

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

RELATORIA

Henry Moreno Macias

Relator

# BOLETIN 04

## 2017



2016

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**R E L A T O R I A**  
**BOLETIN 4 DE 2017.**  
**SALA DE GOBIERNO 2017 -2018**

|                       |                                          |
|-----------------------|------------------------------------------|
| <b>Presidente</b>     | <b>Dr. Julián Alberto Villegas Perea</b> |
| <b>Vicepresidente</b> | <b>Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz</b>    |

**SALA CIVIL**

|                       |                                           |
|-----------------------|-------------------------------------------|
| <b>Presidente</b>     | <b>Dr. Jorge E. Jaramillo Villarreal</b>  |
| <b>Vicepresidente</b> | <b>Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes</b> |

**SALA DE FAMILIA**

|                       |                                               |
|-----------------------|-----------------------------------------------|
| <b>Presidente</b>     | <b>Dr. Juan Carlos Ángel Barajas</b>          |
| <b>Vicepresidente</b> | <b>Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos</b> |

**SALA LABORAL**

|                       |                                             |
|-----------------------|---------------------------------------------|
| <b>Presidente</b>     | <b>Dr. Ariel Mora Ortiz</b>                 |
| <b>Vicepresidente</b> | <b>Dr. Martín Fernando Jaraba Alvarado.</b> |

**SALA PENAL**

|                       |                                          |
|-----------------------|------------------------------------------|
| <b>Presidente</b>     | <b>Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya</b> |
| <b>Vicepresidente</b> | <b>Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez</b>  |

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**

**R E L A T O R I A**

**BOLETIN 4 DE 2017.**

**Magistrados que integran la Corporación.**

**SALA CIVIL**

|                                |                                |
|--------------------------------|--------------------------------|
| Carlos Alberto Romero Sanchez. | Flavio Eduardo Córdoba Fuertes |
| Ana Luz Escobar Lozano         | Jorge E. Jaramillo Villarreal  |
| César Evaristo León Vergara    | Homero Mora Insuasty           |
| Hernando Rodríguez Mesa        | José David Corredor Espitia    |
| Julián Alberto Villegas Perea  |                                |

Secretaria: María Eugenia García Contreras

**RESTITUCION DE TIERRAS.**

|                         |                                     |
|-------------------------|-------------------------------------|
| Aura Julia Realpe Oliva | Gloria del Socorro Victoria Giraldo |
| Nelson Ruiz Hernández.  |                                     |

Secretaria: Gloria Lucía Zapata Londoño

**SALA DE FAMILIA**

|                          |                                    |
|--------------------------|------------------------------------|
| Franklin Torres Cabrera  | Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos |
| Gloria Montoya Echeverry | Juan Carlos Ángel Barajas.         |

Secretario: Katherine Gómez

**SALA LABORAL**

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

**SALA PENAL.**

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

Secretario: María Cristina Paz

Henry Moreno Macías  
Relator

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
R E L A T O R I A  
BOLETIN 4 DE 2017.

COLABORADORES

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

# CONTENIDO

## SALA CIVIL

**EJECUTIVO SINGULAR. Condena de intereses corrientes respecto de dineros retenidos.**

Así las cosas, en el caso concreto, es evidente que se produjo un perjuicio por razón de las cautelas, en especial, por las actuaciones que tuvo que surtir la parte ejecutada para lograr su levantamiento prestando caución y consignando un dinero a órdenes del despacho, dinero que mantuvo congelado en la cuenta del mismo sin producir ningún tipo de interés, hecho que no puede ser desconocido.

Rad. 004 2005 00025 02 (0805 2017)

Dr. Hernando Rodríguez Mesa 11

**INCIDENTE DE PERJUICIOS. Ejecutivo Hipotecario**

Rad. 013 2005 00280 01 (03 05 2017)

Dr. Homero Mora Insuasty 13

**Nulidades procesales. Causal de nulidad. Art. 133 del CGP. Num. 5°. Proceso reivindicatorio.**

Rad. 013 2010 00482 01

Dr. Cesar Evaristo León Vergara 15

**Responsabilidad Civil Extracontractual. Daño causado en concurrencia de actividades peligrosas. Accidente de tránsito. Testimonio de agente de tránsito. Concurrencia de culpas. Croquis o informe de accidente como prueba documental.**

Rad. 00 2013 00067 01 (04 05 2017) acta 950

Dr. Julián Alberto Villegas Perea 16

## SALA DE FAMILIA

**Admisión de la demanda. Divorcio de matrimonio civil. Jurisdicción y competencia.**

Juez se equivocó aduciendo un hecho que no figura en la demanda, basado en que las partes no tienen domicilio en el país, pues esa inferencia no emerge con claridad y nada hay en los folios que permita semejante conclusión.

Rad. 003 2016 00402 01 (05 05 2017)

Dra. Gloria Montoya Echeverry 19

**Admisión de la demanda de divorcio de matrimonio civil. Causal 8ª del artículo 154 del Código Civil. Juez inadmitió la demanda por no establecer la fecha exacta de la separación de la pareja.**

Siendo los criterios de admisión enteramente objetivos y taxativos no había razón jurídica para inadmitirla cuando el hecho reprochado era claro, preciso y determinado, de donde surge incontestable que le asiste la razón al apelante en quejarse sobre el desconocimiento del derecho sustancial, sacrificado en el altar de formalidades inexistentes, por lo que se despachará favorablemente su protesta.

Rad. 009 2016 00397 01 (04 05 2017)

Dra. Gloria Montoya Echeverry 21

**Conflicto negativo de competencia. Rescisión de la partición por lesión enorme. Fuero de conexión o atracción. Liquidación de la sociedad conyugal.**

Rad. 007 2016 00685 01 (26 04 2017)

Dra. Gloria Montoya Echeverry

22

**Proceso de sucesión testada. Incidente de regulación de perjuicios Legitimación en la causa por activa.**

Rad. 010 2002 00972 02 (24 05 2017) Acta 038.

Dr. Juan Carlos Ángel Barajas.

**Salvamento de Voto.** Regulación de perjuicios

Dra. Gloria Montoya Echeverry

23

## S A L A L A B O R A L

**Conflicto negativo de competencia. Competencia por la cuantía en materia laboral. Reliquidación de la pensión de vejez. Vida probable de la demandante Competencia de los jueces laborales del circuito**

Rad. 000 2017 00095 00 (23 02 2017) Acta 016.

Dr. Carlos Alberto Oliver Gale.

27

**Contrato de trabajo. Trabajador oficial. Indemnización moratoria.**

Rad. 003 2016 00187 02 (09 05 2017)

Dra. Elcy Jimena Valencia Castrillón.

29

**Contrato realidad. Contrato de trabajo. Prestaciones sociales. Indemnización por falta de pago. Mala fe de empleador.**

Rad. 007 2009 00090 01 (31 03 2017) acta 021.

Dr. Antonio José Valencia Manzano

31

**Convivencia simultanea cónyuge y compañera. Pensión de sobreviviente.**

Rad. 012 2014 00729 01 (09 05 2017)

Dra. Elcy Jimena Valencia Castrillón.

30

**Demanda ejecutiva. Copias Simples. Título Ejecutivo.**

**Se pretende la ejecución de una sentencia de tutela presentada como título ejecutivo.**

En reiteradas oportunidades, la jurisprudencia nacional ha manifestado que existe un requisito indispensable para que sea procedente la ejecución de los actos como los que nos ocupa y es que este sea certificado como primera copia por parte de quien lo emite.

Esta Sala se ha pronunciado al respecto, indicando que se pueden presentar como títulos de recaudo ejecutivo, documentos en copias, para lo cual debe examinarse el requisito formal de aportación de dicha prueba, en especial el atinente a que debe tener constancia de ser primera copia.

Rad. 017 2016 00667 01 (27 02 2017) Acta 017

Dr. Carlos Alberto Oliver Gale.

32

**Fuero sindical. Empleado público. . Levantamiento del fuero sindical. Contratación de agremiación sindical.** La intención aparente de la entidad con la supresión de cargos fue la de aliviar su déficit fiscal, lo claro es que el verdadero trasfondo de su actuación, fue la tercerización del cargo suprimido.

Rad. 008 2016 00675 01 (07 04 2017) acta 024

Dr Antonio José Valencia Manzano.

37

**PENSIÓN DE INVALIDEZ. Principio de la condición más beneficiosa. Semanas cotizadas.**

Esta Sala de Decisión ha sostenido la tesis de que en virtud del principio de la condición más beneficiosa la prestación económica también puede ser analizada a la luz del Acuerdo 049 de 1990, y puede haber lugar a su reconocimiento siempre que se haya cumplido el requisito de haber cotizado más de 300 semanas antes del 1º de abril de 1994.

En ese orden, se observa que al 1º de abril de 1994 el demandante solo había cotizado 4,43 semanas, lo que quiere decir que tampoco se cumple el presupuesto del Acuerdo 049 de 1990, toda vez que –se reitera- es un requisito sine qua non para reconocer una pensión a la luz de esta norma por aplicación del principio de la condición más beneficiosa, haber cotizado más de 300 semanas antes del 1º de abril de 1994.

Rad. 011 2010 01205 00 30 01 2017) acta 003

Dr. Antonio José Valencia Manzano. 38

**Pensión de invalidez. Incapacidad de origen común.** Si el conflicto se deriva de un dictamen proferido por la Junta Regional del Valle del Cauca y por la Junta Nacional, no podrá ser remitido el caso nuevamente a ninguna de estas las Juntas anteriores.

Rad. 007 2010 01558 01 (21 02 2017) Acta 010

Dr. Antonio José Valencia Manzano 41

**Pensión de sobrevivientes. Intereses moratorios. Accidente de trabajo.** Desafiliación automática del trabajador por parte de la ARL, como consecuencia de la mora imputable al empleador en el pago de sus aportes.

Rad. 010 2011 01108 01 (30 01 2017) Acta 003.

Dr. Antonio José Valencia Manzano 44

**Traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. Transición. Pensión de vejez. Principio de congruencia.**

Rad. 008 2015 00503 01 (17 05 2017) Acta 199.

Dr. German Varela Collazos 49

**SALA PENAL**

**Acción de revisión. –Ley 906 de 2004. Art. 192 Num. 7.**

Conducta punible: Secuestro Extorsivo Agravado en concurso homogéneo

Rad. 000 2009 00298 00 (24 02 2017) Acta 029.

Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda 51

**Acción de Revisión. Ley 906 de 2004. Art. 192. Causal 7. Redosificación de la pena.**

Rad. 193 2010 04804 00 (29 03 2017) Acta 067.

Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda 53

**Actos Sexuales con menor de 14 años e Incesto. Acuerdo celebrado con la Fiscalía.**

Penas tan cortas como la impuesta aquí crean en la comunidad la sensación de desprotección y laxitud frente a conductas tan reprochables y abominables como las cometidas por el recurrente.

Rad. 199 2013 01633 (06 03 2017) Acta 045.

Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda 57

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
R E L A T O R I A  
BOLETIN 4 DE 2017.

**Beneficio Administrativo de permiso de hasta por 72 horas.**

Conducta punible: Actos Sexuales con menor de 14 años  
Al tratarse el permiso de hasta 72 horas de un beneficio, es plenamente aplicable la prohibición contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.  
Rad.165 2010 02127 01 (23 03 2017). Acta 089.  
Dr. Orlando Echeverry Salazar. 55

**Beneficio Administrativo de permiso hasta por 72 horas**

Conducta punible: Homicidio agravado, Hurto calificado agravado. Porte ilegal de armas.  
Acumulación jurídica de penas impuestas.  
Rad. 173 2009 00602 01 (23 03 2017) Acta 088.  
Dr. Orlando Echeverry Salazar 58

**Beneficio administrativo de permiso de hasta por 72 horas.**

Conducta punible: Secuestro extorsivo.  
No satisface el presupuesto objetivo referente al cumplimiento de 70% de la pena impuesta.  
Dr. Orlando Echeverry Salazar  
Aclaración de Voto.  
\_Dra. Socorro Mora Insuasty. 59

**Estafa Agravada. Cheque sin fondos.**

Rad. 012 2014 00060 01 (22 03 2017) Acta 097.  
Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz. 61

**Homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego**

Rad. 193 2009 26667 01 (24 04 2017).  
Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya 63

**INASISTENCIA ALIMENTARIA. Prueba testimonial. Valoración de la prueba. El tipo penal de inasistencia alimentaria no se configura por la simple sustracción del sujeto agente a la obligación de dar alimentos pues la estructura del mismo contiene el ingrediente normativo extrajurídico “sin justa causa” (art. 233 del C.P.)**

Rad. 197 2009 01810 (02 03 2017) Acta 040.  
Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda 64

**LESIONES PERSONALES CULPOSAS. Accidente de tránsito. Privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas.**

Rad. 196 2011 01116 (09 02 2017) Acta 039.  
Dr. Juan Manuel Tello Sánchez  
Salvamento de Voto  
Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda 68

**Lesiones personales culposas. Negligencia Médica. Atipicidad de la conducta.**

**Testimonios.** La conducta negligente que alega la Fiscalía adoptó la aquí procesada no existió pues, como viene de verse, ésta hizo todo lo que el protocolo médico determinaba para la época de los hechos y, por lo mismo, no puede afirmarse que aquella hizo o dejó de hacer algo distinto a lo que ordenaba la lex artis.

Rad. 193 2009 31090 (28 02 2017) Acta 037 A.  
Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda 66



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

RELATORIA

BOLETIN 4 DE 2017.

**Libertad por pena cumplida. Extinción de la pena privativa de la libertad y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.**

El hecho de que hubiere sido condenada y dispuesto en la sentencia su cambio de lugar de reclusión, de su casa de habitación al centro carcelario, no altera su situación jurídica de persona privada de la libertad.

Rad. 193 2016 80574 01 (20 04 2017) acta 117.

Dra. Socorro Mora Insuasty 70

**Preacuerdo**

Conducta punible: Homicidio y porte ilegal de armas de fuego.

Rad. 193 2013 28927 (24 03 2017) acta 101

Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz 72

**Prescripción de la Acción Penal y Civil**

Rad. 015 2012 0024 01 (21 03 2017) Acta 029.

Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya 74

**Redención de pena. Acumulación jurídica de penas.**

Conducta punible: Acceso carnal violento. Hurto Calificado Agravado. Extorsión en grado de Tentativa.

Rad. 018 2004 00345 01 (03 05 2017) Acta 132.

Dr. Orlando Echeverry Salazar 75

**Violencia intrafamiliar. Lesiones personales.**

Salvamento de Voto

Rad. 193 2014 25890-01 (07 02 2017)

Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda 77

**TUTELAS**

**Debido proceso – fotos-detecciones. Tutela contra actos administrativos.**

Rad, 000 2017 00283 00 (28 03 2017) Acta 063.

Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda 82

**Debido Proceso. Derecho a la Educación. Autonomía administrativa universitaria.**

Rad. 002 2016 00070 01 (30 01 2017) Acta 014

Dr. Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear 84

**Debido proceso.** Los accionantes han pretendido discutir, mediante la acción de tutela, la labor investigativa de la fiscalía y la decisión de acudir a la formulación de imputación, además de proponer una valoración respecto de las evidencias que se tienen.

Rad. 015 2017 00012 01 (10 05 2017) Acta 133

Dra. Socorro Mora Insuasty 86

**Debido proceso. Recurso judicial.** Derechos de participación de las víctimas en el proceso penal. Falsa Operación militar. Petición: Se ordene a la Fiscalía demandada que solicite audiencia para la expedición de órdenes de captura e imputación de cargos a quienes participaron en el planeamiento como ejecución de su descendiente.

Rad. 000 2017 00463 00 (18 05 2017) acta 128.

Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz. 80

**Aclaración de Voto.** Orden de tutela debió ser más precisa, en el entendido de establecer un término perentorio para que la Fiscalía procediera a adoptar alguna decisión de fondo dentro de la investigación que adelanta.

Dra. Socorro Mora Insuasty 80

**Derecho de petición. Tutela contra providencia judicial. Derechos Fundamentales de los niños. Cuota Alimentaria. Entrega del Depósito Judicial.**

Se configura uno de los requisitos especiales que ha señalado la jurisprudencia constitucional para que excepcionalmente proceda la acción de tutela contra una providencia judicial, y el que corresponde a la falta de motivación por justificación deficiente de la decisión adoptada

Rad. 000 2017 00069 00 (19 04 2017) Acta 051.

Dr. Franklin Torres Cabrera.

91

**DEBIDO PROCESO. Tutela contra proceso administrativo que se adelanta contra el actor por la posible comisión de conductas sancionadas con la deportación.**

Rad. 013 2017 00034 01 (02 05 2017) acta 058.

Dr. Franklin Torres Cabrera

88

**DERECHO A LA SALUD Y LA VIDA. El derecho a la salud de quienes prestan el servicio militar y el deber de realizar DERECHO el examen de retiro.**

Rad.000 2017 00286 00 (23 03 2017) acta 065.

Dr. Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear

87

**Vida digna salud. Desafiliación de beneficiarios del sistema general de seguridad social.**

Rad. 012 2016 00063 01 (21 11 2016) acta 313

Dr. Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear

92

# SALA CIVIL

**EJECUTIVO SINGULAR. Condena de intereses corrientes respecto de dineros retenidos.**

Así las cosas, en el caso concreto, es evidente que se produjo un perjuicio por razón de las cautelas, en especial, por las actuaciones que tuvo que surtir la parte ejecutada para lograr su levantamiento prestando caución y consignando un dinero a órdenes del despacho, dinero que mantuvo congelado en la cuenta del mismo sin producir ningún tipo de interés, hecho que no puede ser desconocido.

**Extracto:**

“Previo a resolver, aclara la Sala que aunque el trámite del recurso de apelación se surte conforme a las reglas del Código General del Proceso, el asunto sustancial concreto se resolverá de cara al Código de Procedimiento Civil, por cuanto el incidente se promovió en vigencia del mismo, todo de acuerdo al tránsito de legislación previsto en el art. 625 núm. 5º del CGP.

El problema jurídico que enfrenta esta instancia, consiste en determinar si existe fundamento legal y probatorio para imponer condena al pago de perjuicios en la forma pedida por el extremo pasivo incidentante a través de apoderado.

Para empezar, resalta la Sala que en situaciones singulares la ley es extremadamente rigurosa para con el demandante que fracasa en su reclamación ante la justicia, pues sin indagar el grado de culpa, autoriza la condena al pago de los perjuicios causados. Uno de esos casos en que no corresponde indagar la culpa del demandado, está previsto positivamente en el art. 687 del C. de P.C., precepto que permite al Juez condenar al pago de los perjuicios causados con las medidas cautelares, con abstracción de la culpa imputable en que incurrió el proponente de esas medidas.

En ese caso especial, y en otros taxativamente legislados, como el art. 510 lb., se encumbró una especie de responsabilidad objetiva por virtud de la cual no se indaga el grado de culpa del peticionario de las medidas cautelares, sino que ella se presume. Por esta misma razón, la propia ley autoriza la condena y remite automáticamente al art. 307 lb., para que se haga la inmediata liquidación de los perjuicios.

Sin embargo, como la parte beneficiada con una condena en perjuicios puede presentar incidente en el cual efectúe una liquidación motivada y especificada de la prestación, con solicitud de las pruebas que pretenda hacer valer, es indudable que en su haber pesa la carga de acreditar que ciertamente el perjuicio que alega le fue causado, así como el nexo de causalidad entre el hecho y el daño y su cuantía.

Así pues, es definitivamente válido afirmar que el objetivo del trámite incidental referido no es otro que el de obtener la prueba de la causación del daño incidentante y, a su vez,

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**R E L A T O R I A**  
**BOLETIN 4 DE 2017.**

medir la cuantía que permita determinar, de la misma forma, el perjuicio real y efectivamente causado, lo que corresponde hacerse sobre la base del sustento probatorio legal y oportunamente acopiado con tal intención, que debe darse a través de una prueba sólida.

En criterio uniforme de la doctrina como de la jurisprudencia se ha sostenido que tanto los perjuicios que se arguyen como su quantum deben aparecer plenamente demostrados y que, según la máxima general *actori incumbit probatio*, corresponde al acreedor insatisfecho la carga de su prueba. Ergo, vale decir que la indemnización se produce exclusivamente cuando se ha causado daño cierto y que sea consecuencia directa del hecho que lo ocasiona, es decir, debe acreditarse el nexo causal entre el hecho y el daño.

Así las cosas, en el caso concreto, es evidente que se produjo un perjuicio por razón de las cautelas, en especial, por las actuaciones que tuvo que surtir la parte ejecutada para lograr su levantamiento prestando caución y consignando un dinero a órdenes del despacho, dinero que mantuvo congelado en la cuenta del mismo sin producir ningún tipo de interés, hecho que no puede ser desconocido.

Y es que esa caución para evitar mantener sus bienes en cautela tratando de evitar un mayor perjuicio, se presenta como una evidente implicación sobre el patrimonio del demandado y deriva de manera directa de la medida de embargo solicitada en el proceso ejecutivo, por cuanto de no existir estas el solicitante no hubiese tenido que prestar la referida caución y depositar un dinero, suma que además de acuerdo con el art. 519 del CPC (vigente en el momento de los hechos) “se considerará embargada para todos los efectos”, por ello, no puede menos que aceptarse que esa incidencia deba ser generadora de resarcimiento en la parte afectada, lo que no puede traducirse en otra forma que un reconocimiento de intereses, modalidad esta mediante la cual se traducen los frutos que normalmente genera un dinero (arts. 714 y ss C.C.).

En tal virtud, la condena en perjuicios solo procede respecto de los dineros retenidos, tomándose los mismos en un reconocimiento de intereses corrientes y con observancia estricta de las tasas autorizadas por ese concepto por parte de la Superintendencia Bancaria, que dicho sea de paso, en tratándose de un indicador económico, está relevado de prueba como expresamente lo establecen los artículos 177 y 191 del C. de P.C.

Ahora bien, las pretensiones del solicitante en el incidente en realidad no son del todo claras, pide “por capital la suma de ...(\$90.000.000.00) M/CTE, de acuerdo a liquidación elaborada de acuerdo a los intereses legalmente autorizados por la Superintendencia Financiera...” y “por intereses que se deriven... en la forma establecida en el artículo 1716 del C.C.”, así pues, se cobra capital indebidamente habiendo sido este recuperado por el incidentante de acuerdo con el reintegro ordenado por el juzgado el 29 de septiembre de 2014 (Fol.78), se cobran intereses comerciales e intereses legales, acumulación indebida pues no pueden producirse ambas clases de intereses, los intereses se producen de acuerdo con el negocio jurídico que los origine, sea comercial o sea civil. Observa esta instancia que se trató de un negocio comercial derivado del cobro de un título valor factura, por lo tanto, procede el cobro de los intereses bancarios corrientes, empero, no puede pretender el actor a su vez la actualización del dinero, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia el interés bancario corriente ya contiene el ajuste monetario.

En vista de lo anterior, la cuantía del perjuicio está constituida por los intereses bancarios corrientes que pudo producir el dinero retenido entre el 18 de septiembre de 2006 que fue consignado, y el 29 de septiembre de 2014 que se ordenó su reintegro, los cuales liquidados por esta sala como se observará en documento anexo, corresponden a \$125.569.800.00.y no 283.321.968.00”

Rad. 76001 31 03 004 2005 00025 02 (08-05-2017) M.P. Dr. Hernando Rodríguez Mesa.

.....

## INCIDENTE DE PERJUICIOS. Ejecutivo Hipotecario

### Extracto:

“Bajo la égida argumentativa sostenida enantes, para el buen suceso de las pretensiones esbozadas en el incidente, debe irrecusablemente acreditarse los perjuicios causados a título de daño, y el nexo de causalidad entre aquél y la culpa, esto es, que la ejecutante actuó negligentemente, con la certeza de ocasionar una lesión al patrimonio de la demandada, así como de unos posibles perjuicios extrapatrimoniales.

Impera advertir que conforme la normatividad aplicable, el marco fáctico en el cual puede producirse el daño perseguido, debe concretarse exclusivamente al que se pueda generar con ocasión de las medidas cautelares y por lo tanto, las alusiones efectuadas a posibles perjuicios fuera de ese preciso entorno, no son de recibo legal.

Descendiendo al caso concreto, es ostensible que el procurador de la demandada marginó una debida ortodoxia procesal, al considerar suficiente para acreditar la responsabilidad pretendida, la condena en perjuicios y adicionalmente limitarse a enrostrar una serie de situaciones que no se acompasan con este tipo de tramite incidental, adviértase la confusión conceptual, cuando sostiene que “(...) *el despacho no ha tenido en cuenta la sentencia que determinó la caída del proceso ejecutivo hipotecario que ahora nos ocupa. En dicha sentencia se declaró probada la excepción de ilegalidad de la reconversión o red denominación del crédito, lo que nos lleva de manera directa, clara y contundente al aspecto financiero del proceso, de allí el incidente de perjuicios se encuentre centrado en las sumas de dinero que de manera ilegal e injusta pretendió liquidar y cobrar la entidad demandante, razón por la cual, los perjuicios materiales tienen su unidad fundamental con la orden de pago revocada por el despacho del conocimiento (...)*” finaliza afirmando que sólo restaría la correspondiente tasación de perjuicios y por ello acudió a la prueba pericial.

Contrario a lo esgrimido por el censor, se itera, la responsabilidad en este tipo de eventos no es objetiva, contrario sensu, debía acreditarse la existencia de un daño, elemento toral de la responsabilidad, pero ni siquiera aparece enunciado que la medida de embargo del inmueble y consistente en el simple registro de aquella en el folio de matrícula inmobiliaria , haya conllevado la pérdida de utilidades comprobadas , o que se privó de ejecutar algún negocio que le hubiese reportado un incremento patrimonial, como la posible venta del inmueble o que se le hubiere dañado su buen nombre, en términos traducibles en dinero, al punto que por esa circunstancia se desmejoraran comprobadamente sus utilidades o negocios lucrativos; hechos de causa de completo ayuno probatorio, de lo cual se infiere que esta aquilatada carga probatoria le resultó indiferente a la parte interesada, limitándose el recurso a un mero ejercicio argumentativo, que de ninguna manera conlleva a la acreditación de un defecto probatorio en la decisión del a quo.

Para esta Sala, el argumento de que la omisión de respuesta al incidente configura una confesión ficta, es una inferencia que no tiene asidero legal alguno, basta la lectura de los artículos 307,308, literal b del artículo 510 y num.4 del artículo 687 del C.P.C. (aplicables a la fecha de interposición del incidente), para concluir que no existe régimen de

responsabilidad especial para este tipo de eventos y por lo tanto, como se ha dejado establecido, la condena en perjuicios, solo era la puerta de entrada para la necesaria acreditación en el incidente, de la tríada sobre la cual descansa la responsabilidad.

Esa ha sido la postura que pacíficamente ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, que en asunto de similares contornos fácticos, y a riesgo de resultar fatigosos, sostuvo *“Con todo es de precisar, que reiteradamente, viénese diciendo que excepto los casos en que la ley expresamente , o la jurisprudencia con fundamento en la interpretación legal, eximen de probar el daño, es deber ineludible de quien reclama su indemnización demostrar su existencia, porque si bien es cierto que la autoría de ciertos hechos se presume lo fue culposamente, esto es que se es responsable en sus consecuencias , ello no significa en manera alguna que dicha responsabilidad conlleve necesariamente el pago de perjuicios patrimonial alguno.”*(exp.4917 de 29 de mayo de 1996 M.P. José Fernando Ramírez Gómez).

Luego, si no aparece acreditado el daño tanto en su existencia como en su cuantía siendo carga de la incidentante es un imposible lógico y jurídico que se pueda predicar alguna relación de causalidad, por sustracción de uno de sus elementos, sería una contradicción dialéctica insuperable que pudiera afirmarse que existe nexo de causalidad entre la culpa del agente y unos daños que no existen o por lo menos no aparecen comprobados, sin daño no existe responsabilidad y resulta inoficiosa cualquiera consideración adicional.

Ahora, en tributo a la mera liberalidad, esta Sala, hará referencia a los restantes motivos de inconformidad, puesto que faltando la necesaria demostración de los presupuestos axiológicos que soportan todo juicio de responsabilidad civil, se impone consecuentemente la confirmación del auto apelado.

Teniendo en cuenta que al interior del proceso, fue acogido el medio defensivo denominado *“ilegalidad de la reconversión o red denominación del crédito de pesos a UVR”*, se declaró la nulidad de todo lo actuado y principalmente no se materializó la medida de secuestro del inmueble, lo que implicó que a través del proceso ejecutivo no se recaudara dinero alguno, por tanto, ni existiera detrimento alguno en el patrimonio de la deudora con el registro de la medida de embargo, por tanto ni siquiera es teóricamente sostenible la configuración de un incremento económico a favor de las ejecutantes y obtenido con la medida cautelar”, la respuesta que emerge inmediatamente y sin vacilaciones, es que no se obtuvo ningún tipo de incremento patrimonial.

No puede desatenderse que la medida cautelar decretada y que sirve de fundamento al presente estudio, corresponde a una cautela eminentemente burocrática, esto es, el embargo del inmueble hipotecado, pero no existió, en lo que se encuentra acreditado en el incidente, que pueda predicarse un perjuicio material cuantificable, debe tenerse en cuenta que la demandada continuó con el uso y goce del inmueble a su favor y por lo tanto no hay lugar al reconocimiento de frutos, ya que fueron en beneficio de la ejecutada.

Tampoco se demostró la existencia de perjuicios morales, impera advertir que con la formulación del incidente no se estableció qué tipo de agravios extrapatrimoniales se le causaron a la ejecutada y con íntima relación con la medida cautelar, no existiendo sobre este tipo de eventos ningún tipo de presunción legal aplicable, ni milita algún medio de prueba al respecto.

A título de epílogo, es dable sostener que sobre la parte actora gravitaba la carga procesal de acreditar con suficiencia la ocurrencia del daño, con íntima y exclusiva relación a la medida cautelar de embargo del inmueble hipotecado, resultando insuficiente la mera condena en perjuicios, como también resultó errada la particular afirmación de que se produjo una confesión ficta, ante el silencio guardado frente al incidente, pues olvidó el recurrente que ante la necesidad de acreditación de la responsabilidad debe acudir a este trámite incidental y no solo limitarse a esbozar de manera retórica la existencia de perjuicios, como fue debidamente explicado.”

Rad. 013 2005 00280 01 (03 05 2017) M.P. Dr. Homero Mora Insuasty.



**Nulidades procesales. Causal de nulidad. Art. 133 del CGP. Num. 5°. Proceso reivindicatorio.**

**Extracto:**

“Ahora bien, revisada la actuación adelantada en el proceso reivindicatorio, se tiene que a folios 1 y 2 del cuaderno de pruebas de la parte demandante, se realizó diligencia de inspección judicial al inmueble materia de la litis, en el cual se encontraban presentes las señoras xxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxx, de quien se anotó ocupaba el inmueble objeto de reivindicación, así se afirmó en tal diligencia “E[l] inmueble es ocupado [por] xxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxx, se corrige xxxxxxxx y la señora xxxxxxxxxxxx...”(Fl. 1 vto C.P. Demandante).

Adicionalmente advierte esta Corporación que las declaraciones testimoniales practicadas en el transcurso de la actuación, fueron contestes, verosímiles y precisas en determinar que la señora xxxxxxxxxxxx, siempre ha vivido en el inmueble en reivindicación, con sus hijas xxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxx.

Aunque antes de la diligencia, se integró como litisconsorte a la señora xxxxxxxxxxxx (Fl. 88 C.1), pero por haber sido solicitado en la reforma de la demanda, lo cierto es que a pesar de que se advirtió esta circunstancia, el a quo se abstuvo de citar a una de las personas nombradas en la diligencia de inspección y en las declaraciones testimoniales.

Aunado a lo anterior, se observa que aunque el juzgador de instancia se percató de tal equivocación, continuó con el proferimiento de su decisión , así lo reconoció en audiencia de alegatos y fallo: “De otra parte, de la misma diligencia de inspección judicial y testimonios recibidos , se tiene que el inmueble en litis, igualmente es habitado por xxxxxxxxxxxx , persona que no fue vinculada al proceso y que conforme a la citada prueba, le asiste derecho en la medida que es hija del señor xxxxxxxxxxxx (qepd), propietario inicial del inmueble, de quien si bien se dice se realizó proceso de sucesión, también se afirma que ella tampoco fue incluida en dicho proceso, por lo tanto le asiste el derecho de retención del mismo, por lo que debió ser vinculada al presente proceso, no obstante como no se hizo en la oportunidad debida, debe indicarse desde ya que la decisión que aquí se tome no resulta oponible a sus intereses” (Min. 56.39 1 CD)

Así las cosas, ante la falta de citación de la señora xxxxxxxxxxxx, de quien se alude ser poseedora del inmueble objeto de reivindicación, claramente estamos ante la nulidad consagrada en el numeral octavo del artículo 133 del C. de G. del P.

Resulta necesario entonces acoger los lineamientos sentados por la H. Corte Suprema y proceder a declarar la nulidad del trámite adelantado en esta instancia, así como también del fallo correspondiente al proceso promovido por xxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxx, el cual, reiteramos, no debió haberse proferido sin la previa citación de la Sra. xxxxxxxxxxxx.

Sobra advertir que si el juez de primera instancia verifica que actualmente se encuentran poseedores distintos a los que aquí se han señalado, deberá efectuar la pluricitada citación.”

Rad. 013 2010 00482 01 (07 02 2017) M. Dr. Cesar Evaristo León Vergara.

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. Daño causado en concurrencia de actividades peligrosas. Accidente de tránsito. Testimonio de agente de tránsito. Concurrencia de culpas. Croquis o informe de accidente como prueba documental.**

“Previo a resolver los problemas jurídicos puestos a consideración de la Sala, y teniendo en cuenta que el litigio relacionado hace referencia a la responsabilidad originada por las actividades peligrosas, se procederá a verificar los elementos de la responsabilidad consagrada en el artículo 2356 del Código Civil, esto a fin de establecer si los demandados son civilmente responsables del daño que, según criterio de la parte actora, causó la muerte del señor X.X.X.X.X.X.X.X , en el accidente de tránsito acaecido el 15 de mayo de 2010.

Así las cosas, comiéndose por decir que en el libelo demandatorio, en la contestación del mismo y en las pruebas aportadas por las partes, quedo plenamente establecido el **HECHO** con la ocurrencia del accidente de tránsito el 15 de mayo de 2010, cuando colisionaron la motocicleta de placas FPS-68A, conducida por el señor X.X.X.X.X. (Q.P.D.), y el vehículo de placas AJD-789, conducido por X.X.X.X.X.X.X.X.X.X y de propiedad del señor X.X.X.X.X.X.X.X

Incluso, se ven las copias que obran en el expediente del proceso que por homicidio culposo cursa en la Fiscalía General de la Nación con radicado No. 760016000196201001257, que a pesar que no pueden tenerse aquí como prueba trasladada por no darse los requisitos contemplados en el artículo 174 del C.G.P., lo cierto es que las mismas no contradicen lo que hasta aquí demostrado respecto de la ocurrencia de ese accidente de tránsito acaecido el 15 de mayo de 2010, como quiera que ahí también obra el informe de accidentes de tránsito No. 0708284, como los testimonios de los señores X.X.X.X.X.X.X.X. (Conductor del campero), y .X.X.X.X.X.X.X.X.X.X (Persona que acompañaba como pasajera al motociclista X.X.X.X.X.X.X.X.X.X (M.P.Dr.), que dan cuenta de la ocurrencia de tal hecho (Accidente de tránsito).

