

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO – TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA
BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 007 – OCTUBRE DE 2013**

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA

ACCIÓN DE TUTELA PARA DEJAR SIN EFECTO EL TRASLADO DE GUARDIÁN DEL INPEC – No procede cuando no se demuestran circunstancias especiales que demanden con urgencia el amparo ni la existencia de perjuicio irremediable. **Página 9.**

ALLANAMIENTO A LOS CARGOS – Excluye la posibilidad de solicitar la libertad por vencimiento de términos. **Página 37.**

ANULACIÓN DEL ALLANAMIENTO A LOS CARGOS – Debe ser consecuencia de la presencia de vicios del consentimiento o de la vulneración de garantías fundamentales, y no por la supuesta asesoría errónea o la hipotética inducción al error por parte de la defensa técnica. **Página 36.**

DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA – No hay lugar a ella cuando la adición de la acusación incluye hechos y circunstancias no atribuidas en la imputación. **Página 40.**

DERECHO A LA SALUD – El no tener convenio ya con el médico especialista no autoriza a la EPS para interrumpir la continuidad del tratamiento. **Página 2.**

DEMANDA LABORAL – Debe contener la prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas demandadas. **Página 32.**

DEMANDA LABORAL – Las normas y la jurisprudencia citadas deben incluirse en el epígrafe de los fundamentos de derecho y no en el epígrafe de los hechos. **Página 32.**

DESACATO – Es necesario requerir al superior jerárquico del presunto infractor y abrir proceso disciplinario contra aquel si el incumplimiento persiste. **Página 31.**

DERECHO A LA SALUD EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO – A las entidades promotoras de salud corresponde, con facultad de recobro ante la respectiva entidad territorial, la atención de quienes padecen enfermedades catastróficas. **Página 15.**

DERECHO A LA SALUD EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO – La atención en salud corresponde a las EPS y la financiación a la respectiva entidad territorial. **Página 4.**

DERECHOS A LA IGUALDAD Y AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA – Se vulneran cuando la cancelación de la cédula de ciudadanía tiene su origen, sin ser ello cierto, en la muerte de la persona. **Página 29.**

DERECHO AL TRABAJO DE LOS RECLUSOS – Se vulnera cuando no se asigna, después de un plazo más que razonable, actividad alguna que permita la redención de la pena. **Página 26.**

DESISTIMIENTO TÁCITO – No hay lugar a su declaración cuando se modifica la carga procesal impuesta a la parte sancionada y no ha transcurrido el término legal para cumplir con ella. **Página 20.**

INCIDENTE DE DESACATO – Ni su apertura ni la providencia que lo resuelve deben ser notificadas de manera personal. **Página 24.**

INTERESES MORATORIOS DEL ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993 - La tasa de interés aplicable es la vigente al momento del pago. **Página 34.**

INTERESES MORATORIOS DEL ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993 – Se causan hasta tanto sea satisfecha la totalidad de la obligación pensional. **Página 34.**

INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA - El juez no puede, en uso de tal potestad, variar la clase de responsabilidad en ella expresamente solicitada. **Página 23.**

NOTIFICACIÓN PERSONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE CESA EN SU EMPLEO A UN SERVIDOR PÚBLICO – No es necesaria cuando no se tiene claridad sobre la provisionalidad o propiedad del empleado y su desvinculación es consecuencia de un concurso de méritos. **Página 13.**

NULIDAD DEL ALLANAMIENTO A LOS CARGOS POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD – No es posible, cuando se trata de concurso homogéneo de delitos o delito continuado, adecuar todos las acciones en una sola conducta punible. **Página 36.**

RECOBRO AL FOSYGA – El juez de tutela tiene potestad para decidir sobre él. **Páginas 4 y 15.**

RECOMPENSAS – No se generan por la venta de un bien durante la vigencia de la sociedad conyugal o por su distracción u ocultamiento. **Página 15.**

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – La aniquilación de culpas por el ejercicio simultáneo de actividades peligrosas exige equivalencia entre los medios utilizados para causar el daño. **Página 6.**

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – No existe obligación de reparar cuando el daño lo ocasiona el hecho de un tercero. **Página 6.**

SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES – A su haber ingresan las cosas que existen y están en cabeza de los compañeros al tiempo de la declaración de la disolución. **Página 15.**

TRATAMIENTO INTEGRAL - El fallo de tutela no se puede agotar en la simple orden de autorización de citas médicas y la entrega de medicamentos prescritos. **Página 15.**

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL MÍNIMO VITAL, A LA VIDA Y A LA SEGURIDAD SOCIAL – Quien ha obtenido el reconocimiento judicial de la sustitución pensional no deber ser sometido a otro proceso para lograr el cumplimiento de dicho fallo. **Página 19.**

SALA CIVIL-FAMILIA:

DERECHO A LA SALUD – El no tener convenio ya con el médico especialista no autoriza a la EPS para interrumpir la continuidad del tratamiento.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Resolución 5261 de 1994, artículos 10 y 14.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-016 de 2007, T-999 de 2008, T-816 de 2008 y T-238 de 2003.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Luego el problema jurídico a resolver consiste en determinar ¿si como lo concluyó la juzgadora de primera instancia se vulneraron los derechos a la salud y vida digna del accionante, al no autorizarse por la EPS., la continuación de un tratamiento médico con un profesional que actualmente no está adscrito a su red de servicios?

Desde esta perspectiva el derecho a la salud, dado su carácter de fundamental, tiene una protección reforzada que debe ser reconocida, inclusive, por quienes

están en la obligación, legal o contractual, de garantizar a través de los distintos planes de salud las prestaciones que deriven de las contingencias y sin que puedan socavar, esgrimiendo múltiples pretextos, el contenido del derecho señalado.

Ahora bien, en cuanto al diagnóstico médico como componente del derecho fundamental a la salud es necesario relievár, de acuerdo con el precedente jurisprudencial, que está compuesto por tres preceptos “(i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles.”; y la imposibilidad de los jueces para decidir sobre la idoneidad de tratamientos y medicamentos, así como sobre la contratación que deben llevar a cabo las entidades promotoras de los servicios en salud.

En síntesis, la regla de la libre escogencia, en primer lugar, es inherente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y en segundo lugar, es un mandato de doble vía: por un lado, están las EPS que tienen el derecho de manera libre y autónoma a contratar con las IPS y con los profesionales que consideren necesarios con el fin de ofrecerle a sus afiliados una red de servicios completa; y por el otro lado, están los afiliados que tienen el derecho a escoger, dentro de las posibilidades ofrecidas por la EPS, la IPS donde desean ser atendidos.

Además, el máximo Tribunal Constitucional ha indicado que el tratamiento no solo debe ser integral sino que, en lo posible, debe ser continuo, es decir, en las mismas instituciones y con los mismos profesionales, a menos que haya un cambio en el diagnóstico que implique un cambio de tratamiento. De esta manera, lo ideal es que mientras sea posible, el paciente reciba todo el tratamiento de manera uniforme y según el diagnóstico que se le haya dado inicialmente, teniendo en cuenta además, la enorme influencia que tiene la relación de confianza entre el paciente y su médico tratante.

En este sentido resulta pertinente mencionar los eventos en los cuales, según la ley, las EPS tienen la obligación de cubrir los servicios prestados a sus usuarios en instituciones que no pertenecen a su propia red de servicios.

En la resolución 5261 de 1994 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), ha establecido dicho reembolso en los siguientes casos:

- Cuando el usuario es atendido por urgencias en su fase inicial,
- Cuando el usuario es atendido en una IPS que no pertenece a la red de servicios de su EPS, con autorización expresa y escrita de esta y,
- Cuando hay incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus propias instituciones.

En el *sub-judice*, revisado el informativo encuentra la Sala que la accionada si bien tiene la potestad de contratación, en su ejercicio no puede afectar el derecho a la continuidad del tratamiento médico del accionante, y como hasta la fecha como

acertadamente lo concluyó la juzgadora de primer grado, no ha demostrado la garantía de uno en las mismas condiciones, procede la protección otorgada puesto que no es posible someter a un paciente de 73 años de edad, a una interrupción injustificada del mismo. No se puede pasar por alto que el tratamiento médico se inició con autorización de la NUEVA EPS S.A., en la Fundación Reina Isabel con el médico especialista multicitado, situación que no contradijo la accionada, quien dentro del escrito de impugnación se limitó a referir que el procedimiento se realizará a través de la IPS, con la que tengan convenio, sin determinar la IPS y si en ella cuenta con especialistas en el área de la medicina que requiere el accionante

En este orden de ideas, la impugnante debe garantizar el tratamiento determinado por el médico nefrólogo LUIS MARIANO OTERO VEGA, en la Institución Fundación Reina Isabel, hasta tanto no proporcione al accionante una gama de opciones dentro de las entidades con las cuales tenga convenio para ser atendido bajo las mismas condiciones y con galenos idóneos en la especialidad que requiere para patologías que le aquejan.

Así las cosas, se confirmará la sentencia adiada 31 de julio de 2.013, proferida por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE PALMIRA (VALLE), adicionando el numeral segundo en el sentido expuesto en el párrafo que antecede.

Sentencia de tutela de segunda instancia (T-116-13) del 17 de septiembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: adiciona la sentencia impugnada.

DERECHO A LA SALUD EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO – La atención en salud corresponde a las EPS y la financiación a la respectiva entidad territorial/RECOBRO AL FOSYGA – El juez de tutela tiene potestad para decidir sobre él.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Acuerdo 008 de 2009; Decreto 806 de 1998, artículos 14 y 31; Ley 100 de 1993, artículo 215; Ley 715 de 2001, artículo 43; Ley 1122 de 2007, artículo 20; Ley 10 de 1990, artículo 6 y Resolución 548 de 2010.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-657 y T-709 de 2008 y T-780 de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Luego, el problema jurídico se circunscribe a determinar ¿si a la EPS-S accionada le corresponde la prestación de los servicios y atenciones excluidos del POS-S., que en salud requiere la paciente?

En ese orden de ideas, no cabe duda que en los regímenes de salud, contributivo y subsidiado, los primeros llamados a garantizar el desarrollo del derecho fundamental son las EPS y las EPS-S., en su orden, a quienes corresponde gestionar lo pertinente para cubrir las contingencias que, respecto a la salud, presenten sus afiliados, sin que dicha obligación implique, *per se*, que les corresponda asumir financieramente el servicio requerido.

Así las cosas, cuando en el régimen subsidiado las EPS-S alegan que la prestación que se requiere no es parte de los contenidos del POS-S, no es al afiliado a quien corresponde gestionar lo pertinente para acceder a los servicios excluidos del POS-S., sino a la EPS-S como garante, ya sea prestarlos directamente para luego recobrar su costo frente a la entidad territorial pertinente, una vez agotados los presupuestos señalados en la Resolución 548 del 12 de febrero de 2010 o gestionar y adelantar los trámites pertinentes frente a la entidad territorial a fin de coordinar con esta su prestación, sin que tales diligencias correspondan al afiliado quien precisamente busca protección de su derecho a la salud y no puede verse compelido al agotamiento de trámites administrativos.

En el presente caso, resulta claro que debido a la patología (Hipertrofia de mamas) que padece MIREYA QUIÑONES BUENAÑOS, el servicio médico no POS-S., le corresponde brindarlo a la EPS-S. EMSSANAR ESS., como llamada en primer lugar a atender las contingencias de salud del antes mencionado pese a que la responsabilidad en el financiamiento corresponde a la entidad territorial, en su totalidad.

Entendido que la EPS., accionada debe brindar a la paciente la atención médica prescrita por el galeno tratante como tratamiento integral y teniendo en cuenta que no se puede hacer más gravosa la situación de dicha entidad, es obvio que con el fin de evitar el desequilibrio financiero, se autorice que los gastos en los que incurra la EPS-S., con ocasión del cumplimiento a la orden impartida por la *a-quo* y en ésta determinación, sean cubiertos por el correspondiente ente territorial, en este caso, la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, siempre y cuando dicho servicios se encuentren excluidos del POS.S, pues si bien esta Sala en sus últimos pronunciamientos había señalado que la facultad de recobro procedía por ministerio de la ley, lo cierto es, que tal mandato si es viable otorgarlo en los fallos de tutela de conformidad con la sentencia T-780 proferida el 9 de octubre de 2012 dentro del expediente T-3551424 donde con ponencia del doctor LUIS ERNESTO VARGAS SILVA la H. Corte Constitucional señaló:

“Por lo tanto, puede concluirse, que corresponde al Estado garantizar con recursos propios la prestación del servicio de salud, cuando la persona que requiere del mismo, no tiene la capacidad económica para sufragar su costo; además se ha reiterado que la EPS es la llamada a prestar el servicio de salud, teniendo la facultad de ejercer el derecho de recobro ante las entidades territoriales correspondientes tratándose de servicios no POS, dentro del régimen subsidiado de salud.”

Conforme al citado criterio jurisprudencial, se puede concluir, que cuando se le impone a la EPS., asumir unas responsabilidades que exceden los límites contractuales y legales, se altera necesariamente en el equilibrio financiero de estas entidades y por tanto del propio sistema, razón que fue la que motivó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional hubiera definido como regla, que cada vez que se ordene a una EPS., asuma una prestación de un servicio médico que se encuentre excluido del POS, el juez de tutela debe garantizar el derecho a recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social (FOSYGA) o correspondiente ente territorial, dependiendo si se trata de régimen contributivo o subsidiado.

Para aquellos tratamientos, medicamentos y/o procedimientos que no se encuentren dentro del Plan Obligatorio de Salud y deba prestar la EPS., accionada en razón del tratamiento ordenado, procede la aplicación de lo dispuesto en la Resolución 548 del 12 de febrero de 2010, con el fin de que sea cubierta la erogación que tiene que realizar la referida EPS., con ocasión del cumplimiento del fallo de tutela proferido en dicha instancia.

En acatamiento de la norma citada, es totalmente procedente en el sub examine ordenar expresamente el recobro ante la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA por aquellos procedimientos, medicamentos y aditamentos que no se encuentren dentro de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado en razón al procedimiento quirúrgico y tratamiento médico que la EPS-S. EMSSANAR debe brindar a la paciente MIREYA QUIÑONES BUENAÑOS.

