



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

RELATORIA

Henry Moreno Macias

Relator

BOLETIN 08

2018





TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

Sala de Gobierno 2017 2018

Presidente Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

Vicepresidenta Dra. Gloria Montoya Echeverry

SALA CIVIL

Presidente Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes

Vicepresidente Dr. Homero Mora Insuasty

SALA DE FAMILIA

Presidente Dr. Franklin Ignacio Torres Cabrera

Vicepresidente Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos

SALA LABORAL

Presidente Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya

Vicepresidente Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

SALA PENAL

Presidente Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez

Vicepresidente Dra. Socorro Mora Insuasty

SALA ESPECIALIZADA

RESTITUCION Y FORMALIZACIÓN

DE TIERRAS.

Presidente Dr. Carlos Alberto Trochez Rosales

Vicepresidenta Dra. Gloria del Socorro Victoria Giraldo



FUNCIONES DEL RELATOR

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

SALA CIVIL

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL. Responsabilidad civil por producto defectuoso. Protección al consumidor. Se declare que las sociedades demandadas son civilmente responsables en su calidad, la primera de vendedor y la segunda como firmante de la garantía entregada por la compra de un vehículo a la empresa, como importadora y representante de la marca en Colombia, que presentó fallas o defectos de fabricación, específicamente en sus sistemas de seguridad (frenos, air bag y pretensores o cinturones de seguridad) los cuales señala como causa directa del accidente de tránsito ocurrido.

Extracto:

Por demanda que correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx obrando en su propio nombre y en representación de la entidad xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, pretende que previo el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, se declare que las sociedades demandadas xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx son civilmente responsables en su calidad –según dice–, la primera de vendedor y la segunda como firmante de la garantía entregada por la compra de un vehículo a la empresa xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, como importadora y representante de la marca xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx en Colombia, **que presentó fallas o defectos de fabricación**, específicamente en sus sistemas de seguridad (frenos, air bag y pretensores o cinturones de seguridad) los cuales señala como causa directa del accidente de tránsito ocurrido el 4 de diciembre de 2005 que involucra al rodante de placas FLP-870 (que era utilizado por la firma xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx para el uso de sus funcionarios y directivos), y conducido por el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, cuando se trasladaba por la vía que de Palmira conduce a Cali a la altura del sector industrial La Dolores – Estambul.

Que como consecuencia de lo anterior el demandado está obligado a indemnizar a la actora los perjuicios materiales y morales a ella infligidos.

(...)

Quizás con un sentido un tanto tautológico, tratase aquí sin duda la que se origina por así identificarla los actores y definirla el juez de primera instancia, en la regulada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

en el Decreto 3466 de 1982 en armonía con lo señalado en el artículo 78 superior, es decir, las normas que rigen la responsabilidad por un producto defectuoso.

En ese sentido, se tiene que la protección al consumidor es un tema que se viene desarrollando con mayor rapidez en el mundo. El derecho del consumidor surge precisamente para regular las relaciones que surgen entre los consumidores y los proveedores o fabricantes, para procurar mantener un equilibrio entre las partes, de manera que no se presenten las desigualdades que de una u otra forma conllevan a los abusos.

Por otro lado, la responsabilidad ha sido definida como la obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro, cualquier pérdida o daño que se hubiere causado a un tercero. Se trata entonces de un deber que tiene toda persona, por el hecho de vivir en una sociedad, de observar una conducta prudente y cuidadosa, para que en el ejercicio de sus numerosas actividades y derechos, no lesione injustamente a otro.

La responsabilidad contemplada y regulada en el Estatuto del Consumidor –Decreto 3466 de 1982 hoy en día Ley 1480 de 2011-, se deriva del hecho de lanzar al mercado un producto, la circunstancia de que un defecto de fábrica esté presente para ese momento y que posteriormente le cause daño a un usuario; quiere ello decir que los principios generales del derecho de daños se aplican concretamente sobre la base de determinados requisitos y con ciertos caracteres al daño sufrido por el consumidor o el usuario de un producto defectuoso. Dicho en otras palabras, para solicitar la reparación de un daño y por ende la indemnización de un perjuicio el actor debe demostrar los elementos de la responsabilidad civil y específicamente que el daño sufrido está directamente relacionado con el defecto de fabricación que presentaba el producto adquirido (nexo causal).

Esta situación facultaba al consumidor para reclamar por los productos defectuosos que no cumplieren con las características que el mismo productor ofreció en un principio. En ese orden de ideas, el régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos que no cumplieren con las características que el mismo productor ofreció en un principio. En ese orden de ideas, el régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos busca proteger las relaciones de consumo. Bajo una noción económica, estas relaciones han sido entendidas como la adquisición o utilización de bienes en beneficio propio del adquirente o en el de las personas que figuran su entorno Familiar o social, las cuales tienen el derecho de formular reclamaciones siempre que padezcan daños imputables a productores o proveedores aun cuando no hayan realizado ninguna transacción jurídica con ellos.

Es importante tener en cuenta que la responsabilidad por producto defectuoso implica la existencia de un daño, entendido como un perjuicio material, físico o moral que puede sufrir una persona, en este caso el usuario o consumidor. Por supuesto que para determinar la responsabilidad, el afectado deberá demostrar que para determinar la responsabilidad, el afectado deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel.

A su vez, el productor podrá desvirtuar la presunción de responsabilidad demostrando que no existe vínculo entre el daño y el producto defectuoso o alegando una de las causales de exoneración, tales como caso fortuito o fuerza mayor, culpa de un tercero o del propio consumidor.

(...)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

Con todo, al margen del correcto funcionamiento o no de los sistemas de seguridad del rodante, la verdad es que conforme al relato del actor en la demanda, fue precisamente el viraje intempestivo a una velocidad considerable que realizó para evitar, según dice, arrollar al canino, lo que provocó la ocurrencia del accidente de tránsito y los daños padecidos, sin que se probara cuál fue la injerencia de la supuesta falla de los sistemas de seguridad.

Y es que no es sino observar las fotos que aportara la parte actora, para deducir de ellas con pretensiones de acierto, que se conducía a una velocidad tal que le fue imposible al conductor, percatarse de la presencia del canino y frenar el vehículo sin tener que realizar el giro intempestivo a la dirección, que fue –se itera- lo que a la postre ocasionó el volcamiento y los daños ocasionados tanto al automotor como a su ocupante. Aquí debe recordarse lo afirmado por el perito ingeniero mecánico Humberto Arbeláez Burbano, en el sentido de que para nada sirve los frenos ABS si por deficiencias en la conducción, o por exceso de velocidad se guía el auto hacia una cuneta, pues indefectiblemente hacia ya se desplazará, ocasionando el volcamiento sin que en ello incida un mal funcionamiento del sistema de frenado pues el mismo no supe una mala conducción o expresiones de impericia en su accionamiento.

Dicho de otra forma, de nada le servirían los sistemas de seguridad al carro, esto es, los frenos ABS y los AIRBAGS para evitar el accidente si se conducía a una velocidad tal que no se logra detener con seguridad el vehículo.

Agréguese que no existe prueba fehaciente que demuestre que dichos frenos tenían algún defecto de fabricación, lo que por lo demás y tal como así lo afirmó el juez de primera instancia en su sentencia, es altamente improbable dado que el vehículo llevaba algunos meses en funcionamiento, al punto que se le había realizado la obligada revisión de los 5.000 Kilómetros, sin que en todo ese tiempo se reportar por el actor, falla alguna.

Rad.004 2007 00367 01 Acta No. 1036 (17-07-2018) M.P. Julián Alberto Villegas Perea.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. Con sujeción a lo dispuesto por el artículo 320 del C.G.P., procede la Sala a resolver, con base en los reparos concretos formulados, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida, la cual, negó las pretensiones de la demanda encaminadas a declarar la responsabilidad civil de los demandados por el inadecuado procedimiento clínico – inyección intramuscular – al que le atribuyen la lesión del nervio ciático que padece el demandante. Prueba pericial.

Extracto:

Con sujeción a lo dispuesto por el artículo 320 del C.G.P., procede la Sala a resolver, con base en los reparos concretos formulados, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI, en audiencia llevada a cabo el 31 de mayo de 2017, la cual, negó las pretensiones de la demanda encaminadas a declarar la responsabilidad civil



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

de los demandados por el inadecuado procedimiento clínico –inyección intramuscular – al que le atribuyen la lesión del nervio ciático que padece el demandante xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

(...)

De esta manera entonces, se hace evidente, que no le asiste razón al demandante cuando afirma que el Juez basó su decisión sobre la errada consideración de que la causa de la lesión que presenta el demandante xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx se originó como consecuencia de la enfermedad de Hansen, pues conforme lo visto, no existe referencia que dé cuenta de que el *A quo* hubiese indicado dentro de sus consideraciones tal conclusión; simplemente como se vio, la utilizó como un argumento o indicio adicional que contradice los elementos de juicio sobre los cuales pretende la parte actora que se edifique el nexo causal.

Igual situación ocurre frente al señalamiento expuesto en la apelación, respecto del cual, erró el Juez al considerar que la falta de dolor inmediato descartaba que la lesión no fuera producto de la inyección intramuscular suministrada al demandante, pues en tal sentido, y siguiendo la suerte de lo que ya se dijo frente a la contundencia de la prueba pericial, tal consideración , aun siendo discutible , fue expuesta por el *a quo* como uno de los tantos indicios que contradice los elementos de juicio sobre los que pretende la actora edificar el nexo causal, y no como causa exclusiva para descartar la lesión.

En conclusión ante la falta de prosperidad de los reparos y como quiera que la decisión del Juez de primera instancia de no tener por acreditado el elemento de la responsabilidad “*nexo causal*” entre la conducta del personal médico de la clínica Versailles –inyección intramuscular- a la que se le atribuye el daño del nervio ciático con compromiso del nervio peroneo izquierdo que padece el demandante xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, resulta acertada, se impone la confirmación de la providencia apelada y la condena en costas a la parte demandante.

Rad.003 2012 00283 02 Acta No. 1031 (05-06-2018) M.S. Julián Alberto Villegas Perea.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. La culpa profesional médica es una carga probatoria que gravita en cabeza de la parte actora. Ausencia de consentimiento ilustrado específico y no general.

Extracto:

Habíamos advertido que en todo caso la acreditación de la culpa profesional médica es una carga probatoria que gravita en cabeza de la parte actora, sin que las ductilidades que se reseñaron impliquen una exoneración y menos que dicho gravamen se invierta y se traslade al extremo pasivo.

Igualmente , que el aspecto medular en estos casos de responsabilidad orbita más que en la culpa es en su relación de causalidad entre el comportamiento médico y el daño causado, como causa directa y adecuada, habida cuenta que la responsabilidad galénica únicamente resulta imputable cuando su comportamiento fue determinante del perjuicio causado, caso para el cual al demandante corresponderá asumir la carga de demostrar los hechos que lleven a trabar la relación de causalidad entre el acto médico culposo y el daño irrogado.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

Ahora bien, en lo que respecta a la inconformidad concerniente a la ausencia de consentimiento ilustrado específico y no general, esto es, donde se haya consignado los riesgos de común ocurrencia, tales como, la lesión del intestino, para obtener la aquiescencia de la paciente y por ende entrar a asumirlos, es necesario hacer las siguientes consideraciones.

Desde el juramento hipocrático, los médicos están obligados a orientar la práctica médica en función de los principios de beneficencia y de no maleficencia del paciente. El primero de ellos dirigido a prestar ayuda positiva a su bienestar y el segundo, a evitar que su daño físico o psíquico se aumente.

El catálogo de los derechos de raigambre constitucional, principalmente los constituidos como los de primera generación, tales como la dignidad y la autonomía de las personas (arts. 1, 12 y 16 C.P.), se tiene decantado por la Doctrina Constitucional que para la intervención en el cuerpo de una persona obligatorio es, por regla general, contar con el permiso o la autorización del propio afectado en aras de no conculcar principios tales como autonomía y libertad. En tal sentido, la práctica médica se encuentra sometida al cumplimiento de varios principios esenciales, los cuales no solo cuentan con piso constitucional sino también con un andamiaje de disposiciones jurídicas de orden internacional de derechos humanos.

Es entonces predicable, que el consentimiento informado o ilustrado cristaliza el derecho fundamental de todo paciente a tomar decisiones preponderantes en torno a su salud física y mental y de someter libre y voluntariamente al diagnóstico o al procedimiento sugerido por el médico tratante, una vez ha recibido de éste la explicación suficiente, idónea y clara relacionada con el mismo.

Es por tanto, que la ley le otorga al paciente tratante el derecho a ser informado en suma del padecimiento que lo aqueja, esto es, saber a ciencia cierta cuál es el diagnóstico de su patología, como también de tener la posibilidad de consentir o rechazar el tratamiento o la intervención quirúrgica ofrecida por el médico, en aras de no afectar derechos de raigambre *ius fundamental*.

En este orden de ideas, resulta palmario según se viene sosteniendo en precedencia, que la perforación del yeyuno no es un efecto colateral o directo, cuya causa se instale en la colecistectomía laparoscópica, como quiera que el órgano afectado se encontraba en un lugar distante al área donde se realizó el procedimiento quirúrgico, según lo sostienen al unísono la literatura médica y los galenos especialistas, por lo que por su carácter de imprevisible, no existe omisión al deber de informar a la paciente frente a dicho resultado, en tanto, la obligación de ilustración del galeno, reside solo sobre los riesgos previsibles, de posible ocurrencia, y como la perforación del yeyuno es una circunstancia que no se halla acreditada como causa probable del procedimiento laparoscópico, irrealizable es atribuir juicio de valor por la eventual omisión en la información previa que debe preceder al acto médico.

Resulta patente entonces concluir del haz probatorio que no se logró acreditar más allá de toda duda razonable, comportamiento culposo ni nexo causal entre la actividad médica censurada y el daño evidenciado con la entidad necesaria y suficiente para salir avante la pretensión resarcitoria invocada por la demandante, como tampoco, se encontró acreditado que no hubiera existido consentimiento informado para la realización del procedimiento quirúrgico que desató la controversia.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

Corolario: se impone la confirmación del fallo fustigado, con la consecuente condenación en costas de esta instancia a la parte demandante (Nral. 3º del Artículo 365 del C.G.P.).

Rad.003 2012 00313 01 2831 Acta No. 008 (24-01-2018) M.P. Dr. Homero Mora Insuasty.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. TEORÍA DE LA PROBABILIDAD PREVALENTE. Establecido el elemento dañoso padecido por la parte demandante, al perder totalmente su ojo derecho, teniendo en cuenta que la entidad demandada, donde se practicó el procedimiento quirúrgico de cataratas, incumplió con los protocolos de asepsia y antisepsia exigidos por la autoridad pública competente.

Extracto:

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, actuando a nombre propio y en representación de su hija menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, demandan a la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca y otros, para que se les declare civil y solidariamente responsables y se les condene al resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados con su actuar culposos, al desatenderse los protocolos de asepsia y antisepsia dentro del procedimiento denominado “*facoemulsificación + colocación de lente intraocular*”, lo que a la postre provocó en el demandante la evisceración de su ojo derecho como consecuencia de una bacteria nosocomial.

Bajo el anterior escenario, ateniéndonos a las pruebas que militan dentro del plenario, es incuestionable que el señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX fue intervenido el día 27 de noviembre de 2013, resultando ulteriormente con diagnóstico de endoftalmítis por la bacteria pseudomona aeruginosa, misma que fue hallada no solo en él, sino en tres pacientes más operados el mismo día en las mismas instalaciones y por el mismo personal médico y, ante la evidente y manifiesta omisión de acatar y cumplir por parte de la Clínica XXXXXXXXXXXXX, lugar donde se llevó a cabo el procedimiento “*facoemulsificación + colocación de lente intraocular*”, los protocolos de asepsia y antisepsia dispuestos por el Ministerio de Salud y Protección Social, según se evidencia de los hallazgos encontrados por la comisión técnica de la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca, entre los que se destaca, el no contar con un programa de seguridad al paciente, tal inadvertencia implica, como lo ha venido sosteniendo nuestro superior funcional, el actuar culposos de la entidad demandada, al estar materialmente hablando, cristalizado un juicio de atribución jurídica por violación a un deber objetivo de cuidado.

Ahora, en lo que respecta al nexo de causalidad entre el daño y el actuar omisivo calificado como culposos, tiene por establecido la jurisprudencia que bien puede estarse en ciertos casos a la teoría de la probabilidad prevalente; es decir que frente a la imposibilidad material de deducir certezas –por un lado-, y la inadmisibilidad de decisiones inmotivadas o sustentadas en la mera fuerza de la autoridad –por el otro-, han de preferirse las hipótesis que alcanzan un mayor grado de confirmación, plausibilidad, probados en el proceso, habrá de decirse sin hesitaciones que la relación entre el daño y el comportamiento culposos de la entidad demandada se encuentra satisfecho, como pasara a verse.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

En este orden de ideas, establecido el elemento dañoso padecido por la parte demandante, al perder totalmente su ojo derecho, teniendo en cuenta que la entidad demandada, donde se practicó el procedimiento quirúrgico de cataratas, incumplió con los protocolos de asepsia y antisepsia exigidos por la autoridad pública competente, si bien es cierto, la endoftalmitis era un riesgo previsible, también fuerza decir que el mismo era prevenible, ya que como fue sostenido por el perito Camilo Arenas, el concepto de la experta y especialista Ana Inés Ricaurte Villota y el resultado de la toma de cultivo, la bacteria pseudomona euroginosa encontrada en el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, era multisensible, lo que lleva a afirmar que en caso de haberse cumplido integralmente con las normas técnicas de las entidades encargadas de regular el sistema de salud pública, entre ellas, los protocolos, guías y manuales que deben cumplir los agentes prestadores de servicios de salud para asegurar la asepsia antes, durante y después de la realización de procedimientos quirúrgicos, el riesgo que se presentara la infección ocular, ineludiblemente hubiera sido menor, empero, como ello no fue así, sino que por el contrario, tal circunstancia por la entidad demandada fue dejada al garete, según evidencia de la valoración del acervo probatorio recaudado dentro del proceso, huelga colegir que existe que existe una relación causal entre uno y otro, es decir, que la comisión de los daños sufridos por el hoy demandante, son atribuibles al actuar culposo de la entidad demandada, sin que en ningún momento se pueda afirmar que las lesiones sufridas en la salud del paciente deviene del riesgo inherente o intrínseco del procedimiento quirúrgico a él practicado, toda vez que, si bien la endoftalmitis es una alea al acto médico, el comportamiento emprendido por las entidades demandadas para evitarlo no fue el correcto, omitiendo, como se dejó visto, los protocolos de asepsia y antisepsia, lo que a la postre generó unos daños en su humanidad, los cuales no pueden ser solamente atribuidos a la iatrogenia inculpable como lo reclama algún integrante del extremo pasivo, como quiera que el descuido y la negligencia incurrida al momento de practicarse la intervención médica dejó al descubierto el robusto incumplimiento de normas técnicas de imperativo acatamiento lo que de contera compromete, sin ambages, la responsabilidad de los facultativos, como quedó sentado en líneas pretéritas.