A su vez, con las pruebas recaudadas dentro de este proceso, se encuentra demostrado que con ocasión a la colisión, resulto gravemente lesionado el señor X.X.X.X.X.X.X.X (**DAÑO**), siendo remitido a urgencias de la Clínica del Rosario, presentando trauma craneo encefálico severo, ocurriendo su deceso el 1 de julio de 2010.

De lo anterior se colige, que efectivamente el señor X.X.X.X.X.X, compañero permanente y padre de los aquí demandantes, sufrió daños en su persona como consecuencia del accidente de tránsito que hoy ocupa la atención de esta Sala (**NEXO DE CAUSALIDAD**).

Así entonces, y siguiendo con el análisis de la relación de causalidad, la parte demandada alego su rompimiento bajo la tesis de culpa exclusiva de la víctima, tesis que fue acogida por el Juez de instancia, quien indico que el hecho dañoso ocasionado a la persona del señor X.X.X.X.X.X. (Q.P.D.), surgió a consecuencia de su propia culpa al haber actuado con negligencia, falta de cuidado y pericia al conducir la motocicleta de placas FPS-68A.

Ahora, en esta instancia, la parte apelante (demandante) alega que para arribar a tal decisión, el A-quo no tuvo en cuenta el informe de accidentes de tránsito aportado junto



con el libelo, por haber sido realizado por un agente que llego 30 minutos después de acaecido el accidente, cuando- a su sentir- el mismo (informe de transito) debe tenerse en cuenta y más cuando en él se lee claramente que la causa probable del accidente fue que el aquí demandado realizo"...una maniobra peligrosa al intentar entrar al garaje de su residencia...".

En este sentido, y a fin de dar respuesta a nuestro primer problema jurídico, que además se refiere al **PRIMER REPARO DEL APELANTE**, huelga decir de entrada que la Sala no comparte lo expuesto por el Juez de primera instancia, al indicar que no tendría en cuenta el informe de tránsito por haber sido realizado por un agente que llego 30 minutos después de ocurrido el accidente, pues, por una parte, las reglas de la experiencia nos enseñan que una vez ocurrido un accidente, el guarda de transito llega después de que acaece el mismo, cuando uno de los implicados llama a dar reporte del hecho y por otra, que si bien no es el croquis la prueba reina para determinar la responsabilidad de los implicados en un accidente de tránsito, lo cierto es que aquel si refleja los pormenores de lo ocurrido, además de que se trata de un documento público del que se presume su autenticidad, conforme se estudió en el precedente jurisprudencial atrás anotado.

Así entonces, para la Sala es claro que A-quo no debió, por esa razón, desechar tal documento, más aun cuando de un análisis racional del mismo, se puede establecer que fue lo que en realidad de verdad aconteció.

En este orden de ideas y analizada la prueba desestimada en la primera instancia (croquis del accidente de tránsito), se tiene que contrario a lo manifestado por el A-quo, tanto el conductor de la motocicleta, señor X.X.X.X.X , como el señor X.XX.X.X.X.X , ejercían una actividad peligrosa, esto por cuanto la Sala no es de recibo la hipótesis del Juez de primera instancia de endilgar el ejercicio de la actividad peligrosa solo al conductor de la motocicleta, cuando por una parte, en el informe de transito se señalan dos (2) hipótesis como causa probable del accidente, en cabeza de cada uno de los conductores, esto es, para el señor X.X.X.X.X.X , se indicó el código 157 "...no estar pendiente de la vía y de las acciones de los demás conductores..." , y para el aquí demandado, señor X.X.X.X.X.X.X.X. , se señaló el "...realizar maniobra peligrosa al intentar entrar al garaje de su residencia..." .

Además es la misma parte pasiva, quien en la contestación dada a la demanda acepta tal hecho, esto es, que ambas partes ejercían una actividad peligrosa, pues, textualmente señala que "...al momento del accidente ambos implicados estaban desarrollando actividades peligrosas..." .

Así las cosas, en el presente caso no hay duda alguna que el hecho dañoso surgió con ocasión al ejercicio concurrente de actividades peligrosas, operando de esta manera, para ambas partes, la presunción de responsabilidad en la ocurrencia del daño.

Entonces, al tener ambas partes la culpa con incidencia en el desenlace, es deber de esta Sala examinar a plenitud las conductas desarrolladas tanto por el señor X.X.X.X., como del señor X.X.X.X.X.X.X (Q.P.D.), a fin de precisar en qué proporción incidieron en la ocurrencia del daño, es decir, cual conducta es la determinante del quebranto, para de esa manera fijar la condena que debería asumir.

En ese orden de ideas, y estudiado el croquis del accidente realizado por Agente de Tránsito, señor X.X.X.X.X.X.X. , y los testimonios dados por los señores X.X.X.X.X.X.X.X y X.X.X.X.X.X.X , se tiene que el señor X.X.X.X.X.X.X. (Conductor del campero), sin percatarse que el señor X.X.X.X.X venia en la misma vía (Conductor de la motocicleta), giro para entrar al parqueadero de su casa, subiendo parte de su carro al andén sin poderlo ingresar totalmente, dado que las puertas de su garaje se encontraban cerradas, pues así lo expuso el señor X.X.X.X : "...Llegaba don X.X.X.X.X y su esposa a su lugar de residencia, se paguea en la entrada de su casa, para entrar el carro al garaje de su casa..." . Y también la señora X.X.X.X.X.X.X.X.X.X: "...Mi esposo X.X.X...X.X.X.X.X.X y yo,

llegamos a la casa con el carro, el normalmente coloca las luces estacionarias y coloca el carro en posición en entrada frente a la casa...”.

De lo anterior, resulta claro que el señor X.X.X.X.X., está acostumbrado a atravesar su carro sobre la vía para ingresar al parqueadero de su casa, siendo prudente orillarse a un lado de la vía, esperar que su señora esposa abra el garaje y percatarse de que no haya vehículos transitando, para así poder ingresar a su parqueadero.

Sin embargo, el señor X.X.X.X.X.X. no tuvo tal precaución o prudencia, pues, realizo una maniobra peligrosa al girar hacia su garaje, sin observar que en la vía venia o transitaba el motociclista, señor X.X.X.X.X.X., ocasionando que este último colisionara con la parte trasera derecha del campero.

Lo anterior, no quiere decir que la responsabilidad del hecho dañoso solo recaiga sobre el señor X.X.X.X.X.X.X.X.X.X., pues, no desconoce la Sala, y en esto comparte tesis con el juez de primera instancia, que al motociclista, señor X.X.X.X.X.X.X., le faltó pericia para esquivar el vehículo con que finalmente colisiono, siendo su saber estar pendiente de las acciones de los demás conductores, tal y como lo afirmo el agente de tránsito, X.X.X.X.X.X.X.X., en su informe de accidentes.

En efecto nótese, que si bien el señor X.X.X.X.X.X.X no fue prudente al momento de ingresar su vehículo al parqueadero de su residencia, también lo es que el impacto ocurre, como antes se dijo, en la parte trasera derecha del vehículo del señor X.X.X.X.X lo que quiere decir, que si el señor X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.X hubiese tenido pericia al conducir, probablemente podía esquivar el vehículo y evitar la colisión.

Además, de ese mismo golpe en la parte trasera derecha del campero, se puede inferir a claras que el motociclista, señor X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.X, tal y como lo acotó el Juez de instancia, debió haber venido a una velocidad tal que le impidió reaccionar a tiempo para esquivar el campero o frenar y evitar la colisión, pues, resulta claro, se itera, por el punto de impacto, que el señor X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.X pudo ver y reaccionar a la maniobra peligrosa que estaba siendo ejercida por el señor X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.X, de lo contrario el impacto hubiese sido en la mitad del vehículo o en su parte delantera si cierto era que el señor X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.X transitaba en contravía (Hecho que dígame de una vez no tiene acervo probatorio suficiente que lo acredite).

Entonces, determinada como está la concurrencia de culpas, estima la Sala que la condena que pasa a imponerse se hará a cargo de la parte demandante en un 65% y a cargo de la parte demandada en un 35%, que es el grado de participación en la ocurrencia del daño de las partes envueltas en el accidente de tránsito, pues, pártase de que el hecho predominante para la ocurrencia del daño, lo fue la imprudencia y falta de pericia del motociclista, señor X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.X, quien no estuvo pendiente de la acción o maniobra peligrosa realizada por el señor X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.X, de lo contrario (al estar pendiente de las acciones de los demás) hubiese podido reducir su velocidad, esquivar el campero y evitar la colisión que posteriormente le ocasionó su muerte.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que en el presente asunto, hay lugar a declarar la responsabilidad compartida de las partes en la producción del daño, procederá la Sala a analizar conforme el porcentaje de participación de cada una de ellas, el monto de la condena que será impuesta.

Por otra parte, respecto a alusión a la actual Sentencia Penal que en su réplica realizó el apoderado de la parte demandada, no se ve, por parte de esta Sala, que sea necesario el decreto de una prueba de oficio de cara a los elementos probatorios y a la dinámica aquí surtida.

4.3.4 **El tema de los Perjuicios:** En su demanda la parte actora solicitó que como consecuencia de la declaración de responsabilidad patrimonial civil en cabeza de los aquí demandados, se los condene a pagar la suma de \$150.000.000 por concepto de lucro cesante monto que dice “... *equivale al tiempo menor de vida que a mi poderdante, aunado al tiempo que le faltare a su menor hija para cumplir los 25 años de edad y terminar sus estudios universitarios...*”. Así mismo solicitó la suma de \$300.000.000 por concepto de perjuicios morales.

- LUCRO CESANTE: Se define como aquel valor que no ingresó o que no ingresará al patrimonio de la víctima. “... *Lo que no se ganó o indefectiblemente no se ganará...*”.

En el plenario no obra prueba que acredite que el señor X.X.X.X.X.X.X.X.X.X, se encontrara vinculado laboralmente a alguna empresa, como tampoco hecho alguno que denote que aquel ejercía alguna actividad comercial de la cual se pueda establecer con certeza cuál era el monto de sus ingresos, sin embargo, y como lo ha hecho nuestro órgano de cierre, “... *ante la falta de otros elementos de juicio, la Corte acoge el salario mínimo legal como base para establecer el ingreso mensual...*”, esto en desarrollo de los principios de reparación integral y equidad.”

Radicación 05 2013 00067 01 (04 05 2017) acta No. 950 M.P. Dr. Julián Alberto Villegas Perea

## SALA DE FAMILIA

**Admisión de la demanda. Divorcio matrimonio civil. Jurisdicción y competencia.**

**Juez se equivocó aduciendo un hecho que no figura en la demanda, basado en que las partes no tienen domicilio en el país, pues esa injerencia no emerge con claridad y nada hay en los folios que permita semejante conclusión.**

“!La señora X.X.X.X.X.X.X.X. demando a su cónyuge X.X.X.X.X.X.X.X. con el fin de que se decrete el divorcio del matrimonio civil celebrado entre ellos, en cuyo cuerpo consigno para lo que interesa a esta providencia, que se estableció y reside en Madrid-España, en tanto el demandado es vecino de esta ciudad, pero desconoce su residencia o lugar de notificación.

La acción fue asignada por reparto al señor Juez Tercero de Familia de oralidad de Cali, quien delantamente la rechazo bajo la consideración de que las partes carecen de residencia en el territorio patrio, circunstancia que impide que se asuma el conocimiento del proceso ante la ausencia de jurisdicción, amén de que los extremos procesales no conserven el domicilio en común ni la demandante tampoco, razón por la cual resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 65 y siguientes de la Ley 33 de 1992, aprobatoria del Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional referente al domicilio conyugal, de modo que se desprendió del conocimiento del proceso conforme a lo dispuesto en los artículos 28 y 90 del Código General del Proceso y ordeno la devolución de los anexos a la actora, decisión que fue tempestivamente recurrida mediante reposición y en subsidio apelación, frente a lo cual se pronunció negativamente en el primero y concedió en el efecto suspensivo el segundo.”

(...)

“De los planteamientos del caso se extrae que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si al juez de familia de esta localidad le corresponde conocer de la demanda de divorcio de ciudadanos colombianos que contrajeron matrimonio en esta ciudad en donde fijaron su domicilio conyugal, pero del que posteriormente la demandante se estableció en el extranjero, en tanto el demandado se sabe que se encuentra domiciliado en esta localidad, pero se desconoce su residencia o lugar de notificaciones.

**BOLETIN 4 DE 2017.**

En ese orden de ideas se equivocó el señor Juez de instancia, porque en la demanda se precisó que el demandado era vecino de esta ciudad, lo que en términos del artículo 78 del Código Civil equivale a su domicilio civil, no obstante se desconoce su lugar para ser notificado, por lo que con esa puntualización debió aplicar el mandato legal general para

aprehender el conocimiento del asunto concordante con lo señalado en el artículo 293 respecto al emplazamiento para lograr el enteramiento de proceso y no desprenderse de él aduciendo un hecho que no figura en la demanda, basado en que las partes no tienen domicilio en el país, pues esa inferencia no emerge con claridad y nada hay en los folios que permita semejante conclusión, por lo menos a esta altura de la contienda procesal.

Por las razones expuestas, se revocara el auto apelado para que en su lugar el señor Juez se pronuncie sobre la admisión de la demanda. Sin costas, por no estar configurada la relación jurídico-procesal entre los intervinientes.”

Rad. 003 2016 00402 01 (05 05 017) Dra. Dra. Gloria Montoya Echeverri

**Admisión de la demanda de divorcio de matrimonio civil. Causal 8ª del artículo 154 del Código Civil. Juez inadmitió la demanda por no establecer la fecha exacta de la separación de la pareja.**

**Siendo los criterios de admisión enteramente objetivos y taxativos no había razón jurídica para inadmitirla cuando el hecho reprochado era claro, preciso y determinado, de donde surge incontestable que le asiste la razón al apelante en quejarse sobre el desconocimiento del derecho sustancial, sacrificado en el altar de formalidades inexistentes, por lo que se despachará favorablemente su protesta.**

**Extracto:**

“De los planteamientos del caso se extrae que el problema jurídico consiste en determinar si la causal de inadmisión que refirió el a quo y que condujo al rechazo de la demanda, consistente en la necesidad de precisar la fecha exacta de la separación de la pareja como presupuesto fáctico de la causal 8ª del artículo 154 del Código Civil tiene o no asidero legal.

En punto con lo debatido, enseña el artículo 82 del Código General del Proceso que la demanda con la que se promueva todo proceso deberá reunir entre otros, el siguiente requisito formal “5. Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones debidamente determinados, clasificados y numerados”. La interpretación de esta disposición no es un asunto que deba mirarse desde el estrecho ángulo de su tenor literal, pues además de que el juez tiene la facultad de desentrañar la demanda y auscultar el verdadero querer de las partes sin llegar en manera alguna a sustituirlo o a subsanar las falencias estructurantes de sus actuaciones, la exigencia no puede significar el pedimento de fórmulas sacramentales o de rigorismos caprichosos del sentenciador para convertir, a partir de su dirección temprana una exigencia formal en una de mérito. En contraste, acorde con la finalidad de la demanda y el cabal entendimiento del artículo 82 citado, se busca es que el litigio transite sobre bases ciertas y determinadas, camino en el que todos los intervinientes saber por qué y para qué se ha demandado amén de que esta identificación de los hechos perfila el contenido de la contienda y deja a salvo las garantías procesales del contradictor.

Fue así como la parte actora señaló en el escrito principal “La señora xxxxxxxx, afirma que desde el año 2010 a la fecha no convive con el señor xxxxxxxxxxxx”, para luego indicar que el soporte jurídico de sus pretensiones era entre otras, la causal 8ª del artículo 154 del Código Civil, de modo que el requisito de la demanda quedaba colmado a partir de la redacción de ese enunciado en donde sin ambages se podía establecer en voces de la demandante que a la fecha de la presentación de la demanda la separación física de la pareja llevaba más de dos años, afirmación que justamente debía acreditarse a través de los medios probatorios procedentes y en una etapa posterior a los preludios del proceso.

Entonces peca el sentenciador al sostener que su pedimento inadmisorio se sustenta en la Ley y en la Jurisprudencia , cuando las fuentes que invoca no lo respaldan en tanto que el numeral 8º del artículo 154 del Código Civil , por tratarse de norma sustantiva no exige



la precisión de una fecha exacta sobre la separación de la pareja sino que establece un presupuesto de hecho en abstracto con su correspondiente consecuencia jurídica, lo propio en la sentencia de constitucionalidad referida que en punto con dicha causal en ninguno de sus apartes refiere que desde el momento mismo de la revisión de la demanda deba indicarse con grado de precisión matemática la calenda en que sustenta la pretensión y menos cuando se alega una causal objetiva para la que no se encuentra previsto ningún término de caducidad.

De suerte que siendo los criterios de admisión enteramente objetivos y taxativos no había razón jurídica para inadmitirla cuando el hecho reprochado era claro, preciso y determinado, de donde surge incontestable que le asiste la razón al apelante en quejarse sobre el desconocimiento del derecho sustancial, sacrificado en el altar de formalidades inexistentes, por lo que se despachará favorablemente su protesta.

Por los motivos anteriores, como la apelación del auto que rechaza la demanda comprende el de la inadmisión, se revocará la providencia del 9 de agosto de 2016, así como la exigencia que el a quo realizó en el ítem 2 del proveído inadmisorio, para que proceda a pronunciarse sobre la admisión de la acción impetrada.

Rad.009 2016 00397 01 (04 05 2017). Dra. Gloria Montoya Echeverri.

---

---

**CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIA. Rescisión de la partición por lesión enorme. Fuero de conexión o atracción. Liquidación de la sociedad conyugal.**

“De entrada debe decirse que como quiera que el conflicto planteado involucra a juzgados de la misma especialidad de un distrito judicial, esta Sala es competente para dirimirlo, de conformidad con lo establecido en los artículo 139 del Código General del Proceso y 18 inciso 2º de la Ley 270 de 1996.

La competencia es la medida como se distribuye la jurisdicción entre los distintos jueces, que se determina a través de diversos factores, como son el objetivo, que a su vez se subdivide por la materia y la cuantía; el subjetivo, el territorial y el funcional; algunos agregan el factor conexión que otros prefieren tener como un elemento del desplazamiento de la competencia.

La competencia es la medida como se distribuye la jurisdicción entre los distintos jueces, que se determina a través de diversos factores, como el objetivo, que a su vez se subdivide por la materia y la cuantía; el subjetivo, el territorial y el funcional, aunque algunos agregan el factor conexión, que otros prefieren tener como un elemento del desplazamiento de la competencia.

En este caso se encuentra comprometido el fuero de conexión o atracción, toda vez que la discusión gira en torno a si el proceso verbal para obtener la rescisión de la partición de la sociedad conyugal, debe ser conocido por el juez a quien se repartió inicialmente o por aquel que conoció el proceso de sucesión donde se distribuyeron los haberes que hoy se demandan.

Este fuero de atracción se desarrolla en el artículo 23 del Código General del Proceso, que a diferencia del Código de Procedimiento Civil, estatuto que si bien es cierto contenía disposiciones al respecto, no dedicaba una norma concreta a tal propósito. Este factor permite asignar la competencia para conocer de un determinado asunto con fundamento en la competencia previamente determinada para otro; expresando en otras palabras, el fuero de atracción permite que un asunto asignado a un determinado juez, como su nombre lo indica, absorba los demás procesos que en un específico asunto deban promoverse con posterioridad. El supuesto que se regula en la norma en comento y que interesa para los fines de la decisión, es el atinente a los procesos sobre el sistema

patrimonial del matrimonio, en cuyo caso, el juez de la sucesión también conocerá, sin necesidad de reparto, *“de los procesos sobre el régimen económico del matrimonio y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, relativos a la rescisión de la partición por lesión y nulidad de la misma, las acciones que resulten de la caducidad, inexistencia o nulidad de las capitulaciones matrimoniales, la revocación de la donación por causa del matrimonio, el litigio sobre la propiedad de bienes, cuando se disputa si estos son propios o de la sociedad conyugal y las controversias sobre subrogación de bienes o las compensaciones respecto de los cónyuges y a cargo de la sociedad conyugal o a favor de esta o a cargo de aquellos en caso de disolución y liquidación de la sociedad conyugal o sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.”*

Entonces a voces de lo anterior, el fuero de atracción tiene acogida en la medida en que el Juez de Familia que esté adelantando el proceso de sucesión de mayor cuantía, es competente para conocer de los eventos enlistados en el artículo 23 del Código General del Proceso, sin necesidad de reparto, lo que de entrada supone la existencia del trámite mortuario que da cabida para el conocimiento de las acciones allí previstas y en cuanto tiene resonancia con las resueltas que en este proceso se adopten o mejor, dando otra lectura equivale a decir que culminado éste no tiene cabida el foro de conexidad, pues la finalidad de este es que *“no finalice el proceso de sucesión mientras no queden definidas las controversias por causa o con razón de la herencia, facilitando así la efectividad de la prejudicialidad de proceso civil a proceso civil que en estas hipótesis surge.”*

Así las cosas, se concluye que la competencia radica en la Juez Cuarta de Familia de Oralidad de esta ciudad a quien se le remitirá el expediente y se le comunicará esta decisión al otro despacho involucrado.”

Rad. 007 2016 00685 01 (26 04 2017) Dra. Dra. Gloria Montoya Echeverri.

#### **PROCESO DE SUCESIÓN TESTADA Incidente de regulación de perjuicios Legitimación en la causa por activa.**

“4. Compete al juez colegiado o individual verificar los presupuestos materiales de la acción dentro de los cuales se encuentra la legitimación en la causa. Con relación a la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a ella, como la **“calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”**, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas.

Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la providencia no puede ser inhibitoria, sino desestimatoria de lo pretendido, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.

5. Débase precisar que la legitimación en la causa, tanto en activa como pasiva, ha sido entendida por nuestra Corte Suprema de Justicia, con fundamento también en lo expuesto por tratadistas como Giuseppe Chiovenda, como **“la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)”** (CSJ SC Providencia del 10 de marzo de 2015, con ponencia del Magistrado JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ). El nexo que une a las partes, permitiendo a un extremo invocar pretensión y al otro responder a tales reclamos, es lo que se conoce como legitimación en la causa.

En igual sentido, es menester traer a colación lo indicado sobre el tema, por parte de esa Corte en sentencia de 24 de julio de 2012, exp. 1998-21524-01, a saber:

**“la legitimación en la causa consiste en ser la persona que la ley faculta para ejercitar la acción o para resistir la misma, por lo que concierne con el derecho sustancial y no al procesal, conforme lo tiene decantado la jurisprudencia (...) En**



**efecto, ésta ha sostenido que el interés legítimo, serio y actual del “titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico” (U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360), exige plena coincidencia de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva). (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185)” (CXXXVIII, 364/65), y el juez debe verificarla “con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular” (cas. civ. Sentencia de 1º de julio de 2008, [SC-061-2008], exp. 11001- 3103-033-2001-06291-01). Y ha sido enfática en sostener que tal fenómeno jurídico “es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste” (Sent. de Cas. Civ. De 14 de agosto de 1995, Exp. N° 4268, reiterada en el fallo de 12 de junio de 2001, Exp. N° 6050).**

Nuestra Corte Suprema de Justicia igual ha considerado que acoger la pretensión en una sentencia depende de, entre otros requisitos, que *<<se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado (...). Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor>>* (CSJ SC, 14 Ago. 1995, Rad. 4628, reiterado en CSJ SC, 26 Jul. 2013, Rad. 2004-00263-01).

De lo que se concluye que la legitimación, depende de la naturaleza de la reclamación y del interés que se pretende hacer valer o garantizar, ya que indistintamente del vínculo existente entre los litigantes, debe hacerse uso de los medios apropiados para cada fin.

Igualmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia sin ambages sostienen que la calificación que se ha dado a la *<<legitimación en la causa>>* es como uno de los presupuestos indispensables para la procedencia de la pretensión, de ahí que se le haya considerado como cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, pues alude a la materia debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste. Tal atributo, en términos generales, se predica de las personas que *<<se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio>>*, en virtud de lo cual se exige *<<para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso>>*.

4.1. De esta manera, debe precisar la Sala que, si bien es cierto vía excepción podrá alegarse la ausencia de la legitimación en la causa por activa, en todo caso, ésta deberá ser verificada por el Juzgador, tanto por activa como por pasiva, ya que, como ha sido narrado, *“es uno de los requisitos necesarios e imprescindibles para que se pueda dictar providencia de mérito, ora favorable al actor o bien desechando sus pedimentos”*. En relación a este aparte, es oportuno precisar que, aunque dada la vigencia del Código de Procedimiento Civil que aún se impone a este asunto, la decisión que se recurre no tiene el rango de sentencia, empero, por todo lo dicho, frente a la misma se hace imperativo la verificación de este presupuesto para así poder abordar el asunto de fondo, el cual sería la regulación de los perjuicios solicitada por los incidentalitas.

5. De lo anteriormente explicado, resulta forzoso verificar en el presente asunto la concurrencia del presupuesto de la legitimación en la causa por activa de los aquí incidentalitas, quienes ostentan la condición de legatarios de XXXX, ya que, de no asistirles, esto conllevaría al fracaso de la totalidad de las suplicas elevadas por éstos.

Veamos que dice la legislación y la jurisprudencia al respecto:

Código Civil: Artículo 1162: **“Los asignatarios a título singular, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de herederos,**

***son legatarios; no representan al testador; no tienen más derechos ni cargas que las que expresamente se les confieran o impongan.***

***Lo cual, sin embargo, se entenderá sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos, y de la que pueda sobrevenirles en el caso de la acción de reforma”.***

***Artículo 1357: “Será removido por culpa grave o dolo, a petición de los herederos o del curador de la herencia yacente, y en caso de dolo se hará indigno de tener en la sucesión parte alguna, y además de indemnizar de cualquier perjuicio a los interesados, restituirá todo lo que haya recibido a título de retribución.”***

Es así como, sobre la legitimación en la causa por activa de los incidentalitas XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX y XXXX, lo primero a decir es que se está tramitando en este proceso la sucesión de XXXX, quien, a través de la escritura pública número 4830 el día 8 octubre de 1997 ante la Notaría Doce del Círculo de Cali, otorgó testamento donde instituyó como su única heredera universal a su hermana XXXX, lo que significa que los señores XXXX no hacen parte de la sucesión de XXXX, por lo tanto no tienen interés legítimo y actual para ser titulares de acciones dentro de la sucesión de XXXX, no tienen nexo jurídico que los una con esta sucesión y, por lo tanto, presentan una restricción para actuar o comparecer, es decir, que les permita accionar algún reclamo dentro de esta sucesión, por lo que se concluye que los señores XXXX no tienen legitimación en la causa.

Ciertamente, al ser analizados, en el caso en concreto, los legatarios no están contemplados en ese conjunto de circunstancias respecto a la relación jurídica que requiere el sujeto para reclamar algún derecho, dado que la normatividad vigente no concede a los legatarios ese interés jurídico específico y concreto en el objeto del litigio o de la decisión reclamada

Aunado a lo precedente, no le asiste a los legatarios legitimación en la causa por activa, dadas las diferencias fundamentales entre aquellos y los herederos, pues estos últimos suceden al causante en su conjunto patrimonial, activo y pasivo, tanto en los derechos como en las obligaciones que no se extingan por su muerte, mientras que el legatario sólo lo hace en bienes o derechos determinados por el testador; la posición de heredero puede provenir de la ley, además de la voluntad del causante; mientras que la de legatario sólo puede provenir de la voluntad del causante establecida en testamento. En sede de responsabilidad el heredero, responde de las deudas del causante ilimitadamente e incluso con sus propios bienes (a no ser que acepte a beneficio de inventario); por su parte, el legatario no responde de las deudas y cargas de la herencia, salvo en los casos especiales y en especial el legatario no ocupa los fundamentales papeles del heredero.

En conclusión, mientras el heredero es un auténtico sucesor, el legatario es un adquirente y sólo obtendrá exclusivamente los bienes y derechos que le sean expresamente atribuidos, razón por la que es ostensible que a los incidentalitas no les asiste legitimación en la causa por activa en este asunto, lo que impone a esta Corporación, en su condición de Juez de segunda instancia que resuelve un recurso vertical, su reconocimiento oficioso.”

La Sala declaró la falta de legitimación en la causa por activa.

Rad. 010 2002 00972(24 05 2017) Acta 038. M.P: Dr. Juan Carlos Ángel Barajas

#### **SALVAMENTO DE VOTO. Regulación de perjuicios.**

“Presento a continuación y muy respetuosamente, los reparos que tengo frente a la decisión mayoritaria, de la que me aparto tal como expongo a continuación:

A pesar de que comparto la premisa normativa escogida para desentrañar si los incidentalitas gozaban de legitimación en la causa para solicitar la regulación de los perjuicios ocasionados por la albacea, referida al artículo 1357 del Código Civil y con la

que se despachan negativamente las aspiraciones de XXXX e XXXX quienes ciertamente no representan la sucesión; considero que en el presente evento, frente al restante polo activo, no reposan los elementos de juicio suficientes para adoptar una decisión, por las siguientes razones:

Respecto a los señores XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX y XXXX resulta importante establecer cómo se anunciaron en la mortuoria de XXXX y cómo el juez de instancia los admitió y reconoció, dado que en las pruebas acompañadas para efecto de surtir la apelación, ninguna referencia se encontró. No comparto la afirmación que se hace en el párrafo 2 del numeral 5° de su proyecto en el que se menciona *“no hay duda que en el presente proceso los que promueven el incidente de regulación de perjuicios...lo hacen en su condición de legatarios”*, porque esa condición no se desprende del testamento de XXXX sino del de XXXX y en cuyo trámite sucesoral no transitamos.

En efecto, se hace énfasis en que se trata de la sucesión de XXXX y que los incidentalitas son legatarios de XXXX, aseveración final que bien podría ser cierta si se tratara de la sucesión de ella, pero siendo la sucesión de XXXX, deben de acopiarse más elementos de convicción para determinar si los incidentalitas XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX y XXXX carecen o no de legitimación, por cuanto estos bien podrían representar a su causante por virtud del artículo 1014 del Código Civil si se aceptara que el derecho de opción por parte de XXXX no fue ejercido.

Pero si otro fuera el sentido de las cosas teniendo en cuenta que XXXX murió el 10 de agosto de 1998, el testamento realizado por XXXX el 19 de octubre de 1998 debe considerarse un acto de heredera y por ende de aceptación de la herencia de XXXX porque: a) *“No se puede aceptar asignación alguna sino después que se ha deferido”* (inciso 1° artículo 1283) y para ese momento la herencia de XXXX ya se le había deferido a XXXX, era por tanto su heredera universal en los términos de la memoria testamentaria. b) No se ha puesto en entredicho la capacidad de ejercicio de XXXX para aceptar la asignación deferida. c) XXXX menciona que es su intención testar los bienes que le sean adjudicados en la sucesión testada de su hermana XXXX, ese acto de disposición se enmarca dentro de los que se precisan en los artículos 1287 y 1301 del Código Civil y debe entenderse, además de acto de heredero, como la aceptación tácita de la herencia.

La doctrina es consistente en señalar que en los casos en los que el asignatario haya fallecido después de ejercitar el derecho de opción debe darse el llamamiento a sus herederos para que lo representen. La hipótesis se ha planteado desde la perspectiva procesal cuando el asignatario muere después de estar reconocido en el trámite liquidatorio, dando aplicación al artículo 621 del Código de Procedimiento Civil, hoy 519 del Código General del Proceso, a lo mejor por tratarse de un típico ejercicio del derecho de opción cuando el asignatario concurre a la sucesión y acepta la asignación deferida (art. 1298 y 1299 C.C.), aunque Laffont Pianetta plantea que la aceptación bien puede haberse efectuado antes del proceso de sucesión del causante pero antes de su partición, sin formular una consideración adicional la solución debe aparejar un trato similar al que ocurre cuando el asignatario fallece en el decurso del proceso de sucesión, pues lo que degenera en el llamamiento de los herederos o sucesores, es precisamente el ejercicio del derecho de opción y no el trámite judicial, de ahí que resulte procedente que los herederos del asignatario fallecido lo representen con los mismos derechos, cargas y obligaciones de su antecesor. Esta situación no entraña ninguna alteración de los derechos que detentaba el asignatario, en tanto que sus herederos ocupan la posición que tenía aquel y podría intervenir en el proceso de sucesión a defender los intereses de éste.

Para el caso, estos sucesores serían los herederos que XXXX designó en su testamento por cuanto refirió no tener legitimarios, pero, dado que la causante dispuso de todos sus bienes a título singular, serán sus herederos abintestato, sus herederos universales según lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 1158 del Código Civil, lo que quiere decir que potencialmente sus sobrinos podrían sucederla y representarla para promover la acción

de remoción de albacea y la consecuente liquidación de los perjuicios a favor de la sucesión, pero no necesariamente por ser herederos de su causante (requisito que se exige es para la sucesión hereditaria que se comenta) sino por ocupar el lugar de XXXX como heredera universal de XXXX, cumpliéndose el postulado de legitimación que se señala en el artículo 1357 del Código Civil y del que no existe duda respecto de XXXX. De lo que se sigue que era necesario auscultar la previsión testamentaria de dicha dama cuando señaló que XXXX, XXXX y XXXX recogerían los bienes que no fueron mencionados en el codicilo y establecer si por dicha causa son herederas universales o siguen siendo legatarias respecto de esos bienes. Radicación 010 2002 00972 02 (24 05 2017) M.D. Dra. Gloria Montoya Echeverry

---

---

# SALA LABORAL

**CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIA. Competencia por la cuantía en materia laboral. Reliquidación de la pensión de vejez. Vida probable de la demandante. Competencia de los jueces laborales del circuito**

“El artículo 18 inciso 2 de la Ley 270 de 1996 ó Ley Estatutaria de Administración de Justicia, asignó a las Salas Mixtas del Tribunal Superior, los conflictos de competencia que se susciten entre autoridades de la jurisdicción ordinaria que tengan distinta especialidad jurisdiccional sean de igual o diferente categoría y pertenezcan al mismo Distrito.

Como en el caso en estudio, el conflicto se presenta entre el Juzgado 3º Municipal de Pequeñas Causas Laborales y el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Cali, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali tiene competencia para dirimirlo, conforme a las previsiones del artículo 15, literal B, numeral 5º del C. P. del T. y de la S.S., pues, se trata de un conflicto de competencia que se suscita entre dos juzgados de este Distrito y ambos de la categoría laboral, última circunstancia, que permite descartar la competencia por vía de Sala Mixta.