En este orden de ideas, se adicionará el numeral segundo de la sentencia proferida el 16 de abril de 2.013 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Palmira (Valle).

Sentencia de tutela de segunda instancia (T-119-13) del 17 de septiembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: adiciona la sentencia impugnada.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – La aniquilación de culpas por el ejercicio simultáneo de actividades peligrosas exige equivalencia entre los medios utilizados para causar el daño/RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – No existe obligación de reparar cuando el daño lo ocasiona el hecho de un tercero.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 422y 2356; Código de Procedimiento Civil, artículo 177.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 26 de mayo de 2010, con ponencia de Ruth Marina Díaz Rueda y 1997-03001-01 del 2 de mayo de 2007, con ponencia de Pedro Octavio Munar Cadena.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Del *petitum* se colige que la parte actora persigue la declaratoria de responsabilidad civil por los daños y perjuicios sufridos con ocasión del fallecimiento de las señoras ALBA ROSA CARDONA DE AYALA y ROSALIA CARDONA OSPINA, el día 4 de abril de 2001, en un accidente de tránsito.

Como es bien sabido, aquellos litigios relacionados con reclamaciones por daños derivados de accidentes de tránsito se enmarcan dentro de la responsabilidad originada por las actividades peligrosas, cuyo fundamento legal se encuentra en el artículo 2356 del Código Civil, norma que consagra una presunción de culpa de quien promueve o se lucra con dicha gestión. Por tal motivo, sólo se puede desvirtuar la aludida consecuencia cuando se prueba “*causa extraña, fuerza mayor*”

o caso *fortuito*”, debiéndose destacar que, en todo caso, la prenotada presunción no releva al perjudicado de soportar la carga procesal que de conformidad con el artículo 177 del estatuto adjetivo, le obliga acreditar la ocurrencia del hecho causante del daño, y su cuantía, así como el respectivo nexo de causalidad.

Dicho de otro modo, esa presunción de culpabilidad surgida del desarrollo de actividades peligrosas releva al afectado de su carga de probar la culpa, pues le corresponde demostrar el hecho u omisión, el daño sufrido y la relación de causalidad entre uno y otro. En este caso, el responsable sólo puede exonerarse de la responsabilidad consiguiente, afirmando y demostrando que el daño ocurrió sin culpa alguna, esto es, que hubo un caso fortuito, fuerza mayor o culpa exclusiva de un tercero o de la misma víctima; si la causal de exoneración resulta ser la que produjo el daño en forma exclusiva, la exoneración será total, si por el contrario, es concurrente, será parcialmente proporcionada al influjo que esa culpa extraña tuvo en la producción del perjuicio.

Sin embargo, y con el fin de aclarar uno de los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia, es necesario señalar que cuando los sujetos que participan del suceso, simultáneamente despliegan una actividad que supone riesgo, la presunción de culpa, puede aniquilarse mutuamente. De donde se sigue que para poder determinar la aniquilación de culpas por concurrencia de actividades peligrosas es imperativo para el juzgador establecer la equivalencia en la potencialidad dañina de los intervinientes.

Así las cosas, en el *sub lite* se imponía para acoger tal doctrina, analizar ¿si en las actividades desarrolladas en el accidente de tránsito ocurrido el 4 de abril de 2.001, existía equivalencia entre los medios utilizados para producir el daño?

En la sentencia de primera instancia se dijo que al haber estado todos los vehículos en marcha, operaba la aniquilación de las culpas, postura que a juicio de esta corporación debe ser corregida, en consideración a que a pesar que todos los automotores estaban en marcha (la buseta, el Renault 9 y la moto), por razones de lógica no se establece una equivalencia en la potencialidad dañina de un bus de servicio público con la de una motocicleta Honda C-70 en la que se desplazaban las fallecidas con el impacto.

En efecto, a simple vista se aprecia la abultada desproporcionalidad en el tamaño de ambos automotores, pues mientras que la buseta es lo suficientemente grande como para transportar 27 pasajeros, la moto tras ser pequeña y de bajo cilindrare solo podía transportar dos personas. Entonces por cuestiones de volumen, peso y fuerza mecánica de los automotores, debe entenderse que no existe equivalencia entre el riesgo generado por cada vehículo, pues se concluye que el riesgo potencial del bus es mayor comparado al riesgo que pudo generar la motocicleta.

Por tanto, al vislumbrarse una notoria desigualdad en la potencialidad de riesgo generado por los dos vehículos, surge como inexorable consideración enmarcar el análisis del *sub-examine* bajo la culpa presunta, pese a que ambas partes ejercían actividades peligrosas, en tanto como quedó visto no opera la neutralización de la presunción de culpas, por cuanto no se cumplen los parámetros estructurados por la jurisprudencia transcrita.

En tal estado de cosas para que la parte demandada pueda exonerarse de responsabilidad, le competía demostrar que el suceso, se produjo por cuenta de una causa extraña, es decir, un caso fortuito, el hecho exclusivo de la víctima o el de un tercero. En consecuencia, el segundo problema jurídico que plantea la alzada, se contrae a determinar, ¿si como lo dijo el *a quo*, se demostró que el motivo que desencadenó el accidente, fue el actuar imprudente del demandado HERNAN GERARDO RIOS SUAREZ, configurando a su vez el hecho de un tercero?

Precisamente, el extremo demandado conformado por la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE TULUÁ, y los señores MARTHA ALICIA RAMÍREZ -propietaria- y LUIS FERNANDO GUAPACHA PÉREZ -conductor-, fundaron su defensa en que el accidente se produjo por *culpa de un tercero*, específicamente del co-demandado HERNAN GERARDO RIOS SUAREZ, quien conducía el vehículo sedán, marca Renault 9 de placas PEF-277 y al tomar la vía principal, no hizo el PARE golpeando al autobús que se desplazaba, a la altura de la rueda trasera, lo que le hizo perder el control invadiendo el otro carril por el que venían de frente las dos mujeres víctimas fatales.

El Juzgado de primera instancia, acogió íntegramente el planteamiento expuesto por los demandados, declarando probada la excepción de *“culpa de terceros”*, dando por sentado que el accidente, en efecto, se produjo no por impericia del conductor de la buseta, sino por causa atribuible a HERNAN GERARDO RIOS SUAREZ, y así entonces entendió que el insuceso acaeció por una pérdida de control de la buseta a causa del golpe que recibió del otro vehículo que no atendió la señal de PARE.

Esta Sala de decisión, comparte la conclusión a la que arribó el *a quo*; luego habrá de confirmarse la sentencia por cuanto, I) El actuar del demandado HERNAN GERARDO RIOS SUAREZ, fue el detonante para que el otro conductor perdiera el control de la buseta y fuera a parar al carril contrario; y, II) contrario a lo expuesto en la alzada, no se establece de las pruebas recaudadas que el conductor de la buseta haya actuado imprudentemente antes del insuceso, ni desde cuando fue golpeado por el otro vehículo en su parte trasera.

Lo primero, encuentra pleno sustento en la declaración recepcionada al testigo HUMERTO DÁVILA, quien al ser indagado sobre las circunstancias del accidente manifestó, *“(…) yo iba mas o menos a una distancia de 100 metros, detrás de la buseta, cuando vi un Renault blanco que salió de una calle del barrio la esperanza e impactó la buseta como donde van las llantas de atrás, la buseta perdió el control y se pasó al otro carril y de allá para acá ya venían las dos señoras en la moto que se estrellaron de frente contra la buseta”*. Y luego al ser preguntado sobre el respeto del conductor del Renault a la señal de PARE, afirmó: *“Sí, en el pavimento había una señal de pare estaba un poco borrosa pero se veía”*

Pero además no puede dejar de advertir el Tribunal que la Fiscalía 28 delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Tuluá, mediante providencia interlocutoria del 14 de enero de 2004, precluyó la investigación contra el señor LUIS FERNANDO GUAPACHA PÉREZ por el delito de homicidio, mientras que al mismo tiempo formuló resolución de acusación contra HERNAN GERARDO RIOS SUAREZ como probable autor responsable de dicho delito. El mencionado proveído fue recurrido en apelación por la defensa del acusado ante la fiscalía delegada ante el Tribunal,

siendo confirmado con resolución del 27 de febrero de 2004. En ambas providencias se consideró que la maniobra de la buseta se debió a la acción imprudente de RIOS SUAREZ quien al no hacer el PARE invadió la vía con prelación por la que se desplazaba la buseta, lo que motivó timonearla hacia la izquierda, invadiendo el carril por el que venían de frente las víctimas.

Por el contrario, de las pruebas aportadas por la parte demandante, en especial de las declaraciones de EUCARIS OSPINA DE ARBELAEZ, BEATRIZ ELENA FLOREZ ESPINOSA, JORGE ENRIQUE GONZÁLEZ, no se establece que el conductor del vehículo buseta, haya actuado imprudentemente, solo se trata de testigos de oídas que no estuvieron presentes en los hechos. Tampoco del croquis que se elaboró el día del accidente se establece que la buseta haya dejado tras de sí una línea de frenado, que permita afirmar que venía a alta velocidad, motivos que por sí solos impiden que haya lugar a revocar la sentencia apelada, pues lo que se establece es que el accidente se produjo por causa de un tercero, en este caso de HERNAN GERARDO RIOS SUAREZ, a quien en efecto se declaró civil y solidariamente responsable junto con el propietario del vehículo Renault 9. Hasta aquí se impone la confirmación de la sentencia.

Ahora bien, por lo que atañe al otro motivo de inconformidad, especialmente en lo que tiene que ver con los perjuicios materiales, tiénese que revisadas las pruebas documentales allegadas al expediente se advierte que todos los hijos de las occisas eran mayores de 25 años, y éstos a su vez ya tenían hijos, y por ende, no existía obligación de alimentos en términos de lo reglado en el artículo 422 del Código Civil, ni resulta creíble que las aquí occisas mantuvieran sus hijos, ya que cualquier apoyo económico que proporcionaran tenía un carácter voluntario sin que resulte válido hacerlo extensivo a terceros, por lo que en este punto se confirmara el proveído censurado.

Por lo que respecta a los perjuicios morales, y teniendo en cuenta que el abogado reprochó únicamente su *“baja cuantificación”*, censura que comparte esta Sala, habrá lugar a ordenar su ampliación para fijarlos en la suma de \$12.000.000.00, pero para cada uno de los(as) tres (3) hijos(as) de las víctimas. Lo anterior en uso del *arbitrium iudicis* al que ha permitido la Jurisprudencia acudir para su tasación, más aún si se tiene en cuenta que se trató de la pérdida de dos seres queridos, quienes eran madres y abuelas de los demandantes, además que debe tenerse en cuenta todo el desgaste que conlleva el adelantamiento de un dispendioso litigio como lo es un proceso ordinario.

Colorario de lo anteriormente expuesto, se confirmará la sentencia en lo tocante a que solo se declara como responsables solidarios a HERNAN GERARDO RIOS SUAREZ como conductor del vehículo Renault 9 de placas PEF-277, y a VICTOR DANIEL ZUÑIGA DELGADO como su propietario; lo mismo que se confirma la declaratoria de probada de la excepción de *“culpa de terceros”* propuesta por los otros demandados. Por lo que respecta a los perjuicios morales se dispone modificar el numeral 5° de la parte resolutive de la sentencia, para aumentar de \$4.000.000.00 a \$12.000.000.00 ese rubro por cada uno de los(as) hijos(as) de las víctimas, como se explicó atrás.

Sentencia de segunda instancia (2002-00063-02) del 20 de septiembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: modifica el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia apelada y confirma en lo restante.

ACCIÓN DE TUTELA PARA DEJAR SIN EFECTO EL TRASLADO DE GUARDIÁN DEL INPEC – No procede cuando no se demuestran circunstancias especiales que demanden con urgencia el amparo ni la existencia de perjuicio irremediable.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 29.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-468 de 2002, T-016 de 1995 y T-543 de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Luego, el problema jurídico a resolver se centra en establecer la procedibilidad de la acción de tutela frente a decisiones administrativas, lo cual es apreciable de las manifestaciones de la parte actora, quien reprocha de la entidad accionada haber dispuesto su traslado como dragoneante de la Penitenciaría del municipio de Tuluá (V), al municipio de Santo Domingo (Ant), a través de la resolución No. 000026 del 10 de enero de 2013, confirmada mediante acto administrativo No. 00095 del 26 de abril de 2013, circunstancia que a modo de ver del accionante es violatoria de sus derechos fundamentales.

Para tal efecto y como la afectación de los derechos que alega el reclamante provienen de un mismo hecho, serán analizados en su conjunto.

El debido proceso constituye una prerrogativa superior consagrada en el artículo 29 de la carta Magna y por su sola ubicación dentro del engranaje constitucional, resulta dable protegerlo ante aquellos actos tendientes a conculcarlo, siempre que las condiciones particulares del caso, dirijan a ello, sin descontar por supuesto, que la imperiosa necesidad de salvaguardarlo surge también del real sentido y alcance que su ejercicio connota para los habitantes de un Estado como el nuestro, con caracteres sociales de derecho, donde la democracia, la participación y el pluralismo se erigen como estandartes que deben guiar inclusive el ejercicio del poder y el manejo de la cosa pública; la norma que lo consagra, a la letra dice:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable.

Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

El desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la norma transcrita conduce a concluir que este derecho se patentiza cuando dentro de los vaivenes de las actuaciones ya judiciales ora administrativas, se verifique que las mismas:

1. Se ciñan en un todo a la normatividad imperante, vigente y preexistente para la época en que ocurrieron los hechos,
2. Se adelanten ante la autoridad que ostente la competencia para ello, y por último
3. Se hubieren desarrollado aplicando las formalidades previstas para cada actuación.

4.5.3. Pero no solo eso exige el respeto a tal prerrogativa, sino que el acatamiento al debido proceso se traduce en que quien intervenga en cualquier diligencia de las naturalezas anotadas, como sindicado, denunciante, demandante, demandado o en la calidad que se le haya reconocido, pueda presentar pruebas y a controvertir las que se aporten en su contra, al igual que a impugnar las decisiones que en su contra se profieran.

