del procedimiento taxativamente establecido en la ley. “

Rad. 004 2018 00032 01 (21 11 2018) M.D. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda



TRABAJO. SEGURIDAD SOCIAL. MINIMO VITAL. Estabilidad laboral reforzada. Reintegro. Procedencia excepcional de la tutela. Madre cabeza de familia.

“Como hechos determinantes de la violación a los derechos descritos en la tutela, los cuales se transcriben: mínimo vital, seguridad social, al trabajo con estabilidad reforzada, a la familia, a la igualdad, a la salud y a los derechos conexos de su menor hija como lo son la salud, a la vida y a la educación,¹ se tiene que *“La señora presenta demanda de tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF, aduciendo se encuentra vinculada desde el año 2007 con la referida entidad, en su condición de trabajadora social, vinculada en provisionalidad primero desde el 27 de marzo, hasta el 31 de diciembre de 2007, siendo nombrada nuevamente desde el 30 de mayo, hasta el 30 de julio de 2010, fecha en la cual se le dio por terminado el contrato, debido a la convocatoria para proveer cargos del año 2005; en esa oportunidad, envió la documentación pertinente para solicitar el reintegro, toda vez que tiene una hija con condición especial, siendo por ello nombrada nuevamente desde el 12 de agosto de 2010; la misma situación se presentó en el año 2013, donde fue retirada por reestructuración, pero aduciendo su condición de madre cabeza de hogar y antes de surtirse el retiro de la entidad accionada, fue nombrada como profesional universitaria.*”

Por virtud de la Convocatoria Nro. 433 de 2016, del ICBF, reglamentada mediante Acuerdo Nro. 20161000001376 del cinco (5) de septiembre de 2016, para proveer vacantes en el empleo identificado con el Código OPEC Nro. 39873, su cargo fue ofertado para ser proveído mediante concurso, al cual aspiró ocupando el puesto número 14 de la lista de elegibles, por lo cual no obtuvo el puntaje requerido para ocuparlo en propiedad. Adujo entonces, que ella tiene condición de madre cabeza de familia de la joven Daniela Salguero Lozano quien tiene una situación de invalidez, pues nació siendo invidente; por ello su compañero permanente y padre de la joven, luego de haber dejado de desempeñar la labor que ejercía como asesor comercial, resolvió dedicarse al cuidado de la joven pues no contaban con nadie más para ello, convirtiéndose por ende en la única proveedora del hogar; explica que su hija en la actualidad está tomando un curso de música, pues tiene como aspiración realizar estudios superiores en la universidad.”

(...)

Es por ello que el caso en concreto y contrario a lo aseverado por el juez *a quo* la condición de madre cabeza de familia que pregona la accionante, en aplicación de los parámetros jurisprudenciales establecidos a fin de la determinación de dicha calidad, los mismos se encuentran presentes para este caso, pues si bien la accionada puso en tela de juicio tal condición respecto de la tutelante, se itera concurren los requisitos legales que demuestran que la misma ostenta tal calidad, habida cuenta que i) tiene a cargo la responsabilidad de su hija en condición de discapacidad, lo que no está en juicio, (...) presenta enfermedad *“AMAUROSIS BILATERAL SECUNDARIA a) RETLNOPATÍA DE LA PREMATURIDAD”* con un PCL del 70% y un grado de severidad *“PROFUNDA”*² situación que sin duda alguna conlleva a concluir que requiere la asistencia de terceras personas para el desarrollo de sus más elementales actividades. ii) La referida responsabilidad es de carácter permanente, ya que la misma no ha variado desde *“07/01/1999*, labor que inclusive fuera reconocida por la accionada. iii) Y si bien, a pesar que la accionante al parecer sostiene una convivencia con el padre de la menor en situación de discapacidad, dentro de dicha relación se presenta una *“deficiencia sustancial de ayuda”* por uno de los miembros del núcleo familiar, bajo el entendido de que éste se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias como padre, en parte debido a la especial condición de discapacidad que aqueja a la hija en común quien necesita cuidado continuo ya que, por una parte, está expuesta a peligros que pueden atentar contra integridad personal, y de otra, no



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 03 2019

puede valerse por sí misma, lo que resulta en la *"responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar"*.

4.2. Bajo ese entendido, respecto de las circunstancias fácticas determinadas en este caso con relación a la condición que ostenta la actora como madre cabeza de familia, esta Corporación bajo el principio del acto propio encuentra que las actuaciones previas de la accionada con relación a la reubicación de la actora en otros cargos por cuenta de su "especial situación familiar" tal como la encartada y la accionante así mismo lo afirmaron, por lo que de dicho acto se suscitó una confianza entre la accionante y la accionada lo que de suyo implica que se deben excluir las conductas que no incidan o sean ajenas a la relación jurídica establecida con dichas actuaciones o en palabras de la Corte Constitucional que el ICBF no "desconozca sus actuaciones previas, con base en las cuales ha generado en otros una situación particular y concreta."