Por lo que concluye este Cuerpo Colegiado que en la presente acción confluyen los elementos de la responsabilidad civil médica, en tanto existió un daño, una omisión al deber de cuidado y un nexo causal entre la actuación de la parte demandada y el resultado dañoso, el cual debe ser reparado de manera solidaria por todos los intervinientes en el acto médico que resultaron demandados, según lo dispuesto en el artículo 2344 del C.C., a excepción de la Dra. Liliana Palacios, en tanto que de la apreciación de los elementos de convicción que gravitan dentro del paginario, especialmente la experticia rendida por el Dr. Víctor Manuel León López, la técnica anestésica de bloqueo peribulbar, fue la adecuada en relación al procedimiento oftalmológico realizado sobre el paciente, donde no se manipula la cámara anterior, posterior o el globo ocular, en tanto que el método empleado consiste únicamente en el bloqueo de la conducción dolorosa de cualquier estímulo realizado en el ojo, por lo que al ser la endoftalmitis una inflamación que se produce al interior de este órgano, bajo ninguna consideración puede entenderse que el procedimiento anestésico es causa o pudo haber incidido en la producción de la infección que ocasionó la enucleación del ojo derecho del señor xxxxxxxxxxxx, por lo cual no se evidencia relación causal alguna entre la actividad realizada por esta profesional con el daño génesis del proceso.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

Corolario, el hecho de haber quedado determinada la responsabilidad solidaria de la parte demandada en la producción del resultado dañoso, consistente en las lesiones personales sufridas por el señor xxxxxxxxxxxxxxxx, conlleva indefectiblemente a revocar el fallo de instancia y de contera a desestimar las defensas esgrimidas por el extremopasivo, con la salvedad de la formulada por la doctora Liliana Palacios, pues en precedencia quedó analizado a espacio las razones que llevan a este colegiado para atribuir juicio de responsabilidad y de paso detractar las excepciones que esencialmente orbitaban sobre las mismas aristas, esto es, sobre los elementos integradores de la responsabilidad profesional médica.

Rad.001 2015 00061 01 2842 Acta No. 051 (05-06-2018) M.P. Dr. Homero Mora Insuasty.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. Diagnosticado de manera oportuna el embarazo ectópico.

Extracto:

Por conducto de apoderada judicial, la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, demanda a la Entidad Promotora de Salud xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx para que se le declare civilmente responsable y se condene al pago de los daños y perjuicios irrogados con su actuar culposo, al no haber diagnosticado de manera oportuna el embarazo ectópico que presentaba, lo que a la postre provocó en la demandante la pérdida injustificada de su capacidad reproductiva.

(...)

En esta instancia, no debe marginarse que la ciencia médica no es exacta o infalible y que son muchos los interrogantes y limitaciones que la abruman, aunadas a la equivocidad de la sintomatología del paciente, la inespecificidad de las manifestaciones sintomáticas y demás imponderables que pueden presentarse en el quehacer médico, por ello se sostiene que al juzgar tales conductas lo más adecuado y razonable es un juicio *ex ante* y no *ex post*, pues luego de conocidos los resultados dañosos el veredicto suele ser demoledor e implacable.

En este contexto, no se podría entrar a calificar como culposo el comportamiento del cuerpo médico de la entidad demandada, por cuanto la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, no presentaba en la primera consulta llevada a cabo el día 20 de marzo de 2007, sintomatología que permitiera sospechar la presencia del diagnóstico del embarazo ectópico, estimándose razonable el actuar médico desplegado por el médico tratante, en tanto no se demuestra más allá de toda duda razonable, que el procedimiento y tratamiento brindado haya sido negligente o imperito, alejado de la *lex artis* o protocolos vigentes al momento de presentarse los hechos, máxime si en cuenta se tiene, que para esa fecha la paciente solo tenía aproximadamente (2) semanas de embarazo, lo que refuerza la tesis que refiere que para la época de los hechos era poco factible diagnosticar el embarazo ectópico que presentaba la parte actora.

Situación diferente fue la presentada dos semanas después a la primera consulta, como quiera que ante la certeza que la paciente estaba con una condición de embarazo de 4 a 5 semanas, con resultados de ecografía transvaginal que concluía la



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

presencia del embarazo ectópico , se inició el tratamiento quirúrgico que recomienda la *lex artis*, cual es la realización de la salpinguectomía , extirpando la trompa de falopio afectada , y de tal manera ofrecer una solución clínica efectiva a la patología que aquejaba a la paciente.

En este sentido, apreciado en conjunto el material probatorio recaudado, encuentra la Sala que ningún elemento de convicción conduce a determinar que a la demandante se le irrogó el presunto daño invocado, como lo narra el libelo introductorio, por tal razón y a despecho de la pretensión resarcitoria elevada por la demandante, la misma no encuentra piso factico ni jurídico para su prosperidad.

Resulta palmario entonces concluir que el laborío probatorio a ejecutar por la parte demandante se encuentra desatendido, sustrayéndose de su carga probatoria de acreditar más allá de toda duda razonable, los elementos integradores de la responsabilidad invocada, resultando insuficiente las pruebas adosadas con el introductorio y las practicadas en el decurso procesal, como en efecto se evidenció desde la primera instancia.

Debe recordarse que quien afirma un hecho lo debe probar, como lo ordena la Ley, concretamente el artículo 167 del C.G. del P., exigiendo a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No escapa a la realidad jurídica que las cargas procesales, entre las cuales se encuentra la labor de probar, implican la necesidad en que se colocan las partes de cumplir determinadas actividades para propiciar su propio éxito en el proceso, pero como no se puede pedir su cumplimiento de manera coactiva, sino que es eminentemente voluntaria o potestativa, resulta claro que su incumplimiento debe generar consecuencias adversas.

De ahí que la jurisprudencia sostenga que si el interesado en suministrar la prueba no lo hace, la allega imperfecta, descuida o equivoca su papel de probador, necesariamente ha de esperar un resultado desfavorable a sus pretensiones, bajo el entendido que prueba quien demuestra no quien envía a otro a buscar la prueba.

Corolario: se impone la confirmación del fallo fustigado, con la consecuente condenación en costas de esta instancia a la parte demandante (Nral. 3º del Artículo 365 del C.G.P.).

Rad.001 2012 00266 01 2852 (06-03-2017) M.P. Dr. Homero Mora Insuasty.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. Indebida apreciación de los testimonios. Indebida apreciación del informe técnico médico legal. Indebida apreciación de la historia clínica y de la responsabilidad médica.

Extracto:

Con sujeción a lo dispuesto por el artículo 320 del C.G.P., procede la Sala a resolver, con base en los reparos concretos formulados, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia No. 20 del 27 de junio de 2017, proferida por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

CALI, la cual, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

(....)

De esta manera entonces, teniendo en cuenta que la conclusión extractada por el juez de los distintos testimonios médicos que obran en el expediente es que la orden de suministrar el anticoagulante Warfarina al paciente durante el periodo post operatorio y ulterior orden de suspensión del medicamento obedecieron a decisiones que se enmarcaban dentro del ámbito de discrecionalidad profesional médica, y que de la revisión del expediente, tampoco se encuentra que exista prueba técnica ni científica que demuestre el error que se imputa a los médicos de suministrar Warfarina y su incidencia en la aparición del absceso del lecho vesicular (infección), es claro que el reparo presentado en tal sentido por la parte actora no está llamado a prosperar.

(...)

Sin embargo, del análisis que del informe pericial hace la Sala, se encuentra que no es cierto que el *a quo* no lo haya analizado en toda su extensión, pues lejos de lo dicho por el apelante, lo que observa la Sala es que el juez tomo de él los elementos que le interesaban para el fallo, esto es, los que en este caso indicaron que la infección y sangrado son complicaciones propias de la cirugía de retiro de vesícula biliar a la que se sometió el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, la cual, de acuerdo a lo visto en la historia clínica se realizó como consecuencia de una inflamación severa de vesícula que requirió un tipo de cirugía abierta dada la complicación de la misma por las adherencias presentadas.

Luego entonces, es claro que no erró el juez al valorar como lo hizo el informe pericial aludido y tener por descartado que el hemoperitoneo que afectó al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx no fue causado por el medicamento Warfarina suministrado al paciente durante el período post operatorio.

(...)

Bajo la anterior circunstancia , y a falta de prueba en contrario, es dable concluir que, independientemente de la intensidad de la anticoagulación suministrada , la cirugía de colecistectomía por sí sola, sumada a los antecedentes clínicos del paciente (reemplazo valvular aórtico e hipertensión arterial, que generaban un riesgo de endocarditis y aumentaban el riesgo de embolia pulmonar y trombosis venosa profunda) pudo conllevar como complicación de la misma al sangrado que presentó el paciente y a la coagulación intravascular desminada (efecto patológico por el cual ocurre una activación generalizada del sistema hemostático que lleva inicialmente a la producción de microtrombosis y posteriormente a sangrado); condiciones médicas que de igual manera, resulta evidente, no se generan como consecuencia de la negligencia , imprudencia o impericia del actuar médico.

(...)

Finalmente , y frente al reproche con la falla relacionada con el indebido manejo y diligenciamiento del consentimiento informado, se tiene que si bien, como acertadamente lo indica el apelante, para la cirugía inicial de colecistectomía aquel se encuentra en blanco, y que dicha circunstancia constituye una irregularidad insalvable que, bajo los presupuestos legales puede acarrear un tipo de responsabilidad civil y/o disciplinaria derivada de la falta de información y



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

orientación que debe brindársele al paciente (Art 16 de la ley 23 de 1981), lo cierto es que, para el caso en específico en donde se discute como argumento principal de la demanda el fallecimiento del paciente como consecuencia de un error médico relacionado con el supuesto suministro inadecuado de un anticoagulante y tardanza en la atención médica , la falla encontrada respecto al diligenciamiento del consentimiento informado , no ata causalmente tal conducta con el resultado dañino demandado –muerte del paciente-, pues aún, con que dicha omisión se haya producido por parte del médico, es evidente por simple lógica formal que la misma no es ni por cerca la causa eficiente de la muerte del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, pues entre dicha omisión y daño padecido subyacen multitud de factores potenciales o reales, ora autónomos o concausales en el desencadenamiento del hecho siniestral, entre ellos que, aún con toda la información suministrada , el paciente de todas formas dada su condición médica hubiese consentido someterse al procedimiento. Lo anterior claro está, sin echar de menos que tal comportamiento del galeno pueda llevarlo a los estrados de los tribunales de ética médica, empero aquí como ya se señaló, aquel no es un factor de consecuencias definitorias, frente a la producción del daño.

En conclusión, al no existir ninguna prueba que acredite la falta a la *lex artis* bajo ninguno de los títulos de imputación señalados en la demanda y que el Juez no se equivocó al no tener por probado el elemento culpa, como criterio de imputación, necesario de toda acción resarcitoria del cual surja el deber de indemnizar, la Sala confirmará en su integridad la sentencia apelada, e impondrá la correspondiente condena en costas a cargo de la parte apelante.

Rad.002 2012 00409 01 Acta No. 1041 (02-08-2018) M.S. Julián Alberto Villegas Perea.

SALA LABORAL

ACCIDENTE LABORAL. Reparación tarifada de riesgos y reparación plena de perjuicios.

Extracto:

Xxxx, xxx y xxx , ésta última obrando en nombre propio y en representación de xxxx , xxx y xxx , presentaron demanda ordinaria laboral de primera instancia ante el Juzgado 16 Laboral del Circuito en contra de xx Ltda, y de manera solidaria en contra de sus socios xxx, y xxxx; también dirigió la acción en contra de xxx S.A. sigla IBICO S.A. , y en contra de sus socios xxxx, xxx, xxxx, xxx, xxx , y xxxx, con miras a obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes , e indemnización plena de perjuicios derivada de accidente de trabajo por la negligencia u omisión del empleador, intereses de mora, indexación , y reconocimiento de costas y agencias en derecho . Al trámite fue vinculado como litisconsorte necesario a Seguros de Riesgos Profesionales Suramericana S.A., y como llamado en garantía por IBICO S.A. a Seguros Colpatria S.A.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

Por su parte, en proceso separado, xxxx en nombre propio y en representación de xxx, xxxx, xxxx formuló ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de Seguros de Riesgos Profesionales Suramericana S.A. con miras a obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de dicha ARP.

(...)

En lo atinente al derecho a la reparación como consecuencia de un accidente de trabajo, nuestra legislación tiene prevista dos maneras de reparación identificables jurídicamente así: una, la denominada **reparación tarifada de riesgos**, y otra, la **reparación plena de perjuicios**.

En virtud de la primera la ARP, hoy ARL, reconoce al afiliado los beneficios o prestaciones económicas previstas en la ley 100 de 1993, ley 776 de 2002 y la ley 1562 de 2012, entre ellas la pensión de sobrevivientes, derivadas del suceso siempre que acredite la existencia del vínculo laboral, y la realización del riesgo con ocasión o como consecuencia, del trabajo. **(CSJ SL del 3 de junio de 2009 radicación 35121; CSJ SL del 30 de junio de 2005, radicación 22.656)**

Además existe una **reparación plena de perjuicios** que tiene que ver con la indemnización total y ordinaria del trabajador por parte del empleador derivada de una culpa patronal en la ocurrencia del siniestro; esta encuentra fundamento en el artículo 216 del CST.

Para que sea aplicable esta indemnización, cuya naturaleza es subjetiva, es menester que el afectado corra con la carga de la prueba de demostrar el daño, a la integridad o a la salud del trabajador y que este infortunio derive de la culpa “suficientemente comprobada” del empleador. Frente a este aspecto, la culpa es llamada por la ley culpa leve y se predica de quien como buen padre de familia, debe emplear “diligencia o cuidado ordinario o mediano en la administración de sus negocios”.

Para el empleador esta culpa, se determina desde la observancia o no de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, en virtud de la obligación que en este sentido deviene del artículo 56 del CST; esto implica, entre otras actitudes, el suministrar locales higiénicos y adecuados para la prestación del servicio, así como de elementos indispensables para precaver los accidentes o enfermedades profesionales o laborales. **(CSJ SL del 8 de Abril de 1988 Radicación 0562)**

En otras palabras, si el trabajador logra acreditar que el empleador no fue diligente, o no tuvo el cuidado ordinario o mediano, observando los deberes de protección y seguridad de sus trabajadores, es per se prueba suficiente de su culpa, y por ende de su obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios generados. A su turno, es deber del empleador el demostrar la extinción de su responsabilidad, acreditando para ello que obró con mediana diligencia en la adopción de medidas de seguridad; esto porque el artículo 1604 del Código Civil exige que la “prueba de la diligencia o cuidado le incumbe al que ha debido emplearlo” **(CSJ SL del 16 de Marzo de 2005 Radicación 23489)**

En el asunto bajo estudio, no se discute la existencia del **daño** a la integridad de xxxx, dado que falleció el 26 de noviembre de 2008.

(...)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

Lo anterior, es suficiente para concluir que xxxx Ltda no observó las obligaciones de protección y seguridad que le correspondían frente al causante; con todo, tampoco demostró que obró con mediana diligencia. En ese aspecto, debe decirse que no está acreditado en el plenario que al interior de la obra **Bosques de Lancelot**, se acató lo establecido en los artículos 13 numeral 3; 19 literal a); 31 y 33 del convenio 167 de la OIT, sobre “seguridad y salud en la construcción” aprobado en nuestro país mediante la ley 52 de 1993.

El **artículo 13 numeral 3** establece que es deber del empleador adoptar todas las precauciones adecuadas para proteger las personas que se encuentren en una obra o sus inmediaciones, de todos los riesgos que pueden derivarse de la misma; **el 19 literal a)** de manera específica fija como medidas de protección para desarrollar excavaciones, el disponer apuntalamientos apropiados , o recurriendo a otros medios para evitar a los trabajadores el riesgo de desmoronamiento o desprendimiento de tierras, rocas u otros materiales; **el artículo 33** por su parte , conmina al empleador a facilitar a los trabajadores de manera **suficiente y adecuada**, información sobre los riesgos para su seguridad y su salud a que pueden estar expuestos , en el lugar de trabajo; también a brindar instrucción y formación sobre los medios disponibles para prevenir y controlar los riesgos y protegerse de ellos. Finalmente el **artículo 31**, hace responsable al empleador de garantizar en todo momento la disponibilidad de medios adecuados y de personal con formación apropiada para prestar los primeros auxilios; tomar las disposiciones necesarias para garantizar la evacuación de los trabajadores heridos en caso de accidentes o repentinamente enfermos para poder dispensarles la asistencia médica necesaria.

Nótese como existe en nuestro país un cuerpo normativo con reglas de imperioso cumplimiento por parte de las empresas públicas o privadas que se dediquen a la construcción, en ellas se establecen las medidas de prevención y protección de los trabajadores en los lugares de trabajo, las precauciones que deben tomarse en el área de construcción, y las acciones preventivas que deben adoptarse para evitar riesgos en el trabajo, fomentando así la seguridad y la salud en los sitios de construcción.

(...)

Siguiendo los parámetros de la responsabilidad objetiva, ya descritos, y en vista que es un hecho debidamente probado en el transcurso de ese proceso, que xxx, falleció con causa u ocasión de un accidente de trabajo, habría lugar a que la ARL a la cual estuviera afiliado, reconociera a sus beneficiarios la pensión de sobrevivientes. Sin embargo, lo cierto es que para el **7 de noviembre de 2008** , día en que se accidentó no se encontraba afiliado al subsistema de riesgos profesionales, hoy laborales , dado que su empleador xxx Ltda, solo le vinculó formalmente , hasta el 11 de diciembre de 2008 (fl 149), por lo que está en la obligación de responder por las prestaciones a las que haya lugar, entre ellas la de pagar la pensión de sobrevivientes , pues así lo dispone expresamente el literal e) del artículo 4º del Decreto 1295 de 1994,

En ese contexto, no es de recibió la apelación de xxxx Ltda, referente a que debe ser Seguros de Riesgos Profesionales Suramericana S.A., quien debe asumir la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de xxxx. Con todo, no se desconoce que en el plenario figura una novedad de ingreso al sistema de Riesgos Profesionales, suscrita al parecer el 6 de noviembre de 2008, sin embargo, no existe constancia que el documento haya sido remitido ese día a la ARP, pues el reporte de envió por fax de un documento, calendado ese día a las 7:51 pm, no da cuenta que en efecto, lo que se envió en la fecha y hora referidas, corresponden al formulario. Pero aun si se



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

superara este obstáculo, lo cierto es que el supuesto ingreso se realizó a menos de 12 horas que el causante iniciara a prestar sus servicios, y sabido es que de conformidad con el literal k) del artículo 4 del decreto 1295 de 1994, la cobertura en el sistema de riesgos profesionales empieza desde el día calendario siguiente a la afiliación, esto es 24 horas después.

Rad. 16 2010 00392 02 (03-09-2018) M.P. Jorge Eduardo Ramírez Amaya.

CONTRATO DE TRABAJO. CTA COODONTÓLOGOS. Contrato de trabajo asociado. Sanción por la no consignación de las cesantías causadas.

Extracto:

La decisión a dictar por la Corporación responde a las apelaciones interpuestas por las partes contra la Sentencia No. 082 proferida el 30 de abril de 2014 por el Juzgado 9º Laboral de Descongestión del Circuito de Cali (V), mediante la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y Saludcoop EPS y solidariamente con la CTA Coodontólogos por el periodo comprendido entre el 16 de marzo de 2004 y el 30 de enero de 2006, y absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

El apoderado judicial de la CTA Coodontólogos fundó su alzada, en que el juzgado no tuvo en cuenta la manifestación del actor en el hecho primero de la demanda cuando afirmó haber suscrito contrato de trabajo asociado con esa cooperativa y que renunció voluntariamente el 30 de enero de 2006, que en este caso no se cumplen los requisitos del art. 23 del CST al no haber subordinación, careciendo de sustento fáctico y jurídico la declaración del contrato realidad, además que el demandante no le prestó servicios a la CTA, que suscribió contrato asociativo fungiendo como asociado.

Las constataciones anteriores, como se ve, permiten asegurar al contrario de lo afirmado por las accionadas que la vinculación entre la E.P.S. y el actor se desarrolló mediante un contrato laboral, sin que pueda entenderse jurídicamente que esa relación laboral se prestara bajo condiciones laborales de manera excepcional, cuando es claro la continuidad de los servicios durante el tiempo comprobado con el convenio cooperativo y el retiro del actor (fls. 3 y 173).