Presupuestos que en el *sub examine* se cumplieron a cabalidad, pues la resolución No. 00026 de junio 10 de 2.013, a través de la cual se dispuso “*el traslado de unos integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional*”, fue notificada al aquí accionante, quien en ejercicio del derecho de defensa interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, el cual le fue resuelto en forma desfavorable a sus intereses el 26 de abril de la referida anualidad, indicándose que con el recurso de reposición quedaba agotada la vía gubernativa, en otras palabras, en la aludida actuación administrativa se respetó el debido proceso al accionante.

Y como la acción de Tutela tienen naturaleza residual no es el mecanismo para atacar el contenido de la referida resolución, dada la existencia del medio de defensa judicial idóneo como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues en cabeza de dicha autoridad es que se radica la competencia para resolver este tipo de controversias, siendo ella eficaz para tal efecto.

En consecuencia, ante la existencia de esta vía de protección judicial, la tutela resulta improcedente para controvertir tal acto, dado el carácter subsidiario de esta acción constitucional.

Y aunque el anterior criterio no es absoluto, por cuanto, pese a la existencia del medio de defensa judicial, la Corte Constitucional ha aceptado para casos como el aquí propuesto, la procedencia de la acción de tutela en circunstancias especiales y que demandan con urgencia el amparo constitucional: (i) cuando el acto de traslado es intempestivo, arbitrario y atenta contra la unidad familiar; (ii) cuando con el

mismo se coloca en grave riesgo la vida, la salud o la integridad personal del trabajador o algún miembro de familia; y (iii) cuando atenta contra el derecho de los niños a tener un familia.

Aplicando tal criterio jurisprudencial al caso objeto de estudio, evidencia la Sala, según lo demuestra la documentación anexa al encuadernamiento que efectivamente el accionante padece una enfermedad a nivel de columna vertebral baja (lumbar), con limitación para manipulación de cargas y ejercicios repetitivos, asociado a dolor que se irradia a miembro inferior derecho. Además presenta enfermedad infecciosa por lo cual se dan las siguientes recomendaciones: a) No levantar o transportar cargas superiores a 5 kg de peso, b) no subir o bajar escaleras de manera continua, c) no exponerse al riesgo biológico en sistemas de alcantarillado o residuales contaminadas, d)no caminar por trayectos largos, trotar, correr o practicar deportes de choque, e) evitar posturas forzadas o prolongadas de la columna vertebral lumbar (cunclillas, agachado); f)evitar el desplazamiento por escaleras verticales. Alternar posturas sedente y de pie continuamente. Actualizar concepto médico un mes antes de finalizar estas restricciones laborales y g) continuar tratamiento médico con especialista de su EPS.

Pero también es cierto, según se extrae del escrito de contestación de la Tutela que las recomendaciones de salud del Dragoneante LOPEZ MOLANO, han sido acatadas por la directora de la penitenciaria de Santo Domingo, pues su labor consiste en abrir y cerrar rejas de la guardia y efectuar anotaciones, además como resaltó el juez de primer grado se le han garantizado los servicios básicos de salud en el Hospital de la Región y si requiere atención médica especializada se le brindará en la ciudad de Medellín. Es de anotar que no se demostró dentro del plenario que en el municipio donde prestaba con anterioridad sus servicios toda la atención médica brindada fuera del nivel III y IV, pues de la historia clínica aportada se desprende que incluso se le han prestado servicios en centros asistenciales de la ciudad de Cali y Palmira (folios 29 a 39), razones suficientes para concluir que con el traslado no se la ha vulnerado el derecho fundamental a la salud.

Tampoco el de la Unidad familiar pues no aparece probado el perjuicio irremediable que podría ocasionarse a su familia, puesto que se le han dado las garantías por parte de la accionada para que efectúe igualmente el traslado de su núcleo familiar al municipio donde debe laborar.

Así las cosas, el denominado *ius variandi* es entendido como “*la potestad del patrono en ejercicio de su poder subordinante para alterar las condiciones en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo de sus empleados*”. Sin embargo, esta facultad no debe ser entendida como absoluta, toda vez que tiene como límite el respeto de los derechos fundamentales de la persona y los derechos mínimos de los trabajadores contemplados en el ordenamiento jurídico colombiano, los que en el evento en estudio como ya se indicó no han sido conculcados.

Sean entonces las anteriores razones suficientes para confirmar la improcedencia de la petición de amparo deprecada por JAIRO ALBERTO LOPEZ MOLANO, por cuanto no resulta ser de la competencia del Juez Constitucional la revocatoria de las actuaciones realizadas por el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, básicamente porque el Código Contencioso Administrativo asigna a la jurisdicción de esa especialidad el juzgamiento de las actuaciones de la

administración cuando los funcionarios presuntamente pretermiten el procedimiento, luego, por imperio de ello y con soporte en lo previsto en el numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991, no es competencia de la acción constitucional su resolución, máxime cuando en el presente asunto no se evidenció la vulneración del debido proceso en la referida actuación administrativa, como tampoco la existencia de un perjuicio irremediable, pues éste aconteció por necesidad del servicio.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2013-00139-01) del 24 de septiembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: confirma la sentencia impugnada.

NOTIFICACIÓN PERSONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE CESA EN SU EMPLEO A UN SERVIDOR PÚBLICO – No es necesaria cuando no se tiene claridad sobre la provisionalidad o propiedad del empleado y su desvinculación es consecuencia de un concurso de méritos.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias C-279 de 2007, T-245 de 2007, T-109 de 2009, T-507 de 2010, C-533 de 2010, SU. 917 de 2010 y T-785 de 2011.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Descendiendo al caso *sub exámine* tiénese que el problema jurídico que plantea la impugnación estriba en determinar ¿si se vulnera el derecho al debido proceso si no se notifica personalmente el acto administrativo de desvinculación a un servidor público, del que no hay certeza de su provisionalidad o propiedad; por cuenta del nombramiento en carrera de otro quien sí superó satisfactoriamente las etapas de convocatoria 01 de 2005 que adelantó la CNSC?

A efectos de dar respuesta al anterior planteamiento debe precisarse delantadamente que sobre el carácter de la vinculación laboral de la accionante, si en propiedad o en provisionalidad, recae un gran manto de duda que impide dar plena credibilidad a las afirmaciones sobre el carácter de empleada de carrera.

En efecto, en el acto administrativo de terminación del nombramiento de la accionante, el mismo fue calificado como provisional, circunstancia que reitera la Gobernación en su escrito de impugnación, en donde sostiene que la demandante no fue nombrada en propiedad, luego no gozaba de la estabilidad que detenta un empleado en cuya designación han mediado esas condiciones. El único principio de prueba que apunta hacia la designación en carrera de la actora, es el acta de posesión de fecha 22 de diciembre de 2008, en donde figura que su incorporación fue en propiedad; sin embargo la misma Gobernación en respuesta a un derecho de petición que le envió la accionante manifiesta que ello obedece a un error del acta, pero no del acto administrativo del 12 de diciembre de 2008 que la nombró.

Esta postura se refuerza con las pruebas aportadas por la accionante, dentro de ellas el derecho de petición que ocasionó esa respuesta, adiado 29 de mayo de 2013, en la que ella misma afirma “...podría decirse que mi nombramiento en propiedad fue un error de la administración, y eso podría ser cierto, caso en el cual

la única vía para corregirlo sería la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la resolución 1281 del 12 de diciembre de 2008, pero esa opción ya no es posible...”, por el plazo de caducidad de 4 meses.

Pero además, advierte la Sala que el cargo que ocupaba la accionante, Auxiliar administrativo Código 07 Grado 08, fue ofertado por la accionante como vacante por la Gobernación del Valle, al punto que sobre él recayó la Oferta Pública de Empleos –OPEC- que realizó la Comisión Nacional del Servicio Civil, y que generó la aspiración y posterior nombramiento en carrera de quien superó satisfactoriamente el concurso. Por el contrario, la accionante ni en su escrito de tutela ni en la copia del derecho de petición que elevó a la Gobernación, afirma haber aprobado el concurso de méritos, solo sostiene que haber presentado el examen del concurso obedeció a un error al cual fue inducida por los propios funcionarios de la secretaría de educación y del sindicato al que está vinculada.

Estas circunstancias no las puede dejar de advertir al Tribunal, pues lo cierto es que la duda que existe sobre la calidad de provisional o de carrera de la accionante, es lo suficientemente grande como para afirmar irresponsable y apresuradamente que la demandante por su privilegiada posición, era acreedora de la estabilidad laboral propia de un empleado en propiedad. Ello no puede ser así.

Lo anterior entonces nos deja claro que, cuando se trata de nombramientos en provisionalidad, como muy probablemente ocurre en el caso de la accionante, la estabilidad laboral es muy restringida, pues el provisional está sujeto a que en cualquier momento tenga que hacerse a un lado, para dar paso a la persona que ha sido designada por concurso de méritos.

Bajo este panorama, y contrario a lo expuesto por *a-quo* no advierte entonces esta superioridad que se haya vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de la accionante a falta de notificación personal del acto administrativo que la desvinculó, pues lo cierto es que para dicho fin, solo le bastaba a la administración motivar el acto de retiro, que en este caso obedeció a la designación en carrera de un empleado en el mismo cargo, lo que ha sido establecido por la Corte Constitucional como una justa causa. Además, desde el preciso momento en que la accionante tuvo conocimiento de la terminación de su nombramiento, contó con la oportunidad de controvertir esa decisión, mediante los recursos de ley, sin embargo ello tampoco se avizora en el presente asunto, circunstancias éstas que justifican la revocatoria del fallo apelado en cuanto ordenó a la administración reintegrarla a su cargo.

Pero además advierte la Sala que la tutelante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, escenario idóneo y ante el cual deben debatirse sus pretensiones; máxime cuando la duda que existe sobre la calidad de su nombramiento es del ente suficiente como para no poder afirmar que la demandante es acreedora a la estabilidad de un empleado de carrera, pues lo cierto es que todo apunta a que no. Luego, estas circunstancias que deben ser debatidas frente al juez natural, mediante el procedimiento especial y en el escenario probatorio correspondiente, no en este breve y sumario que proporciona la tutela, como mecanismo residual.

Por tanto, la presente acción se torna improcedente en la medida que existen otros mecanismos de defensa judicial para proteger eficazmente los derechos que la accionante estima violados, de los que no se ha acreditado su empleo, con mayor razón cuando allí, desde el inicio, puede solicitar la suspensión provisional del acto a la afecta.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2013-0104-01) del 24 de septiembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: revoca la sentencia impugnada.

SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES – A su haber ingresan las cosas que existen y están en cabeza de los compañeros al tiempo de la declaración de la disolución/RECOMPENSAS – No se generan por la venta de un bien durante la vigencia de la sociedad conyugal o por su distracción u ocultamiento.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 180, 1774, 1795, 1801, 1802, 1803, 1804 y 1824; Código de Procedimiento Civil, artículos 135, 600 y 611, numeral tercero.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisiones 14607 del 30 de abril de 2008, ponencia del magistrado Orlando Quintero García y 2008-00093-01 del 12 de diciembre de 2011, con ponencia de la magistrada Bárbara Liliana Talero Ortiz.

NOTA DE RELATORÍA: se publica sin el extracto o compendio de la tesis.

Auto de segunda instancia (2008-00225-03) del 26 de septiembre de 2013, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García, Decisión: confirma el auto impugnado.

DERECHO A LA SALUD EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO – A las entidades promotoras de salud corresponde, con facultad de recobro ante la respectiva entidad territorial, la atención de quienes padecen enfermedades catastróficas/TRATAMIENTO INTEGRAL - El fallo de tutela no se puede agotar en la simple orden de autorización de citas médicas y la entrega de medicamentos prescritos/RECOBRO AL FOSYGA – El juez de tutela tiene potestad para decidir sobre él.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 100 de 1993, artículo 215; Decreto 806 de 1998, artículos 14 y 31; Ley 715 de 2001, artículo 43; Ley 10 de 1990, artículo 6; Ley 1122 de 2007, artículo 20 y Resolución 548 de 2010.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-518 de 2006, T-657 de 2008, T-709 de 2008; T-326 de 2010 y T-780 de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Es claro para esta corporación que es deber de las Entidades prestadoras de salud garantizar a los pacientes con Cáncer, todos los procedimientos y medicamentos POS y no POS, de tal manera, que al presentarse la correspondiente orden por parte de los galenos tratantes, corresponde a CAPRECOM EPS-S., emitir las autorizaciones y velar por una continuidad en el tratamiento, que no puede verse interrumpida por cuestiones administrativas, pues, es deber y obligación de la entidad prestadora de salud brindar una adecuada asistencia a su afiliado conforme a las normas que rigen la materia, aun más tratándose de un paciente que padece una enfermedad catastrófica.

Por tanto, el mandato de brindar al agenciado tratamiento integral a cargo de la EPS accionada no desborda, *per se*, el marco de sus obligaciones, toda vez que el fallo de tutela no se puede agotar en la simple orden de autorización de citas médicas y entrega de medicamentos prescritos, pues es palmario que con éste no se suministra el tratamiento completo necesario para la enfermedad que padece CHISTIAN ANDRES MERCHAN JANSASOY, y el Juez constitucional no puede permitir, que para cada diligencia, etapa o paso que requiera el tratamiento de una enfermedad se compela al afectado a instaurar una acción de tutela, como de hecho lo pone de manifiesto la avalancha de tutelas contra los encargados de velar por la adecuada prestación de salud en los distintos regímenes de salud, por tanto, la entidad accionada además de autorizar la valoración con ONCOLOGO, INFECTOLOGO E INTERNISTA, así como QUIMIOTERAPIAS, deberá prestar al paciente todo el tratamiento integral que se derive de la enfermedad catastrófica que actualmente padece, aún en aquellos casos que lo requerido exceda los contenidos del POS.

4Deriva de lo anterior, que la orden de tratamiento integral no puede comprender la atención de otras enfermedades que no han sido la causa de la acción de tutela, aunque se advierte, que mientras la persona este afiliada al sistema de seguridad social y cumpla con sus obligaciones esta en todo su derecho de recibir la atención requerida, y la entidad afiliadora en la obligación de atender la demanda de tales servicios, pues el no hacerlo constituye un grave incumplimiento de sus obligaciones.