## 2.- Competencia por la Cuantía en Materia Laboral

Conforme a lo previsto por el inciso 1 del artículo 12 del C.P. del T. y de la S.S. (Subrogado por la Ley 11 de 1984, artículo 25; modificado por la Ley 712 de 2001, artículo 9º, a su vez modificado por el artículo 46 de la Ley 1395 de 2010), los Jueces Laborales del Circuito conocen en única instancia de los negocios cuya cuantía exceda el equivalente a veinte (20) veces el salario mínimo legal mensual vigente y en primera instancia de todos los demás.

Por su parte, el inciso 3 del mismo artículo prescribe que, los jueces municipales de pequeñas causas, donde existen, conocen en única instancia de los negocios cuya cuantía no exceda del equivalente a veinte (20) veces el salario mínimo legal mensual vigente.

Ahora bien, como no existe norma específica que señale la forma en que se determina la cuantía, es preciso, acudir por remisión del artículo 145 del C. P. del T. y la S.S., al Código de Procedimiento Civil.

En ese orden de ideas, el numeral 1 del artículo 20 del C. de P. C., prescribe que, la cuantía se determina por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda; el numeral segundo de dicho artículo (mod. Art. 3 de la Ley 1395 de 2010), enseña que, la cuantía en caso de acumulación de pretensiones se calcula por el valor de la suma de todas las pretensiones al momento de la presentación de la demanda.

### 3.- Caso Concreto

Efectivamente, uno de los criterios para determinar la competencia de los jueces es la determinación de la cuantía; por lo cual, los Jueces Laborales del Circuito conocen los negocios cuya cuantía exceda el equivalente a veinte (20) veces el salario mínimo legal mensual vigente, mientras que los Jueces Municipales de Pequeñas Causas Laborales, conocen en única instancia de los negocios cuya cuantía no exceda dicho monto.

Así pues, como argumento central para el rechazo de la demanda, aduce el Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cali en forma concreta, que en los asuntos relacionados con el reconocimiento y pago de pensiones en donde se ponderan factores como la vida probable del demandante, el debate procesal relacionado con estas materias tendrá la posibilidad de ser conocido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Aduce igualmente que dicha corporación consideró en providencia del 7 de noviembre del año 2012 que en tales asuntos la determinación de la cuantía debe incluir los valores que la demandada estaría obligada a pagar o el demandante expuesto a perder, por concepto de pensión durante toda su vida probable y que si bien en el caso planteado se refirió concretamente a las pensiones, la misma regla debe aplicar para la reliquidación de esta, no solo porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal, sino porque el efecto de la reliquidación también se proyecta sobre toda la vida probable del demandante.

En contraposición a lo antedicho, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali aduce en forma concreta que le asistiría razón a lo manifestado por el Juzgado Municipal, si dentro del proceso la discusión girara en torno al reconocimiento pensional, pero que el problema jurídico es opuesto a tal, dado que la pensión fue reconocida por la entidad demandada previo al inicio del proceso y lo que se reclama es la reliquidación de su pensión, que en su consideración, la diferencia entre lo pagado y lo adeudado por Colpensiones asciende a la suma de \$1.179.457, de conformidad con la liquidación efectuada dentro de la demanda.

Conforme lo anterior, efectuado el estudio de la demanda, considera la Sala que cabe razón a lo manifestado por la Juez Tercera de Pequeñas Causas, pues, en las pretensiones se solicita que la reliquidación de la pensión de vejez se conceda "... desde el 01 de marzo de 2015 y hasta que subsistan las condiciones que dieron origen al reajuste de las mesadas pensionales", lo cual implica que debe llevarse tales valores hasta la vida probable de la demandante.

Independiente de lo anterior, el artículo 11 del C.P.T.S.S., les asigna la competencia a los Jueces Laborales del Circuito, los procesos que se sigan contra las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral.

Siendo de esta forma, no queda duda para la Sala que la competencia en el caso que nos ocupa debe ser radicada en cabeza del Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, a donde se ordenará remitir el expediente para lo pertinente."

Rad. 000 2017 00095 00 (23 02 2017) Acta 016. M.P. Dr. Carlos Alberto Oliver Galé.

---

---



**CONTRATO DE TRABAJO. TRABAJADOR OFICIAL. Indemnización moratoria.**

**Extracto:**

“Del estudio de las pruebas arrimadas, contrario a lo considerado por la Juez de instancia, la Sala concluye que la demandante en efecto siempre fue trabajadora oficial, que no ostento la calidad de empleada pública por el hecho de estar de esa forma vinculada a la entidad, lo que permite inferir que en favor de la demandante opera la presunción legal del contrato de trabajo del art. 20 del Decreto 2127 de 1945, toda vez que acreditó la prestación personal del servicio al demandado en las funciones como trabajadora oficial adscrita a una empresa industrial y comercial del Estado, y se reitera, no como empleada pública como lo dijo la A quo, pues las funciones y actividades realizadas por ella no son las que están en cabeza de los Directivos, personal de confianza y manejo a los cuales se les atribuye la calidad de empleados públicos , de allí que la sentencia se revoque, para en su lugar declarar que la demandante ostentó la calidad de trabajadora oficial de la aquí demandada, y por lo tanto, tiene derecho a que se le paguen las prestaciones convencionales que todo trabajador oficial del otrora ISS tiene derecho.

En cuanto a los derechos convencionales pretendidos, debe precisarse que se aportó en debida forma la convención colectiva de trabajo 2.001-2.004 (fs. 62 a 104), por ser el fundamento normativo del derecho demandado, le correspondía a la trabajadora traer a los autos el texto de dicho estatuto normativo y no de cualquier manera, sino con el cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley laboral, siendo una de estas el depósito oportuno de aquel contrato colectivo ante el Ministerio de la Protección Social , tal como lo tiene ordenado el artículo 469 del C.S.T. bajo la condición de no producir ningún efecto, siendo oportuno advertir que a la demandante se le hace extensiva la misma, por tener la calidad de trabajadora oficial, derecho que no se puede omitir, por el sólo hecho que por error se tenía como empleada pública.

En cuanto a la vigencia de la convención colectiva de trabajo 2.001-2.004, se debe precisar que la misma no varía para la aquí demandante, por cuanto ella no estaba vinculada al sector de salud de la entidad liquidada, por tanto su condición de trabajadora oficial que ostentaba desde el principio de su relación laboral no fue alterada con tal circunstancia, a la de empleada pública, situación que es la prevista en la sentencia SU 897 de 2012 que cita en su decisión la señora Juez de primera instancia.

De conformidad con lo anterior, y habiéndose advertido los derechos que le asisten como trabajadora oficial , y beneficiaria de la convención colectiva, antes de proceder a liquidar se debe estudiar la excepción de prescripción propuesta por la demandada, así las cosas se debe declarar prescritos todos los derechos prestacionales causados con anterioridad al 31 de marzo de 2.010, lo anterior en atención que presentó reclamación administrativa el 3 de enero de 2.013 (f.6), y entre esta y la fecha de terminación de la relación laboral 31 de marzo de 2.015, con la fecha en que se radicó la demanda 28 de abril de 2.016 (129), no transcurrió el término de 3 años, del art. 488 del CST, en consecuencia se procede de la siguiente forma.

Solicita la demandante que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las cesantías causadas durante la vigencia contractual de manera retroactiva, lo primero que



se debe advertir es que en efecto la demandante ingreso a laborar con posterioridad a la Ley 50 de 1.990, cuerpo normativo que impuso el régimen anualizado de cesantías, tanto en el sector privado como en el público, de ahí que en principio la demandada debió consignarlas anualmente en el respectivo Fondo, sin embargo en vista de que en la convención colectiva de trabajo 2.001-2.004, se había establecido que el régimen de cesantías para los trabajadores de la seguridad social sería retroactivo en tal sentido se le aplicó a la aquí demandante, en otras palabras, de conformidad con la prueba documental el régimen de cesantías de la demandante era retroactivo y no anualizado.”

(...)

“En el presente caso, se encuentra que si bien la demanda no reconoció la calidad de trabajadora oficial de la aquí demandante, a la misma siempre le cancelo lo que en su convicción le correspondía como empleada publica, no existiendo en este caso falta de pago, proceder que no se puede catalogar o calificar como de mala fe, por lo que se considera no procede condena por tal concepto.

No obstante lo anterior, la Sala no pasa por alto, el hecho de que las sumas dinerarias adeudadas se encuentran afectadas por el fenómeno de la pérdida adquisitiva del dinero, razón por la que es perfectamente viable ordenar que todas y cada una de las condenas impuestas sean indexadas al momento del pago efectivo, conforme a la fórmula que establece la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual dispone que el valor a indexar debe ser multiplicado por el índice de precios al consumidor inicial (31 de marzo de 2.015) y el resultado de éste debe ser dividido por el IPC final (fecha de pago efectivo).

Así entonces, son suficientes los argumentos jurídicos expuestos a lo largo de ésta providencia para revocar la decisión de primera instancia, y en su lugar, declarar que la calidad que ostentaba la aquí demandante era de trabajadora oficial, con los extremos precisados, y con las condenas aquí impuestas, y negando las demás pretensiones por lo anotado a lo largo de esta providencia, lo que conduce a declarar no probadas las excepciones propuestas y parcialmente la de prescripción.”

Rad.003 2016 00187 02 (09 05 2017) M.P. Elsy Jimena Valencia Castrillón.

## CONVIVENCIA SIMULTÁNEA. Pensión de sobrevivientes.

### Extracto:

“Así las cosas, al revisar el material probatorio, la Sala comparte la decisión adoptada por la primera instancia al considerar que la demandante si demostró que convivió con el causante un mínimo de 5 años en cualquier tiempo, por las razones que a continuación se pasa a exponer.

Al rendir testimonio los señores ARISTIDES MINA TENORIO y JAIR MINA TENORIO, testigos de la litisconsorte, afirmaron que les consta que su padre, antes de convivir con xxxxxxxxxxxxxxxx, estuvo casado con la demandante, que dicha unión se mantuvo por espacio aproximado de 7 a 10 años , que de la relación se procreó una hija de nombre PAOLA ANGELICA MINA, que la relación acabo, pero que nunca se liquidó la sociedad conyugal, aun cuando el causahabiente en alguna oportunidad inicio el trámite, ya que la demandante abandono el hogar con la niña.

Aunado a lo anterior, la partida de matrimonio visible a folio 8 del expediente, demuestra que esta contrajo nupcias con el causante el 23 de diciembre de 1995, y que dicho vínculo matrimonial se mantuvo vigente a la fecha del deceso del pensionado.

Lo anterior, coloca la situación fáctica de la demandante dentro del marco jurisprudencial establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para reconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes a la aquí demandante. En consecuencia, la sentencia en tal sentido se confirma.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
R E L A T O R I A  
BOLETIN 4 DE 2017.

Ahora bien, estando acreditado que el derecho le asiste tanto a la cónyuge como a la compañera permanente supérstites, el monto de la mesada pensional se debe dividir en un 50% para cada una de estas , de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia T-046 de 2016, la cual en su tenor literal establece que:

*“Cuando existan controversias sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes debido a que el cónyuge y compañero(a) permanente, o los dos compañeros(a) permanentes del causante han acreditado convivencia con este último en periodos distintos o de manera simultánea, la decisión sobre el reconocimiento y reparto de la pensión corresponde a la jurisdicción ordinaria”*

Colorario de lo hasta aquí expuesto, las demandantes tiene derecho a que se les reconozca la pensión de sobrevivientes a partir del 18 de febrero de 2013, razón por la que COLPENSIONES adeuda por concepto de retroactivo pensional la suma de \$ 17.971.386,12, advirtiéndole que el mismo no se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción, ya que entre la fecha de causación del derecho, esto es 18 de febrero de 2013 (f.7) hasta la fecha en que se radicó la presente demanda, 12 de noviembre de 2014, (f.12) no transcurrieron más de los 3 años que exige el artículo 151 del C.P.T. y S.S.

El monto de la mesada pensional, para el año 2017 asciende a la suma de \$754.524,23, suma que deberá ser dividida en un 50% para cada una de las demandantes, entendiéndose que a cada una le corresponde una mesada de \$377.262.”

Rad.012 2014 00729 01 (09 05 2017) M.P. Dra. Elcy Jimena Valencia Castrillón.

**CONTRATO REALIDAD. Contrato de trabajo. Prestaciones sociales. Indemnización por falta de pago. Mala fe de empleador.**

“Una vez efectuados los cálculos matemáticos, las prestaciones sociales del actor y los salarios dejados de percibir ascienden a la suma de \$ **\$779.787**. Se aclara que el salario utilizado para realizar la anterior liquidación corresponde al salario mínimo mensual legal vigente para el año 2006, toda vez que el salario devengado por el actor es inferior (consultar cuadro anexo).

Respecto a la indemnización por despido injusto, se afirma en los hechos de la demanda que el demandante fue desvinculado por su empleador del sistema de seguridad social en salud el día 1 de junio de 2006 (folio 101 del C1), y que fue despedido sin justa causa por la entidad demandada.

Se puede concluir de lo anterior que no existe prueba del despido sin justa causa, pues los medios de prueba presentes en el plenario no permiten llegar a la certeza de la ocurrencia de este hecho. En consecuencia se absolverá a los demandados del pago de la indemnización por despido injusto, que trata el artículo 64 del C.S.T.

Antes de decidir sobre el reconocimiento de la indemnización de la que trata el artículo 65 del C.S.T, como medida previa la Sala estudiará si existió mala fe por parte de la entidad demandada.

La buena fe es un postulado amparado por nuestra Carta Política en su artículo 83, al respecto la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-1194 de 2008:

**“La Corte Constitucional ha considerado que en tanto la buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado, y en tanto postulado constitucional, irradia las relaciones jurídicas entre particulares, y por ello la ley también pueda establecer, en casos específicos, esta presunción en las relaciones que entre ellos se desarrollen.”**

La Sala evidencia que está probada la mala fe por parte de la entidad demandada, en primer lugar por la modalidad de contratación que utilizó para vincular al demandante, y en segundo lugar por su actitud renuente a negar la existencia de la relación laboral, con el fin de evadir el pago de los salarios y prestaciones sociales del actor.”(...)

#### **INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE PAGO**

“Con base en lo anterior, teniendo en cuenta la mala fe por parte de la demandada, que el actor devengaba menos del salario mínimo y que sus prestaciones sociales y salarios se liquidaron con base en el salario mínimo del año 2006, se reconocerá la indemnización moratoria contemplada en el texto original del artículo 65 del C.S.T, la cual consiste en un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago, a partir del 1 de junio de 2006.”(...)

“Concluye este Juez colegiado que como consecuencia de la declaración de existencia de relación laboral, se condenará a la demandada XXXX, representada legalmente por el señor XXXX, de igual manera al señor XXXX y a los señores XXXX y XXXX en su calidad de socios de esa entidad hasta el monto de sus respectivos aportes, y solidariamente al señor XXXX, al pago de prestaciones sociales y salarios dejados de percibir por el actor, además de la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T, por cuanto existió mala fe por la entidad demandada. Los demandados serán absueltos de las demás pretensiones, por las consideraciones ya realizadas.”

Rad. 007 2009 00090 01 (31 03 2017) Acta 021. M.P. Dr. Antonio José Valencia Manzano.

---

---

#### **DEMANDA EJECUTIVA. Copias Simples. Título Ejecutivo.**

Se pretende la ejecución de una sentencia de tutela presentada como título ejecutivo.

En reiteradas oportunidades, la jurisprudencia nacional ha manifestado que existe un requisito indispensable para que sea procedente la ejecución de los actos como los que nos ocupa y es que este sea certificado como primera copia por parte de quien lo emite.

Esta Sala se ha pronunciado al respecto, indicando que se pueden presentar como títulos de recaudo ejecutivo, documentos en copias, para lo cual debe examinarse el requisito formal de aportación de dicha prueba, en especial el atinente a que debe tener constancia de ser primera copia.

#### **Extracto:**

“Descendiendo al caso materia de apelación, advierte la Sala que, concretamente, se pretende la ejecución de la Sentencia de Tutela No. 013 del 27 de febrero del año 2014, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito (folio 137 y s.s.), Revocada parcialmente mediante Sentencia del 6 de mayo del año 2014, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali.

Así las cosas, el estudio debe circunscribirse a determinar, inicialmente, si es procedente la ejecución de sentencias de tutela por la vía ejecutiva laboral y, en segunda medida, si los documentos que se presentaron como título ejecutivo cumplen los requisitos para ser tenidos como tal, específicamente lo referente a que sea primera copia.

Referente al primero de los temas a dilucidar, indica el artículo 100 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, lo siguiente:

*“ARTICULO 100. PROCEDENCIA DE LA EJECUCION. Será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral firme.*

*Cuando de fallos judiciales o laudos arbitrales se desprendan obligaciones distintas de las de entregar sumas de dinero, la parte interesada podrá pedir su cumplimiento por la vía ejecutiva de que trata este Capítulo, ajustándose en lo posible a la forma prescrita en los artículos 987 y siguientes del Código Judicial, según sea el caso.*

Por su parte, indica el Código General del Proceso, en su artículo 422, lo subsiguiente:

*“ARTÍCULO 422. TÍTULO EJECUTIVO. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.”*

En tal sentido, una obligación es expresa cuando aparece completamente delimitada, es decir, en forma explícita e inequívoca en el título ejecutivo.

Se entiende por clara, cuando los elementos constitutivos de la obligación, sujetos, objeto y causa, figuran totalmente determinados en documento que sirve de recaudo ejecutivo.

Y es exigible, cuando la obligación está sujeta a plazo o a condición, y se venció el primero o se cumplió la segunda, ora, cuando la obligación es pura y simple, en cuyo caso la obligación es exigible de manera inmediata.

Dicho lo anterior, debe exponer la Sala que, si bien es cierto frente a las sentencias de tutela existe el mecanismo del desacato para obligar al cumplimiento de las mismas, esto no impide, bajo ninguna circunstancia, que las sentencias de tutela puedan ser demandadas por la vía ejecutiva laboral, cuando se traten de obligaciones que, por competencia, correspondan al juez laboral conocerlas.

Lo anterior se deduce de la manifestación del artículo 422 del Código General del Proceso, en cuanto exterioriza que “Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles (...) que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción”, sin hacer exclusión de las sentencias de tutela.

Aunado a lo anterior, se observa que, frente a las sentencias de tutela, se propuso incidente de desacato, sin que se pueda evidenciar que dentro de este trámite se hubiera dado cabal cumplimiento a lo ordenado en los fallos constitucionales.

Ahora, tampoco es acertada la manifestación de la jueza de primera instancia, al aducir que la ejecución de la sentencia de tutela que se presenta como título ejecutivo, de acuerdo a lo reglado por el artículo 306 del C.G. del P., estaría a cargo del Juez Cuarto Civil del Circuito.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

RELATORIA

BOLETIN 4 DE 2017.

Esto por cuanto lo que se pretende es el pago de una obligación emanada del sistema de seguridad social integral, específicamente , del pago de dineros derivados de una pensión; correspondiendo la competencia al juez laboral, en aplicación a lo reglado por el numeral 5º del artículo 2º del C.P. del T y de la S.S.

Con base a lo anteriormente manifestado, queda claro que, en efecto, es posible iniciar demanda ejecutiva laboral, teniendo como título base de la ejecución sentencias de tutela; quedando por determinar lo relativo a la exigencia de que sea primera copia.

En reiteradas oportunidades, la jurisprudencia nacional ha manifestado que existe un requisito indispensable para que sea procedente la ejecución de los actos como los que nos ocupa y es que este sea certificado como primera copia por parte de quien lo emite.

Esta Sala se ha pronunciado al respecto, indicando que se pueden presentar como títulos de recaudo ejecutivo, documentos en copias, para lo cual debe examinarse el requisito formal de aportación de dicha prueba, en especial el atinente a que debe tener constancia de ser primera copia.

Este requisito, lo encontramos en el artículo 115 del C. de P.C., en el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 640 del año 2001, en el Decreto 960 del año 1970 y jurisprudencialmente se ha aceptado, en aras de evitar la proliferación de ejecuciones con base en un mismo título, preservando de esta manera el valor de la seguridad jurídica. Al respecto, la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 8 de abril del año 1994, MP. Dr. Jorge Carreño Luengas, manifestó:

*“(...) por regla general, los documentos –y con éstos el título ejecutivo – se deben aportar en original al proceso para que actúe como medio probatorio y sólo cuando el documento original no pueda llevarse al proceso, la ley autoriza que se aporte copia auténtica del mismo.*

*Por tal motivo, así no exista norma que regule de manera expresa que sólo la primera copia de aquellos actos administrativos presta mérito ejecutivo, y que de manera excepcional haya preceptos que contemplan esta situación para casos distintos al aquí tratado, es lo cierto que la lógica y la razón natural enseña, al igual que la experiencia, que únicamente la primera copia de estos actos administrativos presta mérito ejecutivo, pues de lo contrario, se harían interminables las demandas ejecutivas que sucesivamente pudieran entablarse contra el ente oficial.”*

A su turno, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: Dra. Martha Sofía Sanz Tobón, en sentencia de 28 de junio de 2007, Radicación Número: 11001-03-15-000-2007-00236-00(AC), indicó:

*“El inciso 2º del numeral del artículo 115 del C.P.C., prescribe que **“Solamente la primera copia prestará mérito ejecutivo”**.*

*Sin embargo, como se advierte de los apartes transcritos de los mandamientos de pago, dictados en el proceso ejecutivo N° 931.984, el título ejecutivo se compone de **“Las copias auténticas de la conciliación y el acta de aprobación de la misma”** no de la primera copia como lo manda la ley, ya que está, según lo afirma el demandante reposa en su poder, sino de fotocopias auténticas de dichos documentos.*

*Ahora bien, el artículo 497 del C.P.C., prescribe lo siguiente:*

***“Presentada la demanda con arreglo a la ley, acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento** ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida si fuere procedente, o en la que aquél considere legal”(Las negrillas y subrayas no son del texto original).*

*La norma es clara en cuanto establece que el juez sólo puede librar mandamiento de pago cuando a la demanda se acompaña el documento que presta mérito ejecutivo, en este caso, la primera copia del acuerdo conciliatorio y el acta aprobatoria del mismo que, se*



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 4 DE 2017.

*reitera, reposan en poder del INVÍAS no en el proceso ejecutivo objeto de esta tutela. Mal podía entonces trabarse la litis, pues falta el presupuesto procesal del título ejecutivo que es condición para que se incoe la acción ejecutiva.*

*A juicio de la Sala, por la anterior falencia quedan sin sustento legal los mandamientos de pago dictados como consecuencia de dicha demanda.*

*La decisión del Tribunal de librar mandamientos de pago sin el título ejecutivo idóneo, vulnera el derecho fundamental al debido proceso comoquiera que los profirió **sin el presupuesto procesal** que la ley exige para tal efecto, contrariando abiertamente el procedimiento señalado en el artículo 497 C.P.C.*

*Adicionalmente, dicha conducta quebranta el derecho de acceso a la administración de justicia, entendido como el interés legítimo que le asiste a las personas en su espera de que el juez, de una parte, se sujete a los procedimientos establecidos en la ley, lo cual no ocurrió en el presente asunto frente a los mandamientos de pago antes referidos, como quedó visto y, de otra, que la resolución del conflicto se haga sin quebranto alguno de la ley que los gobierna, más tratándose de una ejecución en un proceso de terminación anormal. Para la Sala no es aceptable señalar que un sujeto procesal accede a la administración de justicia cuando el juez de conocimiento pasa por alto expresos procedimientos legales que son condición sin la cual no es posible proferir una resolución definitiva de lo pretendido.”*

Así pues, para la juzgadora de primera instancia, los documentales traídos como título base de recaudo, Sentencia de Tutela N° 013 del 27 de febrero del año 2014, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Tribunal Superior de Cali, no cumplen con el requisito de ser primera copia; toda vez que se trata de una copia simple.

Ahora, conforme lo manifestado en oportunidades anteriores por esta Sala, efectivamente cabría razón a la juzgadora de primera instancia, dado que la Sentencia de Tutela N°013 del 27 de febrero del año 2014, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito y la Sentencia del 6 de mayo del año 2014, se tratan de copias simples, lo cual impediría su ejecución.

Sin embargo, es preciso indicar que dicha posición, para el caso que nos ocupa, debe ser estudiada a la luz de lo dispuesto por el C.G. del P., por ser la norma vigente a la fecha de presentación de la demanda ejecutiva que se estudia, y no frente al C de P.C.

Así pues, respecto a la autenticidad de los documentos, expone el art. 244 Código General del Proceso lo siguiente:

*ARTÍCULO 244. DOCUMENTO AUTÉNTICO. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.*

*Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.*

*También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.*

*Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.*

*La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.*

*Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones”*  
(Subrayas de la Sala)

Continuando con el primero de los apartes subrayados, tenemos que, con el Código General del Proceso, tratándose de títulos ejecutivos, no se requiere demostrar la



autenticidad de los documentos, siempre que estos reúnan los requisitos para ser tenidos como títulos ejecutivos; puesto que, de cumplirlos, la misma norma presume su autenticidad.

Al respecto podemos traer a colación al tratadista Marco Antonio Álvarez Gómez, el cual expone:

*“Finalmente se reiteró que, así mismo, los documentos que reúnan los requisitos para ser títulos ejecutivos se presumen auténticos (CGP, art.244-4).*

*En este punto es útil señalar que como las copias tienen el mismo valor probatorio del original (CGP, art.246), como quedó visto, y el artículo 422 del Código, al ocuparse de los presupuestos formales del título ejecutivo, no exigió que el documento fuera el original, también prestan merito ejecutivo las copias de documentos que provengan del deudor o de su causante, en los que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, “salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia” (CGP, art.246). La presunción de autenticidad traduce, en últimas que esas copias, al igual que los originales, constituyan plena prueba contra el ejecutado.*

*Así por ejemplo, podrá librarse mandamiento con soporte en la copia de un contrato de arrendamiento, para el cobro de las rentas debidas. Desde luego que si el ejecutante tiene en su poder el original, es su deber aportarlo, salvo causa justificada CGP, art.245,). Y por supuesto, en los casos en que –por ley- se exija el original como ocurre con los títulos – valores, sólo estos y no las copias tendrán fuerza ejecutiva.”*

Siguiendo con lo referido, la manifestación de la juzgadora de primera instancia referente a que los documentos presentados por la parte ejecutante se tratan de copias simples sin la certificación de que sea primera copia carece actualmente de valor y, por tal motivo, no puede ser aceptada para abstenerse de librar mandamiento de pago ejecutivo.

En este orden de ideas, al haberse determinado que los argumentos dados por la jueza de primera instancia no resultan válidos para el Código General del Proceso, en su artículo 422, expresa:

*“ARTÍCULO 422. TÍTULO EJECUTIVO. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.”*

En tal sentido, una obligación es expresa cuando los elementos constitutivos de la obligación, sujetos, objeto y causa, figuran totalmente determinados en documento que sirve de recaudo ejecutivo.

Y es exigible, cuando la obligación está sujeta a plazo o a condición, y se venció el primero o se cumplió la segunda, ora, cuando la obligación es pura y simple, en cuyo caso la obligación es exigible de manera inmediata.

Para la Sala, no es clara ni expresa la obligación en la medida en que, no se precisa en los documentos acompañados cuál es el valor de la prestación por la que se pretende la emisión de la orden de pago, e incluso con dichos instrumentos no es posible determinar el valor de la misma.

Nótese como el apoderado del ejecutante, tampoco precisa el valor de lo cobrado al solicitar el mandamiento de pago.

Se revocará la decisión de primera instancia, para en su lugar, negar el mandamiento de pago por ser expreso ni claro el título ejecutivo, en los términos de esta providencia.

Rad. 017 2016 00667 01 Acta No. 017 (27-02-2017) M.P.Dr. Carlos Alberto Oliver Gale.

**FUERO SINDICAL EMPLEADO PÚBLICO. Levantamiento del fuero sindical. Contratación de agremiación sindical.**

**Extracto:**

“Del anterior análisis probatorio la Sala infiere que en principio es procedente el levantamiento del fuero sindical, toda vez que se encuentra probado que el demandado es empleado público, que está protegido por el fuero sindical, además de encontrarse probada la existencia de la justa causa establecida en el literal L del artículo 41 de la ley 909 de 2004, por cuanto el cargo de ENFERMERO código 243 grado 3 fue suprimido como consecuencia del proceso de reestructuración interno en el HXX.

Sin embargo, a pesar de lo antes expuesto por necesidades del servicio el referido cargo no desapareció. Aunque la intención aparente de la entidad demandante con la supresión de cargos fue la de aliviar su déficit fiscal, lo claro es que el verdadero trasfondo de su actuación, fue la tercerización del cargo suprimido.

Con el fin de cumplir ese nefasto propósito utilizó la contratación mediante agremiación sindical de personal externo, para que este personal desempeñara las mismas funciones propias del cargo del cual era titular el demandado y que fue suprimido. Los testimonios del señor xxxxxxxxx y la señora xxxxxxxxxxxx son conducentes y pertinentes para sustentar la tesis final, como consecuencia no se levantara el fuero sindical del demandado.

Lo anterior, se encuentra corroborado con lo manifestado en el Estudio Técnico de Reestructuración realizado al hospital que dice: **“6.5 Propuesta de Ajuste Financiero según la Venta de Servicios para la Ley 550.**

(...)

*Se trabajó bajo cuatro puntos específicos para hacer la propuesta de transformación de la entidad, se estudia esencialmente la continuidad en la prestación del servicio nivel 3 con amplia cobertura en la prestación por cada unidad de negocios.*

Los puntos específicos a ajustar son:

1. **Tercerización de algunos servicios no misionales.**
2. Ajuste a los costos y gastos acorde con la producción
3. Plan de pagos de pasivos con corte 31 de julio de 2016 según ahorro operacional de la entidad.
4. Proyección financiera 7 años

(...)

La tabla anterior nos muestra el comportamiento de algunas dependencias de la entidad, los cuales dado el grado del alto costo y su poca incidencia con la prestación del servicio, se considera deben ser tercerizados con el único fin de bajar costos no solamente directos

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

RELATORIA

BOLETIN 4 DE 2017.

sino también los indirectos los cuales están afectando de manera directa las finanzas de la entidad. ...” (Subraya y negrilla fuera de texto). Folio 4 C. D. Pág. 157-158.

Sobre la tercerización laboral el artículo del Código Sustantivo de Trabajo dispone:

**“ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.**

*1º) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los Salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores.*

Al respecto la Corte Constitucional se pronunció en Sentencia C-593 de 2014:

“Es por ello que la distinción hecha por la disposición entre aquellos trabajadores de contratista que desarrollen funciones normales y ordinarias de la empresa contratante y aquellas ajenas a la misma, tiene su fundamento en el objeto y fin del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Esto es, evitar que la referida empresa utilice la llamada tercerización para evadir las obligaciones laborales y esconda verdaderos contratos realidad para desarrollar las funciones o labores que le son propias para cumplir su objeto social”.

**CONCLUSION**

Con base en las consideraciones antes expuestas, será negado el levantamiento del fuero sindical que cobija al señor xxxxxxxxxxxx toda vez que su cargo de ENFERMERO código 243- grado 3, a pesar de que fue suprimido en un principio en el proceso de reestructuración efectuado a nivel interno en la entidad demandante, por necesidad de la prestación del servicio médico dicho cargo subsistió. Lo anterior se sustenta en el hecho de que las funciones propias del cargo que ostentaba el demandado, fueron asumidas por personal vinculado al Hxx mediante la contratación de agremiación sindical, con el fin de tercerizar dicha labor.

Rad. 76001 31 05 008 2016 00675 01 Acta No. 24 (07-04-2017) M.P.Dr. Antonio José Valencia Manzano.

---

**PENSIÓN DE INVALIDEZ. Principio de la condición más beneficiosa. Semanas cotizadas.**

Esta Sala de Decisión ha sostenido la tesis de que en virtud del principio de la condición más beneficiosa la prestación económica también puede ser analizada a la luz del Acuerdo 049 de 1990, y puede haber lugar a su reconocimiento siempre que se haya cumplido el requisito de haber cotizado más de 300 semanas antes del 1º de abril de 1994.

En ese orden, se observa que al 1º de abril de 1994 el demandante solo había cotizado 4,43 semanas, lo que quiere decir que tampoco se cumple el presupuesto del Acuerdo 049 de 1990, toda vez que –se reitera- es un requisito sine qua non para reconocer una pensión a la luz de esta norma por aplicación del principio de la condición más beneficiosa, haber cotizado más de 300 semanas antes del 1º de abril de 1994.

**Extracto:**

“El juzgado de Primera Instancia mediante Oficio No. 501 del 04 de junio de 2013 remite al actor a la JUNTA REGIONAL DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA, entidad que

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 4 DE 2017.

allega dictamen que determina una pérdida de capacidad laboral del 66.43% de **origen común** (folios 378 a 403 del segundo cuaderno).

Ese despacho Judicial mediante Auto 1893 del 13 de agosto de 2013 ordenó oficiar a la Junta de Calificación para que complementara el dictamen anterior porque omitió la fecha de estructuración, información que fue aportada posteriormente confirmando la fecha de estructuración el 22 de febrero del 2005 (folios 413 a 418 y 412 a 447 del segundo cuaderno).

Las partes objetaron el dictamen anteriormente mencionado por error grave, por lo cual el Juzgado mediante Auto 722 del 18 de marzo del 2014, remitió al señor xxxxxxxxxxxxxxxx a la JUNTA DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE RISARALDA con el fin de que definiera la pérdida de capacidad laboral, su fecha de estructuración y origen de la misma (folios 458 y 459).

Dicho dictamen es remitido al Despacho Judicial determinando una pérdida de capacidad laboral del 66.06% de **origen común** con fecha de estructuración el 10 de marzo del 2005 (folios 554 a 558 del segundo cuaderno).

Pues bien, la Sala tendrá en cuenta este último dictamen para determinar el derecho que le pueda asistir al demandante, por cuanto quedó en firme en primera instancia al no ser objetado por las partes y servir de base para el Juez A-quo al momento de proferir la decisión, la que no fue apelada por las partes.

Además, en el aspecto sustancial de la prueba, encuentra la Sala que la primera calificación de pérdida de capacidad laboral del actor fue a causa de un accidente laboral, reportado el 24 de septiembre de 1996, con diagnóstico de traumatismo en pierna, cadera, y espalda. Posteriormente el 25 de octubre de 1996 el actor sufrió un nuevo accidente laboral, esta vez presentando una lumbalgia aguda por realizar esfuerzos de levantamiento de carga; accidentes que, en aquella época, le generaron una pérdida de capacidad laboral del 31.70% de origen profesional.

Ahora bien, aunque es cierto que el señor xxxxxxxxxxxxxxxx terminó con una pérdida de capacidad laboral del 66,06%, este incremento porcentual se debió al diagnóstico de un tumor cerebral, el cual fue detectado en marzo de 2005 y que fue extraído de manera completa, pero por infortunio dejó secuelas de parálisis parcial que afectó el lado izquierdo de su cuerpo, además de una parálisis facial parcial unilateral.