Resta indicar para responderle a la accionada respecto de las razones presentadas para hacer ver lo improcedente de la condena, en el sentido de tenerla como empleadora, a pesar de dirigírsele la demanda como responsable solidaria, que no le está vedado al intérprete judicial desplegar su esfuerzo hermenéutico frente al vehículo procesal de la demanda, menos, cuando en ella se aprecian todos los supuestos fácticos permisivos para la conclusión, máxime, si en el acápite de declaraciones en el punto segundo se refiere directamente a la E.P.S. como beneficiaria de la labor siendo su verdadero empleador.

Finalmente, hay que decir respecto de la apelación del actor, que pretendiendo como asunto principal o base de las otras declaraciones además de la declaración del contrato entre él y las accionadas, el pago de diferencias salariales, la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, reajuste de aportes al sistema pensional,



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

indemnización del art. 65 del CST y sanción por el pago de cesantías , que con el material probatorio militante en el plenario no es posible establecer prosperidad:

- i) En lo relacionado con el monto de las diferencias reclamadas por el actor, cabe decir que si bien solicitó prueba de inspección judicial con el objeto de obtener por ese medio información de Saludcoop EPS referente a los salarios de los otros odontólogos contratados directamente por esa entidad y así poder conocer el monto de las pretendidas diferencias entre los salarios por ellos devengados y lo que él devengaba por realizar las mismas labores , no se arrimó al plenario ninguna prueba fehaciente de ese hecho, a pesar de haberse decretado la prueba, y si bien se libraron oficios 357 del 11 de marzo de 2014y No. 394/2009-106 del 18 de marzo de 2014 dirigidos a esa eps solicitando certificación salarial de seis odontólogos que según el folio 25 trabajaban para esa entidad, no se obtuvo la información esperada por cuanto Saludcoop EPS negó rotundamente vínculo laboral con esos profesionales, y sin mostrarse ningún reparo por el demandante se cerró el debate probatorio el 7 de abril de 2014, menos, es posible tener por acreditada la alegada desigualdad salarial o retributiva con el testimonio del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien aseguró realizar la misma labor del demandante desde el año 2000 al 2005 (fl.173), dado que, no es suficiente demostrar que ese profesional desempeñó el mismo cargo en la misma jornada, también debe acreditarse condiciones de eficiencia iguales, elementos constitutivos del principio consagrado en el art. 143 del CST, que brillan por su ausencia en el expediente.
- ii) En cuanto a la indemnización del art. 65 del CST, hay que decir, no se acusó falta de pago de prestaciones sociales ni vacaciones, menos se pudo establecer pago deficitario de ellas, resultando así imposible emitir la condena pretendida, máxime si se la pretende causada por el impago de las diferencias salariales no probadas.
- iii) Y respecto de la sanción por falta de consignación de las cesantías , al ser claro que durante todo el trámite procesal se negó por las accionadas el vínculo laboral que las unió con el actor, ninguna se ocupó en probar la consignación de las cesantías causadas durante el término de la relación, razón por la cual no hay duda que se configuró el presupuesto fáctico enunciado en el numeral 3º del art. 99 de la Ley 50 de 1990, sin embargo , al presentarse la demanda el 29 de enero de 2009 (fl.1), operó el fenómeno prescriptivo para las cesantías que se causaron a 31 de diciembre de 2004 que se debían consignar a más tardar el 14 de febrero de 2006, pero como el contrato de trabajo terminó antes de ese día, debió pagarlas junto con la proporcional del año 2006, esto es, el 30 de enero de ese año, fecha de terminación de la relación, de ahí que proceda condena en esos precisos términos, es decir, un día de salario del año 2006 por cada día de mora desde el 1 de enero de ese año hasta cuando proceda su efectivo reconocimiento al trabajador , lo que resulta propio al no proceder la condena del art. 65 del CST y que la jurisprudencia especializada limitó en caso de condenas concurrentes , que en este evento no se dan. En este punto, valga recordar lo enunciado al principio de las presentes



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

consideraciones, referente al conocimiento solo del salario pactado en condición de trabajador cooperado por \$1.290.200, de ahí que la condena debe impartirse a la demandada y codemandada a razón de \$43.007 mcte diarios.

Puestas así las cosas, habrá de modificarse la sentencia apelada para condenar a la entidad promotora de salud demandada y a la cooperativa demandada a pagar al actor la sanción pregonada por el art. 99 de la Ley 50 de 1990, así como a las costas procesales.

Rad. 005 2009 00106 01 (25-05-2018) M.P. Dr. Carlos Alberto Carreño Raga.

COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO. Contrato de Trabajo.

Extracto:

La decisión a dictar por la Corporación responde al estudio en grado jurisdiccional de consulta de la Sentencia No. 299 proferida el 15 de diciembre de 2014 por el Juzgado 6º Laboral de Descongestión de Cali (V), a través de la cual absolvió a la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo – Saludcoop de todas las pretensiones en su contra por el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Vínculo Jurídico : en este evento la misma sociedad demandada en su condición de empleadora acudió no solo al expediente de las cooperativas de trabajo asociado desde el 20 de septiembre de 2004 al 02 de enero de 2005, sino también a la otra tercería del contrato de prestación de servicios desde el 03 de enero de 2005 al 18 de noviembre de 2011, para tratar de desvanecer la modalidad contractual laboral, pero es de señalarse que esa conducta patronal en nada se acomoda al mandato protector constitucional del mundo laboral de sus arts. 25 y 53, pues encubrir una relación laboral que primigeniamente comportaba todos los elementos del contrato de trabajo , con otras formas ilícitas o manifestaciones laborales, queriendo quitarle el modo laboral a todos esos servicios, no tiene recibo, por lo que no podría desmejorarse la situación laboral del trabajador , tal como lo pregona el inciso final del art. 53 al postular que los contratos no pueden menoscabar los derechos de los trabajadores, como lo es, pasar de la realidad material y formal contractual laboral a la de cooperado o de prestación de servicios, pues con eso lo que hace es menoscabar los principios fundamentales de ese art. 53 , en especial, el de estabilidad en el empleo.

Extremos Laborales: no hay duda de que el demandante prestó sus servicios como asesor comercial a favor de Saludcoop EPS desde el 09 de septiembre de 1996 hasta el 18 de noviembre de 2005, así se afirma en la demanda 8hechos 8º , 9º y 10º de la demanda, fl.154) y se comprueba con los documentos obrantes a folios 26 a 106, pues en todos ellos se aprecia que el vínculo inicial con esa entidad lo fue a través de contrato de trabajo terminado el 17 de septiembre de 2004, luego como trabajador cooperado a partir del 20 de septiembre de ese mismo año a través de la CTA Efectiva Soluciones hasta el 2 de enero de 2005 y finalmente, mediante contrato de trabajo con la Institución Auxiliar del Cooperativismo Integración Comercial a partir del 3 de enero de 2005 hasta el 18 de noviembre de ese mismo año.

Rad. 005 2008 01024 01 (25 – 05-2018) M.P. Dr. Carlos Alberto Carreño Raga.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. Despido de trabajadora en estado de embarazo. Cosa Juzgada.

Extracto:

En ese sentido, el proceso ordinario laboral no es la instancia procesal adecuada para buscar que la UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CALI cumpla la orden de atender las consecuencias que derivaron de la protección constitucional concedida bajo la acción de amparo, a saber, el pago de los honorarios pactados con la accionante dentro del contrato de prestación de servicios, pero que fueron causados con posterioridad a la terminación del mismo, durante el periodo de gestación, y tres meses después del parto, esto es, del 13 de diciembre de 2013 al 1º de septiembre de 2014, cuyo pago se itera, emerge de la orden de tutela incumplida.

Así las cosas, existiendo una sentencia de tutela que amparó los derechos fundamentales de la demandante a la estabilidad laboral reforzada, y con carácter definitivo –no temporal–, aquella debe hacer uso de las herramientas jurídicas que ha previsto el legislador para lograr el cumplimiento de las órdenes dadas por el juez constitucional de tutela, como lo es el incidente de desacato consagrado en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, como quiera que esa sentencia de tutela ya hizo tránsito a cosa juzgada constitucional.

La cosa juzgada es una característica especial que la ley le asigna a ciertas providencias judiciales en virtud del poder de jurisdicción del Estado. Cuando a una sentencia se le otorga el valor de cosa juzgada, no es posible revisar su decisión, ni pronunciarse sobre su contenido, en proceso posterior. La cosa juzgada tiene por objeto alcanzar la certeza de lo resuelto en el litigio, definir completamente las situaciones de derecho, hacer definitivas las decisiones jurisdiccionales y evitar que las controversias se reabran indefinidamente con perjuicio de la seguridad jurídica de las personas y del orden social del Estado.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, reiterada entre otras, en sentencias T-185 de 2013, T-119 de 2016 y T-483 de 2017, ha señalado que, tratándose de la acción de tutela, la existencia de la cosa juzgada constitucional es *“un límite legítimo al ejercicio del derecho de acción de los ciudadanos, impidiéndose acudir de forma repetida e indefinida a los jueces de tutela, cuando el asunto ya ha sido resuelto en esta jurisdicción, respetando así el carácter eminentemente subsidiario del mecanismo constitucional”*. En tales términos, la configuración de cosa juzgada constitucional en un caso concreto conlleva como consecuencia jurídica la decisión de estarse a lo resuelto en la sentencia de acción de tutela, motivo por el cual la jurisdicción ordinaria laboral, no puede modificar lo ya definido por el juez de tutela, pues se reitera, en el presente asunto, el amparo de los derechos fundamentales de la demandante a la estabilidad laboral reforzada, fue con carácter definitivo, lo que deriva en que esta debe buscar el cumplimiento del fallo de tutela con las herramientas jurídicas que dispuso el legislador para tal efecto.

Ahora, no se desconoce que la sentencia de tutela que amparó el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la señora xxxx data del mes de febrero de 2014 y fue confirmada en marzo del mismo año. No obstante, la demanda ordinaria laboral fue instaurada en agosto de 2014, y sólo hasta febrero de 2018 se profirió la sentencia de



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

primera instancia, que ahora conoce en apelación esta Sede Judicial, motivo por el cual no debe ser óbice para que el juez que profirió la sentencia de tutela, conozca del incidente de desacato, el hecho de que haya transcurrido este periodo de cuatro (4) años para adelantar el respectivo incidente de desacato, en primer lugar, porque este no tiene término perentorio alguno; y en segundo término, porque no fue negligencia de la promotora de la acción adelantar las gestiones para lograr el cumplimiento del fallo de tutela, sino que de manera errada consideró que esa competencia recaía en el juez ordinario laboral.

En esos términos, no le queda otro camino a la Sala, sino confirmar la sentencia de primera instancia. Costas a cargo de la parte demandante por no haber prosperado el recurso de apelación, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de conocimiento, incluyendo como agencias en derecho, la suma de \$50.000.

Rad. 002 2014 00530 01 (31 -07- 2018) Mag. Dra. María Nancy García García.

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO. Contrato de Corretaje con la Cooperativa.

Extracto:

No lograrse desvirtuar con los argumentos de las alzadas, la presunción social establecida en Colombia a favor de todos los trabajadores (art. 24 C.S.T.), manto este de favorabilidad diseñado en 1951 para toda fuerza productiva personal, continuada y remunerada del que no puede excluirse a quienes se dice son cooperados o asociados, pues esa norma no hizo ninguna distinción en su aplicación, se exige que se demuestren sus presupuestos, debe mirarse que la nueva regulación, Ley 79 de 1988, como ley de las cooperativas, no los excluyó de esa esfera sustantiva, pues son prestadores de su fuerza laboral a favor de otro – heteronomía que no se destruye cuando toda esa fuerza se concentra en la de todos los asociados y no de modo singular o único, por y para sí mismo, que es lo que identifica al trabajador autónomo, es decir, que media un esfuerzo personal continuado y remunerado aunque sea anunciado el modo asociativo, pero que para desvirtuar el beneficio de la presencia presuntiva del contrato laboral en todo esfuerzo personal debe anteponerse a esa presunción una real configuración del trabajo cooperado.

Menos, podría satisfacerse en las actuaciones la labor de asociado o cooperado, cuando es la misma cooperativa, quien niega la personal prestación del servicio a favor de la entidad bancaria, con normas del Código de Comercio, a donde alega llegar por remisión de la ley de cooperativas de trabajo, en el contrato se dice: “tal como lo establece en forma clara la Ley 79 de 1999, el trabajo del señor xxxx **constituyó su aporte a la entidad**, adicional al aporte en dinero, y que por no tener una expresa regulación cooperativa debe acudir a la regulación del aporte de trabajo o industria de las sociedades comerciales, previsto en los artículos 137 y ss. Del Código de Comercio de conformidad con lo previsto en el artículo 158 de la Ley 79 de 1988”(folio 113,punto 2), pues su interpretación, ni en el más sofisticado entendido hermenéutico de deslaboralización, tiene como efecto poder derrumbar o desalojar de las actuaciones, el primado sustancial referido de carácter social, toda vez que el artículo 20 de la sustantividad laboral, que es la codificación de la materia



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

laboral tiene su propia forma de ordenar la aplicación del derecho laboral, enfatizando para todo caso evidencia material sobre los hechos, más si son con los que se dice se desvirtúa lo que ella protege, el hecho social del trabajo, con lo que se quiere indicar que no es en el plano teórico en donde se da la desfiguración de la protección al trabajo.

De otro lado, cabe anotar lo deficitaria que es la filigrana jurídica utilizada, cuando en la presentación de las razones aducidas para dejar sin aliento la tesis social dejaron perder el centro de gravedad de sus alegaciones, dado que aceptan, afirman y postulan del esfuerzo productivo y su desarrollo, la existencia de jerarquías: “es evidente que ninguno de los asociados a ella, incluyendo el demandante, estuvo sometido a subordinación alguna por parte de Colpatria pues de hecho, las actividades comprendidas en el mismo, se cumplían por fuera de las instalaciones y en las horas determinadas directamente por las Cooperativas o por los mismos asesores, designando ellas mismas a través de sus órganos directivos, las zonas y actividades que debía cumplir cada uno de los asociados “ (fl.92), “los regímenes y estatutos de la entidad y las órdenes e instrucciones emitidas directamente por representantes de la Cooperativa, quienes igualmente eran trabajadores asociados de la misma, y sin injerencia alguna por parte de la empresa receptora del servicio Banco Colpatria” (fl. 111), al punto de llamar jefe del actor a otra funcionaria de la cooperativa, cuando la asociatividad y cooperatividad excluye o disipa del esfuerzo conjunto el establecimiento de jerarquías funcionales, tan descaminado es el sendero teórico utilizado, que afirman no existir subordinación del tipo laboral con el banco beneficiario de la actividad de venta de productos y de servicios financieros, pero sí alegan jerarquías en donde debe primar una relación horizontal entre los asociados, error jurídico patrocinado incluso por las mismas declaraciones del personal bancario, cuando se sostiene existir: director de proyectos, coordinadores comerciales y asesores comerciales cada uno de estos bajo la subordinación del anterior. Así lo afirmó el representante legal del Banco Colpatria en diligencia en que absolvió interrogatorio de parte: “Si bien el banco Colpatria si conservaba la facultad de auditar la gestión desarrollada por los asesores comerciales de SISPRO CTA, dichas auditorías no correspondían a un control subordinante sobre el actor, sino más bien a la ejecución en general del servicio contratado. Es menester señalar entonces que habiendo tenido Sispro la total libertad para elegir a sus asesores en la medida en que este encontraba entorpeciendo o realizando de indebida forma el servicio contratado con SISPRO CTA. **Aclaro que los asesores comerciales contaban con sus superiores jerárquicos dentro de la misma cooperativa**, siendo estos con quienes se realizaba el cruce de información respecto de lo auditado” (fl. 620), “en tal sentido al ejercitarse la facultad de auditoría contractual sobre SISPRO CTA, **superiores jerárquicos de los asesores comerciales de SISPRO**, igualmente vinculados con SISPRO, se verificaban entre otras cosas que la gestión de colocación de tarjetas de crédito hubiesen respetado tales protocolos de seguridad...”

La débil oposición jurídica no se deja de mostrar, cuando la entidad bancaria acude al expediente del contrato de corretaje con la cooperativa, pero que se sabe, tal actuar se materializa con el esfuerzo personal de cada uno de sus asociados, con lo que se vuelve a la no escondida base de la presunción personal del servicio continuado y remunerado, emergiendo con ello la primacía de la prerrogativa sustancial vista, así lo ha considerado la jurisprudencia nacional en varias ocasiones donde ha disertado sobre casos similares, por lo cual se trae a colación una de



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

aquellas, en las que no se advirtió contrato de corretaje, en funciones similares a la ahora enseñada.

Rad. 001 2011 00643 01 (25 – 05 -2018) M.P. Dr. Carlos Alberto Carreño Raga.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INDIRECTO. VICIO DEL CONSENTIMIENTO. El demandante no demostró que en efecto la carta de renuncia no fue elaborada por él mismo sino por su empleador, ya que frente a ese hecho sólo existe dentro del plenario sus propios dichos, de lo que se colige que no acreditó ninguno de los vicios del consentimiento en la presentación de su renuncia, carga probatoria que le correspondía; y por otro lado, afirma que el empleador le dio la opción de renunciar o ser despedido, tomando la decisión unilateral de optar por la primera situación, lo que no puede considerarse como una presión o fuerza para renunciar, ya que bien podía el señor dejar que su empleador lo despidiera invocando la supuesta justa causa, e iniciar la reclamación de los derechos que en su criterio le fueron vulnerados.. Reajuste de prestaciones sociales. Sanción Moratoria.

Extracto:

El problema se circunscribe a establecer si la parte acreditó los vicios del consentimiento en la suscripción de la carta de renuncia presentada por el señor xxx a la entidad demandada, y como consecuencia de ello, esta debe ser condenada al pago de la indemnización por despido indirecto. De otro lado, determinar si la bonificación devengada por el demandante, era o no constitutiva de salario, definido lo anterior, establecer la procedencia del reajuste de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social, y de la sanción moratoria del artículo 65 C.S.T.

(...)

Ahora, analizado el interrogatorio del actor, si bien expone que firmó la carta de renuncia porque el ingeniero xxxxxxxxxxxx le dijo que le iba a dañar su hoja de vida, no existe ningún elemento de prueba que sustente tal afirmación; ninguno de los testigos que compareció al proceso da cuenta de ese aspecto porque simplemente no se hallaban presentes el día en que se aduce ocurrieron estos hechos, sin que sea posible, como lo pretende el recurrente – activo, que se tenga por demostrado tal aspecto con la sola versión del promotor de la acción, ya que como es bien sabido, nadie puede constituir propia prueba en su favor. De ahí que conforme las reglas de la sana crítica y de las cargas probatorias, le correspondía a la parte actora traer al proceso los elementos de juicio suficientes para demostrar que en efecto había mediado la fuerza como un vicio del consentimiento en la presentación de la carta de renuncia al empleador.

De otro lado, tampoco por la afirmación del demandante, respecto que el señor xxxxxxxxxxxx le dio dos opciones, renunciar o ser despedido, se pueda considerar que medió un vicio del consentimiento en la decisión del trabajador de optar por la renuncia, como quiera que el actor tuvo la posibilidad de tomar la decisión que en su



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

criterio era la más conveniente para sus intereses, que en ese momento para él fue presentar la renuncia al cargo por motivos personales.