Sin embargo, considera pertinente la Sala aclarar que lo aquí decidido en ningún momento autoriza al accionante a solicitar ilimitadamente tratamiento integral a favor de su agenciada, sino que ello se circunscribe a los medicamentos, exámenes, procedimientos, terapias, valoraciones y demás atención médica que requiera en procura de su recuperación y que sea ordenada por los galenos en relación con las patologías o enfermedades que actualmente padece, las cuales han sido certificada en el encuadernamiento.

Por último se deben considerar varias situaciones en cuanto a la financiación de los servicios, así como la garantía de prestación de los mismos frente a sujetos que se encuentran afiliados al SGSSS a través del régimen subsidiado.

Tratándose de atenciones y servicios contemplados en el Acuerdo 029 de 2011, no cabe duda que las prestaciones requeridas, corresponden tanto en su financiación

como en su prestación efectiva a la EPS-S a la cual se encuentra afiliado el accionante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215 de la Ley 100 de 1993 y en virtud de que los recursos del subsidio han sido asignados a dichas entidades previamente por las entidades territoriales, correspondiendo por lo tanto a las EPS-S la afiliación de los beneficiarios del subsidio y prestación, directa o indirecta, de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

Ahora bien, cuando se trate de exclusiones del POS-S., su financiamiento corresponde a la entidad territorial quien ha recibido del Sistema General de Participaciones lo correspondiente para atender a la población pobre en lo no cubierto con los subsidios de la demanda conforme a lo dispuesto en el numeral 43.2 del artículo 43 de la Ley 715 de 2001. De igual manera, corresponde a la entidad territorial, en nuestro caso a la SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL VALLE DEL CAUCA, las prestaciones en salud de segundo y tercer nivel de complejidad no cubiertas por el POS-S conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, el artículo 6 de la Ley 10 de 1990 y el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 en concordancia con la ley 1438 de 2.011. De allí que, en principio, corresponde a la entidad territorial los servicios no incluidos en el POS-S.

Además, la ley 1122 de 2007 no derogó de manera alguna las competencias de la entidad territorial en la financiación de los servicios de salud y la Ley 715 de 2001 señala que las competencias de la entidad territorial corresponde a una ley orgánica que goza de primacía constitucional, lo cual no implica de manera alguna que las entidades territoriales se encuentren sustraídas de la obligación de financiación y gestión para la prestación de los servicios no contemplados en el POS-S.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el accionante entre otros busca protección al derecho a la salud y por lo general, desconoce las normas que regulan el régimen subsidiado y el funcionamiento del sistema, por lo que no puede ser afectada por las trabas burocráticas y las negativas de asumir competencia, que de manera alternativa y muchas veces irreflexiva, realizan tanto las EPS-S como los entes territoriales, frente a las prestaciones médicas requeridas...

Desde esta perspectiva el derecho a la salud, dado su carácter de fundamental, tiene una protección reforzada que debe ser reconocida, inclusive, por quienes están en la obligación, legal o contractual, de garantizar a través de los distintos planes de salud las prestaciones que deriven de las contingencias y sin que puedan socavar, esgrimiendo múltiples pretextos, el contenido del derecho señalado.

En ese orden de ideas, no cabe duda que en los regímenes de salud, contributivo y subsidiado, los primeros llamados a garantizar el desarrollo del derecho fundamental son las EPS y las EPS-S., en su orden, a quienes corresponde gestionar lo pertinente para cubrir las contingencias que, respecto a la salud, presenten sus afiliados, sin que dicha obligación implique, *per se*, que les corresponda asumir financieramente el servicio requerido.

Así las cosas, cuando en el régimen subsidiado las EPS-S alegan que la prestación que se requiere no es parte de los contenidos del POS-S, no es al afiliado a quien corresponde gestionar lo pertinente para acceder a los servicios excluidos

del POS-S., sino a la EPS-S como garante, ya sea prestarlos directamente para luego recobrar su costo frente a la entidad territorial pertinente, una vez agotados los presupuestos señalados en la Resolución 548 del 12 de febrero de 2010 o gestionar y adelantar los trámites pertinentes frente a la entidad territorial a fin de coordinar con esta su prestación, sin que tales diligencias correspondan al afiliado quien precisamente busca protección de su derecho a la salud y no puede verse compelido al agotamiento de trámites administrativos.

En el presente caso, resulta claro que debido a la patología (cáncer LINFOMA NO HODGKIN B RICO EN TE HISTIOCITOS ISO INCISIONAL) que padece CHRISTIAN ANDRES MERCHAN JANSASOY, el servicio médico no POS-S., le corresponde brindarlo a la EPS-S. CAPRECOM., como llamada en primer lugar a atender las contingencias de salud de la antes mencionado pese a que la responsabilidad en el financiamiento corresponde a la entidad territorial, en su totalidad.

Entendido que la EPS., accionada debe brindar a la paciente la atención médica prescrita por el galeno tratante como tratamiento integral y teniendo en cuenta que no se puede hacer más gravosa la situación de dicha entidad, es obvio que con el fin de evitar el desequilibrio financiero, se autorice que los gastos en los que incurra la EPS-S., con ocasión del cumplimiento a la orden impartida por la *a-quo* y en ésta determinación, sean cubiertos por el correspondiente ente territorial, en este caso, la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, siempre y cuando dicho servicios se encuentren excluidos del POS.S, pues si bien esta Sala en sus últimos pronunciamientos había señalado que la facultad de recobro procedía por ministerio de la ley, lo cierto es, que tal mandato si es viable otorgarlo en los fallos de tutela de conformidad con la sentencia T-780 proferida el 9 de octubre de 2012 dentro del expediente T-3551424 donde con ponencia del doctor LUIS ERNESTO VARGAS SILVA la H. Corte Constitucional señaló:

“...Por lo tanto, puede concluirse, que corresponde al Estado garantizar con recursos propios la prestación del servicio de salud, cuando la persona que requiere del mismo, no tiene la capacidad económica para sufragar su costo; además se ha reiterado que la EPS es la llamada a prestar el servicio de salud, teniendo la facultad de ejercer el derecho de recobro ante las entidades territoriales correspondientes tratándose de servicios no POS, dentro del régimen subsidiado de salud.”

Conforme al citado criterio jurisprudencial, se puede concluir, que cuando se le impone a la EPS., asumir unas responsabilidades que exceden los límites contractuales y legales, se altera necesariamente en el equilibrio financiero de estas entidades y por tanto del propio sistema, razón que fue la que motivó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional hubiera definido como regla, que cada vez que se ordene a una EPS., asuma una prestación de un servicio médico que se encuentre excluido del POS, el juez de tutela debe garantizar el derecho a recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social (FOSYGA) o correspondiente ente territorial, dependiendo si se trata de régimen contributivo o subsidiado.

Para aquellos tratamientos, medicamentos y/o procedimientos que no se encuentren dentro del Plan Obligatorio de Salud y deba prestar la EPS., accionada en razón del tratamiento ordenado, procede la aplicación de lo dispuesto en la

Resolución 548 del 12 de febrero de 2010 con el fin de que sea cubierta la erogación que tiene que realizar la referida EPS., con ocasión del cumplimiento del fallo de tutela proferido en dicha instancia.

En acatamiento de la norma citada, es totalmente procedente en el sub examine ordenar expresamente el recobro ante la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA por aquellos procedimientos, medicamentos y aditamentos que no se encuentren dentro de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado en razón al tratamiento médico que la EPS-S. CAPRECOM debe brindar al paciente CHRISTIAN ANDRES MERCHAN JANSASOY.

En este orden de ideas, se adicionará el numeral segundo de la sentencia proferida el 27 de agosto de 2013 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Palmira (Valle), para advertir que en virtud de la regla de recobro, la EPS-S. CAPRECOM tiene la posibilidad de repetir ante la subcuenta respectiva de la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA por los gastos sufragados en cumplimiento del fallo de primera instancia, siempre y cuando estén excluidos del POS-S.

Sentencia de tutela de segunda instancia (T-130-13) del 3 de octubre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: adiciona la sentencia impugnada.

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL MÍNIMO VITAL, A LA VIDA Y A LA SEGURIDAD SOCIAL – Quien ha obtenido el reconocimiento judicial de la sustitución pensional no deber ser sometido a otro proceso para lograr el cumplimiento de dicho fallo.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-401 de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En consecuencia corresponde determinar si con su actitud la entidad accionada ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, y de paso con ello desconocido la orden dada en la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral de Buenaventura y confirmada en sede de consulta por la Sala Laboral del Tribunal de Buga.

Así las cosas, tenemos frente al caso en concreto que la acción de tutela sí es procedente para salvaguardar los derechos fundamentales de la ciudadana GLORIA VALENCIA GAMBOA a quien, contrario a lo que expuso el *a quo*, sí se le están violentando sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y en especial al mínimo vital, pues como se constata de la copia de su historia clínica y de la ampliación que rindió, padece serios quebrantos de salud, como hipertensión arterial y sufrió un accidente cerebro vascular que le provocó parálisis en un emisferio del cuerpo, a lo que se suma la difícil situación económica por la que atraviesa desde el deceso de su esposo, además que es una persona mayor de 64 años de edad, a quien después de tener que adelantar un dispendioso proceso

ordinario laboral de dos instancias, le fueron reconocidas por un Juez de la República las sumas pensionales que aquí reclama.

Para la Sala, sin lugar a dudas, someter a la señora VALENCIA GAMBOA a otro proceso judicial simplemente para que se cumpla un fallo que ya le reconoció la sustitución pensional y obligarla a tener que vivir a merced de otras personas que quieran ayudarle, atenta claramente contra sus derechos fundamentales, dado el desgaste emocional y económico que conllevaría todo el tiempo que demora un juicio ejecutivo para obtener el cumplimiento de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura. Por tanto, ante las particulares circunstancias que se asoman, y pese a que ante las vehementes peticiones de la accionante no se ha dado solución al pago de lo requerido, evidentemente en el asunto *in casu*, el mecanismo ordinario resulta ineficaz.

Ahora bien, pese a que ya se decretó por parte de la UGPP el desistimiento tácito de la solicitud de reconocimiento de la accionante, sin que su apoderado hubiese aportado prueba alguna para desvirtuar aquellas afirmaciones en el sentido que solo se envió en copia simple las sentencias, esta Sala condicionará el cumplimiento de la orden de tutela, al envío por parte del abogado de la documentación echada de menos en copia auténtica, pues lo cierto es que esa circunstancia no quedó probada dentro del proceso y sobre ella, dadas las afirmaciones en uno y otro sentido recae un manto de duda.

Luego, so pretexto de un trámite administrativo no se justifica sacrificar los derechos fundamentales de la accionante quien, por sus condiciones de edad y salud, se convierte en un sujeto de especial protección.

En consecuencia, se revocará el fallo impugnado, para tutelar los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social de la accionante, los cuales han sido vulnerados por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, para lo cual se ordenará al titular de dicha entidad, que dentro de los CINCO (5) días siguientes a la entrega de las copias auténticas de las sentencias del 30 de junio de 2011 de la Sala Laboral del Tribunal de Buga y la del 26 de mayo de 2010 del Juzgado 3° Laboral de Buenaventura proferidas dentro del proceso ordinario laboral con radicación 2007-0195, de una vez por todas, procedan a la inclusión en nómina de la accionante y al pago de las mesadas pensionales en los precisos términos que ordenó la justicia laboral.

Sentencia de tutela de segunda instancia (T-127) del 3 de octubre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: revoca la sentencia impugnada.

DESISTIMIENTO TÁCITO – No hay lugar a su declaración cuando se modifica la carga procesal impuesta a la parte sancionada y no ha transcurrido el término legal para cumplir con ella.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código General del Proceso, artículos 317 y 346; Código de Procedimiento Civil, artículo 315.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿procede terminar por desistimiento tácito un proceso de reforma de testamento con petición de herencia, sin haber transcurrido más de 30 días desde que se dictó el auto donde se modificó la carga que debía cumplir la parte sancionada?

A efectos de dar respuesta al anterior planteamiento, debe precisarse delantadamente que la norma sobre desistimiento tácito en que se fundó la juez de primera instancia –Artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley 1194 de 2008- se encuentra derogada desde el 1° de octubre de 2012, por expresa disposición del literal B) del artículo 626 del Código General del Proceso. No obstante, ésta razón por sí sola no será suficiente para revocar el auto atacado, toda vez que el espíritu y la situación que vino a establecer la nueva norma - artículo 317 ejusdem-, en su primera parte es muy similar a aquella en se fundó la *a quo*. Veamos lo que dice la citada disposición:

Código General del Proceso- Artículo 317. Desistimiento Tácito. El desistimiento tácito se aplicará en los siguientes eventos:

1. Cuando para continuar el trámite de la demanda, del llamamiento en garantía, de un incidente o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos, el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta (30) días siguientes mediante providencia que se notificará por estado.

Vencido dicho término sin que quien haya promovido el trámite respectivo cumpla la carga o realice el acto de parte ordenado, el juez tendrá por desistida tácitamente la respectiva actuación y así lo declarará en providencia en la que además impondrá condena en costas.

El juez no podrá ordenar el requerimiento previsto en este numeral, para que la parte demandante inicie las diligencias de notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, cuando estén pendientes actuaciones encaminadas a consumir las medidas cautelares previas.

De tal contenido normativo resulta claro que el desistimiento tácito es una figura de naturaleza sancionatoria, por cuanto al aplicarla el Juez castiga la inejecución o negligencia del demandante o de aquel que incoa un trámite procesal olvidando el consecuente impulso, cuya finalidad es efectivizar los principios de eficacia, economía y celeridad procesal en la administración de justicia.

Para tal efecto la norma exige una requisitoria sin la cual no es posible proceder a la terminación anormal del proceso, siendo esencial: a) que se trate de una carga exclusiva de la parte que agitó el trámite, b) el requerimiento con auto para que la cumpla indicando claramente la actuación pendiente, y b) el otorgamiento de un plazo de 30 días hábiles para el efecto.

En el asunto *sub exámine*, la demanda fue admitida con auto del 31 de enero de 2013, y ante la falta de enteramiento del extremo demandado, posteriormente con auto del 06 de mayo de 2013 se concedió al demandante un plazo de 30 días para el efecto, so pena de terminación por desistimiento tácito. El apoderado interesado ya había enviado desde el 11 de abril de 2013 la comunicación para notificación personal y la misma fue recibida en la dirección suministrada el 12 de abril de 2013 pero ella fue devuelta por la señora ANAMARÍA JARAMILLO al juzgado el día 15 de abril de 2013, afirmando desconocer el paradero de los demandados.