Lo anterior le permite a la Sala establecer, que las patologías de la columna vertebral lumbar derivadas de los accidentes de trabajo no tuvieron la dimensión suficiente para alcanzar un estado de invalidez al momento de ser calificadas. Dicho estado únicamente es alcanzado cuando el actor es intervenido quirúrgicamente para la extirpación exitosa del tumor cerebral, que le dejó secuelas, las cuales al momento de ser calificadas arrojaron una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, siendo claro que este último evento no tiene nexo de conexidad con el trabajo, por lo que se considera de **origen común y no profesional**, y por lo tanto, se procederá al estudio del caso a la luz de las normas del Sistema General de Pensiones, como bien concluyó el A-quo.

Pues bien, el reconocimiento de cualquier pensión y en este caso la de invalidez, podrá hacerse previa comprobación por parte de la entidad responsable de otorgar tal reconocimiento, del cumplimiento pleno de los requisitos legalmente establecidos para ello.

Por lo tanto, es claro, que en virtud del principio del efecto general inmediato de la ley laboral (aplicable también a asuntos de la seguridad social), el derecho a la pensión de invalidez se dirime a la luz de la normatividad vigente en el momento de la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral.

En el presente caso, en atención a que la invalidez se estructuró el día **10 de marzo de 2005**, el derecho está gobernado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el cual exige como requisitos: (i) que el afiliado sea

declarado inválido y (ii) que acredite 50 semanas de cotización dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Valga señalar, que la Corte Constitucional en la Sentencia C-428 de 2009, declaró inexecutable el requisito de fidelidad de cotización al sistema que exigía la norma en mención. Así como también es importante señalar, que el parágrafo 2º de la misma norma, contempla una excepción para aquellos afiliados que hubieren cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, a quienes sólo se les exige que hayan cotizado 25 semanas en los últimos 3 años.

El análisis de los contenidos normativos anteriores demuestra que la intención legislativa presente en estas modificaciones ha sido la imposición de condiciones más exigentes para el acceso a la pensión, en especial frente a la cantidad de cotizaciones y al tiempo de permanencia en la condición de cotizante al Sistema General de Seguridad Social.

Esa situación ha conllevado a la aplicación por parte de la Corte Suprema de Justicia, del principio de la condición más beneficiosa, el cual se ha acogido ante el cambio normativo del Acuerdo 049 de 1990 a la Ley 100 de 1993 (verbigracia, la Sentencia del 5 de junio de 2005, radicación 24280), así como también frente al cambio normativo de la Ley 100 de 1993 a las Leyes 797 y 860 de 2003 (verbigracia, la Sentencia del 9 de diciembre de 2008, radicación 32642).

Pues bien, descendiendo al **CASO CONCRETO**, no existe discusión respecto de la calidad de inválido del señor xxxxxxxxxxxx, recordando que su pérdida de capacidad laboral es del 66,06% con fecha de estructuración del 10 de marzo del 2005 y de origen común.

Asimismo, tenemos que de acuerdo con la historia laboral aportada al proceso (folios 41-44 del primer cuaderno) el demandante cotizó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 1º de julio de 1993 hasta el 31 de julio de 1993 y posteriormente desde el 1º de enero de 1995 hasta el 30 de junio de 1996, alcanzando a reunir un total de **85,86 semanas**. El conteo anterior se puede observar con detenimiento en el cuadro que se anexa a esta providencia, en el cual se pueden detallar también las inconsistencias que se encontraron en la historia laboral.

En ese mismo sentido, a folios 217-218 del primer cuaderno reposa el Detalle de Movimiento en Cuenta de Afiliado, aportada al proceso, en el que se observa que el demandante cotizó a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. desde el 1º de julio de 1996 hasta el 31 de julio de 2000, alcanzando a reunir un total de **208,57 semanas**. El conteo anterior se puede observar con detenimiento en el cuadro que se anexa a esta providencia.

Así las cosas, tenemos que las semanas cotizadas por el demandante a lo largo de su vida laboral fueron **294,43 semanas** de las cuales **ninguna** fue cotizada dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, es decir, entre el 10 de marzo del 2005.

En tal sentido, no se cumple el presupuesto de densidad de semanas que la Ley 860 de 2003 exige, así como tampoco lo requerido por la Ley 100 de 1993.

Pese a ello, esta Sala, en algunos casos específicos ha acudido a otros argumentos para otorgar la prestación económica solicitada, en especial, los atinentes a la finalidad de la reforma de las Leyes 797 y 860 de 2003, la Sostenibilidad del Sistema, la interpretación finalista, la proporcionalidad, los derechos en juego, y el análisis económico del derecho.

Si se analizan los antecedentes de la Ley 797 de 2003 y de la Ley 860 de 2003, no se observa en ellos un criterio técnico, económico y financiero que permita indicar que la Sostenibilidad del Sistema pensional quedaba garantizada con aumentar a 50 semanas las cotizaciones exigidas. Obviamente, tales exigencias mayores frente a la legislación anterior generarían más recursos, pero en abstracto, no se sabe si suficientes para garantizar las pensiones en general. Tal criterio se sustenta en el hecho de que la principal finalidad de la reforma introducida con las leyes 797 y 860 de 2003, fue mantener la Sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social en materia de pensiones, buscando



garantizar el interés general al tratar de asegurar las pensiones de un gran número de colombianos a futuro.

Bajo las anteriores premisas cabe preguntarse: Si para otorgar la pensión de invalidez se exige que el afiliado hubiere cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, ¿294,43 semanas en toda la vida laboral no garantizan en concreto la pensión al demandante? ¿Se ve afectado el Sistema si se otorga una pensión en estas condiciones?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, resulta oportuno traer a colación la intervención de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones (ASOFONDOS) en la Sentencia C-556 DE 2009 mediante la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable los literales a y b del artículo 12 de la Ley 797 de 2003. La Asociación dijo lo siguiente:

*“Los literales acusados introducen requisitos de densidad de cotización que no estaban previstos en la Ley 100 de 1993, pero éstos permiten que el afiliado pueda gozar de una cobertura total durante su vida laboral, esto es, durante un período de 40 años; requiere tan solo entre 416 y 520 semanas, a la vez que distribuye la cobertura a lo largo de los años de potencial actividad laboral, lo cual se ajusta a la naturaleza del sistema”.*

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que la sostenibilidad del sistema NO estaría garantizada en el presente caso, toda vez que el demandante cotizó en toda su vida laboral **294,43** semanas, cotización que es inferior a lo indicado por ASOFONDOS , lo cual representa una afectación al Sistema si se llegase a reconocer dicha prestación.

Finalmente, con fundamento en las Sentencias T-832 a DEL 4 DE DICIEMBRE DE 2014 DE LA Corte Constitucional, esta Sala de Decisión ha sostenido la tesis de que en virtud del principio de la condición más beneficiosa la prestación económica también puede ser analizada a la luz del Acuerdo 049 de 1990, y puede haber lugar a su reconocimiento siempre que se haya cumplido el requisito de haber cotizado más de 300 semanas antes del 1º de abril de 1994.

En ese orden, se observa que al 1º de abril de 1994 el demandante solo había cotizado **4,43 semanas**, lo que quiere decir que tampoco se cumple el presupuesto del Acuerdo 049 de 1990, toda vez que –se reitera- es un requisito sine qua non para reconocer una pensión a la luz de esta norma por aplicación del principio de la condición más beneficiosa, haber cotizado más de 300 semanas antes del 1º de abril de 1994.

Así las cosas, la Sala comparte la decisión del Juez de primera instancia de negar la prestación solicitada, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Rad.011 2010 01205 00(30 01 2017) Acta 003. M.P. Dr. Antonio José Valencia Manzano.

**PENSIÓN DE INVALIDEZ. Incapacidad de origen común. Si el conflicto se deriva de un dictamen proferido por la Junta Regional del Valle del Cauca y por la Junta Nacional, no podrá ser remitido el caso nuevamente a ninguna de estas las Juntas anteriores.**

“Pretende la señora XXXX, que se le declare una pérdida de capacidad laboral superior o igual al 50% de origen común, y en consecuencia se ordene a quien corresponda el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación y costas procesales.

Sustenta su petición aduciendo que la Junta Nacional de Calificación le dictaminó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral equivalente al **44.36%**, de origen común y con fecha de estructuración del 10 de Octubre de 2007, ratificándose el dictamen emitido con



anterioridad por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca lo que conllevó a que iniciara el trámite judicial.

Descendiendo al caso concreto, resulta imperioso referirse a cada uno de los dictámenes que obran en el expediente:

(i) Formulario de Dictamen para Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Determinación de la Invalidez expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca. Fecha Dictamen: 07 de octubre de 2009 (fs. 166-170 del 1<sup>er</sup> cuaderno)

(ii) Formulario de Dictamen para Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Determinación de la Invalidez expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Fecha Dictamen: 25 de marzo de 2010 (fs. 224-226 del 1<sup>er</sup> cuaderno)

(iii) Formulario de Dictamen para Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Determinación de la Invalidez expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda. Fecha Dictamen: 21 de marzo de 2013 (fs. 688-691 del 3<sup>er</sup> cuaderno)

(iv) Formulario de Dictamen para Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Determinación de la Invalidez expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia. Fecha Dictamen: 15 de mayo de 2014 (fs. 796-805 del 3<sup>er</sup> cuaderno)

Sea lo primero señalar, que todos los dictámenes en cuestión determinaron que la pérdida de capacidad laboral de la señora XXXX es de **origen común**. Empero cada dictamen tuvo consideraciones diferentes respecto del porcentaje de pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración.

Se anota en primer lugar, que la variación más sobresaliente entre los dictámenes mencionados se presenta en la fecha de estructuración de la PCL, ya que en los dictámenes de la JUNTA NACIONAL y REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA y DE RISARALDA definieron como tal, la fecha **10 de octubre de 2007**, fecha que es modificada en el dictamen emitido por la JUNTA REGIONAL DE ANTIOQUIA –ante la objeción interpuesta por los demandados- quien determinó como fecha de estructuración el **14 de mayo de 2009**.

Debe indicarse que en la calificación de la JUNTA NACIONAL, se determinó que el dolor que padece la demandante es atribuible a diferentes enfermedades de origen común denominadas “Trastornos de adaptación”, “Otros desplazamientos especificados de disco intervertebral” “Radiculopatía” “síndrome Postlaminectomía – no clasificado en otra parte” (folio 225 en pos del 1<sup>er</sup> cuaderno), patología que define como secuelas de una “Hernia discal” con un puntaje equivalente a “hernia discal inoperable”. Asimismo, consideró que no hay criterios para aumentar los porcentajes otorgados por la JUNTA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA, es decir, el **44.36%** de PCL por lo que ratificó el dictamen emitido por esta última.

En el dictamen proferido por la JUNTA REGIONAL DE RISARALDA, se observa que los galenos de dicha entidad determinaron que hay evidencia imagenologica de patología degenerativa multisegmentaria de columna lumbar, por lo que la calificación es de **origen común**, y se califica con una pérdida capacidad laboral del **50.45%** que corresponde a un **estado de invalidez**.

Finalmente, en el dictamen proferido por la JUNTA REGIONAL DE ANTIOQUIA, establecieron que el dolor que padece la demandante es atribuible a diferentes

enfermedades de **origen común** denominadas “fractura de huesos del metatarso” “trastorno depresivo recurrente – episodio moderado presente” “lumbago con ciática” “trastorno mixto de ansiedad y depresión” (fl. 797 del 3<sup>er</sup> cuaderno) con fecha de estructuración del **14 de mayo de 2009**, fecha desde la cual la paciente no ha podido reintegrarse a laborar, tal como lo demuestra la documentación aportada y concepto de médico laboral y con una PCL del **50.30%**

En ese orden de ideas, es preciso señalar que los últimos dos dictámenes indican que la patología sufrida por la señora XXXX es **degenerativa**, la cual tiene su génesis en un síndrome de espalda fallido y trastorno de mala adaptación persistente con depresión asociada, por lo que no es posible afirmar que el porcentaje de PCL establecido en un principio el 7 de octubre de 2009, iba a permanecer igual frente al establecido con posterioridad el 15 de mayo de 2014, tiempos en los que fue calificada por las diferentes Juntas ya mencionadas.

Continuando con la solución al problema jurídico, se evidencia una gran insistencia por parte de la entidad apelante en que la señora XXXX sea valorada nuevamente ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Pues bien, es importante recordar que el pleito jurídico surgió a raíz de los dictámenes proferidos por la JUNTA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA y de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ; durante el desarrollo de la litis el Juez A-quo decretó el dictamen pericial oficiando a la JUNTA REGIONAL DE RISARALDA y posteriormente se volvió a oficiar pero esta vez a la JUNTA REGIONAL DE ANTIOQUIA a causa de la objeción presentada por la parte demandada, dictamen último que fue proferido el día 15 de mayo de 2014 (fl.796 del 3<sup>er</sup> cuaderno), momento en el que ya se encontraba vigente el Decreto 1352 de 2013.

De acuerdo con lo anterior, y en aplicación al párrafo 3° del Artículo 4<sup>to</sup> ibídem, la Sala considera que NO es posible decretar una nueva calificación de la pérdida de capacidad laboral a la señora XXXX ante la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, pues tal como lo estima la norma, el juez podrá designar como perito a una **Junta Regional de Calificación de Invalidez** que no sea la Junta a la que corresponda el dictamen demandado. Se entiende entonces, que si el presente conflicto se deriva de un dictamen proferido por la Junta Regional del Valle del Cauca y por la Junta Nacional, no podrá ser remitido el caso nuevamente a ninguna de estas las Juntas anteriores.

Agregado a lo anterior, observa la Sala, que el último dictamen efectuado por la JUNTA REGIONAL DE ANTIOQUIA cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 9° del Decreto 2463 de 2001, pues, para establecer el porcentaje de PCL tuvo en cuenta la historia laboral anterior al evento, la historia laboral posterior al evento y los conceptos de rehabilitación correspondiente a la actora, los cuales son pruebas que ayudaron a determinar la relación causal de su enfermedad, además que no carece de veracidad y autenticidad teniendo en presente que fue realizado por profesionales de la salud, que cuentan con una larga trayectoria, tal como lo exige el artículo 12 ibídem.

Así las cosas, la Sala acoge el último dictamen de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE ANTIOQUIA practicado a la señora XXXX en donde se determinó que padece una pérdida de capacidad laboral del **50.30%** de origen común y con fecha de estructuración del **15 de mayo de 2009**, pues fue a partir de esa fecha que la actora no pudo volver a reintegrarse laboralmente.

Respecto de las semanas exigidas para el reconocimiento de la pensión de invalidez, recordemos que la actora debe contar con 50 semanas cotizadas dentro de los tres (3)

años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, conforme señala el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, norma aplicable por ser la vigente en la fecha de la contingencia.

Pues bien, a folios 813-815 del 3<sup>er</sup> cuaderno se halla “Historia Laboral Consolidada RAI” en la que se puede evidenciar que dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de invalidez, es decir, entre el 15 de mayo de 2006 y 15 de mayo de 2009, la señora XXXX cotizó **100,57** semanas, significa entonces que la actora cumple con los requisitos exigidos para acceder al goce de la pensión de invalidez.

En consecuencia, la señora XXXX tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir de la fecha en que se estructuró la misma, es decir, a partir del 15 de mayo de 2009.”

Rad. 007 2010 01558 01 (21 02 2017) Acta 010. M.P. Dr. Antonio José Valencia Manzano.

---

---

**PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Intereses moratorios. Accidente de trabajo. Desafiliación automática del trabajador por parte de la ARL, como consecuencia de la mora imputable al empleador en el pago de sus aportes.**

“1. En primer lugar se observa el registro civil de defunción del señor XXXX (folio 10), en el cual se certifica su fallecimiento en fecha 11 de junio de 2010.

2. Informe de accidente de trabajo del asegurado, de fecha junio de 201.

3. Comunicación de fecha 9 de julio de 2010, expedida XXXX, dirigida a la **ARL XXXX**, mediante la cual se le remitió a esta última la documentación del asegurado.

4. Registros civiles de nacimiento de los menores XXXX y XXXX, en el cual se acredita su condición de hijos del fallecido.

5. Respuesta al derecho de petición presentado por la actora ante la **ARL XXXX** de fecha 4 de enero 2011, mediante la cual la demandada negó el reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes del asegurado fallecido, bajo el argumento de que para la fecha del siniestro, no contaba con cobertura de riesgos profesionales, pues su empleador presentó novedad de retiro el 3 de mayo de 2010.

6. Comunicación de fecha 9 de marzo de 2011, expedida por XXXX dirigida al empleador XXXX, en la cual manifiestan que no hay lugar al reconocimiento de pensión de sobrevivientes, toda vez que la entidad no realizó el pago de los aportes a riesgos profesionales del trabajador a la fecha de ocurrencia de su deceso, emitiendo la novedad de su retiro.

Teniendo como base los hechos anteriores, procede la Sala a resolver el problema jurídico previamente planteado:

**1. ¿Se encontraba el asegurado XXXX, amparado por la cobertura del Sistema General de Riesgos Laborales, el 11 de junio de 2010?**

Antes de dar resolución a este problema jurídico, la Sala encuentra necesario hacer un estudio de la normatividad y la jurisprudencia sobre la materia.

La desafiliación automática del Sistema de Riesgos Laborales estaba contemplada en el texto original del inciso 2° del artículo 16 del Decreto 1295 de 1994, el cual se cita:

**“ARTICULO 16. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES. Durante la vigencia de la relación laboral, los empleadores deberán efectuar las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Riesgos Profesionales.**

**El no pago de dos o más cotizaciones periódicas, implica, además de las sanciones legales, la desafiliación automática del sistema General de Riesgos Profesionales, quedando a cargo del respectivo empleador la responsabilidad del cubrimiento de los riesgos profesionales.”**

Sin embargo dicha norma fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-250 de 2004 en la cual se declaró la inexecutable del inciso 2º del artículo 16 del Decreto 1295 de 1994, en la cual se expuso:

**“La desafiliación automática a la ARL es inconstitucional cuando está vigente la relación laboral “(...) comparte lo que expresa la Sala Laboral sobre la improcedencia de la desafiliación automática al sistema de riesgos profesionales. Sin embargo, para la Corte Constitucional, la desafiliación al sistema de riesgos profesionales estando vigente la relación laboral y existiendo afiliación previa a una ARP, también es inconstitucional, pues, como se ha dicho, si se trata de una obligación entre el empleador y la ARP, en la que no es parte el trabajador, y, por el contrario, éste confía en que si existe una relación laboral, goza del amparo del riesgo profesional, de una parte, y de la otra, que es el Estado quien está obligado a dirigir, controlar y vigilar el sistema, y a obligar a las administradoras y a los empleadores a cumplir sus obligaciones constitucionales. Es decir, el incumplimiento del que no es responsable el trabajador, no puede conducir a avalar de algún modo la posibilidad de que esta desafiliación se produzca.”**

La anterior postura fue ratificada en las Sentencias T-721 de 2012 y T-339 de 2016.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia respecto a la desafiliación automática del trabajador por parte de las ARL, como consecuencia de la mora imputable al empleador en el pago de estos aportes, se pronunció sobre el particular en la Sentencia 39436 de 2012:

**“La desafiliación automática implica una drástica sanción al patrono, quien deberá asumir el riesgo profesional de su empleado, fuera de que en cualquier caso ha de responder por las cotizaciones pendientes y soportar eventuales medidas administrativas. Pero debe entenderse también y ello es lo más grave que el hecho perjudica en modo especial al trabajador destinatario de la Seguridad Social excluido del sistema, dado que ante un siniestro podría quedar en el desamparo por la insolvencia actual o futura del empleador.”**

Se concluye finalmente en dicha providencia del máximo Juez colegiado de la justicia ordinaria, respecto a la desafiliación como consecuencia de la mora en el pago de riesgos laborales lo siguiente:

**“La notificación de la mora es una exigencia que se deriva de los contratos de buenísima fe dentro de los cuales están los contratos de seguros previsionales, y de ella surgiría la obligación de notificar no sólo al empleador moroso sino también al trabajador que resultaría afectado por ese estado de cosas, con el fin de enmendarlo mediante el pago de las cotizaciones a fin de que pueda continuar gozando del amparo”**

Analizada la línea jurisprudencial relacionada con la temática a tratar, la Sala procederá a estudiar los medios probatorios obrantes en el expediente a fin de resolver de manera definitiva el caso en concreto.

Se observa el comprobante de pago a riesgos profesionales efectuado por el empleador del asegurado fallecido, en el cual se puede apreciar claramente lo siguiente:"

(...)

"Del esquema anterior se deduce sin mayor dificultad que el empleador realizó las cotizaciones de forma extemporánea e irregular hasta el mes de mayo de 2010, período que fue pagado el 2 de julio de la misma anualidad y se registró la novedad de retiro en fecha 3 de mayo de 2010.

Se evidencia certificación expedida por la demandada XXXX, con fecha de expedición 17 de junio de 2010, en la cual se certifica que el asegurado se encontraba afiliado a riesgos profesionales desde el 27 de abril de 2010, y con estado: cotizante activo (folio 20).

Asimismo se encuentra dentro del expediente certificación de fecha 3 de enero de 2010 expedida por la demandada, en la cual nuevamente se certifica la afiliación del asegurado por parte de su empleador el día 27 de abril de 2010, con fecha de retiro 3 de mayo de 2010, y con una nueva fecha de afiliación 15 de junio de 2010 sin novedad de retiro.

De la anterior prueba documental se puede deducir a primera vista, que efectivamente para la fecha del deceso el asegurado no contaba con la cobertura a riesgos laborales, pues su empleador presentaba mora en el pago de dichos aportes. Sin embargo, no es de recibo el planteamiento de la demandada de negar la cobertura, toda vez que a la fecha de la ocurrencia de los hechos (11 de junio de 2010) ésta se allanó a la mora, pues la notificación a los beneficiarios del asegurado se hizo el 4 de enero de 2011 (folios 18 y 19) y a su empleador el 9 de marzo de 2011.

Adicional a lo anterior se puede colegir que existió mala fe por parte de la demandada, pues si el asegurado falleció el 11 de junio de 2010 resulta absurdo e ilógico que se acepte y certifique la afiliación de un trabajador fallecido en fecha posterior a su deceso.

En consecuencia, el señor XXXX se encontraba amparado por la cobertura del Sistema General de Riesgos Laborales, en la fecha de su fallecimiento el 11 de junio de 2010, y por tanto, es la entidad demandada la llamada a responder por la prestación económica reclamada en caso de que se demuestre que el siniestro fue de origen laboral.

## **2. ORIGEN DEL SINIESTRO**

Antes de entrar a calificar el siniestro, es necesario hacer un estudio sobre el tratamiento normativo que se le ha dado en nuestro país al concepto de accidente de trabajo.

Inicialmente la definición de accidente de trabajo se encontraba establecida en el artículo 9 del decreto 1295 de 1994:

**"ARTÍCULO 9. Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte".**

La norma en mención fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-858 del 2006, en efecto diferido, y concedió al Congreso plazo hasta el 20 de junio de 2007 con el fin de expedir una nueva normatividad en el tema del Sistema General de Riesgos Profesionales.

Fue así como mediante la Ley 1562 de 2012 se dio cumplimiento a la anterior sentencia de constitucionalidad. Sin embargo esta norma no se aplicará al caso concreto, toda vez que la fecha de fallecimiento del asegurado fue en el año 2010.

La normativa que para este caso específico corresponde aplicar, es el artículo 1º literal n del Convenio 584 de 2004, expedido por la Comunidad Andina de Naciones, norma vigente para la época del fallecimiento del asegurado:

**“Artículo 1.- A los fines de esta Decisión, las expresiones que se indican a continuación tendrán los significado que para cada una de ellas se señalan:**

**n) Accidente de trabajo: Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo. Las legislaciones de cada país podrán definir lo que se considere accidente de trabajo respecto al que se produzca durante el traslado de los trabajadores desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa”.**

De la anterior definición se puede extraer 3 componentes: a) Que se trate de un suceso repentino; b) Que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo; y c) Que el hecho genere un daño al trabajador (una lesión orgánica, una perturbación funcional, la invalidez o la muerte).

Con base en lo anterior, se procederá a estudiar los medios de prueba obrantes en el expediente, a fin de determinar si el hecho que ocasionó la muerte del asegurado XXXX, cumple las exigencias normativas para ser catalogado como accidente de trabajo.

A folio 118 del expediente se observa a través de medio magnético, certificación de la ocupación profesional del causante la cual era la de cerrajero independiente, con una experiencia de 23 años.

En la misma prueba se hace referencia a que el asegurado fue contratado para pintar e instalar 2 pasamanos, que el accidente ocurrió el día 11 de junio de 2010 a las 12:15 pm, que tuvo lugar en la terraza descubierta del 3er piso del inmueble ubicado en la Carrera 12 No 2-22 que en el momento en que subió a la terraza a recoger los materiales (tubos) destinados a la realización de la obra contratada, sufrió una descarga eléctrica, pues uno de los materiales pasó muy cerca de la cuerda primaria de electrificación de EMCALI.

Lo anterior se puede confirmar en el informe de accidente de trabajo y con el relato de la testigo XXXX (folio 13), quien manifestó que se encontraba en el lugar del accidente, que vio salir de las cuerdas de electrificación un resplandor brillante, que subió a la terraza en donde se encontraba el trabajador y lo vio desplomarse en el suelo.

Del anterior análisis se puede concluir lo siguiente:

1. El suceso fue repentino, toda vez que ocurrió en el momento en que el asegurado se dirigió a recoger los implementos necesarios para la obra.
2. Que se dio con ocasión del contrato de trabajo, pues el trabajador se encontraba realizando la obra contratada.
3. Que ocasionó un daño, debido a que el siniestro terminó con la vida del trabajador.

En conclusión, la tesis a la que llega la Sala es que el siniestro ocurrido al señor XXXX, es de origen laboral.

**3. RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DE ORIGEN PROFESIONAL, A FAVOR DE LOS BENEFICIARIOS DEL ASEGURADO FALLECIDO**



Dado que en el punto anterior fue positivo, se procederá a estudiar los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para que se le reconozca la prestación económica aludida a los beneficiarios del asegurado.

El artículo 11 de la ley 776 de 2002 establece:

**“MUERTE DEL AFILIADO O DEL PENSIONADO POR RIESGOS PROFESIONALES. Si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sobreviene la muerte del afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y su reglamentario.”**

El artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 dispone:

**“BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes.”**

De acuerdo a la normatividad anteriormente mencionada, se puede inferir que los menores XXXX y XXXX, representados por su madre XXXX, les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la referida prestación, toda vez que se encuentra acreditado su condición de hijos del causante (folios 15 y 16), además de que para la fecha del fallecimiento del asegurado los dos menores tenían las edades de 15 y 10 años.

Es necesario aclarar en este acápite del problema jurídico, que la menor XXXX tiene derecho a la pensión de sobreviviente desde el 11 de junio de 2010 hasta el 22 de marzo de 2013, fecha en la cual cumple la edad de 18 años en cuantía del 50%. Lo anterior toda vez que no obra prueba en el expediente de que la referida beneficiaria, ostenta la calidad de estudiante.

El menor XXXX tiene derecho a la pensión de sobreviviente desde el 11 de junio de 2010 hasta el 22 de marzo de 2013, en cuantía del 50%, y a partir del 23 de marzo de 2013 se acrecentará en un 100% hasta la fecha en que cumpla la mayoría de edad, o hasta los 25 años en el evento en que continúe estudiando.

#### **4. CONDENA EN CONCRETO**

Una vez ya solucionado los problemas jurídicos planteados, la Sala procederá a hacer el análisis de la condena en concreto:

Sobre el retroactivo pensional a favor de la menor XXXX, la a-quo le reconoció la suma de \$10.238.416, desde el 11 de junio de 2010 hasta el 22 de marzo de 2013.

Una vez realizados los cálculos, se obtiene como retroactivo pensional, la suma de \$20.935.615. Sin embargo, no se modificará este valor, en primer lugar, porque es superior a la suma reconocida por la A-quo; en segundo lugar, no fue objeto de apelación por la parte demandante; y en tercer lugar, se le agravaría más la condena a la entidad demandada (Ver cuadro anexo 1).

Ahora, en cuanto al retroactivo pensional reconocido al menor XXXX, la a-quo lo liquidó en la suma de \$21.192.116, desde el 11 de junio de 2010 hasta el 30 de junio de 2014.

Una vez efectuados los cálculos, se obtiene la suma de \$31.926.650, pero se reitera lo planteado previamente, en el sentido de que no se modificará el valor reconocido por la a-quo, toda vez que no fue objeto de apelación por la parte demandante y se agravaría más la condena a la entidad demandada.

En cuanto al monto de la pensión de sobreviviente reconocida a favor de los beneficiarios supérstites, se observa que en el reporte de pagos efectuados por su empleador (folio 21) su IBC corresponde al SMLMV, por consiguiente su mesada pensional se reconocerá por este mismo monto, junto con los incrementos anuales que fije el Gobierno, lo anterior de conformidad con el numeral 2 del párrafo 1 del artículo 18 y el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

En lo referente al pago de 14 mesadas al año, a los demandantes les asiste derecho, dado que se cumplen los requisitos exigidos en el párrafo 6° del Acto Legislativo 01 de 2005, pues su pensión se causó antes del 31 de julio de 2011 y, el monto de su mesada no excede los 3 salarios mínimos.”

Rad.010 2011 01108 01 (30 01 2017) Acta 003. M.P. Dr. Antonio José Valencia Manzano

---

---

### **TRASLADO DE RÉGIMEN. Pensión de vejez. Principio de congruencia.**

#### **Extracto:**

“(…) Los problemas jurídicos a resolver son, de conformidad con el recurso de apelación y la consulta son: i) si se viola el principio de congruencia porque en la demanda se pidió que se trasladaran los aportes y se valorara el traslado de PORVENIR a COLPENSIONES y en el numeral segundo del resuelve de la sentencia apelada se ordenó a PORVENIR que trasladara todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; ii) cuántas semanas tenía cotizadas la demandante al 1° de abril de 1994;iii) si es dable el traslado de la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; iv) si la demandante está en el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.; v) si la actora cumple con los requisitos señalados en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de dicho año; finalmente , se revisará la liquidación realizada por la juez.

Para resolver los problemas que nos ocupan es necesario tener en cuenta que la línea jurisprudencial sobre el tema del traslado de régimen y recuperar los beneficios del régimen de transición en la Corte Constitucional no ha sido pacificada ni consistente; ya que, en las sentencias T-818 del 4 de octubre de 2007; T-320 de 2010 y T- 232 de 2011, la Constitucional consideró que no existe razón suficiente para que a las personas que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 hayan cumplido la edad; pero, no con el tiempo de cotización se les niegue la posibilidad de trasladarse de régimen sin perder el beneficio de transición(…).

Empero, en las sentencias SU-062 de 2010, T- 060 de 2010 y T- 324 de 2010, entre otras, consideró que, sólo pueden trasladarse en cualquier momento del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida las personas que al 1° de abril de 1994 tuvieran 15 años de servicios cotizados, independiente de si son hombres o mujeres, y de la edad que tenían para esa época. (…).

Por otro lado, el Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 7 de marzo de 2013, M.P. Gustavo Gómez, en proceso con radicación No. 1913 -2012 , en torno al problema que nos ocupa tiene la misma posición que la señalada inicialmente por la Corte Constitucional, (…) al respecto señaló: “Empero , podemos observar que la norma en ningún momento previó tal pérdida para quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 , se encontraban cotizando para la correspondiente entidad de previsión y afiliados al régimen de prima media con prestación definida , que hubieren renunciado a éste y se acojan al de ahorro individual con posterioridad para luego volver al de prima media con prestación definida. Es más, la norma únicamente consagró la pérdida del régimen de

transición al producirse el cambio de régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida. Nótese que la norma nunca dijo “volver”, “retornar” o algo semejante, para que pueda colegirse que se trata del caso de las personas que ostentaron el régimen de prima media y decidieron cambiarse al RAIS y posteriormente decidieron regresar, como es el caso que nos ocupa. Pensar lo contrario- es una conclusión excesivamente laxa y facilista, que no se compadece con la realidad de muchos ciudadanos que venían laborando y efectuando sus cotizaciones al ISS, pero desanimados por razones mediáticas, experiencias personales o descrédito del Instituto de Seguros Sociales (ISS), optaron por trasladarse al nuevo régimen pensional. ¿Es viable pensar que si supieran que se iba a presentar tal interpretación a la norma y la inseguridad que venía para sus reconocimientos pensionales hubieran optado por tal decisión cuando se vislumbraba el debate sobre la pérdida de los beneficios que contemplaba el régimen de transición? Para muchos de ellos, el traslado fue altamente perjudicial a sus intereses, debido a las disquisiciones erróneas que se han efectuado sobre la norma, sin que sea más obligatorio a los jueces en estos casos que someterse al precedente judicial de la jurisdicción y a la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional. En este sentido, es evidente para la Sala que al tratarse de una norma de exclusión que limita el acceso al derecho al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, es claro que sobre la misma procede una interpretación restrictiva y no una extensiva, como pretende hacerlo la entidad. (...)”.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL-12136-2014 con radicación No. 46292 de 3 de septiembre de 2014, dijo que no es factible proceder a declarar la pérdida del régimen de transición por traslado de régimen y la imposibilidad de recuperarlo por no contar con 750 semanas antes del 1 de abril de 1994, sin antes proceder a determinar la eficacia del traslado y establecer si operaba el cambio de régimen, toda vez que , el estudio de los referidos elementos son presupuestos de validez que no puede ignorarse dada la incidencia que sobre el derecho pensional tiene este tipo de determinación.

Con el brochazo jurisprudencial señalado las Cortes le han dado diversa movilidad de sentido y alcance al traslado pensional cuando tiene relación con los beneficios que consagra el régimen de transición señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Aterrizando al caso que nos ocupa tenemos que la demandante para el 1º de abril de 1994 tenía cotizadas 799,43 semanas, según la historia laboral que obra en el expediente , es decir, tenía más de 15 años de servicios al 1º de abril de 1994, por lo tanto , puede regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, sin importar si tenía menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez , tal como se ha señalado por la Corte Constitucional en sus últimas posiciones. La Sala confirma la condena por los intereses moratorios ya que no hay justificación para que COLPENSIONES hubiere negado el traslado de régimen cuando con cualquiera de las interpretaciones de las Cortes ya señaladas tenía derecho a dicho traslado y a que se le hubiere reconocido la pensión de vejez a la demandante, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Ahora, en cuanto a la falta de congruencia en la sentencia tampoco le asiste razón a la apelante por cuanto la juzgadora de instancia tenía las facultades extra y ultra petita que señala el artículo 50 del C.P. de T. y de la S.S. Verificada la liquidación realizada por la juez de instancia la Sala observa que se encuentra ajustada a derecho. En este orden se confirma la sentencia apelada y consultada.

Costas en esta instancia en contra de PORVENIR y a favor de la demandante. Sin costas a COLPENSIONES. Inclúyase en la liquidación la suma de dos salarios mínimos legales vigentes como agencias en derecho.

Rad.008 2015 00503 01 (17 05 2017) Acta 199.M.P. Dr. Germán Varela Collazos.