Así lo ha manifestado la Sala Laboral de la Corte, entre otras, en sentencia SL-10254 del 12 de julio de 2017, en la cual se rememora la SL10507 de 2014, en la que se señaló, lo siguiente:

“Desde el punto de vista jurídico, por el hecho de que el empleador hubiese tomado la decisión de despedir al trabajador motivado en un supuesta justa causa, no significa, per se, o se presume, que este proceder constituya un acto de presión frente a la decisión del trabajador y vicie su manifestación de voluntad de renunciar, tal y como lo sostiene el recurrente; toda vez que, frente a la situación fáctica determinada por el ad quem, se puede ver que el trabajador tuvo la oportunidad de sopesar qué le convenía más, si solicitar que le aceptara la renuncia al cargo, o si iniciaba el proceso de reclamación de los derechos que supuestamente le fueron desconocidos con el despido que para él era injusto, con la incertidumbre del resultado de la decisión judicial.”

Extrapolando la jurisprudencia referida para el caso concreto, se tiene que, por un lado, el demandante no demostró que en efecto la carta de renuncia no fue elaborada por él mismo sino por su empleador, ya que frente a ese hecho sólo existe dentro del plenario sus propios dichos, de lo que se colige que no acreditó ninguno de los vicios del consentimiento en la presentación de su renuncia , carga probatoria que le correspondía; y por otro lado, afirma que el empleador le dio la opción de renunciar o ser despedido, tomando la decisión unilateral de optar por la primera situación, lo que no puede considerarse como una presión o fuerza para renunciar, ya que bien podía el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx dejar que su empleador lo despidiera invocando la supuesta justa causa, e iniciar la reclamación de los derechos que en su criterio le fueron vulnerados, como en efecto lo hizo, no obstante , se reitera, no cumplió con la carga probatoria de demostrar los vicios del consentimiento en la decisión de renunciar al contrato laboral que sostenía con xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia en ese puntual aspecto.

(...)

Por su parte , el artículo 128 ibídem, establece que no son constitutivas de salario, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio , ni para enriquecer su patrimonio , sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte , elementos de trabajo y otros semejantes.

En el presente asunto, de la propia certificación expedida por la entidad accionada, y de lo reconocido por esta al contestar los hechos tercero y cuarto de la demanda (f. 76), es posible extraer; primero, que la bonificación otorgada al demandante era por productividad, es decir, se otorgaba como una consecuencia directa de la prestación del servicio y; segundo, que era una bonificación habitual, pues se percibía por el trabajador cada mes.

En ese sentido, si bien la demandada indica que esa bonificación no era constitutiva de salario , y así lo certificó , no por ello ha de considerarse que sea así, pues acorde con lo previsto en el artículo 127 del C.S.T., es salario *“todo lo que recibe el*



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte“, por lo que independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial.

Conforme lo anterior, no es válido tampoco para el empleador, en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 C.S.T., despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, pues conforme lo adoctrinado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia del 13 de junio de 2012, radicación 39475, *“la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo”*, lo que quiere decir, que, si la bonificación habitual que recibe el trabajador es como contraprestación directa del servicio, está por ministerio de la ley será constitutiva de salario.

(...)

Así las cosas, a pesar de que las partes pactaron en el parágrafo de la cláusula cuarta del contrato de trabajo que, las sumas adicionales al salario que recibiera el trabajador como bonificaciones habituales, no serían constitutivas de salario (f.3), dicho pacto carece de eficacia jurídica, pues en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, si un pago se da como contraprestación directa del servicio, como a todas luces lo es una bonificación por producción, está por mandato legal es salario, y por tanto, debe ser tenida en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a la seguridad social.

La sociedad xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, al contestar la demanda, aceptó que no tuvo en cuenta la bonificación por productividad otorgada mensualmente al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, para la liquidación de sus acreencias laborales, motivo por el cual habrá de ser condenada al pago del excedente resultante entre lo pagado por concepto de prestaciones sociales liquidado con un salario base de \$2.280.000, y lo que realmente debió haber pagado teniendo en cuenta la bonificación aludida por valor de \$3.800.000.

Realizada la liquidación de las acreencias laborales definitivas a las que tenía derecho el demandante, la cual hace parte integral del acta de esta decisión, arroja como resultado la suma de \$6.793.992 a la cual se le debe restar los \$3.166.179, que pagó la demandada en la liquidación final de prestaciones sociales (f.9), arroja como resultado la suma de \$3.627.813, por concepto de excedente de liquidación definitiva de prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías, primas) y vacaciones, estas últimas se deberán cancelar debidamente indexadas a la fecha efectiva de su pago.

Respecto los aportes a seguridad social en pensiones, conforme lo establecido en el inciso final del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, la demandada deberá cancelar al fondo administrador al cual se encuentre afiliado el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, la totalidad de la diferencia resultante entre la cotización pagada y la que correspondería teniendo en cuenta el salario base y la bonificación por producción devengada por el trabajador entre 1º de noviembre de 2011 y 22 de enero de 2015, junto con los intereses moratorios que liquide la entidad de seguridad social.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

Finalmente, frente a la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterada recientemente en sentencia SL-2311 del 20 de junio de 2018, ha precisado que su aplicación no es automática, sino que corresponde al operador judicial, examinar las circunstancias esgrimidas por el empleador demandado con el fin de justificar porque no pagó salarios y prestaciones en la oportunidad dispuesta por la Ley, y en el evento de considerar justificado su comportamiento, se le debe exonerar de dicha sanción.

En ese sentido, de antaño se ha dicho que la sanción moratoria opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, razón por la que, en cada caso, es necesario estudiar si su comportamiento estuvo o no asistido de buena fe, ya que no existen reglas absolutas que objetivamente la determinen.

Lo anterior implica que, para la procedencia de la sanción moratoria, debe aparecer de manera palmaria que el empleador ha obrado de mala fe al no pagar a su trabajador lo adeudado por salarios y prestaciones sociales, es decir, que se evidencie una intención de perjudicar patrimonialmente a quien tiene derecho a recibir el pago de las acreencias laborales.

En el presente asunto, la sociedad demandada durante todo el vínculo laboral que sostuvo con el promotor de la acción, le liquidó sus prestaciones sociales sobre el salario básico devengado por este y desconoció el carácter salarial de la bonificación por producción que mensualmente también devengaba el trabajador, bonificación esta, que como ya se dijo, era una contraprestación directa del servicio prestado por el actor y, por tanto, con un eminente carácter salarial.

A pesar de lo anterior, la demandada no presentó el más mínimo argumento para justificar la no inclusión de la bonificación por producción como factor salarial para la liquidación de acreencias laborales, pues simplemente se limitó a señalar en la contestación de la demanda que dicha bonificación no era constitutiva de salario. No obstante, tal bonificación por producción no tenía una sola de las características señaladas en el artículo 128 del C.S.T., para considerarla como un pago no salarial, por el contrario, la entidad demandada reconoció la habitualidad del emolumento, ya que era reconocida mensualmente, y además dependía de la producción del trabajador, es decir, de la prestación efectiva del servicio, características propias del salario conforme lo dispone el artículo 127 ibídem.

Teniendo en cuenta lo anterior, no puede llegarse a otra conclusión, sino que la sociedad demandada tenía el objetivo de desconocer el valor real de las prestaciones sociales a las que tenía derecho el trabajador durante todo el vínculo laboral, comportamiento que bajo ninguna óptica puede ser catalogado como de buena fe, por el contrario, indefectiblemente afectó patrimonialmente al empleado, aspecto que denota su mala fe frente a este.

Así las cosas, existen suficientes motivos para considerar procedente la imposición de la sanción moratoria a la demandada, la que corresponde a un día de salario por cada día de retardo hasta por 24 meses, y a partir del mes 25, el empleador debe pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, de conformidad con la modificación que hizo el artículo 29 de la ley 79 de 2002 al artículo 65 del C.S.T., como quiera que el demandante devengaba un salario superior al mínimo legal.

Rad. 76001 31 05 006 2015 00450 01 (31-07-2018) Mag. María Nancy García García.



INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO. CONTRATO A TÉRMINO FIJO. La suscripción de varios contratos sucesivos, no siempre es indicativo de la existencia de un solo contrato de trabajo, así haya mediado un pequeño margen de tiempo entre la terminación de uno y la suscripción de otro.

Extracto:

Ahora, alega el recurrente activo, que por el hecho de haber desempeñado el demandante, el mismo cargo de conductor y haber ejercido las mismas funciones, durante la vigencia de cada uno de los contratos a término fijo, debe declararse la existencia de una sola relación laboral ininterrumpida, con la consecuente reliquidación de salarios y prestaciones sociales.

Al respecto, considera la Sala que no le asiste razón a la parte actora, pues de antaño, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias del 17 de septiembre de 2003, rad. 20946; del 15 de marzo de 2011, rad. 37435 y, recientemente, en sentencia SL-1043 del 10 de abril de 2018, ha decantado que la suscripción de varios contratos sucesivos, no siempre es indicativo de la existencia de un solo contrato de trabajo, así haya mediado un pequeño margen de tiempo entre la terminación de uno y la suscripción de otro, ya que es posible que tal situación ocurra real y verídicamente dentro del normal desarrollo de la actividad laboral de las empresas; sin embargo, tal situación debe ser analizada con extrema minucia por el operador judicial, teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el plenario, a fin de establecer que esa circunstancia no se haya dado con el objeto de desconocer los derechos mínimos laborales al trabajador.

En el presente asunto, observa la Sala que la entidad demandada terminaba cada contrato en la forma y dentro del término establecido en el artículo 46 del C.S.T., pues así se acredita con los preavisos que obran en el plenario (fs.142,160, 179,199,220,239,259,284, 309 y 356). Así mismo, una vez terminado cada contrato de trabajo, la entidad liquidaba al trabajador los salarios, prestaciones sociales y vacaciones por todo el tiempo laborado ,esta última sobre 360 días, aspecto que deja sin piso, el argumento del recurrente relativo a que el período de interrupción corresponde a las vacaciones que no fueron pagadas al actor, pues por el contrario, la demandada acredita con suficiencia el pago de todas las acreencias laborales al demandante con el respectivo comprobante de liquidación debidamente firmado por el trabajador (fs. 143, 161, 180,200, 221, 240, 261, 286, 311, 358 y 406). Incluso, la empresa de buses demuestra que cumplió con su obligación de consignar las cesantías del actor en el fondo administrador, y que una vez finalizaba cada contrato de trabajo, autorizaba el retiro de esta prestación social para que fuera puesta a disposición del demandante (fs. 145 a 147, 163 a 165, 182 a 184, 202 a 205, 263 a 266, 288 a 290, 313 a 315 y 360 a 362).

Teniendo en cuenta los elementos de prueba reseñados, y la jurisprudencia referida anteriormente, resulta evidente para la Sala que la EMPRESA DE BUSES BLANCO Y NEGRO S.A., no utilizó la modalidad de contrato a término fijo con el ánimo de desconocer derechos mínimos laborales al señor xxx, pues durante cada lapso contractual de un año, reconoció y pago a este todas las prestaciones sociales y



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

vacaciones a las que este tenía derecho. De ahí que incluso, si en gracia de discusión se admitiera la existencia de una sola relación laboral continua e ininterrumpida, no existiría acreencia insoluta en favor del promotor de la acción, ni derecho a reliquidación alguna de salarios, prestaciones sociales o vacaciones, se reitera, porque la entidad demandada liquidaba y cancelaba todas las acreencias por el año contractual equivalente a 360 días, y el periodo de interrupción del cual se duele la parte actora, era remunerado como vacaciones compensadas según se desprende de los comprobantes de liquidación definitiva de cada contrato (fs. 143, 161, 180, 200, 221, 240, 261, 286, 311, 358 y 406), razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia en ese aspecto.

Hay que anotar, que la declaratoria de una única relación laboral como lo pretende la parte demandante, ni siquiera tendría efecto alguno en la liquidación de la indemnización por despido injusto, pues la modalidad contractual establecida por las partes fue a término fijo, y es bien sabido que este tipo de contratos no se convierten a término indefinido sin importar la duración del primero, de tal manera que no podría liquidarse la indemnización del artículo 64 del C.S.T., como si se tratara de una relación laboral regida por un contrato a término indefinido.

Rad. 05 015 2015 00457 01 (18-07-2018) Mag. María Nancy García García.

FUERO SINDICAL. PERDIDA DE EJECUTORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Abuso del derecho de asociación sindical y fuero sindical.

Extracto:

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX instauró **Proceso Especial de Fuero Sindical – Acción de Reintegro**, en contra del **Hospital Universitario del Valle – Evaristo García ESE** orientada a que se declare la ineficacia de la terminación de su contrato de trabajo; en consecuencia, solicitó su reintegro, y el consecuente pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el despido y hasta la fecha de su reincorporación.

Descendiendo al *sub examine*, y en aplicación de todos los lineamientos expuestos en párrafos anteriores, es claro que el objeto de este proceso implica la determinación de la existencia de **fuero sindical** de la demandante y de si su empleador estaba obligado a solicitar el permiso judicial para despedirle, conforme se anotó en precedencia. En esta medida, si bien por regla general al juez solo le compete **constatar objetivamente** si se dieron tales presupuestos para cada una de las acciones, es indispensable reconocer que **debe partir por establecer, para dar cumplimiento al primer presupuesto, si quien pide la aplicación de la garantía foral efectivamente está cobijado por ella**, en camino de lo cual el primer análisis debe darse por la Sala, respecto de la calidad de aforado del actor, máxime cuando en su apelación la demandada plantea en su favor los efectos de la sentencia T-523 de 2017.

Además, no puede ser el juzgador un convidado de piedra cuando una de las partes al interior del proceso, defiende como teoría del caso, que la otra ha abusado del derecho de asociación sindical y del fuero sindical; de allí que es nuestro deber en cada caso concreto, y sobre la base de elementos objetivos demostrados en el proceso, construir el pleno convencimiento sobre la existencia o no de un ejercicio



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

abusivo y malintencionado de un derecho determinado, que predica una de las partes.

La Sala extracta de las pruebas aportadas en medio magnético por la parte demandada (fl 98) que el **Hospital Universitario del Valle**, inició un proceso de reestructuración que implicó que el 26 de octubre de 2016 expidiera al Acuerdo 020 mediante el cual modificó la Planta de Personal y fruto de ello el 27 de octubre de 2016, mediante oficio **01 MA.00388** (Fl.98) finiquitó el contrato de trabajo de la demandante, al igual que el de otros trabajadores de la ESE; que tres (3) días después, el 31 de octubre de 2016, el **Sindicato de Trabajadores de Clínicas y Hospitales del Valle del Cauca – Sintrahospiclínicas**, formuló una acción de tutela con miras a que le fueran amparados sus Derechos Fundamentales a la asociación sindical, al fuero sindical, al fuero circunstancial y al trabajo, como consecuencia de la cual mediante sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cali el 10 de noviembre de 2016, se ordenó al HUV “**...suspender EL TRÁMITE DE Reestructuración de Planta de Personal (...)** y **REINTEGRAR** a cargos de igual o superior categoría a los trabajadores oficiales afiliados a la ORGANIZACIÓN SINTRAHOSPICLÍNICAS y que trabajan en el Hospital Universitario del Valle, sin solución de continuidad...” (Fl. 98) (NEGRILLA FUERA DE TEXTO).

La anterior decisión fue modificada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en sentencia del 19 de diciembre de 2016, en la que ordenó al demandado HUV que: “**...SUSPENDA LOS EFECTOS de los Acuerdos 019, 020 y 021 del 26 de octubre de 2016, expedidos por su Junta Directiva, respecto de los trabajadores oficiales afiliados a la organización hospitalaria, hasta tanto el juez ordinario laboral, decida sobre la procedencia de su despido...**” (Fl.98) (NEGRILLA FUERA DE TEXTO).

En cumplimiento de tales decisiones judiciales, el **Hospital Universitario del Valle**, con fecha diciembre 21 de 2016, expidió el Acuerdo 029 del mismo año, mediante el cual ordenó, en lo que atañe a este proceso: “**ARTÍCULO PRIMERO: SUSPENDER PARCIAL Y TRANSITORIAMENTE** (Negrilla y mayúscula propias del texto) los efectos de los Acuerdos números 019, 020 y 021 del veintiséis (26) de octubre de dos mil dieciséis (2016)(...) **ARTÍCULO SEGUNDO ...Conforme a lo establecido en la Sentencia de Tutela** proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle (...) **mientras perdure la condición de protección ...**” (NEGRILLA FUERA DE TEXTO), entre los cuales precisamente se encontraba la demandante, a quien se le reintegró por tener la condición de “**FUERO CIRCUNSTANCIAL**” (Fl 98).

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

Aquí la Sala debe hacer hincapié, en que no está haciendo un juicio de validez sobre la creación del sindicato **Sintraservicios**, máxime si se tiene en cuenta que no existe en el plenario una solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad, requisito que se exige por el **artículo 161 Numeral 1 del CGP**, sin una simple



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

alusión a la procedencia de la figura, lo cual descartaba que la *A quo*, la declarara de *oficio*.

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

Rad. 009 2018 00087 01 (24- 07-2018) M.P. Jorge Eduardo Ramírez Amaya.

PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR EXPOSICIÓN A ALTAS TEMPERATURAS. INTERESES MORATORIOS. Cotización adicional exigida por la ley para los trabajos de alto riesgo.

Extracto:

Colofón a todo lo anterior, se tiene que el demandante cotizó en toda su vida laboral, un total de con 1700 semanas, de las cuales 1345 semanas fueron con exposición a altas temperaturas, no existe duda que cumple los requisitos del Decreto 2090 de 2003, para acceder a la pensión especial de vejez.

Ahora bien, al tener 645 semanas adicionales a las primeras 700 exigidas en actividades de alto riesgo por el artículo 3 del Decreto 2090 de 2003, el promotor de la acción tiene derecho a la reducción máxima de 5 años en la edad pensional, es decir que causó el derecho a la pensión especial de vejez cuando cumplió los 50 años, que lo fue, el 24 de mayo de 2011. No obstante, el *Aquo* declaró que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx tenía derecho a la pensión especial de vejez a partir del 29 de marzo de 2014, día siguiente al de su última cotización, y como quiera que la parte actora no presentó inconformidad frente al fallo, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia en ese aspecto.

La liquidación de la pensión de vejez, debe hacerse de conformidad con el artículo 10 de Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, en el sentido que partir del 1º de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, **será del equivalente al 65%**, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r=65.50 - 0.50s$, donde:

r =porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada y a partir del 2005, por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del IBL, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula antes señalada.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

El IBL se debe calcular conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los últimos 10 años o el de toda la vida laboral, según resulte más favorable, como quiera que el demandante cuenta con más de 1250 semanas cotizadas.

Una vez efectuada la liquidación por parte de la Sala, la cual se integra al acta de la presente decisión, se tiene que con toda la vida laboral, arroja un IBL por valor de \$2.212.859, y con los últimos diez años, un IBL por valor de \$2.473.062, por lo que este método le resulta más favorable al promotor de la acción.

Ahora, conforme el artículo 10 de Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión inicia con la base del 65,50% (factor r), menos el 2,00%, como quiera que el IBL comprende 4,01 veces el salario mínimo de 2014 (factor s), según el año de causación que sirve para determinar el IBL, $(2.473.062/616.000=4,01) \times 0,50 = 2,1$, arroja una tasa de remplazo del 63,40%, a la cual debe adicionarse un 12% en razón a que la demandante cuenta con 425 semanas adicionales a las 1275 semanas exigidas para el año 2014, lo que da como resultado una tasa de remplazo final de 75,4%, que al ser aplicada al IBL obtenido, arroja una mesada pensional por valor de \$1.864.689, la cual es inferior a la obtenida por la primera instancia por valor de \$1.885.470 (f.455), razón por la que habrá de modificarse la sentencia en ese puntual aspecto. Se deja constancia que no es posible establecer el origen de la diferencia, como quiera que el A quo no aportó la liquidación de la pensión por el efectuada y, dentro de sus considerandos, no hizo mención a los criterios de liquidación utilizados.