El artículo 315 del Código de Procedimiento Civil establece que cuando se envíe la notificación y ésta sea entregada en la dirección, sin que comparezca la persona a notificar, se procederá a enviar el aviso contemplado en el Artículo 320 *ejusdem*, y *“Una copia de la comunicación, cotejada y sellada por la empresa de servicio postal, deberá ser entregada al funcionario judicial o a la parte que la remitió, acompañada de constancia expedida por dicha empresa, sobre su entrega en la dirección correspondiente, para efectos de ser incorporada al expediente.” (artículo 315 idem)*

Fue precisamente en la obtención de esa certificación para aportarla al proceso, que el abogado desgastó en vano su esfuerzo, sin saber que la misma luego sería inhabilitada por el juzgado, con ocasión del escrito allegado por una tercera que recibió la comunicación, pero que después informó desconocer cómo ubicar a los demandados.

Luego, como el juzgado de instancia mediante auto de fecha 18 de junio de 2.013 declaró inhabilitada dicha notificación y por ende varió la carga que debía cumplir el demandante sin que el sancionado pudiese vaticinar tal posibilidad, es desde tal determinación que debía contarse el plazo otorgado para cumplir la orden pues no puede exigírsele a una parte una conducta procesal por fuera el marco procedimental, y menos cuando su actuar debe adecuarse a una nueva postura del director del proceso. Por tanto, entre la fecha en que se declaró inhabilitada esa notificación (18 de junio de 2013) y aquella en que se terminó el proceso por desistimiento tácito (10 de julio de 2013), trascurrió un plazo de 15 días hábiles que resulta muy breve y que no supera el interregno de 30 días que establece la norma para que se lleve a cabo el acto de notificación.

A lo que se une, que contrario a lo afirmado en el auto censurado, no se evidencia una actitud omisiva o negligente del abogado actor quien se centró en allegar la certificación que exige el artículo 315, para después pasar al envío del aviso y así culminar el trámite de la notificación personal, dado que éste no tenía la posibilidad de adelantarse a la desestimación que hizo el juzgado del acto de entrega de la comunicación. Es decir, él no podía anticiparse a esa circunstancia.

En consecuencia, si desde el auto que descalificó la notificación, hasta cuando se terminó por desistimiento tácito el proceso, no trascurrió un plazo superior a un mes, es claro que el proceso no podía terminarse por desistimiento tácito. Para el Tribunal, no se puede echar de menos el esfuerzo que desplegó el abogado antes que se descartara el envío de la comunicación, de modo que entre la descalificación y la terminación, debió trascurrir al menos 30 días hábiles, para que procediera el desistimiento tácito, lo que en este caso no ocurrió y por tanto, la providencia resulta prematura. En consecuencia procede su revocatoria.

En el presente asunto no cabe duda que la demanda se formuló como “*Ordinaria de Responsabilidad Extracontractual*”, lo que se ratifica en el hecho noveno en el que se indica que “*mi mandante y sus hijos decidieron iniciar el cobro de los mismos (perjuicios) a través de la jurisdicción civil, mediante la presente demanda de Responsabilidad Civil Extracontractual*” y en los fundamentos de derechos ya que se invocaron los artículos 1491, 1613, 1614, 2341, 2347, 2356 y s.s., y que los daños sufridos por la señora MARÍA LIGIA SALGADO DE NIETO el día 11 de julio de 2008 fueron en su condición de pasajera del taxi de placas VLH-289 que era conducido por CARLOS ARTURO HENAO ÁLVAREZ, quien fue responsabilizado de los hechos al haber girado bruscamente sin que se percatara que a pocos metros venía otro vehículo por su vía, haciendo caso omiso de parar, para así poder girar, colisionando con el vehículo automotor taxi de placas VLH-332.

Por lo que si los daños invocados por la señora SALGADO DE NIETO lo fueron como pasajera del taxi VLH-289 fuerza concluir que debió invocarse la responsabilidad civil contractual y no la extracontractual, lo que conduce inexorablemente a que deban negarse las pretensiones. No desconoce la Sala que el perito en derecho es el juez y que entre sus facultades se encuentra la de interpretar la demanda a efectos de no sacrificar el derecho sustancial, pero tal mandato solo puede ejercerse cuando ésta es vaga o adolece de la claridad necesaria a efectos de que el juez pueda resolver lo solicitado, situación que no ocurre en el presente asunto ya que el libelo genitor de la acción es claro en el sentido de que lo invocado es la responsabilidad civil extracontractual, sin que el juzgador este facultado so pretexto de interpretar la demanda de modificar lo solicitado.

Por tanto, la facultad de interpretación se encuentra condicionada a la vaguedad o ambigüedad de la demanda, características de las que no adolece el libelo objeto del presente proceso y que determinan la imposibilidad de variar la expresa manifestación que en ella se hiciera.

En consecuencia, se impone la negación de lo pretendido siendo ello razón suficiente para revocar el fallo de primera instancia como en efecto se hará.

Sentencia de segunda instancia (2010-00007) del 4 de octubre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: revoca la sentencia apelada.

INCIDENTE DE DESACATO – Ni su apertura ni la providencia que lo resuelve deben ser notificadas de manera personal.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2591 de 1991, artículo 52

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-763 de 1998 y T-343 de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Con el fin de sancionar a quien ha desatendido las órdenes proferidas por el juez de tutela, el art. 52 del Decreto 2591 de 1991 establece lo siguiente:

La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción...

Sobre la responsabilidad de quien incurre en desacato ha dicho la Corte Constitucional:

Es pues el desacato un ejercicio del poder disciplinario y por lo mismo la responsabilidad de quien incurra en aquel es una responsabilidad subjetiva. Es decir que debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento.

Así las cosas, la sanción únicamente puede ser impuesta sobre la base de un trámite judicial que garantice el derecho de defensa y el debido proceso de quien se afirma ha incurrido en desacato. Este trámite implica, como mínimo: i) notificarle al implicado la iniciación del incidente de desacato, a fin de que pueda justificar el incumplimiento, pedir y presentar sus pruebas. ii) Decretar y practicar las pruebas solicitadas y las que de oficio se consideren pertinentes y conducentes para adoptar la decisión de imponer o no la sanción; y (iii) Si la decisión del incidente es adversa al incidentado, la sanción impuesta debe ser razonable, adecuada y proporcionada; y deberá consultarse con el superior funcional.

Igualmente, cabe precisar que la corte Constitucional en sentencia de tutela T-343 de 2011, aclaró que *“la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha señalado la obligatoriedad de la notificación personal de la apertura del incidente de desacato ni de la providencia que lo resuelva”*, al considerar que dicha exigencia iría en contra de la celeridad del cumplimiento de los fallos de la acción de tutela y la correspondiente protección inmediata de los derechos fundamentales.

Ahora bien, adentrándonos al tema que hoy nos ocupa, tenemos que la orden de tutela fue dada con el objetivo de garantizar la ejecución de obras mínimas necesarias por parte del CONSORCIO METROVÍAS SUR MAGDALENA MEDIO para evitar el derrumbamiento de la casa de habitación del accionante y así proteger sus derechos fundamentales, lo que están amenazados por las obras adelantadas por parte del CONSORCIO sobre la vía que de Roldadillo conduce a Cali y donde está ubicada la vivienda del quejoso.

Pero sucede que pese a la contundencia y el plazo mínimo de un mes contenido la orden de tutela, quienes integran y representan al CONSORCIO la desatendieron, generando con su omisión, un peligro inminente para el accionante y su grupo familiar.

Tramitado el incidente no queda duda que el señor LUIS HECTOR SOLARTE SOLARTE, CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE como persona natural y representante legal de la sociedad CASS CONSTRUCTORES CIA S.C.A., y DAVID SOLARTE VIVEROS representante legal de la CONSTRUCTORA LHS S.A., quienes conforman y representan el CONSORCIO METROVIAS SUR-MAGDALENA MEDIO, encargado del mejoramiento y mantenimiento de la carretera Honda – Río Ermitaño, La Lizama – San Alberto, Rutas 4510, 4511 y 4513 y la Carretera Mediacanoa – Ansermanuevo – La Virginia Código 2302 y Miranda – Río Desbaratado – Pradera – Palmira Código 3105, a la fecha no han dado cumplimiento a la orden de tutela proferida por esta Sala de decisión ni han justificado su desacato.

Además, importa resaltar que revisada la actuación se establece que en el trámite del incidente se garantizó el debido proceso, pues i) Se requirió a los incidentados, previo a la apertura del desacato, para que dieran cumplimiento con el fallo de tutela; ii) posteriormente, se ordenó correr traslado individualizando a los responsables del cumplimiento del fallo, poniendo en su conocimiento la providencia que así lo dispuso, término durante el cual ninguno de ellos allegó justificación admisible de su desobediencia.

Es importante, resaltar que rehusarse a recibir las comunicaciones no impide la imposición de la sanción porque como se resaltó líneas atrás no es obligatoria la notificación personal, y ellas cumplieron su objetivo en cuanto fueron remitidas a las mismas direcciones donde se efectuó el requerimiento previo y produjeron el enteramiento de la actuación surtida a continuación de la sentencia de Tutela, tanto así que la sociedad CASS CONSTRUCTORES CIA S.C.A., a través de apoderado judicial solicitó la nulidad del trámite de la Tutela, trámite denegado mediante auto de fecha 16 de septiembre del presente año.

En consecuencia, como se encuentra comprobado el desacato al fallo de tutela por parte de los incidentados, quienes no incorporaron ni solicitaron prueba alguna que demostrara diligencia o cuidado, ni un motivo de fuerza mayor o caso fortuito, habrá lugar a sancionar por desacato a LUIS HECTOR SOLARTE SOLARTE, CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE como persona natural y en calidad de representante legal de la sociedad CASS CONSTRUCTORES CIA S.C.A., y a DAVID SOLARTE VIVEROS representante legal de la CONSTRUCTORA LHS S.A., quienes conforman y representan al CONSORCIO METROVIAS SUR-MAGDALENA MEDIO; a cada uno con 05 días de arresto y multa de 10 SMLMV.

Auto 2013-00105-01 (incidente desacato) del 15 de octubre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: impone sanción por desacato.

DERECHO AL TRABAJO DE LOS RECLUSOS – Se vulnera cuando no se asigna, después de un plazo más que razonable, actividad alguna que permita la redención de la pena.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 65 de 1993, artículos 79, 81, 82, 96, 97, 98, 100, 101 y 102.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-009 de 1993; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, sentencia T-065 de 2013, ponencia de la magistrada Bárbara Liliana Talero Ortiz.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Aunque la solicitud de amparo y el desarrollo de la providencia de primera instancia se apuntaló a verificar si existió la trasgresión del derecho fundamental de petición para esta Sala de decisión es claro que la discusión se circunscribe a determinar ¿si en este caso se encuentran vulnerados o amenazados los derechos fundamentales del accionante por no permitírsele desarrollar alguna actividad tendiente a redimir pena en su condición de condenado?

Para resolver, habrá de acotarse que Sobre el particular esta misma Sala en oportunidad anterior explicó:

Que el trabajo en los establecimientos carcelarios es un instrumento resocializador del individuo autor de un delito y constituye un mecanismo tendiente a lograr la paz; es decir, tiene una doble función, pues no solo permite que el preso pueda rehabilitarse por medio del ejercicio de una actividad económicamente productiva, sino inclusive sirve para impedir que el infractor de la ley pueda incurrir en nuevos hechos punibles o, en todo caso, en conductas que, al menos durante el tiempo de reclusión, conlleven al ocio y la vagancia que tantos males originan en la vida carcelaria.

Dentro del difícil y hasta traumático medio de vida de las cárceles, el trabajo se convierte en una necesaria oportunidad para alcanzar la libertad, es por ello que muchos internos realizan un esfuerzo encomiable para desarrollar una labor productiva, motivada principalmente hacia el objetivo de lograr la reducción de la pena.

La legislación nacional se ha ocupado de regular el tema en comento, es así como la ley 65 de 1.993 en sus artículos 79, 81, 82, 96, 97, 98, 100, 101 y 102, ha reconocido la obligatoriedad del trabajo en los establecimientos carcelarios, su evaluación y certificación, como lo indica el canon 81 ibídem *“para efectos de evaluación del trabajo en cada centro de reclusión habrá una junta, bajo la responsabilidad del Subdirector o del funcionario que designe el director. El director del establecimiento certificará las jornadas de trabajo de acuerdo con los reglamentos y el sistema de control de asistencia y rendimiento de labores, que se establezcan al respecto”*.

Teniendo en cuenta que el trabajo no solamente es resocializador sino también obligatorio para los internos condenados al tenor de lo estatuido en el artículo 79 de la ley 65 de 1.993, el cual debe ser organizado atendiendo las aptitudes y capacidades de los internos, considera ésta Corporación que en el *sub examine* se están vulnerando los derechos fundamentales de MARINO EDUARDO ORTIZ SALDARRIAGA por parte del ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE PALMIRA (VALLE) porque pese a encontrarse en trámite la petición elevada por el interno desde el 29 de mayo de este año, a la fecha de interposición de la acción

no se le había asignado labor alguna. Y si bien es cierto se debe cumplir con un procedimiento establecido en la ley, éste no puede prolongarse de manera indefinida, menos en este caso, cuando han transcurrido más de cuatro meses desde la presentación de la primera solicitud.

Así las cosas, al haber transcurrido un plazo más que razonable para que la entidad accionada haya asignado al accionante una actividad que le permita redimir la pena y como el trabajo es obligatorio para los reclusos condenados, como es el caso del accionante, no queda otra alternativa que revocar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Palmira (Valle) para en su lugar otorgar el amparo de los derechos fundamentales del señor MARINO EDUARDO ORTIZ SALDARRIAGA.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2013-00161-00) del 18 de octubre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: revoca la sentencia impugnada.