# SALA PENAL

**ACCIÓN DE REVISIÓN. –Ley 906 de 2004. Art. 192 Num. 7.**

**Conducta punible: Secuestro Extorsivo Agravado en Concurso Homogéneo.**

“2.- En la sentencia materia de la demanda el juez le impuso a XXXX la pena que éste acordó con la fiscalía; acuerdo en el que:

a.- Se tuvo en cuenta el criterio de la jurisprudencia vigente para ese momento, según el cual, de una parte, a la pena –tanto de prisión como de multa- prevista para el delito de **secuestro extorsivo agravado** (art. 170 del C.P.) -336 meses a 480 meses de prisión- debía aplicarle el incremento previsto en el art. 14 de la L.890/04 –una tercera parte a la mitad-, razón por la que el **mínimo** imponible era de **448 meses** de prisión –la tercera parte de 336 son 112 meses- y el máximo **720 meses** –la mitad de 720 son 360 meses- de prisión y, de otra, no se le podía hacer ninguna rebaja por la terminación anticipada del proceso, por prohibición expresa del art. 26 de la L.1121/06.

b.- En tal virtud, el juez le impuso el mínimo **-448 meses de prisión más 6.666 S.M.L.M.V de multa-** por el delito más grave y le aumentó 50 meses de prisión más 334 S.M.L.M.V. de multa por el delito concurrente, para un total de **498 meses de prisión y 7.000 S.M.L.M.V. de multa.**

c.- No le hizo ninguna rebaja por la terminación anticipada del proceso atendiendo a lo previsto en el art. 26 de la L.1121/06.

3.- Como lo sostiene el demandante, el criterio jurídico con base en el cual se configuró el acuerdo que determinó el quantum de la pena impuesta en la sentencia condenatoria fue variado el 27 de febrero del 2013 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estableciendo que, en síntesis, cuando el procesado acuerde aceptar su responsabilidad por los delitos que le endilgue la Fiscalía y se encuentre dentro de las prohibiciones de rebajas o beneficios establecidos en el art. 26 de la L.1121/06, no le es aplicable el incremento punitivo que contempla el art. 14 de la L.890/04.

El criterio de la Corte se sustenta en que si el art. 26 de la L.1121/06 prohíbe conceder cualquier tipo de beneficio o rebaja cuando se trate, entre otros, del delito de **secuestro extorsivo** agravado, aplicar, además, el aumento que contempla el art. 14 de la L.890/04 resulta injustificado y riñe con el principio de proporcionalidad de la pena:

*“Por consiguiente, a la luz de la argumentación aquí desarrollada, fuerza concluir que habiendo decaído la justificación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890 de 2004, en relación con los delitos incluidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 –para los que no proceden rebajas de pena por allanamiento o preacuerdo-. Tal incremento punitivo, además de resultar injusto y contrario a la dignidad humana, queda carente de*

*fundamentación, conculcándose de esta manera la garantía de proporcionalidad de la pena...*

*Así mismo, en ejercicio de su función de unificación de la jurisprudencia, la Sala advierte que, en lo sucesivo, una hermenéutica constitucional apunta a afirmar que los aumentos de pena previstos en el art. 14 de la Ley 890 de 2004 son inaplicables frente a los delitos reseñados en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006. No sin antes advertir que tal determinación de ninguna manera comporta una discriminación injustificada, en relación con los acusados por otros delitos que sí admiten rebajas de pena por allanamiento y preacuerdo, como quiera que, en eventos de condenas precedidas del juicio oral, la mayor intensidad punitiva no sería el producto de una distinción arbitraria en el momento de la tipificación legal, ajustada por la Corte, sino el resultado de haber sido vencido el procesado en el juicio, sin haber optado por el acogimiento a los incentivos procesales ofrecidos por el legislador; mientras que, frente a sentencias condenatorias por aceptación de cargos, la menor punibilidad, precisamente, sería la consecuencia de haberse acudido a ese margen de negociación, actualmente inaccesible a los delitos referidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006". (Subraya la Sala)*

Tal criterio ha venido siendo reiterado por la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias: 39.719 del 19 de junio de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández; SP5197-2014 del 30 de abril de 2014, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.; SP10994-2014 del 20 de agosto de 2014, M.P. José Luis Barceló Camacho y SP17082-2015 del 10 de diciembre de 2015, M.P. José Leónidas Bustos Martínez; luego, constituyen precedente de obligatoria aplicación a casos similares.

**4.-** Siendo ello así, no existe aquí duda de la configuración de la causal alegada en atención a que:

**a.-** En fecha posterior –sentencia del 27 de febrero de 2013- a la de la sentencia condenatoria que nos ocupa -13 de julio de 2009-, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia varió el criterio jurídico concluyendo que el incremento punitivo que establece el art. 14 de la L.890/04 no le es aplicable a aquellos procesados que se allanen o acuerden con la fiscalía su responsabilidad por los delitos excluidos de los beneficios y rebajas que establece el art. 26 de la L.1121/06.

**b.-** El supuesto fáctico que dio lugar al aludido cambio de criterio de la Corte Suprema es idéntico al que contiene la sentencia de la que se demanda aquí su revisión ya que en ambos casos:

**i.-** Se trata de delitos –secuestro extorsivo en el fallo del que se demanda su revisión y, extorsión en la sentencia emitida por la Corte- que fueron exentos de beneficio por prohibición del art. 26 de la L.1121/06.

**lo.-** Se dio la culminación anticipada del proceso –acuerdo en la sentencia materia de la revisión y por allanamiento en el fallo que profirió la Corte-.

**Wii.-** En relación con esos punibles el juez hizo el incremento punitivo en las proporciones establecidas en el art. 14 de la L.890/04, variando los extremos mínimo y máximo.

**c.-** El nuevo criterio jurídico resulta más favorable para el demandante sentenciado toda vez que impide hacer el incremento de los extremos de la pena prevista para el delito de secuestro extorsivo en las dos proporciones que establece el art. 14 de la L.890/04 y, por ende, el marco punitivo obligado para tasar la pena va de 336 a 480 meses de prisión y multa de 5.000 a 50.000 S.M.L.M.V.

Por lo anterior, la Sala declarará fundada la demanda de revisión y declarará sin efecto la sentencia materia de la acción en lo que hace a la pena de prisión y de multa impuesta a XXXX y, en su lugar, procederá a hacer la redosificación de la pena con sujeción al actual criterio jurisprudencial."



**ACCIÓN DE REVISIÓN. Ley 906 de 2004. Art. 192. Causal 7. Redosificación de la pena.**

**La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia varió el criterio jurídico concluyendo que el incremento punitivo genérico que establece el art. 14 de la Ley 890 de 2004 no le es aplicable a aquellos procesados que se allanen o acuerden con la Fiscalía su responsabilidad por los delitos excluidos de los beneficios y rebajas que establece el art. 26 de la Ley 1121 de 2006.**

**Conducta punible: Homicidio agravado en concurso homogéneo.**

“La Sala debe *declarar fundada* la causal de revisión invocada por la demandante por las siguientes razones:

1.- El art. 192-7 de la L-906/04 admite la procedencia de la acción de revisión. **“Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad”**; siendo la punibilidad lo que nos ocupa en el presente caso.

Sobre esta causal específica la Sala Penal del H. Corte Suprema de Justicia tiene hoy sentado que, para la remoción del fallo en firme, además de cumplirse los requisitos generales para la procedencia de la acción de revisión, se deben cumplir las siguientes exigencias:

- i) que posterior a la providencia cuya remoción se procura, su fundamento jurídico haya sido entendido por la Corte de manera diversa, o que con anterioridad al mismo la Corporación haya variado su postura, sin que fuera oportunamente conocida y replicada por los funcionarios judiciales al proferir el proveído;
- ii) que exista identidad entre los supuestos que dieron pie al cambio de doctrina y aquellos contenidos en la sentencia cuestionada;
- iii) que los efectos de la nueva interpretación de la norma o instituto jurídico resulten favorables a los intereses del sentenciado bien sea respecto de la responsabilidad como de la punibilidad, de modo que el criterio planteado en la providencia objeto de la acción resulta injusto, y
- iv) el pronunciamiento judicial con sustento en el cual se apoya la solicitud debe provenir de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, por ser esta Corporación el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, atendiendo la función que cumple de unificar la jurisprudencia nacional como Tribunal de casación.

2.- En la sentencia materia de la demanda el juez le impuso a XXXX la pena prevista en el art. 104-4-7 del C.P. para el delito de homicidio agravado en la persona del menor XXXX - **300 a 480 meses de prisión**- con el incremento establecido en el art. 14 de la L.890/04, es decir:

a.- Tuvo en cuenta el criterio de la jurisprudencia vigente para ese momento según el cual, para la tasación de la sanción en concreto en casos como el que nos ocupa, de una



parte, a la pena prevista para el delito de homicidio agravado debía aplicarse el incremento genérico previsto en el art. 14 de la L.890/04 –una tercera parte a la mitad-, razón por la que el **mínimo** imponible era de **400 meses** de prisión –la tercera parte de 300 son 100 meses- y el máximo **600 meses** –la mitad de 480 son 240 meses- de prisión y, de otra, no se le podía hacer ninguna rebaja por la terminación anticipada del proceso, por prohibición expresa del art. 199 de la L.1098/06.

b.- En tal virtud, le impuso **420 meses de prisión** –el mínimo más 20 meses- por el delito más grave y le aumentó **232 meses de prisión** por los tres delitos concurrentes; cantidad esta última que redujo en la mitad por el allanamiento a cargos para un total de **44 años, 7 meses, 6 días de prisión**.

c.- No le hizo al procesado ninguna rebaja por la terminación anticipada del proceso en relación con el delito de homicidio del menor XXXX, atendiendo a lo previsto en el art. 199 del Código de Infancia y Adolescencia.

3.-Como lo sostiene la demandante, el criterio jurídico con base en el cual se determinó la pena para el delito de homicidio agravado en la persona del menor fue variado el 27 de febrero del 2013 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estableciendo que, en síntesis, cuando el procesado se allane o acuerde aceptar su responsabilidad por los delitos que le endilgue la Fiscalía y se encuentre dentro de las prohibiciones de rebajas o beneficios establecidos en el art. 26 de la L.1121/06 –y, por ende, en la L.1098/06- no le es aplicable el incremento punitivo genérico que contempla el art. 14 de la L.890/04.

El criterio de la Corte se sustenta en que si el art. 26 de la L.1121/06 –y el art. 199 de la L.1098/06- prohíbe conceder cualquier tipo de beneficio o rebaja cuando se trate, entre otros, del delito de **secuestro extorsivo** agravado –u homicidio contra menores-, aplicar, además, el aumento genérico que contempla el art. 14 de la L.890/04 resulta injustificado y riñe con el principio de proporcionalidad de la pena:

*“Por consiguiente, a la luz de la argumentación aquí desarrollada, fuerza concluir que habiendo decaído la justificación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890 de 2004, en relación con los delitos incluidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 –para los que no proceden rebajas de pena por allanamiento o preacuerdo–, tal incremento punitivo, además de resultar injusto y contrario a la dignidad humana, queda carente de fundamentación, conculcándose de esta manera la garantía de proporcionalidad de la pena...”*

*Así mismo, en ejercicio de su función de unificación de la jurisprudencia, la Sala advierte que, en lo sucesivo, una hermenéutica constitucional apunta a afirmar que los aumentos de pena previstos en el art. 14 de la Ley 890 de 2004 son inaplicables frente a los delitos reseñados en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006. No sin antes advertir que tal determinación de ninguna manera comporta una discriminación injustificada, en relación con los acusados por otros delitos que sí admiten rebajas de pena por allanamiento y preacuerdo, como quiera que, en eventos de condenas precedidas del juicio oral, la mayor intensidad punitiva no sería el producto de una distinción arbitraria en el momento de la tipificación legal, ajustada por la Corte, sino el resultado de haber sido vencido el procesado en el juicio, sin haber optado por el acogimiento a los incentivos procesales ofrecidos por el legislador; mientras que, frente a sentencias condenatorias por aceptación de cargos, la menor punibilidad, precisamente, sería la consecuencia de haberse acudido a ese margen de negociación, actualmente inaccesible a los delitos referidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006”. (Subraya la Sala)*

Tal criterio ha venido siendo reiterado por la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias: 39.719 del 19 de junio de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
R E L A T O R I A  
BOLETIN 4 DE 2017.

Fernández; SP5197-2014 del 30 de abril de 2014, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.; SP10994-2014 del 20 de agosto de 2014, M.P. José Luis Barceló Camacho; SP17082-2015 del 10 de diciembre de 2015, M.P. José Leónidas Bustos Martínez y **SP2196-2015 del 4 de marzo de 2015**, M.P. José Leónidas Bustos Martínez; luego, constituyen precedente de obligatoria aplicación a casos similares, en particular la última de las mencionadas sentencias de casación que específicamente resuelve un asunto similar al que nos ocupa.

4.- Siendo ello así, no existe aquí duda de la configuración de la causal alegada en atención a que:

a.- En fecha posterior –sentencia del 27 de febrero de 2013- a la de la sentencia condenatoria que nos ocupa -23 de septiembre de 2010-, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia varió el criterio jurídico concluyendo que el incremento punitivo genérico que establece el art. 14 de la L.890/04 no le es aplicable a aquellos procesados que se allanen o acuerden con la fiscalía su responsabilidad por los delitos excluidos de los beneficios y rebajas que establece el art. 26 de la L.1121/06; criterio jurídico que también le es aplicable –por principio de igualdad (art. 13 de la C.P.)- al aquí sentenciado atendiendo a que el art. 199 de la L. 1098/06 prohíbe en su caso la rebaja de pena por allanamiento al cargo de homicidio agravado en la persona del menor.

b.- El supuesto fáctico materia de la aludida sentencia de casación **SP2196-2015, radicación No. 37.671 del 4 de marzo de 2015**, en la que la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia reiteró el mencionado cambio de jurisprudencia, es idéntico al que contiene la sentencia de la que se demandada aquí su revisión ya que, en ambos casos:

i.- se trata del delito de homicidio agravado en la persona de un(a) menor de edad; delito del que su autor está exento de beneficio por prohibición del art. 199 de la L.1098/06.

lo.- Se dio la terminación anticipada del proceso por allanamiento a cargos en la audiencia de imputación.

Wii.- En relación con ese punible el juez hizo el incremento punitivo en las proporciones establecidas en el art. 14 de la L.890/04, variando los extremos mínimo y máximo y, por ende, el marco punitivo para la determinación de la pena en concreto lo determinó entre 400 a 600 meses de prisión.

c.- El nuevo criterio jurídico resulta más favorable para demandante sentenciado toda vez que impide hacer el incremento de los extremos de la pena prevista para el delito de homicidio agravado en las dos proporciones que establece el art. 14 de la L.890/04 y, por ende, el marco punitivo obligado para tasar la pena va de **300 a 480 meses de prisión**.

Por lo anterior, la Sala declarará fundada la demanda de revisión y declarará sin efecto la sentencia materia de la acción en lo que hace a la pena de prisión impuesta a XXXX y, en su lugar, procederá a hacer la redosificación de la pena con sujeción al actual criterio jurisprudencial pero respetando las valoraciones que hizo el juez sentenciador.”

Radicación: 193 2010 04804 00 (29 03 2017). M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

**BENEFICIO ADMINISTRATIVO DE PERMISO DE HASTA POR 72 HORAS.**  
**Conducta punible: Actos Sexuales con menor de 14 años**  
**Al tratarse el permiso de hasta 72 horas de un beneficio, es plenamente aplicable la prohibición contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.**

“El busilis del asunto es claro; se trata de determinar si al señor LUIS ALBEIRO RAMIREZ debe reconocérsele el beneficio administrativo de permiso de hasta 72 horas que trata el artículo 147 del Código penitenciario teniendo en cuenta que purga sanción en establecimiento carcelario al haber sido hallado responsable del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS.

Se hace necesario entonces, citar la liturgia del artículo 199 de la Ley 1098 de noviembre 8 de 2006 –Código de Infancia y Adolescencia-, que refiere a la prohibición de beneficios y mecanismos sustitutivos para quienes sean juzgados, entre otros, por delitos ofensivos de la Libertad, integridad y formación sexual siendo la víctima un menor de edad (...)

(...)

“Claro es entonces, que la prohibición de **beneficios** de que trata el artículo 199 de la ley 1098 de 2006, cubija a todo aquel que sea imputado, acusado o condenado por un delito sexual, entre otros, y que la víctima sea un menor de edad, **cerrándose la posibilidad para quien reuniendo esos presupuestos, de acceder a cualquier beneficio judicial o administrativo.**

Ergo, es ilegal conceder el beneficio administrativo de permiso de hasta 72 horas al sentenciado LUIS ALBEIRO RAMIREZ, ello de conformidad a las prohibiciones contenidas en el artículo 199 de la ley 1098 de 2006, ya que dicha normatividad ha sido clara en cuando a la prohibición de beneficios para los condenados por delitos contra la libertad e integridad sexuales de menores de edad.

Y si bien el sentenciado alega que debe reconocérsele el mencionado permiso, en virtud que la Jurisprudencia ha indicado que los derechos que le asisten al condenado no pueden verse truncados por la prohibición contenida en la Ley 1098 de 2006, ha de indicar la Sala que para éste caso no son aplicables tales postulados, por cuanto el permiso de hasta 72 horas no se trata de un derecho del sentenciado, sino de un beneficio como su nombre lo indica. Connotación que hasta la fecha no ha sido variada ni por el Legislador ni por la Jurisprudencia de las Altas Cortes.

Por tanto, al tratarse el permiso de hasta 72 horas de un **beneficio**, es plenamente aplicable la prohibición contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

Contrario acontece por ejemplo con la redención de pena, donde de manera explícita el Legislador en el artículo 64 de la Ley 1709 de 2014, estableció que se trataba de un derecho del sentenciado, evento donde indiscutiblemente no es aplicable la prohibición contenida en la Ley 1098 de 2006, lo que debe decirse, no acontece con lo referente al permiso de hasta 72 horas, por las razones anotadas en precedencia.

Así pues, la negativa adoptada por el Juez Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali respecto a la no aprobación del permiso de hasta 72 horas por la expresa prohibición del numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 respecto a la concesión de beneficios o subrogados a quienes hayan sido condenados por delitos contra la libertad e integridad sexuales de menores de edad deviene acertada al ajustarse a las prescripciones legales aplicables al caso, razón por la cual la Sala confirmará la providencia recurrida, en lo que fue objeto de recurso.”

Radicación: 165 2010 02127 01 (23 03 2017). Acta 089. M.P. Dr. Orlando Echeverry Salazar.

**ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS E INCESTO. Acuerdo celebrado con la Fiscalía.**

**Extracto:**

“Atendiendo a la naturaleza adversarial del actual sistema procesal penal; al carácter dispositivo del recurso de apelación y al principio de limitación que lo gobierna, esta Colegiatura tiene competencia para rever el fallo en los aspectos sustanciales puntuales que expone y sustenta el aquí recurrente, motivo por el cual la Sala se ocupará del reparo que éste hace en relación con el monto de la pena de prisión impuesta por virtud del Acuerdo celebrado con la Fiscalía.

(...)

“Esta Corporación debe *confirmar* la sentencia materia del recurso toda vez que, de un lado, la misma se ajusta a la legalidad –específicamente al contenido y alcance del Acuerdo base del mismo- y, de otro, los argumentos del apelante no desvirtúa el fundamento jurídico de la decisión.

Sostiene el aquí recurrente que la pena de 12 años 6 meses impuesta en la sentencia no corresponde a la que acordó con la Fiscalía pues lo que se estipuló era que se partiría de la pena mínima para el delito de actos sexuales con menor de 14 años que corresponde a 9 años de prisión y de ahí “buscar una rebaja hasta que yo esté conforme y luego sí incrementar los agravantes y que no podía exceder la máxima del mínimo”.

La pena de 12 años de prisión – que corresponde a la mínima prevista en el tipo penal materia de imputación art. 209 y 211-2 del C.P.- fue la que el recurrente pactó voluntariamente con la Fiscalía como correspondiente al delito más grave –uno de los múltiples abusos sexuales-, prueba de lo cual es que aquél, una vez interrogado por el a quo sobre la comprensión de los cargos; el contenido del Acuerdo y las consecuencias punitivas que el mismo le acarrearía, manifestó de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente informada estar de acuerdo con la negociación y con la imposición de tal quantum punitivo; luego, mal puede el impugnante ahora mostrarse sorprendido con la pena impuesta.

Debido a que las conductas desplegadas por el apelante atentaron contra la libertad, integridad y formación sexuales de sus dos hijas menores en múltiples ocasiones –durante más de diez años-, de una parte, la Fiscalía accedió a incrementar 6 meses por el concurso homogéneo sucesivo de actos sexuales agravado y el concurso homogéneo sucesivo de incestos y, de otro, tanto la Fiscalía en la lectura del Acuerdo como el Juez al advertir sobre las consecuencias del mismo, fueron claros en que no podía acceder a rebaja de pena alguna por la aceptación de los cargos debido a que el art. 199 de la L.1098 /06 lo prohíbe expresamente, motivo por el que la afirmación del recurrente en el sentido de que la pena se le iba a rebajar hasta “estar conforme” resulta jurídicamente infundada.

Atendiendo a que el censor acepta haber abusado sexualmente de sus dos hijas durante once años -2002 a 2013- desde que éstas tenían 7 y 11 años de edad, considera esta Colegiatura que el incremento de 6 meses de prisión por el concurso con los restantes actos sexuales e incestos resulta en extremo benévola e, incluso, casi irrisoria atendiendo:

a.- Al bien jurídico tutelado pues se trata de la integridad y formación sexuales de dos niñas que, además, resultan ser sus hijas, lo que hace más reprochable desde el punto de vista jurídico y social dicha conducta;

b.- Al desprestigio que se causa a la Administración de Justicia pues penas tan cortas como la impuesta aquí crean en la comunidad la sensación de desprotección y laxitud frente a conductas tan reprochables y abominables cometidas por el recurrente y

c.- Desconoce la función de prevención especial y general que debe cumplir la pena, así como la proporcionalidad y necesidad de la misma.

Como corolario, la pena de 12 años 6 meses de prisión impuesta al aquí procesado se aviene con la legalidad, razón por la cual ninguna injusticia se ha cometido en contra de éste.”

Rad. 193 2013 01633 (06 03 2017) Acta 045. M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

---



---

#### BENEFICIO ADMINISTRATIVO DE PERMISO HASTA POR 72 HORAS

“Para el caso de autos encuentra la Sala que de manera acertada el Juez A-quo despachó desfavorablemente la solicitud de aprobación de permiso de hasta 72 horas elevado a favor del hoy sentenciado, toda vez que no ha purgado el 70% de la pena impuesta, teniendo en cuenta que al revisarse las penas que resultaron acumuladas jurídicamente dentro del presente asunto, se encuentra que fue sancionado por un delito de competencia de los Juzgados Penales del Circuito Especializado, tal como lo prescribe el artículo 147 del Código penitenciario, modificado por la ley 504 de 1999, artículo 29.

Y es que no puede perderse de vista que el señor XXXX en atención la acumulación jurídica de penas impuestas en las sentencias emitidas por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Palmira el 18 de marzo de 2010 y por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cali el 31 de marzo de 2011 se le fijó una pena principal de **258 meses y 10 días de prisión y multa de 1.333 S.M.L.M.V.** mediante auto interlocutorio No. 1749 de noviembre 4 de 2014 proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, situación que denota que el setenta por ciento (70%) de la misma corresponde a **180 meses y 25 días**, requisito que no se cumple en el caso de autos.”

(...)”

“Y es que no puede olvidar el señor XXXX que cuando solicitó que se le acumularan dos condenas que pesaban en su contra, éstas pasaron a formar una unidad, y por lo mismo al hacer parte de esa unidad la sentencia proferida por la justicia especializada, se queda sin sustento jurídico su argumento por cuanto la exigencia de “cuando se trata de condenados por los delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados”, no ha sido retirada del ordenamiento jurídico.

Finalmente respecto a la presunta afectación al derecho a la igualdad que pone de presente el sentenciado, al no darse aplicación a la jurisprudencia de la Corte



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
R E L A T O R I A  
BOLETIN 4 DE 2017.

Constitucional, específicamente la sentencia T-1093 de 2005, ha de indicar la Sala que yerra el señor XXXX en considerar que en dicha oportunidad el Alto Tribunal en lo Constitucional haya concedido el permiso de 72 horas, a una persona condenada por la justicia especializada sin tener en cuenta las previsiones del numeral 5 del artículo 147 del Código penitenciario, modificado por la ley 504 de 1999, artículo 29.

Véase que el problema jurídico que en dicha oportunidad abarcó la Corte Constitucional, se circunscribió a que a pesar que el Juez de Ejecución de Penas haya incurrido en un error al aprobar el beneficio administrativo de permiso de 72 horas, no es dable que el centro carcelario entre a revocar dichas decisiones, pues ello corresponde única y exclusivamente al funcionario judicial (...)

“Así pues, de modo alguno en dicha providencia se concedió permiso de hasta 72 horas sin tener en cuenta las previsiones del artículo 147 del Código penitenciario, modificado por la ley 504 de 1999, artículo 29, como equívocamente lo considera el recurrente; aunado a ello es claro que de existir un pronunciamiento en ese sentido, el mismo es evidentemente contrario a la Ley.

En consecuencia no es otra la decisión de la Sala que CONFIRMAR el auto interlocutorio No.125 de enero 30 de 2017 proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de penas y Medidas de Seguridad de Cali, en lo que fue objeto de recurso, por las razones expuestas en precedencia.”

Rad.173 2009 00602 01 (23 03 2017).Acta 088. M.P. Dr. Orlando Echeverry Salazar.

=====

**BENEFICIO ADMINISTRATIVO DE PERMISO DE HASTA 72 HORAS**

**Conducta punible: Secuestro Extorsivo.**

“Así pues, concatenando los presupuestos legales con la situación del sentenciado XXXX, lo primero que ha indicarse es que los requisitos descritos en el Estatuto penitenciario para el disfrute del permiso administrativo enunciado, no resultan alternativos, es decir que todos han de concurrir a favor del recluso para que la petición tenga vocación de éxito, de lo contrario, con que no se cumpla alguno de estos basta para que sea negada.

A ese razonamiento llegó con acierto el Juez A quo, al indicar que el sentenciado no es derecho a obtener un concepto que apruebe su solicitud, en tanto que no ha purgado el 70% de la pena impuesta, teniendo en cuenta que fue sancionado por un delito de competencia de los Juzgados Penales del Circuito Especializado, tal como lo prescribe el artículo 147 del Código penitenciario, modificado por la ley 504 de 1999, artículo 29.

Si bien ésta última ley, en su artículo 49 condicionó su vigencia a un período máximo de 8 años, lo que en principio permitiría considerar que a la fecha tal presupuesto (del 70%) no es exigible y que por lo tanto podría aplicarse el régimen penitenciario sin las modificaciones posteriores; lo cierto es que sobre la temática obra pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de tutela 48606 de junio 17 de 2010, con ponencia del doctor Jorge Luis Quintero Milanés, en el sentido que **dichas disposiciones se encuentran aún vigentes**, en la medida que la competencia de la Justicia especializada se prorrogó indefinidamente a las voces de la ley 1142 de 2007, en su artículo 46.

(...)

“Así pues, no le asiste la razón al recurrente al considerar que dicha norma no se encuentra vigente, motivo por el cual deviene acertada la decisión del Juez de instancia al desestimar la solicitud de beneficio administrativo de permiso hasta por 72 horas elevado



a favor del señor XXXX por no satisfacer el presupuesto objetivo referente al cumplimiento del 70% de la pena impuesta.

Y es que no puede perderse de vista que el señor XXXX fue condenado a la pena principal de 24 años y 6 meses de prisión por parte del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, D.C. al ser hallado penalmente responsable del delito de SECUESTRO EXTORSIVO situación que denota que el setenta por ciento (70%) de la misma corresponde a 205 meses y 24 días, requisito que no se cumple en el caso de autos.

Lo anterior por cuanto a la fecha de la providencia que se revisa (Enero 13 de 2017), teniendo en cuenta que se encuentra privado de la libertad desde el 16 de marzo de 2011 y contando el tiempo que estuvo privado de la libertad inicialmente como sindicado (16 de diciembre de 1994 al 31 de julio de 1996 que equivale a 19 meses y 15 días) y el tiempo de pena redimido (19 meses y 17,5), su pena cumplida efectivamente se totaliza en 108 meses y 29,5 días, faltándole en éste momento procesal más de 7 años para alcanzar dicho requisito.

Requisito legal que al no encontrarse satisfecho, hacía imperioso que se resolviera negativamente la solicitud de aprobación del beneficio administrativo deprecado; razón por la cual la decisión apelada deviene acertada, al ajustarse a las prescripciones legales aplicables al caso.

En consecuencia no es otra la decisión de la Sala que CONFIRMAR el auto interlocutorio No.34 de enero 13 de 2017 proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de penas y Medidas de Seguridad de Cali, en lo que fue objeto de recurso, por las razones expuestas en precedencia.”

**ACLARACIÓN DE VOTO – Doctora Socorro Mora Insuasty**

*“1.- De manera general, respetuosamente me aparto de las razones que invoca tanto la primera instancia como la Sala para considerar que el permiso de 72 horas debe ser negado, cuando era necesario precisar, en primer lugar, la ley aplicable al caso concreto, habida cuenta que los hechos por los cuales fue condenado el señor XXXX, datan del año 1994, indicando con ello, prima facie, que es precisa la aplicación normativa del artículo 147 de la ley 65 de 1993, en su versión original, o en otras palabras, sin la modificación que introdujo la ley 504 de 1999.*

*No obstante, al decantar esta situación, se evidencia que el contenido de la disposición normativa del artículo 147 de la ley 65 de 1993, traía consigo una restricción imperativa, consistente en que la persona no hubiese sido condenada por delitos de competencia de los jueces regionales.*

*Así, siendo que el punible de Secuestro Extorsivo, radicaba la competencia en los jueces regionales, lo que permite colegir, que la aplicación del artículo 147 de la ley 65 de 1993, resultaba más restrictiva para la situación del condenado.*

*En ese orden, es claro que, en virtud del principio de favorabilidad, la norma aplicable es el artículo 147 con la modificación de la ley 504 de 1999, la cual, siendo claro sin embargo, que el condenado no cumple con todos los requisitos que se establecen, como es el haber superado más del 70% de la pena impuesta, tal como se determina en la decisión de primera y segunda instancia.”*

Rad. 04 1999 46024 01 (23 03 2017) Acta 090... M.P. Dr. Orlando Echeverry Salazar.

**ESTAFA AGRAVADA - Cheque sin fondos.**

“En el caso que nos ocupa, las partes involucradas pactaron un negocio jurídico consistente en la venta de insumos, tales como maíz, soya y torta de soya, con el fin de llevar a cabo una actividad comercial, donde el comprador garantizó el pago con tres cheques, los dos primeros fueron pagados, sin embargo, el día 10 de junio de 2005, se firma el cheque N° 0118 del Banco Agrario de la cuenta corriente de MOLINOS DEL CAUCA por valor de \$60.775.070.00 el cual debía ser consignado el 13 de julio de 2005, no obstante, el 12 de junio del mismo año, el señor XXXXX, quien fungía como tesorero de la empresa MOLINOS DEL CAUCA, hace una llamada al Representante Legal de la empresa Hernán Yépez Martínez & Cía. S.A., solicitándole plazo hasta el 18 de julio siguiente para hacer efectivo el pago, situación que fue atendida positivamente por el acreedor, dada la relación y confianza que desde hacía muchos años atrás tenían en este tipo de negocio, sin embargo, llegada la fecha señalada, el cheque fue devuelto por el Banco por la causal “firmas no registradas”.

La anterior situación, a no dudarlo, pone en tela de juicio el actuar del señor tesorero, pues, si solicitó con anticipación posponer el cobro del cheque no era posible que, llegado el momento, éste fuera devuelto por la causal “firmas no registradas” toda vez que si estaba obrando de buena fe no podría existir “inconsistencia entre las firmas” porque eran las mismas utilizadas en los cheques anteriores que sí fueron pagados, máxime si posteriormente se dio a conocer que la verdadera causa para no pagar el título valor, se debió a la carencia de fondos, lo cual da a entender que, para el momento de girar el tercer cheque, ya la empresa se encontraba en situación de iliquidez, lo que no era desconocido para los aquí implicados en su condición de representante legal y tesorero de Molinos del Cauca, por lo que sabía de antemano que indefectiblemente no se cumpliría esa obligación, no obstante, esa situación le fue ocultada al proveedor de insumos, haciéndolo caer en error a través de esa ardid, aprovechándose de su confianza, estructurándose el delito de estafa, pues los acusados se reservaron la insolvencia económica que atravesaba la empresa Molinos del Cauca, tanto que le pidieron prórroga al portador para la cancelación del cheque a sabiendas que, desde su creación, no era posible sufragarlo.

En este sentido, obsérvese que, en la ampliación de denuncia, el señor XXXXX asegura haber hablado directamente con los señores XXXXXX y XXXXXX, tesorero y gerente de MOLINOS DEL CAUCA, quienes le explicaron que la empresa no estaba en condiciones económicas para responder por el pago del cheque, sin embargo, optó por hablar con el gerente financiero de la entidad y éste le dijo que había que esperar a una reunión de socios donde iban a tocar el tema de las deudas pendientes, porque tenían la intención de cancelar algunas deudas, pero haciendo énfasis que la suya no era posible aún, lo cual es indicativo de que, efectivamente los timadores utilizaron el pretexto de posponer el pago del cheque como artificio para engañarlo, porque tenían pleno conocimiento que, debido a la precaria situación financiera de la empresa, tampoco era factible cubrir el valor del título valor en una fecha posterior, al punto que los directivos de esa empresa se vieron compelidos a hacer uso de los lineamientos de la restructuración de sus obligaciones crediticias contenidos en la Ley 550 de 1999, lo cual en ningún momento fue puesto en conocimiento del representante legal de la empresa HERNÁN YEPES MARTÍNEZ & CIA S.A.

“La Sala concluye que, precisamente, fue ese silencio y la falta de comunicación del déficit monetario que en ese momento sufría el establecimiento comercial emisor del

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
R E L A T O R I A  
BOLETIN 4 DE 2017.

cheque, el mecanismo idóneo que indujo en error a la empresa HERNÁN YEPEZ MARTÍNEZ & CIA S.A. A desprenderse de la mercancía suministrándola a su comprador MOLINOS DEL CAUCA confiando en que, al igual que en otras oportunidades, le serían canceladas.

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

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

Aplicados los anteriores criterios al caso que hoy ocupa la atención de la Sala, se deduce que la conducta desplegada por los señores XXXXXX y XXXXXX configura el punible de Estafa que afectó los intereses de la empresa HERNÁN YEPES MARTÍNEZ & CÍA S.A., quienes aprovecharon la relación comercial que de vieja data existía entre MOLINOS DEL CAUCA y su víctima, que confiadamente convino seguir despachando la mercancía que sus timadores le solicitaban por la confianza que le generaban, desconociendo totalmente las condiciones de riesgo a las que se sometía, pues, a pesar de las dificultades económicas por las que atravesaba la empresa, tal circunstancia no le fue comunicada sin ningún tipo de escrúpulos, pues así lo reconoció XXXXXXXX, quien para esa calenda ostentaba el cargo de Tesorero y Gerente Financiero, no obstante dispusieron girar el cheque a sabiendas que no era posible que el banco lo canjeara por falta de recursos en su cuenta, dada paupérrima situación en que se encontraban, tanto que el pago estaba supeditado a los posibles recaudos que por las ventas se recuperaran, de lo cual eran conscientes, pues, al observar la indagatoria vertida por el Gerente Financiero, precisó que la crisis venía desde el mes de julio de 2005 debido al no recaudo de la cartera que se tenía con el país de Venezuela, que ascendía a más de 7 mil millones de pesos.