Hay que tener en cuenta, que el método de liquidación de la pensión de vejez y la pensión especial de vejez es el mismo, siendo el único aspecto que las diferencia, que en esta última el afiliado tiene el derecho de acceder a una edad más temprana a la prestación. El número de mesada serán 13, en razón a que la pensión se causó con posterioridad a la limitación de mesadas pensionales establecida en el inciso 8 del artículo 1º del A.L.01 de 2005.

Igualmente debe anotarse que ninguna mesada pensional se encuentra afectada por la excepción de prescripción, como quiera que entre la fecha de reconocimiento de la prestación, 29 de marzo de 2014, y la fecha de presentación de la demanda, 24 de mayo de 2016 (f.11), no transcurrieron los tres años indicados en el artículo 151 del C.P.T.y S.S...

Realizada la liquidación del retroactivo pensional causado entre el 29 de marzo de 2014 y el 30 de junio de 2018, arroja la suma de **\$112.731.139**, el cual se seguirá causando hasta el momento efectivo de su pago, y del que se autoriza a **COLPENSIONES** a descontar la parte correspondiente a los aportes con destino al SGSSS, sobre las mesadas ordinarias, por lo que se modifica la sentencia de primera instancia en ese sentido.

A partir del 1º de julio de 2018, se deberá continuar pagando al demandante una mesada pensional por valor de \$2.271.728, sin perjuicio de los incrementos anuales que decreta el Gobierno Nacional.

Ahora, en lo relativo a los intereses moratorios, los mismos proceden de conformidad con lo señalado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en razón a que estos se generan una vez vence el plazo de 4 meses que por ley tiene la entidad administradora para el reconocimiento del derecho pensional, sin que sea de recibo el argumento de la recurrente pasiva sobre este aspecto, como quiera que era una



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

obligación del fondo de pensiones adelantar las gestiones y averiguaciones frente al empleador del afiliado, a fin de establecer si en efecto este había laborado en altas temperaturas, y en ese sentido, tenía derecho a la pensión especial de vejez que estaba reclamando.

En el presente asunto, la reclamación administrativa fue elevada por el demandante, el 7 de noviembre de 2014, por lo que **COLPENSIONES** tenía hasta el 7 de marzo de 2015 para reconocer la prestación, pero como quiera que no lo hizo, y por el contrario negó la misma, los intereses se causarán a partir del 8 de marzo de 2015, tal como lo declaró la Primera Instancia.

Así las cosas, habrá de revocarse parcialmente y modificarse la sentencia de primera instancia, conforma las consideraciones hasta aquí expuestas. Sin costas por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación.

Rad. 015 2016 00239 01 (18-07-2018) Mag. María Nancy García García.

REINTEGRO LABORAL. Protección laboral reforzada.

Extracto:

Por entender necesario para la solución del presente asunto definir primero lo relativo al anhelo de la parte demandante de darle curso al reintegro laboral pregonado con base en la protección laboral reforzada, es que se pasa a detallar lo siguiente: la oficina judicial de instancia que sí tiene facultades extra y ultra petita al momento de definir su viabilidad, para el caso anotó tajantemente no haberse planteado tal pretensión, realidad jurídico – procesal que a esta instancia compromete en tanto se conoce la carencia de esa facultad para la Corporación, de modo pues que la única manera viable que encuentra la Sala para abordar ese tema, es que comprenda a diferencia de la primera instancia que en efecto tal situación si fue realmente solicitada desde la demanda.

Pero es de señalarse que como pretensión que es, surge sin duda de un acto de voluntad que como tal puede ser tácito o expreso pero que decididamente no lo es expreso, pues al primer examen de vista que sobre el acápite de pretensiones se haga, ello no brilla, queda entonces como único camino que vía la intelección totalizante del escrito demandatorio pueda llegarse a encontrar elementos objetivables y permisivos para encontrar esos actos volitivos en cualquiera de los contornos del libelo inicial.

Para esa preocupación bien vale indagarnos: ¿Qué se encontró? A lo que hay que señalar no existir duda que sí es pretensión expresa lo relativo a la indemnización de los 180 días de que trata la Ley 361 de 1997, en donde necesariamente hay una discusión sobre los supuestos facticos y jurídicos sobre esta pretensión, que sustancialmente rondan y están en toda discusión que se aborde para el reintegro anhelado, pues vale anotar abrevan no solo de la misma norma y entendido constitucional, sino de la realidad fáctica; pero es de señalarse que para la Corporación con esto no emerge el elemento volitivo característico de toda pretensión, es decir, no se llega a observar ello del libelo inicial, no sobra anotar que el querer indemnizatorio declarado por la instancia es concomitante al anhelo referente al reintegro pero se repite , por inferencia no se alcanza a superar lo que



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

reconoció la oficina de instancia, no estar en el libelo la referida pretensión sobre el reintegro.

Aclarado lo anterior sigue la Corporación en la satisfacción de las restantes pretensiones que conforman el debate.

En cuanto al otro punto de apelación del demandante por quedar acreditado y no censurado por la apelación de la demandada, que en los años 1992 y 1993 sí hubo relación laboral, ya que obran los contratos de trabajo a folios 173 y 174, corresponde ordenar la satisfacción de los aportes a la seguridad social pedidos desde el hecho 15 de la demanda, dado que la condición de trabajadores dependientes de la accionada los hace afiliados obligatorios, máxime cuando la accionada no reconoce como laborales esos extremos contractuales, lo que implica por supuesto negación del pago de esos aportes.

La pretensión de los dineros correspondientes al auxilio del transporte no podría concederse por cuanto en el recurso se pregonó no recibir el pago económico de ese derecho, pero en la convención colectiva en el Art. 24 8f.110) se estipula a cargo de la empresa seguir prestando el servicio de transporte a los trabajadores, sin que se alegue en la demanda incumplimiento convencional de ese derecho, solo se advierte existir su insatisfacción monetaria, a la que no se tiene derecho si hay esa obligación convencional, para nada discutida.

Ahora en punto de la apelación de la accionada, la Sala considera no tiene vocación de prosperidad, se explica:

La empresa demandada alega ser la razón del despido de carácter administrativa así como que el triunfo de los derechos de la ley 361 de 1997 exige demostrar como causa única del despido limitaciones de salud, para lo cual esgrime que de la carta de despido y de las pruebas testimoniales surgen las razones administrativas de la resciliación criticando a su vez que las sanciones no pueden fundarse en presunciones, existiendo buena fe patronal y además que no se puede infringir el mandato del Art. 281 del C.G.P.

Para la Corporación no resulta cierta la tesis referente a dependencia de la prosperidad de los derechos de la Ley Clopatosky al hecho de estar atado a la necesidad de existir como única causa del despido las razones de salud, y no lo es por cuanto, se entiende que el legislador, pudiéndolo hacer, desarrolló la confección de la norma con el mandato protector del art. 25 de la Constitución sobre el hecho social del trabajo en todas sus modalidades del art. 13 sobre la igualdad y la necesidad de dar protección especial a los desiguales, el del art. 48 referente a la seguridad social como derecho primero humano en el nivel internacional y fundamental en el patrio, además, de los principios mínimos fundamentales del trabajo consagrados en el art. 53 como el de la estabilidad en el empleo y la protección de las personas en situación de debilidad manifiesta, por lo que bien pudo establecer, como acción positiva, una protección reforzada, y para ello determinar la presunción de ser discriminatorio el despido de una persona en esas condiciones, si no le precede el permiso de desvinculación emanado de autoridad competente, es que, se repite, sí fue peticionado en el hecho 15 de la demanda lo referente a los aportes de la seguridad social.

Ser de alta consideración para el caso presente no perder de vista qué en la alzada no se discute ni coloca en tensión las razones médicas y de vulnerabilidad expuestas por la instancia sobre el reclamante a la hora del despido, con lo cual considera la Sala



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

de decisión se mantiene incólume la edificación del cargo o condena fulminada por la instancia, pues nada hay en el plenario que derruya la aplicación de la mentada presunción, no pudiendo tener ese alcance lo escrito en la carta de terminación del vínculo, pues ésta no es un medio de prueba, sí de enunciación, como tampoco es la referencia de los testigos sobre razones administrativas que ni siquiera se descubrieron en el proceso, más allá de lo voluntarioso del suceso.

Rad. 001 2011 00812 01 (25-05-2018) M.P. Dr. Carlos Alberto Carreño Raga.

SALA PENAL

HABEAS CORPUS. Acumulación de las sanciones.

Extracto:

Que desde el 12 de junio de 2018 se encuentra en arresto domiciliario, cumpliendo las órdenes que en este sentido emitieron los juzgados 2 Civil Municipal de Oralidad de Bello Antioquia dentro del trámite de desacato 2016-0876 y del Juzgado 4 Promiscuo Municipal de Apartadó Antioquia emitida en el radicado 2018-00076, medidas que se cumplieron el 20 de junio de 2018.

Que en la actualidad, empezó a cumplir otra medida de arresto domiciliario, por el término de 10 días, ordenado por el Juzgado 4 Promiscuo Municipal de Apartadó Antioquia, en el trámite incidental de desacato radicado 2017-00642, la cual culmina el día 30 de junio.

Que según el reporte de la Policía Nacional, vez culminado el arresto en el cual se encuentra actualmente, deberá cumplir 45 ordenes más, emanadas de diferentes despachos judiciales del país, en virtud de trámites incidentales de desacatos que la sancionan y que en total ascienden a 305 días de arresto.

Que por parte de la entidad que representa, xxxx se han realizado todas las gestiones necesarias para dar cumplimiento a las órdenes de tutela emitidas por los jueces de la República, labor que no puede desempeñar si debe cumplir con las órdenes de arresto que se han proferido en su contra.

Que la acumulación de las sanciones en su contra se constituye una privación de la libertad que afecta los derechos de la Dra. xxx.

Solicita se le conceda la libertad inmediata, se suspenda por el termino de 6 meses las órdenes de arresto proferidas en su contra en los trámites de desacato y las que se llegaren a proferir en ese tiempo; se ordene a la Policía Nacional y a la Fiscalía General no hacer efectivas las órdenes de arresto y a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial que se suspenda el trámite de cobro coactivo de las multas impuestas a la Dra. xxx.

Un análisis que resulta trascendente a fin de decantar si estamos o no ante la vulneración al derecho a la libertad, el que a términos del artículo 28 de la C.N., solo puede ser intervenido por autoridad judicial competente, con las formalidades



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

legales y por motivos previamente definidos en la ley, consagrándose así una reserva legal y judicial de este derecho fundamental.

Es claro , que solo un juez puede limitar este derecho y por motivos previamente definidos en la ley, remitidos a estos, encontramos que según el decreto 2591 de 1991, un juez puede limitar el derecho a la libertad ordenando el arresto hasta por 6 meses, cuando quiera que se compruebe el incumplimiento a la orden del juez de tutela.

Pero sin duda, la injerencia más trascendente del derecho a la libertad se da como consecuencia del ejercicio de la acción punitiva del Estado, a través del proceso penal, donde se puede prolongar mayormente la privación de la libertad, ya sea a través de la imposición de una medida de aseguramiento o el cumplimiento de una pena.

Lo que nos lleva entonces a considerar que por fuera del proceso penal, el juez solo puede limitar el derecho a la libertad con la imposición de arresto, como una medida diferenciada que implica una menor severidad, cuyo máximo termino no puede superar los 6 meses por desacato en fallos de tutela.

Bajo tales presupuestos, si bien es cierto que una lectura insular de cada una de las órdenes de arresto emitidas por los distintos jueces, por desacato por fallos de tutela , gozan de la presunción de acierto y legalidad, la acumulación de estas frente a la situación de la accionante quien se avoca de manera cierta e indefectiblemente a permanecer privada de la libertad por un término superior a 300 días, vulnera el derecho de libertad, en la medida en que se superan los términos previstos por la ley para que por motivo ajenos a la esfera del derecho penal se afecte este derecho fundamental.

Finalmente, desde una interpretación consecuencialista de la norma, no se puede dejar de considerar que la teleología de la sanción por desacato, está orientada fundamentalmente a obtener el cumplimiento del fallo de tutela, y en este caso la privación permanente y prolongada de la Dra. Xxx ,Gerente General de xxxx, sin duda altera sustancialmente el normal funcionamiento de la entidad y merma las posibilidades de que se adelanten las gestiones pertinentes para que se dé cumplimiento a los fallos de tutela, no solo los ya proferidos que han dado lugar al desacato, sino además, los que en el curso de este lapso se pudieren emitir.

Un argumento más para considerar razonable la procedencia modulada del habeas corpus en procura de abrir campo a una oportunidad excepcional para que se adelanten las gestiones pertinentes y se dé cumplimiento a los fallos de tutela donde se han adelantado los incidentes de desacato y el proferimiento de las sanciones, así como a los demás que se hubiesen proferido.

Bajo tal análisis, se hace procedente la acción de Habeas Corpus, en tutela del derecho de libertad de la Dra. xxx, consecuencialmente en tutela del derecho a la salud protegido a través de los fallos de tutela, disponiendo la suspensión, por el termino de seis (6) meses , contados a partir de la fecha, de las órdenes de arresto emitidas en su contra, en su calidad de Gerente General de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, incluida la que actualmente se está ejecutando, a fin de que reasuma las funciones de su cargo y adelante las gestiones que sean necesarias para dar cumplimiento a los fallos de tutela, de lo cual deberá dar cuenta a todos y cada uno de los despachos judiciales.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

Vencido el plazo, en caso de no haberse cumplido los fallos de tutela que originaron los desacatos, las órdenes de arresto retomaran plena vigencia y deberán ser ejecutadas en forma inmediata.

Finalmente, en relación con la solicitud de que se suspendan los procesos de cobro coactivo de multas impuestas, se hace necesario señalar que tal pronunciamiento escapa a la esfera de competencia de este juez constitucional, sin embargo se ordenará poner en conocimiento de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la decisión de suspender las órdenes de arresto que se encuentran en estricta correlación con la imposición de las multas.

Para el cumplimiento de la presente decisión, por intermedio de la Secretaría de la Sala Penal de esta corporación, se ordena notificar a la Policía Nacional, la Fiscalía General de la Nación, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial DESAJ, los despachos judiciales vinculados a este trámite y a la accionante, por los medios más expeditos.

Rad. 2018 00406 00 Acta No. 138 (22-06-2018) Mag. Socorro Mora Insuasty.

HOMICIDIO AGRAVADO TENTADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO. Valoración Probatoria.

Extracto:

“El 23 de Octubre de 2010, a eso de las 00:15 horas, la patrulla 15-06 adscrita a la estación de los Mangos al realizar vigilancia por el sector de la carrera 43 A con avenida ciudad de Cali, observan a un ciudadano que se movilizaba en una motocicleta DT 125, color blanca, portando un arma de fuego en su mano y con la cual disparaba en forma indiscriminada hacia el establecimiento público denominado “La Tempestad” sitio donde se encontraban varias personas departiendo y algunas otras transitaban por el lugar”.

(...)

De conformidad al mandato legal contenido en los artículos 34 numerales 1º, 176 finales y 178 de la Ley 906 de 2004 resuelve esta instancia el asunto planteado por el recurrente, dentro del marco delimitado por el objeto de su impugnación.

El recurso de apelación propuesto por el apelante único se circunscribe a la crítica de la apreciación probatoria realizada por la Juez de Primer grado, razón por la cual a ello se limitará esta Colegiatura.

Como referencia introductoria, dígase primeramente que la legislación procedimental penal ha consagrado que vedado se torna para el juzgador dictar sentencia se condena cuando no obre en el proceso plena prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado, lo cual significa que en procura de adoptar una adecuada decisión que en realidad sea ajustada a la evidencia probatoria, necesariamente debe ser palmario el compromiso penal una vez han sido valoradas las pruebas en su conjunto de acuerdo a los principios de la lógica, la experiencia judicial y la sana crítica.

(...)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

Ahora bien, el señor ALEXANDER ROJAS NUÑEZ, técnico profesional en balística, sostiene del lugar de los hechos fueron recuperadas 5 vainillas, por lo que se le encargó la labor de establecer si las mismas pertenecían al arma de fuego que le fuera incautada al procesado, refiriendo que hecha las labores de laboratorio correspondientes encontró que 3 de las vainillas recuperadas son uniprocedentes con el adminículo bélico que portaba el señor xxxxx

No obstante este cúmulo probatorio claro y contundente en contra del encartado, la defensa pretende su desestimación con los resultados de una prueba de residuos de disparo en mano, los cuales fueron aportados por la testigo de la defensa MARIA CONSTANZA MOYA JIMENEZ, perito química egresada de la Universidad Nacional de Bogotá, que realizó una prueba para análisis el 28 de enero de 2011, recibiendo debidamente rotulado un kit perteneciente al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, el cual evidentemente no puede ser tenido en cuenta dado el espacio de tiempo que separa los hechos de la realización del examen pericial.

Además, sobre este tipo de pruebas, tal como lo refirió la sentenciadora, conocido que es no puede ser determinante para afirmar que desvincula de los hechos al infractor señalado por las víctimas del ataque, máxime, cuando los hechos ocurrieron el 23 de octubre de 2010, y dicha prueba se realiza el 28 de enero de 2011, con un kit recolectado al procesado que impide, inobjetablemente, atender los resultados cuando su práctica se hace 3 meses después.

No debe olvidarse, que a no ser que el kit recolectado al infractor sea inmediato y se protejan por los agentes captadores las manos del presunto tirador, imposible deriva tener en cuenta un resultado negativo ante la posibilidad de haberse rozado las palmas de las manos con la ropa, con otros objetos o lavado con agua; esas simples actividades pueden desaparecer casi que por completo los residuos que quedan al disparar un arma de fuego y por tanto difícilmente podría aceptarse la fiabilidad de la experticia, que como dijo la misma perito, no es conclusiva.

Pero resulta que como el contenido de la defensa es derribar la prueba que señala contundentemente a su prohijado, en gracia de discusión si se aceptara la tesis sobre la ausencia de prueba que demuestre que su pupilo disparó el arma de fuego que le fue hallada, dicho planteamiento tampoco tendría aceptación, ya que olvida el censor que su defendido llevaba consigo el adminículo bélico inmediatamente fue disparado en contra de las 5 víctimas y si él no fue quien lo percutió, como lo señala el impugnante, el solo sorprendimiento huyendo del lugar de los hechos y portando el arma de fuego lo hace coautor de los acontecimientos delincuenciales, dado el caso que su teoría sea la del resguardo del arma homicida o su ocultamiento.

Pero como esta no fue la tesis de la Fiscalía, sino de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, disparó en contra de las personas que se hallaban departiendo en el establecimiento comercial La Tempestad, esta Colegiatura evidentemente comparte con total crédito probatorio que las pruebas obrantes en el plenario y que se indicaron en precedencia, dejan de presente que xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, ese 23 de octubre de 2010, emprendió fuego de manera indiscriminada en contra de varias personas indefensas con el fin de darles muerte en el acto. Se tiene además, que esta acción criminal no la ejecutó solo porque se encontraron dos vainillas que no fueron uniprocedentes con el arma de fuego que le fuera incautada, de ahí la circunstancia de mayor punibilidad que se le dedujera en la acusación y que se incluyera en la adecuada dosificación punitiva correspondiente a la coparticipación criminal.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

Por lo anterior, para la Colegiatura no queda otro camino que CONFIRMAR, de manera integral el fallo atacado, se reitera, porque no observó ninguno de los errores aducidos por la defensa, como carencia o falso raciocinio en la sentencia atacada, pues claro queda que no se trata de contradicciones en los testigos de visu las que se avizoran en el contenido testimonial de cada uno, sino una clara demostración de la honesta declaración que otorgan cuando sostienen haber visto, desde sus puntos de ubicación, a un hombre que vestía gorra y camiseta blanca, de tez morena y portando una chaqueta, disparar en contra del establecimiento comercial La Tempestad e hiriendo de gravedad a varios de los ciudadanos que allí departían.