Finalmente, es de anotar qué lo expuesto por esta Corporación de lejos comporta una intromisión en la autonomía nominadora de la entidad accionada, pues lo que aquí se busca es la protección especial de un grupo especial de trabajadores los cuales no deben pasarse por alto en sede constitucional, lo que de contera impone que respecto de la pretensión de la tutelante respecto de la creación de cargo a fin de su vinculación resulte a todas luces improcedente.

Con fundamento en líneas anteriores, esta Corporación encuentra necesario amparar de manera transitoria el derecho al mínimo vital, al trabajo y a la seguridad social ante el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales, motivo por el cual la Sala se revocará la sentencia recurrida que negó el amparo solicitado y en su lugar, se accederá a tutelar los derechos en mención y como consecuencia se ordenará a la accionada que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a efectuar el nombramiento en provisionalidad de la señora en un cargo que se encuentre vacante y que sea de igual o superior jerarquía al que ocupaba siempre y cuando el mismo sea afín con su perfil profesional o, en caso de que en la actualidad no se encuentre vacante un cargo de dichas características proceda al nombramiento de la accionante dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a que se produzca dicha vacante"

La Sala de Decisión revocó la sentencia del Juzgado y tuteló el derecho fundamental al mínimo vital, al trabajo y a la seguridad social ordenando que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a efectuar el nombramiento en provisionalidad de la accionante en un cargo que se encuentre vacante y que sea de igual o superior jerarquía al que ocupaba

Rad. 004 2018 00075 01 (19 02 2019) acta 015. M.P. Dr. Oscar Fabián Combariza Camargo.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 03 2019

SALVAMENTO DE VOTO. Reitero mi postura en el sentido que la decisión familiar, atingente a que uno de los progenitores sea quien se quede en el hogar al cuidado de la joven, no conlleva automáticamente al reconocimiento de padre o madre cabeza de familia del otro progenitor, como así lo pretende la accionante.”

Extracto:

“ Es evidente que la accionante, ha puesto de presente su situación familiar, sin embargo, ello no es un tema que de entrada autorice al Juez de Tutela para abrogarse asuntos que corresponden a otras especialidades, más aún cuando no existe abandono total del otro progenitor, condición para en principio hablar de madre cabeza de familia, por el contrario, que la actora asumiera la responsabilidad económica del hogar al parecer fue una decisión familiar, además que en este evento no se corrobora la existencia de perjuicio irremediable.

La presunta transgresión aludida se deriva de la ejecución de ese acto administrativo – que la desvincula del cargo – el que se itera, puede ser demandado ante el Juez Administrativo.

Así entonces, estimo que la señora cuenta con otros mecanismos para lograr el restablecimiento de sus derechos e incluso solicitar y obtener la suspensión del acto administrativo – Artículo 229 Ley 1437 de 2011 – y de forma definitiva la revocatoria de éste o la orden de reubicación, con las condenas pecuniarias a que haya lugar, en consecuencia, este tópico no puede ser objeto de tutela, máxime cuando no ha quedado demostrada la necesidad de intervención inminente del Juez Constitucional, incluso por no avizorarse perjuicio irremediable que hiciera procedente la protección constitucional, porque, se insiste, aunque se ha hecho alusión a varias circunstancias específicas, no hay prueba que efectivamente tanto la aquí petente como el cónyuge de la accionante no puedan buscar oportunidades laborales para suplir las necesidades del hogar.

De otro lado, en la decisión de Sala Mayoritaria, se afirma que aunque al parecer el padre de la joven discapacitada, sostiene una convivencia con ésta, dentro de la relación familiar se presenta una “*deficiencia sustancial de ayuda*” por uno de los miembros del núcleo familiar, afirmando que éste se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias como padre debido a la especial condición de la hija quien requiere cuidado continuo. No obstante lo anterior, reitero mi postura en el sentido que la decisión familiar, atingente a que uno de los progenitores sea quien se quede en el hogar al cuidado de la joven, no conlleva automáticamente al reconocimiento de padre o madre cabeza de familia del otro progenitor, como así lo pretende la accionante.”

Rad. 004 2018 00075 01 (19 02 2019) M.D. Dr. Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear

Henry Moreno Macias

Relator

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 03 2019