A pesar de ello, se entregó el cheque por la suma ya conocida, ocultándole la verdad al proveedor acerca de la real situación financiera por la que atravesaban, manteniéndolo en error”

(...)”

La Sala revocó la sentencia absolutoria y en su lugar condenó a los procesados como autores responsables de la comisión del delito de Estafa Agravada, a la pena principal de treinta y dos meses de prisión y multa de cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes. Se les otorgó la suspensión de la ejecución de la pena por un periodo de dos años.

Rad 012 2014 00060 01 (22 03 2017) Acta 097. M.P. Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.

=====

## HOMICIDIO AGRAVADO Y FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO

Conducta punible: Homicidio Agravado. Porte de Armas de Fuego.

### Valoración probatoria

“Inicialmente, es necesario precisar que la pretensión de los impugnantes se centra en atacar la credibilidad de los testigos ofrecidos por la Fiscalía y practicados en el debate público, pues, a su juicio, los mismos no permiten arribar a conocimiento más allá de toda duda razonable acerca del compromiso penal del acusado.”

(...)

“Pues bien, vale la pena recordar que las reglas de la experiencia han demostrado que uno de los filtros más poderosos que tiene la memoria es el interés, la importancia o trascendencia que en la vida de esa persona tiene un contenido más informativo. Si por ejemplo ese contenido es de mucha trascendencia en la vida de la persona, seguramente va a ser recordado con mucha facilidad y por mucho tiempo o indefinidamente, si se quiere.

Por otro lado, se debe tener en cuenta la intensidad del impacto, lo cual permite al testigo tener mayor capacidad de rememoración, ya esa impresión sensorial, intelectual o afectiva surgida en el momento de conocer, tiene incidencia decisiva.

Finalmente, para que el testimonio lleve al convencimiento de los hechos relatados se deben resaltar la personalidad del declarante, pues si se trata de personalidad diligente, cuidadosa y meticulosa, seguramente recordará mejor y será mucho más confiable su versión.

A partir de ese presupuesto, cómo no dar alto valor probatorio a la declaración de XXXX, pues se trata de testigo directo de los hechos motivo de investigación, quien observó a XXXX y lo **señaló, sin lugar a dudas, como sujeto que accionó arma de fuego en contra de la humanidad de XXXX.** Aseguró, sin titubeos, que percibió al agresor y lo pudo identificar por cuanto **era conocido de tiempo atrás y se trataba de habitante del sector.**

Tal situación encuentra respaldo en lo vertido por la madre del occiso XXXX, quien aseveró que una vez corrió hasta el lugar de los hechos y advirtió que su hijo estaba gravemente herido, le preguntó quién había realizado dicho acto, momento en el cual XXXX pronunció el nombre “XXXX”.

Al realizar la respectiva valoración conjunta de la prueba, en criterio de la Corporación surge diáfano que la prueba de cargo no se muestra inconsistente como pretende hacer ver el recurrente, porque:

**1.-** Aunque la Defensa alega que la fiscalía no presentó pruebas tendientes a especificar qué clase de proyectiles fueron recuperados en el cuerpo del occiso para establecer, entre otras situaciones, si eran compatibles con un arma tipo revólver, ni se aportaron planos de trayectoria balística para demostrar cómo fue herida la víctima, como tampoco se realizó actividad investigativa para verificar y comprobar lo manifestado por el potencial testigo presencial, soslaya el profesional del derecho que en materia penal impera el principio de la **libertad probatoria**, que implica que *“los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”*, y, además, la parte contraria no tiene derecho a exigir a

la otra la utilización de determinado medio de prueba, pues es de su resorte escoger con qué va a demostrar su teoría del caso.

Por el contrario, lo que puede hacer esa parte inconforme es aportar sus propios estudios periciales para desvirtuar lo afirmado por los testigos de su adversario procesal.

En el presente asunto, en juicio oral tan solo se tocó el tema relacionado con los proyectiles de arma de fuego cuando se interrogó a la profesional de la medicina XXXX quien recuperó dos elementos de estas características en el cuerpo de XXXX, los cuales envió al almacén de evidencias. **Al respecto la defensa no realizó replica alguna.**

También se resalta que puestos en conocimiento del recurrente, desde el inicio de la actuación penal, los elementos materiales probatorios y evidencia física que haría valer el ente instructor, no se evidencia que requiera los elementos recuperados por la doctora XXXX a fin de realizar su experticia, como tampoco demostró en juicio que la Fiscalía no cumplió con la obligación constitucional y legal de someter los proyectiles recuperados al procedimiento de cadena de custodia.

Muchos menos es cierto que el ente acusador diera a entender o mencionara que los proyectiles recuperados pertenecían a arma tipo revólver, como la reportada en el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, a nombre de XXXX, con salvoconducto vencido.”

Radicación 193 2009 26667 01 (24 04 2017) M.P. Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya.

**INASISTENCIA ALIMENTARIA. Prueba testimonial. Valoración de la prueba. El tipo penal de inasistencia alimentaria no se configura por la simple sustracción del sujeto agente a la obligación de dar alimentos pues la estructura del mismo contiene el ingrediente normativo extrajurídico “sin justa causa” (art. 233 del C.P.)**

“A juicio de esta Sala la sentencia materia del recurso debe ser **confirmada** en atención a que, de un lado, la valoración de la prueba que hizo la **a quo** para concluir la atipicidad de la conducta endilgada al aquí procesado es jurídicamente acertada y, de otro, los argumentos del apelante no desvirtúan la razones jurídico-probatorias en las que está apoyada la absolución, motivo por el que la doble presunción de acierto y legalidad que ampara el fallo permanece inmodificable.

**A.-**Sostiene el apelante que la **a quo** incurrió en un falso juicio de existencia –desconoció la información objetiva que suministra la prueba- al soslayar que el testimonio de la madre y la abuela materna del menor permite establecer que el aquí acusado se sustrajo al deber de suministrarle alimentos a su hijo por aproximadamente ocho años a pesar de que tiene una profesión y trabaja con niños en prácticas de fútbol.

Tal alegación del recurrente no puede ser admitida por esta colegiatura en atención a que:

**1.-** El tipo penal de inasistencia alimentaria no se configura por la simple sustracción del sujeto agente a la obligación de dar alimentos pues la estructura del mismo contiene el ingrediente normativo extrajurídico **“sin justa causa”** (art. 233 del C.P.), sin el cual la conducta del procesado resulta absolutamente atípica. Para que el proceder omisivo del aquí implicado se adecue al tipo objetivo de inasistencia alimentaria la Fiscalía tenía la obligación de probar más allá de toda duda que **X.X.X.X.X.X.X** contaba con los medios económicos para satisfacer la obligación legal de dar alimentos a su hijo y, pese a ello, de manera deliberada se negó a hacerlo. No incurre en inasistencia alimentaria quien incumple la obligación por ausencia de recursos económicos.



2.- En el **sub examine**, la prueba testimonial constituida por las declaraciones de las señoras X.X.X.X.X.X.X.X.X y X.X.X.X.X.X.X.X.X. –madre y abuela del menor, respectivamente- no acredita la tipicidad del delito contra la familia pues ninguna de las deponentes suministro información sobre la capacidad económica del aquí implicado para cumplir la obligación alimentaria frente a su hijo. En efecto:

a.- X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.X., madre del menor, se limitó a manifestar en el juicio que lo único que sabe del aquí implicado es que actualmente vive en el municipio de Acacias (Meta); que desconoce en que trabaja; que sabe que termino una carrera relacionada con la educación Física; que supo que trabajo en algunas empresas pero que desconoce en cuales; que ella es quien está a cargo de la manutención del niño y que recibe ayuda de sus padre; que a pesar de que el aquí acusado se había comprometido en suministrar los alimentos a su hijo solo lo hizo en dos o tres oportunidades, razón por la cual procedió a denunciarlo.

b.- La abuela materna del menor, X.X.X.X.X.X.X.X., advero en el juicio que el aquí enjuiciado nunca ha cumplido la obligación alimentaria para con el niño; que lo único que ha hecho es haber **“mandado cualquier \$ 50.000 pesos ahí cada año”**; que nunca ha estado pendiente del menor y que quien se hace cargo de este es la mama con ayuda de ellos – los abuelos del niño-; que no sabe a qué se dedica e ignora si en la actualidad se encuentra trabajando.

Como se ve, aunque el testimonio de la aludidas dos ciudadanas es claro en que el aquí acusado se sustrajo al deber de suministrar alimentos a su hijo menor y frente a ello no existe discusión, lo cierto es que tal prueba en nada demuestra que dicho actuar omisivo del implicado ha sido cometido **“sin justa causa”**; por el contrario, las deponentes fueron claras en que desconocen cuál es la situación laboral, financiera o económica del aquí procesado; luego, mal puede afirmar el recurrente que la Juez no valoro adecuadamente la prueba testimonial cuando es palmario que la misma no suministra conocimiento cierto sobre materialidad de la conducta.

B.- Alega el impugnante que la Juez desconoció que la Fiscalía, a través del investigador de la policía judicial X.X.X.X.X.X.X.X.X., acredito mediante pruebe documental que el aquí implicado se encuentra laborando en la actualidad pues al juicio se allego la certificación expedida por el Fosyga en la que se consignan los registros de los periodos laborales del aquí encartado.

Para este Juez **ad quem** tal argumento del recurrente tampoco puede ser aceptado en atención a que, de un lado, la certificación del Fosyga solo acredita que el aquí enjuiciado laboro unos periodos de los años 2004, 2005 y 2007 –periodos previos al nacimiento del menor que fue en el año 2008- y en los meses de octubre y noviembre de 2010, sin que exista prueba que demuestre que en la actualidad este cotizando al sistema de seguridad social en salud como empleado y, de otro, tampoco se demostró por parte de la Fiscalía que el acusado posea bienes de fortuna pues los certificado de la Superintendencia de Notariado y Registro y la Secretaria de Tránsito y Transporte de Cali certificaron que aquel no registra bienes a su nombre.

En consecuencia, al no haberse acreditado por parte de la Fiscalía que el aquí acusado tiene capacidad económica mal puede concluir alegar el recurrente que aquel se ha sustraído **“sin justa causa”** de la obligación de suministrar alimentos a su hijo menor.

C.- Advera el apelante que el hecho de que el aquí acusado se haya negado deliberadamente a comparecer al juicio y a hacerse declarar contumaz, permite concluir la materialidad del delito pues la actitud de escabullirse y de no dejar al descubierto todos sus aspectos laborales y familiares ha sido con el propósito de que no se le requiera en los lugares donde ha laborado.

Infundada resulta tal alegación del recurrente porque, de un lado, la renuencia a comparecer no constituye siquiera indicio grave de responsabilidad penal y, de otro, la información del recurrente en el sentido de que el aquí procesado ha desplegado actos tendientes a ocultar su situación laboral para evadir la obligación alimentaria no encuentra



apoyo en la prueba legal oportunamente practicada en el juicio, motivo por el cual tal afirmación queda en el campo de la especulación.

Siendo ello así, la Sala no tiene camino distinto a confirmar la absolución del aquí enjuiciado pues encuentra que la decisión de la **a quo** se compadece con el contenido del acervo probatorio, el cual fue valorado adecuadamente conforme a los parámetros de la sana crítica –la lógica, el sentido común y las reglas de la experiencia-, razón por la cual el fallo resulta jurídicamente acertado.”

Rad. 197 2009 01810 (03 02 2017) Acta 040 M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda

**LESIONES PERSONALES CULPOSAS. Negligencia Médica. Atipicidad de la conducta. Testimonios** La conducta negligente que alega la Fiscalía adoptó la aquí procesada no existió pues, como viene de verse, ésta hizo todo lo que el protocolo médico determinaba para la época de los hechos y, por lo mismo, no puede afirmarse que aquella hizo o dejó de hacer algo distinto a lo que ordenaba la *lex artis*.

**Extractos:**

“En el sub examine, el apelante concluye la existencia de la imputación objetiva a partir de la afirmación de la violación del deber objetivo de cuidado pero no precisa cuál o cuáles son las evidencias; elementos materiales o pruebas que demuestran esa conclusión. Es claro que dogmáticamente (Art. 9 del C.P.) el juicio de imputación objetiva está subordinado a la demostración mediante pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso de que la aquí acusada violó la *lex artis* y que con ello creó un riesgo jurídicamente desaprobado o incrementó el riesgo permitido. Manifestación elocuente de que al apelante no le asiste la razón es que él no precisa cuál es la prueba que demuestra su afirmación. La prueba técnica y testimonial practicada en el juicio niega la conclusión del impugnante. En efecto:

a.- Aunque el médico legista Alfredo Israel Medina Varela –médico general- afirmó en el juicio que el proceder de la aquí encartada fue negligente pues por las características de la lesión, dada su profundidad y exposición del hueso tibial, aquella debió haber interconsultado con el médico especialista, lo cierto es que tal afirmación quedó desvirtuada con las declaraciones de los médicos Enrique Avelino Estévez –médico fisiatra- y Fernando Sánchez Varón –neurocirujano- como testigos de la Fiscalía y José Norman Salazar y Luís Fernando Santacruz Flórez –también especializados en neurocirugía- como testigos de la defensa, quienes fueron contestes en que:

i.- Aunque la profundidad del corte que sufrió el menor en la rodilla derecha debió llevar a “sospechar” que el nervio peroneo y los tendones se habían comprometido, lo que el protocolo médico ordena para el tratamiento de ese tipo de lesiones es realizar un examen neurológico a fin de descartar una lesión nerviosa y, de determinar la existencia de ésta, la obligación del galeno es remitir al paciente al especialista; por lo mismo, como la implicada realizó el examen neurológico y estableció clínicamente “ausencia de déficit neurológico”, esto es, ausencia de pérdida de la movilidad y sensibilidad de la extremidad afectada, no tenía la obligación de remitir al menor al especialista ni debía ordenar la realización de una electromiografía, máxime cuando este examen no revelaría el daño nervioso debido a lo reciente de la lesión, siendo esta la razón por la cual el protocolo médico no exige la práctica de este examen especializado;

ii.- En la historia clínica del menor –sostienen los especialistas mencionados- no se consignó por parte de la aquí procesada que aquél presentara “hallazgos positivos”, esto es, anomalías en el funcionamiento vascular, sensitivo y neurológico de la pierna lesionada lo que indica que, ante la ausencia de signos o síntomas que hicieran sospechar una lesión nerviosa, la implicada actuó dentro de los parámetros médicos al continuar con la prestación del servicio médico lavando la herida al menor, suturándola , prescribiéndole medicamentos y dándole de alta y,

Wii.- Aunque se hubiera remitido el menor al especialista y se le hubiera practicado exámenes especializados y sometido a cirugía para corrección de la lesión, la recuperación del nervio peroneo no podía garantizarse debido a la distancia entre éste y la columna vertebral, razón por la que resulta mucho más difícil lograr la recuperación neurológica del miembro inferior. Además, como particularmente lo explicó el neurocirujano pediátrico Luís Fernando Santacruz Flórez, la atrofia del nervio peroneo del menor no tuvo origen en el tiempo transcurrido entre la lesión y la valoración por el médico especialista -12 días- sino a la cicatrización hipertrófica –grande, exagerada- que desarrolló el niño alrededor del aludido nervio.

b.- El enfermero jefe, Edwin Zambrano Sala, quien asistió a la aquí enjuiciada el día que ésta atendió al menor, fue enfático en que ella realizó los exámenes físicos orientados a determinar el funcionamiento de la pierna y el pie del niño y que éste pudo mover la extremidad de un lado a otro; que la flexionó y que manifestó que tenía sensibilidad. Afirmó el deponente que luego de que al menor se le lavó la herida y se le suturó fue enviado para la toma de una radiografía y que al regresar al consultorio la acusada nuevamente le realizó las aludidas pruebas sin que evidenciara daño neurológico, razón por la cual le dio salida al niño.

De lo anterior se desprende sin mayor dificultad que la conducta negligente que alega la Fiscalía adoptó la aquí procesada no existió pues, como viene de verse, ésta hizo todo lo que el protocolo médico determinaba para la época de los hechos y, por lo mismo, no puede afirmarse que aquélla hizo o dejó de hacer algo distinto a lo que ordenaba la lex artis.

Ahora, la Sala no puede concluir aquí que la acción de la acusada se adecúa al tipo penal de lesiones personales por la vía de la impericia como modalidad de la culpa por la potísima razón que, de un lado, el juicio de subsunción que hizo la Fiscalía –y que es vinculante para el Juez- está fincado en la negligencia y no en la falta de conocimiento, de experiencia o de capacitación profesional de la aquí procesada y, de otro, el ente acusador no acreditó que aquélla carecía para la época de los hechos de entrenamiento y destreza necesarios para prestar la atención médica; hacer la valoración que hizo; llegar a la conclusión a la que llegó y adoptar la conducta que adoptó.

Cierto es que, de un lado, la testigo Vanesa García Castrillón –madre del menor- sostuvo en el juicio que el médico ortopedista Macario Hernando Ramos al valorar a su hijo le manifestó que la médico que atendió al menor no merecía ser llamada así porque cualquier médico está en condiciones de saber que el tipo de lesión sufrida producía daño nervioso en el miembro inferior y, de otro, que el médico legista Alfredo Israel Medina Varela afirmó que las secuelas del menor obedecieron al tratamiento tardío que se le suministró lo cual impidió que se corrigiera oportunamente la lesión nerviosa; empero, también lo es que:

i.- El médico ortopedista Macario Hernando Ramos, quien declaró en el juicio como testigo de la Fiscalía, no suministró ninguna información o dato tendiente a establecer la materialidad del delito culposo; por el contrario, dicho testigo fue reticente y hostil, manifestando que no recordaba el caso aun cuando se le había puesto de presente la historia clínica y,

ii.- La incriminación contenida en el testimonio del médico legista Medina Varela queda menguada no solo por las atestaciones de los médicos neurocirujanos sino también por el hecho que el mismo legista fue claro en el informe pericial, ante las preguntas que le formuló la Fiscalía, que lo que se debía hacer era una buena exploración neurológica local y distal en el sitio del trauma y si se diagnostica lesión del nervio se debe remitir el paciente al especialista; comportamiento o conducta que asumió la aquí procesada quien, se reitera, realizó los exámenes físicos correspondientes y no evidenció daño nervioso, razón por la cual no tenía, conforme al protocolo médico, que remitir al menor al especialista.

c.- Soslaya el recurrente que la madre del menor, xxxxxxxxxxxx, averó en el juicio que su hijo, previo al primer control médico, le había manifestado que sentía un hormigueo en el

pie, pero que ella no le prestó atención y solo acudieron al médico hasta el día de la cita para el control; momento en el que el menor manifestó la ausencia de sensibilidad y movilidad en la pierna derecha, lo cual evidencia que efectivamente el daño del nervio peroneo fue progresivo y que la aquí acusada al momento en que le suturó la herida no tenía manera de sospechar la existencia de daño neurológico.

Conforme a los postulados de la sana crítica, lo que el acervo probatorio deja plenamente acreditado es que: i.- la aquí implicada actuó conforme a la lex artis para el tratamiento de la lesión que sufrió el menor; ii.- por lo mismo, el resultado –las secuelas físicas y psíquicas que sufrió el niño- no le es jurídicamente imputable pues el resultado no dependió de su proceder sino de la fisiología del menor y, iii.- dado que la medicina es una actividad riesgosa y que sus resultados son de medios y no de fin, a la aquí enjuiciada no puede atribuírsele el resultado lesivo cuando profesionalmente hizo lo que le exigía el protocolo médico.

Rad. 193 2009 31090 (28 02 2017) Acta 037A M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

### **LESIONES PERSONALES CULPOSAS. Accidente de tránsito. Privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas.**

“Ahora bien, respecto del planteamiento y solicitud subsidiaria que hizo la apelante, sobre la reducción de la pena accesoria y del pago de la multa o su exoneración, la Sala, considera lo siguiente:

**1.** El art. 48 del C.P., consagra la pena accesoria de **“La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas”**, disponiendo que la misma se debe imponer por el tiempo fijado en la sentencia. De igual manera, el art. 51 Ibídem establece su duración.

Al revisar la actuación, advierte la Sala que efectivamente la pena accesoria en este sentido, impuesta en la sentencia, de 16 meses, a pesar de no desbordar el tiempo señalado en el art. 51 inciso 5º, **es ilegal por falta de motivación** –debiendo modificar la sentencia en ese sentido-, tal y como recientemente lo ha considerado la Corte.

**“De tiempo atrás la Sala ha precisado que la imposición de penas accesorias, salvo la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y sin perjuicio de las especiales consideraciones que se han hecho frente a la privación del derecho a la tenencia y porte de arma (CSJ SP 2636 de 20015, Rad. 43881), debe estar precedida de una adecuada motivación sobre su procedencia y monto. Al respecto se ha resaltado que**

**[l]a única pena accesoria de imposición obligatoria aparejada con la de prisión es la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 del Código Penal, de manera que las demás relacionadas en el artículo 43 del mismo ordenamiento, son de imposición discrecional por parte del juzgador, quien las aplicará atendiendo los criterios relacionados en el artículo 61 ibídem, con indicación en cada caso de los fundamentos de hecho y de derecho que las sustentan, pues no operan en forma automática.**

**Impera recordar que la obligación de motivar la imposición de la pena surge del contenido del artículo 59 del Código Penal, el cual dispone:**

**“Motivación del proceso de individualización de la pena. Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena (subrayas fuera de texto).**

***Este mandato legal exige que toda pena, sin distinguir entre sanciones principales y accesorias, debe responder a una motivación específica en punto de sus aspectos cualitativos y cuantitativos, lo cual comporta un ejercicio argumentativo basado en las reglas que rigen la punibilidad, los principios que la inspiran y las razones por las cuales en el caso concreto se llega a la determinación final de su imposición.***

***Desde luego, la argumentación no puede fundarse en la íntima convicción del juez, ni en la intuición, ni en la sospecha, ni en lo evidente o palmario que resulte, sino en las pruebas legalmente practicadas, y en el significado jurídico de los hechos probados, so pena de ingresar el fallador en el terreno de la arbitrariedad.***

***Como la imposición de una pena accesoria conlleva la privación de un derecho, que puede ser limitado si se establece en el proceso su abuso por parte del condenado, o que su ejercicio facilitó la realización del punible, o que su restricción se torna aconsejable para prevenir conductas similares, la discrecionalidad en su imposición se encuentra inescindiblemente articulada con su motivación (CSJ SP, 12 Nov. 2014, Rad. 43582, entre otras).***

...

***Es evidente que el fallador de primer grado no dedicó una sola línea a motivar la procedencia y el monto de la pena accesoria prevista en el artículo 43, numeral 5º, del Código Penal. Esta omisión, que entraña una flagrante violación del debido proceso, no fue enmendada por el Tribunal, por lo que le corresponde a la Sala tomar los correctivos necesarios para salvaguardar las garantías de los procesados.***

***En consecuencia, se casará parcialmente el fallo, en orden a dejar sin efectos la pena accesoria de privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas, que por el término de 10 años les fue impuesta a los sentenciados. Al efecto, se oficiará a la Oficina Nacional de Transporte y Tránsito, para que se hagan las respectivas anotaciones. En los demás aspectos, la decisión se mantendrá incólume”.***

No sucede lo mismo, con respecto a la prevista en el art. 44 del C.P., porque a folio 130, se observa que la misma fue impuesta acorde con la cantidad y naturaleza prevista por el Legislador, correspondiente al mismo término de la pena privativa de la libertad impuesta y porque al tratarse de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, hace parte de la salvedad o excepción como se consideró en la jurisprudencia.

2. En lo que hace a la petición de disminución de la pena pecuniaria o su exoneración, la misma no puede prosperar porque además de no estar acreditada idóneamente con prueba suficiente de la insolvencia del procesado y de su imposibilidad de pagarla, es el mismo art. 39 inciso 1º, Num. 6º del C.P. el que consagra la posibilidad que tiene el penado de acudir ante la autoridad competente, en este caso, ante los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, con posterioridad a su imposición, para que se le permita su amortización a plazos, entre otras circunstancias, previa demostración plena de la incapacidad material para sufragarla.”

#### **SALVAMENTO DE VOTO – Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda**

“Con mí acostumbrado respeto me aparto de la decisión adoptada por la Sala mayoritaria en el asunto de la referencia porque, como lo manifesté en la Sala de discusión, no puede calificarse como **“ilegal”** la pena accesoria impuesta por el juez en este caso pues:

**1.-** La prohibición de conducir vehículos automotores debe, -tiene- que imponerla el juez por imperativo legal (art. 120-2 del C.P.). No es facultad sino obligación del juez imponerla, por respeto al principio de legalidad.

2.- El juez impuso el mínimo -16meses-; luego, no necesitaba hacer motivación especial pues esta resulta necesaria y obligatoria si hubiera impuesto más de 16 meses. Adicionalmente, no se puede negar la relación entre la conducta y la pena de prohibición de conducir vehículos automotores.

3.- Por lo demás, es sabido que las normas especiales priman sobre las generales y que es el autor de la ley el que determina las consecuencias mínimas que debe asumir del injusto típico.”

Radicación 196 2011 01116 (09 02 2017) M.P. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

---

**Libertad por pena cumplida. Extinción de la pena privativa de la libertad y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.**

**Conducta punible: Hurto calificado Agravado.**

**Extracto:**

“Desde ya declarará la Sala que tal como lo señala la defensa es evidente el yerro en el que ha incurrido el Juez Octavo de Ejecución de Penas, desconociendo de manera flagrante el derecho de libertad de la condenada por una indebida contabilización de los tiempos que lleva efectivamente privada de la libertad, en razón de este proceso.

En efecto, está acreditado que xxxxxxxxxxxx, fue privada de la libertad desde el día 18 de mayo de 2016, fecha en que fue capturada y puesta a disposición de un juez de control de garantías, quien le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su residencia, encontrándose privada de la libertad hasta la fecha, es decir 11 meses y 2 días.

Siendo de aclarar que el hecho de que hubiere sido condenada y dispuesto en la sentencia su cambio de lugar de reclusión, de su casa de habitación al centro carcelario, no altera su situación jurídica de persona privada de la libertad.

Ahora, que en la sentencia se hubiese dispuesto su traslado al centro carcelario, y que el mismo no se hubiere cumplido, es un hecho imputable única y exclusivamente a las autoridades penitenciarias, que omitieron el cumplimiento de la orden del juez que profirió la condena, pero tal hecho, en modo alguno, puede repercutir, para afectar el derecho de libertad de la condenada.

Pero además, desconocer el tiempo de privación de la libertad desde que se expidió el oficio que ordenaba el traslado al centro carcelario de la condenada, es pretender que está estaba obligada a motu proprio a desplazarse al centro de reclusión, lo que en modo alguno se puede exigir a la señora xxxxxxxxxxxx, ya que resultaría irrazonable y desproporcionado que supla las deficiencias del Estado, una carga que no está obligada a soportar.

Así mismo, invocar que su compañera de causa fue trasladada al centro penitenciario no es un argumento para sostener que xxxxxxxxxxxx, tenía la obligación de dirigirse por sus propios medios al centro penitenciario, menos que esta circunstancia pueda tener incidencia directa en su derecho de libertad.

Pero además, tampoco existe ninguna circunstancia procesal que indique que por alguna circunstancia, a modo de ejemplo, por ser condenada por otro proceso, dejó de descontar pena por éste. Más aún, no existe ningún indicio de que hubiere evadido su lugar de reclusión y no estuviera cumpliendo la domiciliaria impuesta, pues no se advierte ningún informe al respecto y menos que el juez hubiese adelantado el trámite incidental que corresponde imprimir en estos eventos.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**R E L A T O R I A**  
**BOLETIN 4 DE 2017.**

Lo anterior para concluir que no existe ninguna circunstancia que permita señalar que la condenada dejó en algún momento de cumplir la pena impuesta en este proceso.

Bajo tal análisis, se impone la revocatoria de la decisión objeto de recurso, para en su lugar, proceder a declarar el tiempo real que la señora xxxxxxxxxxxxxxxx, ha estado privada de la libertad por este asunto, para lo cual se ha de considerar que está detenida desde el día en que fue capturada en flagrancia, esto es 18 de mayo de 2016, hasta la fecha.

Siendo así, es evidente entonces que a la fecha de emisión del auto interlocutorio recurrido, esto es, 14 de febrero de 2017, la condenada había purgado un total de 8 meses y 27 días y se reitera, al día de hoy, 20 de abril de 2017, ha purgado un total de 11 meses y 2 días.

Ahora, aunque este instituto no fue objeto de estudio por parte de la primera instancia, se hace evidente que ante el transcurso del tiempo y el cumplimiento de la totalidad de la sanción, es imperioso declarar, en favor de la señora xxxxxxxxxxxxxxxx, su libertad por pena cumplida dentro de este asunto, ello en razón de que la señora xxxxxxxxxxxx fue condenada a una pena de 9 meses de prisión y lleva privada efectivamente de la libertad 11 meses y 2 días.

Con base en lo anterior, es claro que el cumplimiento efectivo de la pena de prisión, la decisión que obliga a tomar lo argumentado en precedencia, no puede ser otra que la de declarar el cumplimiento de la pena privativa de la libertad señalada, junto con la pena accesoria, decretando la libertad de la sentenciada, **la cual se hará efectiva a partir de la fecha.**

Así pues, conforme al artículo 53 del C.P., la Sala declarará el cumplimiento de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que le fuera impuesta a xxxxxxxxxxxxxxxx, mediante sentencia No. 125 del 18 de octubre de 2016, por parte el Juzgado 5 penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali, por el delito de Hurto Calificado Agravado en calidad de cómplice.

Debe acotarse que a la sentenciada se le concede la libertad por el proceso de referencia, debiendo el Establecimiento carcelario, verificar que no sea requerido por otra autoridad judicial o administrativa del país, ya que en tal evento, deberá ser puesto a disposición de quien la requiera.

Además, se ordenará la expedición de la orden de libertad por intermedio de la Secretaría de la Sala Penal de esta Corporación, en aras de agilizar los trámites administrativos al respecto.

Contra esta decisión de conceder la libertad por pena cumplida, ya que se adopta en un auto interlocutorio de única instancia, procede el recurso de reposición.

No puede pasar por alto la Sala la preocupación que generan las inconsistencias que se han advertido en este trámite, concretamente la expedición, sin fundamento alguno, sin soporte argumentativo ni legal, de la orden de captura en contra de la señora xxxxxxxxxxxxxxxx, por parte del Juez de Ejecución de Penas, la que además se materializó cuando la pena impuesta ya estaba cumplida, a lo que se suma la errónea consideración de no tener como tiempo de privación efectiva de la libertad el lapso en el que el INPEC omitió materializar el traslado de la condenada al centro de reclusión, desconociendo que esta es una obligación del estado que en modo alguno se puede trasladar a los particulares.

De otro lado, se llama igualmente la atención de ese despacho, para que, se aplique el rigor debido a los trámites correspondientes, ello en razón de que frente a esta apelación



que tiene como fecha de ultima notificación el día 7 de marzo, el recurso se concede el 27 de ese mes y reparto se lleva a cabo el día 18 de abril, siendo de anotar que solo se allega la carpeta a este despacho, para dar trámite a la apelación el día 19 de abril a las 04:30 de la tarde.”

Rad.193 2016 80574 01 (20 04 2017) acta 117. M.P. Dra. Socorro Mora Insuasty.

.....

**Preacuerdo**

**Conducta punible: Homicidio y porte ilegal de armas de fuego.**

“La Sala es competente para desatar la presente impugnación conforme a lo preceptuado en el inciso 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

La figura de los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado tienen como fin humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso. La Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

“El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de prestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”. (Artículo 348 Ley 906 de 2004).

Por ello, desde la audiencia de formulación de imputación, la fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la misma, negociación que normalmente consiste en que el imputado se declarara culpable del delito endilgado o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal: i) elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico y ii) tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Recordemos que aunque el propósito de los preacuerdos y negociaciones no es otro que el de estimular el otorgamiento de rebajas de rebajas de pena para quien, siendo infractor, decida acogerse a dichos beneficios, que se fijaran dependiendo , clara esta, de la etapa procesal en la que se presente ante el juez de conocimiento, están sometidos a los principios de estricta jurisdiccionalidad y de estricta legalidad tanto de los delitos como de las penas, es decir, que no pueden ser celebrados al libre albedrio de las partes, pasando por alto los derechos de las víctimas o permitiendo que se genere impunidad.

En este punto, debemos precisar que nuestra norma procedimental penal contempla tres momentos procesales para la celebración de los preacuerdos, así: (i) en la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de presentarse el escrito de acusación (Art. 351); (ii) una vez presentada la acusación (entendiéndose que se refiere al momento en que es radicado el mentado escrito), y hasta el momento en que el acusado sea interrogado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad (art. 352) y (iii) en el juicio oral, con sus diferencias a través de las llamadas manifestaciones de culpabilidad preacordadas (art. 369).

Así, entonces, tenemos que en el transcurso del juicio oral y hasta antes de que el Juez manifieste el sentido del fallo, el procesado tiene derecho a aceptar su responsabilidad en los hechos que se le endilgan a través de las denominadas manifestaciones de culpabilidad preacordadas, las que, en criterio de esta Sala, no pueden comportar beneficio alguno fuera de la pretensión punitiva indicada por el Ente Acusador.

Lo anterior si en cuenta se tiene que estas deben versar sobre los términos de la acusación, es decir, que aunque el procesado puede hacer manifiesta su culpabilidad conforme a la calificación jurídica realizada en la acusación –entendida como acto

complejo-, dicha aceptación de cargos no puede conllevar al otorgamiento de beneficio alguno, toda vez que esto fueron previstos hasta antes de iniciarse la practica probatoria.

Y es que la lectura del artículo 369, el único beneficio del que podría llegarse a hablar, si así se quiere, sería el relacionado con la pretensión punitiva que la Fiscalía llegue a elevar ante el Juez, bien sea para que parta de la pena mínima establecida o, en los casos de concurso de conductas, conforme las previsiones del artículo 31 del Código Penal, indique los montos en que pretende se incremente el otro tanto, aspectos que serán adoptados por el funcionario de conocimiento en la sentencia.

Reiterativas fueron las partes al indicar que con la suscripción del preacuerdo pretenden evitar un mayor desgaste de la Rama Judicial, sin embargo, pierden de vista que su celebración y consecuente verificación por parte del Juez de conocimiento debía tener lugar antes de iniciarse la práctica de las pruebas y no ahora, cuando la Fiscalía despliega toda su actividad probatoria tendiente a demostrar su teoría del caso, dejando inane los principios de celeridad, economía procesal y pronta justicia que deben orientar la justicia premial.