No existe ningún elemento que permita a esta Magistratura dudar del señalamiento hecho por los testigos, menos podría admitirse el resultado de la prueba de disparo en mano realizada a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, cuando el perito balístico ha establecido uniprocedencia entre 3 de las vainillas recolectadas en el lugar de los acontecimientos y el arma de fuego incautada al procesado.

Ese es un claro indicio de que xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, disparó el arma de fuego que le fue hallada, al punto que uno de los agentes captores dijo haberla sentido con alta temperatura y ello es propio de los elementos bélicos cuando son percutidos, de tal suerte que con la sola mención del defensor que pretende hacer ver contradicciones en los testimonios donde no las hay y sumarlas a una prueba de absorción atómica negativa realizada 3 meses después de los sucesos, se derribe un claro señalamiento que no deja duda de la responsabilidad penal que le asiste al implicado en estos hechos.

Por lo anterior, no queda más y siendo suficientes hasta aquí las elucubraciones, que reafirmar la decisión condenatoria emitida en contra de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, conforme las consideraciones hechas atrás.

Rad. 193 2010 23624 Acta No. 224 (07-18-2018) M.P. Mónica Calderón Cruz.

PREVARICATO POR ACCIÓN AGRAVADO.

Extracto:

Previa presentación formal del escrito, en audiencia del 28 de enero de 2016, la Fiscalía acusó al Dr. xxx por el delito de prevaricato por acción (art. 413 del C.P.) agravado – porque la decisión está relacionada con el delito de homicidio (art.415 ibídem.)- pues consideró que la aludida decisión del aquí acusado es manifiestamente contraria a la ley en atención a que, en síntesis:

A.- El juez xxxx no realizó la audiencia de revocatoria de medida de aseguramiento programada para el 1º de agosto de 2013 a la 1:30 de la tarde, por la supuesta inasistencia del Fiscal 26 Seccional; aplazó esa audiencia para el 26 Seccional; aplazó esa audiencia para el 26 de agosto a las 2:00 de la tarde y citó al Fiscal para una audiencia distinta –permiso al detenido xxxx para estudiar- para el 28 de agosto de ese mismo año.

B.- Pero el 28 de agosto de 2013 a las 2:20 de la tarde celebró la audiencia en la que revocó la detención que pesaba sobre xxxx y lo puso en libertad inmediata: **1.-** sabiendo que el Fiscal había sido citado a una audiencia distinta de menor entidad;



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

2.- sin considerar los elementos probatorios que la Fiscalía había aducido ante el Juez 21 penal Municipal de Control de Garantías con base en los cuales éste le impuso la medida de aseguramiento y, 3.- desconociendo que el detenido tenía antecedentes penales también por el delito de homicidio y, por lo mismo, no se habían desvirtuado las causales que llevaron a imponerle la detención intramural.

En esa audiencia realizada el 28 de agosto de 2013 a partir de las 2:20 de la tarde, el Dr xxxxx decidió revocar la medida de aseguramiento que pesaba contra xxxxx; decisión que adoptó : i.- sin la asistencia del Fiscal 26 Seccional; ii.- desconociendo que la intervención del Fiscal era jurídicamente necesaria para garantizar la contradicción y, por ende, para poder valorar las declaraciones ante notario que le presentó la defensa, a partir de las cuales afirmó que no existía inferencia razonable de que éste fuera el autor o partícipe de los hechos y, iii.- sin considerar ni desvirtuar las múltiples razones jurídicas que tuvo en cuenta el Juez 21 Penal Municipal de Control Garantías para imponerle detención preventiva.

El ingrediente normativo del tipo.-

a.- Su configuración.-

Desde la óptica de esta Colegiatura la decisión de revocatoria de la medida de aseguramiento adoptada por el Dr. xxxx resulta “*manifestamente contrario a la ley*” pues la misma plantea un abierto y protuberante distanciamiento:

- 1) Del orden jurídico que determina el ámbito de las funciones del servidor público constituido por los arts. 122 y 123-2 de la C.P. –*conforme a los cuales los servidores públicos deben ejercer sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento-*; contraviene el art. 230 íbidem –*conforme al cual los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la ley-*; desconoce el art. 6º íb. *conforme al cual el servidor público sólo puede hacer aquello que la ley le ordena-* y trasgrede el art. 153-1 de la L.270/96 – *que le impone al juez el deber jurídico de respetar y cumplir la ley-*.
- 2) Esa decisión del Dr. xxxx desconoce abiertamente la regulación normativa establecida en la L. 906/04 la cual, de un lado, establece que la función del juez es reglada y su actuación está determinada por la naturaleza jurídica del sistema de partes con intereses contrapuestos que caracteriza el método de adelantar el proceso penal, en el que el Juez es un tercero imparcial que debe escuchar los argumentos y contrargumentos de cada una de ellas como condición necesaria para poder resolver sus pretensiones y, de otro por lo mismo, impone al juez el deber jurídico de resolver los asuntos sometidos a su consideración con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función judicial velando por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en la actuación (art. 138 íb.) lo cual, indiscutiblemente , implica el deber de actuar teniendo en cuenta que la titular del ejercicio de la acción penal es la Fiscalía (arts. 166 y 113 íb.); que la contraparte de ésta es la defensa (art. 8º y 118 íb.); que cada una de ellas tiene el derecho a la contradicción (art. 15 íb.) en igualdad de condiciones (art. 4º íb.); que sus solicitudes deben resolverse en audiencia pública (arts. 147 y 153 a 155 íb.) de manera oral (arts. 9º y 145 íb.), con la posibilidad de interponer los recursos contra la decisión atendiendo a que la misma debe ser notificada en estrados (169 íb.) y que, en consecuencia, el desarrollo de la respectiva audiencia debe ceñirse al objeto y finalidad motivo de la convocatoria de la misma a fin de



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

no sorprender a ninguna de las partes, darle la oportunidad de ejercer el contradictorio y de interponer los recursos contra las decisiones que las afectan.

3) La decisión del Juez viola igualmente:

i) El art. 171-1 de la L.906/04 , cuya finalidad obvia e indiscutible es contar con la intervención de la Fiscalía en la audiencia especial de revocatoria de la medida de aseguramiento y por eso le impone al Juez de Control de Garantías que:

“Citaciones. Procedencia. Cuando se convoque a la celebración de una audiencia o deba adelantarse un trámite especial, deberá citarse oportunamente a las partes, testigos, peritos y demás personas que deban intervenir en la actuación.”

ii) El art. 172-1 ib., el cual está orientado indudablemente a materializar los derechos de las partes, entre ellos, el de la contradicción como condición de valoración de los elementos de convicción que le presenten ; norma que claramente dispone:

“FORMA. Las citaciones se harán por orden del juez en la providencia que así lo disponga, y serán tramitadas por secretaría. A este efecto podrán utilizarse los medios técnicos más expeditos posibles **y se guardará especial cuidado de que los intervinientes sean oportuna y verazmente informados de la existencia de la citación.**” (Negrilla de la Sala).

iii) El art. 173 ib. que le impone al Juez indicar –de manera obviamente inequívoca- la clase de diligencia para la que se cita a las partes:

“CONTENIDO. La citación debe indicar la clase de diligencia para la cual se le requiere y si debe asistir acompañado de abogado. De ser factible se determinará la clase de delito, fecha de la comisión, víctima del mismo y número de radicación de la actuación a la cual corresponde.”

iv) El art. 12 ib. (principio de lealtad); norma rectora de la actuación a la que no puede sustraerse el juez y que lo obliga a obrar con absoluta lealtad con las partes.

Rad. 193 2013 34861 Acta No. 184 (04 07 2018) M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda.

PRISION DOMICILIARIA. No es posible considerar que existe una prueba, a cargo del Estado, que esté demostrando que el condenado ha desconocido las obligaciones a las cuales se comprometió, entre ellas, permanecer en el sitio asignado para cumplir su pena de prisión.

Conducta punible: Homicidio tentado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, partes y accesorios.

Extracto:



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

Mírese que el condenado ha presentado, como prueba de su justificación, la evolución en el trámite odontológico que se le adelanta, donde se señalan las diferentes citas a las que ha acudido desde el año 2017, los días 5, 18 de septiembre, 17,30 de octubre 10 , 23 de noviembre , 13 de diciembre de 2017 y 17 de enero de 2018, a tratamiento por esta especialidad , señalando que la ubicación del consultorio es en la caseta comunal de la vereda , al igual que la constancia de asistir periódicamente al restaurante La Braza Roja, ubicado en Timba, en el horario comprendido entre las 3 y 4 de la tarde para recolectar los sobrados de comida que le permitan el engorde de sus cerdos.

Todo ello es un claro indicativo de que el condenado ha estado, en más de una oportunidad y de manera justificada, por fuera de su sitio de residencia, sin embargo, dentro del plenario y respecto de los reportes que ha hecho el INPEC, solo se tiene conocimiento de la salida del domicilio por parte del interno el 16 de enero de 2018.

Bajo tal presupuesto, emerge la duda respecto de determinar si como en otra oportunidad, pudo haberse dado algún error en el reporte de salida del domicilio el día 16 de enero de 2018, más aún cuando el condenado admite haber salido a la misma hora a cita odontológica pero el día 17 de enero.

Por tanto, no es posible considerar que existe una prueba, a cargo del Estado, que esté demostrando que el condenado ha desconocido las obligaciones a las cuales se comprometió, entre ellas, permanecer en el sitio asignado para cumplir su pena de prisión.

En ese orden, surge en evidencia que no existe ningún elemento que permita establecer, con certeza, que el condenado ha trasgredido la prisión domiciliaria y por tanto, no es posible imponer la consecuencia jurídica que la ley prevé.

Ahora bien, encuentra la Sala que el Juez de Penas no ha verificado si efectivamente el reporte correspondía una falla del sistema del INPEC o si no se ha presentado la misma y de contera, las razones por las cuales no existen más reportes, habiéndose establecido que el condenado ha salido en varias oportunidades de su residencia. Una labor proactiva que debió generarse en primera instancia para decantar en debida forma la posible trasgresión por parte del señor xxx.

En tal sentido, no se tienen elementos de juicio para aducir que el condenado ha evadido la prisión domiciliaria impuesta.

Ahora, debe señalarse que la Sala no está avalando las trasgresiones indiscriminadas a la prisión domiciliaria, lo que se trata es de estudiar cada caso en particular, valorar las circunstancias y condiciones en que se han presentado las trasgresiones y sobre todo, establecer si las justificaciones entregadas son o no razonables , de tal manera que permita decantar la existencia de un querer de evadir injustamente la prisión que en el domicilio se ha impuesto si por el contrario, no es posible que la trasgresión implique la revocatoria del sustituto.

En tal sentido, necesario es concluir que en este caso, no se ha demostrado, fehacientemente que el condenado se encontrara fuera de su residencia trasgrediendo la prisión domiciliaria, lo que impone revocar la decisión interlocutoria 424 del 5 de febrero de 2018, para en su lugar, No revocar el sustituto domiciliario al señor xxx que le ha sido concedido.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

SALVAMENTO DE VOTO

Respetuosamente manifiesto que me aparto de la decisión mayoritaria porque estoy de acuerdo con los argumentos y la determinación tomada por el señor Juez de primera instancia, por lo que considero que debió confirmarse la providencia apelada, mediante la cual se le revocó la prisión domiciliaria al sentenciado por haber salido injustificadamente de su residencia, según registro de brazaletes electrónicos el 16 de enero de 2018 a las 6:15 am y el 24 de enero de 2018 a las 20:32.

Rad. 023 2010 08286 01 Acta No. 132 (05-06-2018) M.P. Socorro Mora Insuasty.

Salvamento de Voto: Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

REDENCIÓN DE PENA POR CONCEPTO DE 156 HORAS DE ESTUDIO, debe valorarse igualmente con la conducta del interno en el penal. Las 240 horas que han sido certificadas como tiempo dedicado al estudio, que *per se* son calificadas como deficiente, pero si itera atendiendo su conducta ejemplar y buena durante el periodo a redimir, se tendrán como efectivamente estudiado para fines de la redención.

Conducta punible: Receptación.

Extracto:

Así las cosas, al estudiar el instituto de redención de pena por estudio, debe valorarse igualmente con la conducta del interno en el penal, que es uno de los requisitos contemplados en el artículo 101 de la Ley 65 de 1993, tópico que en el asunto de marras se ha calificado por parte de la ergástula como ejemplar y buena durante el periodo a redimir, en tanto, dicho aspecto concurren en su favor como requisito contemplados en la norma en cita para ser acreedor de la plurimencionada redención.

Por lo expuesto, se procederá a revocar integralmente el numeral primero del Auto Interlocutorio No. 608 del 23 de abril de 2018, en consecuencia, se reconocerá al señor xxxx, las 240 horas que han sido certificadas como tiempo dedicado al estudio, que *per se* son calificadas como deficiente, pero si itera atendiendo su conducta ejemplar y buena durante el periodo a redimir, se tendrán como efectivamente estudiado para fines de la redención, ello en aras de preservar los derechos del recluso.

Por lo que de cara al certificado de cómputo aportado No. 16862502, se tiene que el señor xxxx acredita entre otras, 240 horas de estudio, las cuales pasadas bajo las reglas de la conversión, permiten predicar que se hace acreedor a una redención de veinte (20) días.

Bajo esas condiciones, la Sala CONCEDERÁ a favor del señor xxxx, redención de pena equivalente a veinte (20) días por 240 horas de estudio consignadas en el certificado de cómputo No. 16862502.

Finalmente recuerda la Sala que el Ministerio público conceptúa que previamente a la decisión de redención, se debe iniciar incidente procesal, con el fin de verificar los motivos de la calificación deficiente, al respecto es menester señalar que al Juez de Ejecución de Penas no le asiste competencia para realizar dicho trámite, toda vez que el procedimiento y criterio para la calificación del desempeño durante la actividad



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

educativa que realizan los internos está reservada al Instituto Penitenciario y Carcelario (Inpec).

Rad. 187 2013 04346 01 Acta No. 160 (19 07 2018) M.P. Orlando Echeverry Salazar.

RECLUSIÓN DOMICILIARIA POR ENFERMEDAD MUY GRAVE.
Dictamen Legal Antiguo.

Conducta punible: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Extracto:

Pues bien , establecido lo anterior lo cierto es que para establecer que un condenado padece de una enfermedad grave incompatible con la vida en reclusión, debe allegarse al plenario el dictamen médico legal de un galeno oficial especializado , lo que significa que el mismo debe estar adscrito al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses en armonía con la Resolución No. 0000524 de abril 15 de 2009, por medio del cual se adopta el reglamento técnico para la determinación médico forense de estado de salud en persona privada de la libertad –Estado grave por enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal-

Siendo así las cosas, considera la Sala que acertada resulta la decisión del Juez A-quo cuando niega la Prisión Domiciliaria por grave enfermedad al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, toda vez que el defensor no aportó ningún dictamen médico legal actualizado que certificara la gravedad persistente de la enfermedad de su prohijado y su incompatibilidad con la vida en reclusión, pretendiendo demostrar esa misma circunstancia con un dictamen pretérito que data a febrero de 2017, es decir, con el que se le sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva, cuando lo cierto es que dicha probanza no tiene ya ningún efecto jurídico sobre la nueva figura pretendida, teniendo en cuenta que aquella se trató de una medida provisional mientras se solucionaba su situación jurídica, y la actual se trata de una definitiva que implicaría el reemplazo del lugar donde purgará la sanción impuesta.

Es por esta razón que es dictamen legal antiguo, no puede usarse para estos mismos propósitos domiciliarios y además, porque se desconoce la evolución médica que ha ostentado el procesado a lo largo de este año en que se ha mantenido en su vivienda cumpliendo la medida de aseguramiento sustitutiva que le fuera otorgada por un Juez de Garantías, de tal suerte que no le asiste razón al censor cuando considera suficiente ese mismo dictamen que se usó con otros fines legales, ya que como se dijo atrás, pasado un año se requiere de una nueva valoración médica que permita establecer la evolución o no del procesado, así como la necesidad de su estadía domiciliaria por padecer una enfermedad grave incompatible con la vida en reclusión formal.

La sola documentación concerniente a la historia clínica, exámenes médicos y tratamientos, no son tampoco suficientes para arribar a la conclusión experta que solo puede provenir de un médico oficial.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que la enfermedad padecida por xxxx, podría dar lugar a una prisión domiciliaria , olvida el libelista que por tratarse de un beneficio que mengua el estado liberatorio del reprobó también debe analizarse la



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

gravedad de la conducta y su modalidad, tornándose entonces nugatorio el tan mencionado otorgamiento en este caso, con el solo hecho de recordar que al condenado se le capturó por su pertenencia a una organización criminal a gran escala que transportaba estupefacientes hacia el vecino país de Venezuela, lo cual deriva en una conducta criminal grave y que atenta de manera flagrante en contra de la salud pública envenenando a toda nuestra población Colombiana y extranjera, con el solo interés de lucrarse de manera fácil.

Rad. 098 2014 00184 Acta No. 225 (18-07-2018) M.P. Mónica Calderón Cruz.

PRUEBA PERICIAL. Es perfectamente viable que a través de un perito diferente al que realizó la experticia se introduzca la misma, ya que se tratan de expertos en una materia que es universal y que además puede ser analizada y explicada por cualquier profesional en medicina.

Conducta punible: Acceso carnal violento agravado en concurso heterogéneo con acto sexual violento agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

Extracto:

Es así, como se advierte en el artículo 382 de la Ley 906 de 2004, que dentro de los medios de conocimiento idóneos se encuentra la prueba pericial, la cual es denominada como un método técnico científico ya que tiende a que el camino hacia la reconstrucción de la verdad histórica de los hechos se recorra de la manera más acertada posible y del modo menos subjetivo posible también.

Ahora bien, el artículo 415 de la Ley 906 de 2004, dispone que *“En ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio”*, lo cual significa que una vez descubierta, enunciada y solicitada la probanza experta, tendrá que solicitarse igualmente el testimonio del perito que la suscribió a fin de que sea contrainterrogado por las partes intervinientes y así dar cumplimiento al Principio del Debido Proceso.

Pero resulta que existen casos en los cuales el perito no es ubicable por más que se dispongan los esfuerzos para ello, lo cual solucionó la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, refiriendo que aunado al hecho que una cosa es el informe pericial suscrito por el perito y otra es la prueba pericial que propiamente dicha nace en el juicio oral con el testimonio del experto al ser interrogado por las partes procesales.

Así las cosas y descendiendo en autos, para la Sala es claro que acertó el Juez de primera instancia cuando denegó la oposición de la defensa, la cual ha venido insistiendo en la improcedencia del testimonio de la Dra. GLORIA STELLA HERRERA CANO para introducir el informe médico legal suscrito por la Dra. BEATRIZ EUGENIA NARANJO, pues a todas luces pese a que en la generalidad la normativa ha dispuesto que el perito que realizó el informe sea quien declare en el juicio, existen excepciones como por ejemplo su fallecimiento, grave estado de salud que le impida rendir el testimonio o la absoluta imposibilidad de ubicación que permiten incorporar el informe mediante otro testigo con las mismas calidades y conocimientos expertos, en este caso, médicos, dado que se trata de un dictamen



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

pericial que también puede ser valorado por otro galeno sin que ello sea contrario a los postulados del proceso penal de carácter acusatorio.