RECOBRO AL FOSYGA – El juez de tutela tiene potestad para decidir sobre él.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 49; Ley 1438 de 2011; Resolución 458 de 2013.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias SU. 480 DE 1997, T-326 de 2010 y T-780 de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Luego, el problema jurídico a resolver se centra en determinar ¿si es del resorte del juez constitucional determinar y cuantificar la responsabilidad económica del FOSYGA por los costos en que incurran las EPS., al asumir prestaciones en salud que no se encuentran el POS?

Ahora bien, frente al punto central de la impugnación en cuanto a la garantía del derecho a recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social (FOSYGA), para aquellos tratamientos, medicamentos y/o procedimientos que no se encuentren dentro del Plan Obligatorio de Salud y deba prestar la EPS accionada en razón del tratamiento integral ordenado, procede la aplicación de lo dispuesto en la Resolución 458 de 2.013 “Por la cual se unifica el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y se dictan otras disposiciones” .conservando la EPS., la facultad de recobro frente al FOSYGA en los términos de la ley 1438 del 2011.

En cumplimiento de la norma citada, es totalmente procedente ordenar expresamente el recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) por aquellos procedimientos, medicamentos y demás prestaciones que deban ser brindados al agenciado y que, *a posteriori*, no se encuentren dentro de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud en razón de la orden de tratamiento integral.

De acuerdo con los citados criterios jurisprudenciales, se puede concluir, que cuando se le impone a la EPS., asumir unas responsabilidades que exceden los límites contractuales y legales, se altera necesariamente en el equilibrio financiero de estas entidades y por tanto del propio sistema, razón que fue la que motivó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional hubiera definido como regla, que cada vez que se ordene a una EPS., asuma una prestación de un servicio médico que se encuentre excluido del POS., el juez de tutela debe garantizar el derecho a recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social (FOSYGA).

En este orden de ideas, se confirmará la sentencia de primera instancia proferida el 11 de septiembre de 2013, por el JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE PALMIRA (VALLE), materia de impugnación.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2013-00398-01) del 18 de octubre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: confirma la sentencia impugnada.

DERECHOS A LA IGUALDAD Y AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA – Se vulneran cuando la cancelación de la cédula de ciudadanía tiene su origen, sin ser ello cierto, en la muerte de la persona.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 23 y 40; Decreto Ley 999 de 1998, artículo 2; Circular 068 de 2008.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-066 de 2004 y T-308 de 2012; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, sentencia T-096 de 2012, ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Luego y de acuerdo a lo señalado en los antecedentes de la acción, el problema jurídico se enfoca en determinar ¿si la entidad accionada, habiendo cancelado la inscripción de la cédula de ciudadanía de la accionante por muerte, sin ser ello cierto, está vulnerando sus derechos a la igualdad y al reconocimiento de su personalidad jurídica?

Como se ha venido insistiendo, la actitud asumida por el hospital, la notaría citada y la Registraduría del Estado Civil de Pasto, resulta reprochable, ya que a pesar de que la actora señaló con claridad el error en que habían incurrido, persistieron en él al no subsanar las anomalías reseñadas como era su obligación, situación que se observa claramente en el expediente dado que aparecen las múltiples intervenciones elevadas por la accionante, con el propósito de ser oída para remediar el yerro, lo que deja en evidencia que sólo bastaba un principio de buena voluntad de las entidades involucradas para darle solución a las molestias que le fueron ocasionadas. Lo anterior, se predica, por ejemplo de la Registraduría del

Estado Civil, que ni siquiera se tomó el trabajo de iniciar el trámite administrativo correspondiente a pesar de mediar el derecho de petición incoado por la actora, en el cual solicitaba la corrección del error en su registro.

Vale la pena señalar que tal situación le ha causado angustia a la señora Huertas Chagueza, ya que el hecho de haber sido declarada muerta jurídicamente por la negligencia de las entidades involucradas, puso en juego el ejercicio de sus derechos fundamentales incluyendo los de la vida y la salud...

Por otra parte, la normatividad legal ha permitido sostener a la Corte que la corrección del registro civil de las personas, debe efectuarse por dos vías: la administrativa a través de la cual la autoridad responsable del registro procede a corregirlo y mediante decisión de carácter judicial.

Así las cosas, la accionante cuenta con dos mecanismos para corregir su registro civil al haber sido reportada como muerta y para lograr el restablecimiento de su cédula de ciudadanía. De una parte, puede acudir al trámite administrativo que le brinda la circular número 068 de 2008, establecido para obtener la revocatoria de la cancelación de cédulas por fallecimiento de la persona. Para adelantar este trámite deberá presentarse a cualquier registraduría del país con el fin de que el registrador tome las impresiones decadactilares y las remita al organismo competente con sede en Bogotá, con el fin de ser cotejadas con las huellas que reposan en la tarjeta decadactilar con base en la cual se expidió la cédula original. Esto para que verificada la coincidencia de las mismas, se expida la resolución que restablezca la cédula de ciudadanía. Se trata de un procedimiento efectivo que además brinda la seguridad necesaria para individualizar a la accionante con el fin de demostrar que aún está con vida, que no se trata de diferente persona y que puede ejercer plenamente los derechos que le corresponden, incluyendo el de acceso a la seguridad social en salud y a los programas sociales de los que puede resultar beneficiaria.

La otra alternativa que dispone la actora, de acudir a la jurisdicción ordinaria, es demorada en su trámite aunque igualmente segura, pero no es apropiado que tenga que comparecer a ella para subsanar lo que no causó.

En consecuencia, para la Sala es claro, al tenor de los lineamientos trazados por la Corte, que la cédula de ciudadanía es un documento de vital importancia dentro del Estado Social de Derecho, no solo por todos los aspectos que dependen de ella que tienen que ver con la identificación del ciudadano, sino también porque permite el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido, que también tienen connotación constitucional. Precisamente al referirse al tema esta Sala ha precisado:

De conformidad con el artículo 1° de la Ley 39 de 1961 (modificado por la Ley 27 de 1977), los mayores de 18 años, *“sólo podrán identificarse con la cédula de ciudadanía laminada, en todos los actos civiles, políticos, administrativos y judiciales”*, ello significa que este documento no sólo tiene como función la identificación de los ciudadanos, sino que también es requisito indispensable para que estos puedan ejercer sus derechos civiles y políticos, y en general, puedan participar en las diferentes actividades democráticas a que refiere el artículo 40 de la Constitución Política.

En este orden de ideas, con lo actuado en este asunto, la Sala de Decisión, puede establecer que la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, con su omisión de revivir la cédula de ciudadanía de la accionante, ha trasgredido tanto el derecho de petición, como la posibilidad de ejercicio de las garantías ciudadanas previstas en el artículo 40 de la Constitución, pues a pesar que se elevó una solicitud en ese sentido, no se ha hecho nada frente a la situación de la accionante, para agotar el trámite administrativo previsto Circular No. 068 de 2008, para comprobar las impresiones decadaactilares y compararlas con las iniciales de la accionante.

Además advierte la Sala que la ciudadana es una mujer de escasos recursos, beneficiaria del régimen subsidiado de salud y también de las políticas de Familias en acción que brinda el estado, lo cual hace presumir cierta situación de debilidad en su favor.

Y es que las circunstancias que relata la accionante en su escrito de tutela deben tenerse por ciertas, en tanto los hechos narrados en su libelo no fueron controvertidos por la entidad accionada tras guardar silencio; omisión que conlleva a la aplicación de la PRESUNCION DE VERACIDAD contemplada por el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

En consecuencia, habrá lugar a ordenar que se identifique plenamente a la actora y se subsanen los errores que pudiesen haberse cometido. Para el efecto se ordenará a la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, que sin ningún costo, a partir de la comparecencia de la accionante a la Registraduría delegada en el municipio de Sevilla que es el de su residencia, proceda a iniciar los trámites y procedimientos de que trata la Circular No. 068 de 2008, necesarios para corregir el registro civil y restablecer el documento de identidad de MARTHA LUCÍA SEPÚLVEDA JARAMILLO en un plazo no mayor a veinte (20) días.

Sentencia de tutela de primera instancia (2013-0313-00) del 21 de octubre de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: tutela los derechos vulnerados.

SALA LABORAL:

DESACATO – Es necesario requerir al superior jerárquico del presunto infractor y abrir proceso disciplinario contra aquel si el incumplimiento persiste.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2591 de 1991, artículos 27 y 52.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 establece que la sanción por desacato a la orden que se emita en sentencia de tutela se impone por el mismo juez que la impartió -el de la primera instancia-, mediante trámite incidental y que será consultada ante el superior jerárquico.

Adicionalmente, el artículo 27 del mismo decreto prevé que en caso que la autoridad responsable de cumplir el fallo de tutela no lo hiciera dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes, el juez requerirá a su superior a fin de que lo haga cumplir y abra el proceso disciplinario correspondiente; que pasadas otras cuarenta y ocho (48) horas sin que se verifique el cumplimiento, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará las medidas necesarias para alcanzar su cumplimiento, pudiendo sancionar por desacato al responsable y al superior, hasta que cumplan la sentencia.

De lo expuesto se advierte que durante el trámite que nos ocupa no se dio cumplimiento en legal forma a los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, en razón a que el juzgado no requirió al superior jerárquico de la presunta infractora para que hiciera cumplir el mandato de tutela y le iniciara proceso disciplinario, conforme lo dispone el artículo 27 y además no dispuso abrir proceso contra el superior y vincularlo al incidente de desacato, como lo manda el artículo en cita.

Retomando de manera concisa el trámite realizado dentro del incidente, se constata que mediante auto interlocutorio No. 693 de julio 18 del avanzado año (folio 27 y 28), el juzgado dispuso sancionar a la doctora DORIS PATARROYO PATARROYO y enterar de la aludida sanción al representante legal de la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES S.A., para que éste a su vez iniciara las investigaciones disciplinarias; procedimientos éstos irregulares, por dos aspectos: el primero, por cuanto la orden de iniciar las investigaciones disciplinarias contra la persona responsable va intrínseca en el auto de requerimiento y no en el auto que sanciona; y el segundo, porque si el superior no toma las medidas conducentes para el cumplimiento del fallo de tutela, se deberá ordenar abrir proceso disciplinario en su contra y dar apertura al incidente de desacato contra el “*incumplido y el superior jerárquico*”, situación que no tuvo en cuenta el juez constitucional al momento de tramitar y decidir el caso bajo estudio

En suma, por las razones antes esbozadas se configura la nulidad de todo lo actuado en el trámite incidental y así se declarará, con miras a que el *a quo* renueve la actuación y la direccione según lo reglado en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991 y 137 del Código de Procedimiento Civil y finalmente emita decisión de fondo.

Auto 172 del 13 de septiembre de 2013, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aquilar. Decisión: decreta la nulidad de todo lo actuado.

DEMANDA LABORAL – Las normas y la jurisprudencia citadas deben incluirse en el epígrafe de los fundamentos de derecho y no en el epígrafe de los hechos/DEMANDA LABORAL – Debe contener la prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas demandadas.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Procesal del Trabajo, artículos 25, numeral séptimo y artículo 26.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El extremo activo insiste en que la demanda que le fuera rechazada debe ser admitida, en razón a que los artículos 25, 25A y 26 del Código Procesal del Trabajo y de la

Seguridad Social, señalan puntualmente los requisitos que debe contener toda demanda ordinaria entre los cuales no se encuentran los esgrimidos por el juzgado de conocimiento, por lo que esta Sala considera necesario abordar el caso desde dos aristas: **“HECHOS DE LA DEMANDA”** y **“PERSONAS CONTRA LAS CUALES SE DIRIGE LA DEMANDA”**

Bien, el artículo 25 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, prescribe las formas y requisitos de la demanda y en su numeral 7º establece que la misma debe contener **“...Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, clasificados y enumerados...”**

Es claro pues que los requisitos de fondo de la demanda, tienen que ver más con el derecho sustantivo que con el procesal, dado que *i)* los hechos que se invocan son fundamento causal de la pretensión; *ii)* los hechos afirmados en la demanda, debidamente probados, han de coincidir con los supuestos de hecho de una norma jurídica y *iii)* la pretensión es la consecuencia jurídica que el legislador previó para esos supuestos.

Ahora bien, de vital importancia resultan los fundamentos de hecho en los que se apoyan o respaldan las pretensiones propuestas, dado que estos constituyen el relato histórico de las circunstancias de donde se quiere deducir lo que se pretende.

En suma, el No. 7 del artículo 25 en cita, ha tenido un aspecto positivo y rescatable en tanto que impone enumerar y clasificar pormenorizadamente los hechos importantes, decisivos y conformantes de la relación jurídica con el fin que quede debidamente individualizada.

De allí que exigir al demandante la enumeración de los hechos que sustentan su pretensión con precisión, orden y claridad tiene como correspondencia la exigencia al demandado que exponga su posición sobre los hechos en forma precisa e indicando a cuáles da su conformidad y a cuáles no, asegurándosele con esta exigencia el derecho de contradicción y de defensa.

Bajo este contexto, después de una lectura pausada, tanto del libelo introductor como del escrito de subsanación, se infiere que al momento de estructurar su demanda el abogado que representa al actor realizó apreciaciones jurídicas y citó fundamentos de derecho en el acápite de hechos, olvidando que los fundamentos fácticos deben ser respondidos por el demandado y que ningún pronunciamiento puede exigírsele sobre normas jurídicas o criterios jurisprudenciales.

Ahora, preciso es indicarle al profesional del derecho que en su estructura, la demanda debe contener una debida clasificación de acápites, de modo que si lo que pretendía era citar artículos, normas y jurisprudencia referentes al conflicto que propuso, estas debieron ubicarse en el punto de **“FUNDAMENTOS DE DERECHO”** y no en los **“HECHOS”**, pues como se ha señalado anteriormente, los segundos deben facilitar la comprensión a la pasiva al momento de dar contestación a la demanda.

Ahora, el artículo 26 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, detalla qué anexos deben acompañar a la demanda. Dicho canon prevé:

“...ARTICULO 26. ANEXOS DE LA DEMANDA. -Artículo modificado por el artículo 14 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente: La demanda deberá ir acompañada de los siguientes anexos:

1. El poder.

(...)

4. La prueba de la existencia y representación legal, si es una persona jurídica de derecho privado que actúa como demandante o demandado...