Recordemos que la función del Juez no es la de un mero observador o árbitro, de ahí que su tarea en este tipo de actuaciones no se limite a verificar que la aceptación del imputado (trátese de un allanamiento, preacuerdo o negociación) sea libre, voluntaria y con la debida asistencia de su defensor, sino también la de velar por el respeto irrestricto de derechos y garantías fundamentales, tal como se lo imponen los artículos 6, 131, 327 y 351, inciso 4, de la Ley 906 de 2004.”

(...)

“No se explica la Sala como el representante de la Fiscalía, sin tener beneficio alguno, se empeña en la aprobación de un preacuerdo cuando despliega toda su capacidad investigativa y demostrativa tendiente a acreditar la responsabilidad de todos y cada uno de los procesados; seguramente tiene pruebas suficientes para solicitar en los alegatos finales que se declare penalmente responsable a los implicados de los delitos que les fueron enrostrados, sin que este por demás indicar que, en ese momento procesal, si a bien lo tiene, podrá solicitar al Juez de Conocimiento que modifique la forma de participación de los procesados, tal como lo sustentó en el preacuerdo.

En lo que a la decisión del 30 de junio de 2016 respecta, debemos decir que no podría ser más desatinada su interpretación, habida cuenta que lo que allí realmente se trató fue la legitimación, como interés jurídico de la parte para recurrir las decisiones judiciales, concretamente, en lo que al Ministerio Público toca.

Ahora bien, con el fin de demarcar el derrotero que la Sala presidida por la doctora Socorro Mora Insuasty ha trazado frente a este tema, tenemos que, en decisión del 1 de junio de 2015, Radicado 194-2013-02014, se dijo:

*“Frente a la presentación de preacuerdos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 352 del C. de P. Penal, este puede ser formulado hasta el momento en que sea interrogado el acusado sobre su aceptación de responsabilidad, siendo evidente que en este evento se sobrepasó tal limite, cuando se dio continuación al juicio, escuchándose incluso, el testimonio de dos testigos de la fiscalía.*

*Acierta entonces la primera instancia, al improbar el preacuerdo, cuando es evidente que no solo se presentó por fuera del término que establece la ley, sino que se había ya dado inicio a la práctica de pruebas de la Fiscalía, restándole al ente acusador solo el testimonio de dos personas.*

*Es de recordar, que los preacuerdos y los allanamientos, encuentran validez en la medida que al tiempo que se hacen concesiones punitivas y de beneficios a los procesados. Implican evitar el desgaste propio del proceso, a favor de la administración de justicia. Sin embargo en el caso de estudio, no cabría ya este fundamento, cuando no solo se ha dado inicio a la práctica de pruebas, sino que frente a la naturaleza del delito, el ente acusador a través de sus testigos alcanzo a demostrar importantes elementos estructurales de la conducta.*

*Como bien lo dijo la juzgadora, no se advierte entonces cual pueda ser el beneficio que obtiene la administración de justicia con el preacuerdo, careciendo este entonces de validez. Se impone la confirmación del auto recurrido, debiéndose continuar con la audiencia de juicio oral.”*

193 2013 28927 99 (24 93 2917) Acta 101. Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.

---

---

## **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y CIVIL**

“La competencia de la Sala en sede ordinaria de apelación se extiende a la declaratoria de dicho fenómeno, máxime porque ante su ocurrencia, a la administración de justicia no le es posible decisión diferente de aquella que reconozca los efectos extintivos de la acción penal.

Así la situación, y teniendo en cuenta que el Estado ha perdido toda facultad para investigar y sancionar por el transcurso del tiempo, deben reconocerse los efectos extintivos de la acción penal.

En efecto, estipula el artículo 82 del Código Penal, que la acción penal se extingue por prescripción; por su parte, según el artículo 83 ibídem, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, sin ser inferior a cinco (5) años, ni superior a veinte (20).

En términos del artículo 84 ibídem, la iniciación del término de prescripción empezará a contarse, **para los delitos instantáneos, desde el día de su consumación**, y desde la perpetración del último acto, en los tentados o permanentes.

Con estas precisiones, debe recordarse que los hechos que describen esta actuación se desplegaron entre el 29 de abril al 13 de mayo de 2004 cuando se tuvo conocimiento de la operación de redes de telefonía pública conmutada de larga distancia que estaban siendo utilizadas para simular tráfico de local, lo que significa que llamadas de larga distancia internacional no fueron realizadas a través de ninguno de los operadores autorizados de conformidad con la licencia de concesión otorgada por el Ministerio de Comunicaciones y de acuerdo con el decreto 2542 de 1997, razón por la cual se practicó el 13 de mayo de 2004, diligencia de allanamiento y registro al inmueble ubicado en la calle 64 No. 5B N-26 oficina 410 de Cali, donde se encontraba ubicado el Grupo Telemando S.A., de cuya Junta Directiva hacía parte XXXXXX

Así las cosas, **el último acto se perpetró el 13 de mayo de 2014** cuando en la calle 64 No. 5B N-26 oficina 410 de Cali, se incautaron equipos a través de los cuales, se desplegaba la conducta punible.

Ahora, XXXXX, fue acusado por el delito “DEL ACCESO ILEGAL O PRESTACIÓN ILEGAL DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES” previsto en el artículo 257 del Código Penal -Ley 599 de 2000-, cuya pena oscila entre **2 y 8 años de prisión**.

En esos términos, el máximo de pena privativa de libertad prevista en la mencionada disposición es de **8 años**, lo cual implica que antes de quedar ejecutoriada la resolución de acusación -20 de septiembre de 2012-, es decir; en fase de investigación, se presentó el fenómeno en comento **-13 de mayo de 2012-**

En este orden de ideas, con sujeción a lo establecido en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal –Ley 600 de 2000-, impera declarar la prescripción y consecuentemente la extinción de la acción penal; de contera, es necesario decretar la cesación de todo procedimiento a favor del acusado, situación que impide cualquier pronunciamiento de fondo respecto del objeto de apelación.

Así mismo, debe tenerse en cuenta el artículo 98 del Código Penal que establece que la acción civil originada en la conducta punible, cuando se ejerce dentro del proceso penal, prescribe en un tiempo igual al previsto para la acción penal, esto, en relación con los penalmente responsables. En los demás casos, es decir, en el de los terceros civilmente responsables, “se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil”.

Cuando se ejerce dentro del proceso penal, prescribe en un tiempo igual al previsto para la acción penal, esto, en relación con los penalmente responsables. En los demás casos, es decir, en el de los terceros civilmente responsables, “se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil”.

Claro es que la víctima puede optar libremente por reclamar la reparación de los daños y perjuicios, bien por vía de la jurisdicción civil, en cuyo caso ha de estarse a las reglas de ésta, o por la penal, lo que comporta que, con la definición de la responsabilidad penal el juzgador está obligado también a pronunciarse sobre la responsabilidad civil. Entonces, el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal respecto de los penalmente responsables, implica que prescrita la última, igual suerte corre la primera.

Ahora bien, como quiera que dentro de esta actuación la parte civil debidamente constituida ejerció la correspondiente acción indemnizatoria por daños y perjuicios generados por la comisión de la conducta punible, resulta ineludible declarar su prescripción, conforme lo establece el artículo 98 de la Ley 599 de 2000, al disciplinar que tal acción prescribe “en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal”.

Rad. 015 2012 00224 01 (21 03 2017). M.P. Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya.  
=====

**REDENCIÓN DE PENA. Acumulación jurídica de penas.**

**Conducta punible: Acceso carnal violento. Hurto Calificado Agravado. Extorsión en grado de Tentativa.**

“En este caso, se trata de determinar si el señor XXXX es derecho a las redenciones de penas que se le reconociera en la providencia 162 de 12 de febrero de 2014, que posteriormente fuera nulitada oficiosamente y la redención consignada en la parte motiva de la providencia 790 de 18 de mayo de 2016.

De cara al problema jurídico que concita la atención de la Sala, valga la pena recordar que el señor XXXX en atención la acumulación jurídica de penas impuestas en las sentencias emitidas por el Juzgado 18 Penal del Circuito de Cali fechada 20 de enero de 2006, por el Juzgado 11 Penal del Circuito de Cali fechada 19 de julio de 2005 (confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali con ponencia del suscrito Magistrado Ponente), por el Juzgado 3 Penal del Circuito Especializado de Cali fechada 2 de septiembre de 2004 (confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali con ponencia del Dr. ROBERTO FELIPE MUÑOZ ORTIZ) y por el Juzgado 16 Penal del Circuito de Cali fechada 8 de septiembre de 2004, se le fijó una pena principal de **trescientos setenta y ocho (378) meses y veinte (20) días de prisión** mediante auto interlocutorio No. 1648 de noviembre 6 de 2009 proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali.

Mediante providencia 790 de 18 de mayo de 2016, se negó la prisión domiciliaria solicitada por el señor XXXX, decisión que fue confirmada por la Sala de decisión Penal del Tribunal Superior de Cali con ponencia del Dr. ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR.

En ese orden y de cara a la inconformidad del recurrente, se tiene que el 12 de febrero de 2015 el Juzgado 5 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, mediante auto

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 4 DE 2017.

interlocutorio No. 162 de febrero 12 de 2015 reconoce al señor XXXX, 5 días de redención por 63 horas de estudio y 3 meses y 5 días por 1520 horas de trabajo.

Del contenido de la providencia se advierte que el Juez para conceder la redención de pena por estudio y trabajo, analizó los documentos allegados por el establecimiento de reclusión, entonces en su parte motiva consignó lo siguiente:

*“POR ESTUDIO:*

- *Cómputo No. 15795567 con 0063 horas*

*Así que tiene un total de 63 horas de estudio, según la normatividad aplicable con CINCO (5) DIAS de redención.*

*POR TRABAJO*

- *Cómputo No. 15795567 con 584 horas*
- *Cómputo No. 15890518 con 936 horas”*

Revisado el expediente, observa la Sala que el Complejo Penitenciario y Carcelario de Jamundí, por medio de oficio de 242-OJU- 2534 remite documentación al Juzgado 5 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, donde efectivamente se evidencia computo No. 15795567 por estudio correspondiente a 63 horas y por trabajo los cómputos número 15795567 con 584 horas de trabajo y el 15890518 con 936 horas, pero del interno XXXX.

Por lo que, el juez de ejecución de penas al percatarse del yerro en el que incurrió, esto es, al redimir pena al señor XXXX, con soportes que no le corresponden, procede a dictar auto interlocutorio No. 895 de 3 de agosto de 2015, por medio del cual decreta la nulidad del auto **número 162 de 12 de febrero de 2015**, en consecuencia reconoce redención de pena al señor XXXX por 63 horas de estudio 5 días de redención y por 1520 horas de trabajo 3 meses y 5 días de redención, es decir, los días que inicialmente se había reconocido al recurrente.

Decisión que se notificó de forma personal al señor XXXX el día 6 de agosto de 2015, tal como se avizora a folio 74 del Cuaderno No. 8, sin que se haya interpuesto recurso alguno frente a esta decisión, de donde refulge claro para la Sala que consintió en la corrección que se había efectuado.

Y eran tan consiente que no le correspondían las redenciones, que a partir de esa data continuó haciendo otras solicitudes, como prisión domiciliaria, permiso de 72 horas entre otras, pero en ningún momento se quejó frente a la nulidad del Auto Interlocutorio No. 162, es decir, de la providencia que dejó sin efectos las redenciones a él reconocidas por error del Despacho y se las asignaba a su compañero de causa.

Así pues, no entiende la Sala, porque después de tanto tiempo el condenado reclama las redenciones deprecadas, pues véase que la providencia que decretó la nulidad es del 3 de agosto de 2015, es decir, que ha transcurrido más de 1 año de emitida la decisión.

Ahora bien, el Juez 5 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en los diferentes pronunciamientos, le ha precisado que los días redimidos en la providencia 162 de 12 de febrero de 2015 no le corresponden, porque el trabajo y estudio certificado por la autoridad competente y tenido en cuenta en esa oportunidad le pertenece a su compañero de causa, situación que se soporta con los respectivos documentos, sin embargo el condenado insiste, de donde deviene claro que no actúa con lealtad procesal en el presente trámite, principio que debe ser atendido por los sujetos procesales, tal como lo prevé el artículo 12 de la Ley 906 de 2004, que es del siguiente tenor:

*“Lealtad. Todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe.”*



Principio bajo el cual, la Sala itera no ha actuado el condenado, pues es claro que su pretensión, se circunscribe a que se le redima pena por horas de trabajo y estudio que él no ha llevado a cabo, conforme quedó claro en líneas precedentes.

Finalmente, la Sala prevé, que frente a los 7 meses y 28 días de redención reclamados por el condenado previstos el auto interlocutorio 790 de 18 de mayo de 2016, no han sido reconocidos en ningún momento, pues esta providencia en su parte resolutive no da cuenta de ello.

Sin embargo, su inconformidad tal vez deviene, porque en la parte considerativa del auto interlocutorio de 790 del 18 de mayo de 2016, se señala como redención 7 meses y 28 días, situación que el Juez de Ejecución de Penas ha referido se trató de un error, acontecer que no es vinculante y por tanto no genera ningún derecho de redención al sentenciado.

Así pues, sin que sean necesarias mayores consideraciones al respecto se comulga en su integridad con la decisión adoptada en primera instancia.

Ergo no es otra la decisión de la Sala que CONFIRMAR el auto interlocutorio No. 142 de enero 31 de 2017 proferido por el Juzgado quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, en lo que fue objeto de recurso, por las razones esbozadas por ésta Corporación.”

Radicación 18 2004 00345 01 (03 05 2017) M.P. Dr. Orlando Echeverry Salazar.

**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR – Lesiones Personales – Salvamento de Voto**

“Con mí acostumbrado respeto sintetizo a continuación la razones jurídicas por las cuales me aparto del criterio jurídico de la Sala mayoritaria, que decidió revocar la sentencia absolutoria proferida en favor del señor XXXX y condenarlo como autor del delito de violencia intrafamiliar pues, coincido con la postura de la juez quien concluyó que el comportamiento del procesado es atípico por la vía de la hipótesis de violencia intrafamiliar y lo que configura es el punible de lesiones personales:

***I.- La Sala no desvirtuó los argumentos de la juez.-***

La Sala mayoritaria adoptó aquí el papel de fallador de primera instancia y no el de juez de apelación cuya función le impone el deber de desatar el recurso valorando el acierto y la legalidad de la sentencia, tanto a la luz de los argumentos que expuso la juez para absolver al procesado, como desde la óptica de las alegaciones del apelante. Ninguna consideración se hace en el fallo de segunda instancia sobre la argumentación central con base en la cual la señora juez –comulgando con la interpretación que hizo el defensor sobre el concepto de **“miembro del núcleo familiar art. 229 del C.P.”**-. concluyó que la conducta del procesado es relativamente atípica – no se adecua al tipo de violencia intrafamiliar sino al de lesiones personales – porque la señora XXXX no hace parte de la familia del procesado; argumentación que no se puede pasar por alto pues la misma está fundada en una hermenéutica que se compadece con la naturaleza del bien jurídico y la finalidad del tipo penal materia de acusación, razón por la que el juez **ad quem** debía demostrar el yerro interpretativo del **a quo**, como condición de legitimidad de la sentencia condenatoria.

***II.- La decisión de la juez es acertada.-***

En mi criterio, la sentencia absolutoria se aviene, de un lado, con la interpretación de las normas aplicables al caso y, de otro, con lo probado dentro del proceso.



**A.- La hermenéutica de las normas sobre violencia intrafamiliar.-**

**1.- El tipo de violencia intrafamiliar.-**

La Ley 294 del 16 de julio de 1996 – **por la cual se desarrolla el art. 42 de la C.P y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar**- creó en el TITULO V – **“de los delitos contra la armonía y la unidad de la familia”**-, art. 22, el tipo penal de **violencia intrafamiliar** en el que identificó claramente el bien jurídico; describió la conducta y calificó jurídicamente a los sujetos activo y pasivo de tal conducta; hipótesis de violación que, con las modificaciones del art. 1º de la L. 882/04 y del art. 33 de la L. 1142/07 aparece hoy en el art. 229 del C.P.:

**“Artículo 229.** Artículo modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007. El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.”.

**a.- El objeto de tutela.-**

Desde los orígenes de la aludida hipótesis de violación el autor de la ley determinó que la materia de protección penal es la **armonía y la unidad familiar** que, en términos de la jurisprudencia actual equivalen a **“amparar la armonía doméstica y la unidad familiar”**.

**b.- La calificación jurídica de los sujetos.-**

Tanto el sujeto activo como el pasivo tienen calificación jurídica en cuanto, de un lado, uno y otro deben pertenecer a **“su núcleo familiar”** y, de otro, el significado y alcance de este concepto integrante de la proposición normativa lo determina el legislador en la L. 294/96.

**2.- El concepto de familia.-**

El art. 2º de la L. 294/96 determina:

“La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Para los efectos de la presente Ley, integran la familia:

- a) Los cónyuges o compañeros permanentes;
- b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;
- c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos;
- d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.”

Por principio de tipicidad estricta, para que se configure el tipo objetivo de **violencia intrafamiliar** tanto el maltratado(a) como el maltratador(a) deben hacer parte del mismo núcleo familiar.

Ahora bien, el problema al hacer el juicio de subsunción se presenta frente a la hermenéutica del ordinal **b)**, del inciso 2, del art. 2º de la L. 294/96 –que se acaba de transcribir-, con el cual se amplía el concepto de familia y se asimila a tal institución básica de la sociedad la relación entre dos personas determinadas por vínculos de consanguinidad.

**a.-** La interpretación gramatical de esta norma asume que también constituye familia la relación horizontal entre dos personas determinadas por el hecho de haber procreado hijo(a) pues por virtud de esto tienen ambos la calidad de **“padre”** y **“madre”** de familia;

por ende, tienen la calidad de sujeto activo o pasivo del delito de manera absoluta y permanente –***“aunque no vivan en el mismo hogar”***–.

Por esta vía interpretativa tienen la calidad de sujeto pasivo del punible el(la) cónyuge separado(a) que se ha vuelto a casar con otra persona; el(la) compañero(a) que establece una nueva relación o el(la) ex cónyuge que ha decidido vivir solo(a), lo cual resulta poco razonable considerando que si las personas están separadas –no conviven en el mismo hogar- es porque, de un lado, no tienen la voluntad de conformar una familia; no quieren convivir y, de otro, por lo mismo, no existe unidad familiar que deba protegerse ni armonía que el derecho penal deba amparar.

**b.-** La interpretación sistemática de la aludida norma, en la que necesariamente debe tenerse en cuenta tanto el bien jurídico; la naturaleza de la conducta y la teleología de la norma, permite concluir que el concepto contenido en el ordinal **b)**, del inciso 2, art. 2º de la L. 294/96 con la proposición ***“Para los efectos de la presente ley, integran la familia: ...b) el padre y la madre de familia, aunque no convivan en el mismo hogar”*** alude, no a la relación entre agresor y víctima derivada su condición de padres, sino a la relación vertical entre hijo(a) y su **padre**, y al vínculo vertical entre hijo(a) y su **madre**; relación o vínculo que le da tanto al padre como a la madre, de manera independiente, la calidad de sujeto pasivo respecto de su hijo(a), aunque este(a) no conviva con el padre o la madre, pues es esa relación específica la que constituye el objeto de protección del tipo penal; este está dirigido específicamente a ***“... proteger la institución básica de la sociedad (art. 5 de la Constitución Política), en donde deben forjarse los valores que luego se proyectaran en la sociedad... donde se parte de la idea que deben prevalecer sentimiento de afecto, solidaridad, respeto y tolerancia, a partir de los cuales se edifique la convivencia pacífica”***; objetivos estos que solo se logran persiguiendo penalmente la utilización reiterativa de la violencia física y/o moral –que se constituye en el maltrato- para solucionar las desavenencias o conflictos consustanciales a la vida doméstica.

***B.- Lo que indica la prueba.-***

Los elementos de juicio allegados dentro de este proceso no acreditan el supuesto fáctico que exige el ordinal **b)**, del inciso 2, art. 2º de la L. 294/96. Lo que quedó claro es que, entre la señora XXXX y el señor XXXX, no existía ninguna relación pues se habían separado hacia 8 años; el procesado tenía conformada su propia familia con otra mujer y otro hijo y, por consiguiente, no se puede afirmar que la víctima tenía la condición de sujeto pasivo del delito; de donde debe concluirse que el acto de agresión de XXXX hacia XXXX solo puede constituir el delito de lesiones personales.”

Radicación: 193 2014 25890 01 (07 02 2017). Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

---

---

---

# TUTELAS

**DEBIDO PROCESO.RECURSO JUDICIAL. Derechos de participación de las víctimas en el proceso penal. Falsa Operación militar. Se ordene a la Fiscalía demandada que solicite audiencia para la expedición de órdenes de captura e imputación de cargos a quienes participaron en el planeamiento como ejecución de su descendiente.**

## Extracto:

“La señora xxxxxxxxxxxx promovió la acción de tutela en contra de la Fiscalía 41 Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, buscando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, el recurso judicial efectivo y otras garantías, pretendiendo conforme a ello, que se declare tal omisión y así mismo, que se ordene a la Fiscalía solicite audiencia para que se expidan ordenes de captura y se imputen cargos a las personas que participaron en la ejecución de su hijo xxxxxxxxxxxx(q.e.p.d.)

Los supuestos fácticos en que se sustenta el mecanismo estriban en que el 9 de Abril de 2008, en la vereda el Cairo, corregimiento de Barcelona, municipio de Calarcá – Quindío, el descendiente de la demandante fue ultimado presuntamente por miembros del Batallón de Ingenieros No. 8 “Francisco Javier Cisneros”, siendo señalado de pertenecer a una banda delincuencial y de haber sido dado de baja en un supuesto combate.

La demandante afirmó que la investigación de estos hechos fue asignada a la Fiscalía 41 Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y pese a que han transcurrido más de 9 años, aún se encuentra en indagación preliminar, sin que hasta el momento se hayan imputado cargos a alguna persona, pese a que se trató de una ejecución extrajudicial; circunstancias ante las cuales, considera que no se ha presentado la debida diligencia de la Fiscalía General de la Nación, puesto que no se le restablecen sus derechos a verdad, justicia y reparación integral.

Con base en el panorama fáctico que expuso la demandante y los planteamientos que en su defensa sustentó la Fiscalía 90 Especializada de Medellín a cargo de quien se encuentra actualmente la investigación por el homicidio del hijo de la actora, la Sala entrará a resolver el problema jurídico que planteó para determinar si existe o no la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales que fueron reclamados.

En referencia a las aseveraciones relatadas por la señora xxxxxxxxxxxx, la Fiscalía que conoce del asunto indicó que el 8 de Mayo del año en curso, recibió la investigación 630016000033200800887 en la que se investiga el fallecimiento del joven xxxxxxxx, hijo de la demandante y por ello, procederá a realizar el estudio de esas diligencias que se encuentran conformadas por 34 cuadernos, correspondientes a 7 indagaciones que hacen parte de una actividad investigativa por asociación de casos.

La funcionaria igualmente sostuvo que la investigación se está adelantando bajo el mencionado método, lo que ha permitido que se descubra un actuar delictivo por parte de agentes del Estado y pese a lo dispendioso que ha resultado, se ha logrado establecer parámetros de macro criminalidad que lleva a responsabilizar a los autores y aquellos que hacen parte de la línea de mando de las unidades militares que han estado involucradas en ese tipo de atentados.

De acuerdo a lo expuesto, es claro que la investigación adelantada para el esclarecimiento de los hechos en los que resultó ultimado el descendiente de la demandante, ha venido siendo objeto de adelantamiento por parte de la autoridad que por mandato legal y constitucional se le ha facultado para adelantar la persecución penal, sin embargo, no puede perderse de vista que los hechos tuvieron ocurrencia en Abril de 2008 y que desde ese momento hasta el actual, la investigación siempre ha permanecido en la fase de indagación.

Así mismo, aunque la Fiscalía 90 Especializada de Medellín aduce que sólo desde el 8 de Mayo de 2017, recibió la actuación, la que procederá a estudiar con toda la información que la compone y que se ha utilizado el método de investigación de asociación de casos, en los que se está investigando la responsabilidad de personas que presuntamente pertenecen a varias unidades militares y así establecer parámetros macro de criminalidad para perseguir no sólo a los autores materiales de la ilicitud sino a los que hacen parte de la línea de mando, es indiscutible que el margen de tiempo que ha transcurrido desde que ocurrió el hecho, es en extremo considerable, sin que se haya logrado un impulso al proceso con el que se intente el reconocimiento de los derechos de la víctima.

La falta de premura y de acción de la Fiscalía, indudablemente constituye una dilación excesiva e injustificada de los trámites y actos de investigación que se deben cumplir para la culminación de la indagación, aspecto que si bien debe reconocerse es potestativo de la Fiscalía, no puede desconocerse la razonabilidad de los términos, pues mírese que las razones que se esgrimieron para justificar el retardo no son lo suficientemente sólidas, pues se aludió que en principio se buscara establecer si existen parámetros de macro – criminalidad entre las indagaciones que conforman la actuación y las que adelanta la Fiscalía 90 Especializada, sin que tenga explicación alguna que pese al transcurso del tiempo, hasta ahora no se haya definido nada sobre ese aspecto.

En innumerables ocasiones la jurisprudencia constitucional ha establecido que el acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental que implica una respuesta del Estado pronta y oportuna frente a los asuntos puestos a consideración de los órganos jurisdiccionales, en armonía con los principios de celeridad y eficiencia previstos en los artículos 4º y 7º de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la Administración de Justicia.

Así, el artículo 250 superior en consonancia con el 66 de la Ley 906 de 2004, prescriben que la Fiscalía General de la Nación, está obligada a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito y desde esa perspectiva es deber de esta institución no sólo adelantar los actos investigativos y la actividad probatoria necesaria para recaudar los elementos materiales probatorios, evidencia física o información de la que se pueda inferir no sólo la comisión de un determinado comportamiento delictivo, sino que igualmente conduzca razonablemente a deducir que las personas que son señaladas de esa ilicitud son autores o partícipes del delito investigado.

Sin embargo, en el caso sometido a estudio no se verifica que actuaciones de esa índole se hayan adelantado o si lo han sido, el por qué hasta el momento no se han propuesto solicitudes encaminadas a la vinculación de las personas investigadas, pues sobre ello nada se explicó, limitándose a indicar la Fiscalía que ahora conoce el asunto, que se realizaría el estudio de la información que fue allegada y que en principio se trataría de establecer la existencia de parámetros de macro criminalidad entre las indagaciones adelantadas y otras que sigue.

De otra parte, aunque la representante del ente acusador destaca que la vulneración de los derechos que fueron invocados en el trámite tutelar no puede sustentarse única y exclusivamente en el paso del tiempo, porque se continúa investigando mediante el método de asociación con la finalidad de develar el actuar delictivo en el que han incurrido agentes del Estado, tal circunstancia no puede ser admitida como suficiente, máxime cuando de ello no se puede advertir la existencia de una complejidad en el caso investigado que amerite o justifique la dilación.

Cabe recordar que el artículo 22 de la Ley 906 prevé que la Fiscalía General de la Nación y los jueces, deben adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito o el restablecimiento del derecho de las víctimas, cuando ello sea procedente, como así lo reitera el artículo 114 como atribución del ente acusador y también lo prescribe el numeral 6º del artículo 250 constitucional, lo que implica que ese derecho como el acceso a la administración de justicia y los demás que se encuentran reconocidos por la Constitución, deben ser garantizados de forma efectiva, de allí que en su artículo 5º haya reconocido, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de las personas dentro de los cuales se encuentra el acceder a la administración de justicia.

La Corte Constitucional al referirse a ese derecho con ocasión de la revisión constitucional del proyecto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, señaló:

*“...el acceso a la administración de justicia implica, entonces, la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley. Sin embargo, la función en comento no se entiende concluida con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y la realización de los derechos amenazados o vulnerados. Es dentro de este marco que la Corte Constitucional no ha vacilado en calificar al derecho a que hace alusión la norma que se revisa –que está contenido en los artículos 29 y 229 de la Carta Política– como uno de los derechos fundamentales, susceptible de protección jurídica inmediata a través de mecanismos como la acción de tutela prevista en el artículo 86 superior.”*

El aparte transcrito permite evidenciar que el Estado no cumple con el deber de administrar justicia, otorgando la simple posibilidad que las personas afectadas con una determinada acción, acudan ante las diferentes autoridades que conforman la administración de justicia, pues es imprescindible que aquellos como titulares de la función jurisdiccional puedan materializar los derechos y garantías que la Carta Política concede.

Bajo estas consideraciones, la Sala de Decisión considera que en este evento particular existe el quebrantamiento de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia invocado por la señora xxxxxxxxxxxx, por lo que forzoso es conceder el amparo de tales garantías.

Para conjurar la vulneración de las garantías que en esta providencia se reconocen, se tendrá en consideración que la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, en decisión STP11596-2015, proferida el 25 de Agosto de 2015 en el expediente con radicación 81038, con ponencia del Magistrado José Leonidas Bustos Martínez que dado el rol de la Fiscalía como titular de la acción penal, “...no puede el juez de tutela invadir los escenarios funcionales de competencia de tal servidor <<so pena de hacerlo incurrir en falencias que lo lleven a dictar un acto – de imputación o archivo-, sin el suficiente respaldo probatorio>>”; se ordenará a la Fiscalía 90 Especializada de Medellín, que en un término razonable proceda a adoptar decisión que defina la indagación que se adelanta en la investigación con radicación No. 63001- 6000-033-2008-00887.

Rad.000 2017 00463 00 (18 05 2017) acta 128.M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz.

#### DEBIDO PROCESO – fotos-detecciones. Tutela contra actos administrativos.

“El aquí accionante pide a esta Sala Constitucional la protección de aludido derecho fundamental, el cual considera vulnerado por las también referidas entidades porque, en síntesis, le fue notificada de manera extemporánea las **fotos-detecciones** del 6 de octubre de 2013 y 14 de abril de 2016; notificaciones que de acuerdo al art. 22 de la L.1383/10 se debía llevar a cabo dentro de los tres días siguientes a la infracción de tránsito.”

(...)

“Esta Sala no puede acceder a la pretensión del demandante en atención a que de un lado, por regla general la tutela no procede contra actos administrativos pues para ello se han previsto instrumentos judiciales ordinarios y, de otro, en el presente asunto no se halla demostrado la configuración de un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo constitucional de manera transitoria. En efecto:



1.- Lo que pretende el aquí accionante es que, mediante este mecanismo excepcional, el juez Constitucional le quite efectos jurídicos a la decisión adoptada por la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Santiago de Cali en la Resolución No. 4152.0.21-22125 del 19 de diciembre de 2016, mediante el cual decide no revocar los comparendos Nos. 76001000000012532235 y D76001000000006321645; pretensión ésta que no puede ser atendida por esta Colegiatura ya que:

a.- La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela únicamente resulta procedente cuando “...**no existen o se han agotado todos los mecanismos judiciales y administrativos que resultan efectivos para la protección de los derechos fundamentales...**” y en el caso *sub examine*, según se observa de la prueba documental obrante en el plenario, como quiera que aún no se ha llevado a cabo la audiencia pública de que trata el art. 136 del C.N.T. –en la cual se practican pruebas y se resuelve acerca de si se declara o no contraventor al inculpado -; resulta evidente que el accionante aún puede ejercer su derecho de defensa al interior del proceso contravencional.

b.- Aceptar la procedencia de la tutela en el presente caso equivale a sostener que tal acción no tiene, por disposición constitucional, **carácter residual** sino que constituye un mecanismo alternativo al cual puede acudir discrecionalmente y en cualquier momento quien, teniendo a su disposición un específico instrumento judicial ordinario para defender sus derechos fundamentales, decide no hacer uso del mismo y recurre ante el Juez constitucional para que éste resuelva una controversia de exclusiva competencia del Juez legal, lo cual implica, además, negar que en nuestra organización jurídica, los derechos de los ciudadanos son correlativos al cumplimiento de sus deberes legales, uno de los cuales es agotar todas las posibilidades jurídicas antes de acudir al Juez de tutela en demanda de protección.

c.- Además, es claro que “...**la tutela no se consagró como medio para sustituir los procedimientos ordinarios, ni como una instancia adicional a las contempladas por el ordenamiento legal para alcanzar el fin propuesto;** y que “...**el desconocimiento del principio de subsidiariedad que rige la acción de tutela implica necesariamente la desarticulación del sistema jurídico...**”, razón suficiente para afirmar que en el presente asunto la acción de tutela resulta improcedente, atendiendo al hecho de que el demandante aun cuenta con los recursos de la vía gubernativa para reclamar sus derechos.

2.- Si bien el accionante aduce que no se le notificó los comparendos Nos. 76001000000012532235 y D76001000000006321645 dentro de los tres días siguientes a su imposición y, por lo mismo, la notificación de estos se hizo fuera del término de que trata el art. 22 de la L.1383/10, lo cierto es que las autoridades de tránsito deben agotar todas las opciones de notificación reguladas en el ordenamiento jurídico para hacer conocer el comparendo a quienes se encuentren vinculados en el proceso contravencional, en cuyo propósito naturalmente se puede superar el término de los tres días, sin que ello signifique la vulneración de los derechos fundamentales del inculpado, ya que los mismos se garantizan precisamente con la debida publicidad del acto que a la postre es la que le garantiza al ciudadano la posibilidad de ejercer su derecho de defensa, contradicción e impugnación.

En tal virtud, como quiera que en el caso *sub examine* al accionante se le notificó el comparendo D76001000000006321645 por correo certificado y el comparendo 76001000000012532235 por aviso –atendiendo a que cuando fue enviado por correo presentó devolución por “**vivienda cerrada**” -, no se puede concluir que la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Santiago de Cali ha observado un comportamiento



activo u omisivo que vulnere sus derechos fundamentales, pues en todo caso, se reitera, el demandante cuenta con los recursos de la vía gubernativa para reclamar sus derechos, los cuales puede presentar en la audiencia pública de que trata el art. 136 del C.N.T.

3.- Adicionalmente, el accionante no manifestó ninguna situación particular de vulnerabilidad que amerite una especial protección, ni tampoco advirtió la existencia de un eventual perjuicio irremediable como consecuencia de la actuación administrativa adelantada en su contra, ni de la sanción impuesta.”

Radicación 2017 00283 00 (28 03 2017) M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

---

#### **Debido Proceso. Derecho a la Educación. Autonomía administrativa universitaria.**

##### **Extracto:**

“Acude el señor xxxxxxxxxxxxxxxx al trámite constitucional en búsqueda de la protección de sus derechos fundamentales a la educación y al debido proceso, los que considera han sido desconocidos por la Universidad xxxxxxxx, al asignar una nota definitiva de no aprobatoria a su tesis doctoral, negándole el título de Doctor en humanidades, según el petente dando aplicación de forma adversa al reglamento interno institucional.

En este orden, requiere que la entidad accionada garantice sus derechos fundamentales, dejando sin efectos la decisión a través de la cual la dirección del programa clausuró el plazo con el que contaba para continuar con la etapa de correcciones y la respectiva sustentación de la tesis doctoral.