La defensora se opone bajo el argumento que debe ser la misma profesional de la medicina que elaboró el dictamen quien debe testimoniar en juicio y que con la manifestación de la Fiscalía de la sustitución del perito hubo sorprendimiento para la defensa y por consiguiente pide que se inadmita tal sustitución.

Para la Sala, vistas así las cosas, el pedido de la Fiscalía no resulta fuera de lugar ni tampoco se advierte extemporáneo pues hizo alusión al cambio de la persona del perito para rendir el testimonio en la audiencia en juicio oral y en concreto, de acuerdo con los derroteros plasmados en la anterior decisión de la Corte Suprema de Justicia, dicho cambio es perfectamente viable pues evidentemente el impase de la imposibilidad de ubicación de la doctora GLORIA STELLA HERRERA CANO, ante la manifestación del Director del instituto de medicina legal – seccional Valle del Cauca, sobre el retiro de la funcionaria por haber accedido a la pensión de jubilación, desconociéndose su lugar de ubicación, es razón válida para su no presencia en el juicio oral.

Podrá la defensa dirigir su interrogatorio a la experta en medicina en los mismos términos que lo haría con aquella que rindió el dictamen, sin que por el cambio de la persona del perito pueda existir incidencia negativa en la actividad defensiva.

En consecuencia y asistiéndole razón al señor Juez Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali – Valle cuando admitió la sustitución del perito se procederá a confirmar la providencia apelada.

Rad. 678 2013 00511 Acta No. 223 (18-07-2018) M.P. Mónica Calderón Cruz.

LESIONES PERSONALES CULPOSAS. Principio de confianza.

Extracto:

En cuanto a la violación de los principios de confianza legítima y defensa que, según los apelantes, violó la aquí procesada y con fundamento en lo cual es atribuible exclusivamente a ella la producción de las lesiones a la peatona, la Sala encuentra que la prueba practicada en el juicio no suministra convencimiento de la violación de tales principios por parte de la acusada pues:

a.- En el juicio de imputación objetiva juega papel fundamental el *principio de confianza*, el cual consiste en que quien se comporta en el tráfico de acuerdo con las normas, puede y debe confiar en que todos los participantes en el mismo tráfico también lo hagan y, por ello, en el evento de producirse un resultado dañoso, éste no se le puede atribuir jurídicamente como obra suya.

Al aludido principio de confianza “*se opone, y prima sobre él, el principio de defensa, también conocido como principio de seguridad. Este postulado significa que el hombre medio debe prever que si bien en la actividad diaria está sujeto al principio de confianza, determinadas personas pueden obrar en contra de los reglamentos, como sucede con los niños, los infantes, los minusválidos, los enfermos y, por supuesto, los ancianos*”.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

b.- La prueba tanto técnica como pericial no permiten concluir que la aquí procesada violó el principio de defensa o seguridad que amparaba a la peatona pues:

i.- Lo que dicha prueba acreditó es que la calle 36 es una vía plana, recta, amplia y que, por lo mismo, ofrece excelente visibilidad tanto para los peatones como para los conductores; por consiguiente, la aseveración de la peatona en el sentido de que cruzó la calle 36 una vez se cercioró de que no venía ningún vehículo, resulta nada creíble por ser contrario a la evidencia pues manifestación clara de que sí transitaba por la vía el vehículo conducido por la aquí procesada es que se golpeó con él.

Rad. 196201001783 Acta No. 063 (12 03 2018) M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda.

EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD

Extracto:

De acuerdo con lo probado en el juicio oral, el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, padre de la menor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, y a quien le fue otorgada la custodia exclusiva mediante Sentencia No. 270 de septiembre 30 de 2011, proferida por el Juzgado 2 de Familia de Cali, denunció a la madre de ésta, señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, toda vez que habiendo compartido con su hija el fin de semana del 30 de mayo de 2014, según la regulación de visitas dispuesta a través de Sentencia No. 106 de julio 12 de 2010, dictada por el Juzgado 11 de Familia de Cali, el 1º de junio de 2014, a las 6:00 p.m., no se presentó al lugar de residencia del padre de la niña, como era su deber, para regresar a la menor.

Conociéndose que desde esa fecha -30 de mayo de 2014- hasta el 1º de octubre del mismo año [fecha en la que le fue entregada su hija en la ciudad de Itagií (Antioquia) por parte de la autoridad], ella realizó maniobras que la mantuvieron oculta, tales como viajar con la niña fuera de la ciudad y del país, sin autorización del padre, valiéndose de documentación falsa, cambiando su nombre y apariencia física.

(...)

Refulge así la responsabilidad penal de la procesada en los hechos enrostrados, luego de hacer un ejercicio valorativo de las pruebas aducidas al juicio, teniendo como orientación las confrontaciones planteadas en el recurso; todo a la luz de los criterios de la sana crítica, que en este caso permiten llevar a la convicción, la acusación formulada por la Fiscalía; lo cual no acontece con las pruebas de la contradicción, que no alcanzan la misma capacidad demostrativa.

Entiende esta instancia que la finalidad de la procesada era probablemente que su hija permaneciera con ella, producto del afecto o sentimiento que naturalmente se suscita entre las madres y sus descendientes. Pero sin duda alguna, ella era consciente de la definición de custodia de la autoridad judicial competente en favor del padre; la regulación de visitas de la cual participó; el hecho de retirarse del trabajo; cancelar el contrato de arrendamiento en la misma fecha en que se llevó a la menor; alterar su identidad en cuanto nombre con nuevo registro civil, omitiendo en ese documento la existencia del padre; salir del país con una razón de salud de la cual no aportó prueba; radicarse en una ciudad distinta durante algún tiempo; matricular la niña en esa urbe y sobre todo no comunicar la situación al padre de la infante; son



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

muestras de actuar consciente, con previa preparación, contrario a lo dispuesto en las referidas sentencias judiciales y por tanto procedió de manera arbitraria al retener u ocultar su hija de escasos años al padre, a quien, le habían otorgado la custodia y cuidado personal de la menor. Esto, sin que mediara un motivo distinto al respeto que se debió tener por las decisiones de la autoridad judicial de familia, al dirimir este asunto, limitando sus actos como protagonistas de este suceso, reconociendo el derecho de custodia al padre y visitas a la madre, que fue precisamente lo que no se cumplió. Motivo para que se configure el delito de Ejercicio arbitrario de custodia de hijo menor de edad, que describe y sanciona el artículo 231A del Código Penal.

Esta conducta hace parte del capítulo de violencia intrafamiliar, la misma que se materializa cuando en ejercicio de la patria potestad se causa intranquilidad, angustia, sufrimiento, dolor, sentimiento de desprotección, maltrato entre las relaciones padre e hijos. Actos psicológicos que se presentan cuando se materializa alguna de las conductas –arrebate, sustraiga, retenga u oculte- que contempla el artículo 231A, que se considera grave por tener como agresor a uno de los padres. Dado que la misma establece “*El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes*”

Resulta claro que los padres gozan de iguales derechos y deberes frente a la formación de sus hijos, sin que resulte posible que pretenda uno desplazar al otro, y menos que sus diferencias tengan como propósito afectar a niños de escasos años, disputándose los como si tratara de la recompensa o premio esperado después de una larga disputa, con las consecuencias que la misma pueda ocasionar en los sentimientos de familia que como adultos responsables están llamados a consolidar, pero sobre todo ofrecer y mostrar a los menores tales afectos, como parte de sus deberes.

Rad.193 2014 80664 Acta No. 048 (04-13-2018) M.P. Carlos Antonio Barreto Pérez.

RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO. TESTIMONIOS. El argumento del recurrente en el sentido de que la orden previa del Fiscal para la realización de la diligencia de reconocimiento fotográfico constituye un “acto que requiere autorización judicial previa” como condición de validez de la aludida diligencia es jurídicamente desacertada.

Conducta punible: Hurto Calificado Agravado y Porte ilegal de armas de fuego.

Extracto:

El objeto del descubrimiento probatorio es poner en conocimiento de la contraparte, en la oportunidad procesal pertinente, la existencia de elementos materiales probatorios (E.M.P.) y evidencia física (E.F.) en su poder con miras a demostrar en el juicio a través de los mismos la teoría del caso; luego, solo tienen la categoría de E.M.P. y E.F. Aquellos medios que tengan aptitud probatoria, esto es, aquellos que tengan aptitud probatoria, esto es, aquellos elementos de convicción idóneos que



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

“(…) tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado.” (Art. 372 L. 906 /04).

Las órdenes de la Fiscalía a la policía judicial, contrario a lo que equivocadamente afirma el censor, no tienen la calidad de E.M.P. ni E.F. pues:

a.- Si bien el art. 252 de la L.906/04 impone que para la realización de la diligencia de reconocimiento fotográfico se requiere la autorización previa del Fiscal, lo que debe entenderse es que el Fiscal como director de la investigación penal y diseñador del plan metodológico para desarrollo de la misma debe emitir las órdenes necesarias para la recolección de E.M.P. y E.F., las cuales, como ya se precisó, son las que tienen vocación probatoria;

b.- Por lo mismo, las órdenes son actos de disposición de parte con miras a la ejecución del plan metodológico y,

c.- En el actual sistema procedimental el Fiscal tiene calidad de parte y, por consiguiente, carece de facultades jurisdiccionales, motivo por el que el argumento del recurrente en el sentido de que la orden previa del Fiscal para la realización de la diligencia de reconocimiento fotográfico constituye un “*acto que requiere autorización judicial previa*” como condición de validez de la aludida diligencia es jurídicamente desacertada, no solo porque el Fiscal carece de función jurisdiccional sino porque la diligencia de reconocimiento fotográfico es un medio de identificación que, conforme al CAPÍTULO III de la L.906/04, no requiere autorización judicial.

Ahora, si la Fiscalía solicitó las aludidas pruebas para fundamentar su teoría del caso, es porque con base en la información legalmente obtenida y en desarrollo del plan metodológico ordenó a la policía judicial la práctica de la diligencia de reconocimiento fotográfico, motivo por el que resulta irrelevante para los resultados del proceso la exhibición de la orden a la policía judicial pues ello no tiene relación con los hechos; ni hace más o hace menos probable la teoría del caso, en tanto, se repite es un acto de parte y, por lo mismo, no requiere autorización judicial previa como condición de validez.

Siendo ello así, la Sala evidencia que la Juez acertó al decretar las multicitadas pruebas solicitadas por la Fiscalía, motivo por el que la decisión será confirmada.

Rad. 000 2017 00984 Acta No. 159 (06-13-2018) M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

COMPETENCIA.

Conducta punible: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Extracto:

La Sala debe declarar que la competencia para conocer de este proceso radica en el *Juez 18 Penal del Circuito de esta ciudad*, toda vez que:

A.- La señora Juez 3ª Penal del Circuito de Cali nunca dispuso la *ruptura de la unidad procesal* por la aceptación parcial de cargos que hizo el aquí procesado; lo que ocurrió fue que:

1.- La Fiscalía 103 Seccional que tenía a cargo la investigación penal por los delitos de *actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado y acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado*, si bien los imputó fáctica y jurídicamente, sólo formuló acusación por los *actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado*;

2.- Siendo ese el único delito materia de acusación en contra del aquí encartado, éste celebró en contra del aquí encartado, éste celebró un Acuerdo con la Fiscalía y aceptó la responsabilidad penal del mismo;

3.- Ante el conocimiento que tuvo la Juez 3ª Penal del Circuito, de un lado, de que al aquí implicado también se le había formulado imputación por el delito de **acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado** y, de otro, que tal conducta inexplicablemente no se le atribuyó en la audiencia de formulación de acusación llevada a cabo el 21 de febrero de 2017 cuando existían elementos materiales probatorios que permitían inferir razonablemente su materialidad, en aras de evitar la impunidad de dicho delito por la desidia de la Fiscalía 130 Seccional, decidió compulsar las copias penales pertinentes para que tal reato fuera investigado y,

4.- Con ocasión de dicha compulsión de copias, se dio inicio al presente proceso penal (000-2017-00952) cuyo trámite le correspondió a la Fiscalía 80 Seccional y al Juzgado 18 Penal del Circuito de Cali.

B.- Mal puede el señor Juez 18 Penal del Circuito negarse a asumir el conocimiento del presente asunto cuando:

1.- Como viene de analizarse, no hubo aceptación parcial de cargos ni, por lo mismo, la Juez 3ª Penal del Circuito ordenó la ruptura de la unidad procesal;

2.- Si, en gracia de discusión, se aceptara que la aludida Juez ordenó la ruptura de la unidad procesal, el argumento implícito del señor Juez 18 Penal del Circuito sobre que la competencia para juzgar el delito de **acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado** radica exclusivamente en la aludida Juez por virtud del fenómeno jurídico de la *conexidad procesal* (art. 52 L. 906/04), sigue siendo jurídicamente equivocado porque:



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

a.- Dicho fenómeno opera durante el trámite de juzgamiento y no cuando ya se ha puesto fin al proceso a través de la adopción de la decisión judicial tal y como aconteció en el proceso radicado N° 193-2015-15641 en el que el Juzgado 3° Penal del Circuito puso fin al proceso penal con la emisión de la sentencia condenatoria por razón de la aceptación de cargos que xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx hizo frente al delito de *actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado* y,

b.- En la *conexidad procesal*, más que un vínculo sustancial entre las conductas delictivas objeto de investigación, lo que existe es una relación práctica que aconseja y hace conveniente adelantar conjuntamente las investigaciones penales atendiendo la unidad de autor; la homogeneidad en el *modus operandi*; la comunidad de prueba, entre otros, todo lo cual apunta hacia el logro de la economía procesal como uno de los fines de la administración de justicia, mas no porque la conexidad procesal haga parte integrante del debido proceso penal.

Siendo ello así, es evidente que ninguna razón de índole jurídica le asiste al señor Juez 18 Penal del Circuito para sustraerse del conocimiento del presente asunto pues es evidente que el mismo corresponde a hechos delictivos distintos a los que fueron materia de conocimiento por parte de la señora Juez 3ª Penal del Circuito de Cali en el pluricitado proceso penal N° 193-2015-15641.

Rad. 000 2017 00952 Acta No. 140 (05-21-2018) M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda.

LESIONES PERSONALES CULPOSAS. Accidente de Tránsito. Comportamiento del conductor, pasajero o peatón.

Extracto:

El interrogante valorativo que debe resolverse entonces es si el resultado lesivo del bien jurídico constituye la materialización del peligro creado o incrementado por el procesado y jurídicamente desaprobado; si la respuesta es negativa, la conducta del implicado será atípica, pero si la respuesta es positiva el resultado le es objetivamente imputable y, por lo mismo, su conducta se adecua al tipo culposo.

Tratándose de una actividad riesgosa para bienes jurídicos ajenos como es la de conducir vehículos automotores, sólo es posible declarar que el resultado no le es jurídicamente atribuible al acusado después de constatar por lo menos tres aspectos que, de verificarse, hacen atípico el comportamiento del autor: **a.-** si la acción la realizaba el implicado dentro de los límites reglamentarios de la misma; **b.-** si el fin de la norma es evitar un resultado diferente al que en efecto se produjo y **c.-** si pese a haberse realizado la acción con observancia del deber objetivo de cuidado que imponen las normas de tránsito, el resultado de todas formas se hubiera producido.

En el caso que ocupa la atención de la Sala lo que quedó establecido a través de la prueba testimonial es que, como lo admite la defensa la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, sin tomar las previsiones que le impone el deber objetivo de cuidado –poner las direccionales, no avanzar hasta constatar que las circunstancias del tráfico en el sitio se lo permitían- y haciendo caso omiso de la prohibición de hacer el giro a la izquierda, hizo el giro a la izquierda para atravesar



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

el carril Popayán-Cali e ingresar a la vía que conduce al Conjunto Residencial la Morada.

El argumento según el cual el testimonio de las víctimas no es creíble porque adolece de contradicciones, no puede ser atendido por la Sala dado que el recurrente no precisa cuáles son las contradicciones que advierte en ellos; falencia del apelante que el Tribunal no puede suplir atendiendo a que la competencia de la Sala para revisar el fallo está sujeta al principio de limitación determinado por los argumentos puntuales de quien se declara inconforme con la decisión de condena.

La alegación según la cual el testimonio del agente de tránsito no constituye prueba de cargo debido a que él no presenció los hechos y que la hipótesis que planteó en su informe no reúne las condiciones de un concepto técnico que incrimine a la acusada, tampoco puede ser atendida por esta Sala en atención a que, de un lado, la sentencia no está apoyada exclusivamente en el concepto técnico del agente de tránsito sino en la evidencia que el mismo halló y consignó en el informe y, de otro, este testigo : **a.-** no declaró sobre los hechos o las circunstancias en la que se produjo la colisión; se limitó a elaborar el informe correspondiente después de ocurrido el suceso y, **b.-** con su testimonio puso en conocimiento del juez el hecho relevante que conoció de manera directa: que en el sitio de los hechos estaba prohibido el giro a la izquierda; hecho este que el defensor no discute sino que, por el contrario, acepta que la señora xxxxxxxx en el momento del impacto hacía el giro a la izquierda.

El conocimiento sobre la maniobra altamente riesgosa que realizó la señora xxxxxxxxxxxx consistente en girar a la izquierda se adquiere con el testimonio de las dos víctimas quienes son contestes en que la motocicleta transitaba normalmente en dirección Cali- Popayán cuando, de un momento a otro, interfirió en su trayectoria el automóvil conducido por la señora xxxxxxxxxxxx, quien hizo el giro a la izquierda.

Rad. 177 2013 01688 Acta No. 143 (25 05 2018) M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda.

OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR. Suspensión condicional de la ejecución de la pena. Prisión domiciliaria.

Extracto:

En el primer período del año 2008, xxxx, quien se desempeñaba como Representante Legal de la Fundación “*Ser Humanos en Liquidación*”, se sustrajo a su deber de consignar a favor de la DIAN, dentro del término legal, unos dineros que recaudó por concepto de impuestos sobre las ventas por valor de \$2.278.000, 00, sin que a la fecha los haya pagado.

El problema jurídico planteado al unísono por los tres apelantes se centra en determinar si a pesar de no haber pagado la multa impuesta, era procedente concederle el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena a la procesada xxxx, quien fue declarada responsable del delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador por hechos acaecidos desde el año 2008.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

La tesis de la Sala de Decisión es que les asiste a los recurrentes y por lo mismo, la decisión de primera instancia debe revocarse parcialmente en lo que hace a la no concesión de ese subrogado, por las siguientes razones:

1. Los hechos delictuosos por los cuales se le condenó a xxxx, acaecieron desde el primer período del año 2008, es decir, en vigencia de dos normas que resuelven el problema jurídico planteado, esto es, el art. 63 de la Ley 599 de 2000, modificado por el art. 4º de la Ley 890 de 2004 y el art. 29 de la Ley 1709 de 2014, que a su vez, lo modificó.
2. No cabe duda que el texto original del art. 63 del C.P. que consagra el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena fue adicionado por el art. 4º de la Ley 890 de 2004, en el sentido imponer un requisito adicional concretado en que: *“su concesión estará supeditada al pago total de la multa”*, artículo que en concordancia con el 474 del C.de P.P., limitan el disfrute de la ejecución condicional a su pago de manera efectiva.
3. Sin embargo, y con posterioridad, el Legislador consagró en el párrafo del art.3º de la Ley 1709 de 2014, que:

“En ningún caso el goce efectivo del derecho a la libertad, a la aplicación de menaces sustitutos de la pena privativa de la libertad o a cualquier otro beneficio judicial o administrativo, podrá estar condicionado al pago de la multa”.