(Resaltas de la Sala)

En este punto se observa que en el auto inadmisorio del pliego originario, el juzgado instó a la activa para que corrigiera lo relativo a la denominación de los entes demandados y a efectos de satisfacer el requerimiento, aquel allegó certificado de existencia y representación de la entidad GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. (folio 1A), empresa que se encuentra igualmente anunciada en el poder otorgado por el demandante.

De igual forma, también se advierte que el aludido mandato le fue conferido al recurrente para demandar a “IMPULSANDO Y MERCADEO S.A.”; pero al estudiar los anexos arrimados al plenario, entre ellos el certificado de existencia y representación de esta empresa, se colige que se trata de una entidad totalmente diferente a la mencionada, pues allí aparece como “IMPULSO Y MERCADEO S.A.”, situación que el profesional del derecho no corrigió en el momento procesal oportuno.

En resumen, el apoderado judicial de la parte actora no satisfizo a cabalidad y de manera integral los requerimientos del juzgado, como quedó explicado, situación que conlleva necesariamente a que se confirme el auto apelado, sin que haya lugar a fulminar condena por concepto de costas, dado que no se ha constituido la relación jurídica procesal.

Auto 179 del 20 de septiembre de 2013, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma el auto apelado.

INTERESES MORATORIOS DEL ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993 - La tasa de interés aplicable es la vigente al momento del pago INTERESES MORATORIOS DEL ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993 – Se causan hasta tanto sea satisfecha la totalidad de la obligación pensional.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 100 de 1993, artículo 141.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El análisis de la Sala versará en determinar si hay lugar a declarar probada totalmente la excepción de pago, en razón a que la entidad demandada canceló la condena impuesta por concepto de intereses regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en la sentencia de primera instancia al igual que las costas procesales.

Bien, el texto de la norma en mención es del siguiente tenor:

“...ARTICULO. 141. -Intereses de mora. A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago. ...” (Las resaltas son de la Sala)

Adviértase que el extremo pasivo de la litis insiste en que se debió declarar probada en forma total la “EXCEPCIÓN DE PAGO”, dado que el 06 de junio del año anterior, consignó a órdenes del juzgado de conocimiento la suma de \$9.009.539,00, correspondiente al 50% de la condena ya que el otro 50% fue cancelado mediante transferencia electrónica, es decir que le fue cancelada la suma de \$18.019.078,05 por intereses de mora, según liquidación aportada al plenario.-folio 37-

De otra parte, previo análisis de las foliaturas el juzgado estimó que no había lugar a dar por terminado el proceso por pago total de la obligación, en tanto que existía un saldo pendiente de pago, según liquidación detallada así: –mes/año; capital por año; días; interés anual; e intereses final-, la cual arrojó una suma de \$14'214.717,88. -folios 45 y 46-.

Al revisar el contenido de la sentencia base de recaudo ejecutivo, de cara a la norma citada, se obtiene que si bien los intereses de mora se deben liquidar sobre unas fechas y mesadas pensionales determinadas, la misma norma establece que se aplicará la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Por lo visto, se teoriza que no atinaron ni el juzgado de conocimiento ni la parte ejecutada respecto a la diferencia realmente adeudada por concepto de intereses moratorios y que hoy es objeto de discusión, en razón a que al momento de realizar el cálculo mediante el cual determinó que existía un saldo pendiente por la suma de \$14'214.717,88, el juzgado relacionó una misma tasa de interés en la columna cuarta del cuadro “% anuales” por todos y cada uno de los años a liquidar, sistema que a todas luces es improcedente, pues como lo indica la norma multicitada, la tasa que se debe aplicar en estos casos es la vigente al momento del pago y estos varían trimestralmente, tal como lo dispone la Superintendencia Financiera.

Es más, en la liquidación elaborada por el despacho de primera instancia, no se imputaron los pagos realizados el 06 de junio y el 15 de diciembre del año anterior, situación que tiene como efecto que la mora tienda a acrecentarse.

Ahora, aduce la entidad demandada que pagó la totalidad de la obligación, sin embargo, se aparta de la realidad, toda vez que al realizar el cálculo lo hizo únicamente sobre el periodo detallado en la sentencia -del 10 de noviembre de 2004 al 14 de octubre de 2008-, sin reparar en que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, señala que los intereses por mora se causan hasta el momento en que se realice el pago, el cual debe entenderse que es la satisfacción total de la obligación pensional.

En ese orden de ideas, obsérvese que para el 06 de julio de 2012, fecha en la que la accionada efectuó consignación del 50% de la condena impuesta, no cubrió la totalidad de la misma y por ende la mora siguió generándose y se generará hasta el momento en que amortice la totalidad de la obligación.

De igual manera, tampoco satisfizo la obligación el 12 de diciembre de 2012, cuando canceló mediante transferencia electrónica, el otro 50% de lo adeudado, pues en el interregno que corrió entre julio y diciembre de 2012, se causaron intereses moratorios, aserto que permite inferir que la entidad ejecutada no debe a la fecha la suma de dinero indicada por el juzgado, ni tampoco se encuentra solucionada la obligación en su totalidad, como lo pretende hacer creer el apoderado judicial de BBVA HORIZONTES PENSIONES Y CESANTÍAS.

De aquí se desprende que los intereses liquidados en las fechas indicadas en la sentencia -entre el 10 de noviembre de 2004 hasta el 14 de octubre de 2008-, ascendían a \$11'240.247.00 (*tabla No. 1*); que como no se cancelaron los mismos, se siguieron generando, hasta alcanzar, al 06 de junio de 2012, un acumulado de \$9.895.460,00, para un total de \$21'135.707.00; imputándose a dicho valor un abono de \$9'009.539.00, quedando así un saldo de \$12'126.168.00, correspondiente a los intereses acumulados (*tabla No. 2*).

Sin embargo, al no ser cancelados en su totalidad, los intereses continuaron generándose hasta el día 15 de diciembre de 2012, fecha en la cual se realizó un segundo pago por valor de \$9'009.539.00, suma que igualmente se abonó a los réditos en mención; a pesar de ello, se continuaron causando, hasta el 31 de agosto de 2013, cuando alcanzaron un monto igual a \$5'527.155.00 (*Tabla No. 3*)

En suma, no le asiste razón ni a la funcionaria de instancia ni al apelante, respecto al valor neto a cancelar por concepto de intereses moratorios y es por ello que se MODIFICARÁ el numeral segundo de la parte resolutive del auto interlocutorio No. 079 de 06 de marzo de 2013, en el sentido que al 31 de agosto de este año, el capital adeudado por la entidad demandada BBVA HORIZONTES PENSIONES Y CESANTÍA, asciende a la suma de \$5'527.155.00, a favor de la señora MARGARITA RUIZ CUERO y se confirmarán los numerales primero, tercero, cuarto y quinto de la decisión impugnada.

Dadas las resultas del recurso de apelación, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada. A efectos de concretar la liquidación respectiva, se fijará la suma de \$500.000,00, por concepto de agencias en derecho.

Auto 2007-00333-02 del 30 de septiembre de 2013, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: modifica el auto apelado.

SALA PENAL:

ANULACIÓN DEL ALLANAMIENTO A LOS CARGOS – Debe ser consecuencia de la presencia de vicios del consentimiento o de la vulneración de garantías fundamentales, y no por la supuesta asesoría errónea o la hipotética inducción al error por parte de la defensa técnica/ NULIDAD DEL ALLANAMIENTO A LOS CARGOS POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD – No es posible, cuando se trata de concurso homogéneo de delitos o delito continuado, adecuar todos las

acciones en una sola conducta punible/ALLANAMIENTO A LOS CARGOS – Excluye la posibilidad de solicitar la libertad por vencimiento de términos.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 293 y 457; Código Penal, artículo 31.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 39025 del 15 de mayo de 2013 y 32793 del 6 de octubre de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Le correspondía a la A-quo, establecer la verosimilitud de los dichos de los imputados, por medio de los cuales quisieron acreditar la causal legal para la retractación, al confrontarlos con lo sucedido en la audiencia preliminar. No es posible fincar una anulación del acto de allanamiento con la mera exposición de haber sido mal asesorados o inducidos en error por el representante de la Defensa Técnica del momento, pues a ese paso, bastará para que todo acusado alegue lo mismo al tenerse como una entrevista privada por la cual, su dicho ante el juez de conocimiento no podrá ser desvirtuado y conseguir la finalidad de retrotraer lo actuado alegando además causal de libertad por vencimiento de términos cuando se ha insistido a través de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia que el parágrafo del artículo 293 del Código Adjetivo consagra una voluntad viciada o una violación clara y tangible de una garantía fundamental porque no puede convertirse en la herramienta para restarle valor y eficacia al instituto de la justicia premial pues impedir la retractación por el mero querer o arrepentimiento del acusado “...no solo garantiza la seriedad del dicho acto jurídico sino que salvaguarda los postulados de igualdad de armas y lealtad procesal en la medida que desde ese preciso momento, la fiscalía abandona su actividad investigativa para dedicar su esfuerzo a procurar que el proceso abreviado termine lo más pronto posible con sentencia condenatoria.” (Sentencia del 15 de mayo de 2013, radicado 39.025, M.P José Luis Barceló Camacho).

De lo registrado entonces en esa audiencia preliminar se puede corroborar que: (i) el señor Fiscal, les comunicó con un lenguaje sencillo y claro cada una de las conductas cuya ejecución se les atribuye; de la imposibilidad de informarles sobre la pena en concreto por tratarse de un concurso de tres delitos, por lo tanto simplemente especula sobre la misma y de la rebaja “hasta del cincuenta por ciento de la pena”, en caso de allanarse; además de una vez les descubrió elementos materiales probatorios como fue la entrevista del testigo de cargo, -agente encubierto- su compañero de labores CHRISTIAN DANIEL TAPIAS quien los comprometió en actividades ilícitas concretas, misma que les fuera leída en esa audiencia, por lo tanto si conocían por lo menos de elemento material probatorio, en el caso de que las interceptaciones telefónicas también descubiertas, no los cubriera a ambos como lo dijo uno de los imputados; esta última es otra razón para colegir que mintieron ante la señora Jueza de conocimiento al asegurar que no conocían de ninguno de ellos que los incriminara.

(ii) Se les garantizó la defensa técnica, todo el tiempo estuvieron asistidos por los profesionales del derecho, se hizo un receso para que dialogaran con sus defensores de confianza y así fueron previamente asesorados por ellos; independientemente de que luego llegaron otros con un criterio distinto, situación por la cual no puede asegurarse que los anteriores erraron, pues tal como lo señaló el imputado Marrugo Teherán, le dijeron que al ser condenados, la pena sería más drástica, tal como se los confirmó el señor Juez al manifestarles que no tendrían la rebaja de la pena mencionada, en caso de de ser vencidos en un juicio.

(iii) No obstante, el señor Juez de control de garantías, les enseñó cuales eran uno a uno sus derechos, confirmó que entendieron cuáles eran los comportamientos y los delitos comunicados por la Fiscalía, los alcances de una aceptación de los cargos con la rebaja hasta ese porcentaje del total de la pena que sería dosificada por el juez de conocimiento y la opción contraria de defenderse en un juicio público para demostrar su inocencia.

En consecuencia, la Sala advierte que no hubo ninguno de los requisitos para validar la retractación de los imputados a través de la anulación del acto de allanamiento a los cargos, pues no hubo vicio en el consentimiento ni violación a las garantías fundamentales predicadas por la A-quo para adoptar la decisión objeto de censura.

De la procedencia de la nulidad por violación al Debido Proceso, en cuanto a la Legalidad de la denominación jurídica concebida por la Fiscalía para las conductas imputadas.-

Al tratarse de un aspecto inescindiblemente ligado a la procedencia o no de retrotraer lo actuado al momento de la aceptación de los delitos imputados fáctica y jurídicamente, la Sala se referirá a la garantía del “*debido proceso*” desde el aspecto de la legalidad concretada en el principio basilar de la “*tipicidad estricta*” de las conductas atribuidas a los vinculados en este asunto.

Tenemos que el señor Fiscal 162 Seccional delegado, además del ilícito de Concierto para delinquir, mismo cuyo tipo objetivo se distingue en materia de autoría, por un sujeto activo plural o colectivo, distinguió un total de veinte (20) comportamientos en los cuales alude un compromiso penal para los allanados.

En efecto, al revisar el audio que contiene la audiencia preliminar de la Formulación de la Imputación, el fiscal delegado le comunicó a los imputados en forma circunstanciada con estadios de tiempo, modo y lugar, ese número de veces en las cuales se hizo un acta de visita a embarcaciones distinguidas con su respectivos nombres, sin que ninguna de ellas hubiera arribado al muelle turístico, es decir que tales inspecciones nunca se llevaron a cabo como se hizo aparecer para autorizar su zarpe; además determinó cantidades concretas recibidas o cobradas por dichas “*recaladas*” por parte de los servidores públicos. Señaló fechas concretas para cada uno de los episodios y citó entre los procesados a los directos involucrados en cada uno de ellos.

Sin embargo, al realizar la adecuación típica en los reatos de COHECHO PROPIO y FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO, se refirió a cada uno de ellos como un ilícito único, con los cuales se completaba un número de tres delitos, para

denotar que el de la pena más alta era el cometido contra la administración pública, consistente en ochenta (80) meses de prisión, pena de la cual podría partir el señor Juez de conocimiento para aumentar un (1) año por el de Concierto para delinquir, agravado para el acusado OLARTE MALTE y un (1) año por la Falsedad ideológica en documento público.

Es obvio entonces que el señor Fiscal, olvidó el número de conductas que aunque tienen cierta relación de tiempo, son independientes y configuran o un concurso homogéneo de conductas o un delito continuado que para el caso del ilícito de mayor entidad en atención a la pena mínima habría que aumentarle de acuerdo con lo dispuesto para ello en el artículo 31 del Código Penal, una tercera parte. Por consiguiente, no podría partirse de 80 meses sino de noventa y seis (96) meses, veinte (20) días. Esto, de ubicarse en la segunda figura citada si existen presupuestos como: (i) Unidad de sujeto activo; (ii) Unidad de acción pues a pesar de la pluralidad de comportamientos, por el nexo de continuidad se percibe como unidad de acción, no obstante todos ellos encajen en el tipo penal respectivo; (iii) Unidad normativa, es decir, la infracción de la misma disposición o de una semejante; (iv) Unidad del sujeto pasivo; (v) No se trata de aquellos bienes jurídicos calificables como “altamente personales”, como son aquellos vinculados al desarrollo de la personalidad de otro, ej: integridad personal, libertad y formación sexual; etc; (vi) otros de carácter accidental, como el empleo de procedimientos o medios semejantes; relación espacial y temporal; unidad de propósito, dolo global distinto al de continuación que exige un plan preconcebido para obtener determinada suma de dinero, a través de distintas acciones; en otras palabras se trata de una fragmentación del designio criminal. En este punto, es el señor Fiscal, quien conforme a los elementos materiales que posee sabrá si se ajusta a dicha figura, que puede resultar benévola al momento de dosificar la pena, o si procede un concurso homogéneo sucesivo de delitos contra la administración pública, así como ocurre con las falsedades ideológicas cometidas en distinto tiempo por cada una de las actas de visita donde se certificaron inspecciones no realizadas.

Adecuar como lo hizo la Fiscalía, todas las acciones en un solo delito de Cohecho Propio y en uno solo de Falsedad ideológica en documento público, es fracturar el principio de legalidad inserto en el del debido proceso, gracias al cual los procesados obtendrían un doble beneficio, el cual ciertamente es ilegal pues ni siquiera en una negociación sería posible degradar el cargo y a la vez hacerlos beneficiarios de la rebaja de la pena.

Por otro lado, en materia de congruencia entre la acusación y la sentencia, cuando la fáctica ha incluido veinte (20) actos completamente diferenciables entre sí, como sucedió en la formulación de la imputación que hace las veces de acusación, por ¿cuál de ellas si se opta por un concurso de delitos (como necesariamente ocurre con la Falsedad ideológica en documento público donde no es posible aplicar el dolo global o de unidad de acción), dictaría sentencia el Juez de conocimiento?

Se trata entonces de un yerro severo en materia de legalidad en la adecuación típica, no de la mera divergencia de criterios cuando razonablemente son defendibles unos u otros en el campo jurídico. Sin lugar a dudas, es ostensible, objetiva o manifiesta la omisión del Fiscal delegado en el proceso de adecuación típica conforme a las imputaciones fácticas realizadas, por tanto su actuación conculca el principio de tipicidad estricta y por ende el debido proceso, garantía por

cuya vulneración procede decretar la nulidad del acto de aceptación de cargos, conforme lo prevé el artículo 457 de la Ley 906 de 2004 por tratarse de un aspecto sustancial, que únicamente le compete corregir a la Fiscalía.

Por la razón anterior, es que la Sala confirmará la decisión de decretar la nulidad del acto de aceptación de los cargos de los procesados Carlos Alberto Marrugo Teherán y Robinson Alonso Olarte Malte, pues a pesar de no compartir los razonamientos realizados por la funcionaria judicial del primer nivel en cuanto a que se hubiera trasgredido garantías fundamentales de los implicados como la presunción de inocencia y el derecho a un juicio público, oral y contradictorio, procede la invalidación del acto pero por violación al principio de Legalidad.

Las causales de libertad están taxativamente contempladas en la ley procesal penal, y pese a la insistencia del Censor no proceden para el caso de las aceptaciones de cargo entre otras por cuanto en tales eventos los términos se suspenden y ante decisiones como las adoptadas simplemente se restablecen para que la Fiscalía de ser el caso, continúe con la actividad investigativa que debió cesar en tanto el allanamiento a los cargos implicaba una sentencia condenatoria. De este modo, aunque ese acto, equivale a la acusación, el término dispuesto en la normatividad es para el inicio del juicio oral al cual precisamente renunciaron los vinculados.

Sobre el tema, se trae a cita, una decisión de la Corte Suprema de Justicia en la cual abunda en razones para sostener dicha postura:

“...El allanamiento a cargos excluye la posibilidad de la libertad provisional prevista en el numeral 5º en tanto en tal caso no se va a producir un juicio oral, porque fue justamente al debate probatorio a lo que renunció el imputado cuando aceptó los cargos a cambio de una significativa reducción de pena; y en ese orden la aceptación de la imputación implica necesariamente la producción de una sentencia de naturaleza condenatoria, de suerte que desde que el imputado se declara conforme con los cargos formulados se conoce ya el sentido del fallo, y se tiene claro que el mismo será condenatorio, y el proceso salta automáticamente a dicha estadio procesal, en el que ya terminó la audiencia del juicio oral, y se está a la espera del trámite necesario para que se profiera el fallo...”

Ante la parquedad igualmente de los argumentos del censor para controvertir la negativa de la señora Jueza para otorgar la libertad provisional en virtud de la anulación del acto de aceptación del cargo, decisión que aunque por razones diferentes habrá de confirmarse, baste la ilustración anterior para mantener igualmente ese aparte del proveído objeto de disidencia.

Auto de segunda instancia (AC-399-13) del 21 de octubre de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.

DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA – No hay lugar a ella cuando la adición de la acusación incluye hechos y circunstancias no atribuidas en la imputación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 35, numerales segundo y decimoséptimo, y artículo 339; Código Penal, artículos 104, numeral décimo y artículo 340, numeral segundo.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 32868 del 10 de marzo de 2010, ponencia del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De acuerdo con la facultad jurídico procesal determinada en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, el Fiscal se encuentra habilitado para que aclare, adicione o modifique de inmediato el escrito de acusación.

Sin embargo dicha prerrogativa, se encuentra supeditada al acontecer fáctico atribuido al indiciado en sede de audiencia de imputación, porque frente al cambio de la posible calificación jurídica en este asunto aquella no predica, de acuerdo con la línea jurisprudencial emitida por el máximo órgano de cierre ordinario en decisión del 10 de marzo de 2010, radicado 32868, M.P., Sigifredo Espinosa Pérez:

“En estricto sentido, para los procesos adelantados por los cauces ordinarios hasta llegar a la sentencia previo un juicio oral, los cargos se concretan de manera clara en la acusación, momento en el cual se anuncia el ingreso al proceso de los hechos y su denominación jurídica, así como las pruebas que pretende materializar la fiscalía en juicio oral. De suerte que no puede predicarse violación al derecho de defensa, si en la formulación de acusación, se varía la denominación jurídica del punible por el que se formuló la imputación, o se adicionan o suprimen circunstancias agravantes o atenuantes, bien genéricas, ora específicas siempre que exista perfecta consonancia respecto de los supuestos fácticos” (Las negrillas y subrayas son del Tribunal).

En ese sentido, si de los hechos consignados por la Fiscalía en sede de imputación no se desprende calificación jurídica distinta a la imputada o acusada, mal haría el ente instructor en adicionar nuevos cargos o circunstancias específicas de agravación punitiva, que implican la adición de hechos o circunstancias fácticas no comunicadas al vinculado en el momento procesal legal y oportuno.

Lo anterior, resulta de suma importancia para la resolución del caso concreto, habida cuenta, que la incompetencia planteada por la Fiscalía y aceptada por el funcionario de primer nivel, se desprende básicamente de la adición del escrito de acusación frente a una agravante específica del delito de Homicidio, contemplada en el numeral 10º del artículo 104 del Estatuto de las Penas y frente a la conducta punible del inciso 2º, artículo 340 ibídem –Concierto para delinquir -, las cuales, conforme con los numerales 2º y 17 del artículo 35 de la ley procesal penal vigente son competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados.

Frente a la competencia no existe discusión jurídica alguna, la norma es clara. Sin embargo, el agravante y el cargo adicionado en sede de formulación de Acusación riñe en estricto sentido con el núcleo fáctico indicado en sede de imputación, el

cual debe respetar la Fiscalía en pro del debido proceso y del derecho de defensa, los cuales debe garantizar el juez de conocimiento. Veamos:

Una vez escuchados los registros de las audiencias preliminares llevadas a cabo los días 7, 19 de junio y 18 de septiembre del año que avanza en contra de los señores Héctor Eduardo Salazar Zapata, Héctor Estivens (sic) García Grisales y Héctor Julio Peña Toledo respectivamente, se concreto la atribución fáctica de la misma manera como se consignó en el escrito de acusación.

En ese sentido, de los hechos expuestos en sede de imputación no se desprende la nueva circunstancia de agravación, -numeral 10º del artículo 104- que reza: *“Si se comete en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, defensor de Derechos Humanos, miembro de una organización sindical legalmente reconocida, política o religiosa en razón de ello.”*. Esto, porque básicamente para su configuración, la conducta desplegada debe estar dirigida o encaminada a causar la muerte por razón de la actividad o de las funciones, o de la conducta propia del cargo que se ejerce como servidor público o por motivo de la mera investidura, de ahí que la norma finalice con el axioma de “en razón de ello”. En el presente caso, al revisar la comunicación de la conducta endilgada por la Fiscalía a los capturados en la audiencia de vinculación al proceso, no se mencionó estadio modal del comportamiento cometido contra la vida, o circunstancia que aludiera a dicho móvil. A contrario sensu, dada la generalidad de la descripción fáctica hecha por el delegado del ente acusador, ante la solicitud de una mejor concreción del comportamiento que se les imputaba por parte de la Defensa de uno de ellos, dicho sujeto procesal se limitó a leer una entrevista de un futuro deponente de cargo donde tal entrevistado asegura que la muerte violenta del docente ocurrió por *“haber entregado a Mal marido”, “por sapo”,* sin más precisiones.

En ese sentido, claramente se desprende que la razón o el motivo por el que se atentó efectivamente contra la vida del señor LEONARDO GARCIA MORERA no deviene con ocasión al ejercicio de un cargo público o por pertenecer a un movimiento sindical. Por ende, la nueva adecuación típica, adicionada en la circunstancia de agravación punitiva del numeral 10º, contraría el principio de legalidad, no es congruente con la imputación fáctica y en últimas no es posible adicionar la misma, (los hechos) en la audiencia de formulación de acusación.

Bajo ese acontecer, la Fiscalía sorprendería a la defensa adicionando una causal de agravación de la conducta punible porque la misma no fue aducida fácticamente en sede de imputación, por ello resulta de particular importancia que en la relación “clara y sucinta de los hechos fácticos y jurídicos relevantes”, se incorporen todas aquellas circunstancias agravantes o atenuantes genéricas o específicas o conductas delictivas –adecuación típica-. Se itera, sólo en lo que tiene que ver respecto del acontecer fáctico planteado en sede preliminar.

Esa misma situación se desprende con la adición del tipo penal de “Concierto para Delinquir” descrito en el inciso 2º del artículo 340 de la Codificación penal. Si de los hechos no se aduce la existencia de la conducta que lo constituye, la Fiscalía no puede adicionar un delito a la acusación sin tener un fundamento fáctico mínimo, atribuido en sede de imputación que respalde su solicitud. Y si bien el ente instructor se refirió a una especie de coparticipación criminal, aquella la concretó en la circunstancia de agravación del numeral 5º del artículo 365 ibídem. En este

particular evento, en esa audiencia preliminar nunca los señaló como miembros de la organización delictiva los Rastrojos, como lo hizo en sede de acusación, afirmación en la que finca la adición con la nueva denominación jurídica del delito contra la Seguridad Pública.

Ahora bien, si la Fiscalía cuenta con suficientes EMP para endilgar otra conducta delictiva deberá hacerlo por otra cuerda procesal, no en la Formulación de Acusación de este proceso. El señor Juez no puede permanecer inerte para de forma llana o simple atenerse a la adición del ente acusador, a efecto de declararse incompetente como lo hizo, cuando está visto que al ser “ilegal”, no podría ser “incorporada” a la acusación, decisión que le corresponde finalmente al Director del juicio, como se infiere de lo previsto en el numeral 1º del artículo 343 de la Ley 906 de 2004; trámite pretermitido e invertido en la audiencia celebrada.

De aceptarse la declaración de incompetencia del Juez Penal del Circuito de Roldanillo por la mera expresión del ente acusador sin el análisis de legalidad respectivo, ello conllevaría sólo a una dilatación injustificada de la fase de juicio, pues el Juez Especializado al realizar la audiencia de formulación de acusación tampoco podría incluir la adición fáctica hecha por la Fiscalía que le otorga la competencia, porque vulnera la congruencia que demanda el debido proceso para preservar además de la legalidad, el derecho de defensa y la lealtad procesal.

De una vez debe advertirse al señor Juez de conocimiento de este asunto, a quien regresarán las diligencias, que debe hacer prevalecer el debido proceso respecto a una clara imputación fáctica, pues la del escrito de acusación está llena de calificativos como “colocando a la víctima en situación de indefensión, superioridad de los agresores; “aprovechándose de la situación de inferioridad por los medios de ataque que dificultaban la acción defensiva”, pero sin asidero fáctico pues no se describe lo ocurrido, el comportamiento de cada uno de los procesados, lo que hizo cada uno de ellos para que de la forma en que ejecutaron la conducta, se derive la imputación jurídica de coautoría y la circunstancia de agravación del numeral 7º del 104, del Homicidio.

Con fundamento en lo anterior, la Sala no aceptará los argumentos esgrimidos por el funcionario de primer nivel y en ese sentido ordenará la devolución de la actuación al Juzgado Penal del Circuito de Roldanillo (V), teniendo en cuenta que no se configura causal de incompetencia alguna.

Auto de segunda instancia (AC-419-13) del 24 de octubre de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: declara sin fundamento la incompetencia manifestada.

Dr. Marceliano Chávez Ávila
Presidente Tribunal

Dr. Jaime Humberto Moreno Acero
Vicepresidente Tribunal

Edwin Fabián García Murillo
Relator Tribunal

ADVERTENCIA DE RELATORÍA:

Si bien la responsabilidad por el compendio de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Buga y la elaboración de los respectivos índices corresponde a la Relatoría, se recomienda, -y ello es necesario -, consultar los textos completos de las sentencias y de los autos incluidos en cada informativo, pues de esa forma es posible detectar los errores y las inconsistencias en la tarea sencillamente compleja de analizar, titular y divulgar, mes a mes, las providencias seleccionadas y sus respectivas tesis.

Cualquier tipo de observación, sea para comentar, sugerir o cuestionar, por favor escribir a los buzones electrónicos relatoriabuga@hotmail.com, relatoriabuga@gmail.com, o egarciam@cendoj.ramajudicial.gov.co.