Una vez enterada del trámite, la accionada Universidad xxxxxxxx, solicitó se desestimaran las pretensiones invocadas por el actor, teniendo en cuenta que en virtud a la autonomía administrativa universitaria dio aplicación a las disposiciones de sus estatutos, afirma que el señor xxxxxxxx no cumplió con los requisitos establecidos para optar el título de Doctor en Humanidades.

Analizada la controversia planteada, el A-quo concedió la protección reclamada por el señor xxxxxxxxxxxxxxxx, consideró que si bien la Constitución Nacional ha establecido la autonomía administrativa universitaria ésta no era absoluta, en razón a que el ejercicio de dicha autonomía debía limitarse al respecto de los derechos fundamentales de la comunidad educativa; en consecuencia ordenó a la Universidad xxxxxxxxxxxxxxxx otorgar el plazo de un año para que el señor xxxxxxxxxxxxxxxx culminara con el proceso de su tesis doctoral, dejando sin efectos la resolución 0150.0152.1.164-2016 del 9 de septiembre del 2016.

En su escrito de impugnación, el Dr. John Carlos Hormaza Jaramillo, señala que la entidad actuó conforme al reglamento establecido, que al señor xxxxxxxxxxxxxxxx le era aplicable lo estipulado en el artículo 72 del acuerdo 007 del 19 de noviembre de 1996 y que en virtud de éste no se había cumplido por parte del estudiante con los plazos máximos para presentar y sustentar el trabajo de investigación.

De la revisión de los argumentos de la decisión y el contenido de la impugnación, se colige por esta Sala que la discrepancia del asunto radica en el tiempo con el que el actor contaba para culminar con la sustentación de su tesis Doctoral, en la medida que éste considera que en aplicación a la normatividad vigente esa obligación caducaba en el mes de diciembre del año 2016; la Universidad xxxxxxxxxxxxxxxx por su parte conceptúo y concluyó que su vencimiento ocurrió en diciembre del 2015, decisión fundamentada en el artículo 72 del acuerdo 007 del 19 de noviembre de 1996, expedido por el Consejo Superior de la Universidad.

Analizada la controversia planteada, encuentra esta instancia que razón le asiste al A-quo , cuando al valorar la pretensión del actor concluyó a partir de la interpretación del reglamento estudiantil que la institución universitaria debió aplicar al caso concreto la norma que más le favorecía al actor en aras de garantizar su derecho al debido proceso, afirmando que si bien la Constitución Nacional reconocía la autonomía administrativa universitaria, ésta no se traducía en una soberanía educativa, ya que encuentra límites

claros para su ejercicio, sin que pueda considerarse válido que los centros de educación superior se sustraigan al respecto de la ley y de los derechos fundamentales de la comunidad educativa.

Al respecto, el artículo 69 de la Constitución Política garantiza la autonomía universitaria y establece que estas instituciones podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la Ley. A partir de esta disposición la Corte Constitucional ha reconocido que las Universidades cuentan con un amplio espectro de autonomía para escoger libremente cuál va a ser su filosofía, la manera en que van a funcionar administrativa y académicamente, el procedimiento que se debe llevar a cabo cuando se incurra en alguna falta, entre muchas otras facultades. No obstante, dicha autonomía no es ilimitada o absoluta, porque en el marco de un Estado Social de Derecho siempre deben ser respetados los mandatos constitucionales y en especial los derechos fundamentales, tales como el debido proceso y entre las garantías que éste aparea se encuentra la favorabilidad.

Lo anterior implica el respeto de las garantías propias del debido proceso en sí consideradas, como el derecho de defensa, la aplicación del procedimiento previamente establecido, la motivación de los actos, los principios de la doble instancia y de **favorabilidad**. De conformidad con lo anterior, no sólo el reglamento debe ceñirse a la Constitución y a la ley, sino que también su interpretación y aplicación debe ajustarse al ordenamiento jurídico, lo cual implica, desde luego, el respeto de los derechos fundamentales de la comunidad universitaria y hacerlo en este evento es aplicar la normatividad que en virtud a la autonomía universitaria establecía, pero como en este evento atendiendo la favorabilidad.

En este sentido, el debido proceso es una garantía que debe estar presente en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas entre las que se incluyen los procesos adelantados por las instituciones universitarias, los cuales tienen un valor normativo similar al de los reglamentos administrativos expedidos por las autoridades públicas, de lo anterior se concluye que a dichos reglamentos le es aplicable el principio de la irretroactividad de la ley, en virtud del cual éstos empiezan a regir a partir de su expedición y promulgación, es por ello que las instituciones no pueden válidamente dictar reglamentos con efectos retroactivos o aplicar reglamentos con dichos efectos a situaciones que han quedado definidas o consolidadas bajo un régimen anterior.

No obstante, interpretando constitucionalmente el principio de irretroactividad, éste debe analizarse a la luz del principio de favorabilidad, el cual implica que ante la coexistencia de dos disposiciones legales con consecuencias jurídicas distintas, deberá aplicarse aquella que garantice la protección de las garantías fundamentales.

De lo obrante en el trámite, se evidencia que la Universidad xxxxxxxxxxxx en aplicación a su reglamento interno basado en la autonomía administrativa universitaria, concluyó dar calificación de no aprobatoria a la tesis Doctoral del señor xxxxxxxxxxxx, en razón a que no cumplió con el término establecido para su presentación que caducaba en el mes de diciembre del año 2015, sin embargo, consideró el accionante que con la modificación de la anterior disposición el término con el que contaba para la presentación de su trabajo de grado culminaría en el mes de diciembre del año 2016.

En este orden, debe señalarse que en virtud de la protección al debido proceso y en aplicación al principio de favorabilidad ya expuesto, la disposición que más le beneficia al accionante es la contenida en artículo 1 del acuerdo 012 del 6 de junio de 2014, la cual debió ser aplicada por la Universidad xxxxxxxxxxxx en aras de asegurar sus garantías fundamentales, pues ésta no debió imponer consecuencias sancionatorias aplicando la norma más desfavorable.

Conforme a lo anterior se concluye que al señor xxxxxxxxxxxx deberá restablecerse el año adicional contenido en la nueva reglamentación para culminar con la presentación y sustentación de su tesis doctoral, situación que en efecto restituye sus garantías fundamentales, en atención a la interpretación legal y favorable de la normatividad estudiantil, término que deberá contarse a partir de la notificación de la decisión del A-quo a la universidad porque el cumplimiento de la sentencia de tutela es inmediato.

Así las cosas, esta sala comparte el criterio del A-quo en el sentido de conceder el amparo constitucional deprecado, razón para confirmar la Sentencia de Tutela No. 058 del

28 de noviembre del 2016, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cali.

Rad. 02 2016 00070 01 (30 01 2017) acta 014. M.P.Dr. Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear.

---

---

**DEBIDO PROCESO. Los accionantes han pretendido discutir, mediante la acción de tutela, la labor investigativa de la fiscalía y la decisión de acudir a la formulación de imputación, además de proponer una valoración respecto de las evidencias que se tienen.**

**Extracto:**

“Logra extraer la Sala, a partir de la demanda de tutela, así como de los anexos aportados a esta acción, que cuestionan las accionantes el trámite desplegado por la Fiscalía 108 Local de Infancia y Adolescencia, así como la labor del agente de tránsito que se ocupó del accidente de tránsito ocurrido el día 22 de marzo de 2015 y en particular el acta de accidente que se realizó ese día, todo lo cual ha sido sustento de la formulación de imputación ante el juez de control de Garantías.

Cuestionan así los accionantes, la labor efectuada por el agente de tránsito y las labores que se derivaron a partir de los hechos, proponiendo entonces que tales irregularidades merecen tal trascendencia que el procedimiento que de allí se ha derivado adolece de ilegalidad.

Por tanto, surge claro que la controversia que se propone por los actores hace parte de la naturaleza del trámite penal que se adelanta ante la especialidad de infancia y adolescencia.

Quiere decir lo anterior que, prima facie, ya existe un procedimiento establecido por la ley para proponer las irregularidades que se consideran relevantes en la fase investigativa, solicitar nulidades y naturalmente, para presentar y controvertir las pruebas que la Fiscalía presente en su contra.

Lo anterior presupone además que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para exponer aspectos que son propios del proceso penal, ya que en tal evento, se estarían invadiendo las orbitas de competencia del juez natural.

Más aún, como en este caso, donde se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable por haberse formulado imputación en contra del joven accionante, ya que ello no supone afectación alguna a sus derechos fundamentales, por lo menos no se demostró ninguna relación directa de vulneración efectiva.

Por tanto, es evidente que no se puede pretender que el Juez Constitucional supla el trámite ordinario dispuesto en la ley para controvertir aspectos como los puestos de presente en la demanda de tutela.

Por tanto, la Sala confirmará en su integridad el fallo impugnado.”

Rad. 15 2017 00012 01 (10 05 2017) Acta 133. M.P. Dra. Socorro Mora Insuasty.

---

---

**DERECHO A LA SALUD Y LA VIDA. El derecho a la salud de quienes prestan el servicio militar y el deber de realizar DERECHO el examen de retiro.**

**Extracto:**

“Reclama la apoderada del señor xxxxxxxx, la protección de sus derechos fundamentales a la salud y la vida, los que considera han sido desconocidos por la entidad accionada, al no brindar un adecuado tratamiento a su padecimiento de salud.

Precisa que el señor xxxxxxxxxxxxxx, ingresó a la Fuerza Aérea a prestar servicio militar el 3 de diciembre de 2014, que en el mes de febrero sintió dolor en sus testículos, fue remitido a la especialidad de urología, para finalmente ser intervenido quirúrgicamente el 9 de julio de 2015, realizándosele una Varicocelectomía bilateral.

Posterior a la cirugía el afectado continuó con dolor en sus testículos, concediéndole incapacidades por un largo período, además de tener excusas para hacer ejercicio físico, sin lograr mejoría con los medicamentos que han sido ordenados, siguiendo con las molestias, ello aunado a dificultarse actividades como caminar y hacer fuerza.

El actor finalizó la prestación de su servicio militar hace 8 meses, pero aún no ha sido desvinculado del servicio de salud de la entidad, por cuanto no ha sido valorado por médico especialista en urología que defina el tratamiento a su padecimiento de salud, requiriendo pronta solución para que su actual empleador pueda afiliarlo a una EPS.

Por su parte, la entidad accionada, confirmó lo narrado por el accionante, sobre su condición de salud y vinculación con el servicio de sanidad militar de la Fuerza Aérea, aclarando que le ha brindado la atención médica requerida, siendo necesario que éste culmine su proceso médico, afirmando que se había programado cita por urología para el 16 de junio de 2016, sin que el petente asistiera, razón por la que el 16 de marzo de 2017, se autorizó nuevamente valoración por esa especialidad, advirtiendo que una vez finalizado el tratamiento, obtendrá concepto médico definitivo para la junta médico laboral y definición de su situación por sanidad.

Analizado lo anterior, evidencia la Colegiatura que, básicamente el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, interpone acción de tutela para lograr se brinde un adecuado tratamiento a su padecimiento de salud, relacionado con el diagnóstico de varicocele, que al padecer tuvo complicaciones después de la intervención quirúrgica, sintiendo dolor permanente.

Tal evento, no ha permitido que éste sea desvinculado del sistema de sanidad militar, ello por cuanto que la patología se diagnosticó durante el período de prestación del servicio militar.

Ahora bien, atendiendo a lo manifestado por la parte accionada, se logra evidenciar que, si bien, no ha sido lo suficientemente diligente para resolver la situación médica del actor, lo cierto es que este también ha mostrado su desinterés en ello al no asistir a cita médica.

Lo anterior, en razón a la constancia obrante en la historia clínica del afectado, en la que se evidencia que éste tenía programada cita por urología, especialidad encargada de definir su tratamiento médico, para el 16 de junio de 2016 y que, no se hizo presente en la unidad médica.

Es dable sostener que, tanto a la entidad accionada como el actor, les corresponde realizar gestiones, cada uno dentro de su competencia, para poder desarrollar lo relativo al tratamiento de la patología del actor y su definición de situación médico laboral para finalizar su vinculación con la institución.

Para esta instancia, es innegable que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, requiere atención médica y que la misma debe ser brindada por la Dirección de Sanidad de la FAC, siendo claro que, éste también está en la obligación de acudir a las citas médicas y realizar los procedimientos tendientes a que se materialice la prestación del servicio, observándose

descuido de ambas partes, circunstancia que permite concluir la inexistencia de trasgresión de derechos fundamentales, máxime cuando dentro del presente trámite la entidad accionada, buscando resolver la situación médica laboral del actor autorizó valoración con Urología, verificándose además que de la atención por dicha especialidad depende la definición del tratamiento a seguir y la evaluación de las condiciones del paciente para su retiro del sistema de salud por la entidad.

En este orden de ideas, itera la Sala, no se verifican circunstancias que permitan afirmar la transgresión de derechos fundamentales del actor razón por la que se negará la protección deprecada, no obstante, en razón a que se ha observado desinterés por parte de la entidad accionada respecto la asignación de cita y resolución de la situación médico laboral del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y también ha existido incuria por el referido, se les conminará a la primera para que continúe brindando con eficiencia el tratamiento de salud que requiere éste, evitando retrasos en la prestación de servicios que se llegaren a ordenar y una vez finiquitado el tratamiento realice la Junta Médico Laboral correspondiente, para definir la desvinculación del actor del servicio médico de esa institución y al segundo, para que acuda a las citas que se programen y realice las gestiones que le correspondan para finalizar su tratamiento médico.”

Rad.000 201700286 00 (23 03 2017) Acta 065.M.P. Dr. Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear.

---

---

**DEBIDO PROCESO. Tutela contra proceso administrativo que se adelanta contra el actor por la posible comisión de conductas sancionadas con la deportación.**

“Determinar si la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA** con ocasión a la expedición del acto administrativo, por medio del cual decreta la práctica de pruebas en el proceso sancionatorio seguido en contra del actor, vulneró su derecho fundamental al debido proceso, al haber rechazado las pruebas por este solicitadas.”  
(...)

“En el asunto nos encontramos ante un proceso administrativo que se adelanta contra el actor por la posible comisión de conductas sancionadas con la deportación; dentro del cual se expidió el acto administrativo ya mencionado, el que rechazó las pruebas solicitadas por el accionante.

Por tanto, la queja constitucional, como bien señala el impugnante se ciñe estrictamente al rechazo de las probanzas por él solicitadas al interior del proceso, debe decirse que le asiste razón al quejoso al señalar que esa es su inconformidad y no la improcedencia de los recursos administrativos contra el acto proferido por la accionada, como lo entendió el juez a quo, pues esta clase de actos administrativos no son susceptibles de tales medios de impugnación, por expresa disposición del artículo 40 del C.P.C.A, y frente a lo cual la Corte Constitucional mediante sentencia C-034 de 2014 declaró su exequibilidad.

Ahora bien, como desarrollo de los postulados constitucionales anteriormente señalados, todos atinentes al debido proceso, al investigador se le impone el deber de practicar las pruebas solicitadas oportunamente por el investigado cuando estas son conducentes para el esclarecimiento de los hechos. En tal virtud, la negativa a la práctica de pruebas sólo puede obedecer a la circunstancia de que ellas no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o que estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o se las considere manifiestamente superfluas; empero la impertinencia, inutilidad e inconducencia debe ser objetivamente analizada por el investigador y ser evidente, pues debe tenerse presente que el rechazo de una prueba que legalmente sea conducente constituye una violación del derecho de defensa y del debido proceso.



En concordancia con lo anterior, el inciso final del artículo 47 del C.P.A.C.A, consagra que **“Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente”**.

Puesto el acento en la motivación del acto administrativo fustigado, se advierte que el rechazo de cada una de las pruebas solicitadas, se encuentra debidamente justificado, pues para lo que se pretende en el proceso que es confirmar o desvirtuar la hipótesis planteada por el investigador, en cuanto a no solo la falsedad material sino además la falsedad ideológica del Registro Civil de Matrimonio serial No 03808659, el cual fue presentado por el actor para la obtención de dos visas en calidad de cónyuge de la señora **XXXX**, las pruebas solicitadas por el actor resultan notoriamente impertinentes, inconducentes e inútiles como bien se dijo en el acto administrativo, frente a las que sea dicho de paso, la accionada explicó su carácter fáctico y porqué se desliga su vinculación con los hechos materia de averiguación, circunstancia que pone de bulto que sí se motivó adecuadamente el rechazo de las mismas.

Bajo este contexto, resulta preciso traer a colación, que el tema de prueba entendido éste como *“aquellos hechos que de acuerdo con el particular y concreto carácter del respectivo proceso es necesario acreditar para llevar certeza de ellos al funcionario judicial, noción que a su vez es la base para desarrollar los conceptos de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba”*; para el presente asunto, y en atención a que se trata de una actuación administrativa donde igualmente ha de aplicarse la preceptiva sobre el juicio de admisibilidad de la prueba, y siendo el tema de prueba en el caso concreto, si el matrimonio como acto jurídico se realizó o no ante funcionario competente, a efectos de determinar su eficacia desde el punto de vista de la existencia, su prueba no es libre, sino que está definida legalmente como prueba solemne *ad probationem*.

Para el punto, téngase en cuenta que en efecto, siendo su prueba de la raigambre acabada de anotar, no son fotografías ni testimonios, ni declaraciones de parte relativas a los antecedentes de su celebración, ni concomitantes a ella, las conducentes o útiles, pues la preceptiva vigente, específicamente los artículos 2, 5, 101, 105 y 106 del Decreto 1260 de 1970 son los que regulan el punto. Ello en concordancia con lo dispuesto en la norma adjetiva en el artículo 176, aplicable también a la labor de valoración probatoria del investigador, precepto que indica que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, *sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos*, aparte subrayado, que como se dijo, excluye el tema, de la regla general de libertad probatoria.

Así las cosas, se evidencia que el acto administrativo se encuentra debidamente motivado, fundamentado objetivamente, sin advertirse sea el producto de una actitud arbitraria y caprichosa que pueda generar una vulneración del derecho fundamental al debido proceso alegado por el actor y muy a pesar que el accionante no esté de acuerdo con la decisión proferida, no puede pretender que a través de la vía excepcional de la tutela, el juez constitucional se inmiscuya en los asuntos y decisiones que le están atribuidas a la accionada.

La Corte Suprema de Justicia ha enseñado la siguiente directriz que es perfectamente aplicable al asunto de marras:

*(...)” por lo tanto, a juicio de la Corte, la regla general de que la figura de la vía de hecho solamente puede tener un aplicación en situaciones extremas debe ser manejada con un criterio restrictivo (...) de forma que sólo es factible fundar una acción de tutela, cuando se observa en el caso concreto, que de manera manifiesta el operador jurídico ejecuta un juicio irrazonable o arbitrario sobre la valoración probatoria por fuera de las reglas básicas de realización, práctica y apreciación, las cuales se reflejan en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo, ha dicho esta Corte, debe ser de tal entidad que debe ser ostensible, flagrante, manifiesto y el mismo debe poseer una incidencia directa en*



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
R E L A T O R I A  
BOLETIN 4 DE 2017.

la decisión (CSJ STC-2013, 19 jun. 2013, rad. 00098-00, STC3319-2014, 18 mar. Rad. 004488-00, STC 2014, 6 nov. 02507-00, STC 2014, 11 dic. Exp. 02807-00 y STC-2015, 29 enes. Rad. 00057-00)”.

Finalmente y en cuanto al reparo enfilado por el actor contra la afirmación del juez a quo de que existen mecanismos de defensa ordinarios eficaces para la protección de los derechos que en esta sede constitucional plantea el actor; debe esta Magistratura señalar, que tal planteamiento es acertado, en la medida que sí el accionante considera que con ocasión de la expedición del acto administrativo se le está lesionando derecho alguno que merezca su restablecimiento, este cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; medio ordinario de defensa efectivo para las pretensiones que en esta sede constitucional apunta, más aún si se tiene en cuenta que la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, erigió las medidas cautelares en esta clase de acción como una herramienta eficaz e idónea para amparar las pretensiones que se enarbolan ante los jueces contenciosos en el ejercicio de los medios de control dispuestos para el efecto.

En palabras de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

*“[E]s, entonces, en el escenario de la respectiva acción contencioso administrativa que la actora puede invocar las razones aquí planteadas, con miras a que el juez natural de la actividad de la administración pública tome la decisión que en derecho corresponde, amén de que en esta instancia también pueda solicitar la suspensión provisional, medida cautelar prevista en el Código Contencioso Administrativo contra los actos administrativos de contenido general o particular, siempre que se cumplan ciertos requisitos (arts. 152 y ss.) Y que de hallarse fundada es suficiente para frenar una eventual ilegalidad manifiesta de la administración, mientras se decide el asunto, lo cual descarta la posibilidad de conceder el amparo solicitado”.*

Así las cosas, el fallo impugnado se confirmará pero por las razones señaladas en esta providencia.”

Rad.:013 2017 00034 01 (02 05 2017) acta 058... M.P. Dr. Franklin Torres Cabrera.

**DERECHO DE PETICIÓN. Tutela contra providencia judicial. Derechos Fundamentales de los niños. Cuota Alimentaria. Entrega del Depósito Judicial.**

**Se configura uno de los requisitos especiales que ha señalado la jurisprudencia constitucional para que excepcionalmente proceda la acción de tutela contra una providencia judicial, y el que corresponde a la falta de motivación por justificación deficiente de la decisión adoptada**

**Extracto:**

“Puesto el acento en ésta tarea y revisadas las providencias objeto del reproche constitucional, advierte esta Magistratura que en una y otra de manera lacónica se despacha desfavorablemente la petición de la actora, en cuanto a la entrega del título judicial, pues en el auto No. 8 del 11 de enero de los corrientes, la juez se limita a señalar que “revisado el programa de depósitos judiciales del Banco Agrario de Colombia, se observa que el deposito se encuentra constituido por el fondo de cesantías, pero no es posible atender la solicitud porque de conformidad a la medida decretada sobre las prestaciones sociales están destinadas a garantizar la oportuna satisfacción alimentaria en los términos del auto interlocutorio 1937 de 20 de octubre de 2004, situación que se viene surtiendo ininterrumpidamente desde el 19 de enero de 2005 hasta la actualidad, según lo que se desprende de la relación de depósitos judiciales que se adjunta, emolumentos que han sido entregados a la señora xxxxxxxxxxxxxx”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**

**R E L A T O R I A**

**BOLETIN 4 DE 2017.**

Diáfano refulge de la anterior decisión que la jueza accionada, si bien no entrega en tanto las respectivas cuotas mensuales se habían pagado, no se adentró en revisar las consideraciones e interpretar la parte resolutive de la sentencia No 585 del 31 de octubre de 2005, de la cual dimana el valor o los valores que han de descontarse y pagarse para concluir, si conforme a la interpretación en cualquiera de sus modalidades, hay lugar a estimar que el monto de las cesantías ciertamente quedó establecido como garantía o como parte integrante de la cuota.

Es cierto que la petente, ni en su escrito inicial, ni en el escrito de reposición, no dijo cuál sería la destinación del monto reclamado, cosa que solo vino a hacer en sede de tutela, aportando, un documento que denominó “acuerdo de pago”, elemento de juicio que por obvias razones no pudo tener en cuenta la jueza accionada y que no es en este momento competencia del juez constitucional, hacerle un análisis. Pero al margen de ello, en todo caso, sí debió hacer la jueza la interpretación del texto mismo de la sentencia No 585 del 31 de octubre de 2005, en el que el Juzgado Primero de Familia de Cali dentro del proceso de fijación de cuota alimentaria promovida por xxxxxxxxxxxx en representación de sus menores hijas (...) y (...) contra xxxxxxxxxxxxxxxx, falló “PRIMERO: Declárese que el demandado está obligado a suministrar alimentos a las demandantes. SEGUNDO: La cuota alimentaria que debe suministrar equivalente al 40% del salario y demás prestaciones sociales a que tenga derecho como empleado de CORBETA S.A. o cualquier otra, previo los descuentos de ley”.

En esa línea, se itera, no da cuenta la funcionaria judicial de los fundamentos jurídicos de interpretación de la providencia en los cuales soporta su decisión, pues para esta ningún análisis mereció la forma en que la cuota había sido fijada y las consideraciones relativas a lo que entonces debe comprender la cuota alimentaria de alimentos o aquellas implicaciones jurídicas que dan lugar a la negativa de la orden de entrega. Luego entonces, tales providencias en la manera como fueron expedidas reflejan claramente su adopción sin justificación suficiente, por lo que se torna procedente la intervención del juez constitucional a fin de conjurar el agravio que en el derecho al debido proceso de las adolescentes ha acaecido.

Pero no para disponer la entrega o no de esos valores, sino para que en la instancia y con un análisis ajustado a los elementos de juicio que se estimen pertinentes y con las garantías para las partes, y eventualmente bajo los principios de protección y garantías de derechos de las niñas y de su progenitor, se resuelva lo pertinente.

Se estima entonces que se configura uno de los requisitos especiales que ha señalado la jurisprudencia constitucional para que excepcionalmente proceda la acción de tutela contra una providencia judicial, y el que corresponde a la falta de motivación por justificación deficiente de la decisión adoptada; por tanto, se DEJARAN SIN EFECTOS los autos NO08 y 105 del 11 de enero y 6 de marzo de 2017 respectivamente, para que en su lugar, la JUEZA PRIMERA DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de este fallo, emita una nueva providencia respecto a la solicitud elevada por la actora para la entrega del depósito judicial No 69030001953742 del 4 de noviembre de 2016 por valor de \$8.301.783, en la que deberá especificar los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión.”

La Sala concedió el amparo constitucional ordenando a la juez que emita una nueva providencia respecto a la solicitud elevada por la actora para la entrega del depósito judicial.

Rad.000 2017 00069 00 (19 04 2017) acta 051 M.P. Dr. Franklin Torres Cabrera.

---

---

**VIDA DIGNA. SALUD. Desafiliación de beneficiarios del sistema general de seguridad social.**

**Problema jurídico.**

“Debe la Sala debe estudiar si en el presente evento, la NUEVA EPS, ha vulnerado los derechos fundamentales a la seguridad social, la salud y el debido proceso de la señora XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, al haberle desvinculado del Sistema de Seguridad Social en Salud, como beneficia del señor XXXXXXXXXXXX, lo que llevo a la suspensión del servicio de salud que se le venía prestando.”

(...)

“Para resolver el problema jurídico presentado, es necesario traer a colación lo precisando en los precedentes jurisprudenciales constitucionales sobre la desafiliación de beneficiarios –ex cónyuges o compañeros permanentes- del Sistema de Seguridad Social en Salud, así el Honorable Tribunal Constitucional, ha advertido que cuando el cónyuge o compañero permanente cotizante solicita ante la E.P.S. la desafiliación del cónyuge o compañero permanente beneficiario, deberá seguirse por parte de la E.P.S. el procedimiento consagrado en el mencionado artículo 11 del Decreto 1703 de 2002, en consecuencia, **exigir al cotizante la presentación de una prueba idónea que acredite la extinción del vínculo matrimonial o la no convivencia que brinde a la E.P.S. certeza suficiente para realizar la desvinculación.**”

(...)

“En ese orden, se concluyó que tanto para acreditar la condición de compañeros permanentes como la decisión de no continuar como tales, es válido cualquier medio probatorio permitido por la ley, entre los que se encuentra las declaraciones otorgadas ante notario, en las que se dará fe pública de la veracidad de lo manifestado ante él, precisándose que siempre que se proceda a realizar la desafiliación, la E.P.S. deberá tener en cuenta que si el usuario se encuentra en curso de un tratamiento médico, se le tendrá que garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio, en consecuencia acompañar y brindar asesoría al usuario hasta que sea vinculado nuevamente al Sistema de Seguridad Social en Salud contributivo o subsidiado.”

(...)

“Refiere el actor que su representada fue desvinculada en el mes de abril por parte de Nueva Eps, en razón a que por solicitud del cotizante-su compañero permanente- quien allego declaraciones notariales, se manifestó que esta ya no era su beneficiaria, conllevando el retiro del sistema y, consecuentemente se le suspendiera el tratamiento de salud, evento que no le fue comunicado a la hoy accionante, quien solo se enteró de aquello cuando se presentó ante la accionada para la realización de un procedimiento quirúrgico.

Dando respuesta al reclamo de la actora, la entidad accionada, indico que su desafiliación se realizó con ocasión de la petición efectuada por el señor XXXXXXXXXXXX, quien informo que la señora XXXXXXXXXXXX ya no era su compañera permanente y por lo tanto solicito su desvinculación, aclarando que el cotizante, reporto dicha novedad y aportó la respectiva documentación para ello.

Atendiendo esas pruebas y manifestaciones, considero al A-quo, que en este evento, no existía transgresión de garantías fundamentales de la accionante, en razón a que su desafiliación se realizó en consonancia con la normatividad vigente, atendiendo al requerimiento realizado por el cotizante, concluyendo que la actuación desplegada por la entidad accionado, no era caprichosa o arbitraria.

Inconforme con dicha decisión el Dr. XXXXXXXXXXXXXXX, en su condición de apoderado del señor XXXXXXXXXXXXXXX, impugno la decisión, indicando que la accionada realizó la desafiliación de la referida sin cumplimiento del trámite necesario, verificando la idoneidad de la documentación aportada para su desvinculación y transgrediendo de esa forma sus derechos fundamentales.

De las pruebas obrantes en el trámite, se logra verificar que la señor XXXXXXXX, cuenta con 83 años de edad, quien según cuenta su historia clínica, tiene antecedentes de hipertensión arterial, infección de vías urinarias, además presenta catarata de su ojo izquierdo, anotándose que tiene pendiente un cateterismo cardíaco por enfermedad sistémica de manejo difícil.

De igual forma se observa que mediante petición del 18 de abril de 2016 el señor XXXXXXXXXXXXXXX, quien funge como cotizante de la NUEVA EPS, solicito desafiliar a su beneficiaria, la hoy accionante, argumentando que está en calidad de compañera permanente le abandono, siendo su deseo retirarla como beneficiaria. Igualmente, como soporte a esa solicitud se anexo formato de declaración de no convivencia firmado por el referido ciudadano y dos testigos.

Atendiendo tal petición, la Nueva E.P.S., realizó el retiro de la actora, la aquí petente solicito se le afiliase nuevamente, anexando a su petición declaraciones de vecinos y carta de la junta de acción comunal relacionada con la convivencia de la señora XXXXXXXXXXX con el cotizante, no obstante la entidad accionada no accedió a ello, e incluso, conforme la respuesta allegada este trámite constitucional, es evidente que el retiro lo realizó atendiendo a la petición del cotizante sin más trámites, afirmando que es aquel quien puede presentar dicha novedad, como en efecto lo hizo, accediendo a lo pedido como entidad promotora de salud.

Al analizar los documentos allegados al trámite, encuentra la Sala, que efectivamente, la accionante es un sujeto de especial protección constitucional, dada a su edad y su condición médica, igualmente, se encuentra constancia que dados sus padecimientos de salud, ha sido sometida a tratamiento médico, el que estima esta instancia no puede ser suspendido abruptamente y mucho menos, con fundamento en decisiones administrativas y aun así, la NUEVA EPS la retiro.

Para esta instancia, tal determinación vulnera los derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social y la continuidad en salud de la aquí petente, ello si se tienen en cuenta que conforme los parámetros establecidos en la Sentencia T 848 de 2013 y lo dispuesto en el Decreto 1703 de 2002, era deber de la entidad exigir al cotizante prueba idónea respecto de la extinción del vínculo legal –unión marital de hecho- y la inexistencia del deber de alimentos entre los cónyuges o compañeros permanentes, circunstancia que no se avizora en este evento, ello si se tiene en cuenta que en momento alguno el cotizante acreditó que legalmente no debía alimentos a su beneficiaria y que efectivamente no existía vínculo material de hecho.

De igual forma, la accionada desconoció derechos fundamentales de la accionante, cuando de forma abrupta y sin ningún tipo de previsión, le desvinculo del sistema de salud, sin garantizar la continuidad del servicio, máxime cuando conocía la historia clínica que daba a conocer la situación médica de la señora XXXXXXXXXXX.

Si bien, ha manifestado que esta tiene calificación de sisben, no existe prueba que la accionante efectivamente este afiliada al sistema de salud y se haya mantenido su tratamiento médico, aunado a que, se itera, no era procedente su desvinculación en razón a que el cotizante no había demostrado la totalidad de los requisitos para solicitar el retiro



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**R E L A T O R I A**  
**BOLETIN 4 DE 2017.**

de su beneficiaria, situación que antes de acceder al pedido, debía ser corroborada por la E.P.S.

Estima la Colegiatura procedente garantizar los derechos fundamentales de la señora XXXXXXXXX, ante el yerro en que incurrió la accionada cuando accedió el retiro solicitado por el señor XXXXXXXXXXXXXXX, por falta de verificación de los presupuestos para su desvinculación, razón por la que la Sala procederá a revocar la Sentencia de Tutela No. 070 del 4 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Doce Penal del Circuito de Cali, para en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social y la saluda de la señora XXXXXXXXX.

En consecuencia, se ordena a la NUEVA EPS, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a vincular nuevamente a la entidad a la señora XXXXXXXXX, en calidad de beneficiaria del señor XXXXXXXXXXXXXXX, manteniendo la afiliación que esta tenía antes del mes de abril del presente año, aclarándose que, en el evento que este acredite los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos para el retiro de su beneficiaria y procede tal desafiliación, deberá dar el acompañamiento que esta requiera para continuar con su tratamiento médico, brindado los servicios en salud que demande, hasta tanto vuelva a vincularse al sistema de seguridad social en salud, ya sea en el régimen subsidiado o contributivo.”

La Sala revocó la sentencia proferida por el Juzgado Doce Penal del Circuito de Cali, y en su lugar TUTELÓ los derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social y la salud de la accionante ordenando a la EPS que proceda a vincularla nuevamente en su calidad de beneficiaria.

Rad.012 2016 00063 01 (21 11 2016) Acta 313. Dr. Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear.

---

---



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

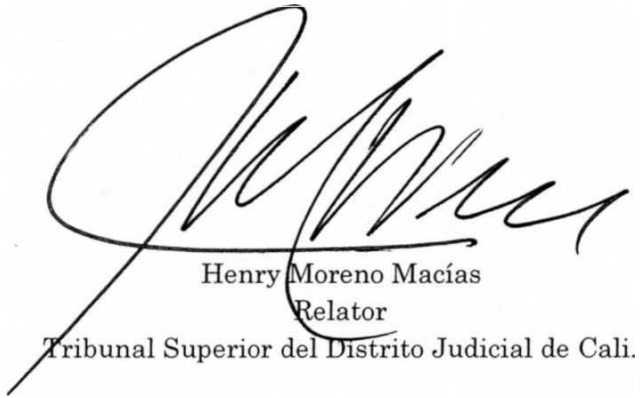
**Ubicado en la Plaza de Caycedo. Calle 12 No. 4-33**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**

**R E L A T O R I A**

**BOLETIN 4 DE 2017.**

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



Henry Moreno Macías  
Relator  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.