4. De igual manera, se debe recordar que esa nueva normatividad, en su art. 29, modificó el art. 63 del C.P. y en su nueva redacción no contempló la exigencia del pago de la multa para el otorgamiento del pluricitado subrogado.
5. Quiere decir lo anterior, como atinadamente lo reclamaron los apelantes, que el Juez de primera instancia debió aplicar por favorabilidad esa nueva normatividad (art. 3, párrafo), no para estudiar los requisitos para la procedencia o no del subrogado (art. 29, dado que se trata de un delito contra la Administración Pública y está excluido), sino para prescindir de la obligación del pago de la multa, al haber dejado sin efectos jurídicos la exigencia que en ese sentido trajo el art. 4º de la Ley 890 de 2004, esto es, que: *“su concesión estará supeditada al pago total de la multa”*.
6. Así lo consideró la Sala de Casación Penal de la Corte, en decisión **SP16180-2016 (46755) del 9 de noviembre de 2016, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero**, cuando luego de hacer ese análisis, concluyó:

“Conforme a lo anterior, se recaba, hay un cambio favorable en la normatividad, que permite al procesado acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la condena, siempre que se den los presupuestos de orden objetivo y subjetivo que prevé la ley, sin sujeción al pago previo de la multa, condición ésta que efectivamente comporta una menor restricción al beneficio”.

7. En ese orden de ideas, la Sala considera que la procesada xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx se hace merecedora del subrogado, teniendo en



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

cuenta que cumple con el requisito objetivo del art. 63 del C.P., original , en la medida que la pena que se impuso es de 24 meses, es decir, inferior a los 3 años que la norma exige y también cumple el aspecto subjetivo porque los antecedentes familiares, personales y sociales , así como la modalidad y gravedad de la conducta permiten concluir que no existe necesidad de la ejecución de la pena.

Así las cosas , se le concede el subrogado en comento , por un período de prueba de 2 años, que deberá garantizar con el pago de quinientos mil pesos (\$500.000) que deberá consignar en la cuenta que posea el Centro de Servicios de los Juzgados Penales de Cali en el Banco Agrario y la suscripción del acta compromisoria.

Rad193 2017 37130 Acta No. 169 (13-07-2018) M.P. Juan Manuel Tello Sánchez.

ABUSO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y FALSEDAD IDEOLÓGICA.

Extracto:

La Doctora xxxx tuvo su desempeño como Juez Sexta de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, durante el período del 25 de febrero al 20 de marzo de 2008 como encargada durante las vacaciones del titular del Juzgado Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali.

Durante este tiempo precisamente culminando su encargo, firmó seis boletas de las llamadas encarcelamiento – traslado por medio de las cuales se sustituía la llamada prisión intramural por prisión domiciliaria a los señores xxx, xxxx, xxx, xxx, xxxx y xxxx.

(...)

Pero también se probó que el último día hábil de sus funciones, el miércoles santo 19 de marzo de 2008 la Doctora xxx acude aprovechándose de su condición de secretaria del Juzgado vecino, a decirle de manera engañosa y muy hábil que el titular de su despacho estaba en permiso y se necesitaba hacer unos traslados de manera pronta y perentoria porque algunas personas se encontraban prácticamente que en forma indebida en la cárcel, teniendo derecho a una detención domiciliaria. Además, se estaba ad- portas de las vacaciones de la Semana Santa.

Ese día era el último del encargo que cumplía la Doctora xxx y seguramente por colaborar con su compañera de trabajo a quien solamente conocía en el escaso tiempo en que se desempeñó el cargo por vacaciones de su titular, le firmó las boletas que la señora xxx fue a suplicarle las firmara aludiendo una situación extrema de trabajo que podría seguramente perjudicar a su despacho y la Doctora xxx que solo tenía pocos días de estar desempeñándose en ese cargo, en forma obviamente descuidada pero sin ningún dolo, firmó de su puño y letra y con su propio nombre las aludidas boletas falsas, situación que de por sí está revelando que conocía el trasfondo de la situación y que todo se debió a querer colaborar con su compañera de trabajo sin querer lesionar la fe pública ni abusar de sus funciones pues obviamente quien firma con su propio nombre , con su firma y sin ocultar nada, es por qué cree que su comportamiento se encuentra ajustado a la legalidad y por lo tanto no tiene nada que temer.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

Es necesario entonces que se pruebe la existencia de esa actitud consciente y voluntaria al haber trasgredido de manera clara, notoria, de bulto y mal intencionada la normativa penal haciendo prevalecer el capricho, el interés personal por encima de la voluntad de la Ley que impone actuar conforme a sus dictados.

El Dolo en estos casos debe ser notorio, claro, refulgente, por cuanto es insuficiente deducirlo de la existencia de las mismas órdenes o resoluciones tomadas pues que ello solamente cobija una parte del tipo penal ya que el prevaricato y en este caso las diferentes conductas que se han endilgado deben adecuarse al llamado Tipo de conducta dolosa.

En este caso entonces, como ya varias veces se ha dicho, se acusó a la Doctora xxxx de haber actuado de manera totalmente mal intencionada, arbitraria, no del delito de prevaricato sino de abuso de la función pública, tal como puede leerse en la parte correspondiente del escrito de acusación en el que también se contempla la existencia de una conducta contra la fe pública, concretamente la falsedad ideológica en documento público.

En las anteriores condiciones, por todos conocidos es que estas conductas solo admiten imputación como conductas de carácter doloso, dolo directo y aquí lo que se observa es la actitud culposa de una persona que indudablemente no cumple bien con su deber, le hace falta la característica de la diligencia respectiva, el obrar con cuidado, con sumo cuidado como es de esperarse de quien funge como juez de la república, pero no, la Doctora xxxxxxxxxxxxxxxx, fue víctima a su vez más bien de la señora xxxxxxxxxxxxxxxx, quien con seguramente mejores elementos mentales se aprovechó de la confianza en que incurrió el día tantas veces citado, su colega que ejerció funciones provisionales y de una manera por demás mal intencionada, la confundió y la indujo a que colaborara de manera ingenua por seis ocasiones firmando órdenes que no le correspondían, ni por ser titular del despacho ni por tener su cargo los procesos, en el convencimiento de que esas situaciones no le iban acarrear ningún tipo de problemas solamente puede entenderse esta situación si se piensa de esta manera pues ninguna clase de relaciones entre la Doctora xxxxxxxxxxxx y la señora xxxxxxxxxxxx está probado que existiera de antemano y que por lo tanto fuera fácil el ponerse de acuerdo para llevar a cabo tan nefastos propósitos. Solo la negligencia, la falta de cuidado, de preocupación, pudo haber llevado a que una juez incurriera por seis veces en el mismo día en semejante despropósito y arruinara su porvenir tanto personal como jurídico con una casi total desconocida que valiéndose de sus reales influencias como secretaria del despacho vecino la indujo, la convenció, la llevó por el camino de la firma equivocada, de unas órdenes que no podía firmar válidamente la doctora xxxxxxxxxxxx, pero que lo hizo con el convencimiento de que sus actos eran inocuos, solidarios, con sus compañeros de judicatura máxime tratándose de colegas con los cuales no tenía ningún tipo de relación anterior, ni tampoco se ha probado que entre ellos existieran negocios, contubernios, entendimientos etcétera.

Dice la Corte Suprema de Justicia: **“La conducta dolosa conforme al Artículo 36 del Código Penal, se acredita comprobando que el sujeto agente tuvo conocimiento de la ilicitud de su proceder y se orientó con libertad de ejecución, independientemente de que obre en el proceso la prueba del motivo que determinó al sujeto activo a actuar, o de sí se propuso causar perjuicio, pues los tipos penales en los que se adecuaron las conductas ilícitas, aparte del dolo, no exigen ninguna finalidad especial”**. (CSJ, Sala Penal Sentencia 308 / 2005 MP: Doctor Herman Galán Castellanos).”



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

Y también se ha dicho:

“El Dolo ha sido definido tradicionalmente como la simbiosis de un conocer y un querer, que se ubica en la vertiente interna del sujeto, en su universo mental. En materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización... el dolo se integra de dos elementos: uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del Tipo penal respectivo. Y otro volitivo, que implica querer realizarlos” (CSJ Sala Penal Sentencia Agosto 25/2010 Radicación 32964.

Así las cosas, no es difícil concluir que si bien desde el punto de vista objetivo se cometió la conducta, desde el punto de vista subjetivo no ocurre lo mismo, teniendo en cuenta todo lo anteriormente dicho no es posible atribuir una conducta Penal con la simple imputación objetiva que no es prueba inequívoca de lo ocurrido puesto que es claro que el elemento subjetivo no fue probado por el ente acusador, en consecuencia la conducta es atípica por faltar el elemento subjetivo en relación con el tipo penal descrito, por tanto se absolverá de todos los cargos a la Doctora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx , por las supuestas conductas presuntamente por ella desarrollada cuando ejerció provisionalmente el cargo de Juez Sexta de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad.

Rad.199 2010 00791 Acta No. 103 (20-04-2018) M.P. Juan Manuel Tello Sánchez.

EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD

Extracto:

De acuerdo con lo probado en el juicio oral, el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, padre de la menor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, y a quien le fue otorgada la custodia exclusiva mediante Sentencia No. 270 de septiembre 30 de 2011 , proferida por el Juzgado 2 de Familia de Cali, denunció a la madre de ésta, señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, toda vez que habiendo compartido con su hija el fin de semana del 30 de mayo de 2014, según la regulación de visitas dispuesta a través de Sentencia No. 106 de julio 12 de 2010, dictada por el Juzgado 11 de Familia de Cali, el 1º de junio de 2014, a las 6:00 p.m., no se presentó al lugar de residencia del padre de la niña, como era su deber , para regresar a la menor.

Conociéndose que desde esa fecha -30 de mayo de 2014- hasta el 1º de octubre del mismo año [fecha en la que le fue entregada su hija en la ciudad de Itagüí (Antioquia) por parte de la autoridad], ella realizó maniobras que la mantuvieron oculta, tales como viajar con la niña fuera de la ciudad y del país, sin autorización del padre, valiéndose de documentación falsa, cambiando su nombre y apariencia física.

(...)

Refulge así la responsabilidad penal de la procesada en los hechos enrostrados, luego de hacer un ejercicio valorativo de las pruebas aducidas al juicio, teniendo como orientación las confrontaciones planteadas en el recurso; todo a la luz de los criterios de la sana crítica, que en este caso permiten llevar a la convicción, la acusación formulada por la Fiscalía; lo cual no acontece con las pruebas de la contradicción, que no alcanzan la misma capacidad demostrativa.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

Entiende esta instancia que la finalidad de la procesada era probablemente que su hija permaneciera con ella, producto del afecto o sentimiento que naturalmente se suscita entre las madres y sus descendientes. Pero sin duda alguna, ella era consciente de la definición de custodia de la autoridad judicial competente en favor del padre; la regulación de visitas de la cual participó; el hecho de retirarse del trabajo; cancelar el contrato de arrendamiento en la misma fecha en que se llevó a la menor; alterar su identidad en cuanto nombre con nuevo registro civil, omitiendo en ese documento la existencia del padre; salir del país con una razón de salud de la cual no aportó prueba; radicarse en una ciudad distinta durante algún tiempo; matricular la niña en esa urbe y sobre todo no comunicar la situación al padre de la infante; son muestras de actuar consciente, con previa preparación, contrario a lo dispuesto en las referidas sentencias judiciales y por tanto procedió de manera arbitraria al retener u ocultar su hija de escasos años al padre, a quien, le habían otorgado la custodia y cuidado personal de la menor. Esto, sin que mediara un motivo distinto al respeto que se debió tener por las decisiones de la autoridad judicial de familia, al dirimir este asunto, limitando sus actos como protagonistas de este suceso, reconociendo el derecho de custodia al padre y visitas a la madre, que fue precisamente lo que no se cumplió. Motivo para que se configure el delito de Ejercicio arbitrario de custodia de hijo menor de edad, que describe y sanciona el artículo 231A del Código Penal.

Esta conducta hace parte del capítulo de violencia intrafamiliar, la misma que se materializa cuando en ejercicio de la patria potestad se causa intranquilidad, angustia, sufrimiento, dolor, sentimiento de desprotección, maltrato entre las relaciones padre e hijos. Actos psicológicos que se presentan cuando se materializa alguna de las conductas –arrebate, sustraiga, retenga u oculte- que contempla el artículo 231A, que se considera grave por tener como agresor a uno de los padres. Dado que la misma establece “*El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes*”

Resulta claro que los padres gozan de iguales derechos y deberes frente a la formación de sus hijos, sin que resulte posible que pretenda uno desplazar al otro, y menos que sus diferencias tengan como propósito afectar a niños de escasos años, disputándose los como si tratara de la recompensa o premio esperado después de una larga disputa, con las consecuencias que la misma pueda ocasionar en los sentimientos de familia que como adultos responsables están llamados a consolidar, pero sobre todo ofrecer y mostrar a los menores tales afectos, como parte de sus deberes.

Rad.193 2014 80664 Acta No. 048 (04-13-2018) M.P. Carlos Antonio Barreto Pérez.

=====



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 08 2018

PRISION DOMICILIARIA. . Beneficio de la prisión domiciliaria por grave enfermedad. Comprende la Sala la difícil situación que se ha generado dentro de los centros carcelarios en materia de salud, sin embargo ello no es situación que per sé de lugar a otorgar la prisión domiciliaria. En este caso en estudio, no existe prueba alguna que permita establecer que no se está siguiendo de manera estricta las recomendaciones del médico forense que lo valoró.

Conducta punible: Homicidio agravado. Hurto Calificado y agravado.

Extracto:

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

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

Caen entonces por su propio peso los argumentos del recurrente encaminado a demostrar las enfermedades que padece y la presunta falta de atención dentro del centro carcelario a las recomendaciones del galeno de medicina legal, por cuanto no se desconoce que padece de problemas de salud y que en la actualidad cuenta con 58 años de edad, se reitera que el estado grave por enfermedad no se encuentra probada, por lo que no se reúnen los requisitos que exige el numeral 4 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, y no existe prueba que demuestre que dentro del establecimiento carcelario no se estén brindando los servicios médicos específicos que requiere la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, pues si bien se hace alusión a ello en la sustentación del recurso de alzada, no obra prueba alguna que permita dar por ciertas las atestaciones.

Comprende la Sala la difícil situación que se ha generado dentro de los centros carcelarios en materia de salud, sin embargo ello no es situación que per sé de lugar a otorgar la prisión domiciliaria a la señora xxxx, pues se reitera, no existe prueba alguna que permita establecer que no se está siguiendo de manera estricta las recomendaciones del médico forense que lo valoró.

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

En ese orden de ideas, no es otra la decisión de la Sala que la de CONFIRMAR el auto interlocutorio No. 0063 del 17 de enero de 2018, proferido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, en lo que fue objeto de recurso, por las razones expuestas en precedencia.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

TUTELAS

SALUD, VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL

Extracto:

El señor xxxx, instauró acción de tutela actuando como Agente Oficioso de su esposa xxxxx, solicitando la protección de sus Derechos Fundamentales a la Salud, Vida e Integridad Personal, por los siguientes hechos:

Su esposa y él fueron víctimas de un accidente de tránsito el 22 de Mayo de 2017 en la vía Popayán – Cali cuando el vehículo de placas JGT 109 golpeó brutalmente la motocicleta de placas HQB 73^a en la que se desplazaban.

Como consecuencia del accidente su esposa sufrió las siguientes lesiones: fractura de columna posterior y luxación de cadera izquierda, fractura de la pared posterior del acetábulo, con extensión al pecho y a la cavidad glenoida con fragmentos desplazados, fractura de la rama isquiopubica izquierda a nivel de rodilla, complicada con pérdida tegumentaria, necrosis de bordes de 18 cm con bolsillo amplio.

Una vez agotado el SOAT, asumió los gastos de los tratamientos médicos la NUEVA EPS, entidad que ha sido muy negligente con las atenciones, asignación de citas, toma de exámenes, cirugía, etc.

(...)

La Clínica Rafael Uribe Uribe remitió a su esposa a la Clínica DESA para que le realicen la cirugía de implante de cadera asignándosele fecha para la intervención el 5 de Abril de 2019, la cual es una fecha muy lejana debido a la importancia y magnitud , mientras su esposa está tirada en una cama sufriendo fuertes dolores, sin poder caminar , realizar sus necesidades básicas por ella misma ni trabajar para su sustento , lo cual es una clara interrupción a la continuidad que vulnera su derecho a la salud en conexidad con la vida y vida digna.

(...)

Con ocasión a la acción de tutela, la Clínica Accionada refirió que la programación de las cirugías se realiza según la agenda y disponibilidad de infraestructura y de los médicos, y que con ocasión a la solicitud de la Actora se logró reprogramar la cirugía para una fecha más próxima, como lo es el 11 de Agosto del presente año, por cuanto otra paciente canceló.

Con base en la información otorgada por la Entidad el *a quo* declaró improcedente la acción de tutela.

En ese sentido , si bien le asiste razón al Juez cuando avizó que la fecha de la cirugía fue reprogramada para una más cercana , aproximadamente en un mes, lo cierto es que resulta vulnera torio de los derechos fundamentales de la Actora que la Clínica inicialmente le haya programado la cirugía para el año próximo , pese a la gravedad de la patología que padece y a los dolores constantes que le produce , como lo informa el Agente Oficioso, en ese sentido **la Sala ordenará a la accionada que el procedimiento quirúrgico se realice en la fecha programada: 11 de Agosto de 2018** sin lugar a prórrogas o derecho a alegar otro tipo de circunstancias



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 08 2018

administrativas –como ausencia de convenio- que no tiene porqué soportar la paciente.

Por otro lado, no se puede pasar por alto lo manifestado por el Agente Oficioso en su escrito de impugnación en el sentido que no se les ha comunicado la nueva fecha de la cirugía, y pese a que la Clínica en el término de traslado de la acción de tutela refirió la nueva fecha y la hora en la que la paciente debía presentarse, no demostró ni afirmó si quiera que de dicha situación haya enterado a la paciente o a su esposo.

En ese sentido, no es el Juez Constitucional el sujeto de derechos y por tanto no se materializa con el informe que ante éste se dé, pues tratándose de una fecha para cirugía, la cual requiere una preparación previa, a quien debe enterarse de la misma con los demás detalles del caso, es a la paciente, quien hasta ahora no ha sido notificada del cambio.

Al respecto la Corte Constitucional ha enseñado que: “No resulta acorde con los principios rectores sobre el respeto a la dignidad humana, a la seguridad social y a la salud, principios protegidos en forma expresa por la Constitución, el hecho de que una entidad encargada de la prestación del servicio público de salud, el ISS en este caso, **no le suministre a un afiliado información precisa sobre la fecha en que se le realizará una intervención quirúrgica.** Al obrar de esta manera, se deja al interesado sumido en la más profunda incertidumbre, incertidumbre que no está el paciente obligado a soportar, pues el remediar su situación, sólo depende de que la entidad prestadora del servicio se despoje de su falta de interés sobre los problemas del afiliado. **La omisión de suministrar la fecha exacta a un afiliado sobre cuándo se le realizará un procedimiento quirúrgico o se le iniciará un tratamiento, vulnera los derechos fundamentales de tal afiliado**”. Negrilla de la Sala.

Lo anterior indica que en el caso concreto a la Accionante deben protegerse sus derechos a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y a la salud, los cuales fueron vulnerados por la NUEVA EPS y por la Clínica Rafael Uribe Uribe al no suministrarle oportunamente información sobre cuándo se le realizaría el tratamiento quirúrgico que requiere, lo que se traduce en un retardo injustificado en la continuidad de la prestación del servicio de salud.

Rad. 07 2018 00033 01 Acta No. 161 (11-07-2018) M.P. Juan Manuel Tello Sánchez

Henry Moreno Macias

Relator

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali