



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

RELATORIA

Henry Moreno Macias

Relator

BOLETIN 09

2018





TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

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

María Andrea Santacruz Otero María Catalina Díaz Gómez
Sara Mora Cabrera Manuel Vanegas Prada.

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

EJECUTIVO SINGULAR. Simulación. Lesión enorme. Contrato de leasing habitacional.

Caso concreto Recurso de apelación interpuesto por el Procurador judicial de la parte ejecutante frente a la sentencia XXX, preferida por el Juzgado XXX del Circuito de Cali que declaro terminado el compulsivo.

EXTRACTO SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Se encuentran satisfechos los presupuestos procesales y la legitimación de la causa tanto por activa como por pasiva, y se pasa a incursionar en la evacuación de las excepciones enarboladas por el ejecutado, declarándose de oficio la que denomino “falta de requisitos necesarios para el ejercicio de la acción cambiaria”, resolviendo y ordenando el levantamiento de las cautelas que se hubieren practicado. Fundamentada por el juez que la causa del pagare es un contrato de leasing habitacional, frente al cual se desconocieron por parte del acreedor las autorizaciones libradas para completar la cambial, irrealizable era adelantar el compulsivo por la totalidad del crédito, ya que solo estaba habilitado para coaccionar el cobro de los cánones impagos.

EXTRACTO SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala considera que el juez con acierto desestimó las dos excepciones enarboladas frente a la ejecución que se hicieron consistir en simulación y lesión enorme del contrato por medio del cual XXX y XXX vendieron su casa de habitación al banco XXX, uniéndolos como un contrato de leasing habitacional, no se puede desconocer que se declaro de oficio una excepción que rotulo como “falta de requisitos necesarios



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

para el ejercicio de la acción cambiaria” y se declaro terminada la ejecución. Situación que para la parte demandante desconoció el principio de congruencia y que se socavaron gravemente las bases del debido proceso pues se vulnero el derecho de defensa y contradicción. No estando permitido que el funcionara adoptara una resolución como la que profirió.

Para la sala está claro que las partes intervinieron en los actos de creación, por lo que pueden invocarse excepciones relativas a este negocio causal y discutir sus cláusulas, con clara incidencia en el titulo valor; contrario si los títulos valores entran a circulación, a los terceros tenedores de buena fe le son inoponibles las modificaciones, pues adquieren toda su dimensión y autonomía que le son propios

Rad.011-2016-00241-01-2907.(10 04 2018) MP. Homero Mora Insuasty.

Elaborado por Catalina Diaz. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Javeriana. Cali

PERTENENCIA. Prescripción extraordinaria de dominio. Vivienda de interés social. Apelación de sentencia.

Caso: “Se procede a resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia dictada por el Juzgado 19 Civil del Circuito de Cali, acorde con el sentido del fallo que fuera anunciado en dicha oportunidad procesal.”

“Deprecó el demandante que se declare por vía de prescripción que es propietario de los derechos que le correspondían a xxxxxxxxxxxxxx, en el inmueble ubicado en la Carrera 17 A No. 33 A 05/09 de esta ciudad, alinderado como aparece en la demanda, identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-58081, catalogado como de interés social.”

Extracto: “Sentado lo anterior, se impone reseñar que tratándose de la prescripción adquisitiva de dominio, su configuración requiere la concurrencia de los elementos siguientes: i) *Posesión material en el usucapiente*; ii) *que la cosa haya sido poseída, por el término legalmente establecido*; iii) *que la posesión se haya verificado de manera pública e ininterrumpida*; y iv) *que la cosa o derecho sobre la cual se ejerce sea susceptible de adquirirse por usucapión*.”

(...)

“Así, encuentra la Sala que se depreca pertenencia en relación con el inmueble de la carrera 17 A No 33 A 05/09 de esta ciudad, en donde conforme con la certificación rendida por el Registrador de Instrumentos Públicos de Cali, al folio de su matrícula inmobiliaria 370-58081, aparecen como propietarios inscritos con derecho real de dominio, en común y proindiviso los señores xxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxx, por haberlo adquirido así el primero (demandado) en adjudicación de la sucesión de xxxxxxxxxxxxxx, y el segundo (demandante), por la misma causa y por adquisición de los derechos a los demás sucesores del de xxxxxxxxxxxxxx y de xxxxxxxxxxxxxx, contenida en la escritura pública No 104 del 14 de enero de 2000 de la Notaria 6 de Cali.”

“Refiere la demandada que el actor ha poseído desde esta calenda todos los derechos sobre el inmueble, sumando a la suya, la posesión que ejercían los hermanos xxxxxxxxxxxxxx. Así, se dijo que hizo mejoras en el inmueble, para arrendarlo y derivar



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

una renta mensual, ha pagado los impuestos y valorización hasta la actualidad, de manera que “*desde el año 2001 el demandante ha sido reconocido como poseedor*” por los vecinos, entre otros por la señora xxxxxxxxxxxxxx, quien ha sido su arrendataria y con quien ha celebrado contrato de promesa de compraventa sobre el predio. Por lo demás, señaló el petente que ignora el paradero del demandado xxxxxxxxxxxxxx, y que ha ejercido su posesión de manera libre, no clandestina, pacífica e ininterrumpida.”

“Por sabido se tiene que la posesión, presupuesto fundamental de la prescripción adquisitiva, supone la conjugación de dos elementos, uno de carácter externo consistente en la aprehensión física o material de la cosa (*corpus*), y otro intrínseco traducido en la voluntad de tenerla como dueño (*animus*), condición esta que se deduce de la comprobación de hechos externos indicativos de esa intención, concretamente, con la ejecución de actos de señorío.”

“Conforme quedó expuesto, advierte el Tribunal que el punto que de entrada debe ser abordado es precisamente el de la posesión conjunta entre copropietarios o cotitulares del derecho de dominio, y su incidencia frente a la pretensión de pertenencia, dado que estos bien pueden ejercer posesión en su condición de propietarios inscritos de cuotas o de partes alícuotas, definidas pero abstractas.”

“Al efecto es de verse que el actor convocó al proceso como integrante del extremo pasivo a su condómino xxxxxxxxxxxxxx, de quien se dijo desconocer su paradero, en razón a lo cual, fue emplazado y notificado mediante curador ad litem, quien no formuló defensa alguna para desvirtuar lo pretendido en la demanda.”

(...)

“Se predica entonces la ausencia total del demandado respecto de los derechos que le pudieran corresponder en el inmueble, en tanto de la prueba documental adosada aparece que el actor ha venido detentando la totalidad del inmueble y disponiendo del mismo como suyo, sin parar mientes en los derechos inscritos del condómino. Así, se infiere del contrato de arrendamiento de fecha mayo 25 de 2006 que suscribiera con xxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxx e xxxxxxxx, sobre el segundo piso del inmueble; el pago del impuesto predial y servicios públicos facturados a nombre del accionante; el acto escriturario de actualización de nomenclatura contenido en la escritura pública No. 903 del 3 de abril de 2009 de la Notaria 6 de Cali; el contrato de arrendamiento referido en el curso de la inspección judicial por quien ahora dice fungir como promitente compradora del bien y ser su ocupante por la voluntad y ausencia del demandante; y la celebración del mismo contrato de promesa de compraventa obrante en autos, para la Sala son actos inequívocos de que su ejecutante los ejerció con carácter exclusivamente propio o a título personal, en desmedro y desconocimiento frontal del derecho del cotitular “pro in diviso” demandando.”

(...)

“A otra conclusión llega la Sala luego del escrutinio de lo transcrito, pues en verdad, lo que allí emerge es la exteriorización de la voluntad de tenerse como dueño del inmueble (*animus*), pues semejante acto negocial es un hecho indicativo de esa intención, expresión de típico acto de señorío, en donde se tiene al demandado xxxxxxxxxxxxxx como mero “*heredero inscrito*”, anunciándose la instauración de proceso de pertenencia respecto de “*los derechos inscritos*” del citado.”



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

“De esta forma, razón tiene el recurrente cuando señala que, antes que tener por dueño al demandado, lo que se hace es reconocer una realidad jurídica plasmada en

el certificado de tradición del inmueble, con el claro e inequívoco propósito de que se reconozca la realidad fáctica de su detentación con exclusión de condueño, de quien por contera vale repetirlo, no se tiene noticia desde su inscripción en la oficina de registro en el año de 1970, ni después, a consecuencia de inscripción de la fallida demanda de pertenencia que el aquí demandante le formulara ante el Juzgado 1 Civil del Circuito. Todo ello, sin duda conlleva a que el demandante ostente un perfil indicador de que trocó la coposesión legal en posición exclusiva.”

“Se pregunta entonces la Sala, en que momento la coposesión legal que tenía el demandante sobre el bien referido, se trocó en posesión exclusiva. Para el caso es preciso señalar que el elemento que distingue la “*tenencia*”, de la “*posesión*”, es el animus, pues en aquella, quien detenta el objeto no lo tiene con ese ánimo y reconoce dominio ajeno, mientras que en la segunda, requiere de los dos presupuestos, tanto la aprehensión física del bien como de la voluntad de ostentarlo como verdadero dueño.”

“En este sentido, se constata la compraventa contenida en la escritura pública No. 104 del 14 de enero de 2000 de la Notaria Sexta de esta ciudad, mediante la cual los allá relacionados hermanos del demandante le transfieren “*todos los derechos de dominio y posesión efectiva que tienen y ejercen en común y proindiviso*” sobre el inmueble de litis, y a su firma dijeron hacerle “*entrega real y material del inmueble al comprador, quien lo recibe a entera satisfacción*”, transferencia que aparece registrada en la anotación No 7 del folio inmobiliario.”

(...)

“Ahora bien, por razones de orden económico y social, el legislador ha establecido prescripciones con finalidades específicas, que justifican la exigencia de otros requisitos y reducción el tiempo del ejercicio posesorio, para su configuración. Entre ellas se encuentra las consagradas en las Leyes 9ª de 1989 Y 388 de 1997, que benefician la adquisición de vivienda de interés social, definida como aquella unidad habitacional que cumple con los estándares de calidad en diseño urbanístico, arquitectónico y de construcción y cuyo valor no exceda ciento treinta cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes (135 smmlv).”

“De esta forma, la ley 9 de 1989 consideró necesario agilizar y hacer efectiva la prescripción a favor de los poseedores materiales de inmuebles que encuadran en la definición de interés social que por su bajo perfil socioeconómico, son merecedores de garantías y facilidades procesales de tal entidad que les dé la posibilidad real de legalizar a su favor modestísimas viviendas. Es por ello que el legislador determino reducir a cinco (5) años el tiempo necesario para la prescripción adquisitiva extraordinaria de las viviendas de interés social.”

(...)

“Acorde con lo expuesto, el escenario probatorio que ofrece el paginario, conlleva la revocatoria de la decisión de primera instancia, porque en efecto, aparece demostrado sin equívoco alguno que el atribuido usucapiente, ejerce posesión a



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

título de individualidad del predio reclamado y debidamente determinado en este trámite, desde el mes de enero de 2000 fecha desde la cual se intervirtió o trocó la coposesión legal en posesión exclusiva del bien pretendido, y de otra parte, a la fecha de presentación de la demanda, cumplía con creces el requisito temporal de cinco años exigido por la ley de reforma urbana para deprecar declaración de pertenencia.”

Rad. 013 2009 00386 02 (17 07 2018). M.P. Carlos Alberto Romero Sánchez

REIVINDICATORIO. Excepción de mérito de Prescripción Adquisitiva Extraordinaria de vivienda de interés social.

Caso concreto. Decide apelación de la sentencia proferida por el Juzgado XXX Civil del Circuito de Cali, dentro del proceso REIVINDICATORIO propuesto por XXX, XXX, XXX y XXX, vinculándose a XXX, en contra de XXX, en la que se declaro no probada la excepción de merito de “Prescripción adquisitiva Extraordinaria de Vivienda de Interés Social” y prosperas del pretensiones de la demanda.

La parte demandada expresa como reparos al fallo que por ser inmueble cuya propiedad se discute de interés social, el tiempo requerido para usucapir es de 5 años, debe tenerse en cuenta el avalúo catastral incrementado en un 50% y no el comercial como lo hizo el Juzgado.

DECISIÓN TRIBUNAL

Para el Tribunal, “... el reparo de la excepcionante se encamina a que e le reconozca la prescripción adquisitiva de dominio del inmueble que califica como vivienda de interés social por haberlo poseído por un lapso superior a 5 años, cabe repasar que cuando se trata de vivienda de interés social, quien pretenda oponerse a las pretensiones reivindicatorias de su contendiente debe acreditar que el bien es de esa naturaleza, o sea, que cumpla con las características consagradas en la Ley para concebirse como una solución habitacional de tal estirpe, esto es, que el precio no exceda los 135 SMLMV a la fecha de la adquisición, lo mismo que la naturaleza y destinación del inmueble (Arts. 91 de la ley 388 de 1997 y 27 del decreto 1420 de 1998), además de ello probar que ha ejercido la posesión de manera pacífica, quieta e ininterrumpida por el lapso previsto en el artículo 51 de la ley 9ª de 1989, esto es, por tres o cinco años dependiendo si es prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria, para el caso, corresponde a la segunda, el valor del inmueble ha de calcularse por el valor comercial del bien al tiempo en que se dice cumplió con el requisitos temporal, no el catastral como lo sostiene el apelante porque tal alusión no hace la norma. ...”

(...)

Haciendo alusión al “...certificado de tradición del inmueble correspondiente al folio de matrícula inmobiliaria No. XXXXX de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali en el que se registra el inmueble ubicado en la carrera XXX, en la anotación No. 1 reporta que fue adquirido por venta que hiciera el Instituto de Crédito Territorial a XXX, en la anotación No. 3 del 14 de enero de 2010 se registro la sentencia de adjudicación a favor de XXX, XXX. XXX y XXX, y en la anotación No. 5 con fecha de 23 de octubre de 2015 se registro oficio de “demanda en proceso de pertenencia por prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio”. Obra



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

igualmente constancia de No acuerdo No. XXX Expedida por el centro de Conciliación y Arbitraje....”

(...)

“Diligencia de inspección Judicial realizada el 27 de Junio de 2012 en la que intervino el perito XXX, se dejo constancia que el inmueble inspeccionado coincide con el pretendido, quien reside en la casa es XXX, que tiene servicios públicos domiciliarios, se encuentra en regular estado y no se observan mejoras o refacción alguna.”

(...)

Se realizo otro “... dictamen pericial el 29 de julio de 2012 rendido por el perito evaluador cuyo objeto fue identificar y verificar la ubicación, lindero, posesión, valor y tiempo de las construcciones en que se dijo que existe una construcción levantada sobre el lote, con reparaciones en la parte de la cocina, techos y cañerías, linderos concordantes con los de la demanda, cuya utilización económica es residencial, que por estar deteriorada tiene un valor de \$97.650.000 lote, \$79.560.000 construcción, para un valor total de \$177.210.000 en el dictamen se concluyo que el valor de los frutos dejados de percibir desde 03 de mayo de 2003 hasta el 30 de junio de 2012 son \$80.162.816, las mejores realizadas por la demandada se determinaron en \$3.266.687. ...”

(...)

Para el presente asunto, el Tribunal aduce que “...según el dictamen pericial rendido en el proceso, el valor para 2012 es la suma de \$177.210.000 dictamen que no fue objetado por las partes y por lo tanto en firme, dicho valor para la época supera los 135 SMLMV que menciona la norma en ciudades que superan los 500.000 habitantes como Cali, para que sea tenida como vivienda de interés social, pues en ese entonces 135 SMLMV equivalían a \$76.504.500 (566.700 *135).”

“Si para el caso se tiene en cuenta lo dicho por la demandada, que la posesión la detentaba desde 5 de mayo de 2008 cuando el salario mínimo ascendía a la suma de \$461.000, equivaliendo a 135 SMLMV a \$ 62.302.500, valor muy por debajo del comercial para ese año si se tiene en cuenta la prueba pericial y la variación del IPC, por lo que tampoco podría haber sido tenida como vivienda de interés social, el valor comercial en el 2008 correspondería a \$155.370.158. Además de lo anterior, nótese que se trata de una vivienda de estrato 3 construida en un lote de terreno de 279 M2 cuya naturaleza no encaja en lo que se puede entender como vivienda de interés social.

Por lo anterior, al no poder ser tenido el inmueble como vivienda de interés social, no hay razón para examinar el cumplimiento de los demás presupuestos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio aplicable a esas viviendas, pues claramente se observa que la demandada tampoco cumple con el requisito temporal exigido para la prescripción extraordinaria que conforme a la ley 791 de 2002 redujo el término de 20 a 10 años para bienes raíces que no son de vivienda de interés social norma que vino a tener efectividad para el conteo de términos solamente a partir del 27 de diciembre de 2012, aquí la demandada excepcionó la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio en septiembre de 2011; amén de todo lo anterior, tratándose de herederos a falta de albacea les corresponde la tenencia de bienes de la herencia (no la posesión) a voces del artículo 496 del C.G.P. En esa



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

medida, la sentencia de primera instancia se mantendrá y en consecuencia se procederá a la condena en costas a la apelante por haberle resultado desfavorable el recurso (Art. 365 del C.G.P). claro está debiéndose actualizarse el pago de frutos hasta cuando la demandada reivindique el bien.”

Resuelve. Confirmar sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado XX Civil del Circuito de Cali, **adicionando** para reconocer frutos a partir de la sentencia de primera instancia hasta el día en que la demandada restituya el bien razón de \$886.050 del año 2012 incrementado con el IPC.

Condenar en costas de segunda instancia a la demandada.

Rad.006-2011-00233-01 (08-08-2018). M.P: Jorge Jaramillo Villarreal.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Contrato de transporte de pasajeros. Accidente de tránsito.

Caso concreto. Recurso de apelación formulado contra falle del Juez de XXX Civil del Circuito de Cali quien accedió parcialmente a las pretensiones, de la señora XXX y otras, que demandan a XXX, para que se les declare civilmente responsables y se les condene al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el 12 de noviembre de 2010, cuando los demandantes en calidad de pasajeros viajaban dentro del vehículo de transporte público afiliado a la empresa y propiedad del demandado.

Decisión de primera instancia

El juzgador en primera instancia estudia supuestos procesales, así como legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva, encontrándolos satisfechos, para luego argumentar que se encuentra satisfecha la carga procesal pues no hay causales de exoneración de responsabilidad, habiendo nexo causal, por lo anterior, los declara civil y solidariamente responsables, condenándolos al pago de perjuicios materiales, lucro cesante y perjuicios morales.

Decisión de segunda instancia.

Para la colegiatura no queda claro si se alega una responsabilidad contractual o extracontractual por la multiplicidad de actores, víctimas y familiares, debiendo el juzgador acudir a los principios de interpretación de la demanda, debiendo igualmente definir el derecho, sin ser ilimitada esta labor hermenéutica, pues solo interpreta la demanda confusa, haciéndolo racional sin alterar la pretensión, ni los hechos. Por lo anterior, la colegiatura precisa que la pretensión gira tan solo en los pasajeros lesionados demandantes y la aseguradora llamada en garantía, pues los demás sujetos procesales no apelaron la sentencia.

La causa petendi sobre la cual se edifica las pretensiones tiene hontanar en el accidente de tránsito, cuando entre los demandantes y demandados se había celebrado un negocio jurídico de transporte de personas, supuestos de responsabilidad, donde de la empresa prestadora del transporte que se vio implicada llamó en garantía a la aseguradora con el fin de afectar la póliza de responsabilidad



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

civil contractual por los hechos ocurridos. Por otro lado, según Jurisprudencia del tribunal de Casación, la pretensión del pasajero lesionado es de naturaleza contractual, la culpa imputada deviene del incumplimiento del contrato de transporte por parte de la empresa demandada, pues está, tenía la obligación de conducir a los pasajeros sanos y salvos al lugar de destino, siendo una obligación de resultado, de no darse, será incumplimiento.

De otra parte, para que surja la responsabilidad contractual se requiere que haya un daño proveniente de la inejecución de un contrato válidamente celebrado entre víctima y el causante del daño. De donde se desprende que los presupuestos condición para establecer esta clase de responsabilidad son: 1) Que haya un contrato válido. 2) Que haya un daño derivado de la inejecución de ese contrato, 3) Que ese daño sea causado por el deudor al acreedor contractual.

Para poder ser exonerado de la responsabilidad el transportador deberá demostrar que ocurrió por una causa exterior y que en su obrar agoto la mayor diligencia y cuidado para evitarlo, y por otro lado, en caso de incumplimiento, al pasajero le basta afirmarlo, sin que tenga que probar la culpa del transportador, pues se presume.

La apelante llamada en garantía asegura que la póliza de responsabilidad civil contractual no cubre los perjuicios morales como también que operaron algunas exclusiones y limitaciones del contrato de seguros. Respondiendo la Colegiatura aduciendo a Jurisprudencia *El Contrato de Seguro es de interpretación restrictiva y por eso en su ámbito operativo, para determinar con exactitud los derechos y obligaciones de los contratantes, predomina el texto de la que suele denominarse escritura contentiva del contrato, teniendo los jueces que examinar con cuidado las condiciones generales y particulares de tales convenios* , así el juzgador debe propender por armonizar las cláusulas con el sentido general del que derivan su razón de ser en el contexto contractual.

Estudiando el Tribunal la póliza, y analizando la postura para excepcionar la falta de cobertura de los perjuicios morales, menciona la Colegiatura sirviéndose de la Jurisprudencia: *El seguro de responsabilidad se impone la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado, sin embargo, **ello no implica que del amparo deban automáticamente excluirse todos aquellos menoscabos que no tengan ese carácter, incluyendo el dolor que sufre la víctima***”. En aplicación de la autonomía privada, los contratantes pueden convenir que queden protegidos también los daños inmateriales, casos en los cuales entraría a responder la aseguradora.

Por lo anterior, tras de finalidad aseguraticia de las pólizas de esta naturaleza, debe interpretarse siempre que al protegerse el patrimonio del asegurado se hace cualquier erogación que salga de su peculio para el pago de indemnizaciones de diversa índoles, salvo que se pacte la excusión de algunos amparos, y referente a la póliza pactada no se ha probado exclusión respecto de los perjuicios patrimoniales.

Aunque en la póliza se encuentra consagrada una causal de exoneración, resulta desproporcionada y poco razonable, pues se consagro que cualquier pasajero que no se encuentre afiliado al sistema de la seguridad social en salud y/o riesgos profesionales perdería la condición de beneficiario, proporcionado una ventaja desmesurada a la compañía de seguros al dejar de lado uno de los propósito que impulsaron al tomador para contratar. De esta menara, es *deber del juez delimitar el contenido de pactos que excluyan o minimicen los deberes del extremo contractual predisponente en la relación negocial que se trata, en perjuicio del*



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

adherente, porque lo contrario traducirá causa de exoneración unilateral de las obligaciones inicialmente adquiridas por aquella empresa, además es desmedro del objeto bien intencionado que posee el contrato de seguro”.

Por último, con respecto a la indebida condena por concepto de perjuicios materiales, por no haberse aquilatado dentro del plenario el ingreso por renta de trabajo de cada uno de los pasajeros, Jurisprudencialmente y de manera reiterativa y uniforme, se menciona que ante la ausencia de pruebas que tiendan a demostrar los ingresos promedio mensuales de una persona deberá acogerse el salario mínimo legal mensual vigente.

RESUELVE CONFIRMAR la sentencia apelada, pero por las razones expuestas en esta providencia. Y condena en costas a la parte recurrente.

Rad.002-2011-00055-02-2962.(20 065 2018) M.P: Homero Mora Insuasty .

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. Negligencia y falta de cuidado por parte del médico quien se sustrajo de sus deberes éticos y legales siendo precisamente el acto médico la causa del año. Apelación de sentencia.

Caso: “Decídase el recurso de apelación interpuesto por la clínica xxxxxxxxxxxxxx y el medico xxxxxxxxxxxxxx frente a la sentencia proferida el 30 de mayo de 2017 por el juez Diecisiete Civil del Circuito de Cali dentro del proceso de referencia.”

En el presente caso, la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx fallece después de los procedimientos quirúrgicos de septoplastia y *turbinoplastia bilateral* en la ya mencionada clínica, aparentemente por considerar la presencia de un cuerpo extraño en las vías respiratorias. Realizados los exámenes de rigor advierten que el tapón nasal de la fosa izquierda realizado con el dedo del guante y gasa no estaban en su lugar, por tal razón el personal médico procede a efectuar *traqueostomía* logrando su extracción, pero que para entonces ya fue inevitable el fallecimiento de la señora.

Extracto. “Concurren en el presente asunto los presupuestos procesales que permiten decidir el fondo de la controversia, esto es los requisitos necesarios que regulan la constitución y desarrollo formal y válido de la relación jurídico- procesal. De otra parte, no se avoriza la existencia de vicio alguno constitutivo de nulidad.”

(...)

“Los problemas jurídicos que abordará la sala, por expresa e intencionada delimitación de los recurrentes, se confinan exclusivamente a elucidar si en el plenario se encuentran acreditados suficientemente los presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil médica, de ser así, si la Universidad xxxxxxxx es solidariamente responsable, y si luce debidamente establecido el monto del daño extrapatrimonial, deberá examinarse si fue errada la tasación de la sanción por exceso en el valor juramentado como perjuicios materiales; de otra parte, habrá que determinarse si el médico podía ser condenado directamente pese a ser llamado en garantía y si dicho llamamiento estaba destinado a tener un buen suceso.”

“No remite a duda que bajo los lineamientos de la responsabilidad civil tratándose especialmente de la responsabilidad civil médica resulta imperioso, para su buen



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

suceso, la demostración del tríptico sobre el cual descansa, esto es la culpa, el daño y su nexa causal, carga probatoria que ostenta por regla general la parte que afirma, aunque ciertamente matizada por las circunstancias particulares de cada caso, o que el juez bajo una óptica flexible pueda acudir a la carga dinámica de la prueba, o deducir presunciones (simples o de hombre), relativas a la culpa, o de indicios endoprosales por la conducta de las partes, o que acuda a razonamientos lógicos como el principio “*res ipsa loquitur*”, como lo tiene decantado la jurisprudencia.”

(...)

“Para el caso concreto ateniendo los elementos integradores de la responsabilidad médica advertidos, debe decirse de entrada que lamentamos el deceso de xxxxxxxxxxxxxxxx que se erige como elemento constitutivo del daño, por tanto, la controversia gravita sobre los restantes elementos del tríptico de la responsabilidad que por antonomasia son culpa y nexa causal”

“Si era de esperarse el alto riesgo de que cualquiera de los tapones abandonara el lugar en el que fue situado y que se trasladara hacia las vías respiratorias las precauciones no se hacían esperar, al menos, para evitar que con tal prontitud obstruyera las vías respiratorias de la paciente, así, ante la eventualidad de que pudiera ser aspirado como lo señala la anesthesióloga con mayor razón debió encontrar un aseguramiento especial contemplando todas las medidas del caso para que pueda superar los riesgos a los que estaba sometido.”

(...)

“Al encontrarse la paciente sometida a ese riesgo previsible y latente surge ese deber que recae específicamente en el especialista tratante quien conoce las vicisitudes del procedimiento quirúrgico practicado, por consiguiente, en todo momento debió adoptar las medidas y cuidados del caso para fijar y asegurar el tapón nasal por manera que cumpla su propósito y resista las condiciones de sangrado e inflamación hasta el momento de su retiro, que como se dijo ocurriría días después.”

(...)

“En tal sentido no luce descartado inferir bajo las reglas de la experiencia, de la lógica de lo probable, de la razón y el sentido común, que la causa probable y eficiente de la complicación sufrida por xxxxxxxxxxxxxxxx y que finalmente produjo su deceso, no es otra, sino la inadecuada fijación del tapón nasal con dedo de guante y gasa en la fosa nasal izquierda por el médico otorrinolaringólogo para soportar el proceso postoperatorio hasta su retiro días después en el consultorio, pues al no haberse asegurado bajo las medidas y precauciones suficientes por el riesgo de su desplazamiento representaba, este elemento finalmente se trasladó hacia la tráquea generando la desaturación de la paciente y el epílogo lamentable que ya conocemos, suerte que no corrió el tapon nasal derecho.”

(...)

“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 nexa 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.”

(...)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

“Ha de considerarse entonces, según la naturaleza jurídica de la obligación que se reclama es la remisión de la Universidad xxxxxxxx, quien se equipara para los solos efectos de la responsabilidad invocada a una E.P.S; a la clínica xxxxxxxx que aquí

sería la I.P.S; para la prestación del servicio de salud por cuenta del profesional médico, el doctor xxxxxxxx, la que por virtud del artículo 2344 del Código Civil predica la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en el hecho generador del daño a xxxxxxxxxx, así en esta oportunidad aun si el procedimiento fue realizado por el médico externo del tratamiento médico quirúrgico es un todo que no puede escindirse en episodios para endilgar responsabilidad a uno u otro interviniente del mismo.”

(...)

“Ahora, tratándose de la responsabilidad civil extracontractual resulta procedente el llamamiento en garantía del demandado frente al agente que le causo el daño en virtud del cual eventualmente tendrá que soportar el pago de la condena, pues al fin de cuentas también es responsable solidario y por tanto el llamante se subroga en los derechos de la víctima contra ese autor del hecho generador de la indemnización frente a quien puede repetir para obtener su pago, esta es razón primaria y fundamental que justifica, por economía procesal, el llamamiento en garantía y de paso evitar fallos contradictorios.”

(...)

“Frente a la cuantía de los perjuicios morales considerada excesiva por haberse tasado bajo los parámetros previstos por el Consejo de Estado, valga precisar que en efecto aquí debe aplicarse el precedente vertical dictado por el Tribunal de Casación.”

(...)

“No remite ninguna duda que la tasación de los perjuicios morales esta dispensada al arbitrio judicial, que no significa ni arbitrariedad o capricho, ni menos debe entenderse como un regalo u obsequio, sino que dicha ponderación debe estar presidida por la racionalidad y la proporcionalidad, según la singularidad, especificación, individualización y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables, que deberán ser apreciadas en cada caso.”

(...)

“En punto a la sanción por exceso del monto juramentado con perjuicios materiales impera precisar que en este caso no está determinada por el artículo 211 del C.P.C; pues pese a que la demanda se formuló en vigencia de esa codificación tales perjuicios ahí no fueron estimados bajo juramento, sin embargo, obra en la foliatura la reforma de la demanda presentada el 08 de junio de 2014 donde si fue atendido ese presupuesto procesal cuando había cobrado vigencia el artículo 206 del C.G.P., colorario, su trámite se rige bajo la erigida de esta e normatividad.”

(...)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

“Esta conducta procesal pregona la ausencia de actuar negligente o temerario de quien juramentó los prejuicios materiales pretendidos pues procuró en todo momento respaldar su estimación desplegando un esfuerzo probatorio significativo en las oportunidades procesales correspondientes, cuyo resultado adverso obedece al criterio del juzgador de instancia si en cuenta se tiene que según la jurisprudencia nacional había lugar a dichos perjuicios pero no en la cantidad solicitada...”

“... entonces en este caso luce ausente el supuesto factico recabado descartando la aplicación de la punición.”

Rad.013-2012-00126-04-2849 (26 06 2018). M.P. Homero Mora Insuasty

SALA LABORAL

CONTRATO DE TRABAJO. Elementos del contrato laboral. Contrato de prestación de servicios. Primacía de la realidad. Horas extras. Buena fe.

Para la Sala ningún asomo de buena fe de la demandada en su proceder se avizora en las actuaciones, pues por todos los medios ocultó el vínculo laboral que la ligó con el demandante.

Caso: La decisión a dictar por la Corporación responde a las apelaciones interpuestas por las partes contra la Sentencia No. xxx proferida el 31 de enero de 2014 por el Juzgado Noveno Laboral de descongestión de Cali, la cual declaro que entre el demandante y xxxxxxxx Ltda; existió una relación laboral por el periodo comprendido entre el 22 de julio de 2008 y el 01 de agosto de 2010, condenando a la demandada a reconocer y pagar al demandante prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones y costas procesales.

Extracto. “La Sala comienza por indicar que el tema central del proceso, se repite, es determinar si hubo una relación de carácter social o de prestación de servicios como lo anuncia la entidad demanda.”

“Por lo anterior resulta cardinal conforme al artículo 23 y 24 del C.S.T. advertir si la entidad demandada desvirtuó la presunción existente en toda relación laboral que sobre el contrato de trabajo estableció el legislador, pues de no cumplir con esa tarea procesal se entiende que esa relación laboral es de carácter laboral contractual.”

“Vale anotar que están presentes en las actuaciones los supuestos facticos y jurídicos permisivos para entender configurada dicha presunción, quiere decirse:

- i) que la actividad personal del reclamante se advierte con la misma aceptación que se hace de la prestación del servicio pero con un vínculo jurídico diferente (Cto. de Prestación de Servicio), pues el distanciamiento opera solo en lo jurídico mas no en lo factico, que es en últimas la exigencia jurídica para entender personal el desplazamiento de la energía humana en favor de otro.
- ii) el servicio prestado por el actor a favor de la demandada, fue remunerado y continuo, pues a pesar de alegarse por el reclamante discontinuidad con



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

la ocurrencia de 3 contratos, y aceptarse esa afirmación por la demandada (hechos 1 a 3, 6, 7, 9, y 13 de la demanda fls. 11 y 12 y su contestación fls. 69 y 70), lo cierto es que el contrato signado por ambas partes da cuenta de su continuidad jurídica, sobre lo que las mismas estuvieron de acuerdo, externalizaron su voluntad sin que obre prueba material de realidad diferente. (...)

- iii) vistos los 3 elementos del contrato laboral, la tarea de desvirtuar la presencia presuntiva de la subordinación jurídica laboral, le corresponde a quien la niega.”

“También sirve para derrumbar la tesis defensiva referente a otra naturaleza jurídica del contrato, indicar que esa tal relación de tipo civil o comercial no se entiende configurada si el servicio, como en este caso sucede, se presta con herramientas del contratante, pues el contratista debe realizar su labor con sus propios medios herramientas o utensilios que no es el caso presente cuando a folio 31 se indica desarrollarse el servicio no solo en las instalaciones de la demandada si no con herramientas también de su propiedad, ...”

(...)”

“2. Número de contratos: como se vio en el numeral 1.2; solo está acreditada la existencia de un contrato, el que nació el 22 de julio de 2008, que fuere prorrogado.

“3. Valores del salario: de acuerdo al único contrato obrante en el plenario no es posible deducir un valor diferente al calculado por la instancia (\$ 1.1550.000 mcte.), menos se puede inferir de los documentos obrantes a los folios 97 a 99 referidos a las retenciones en la fuente realizadas por la empresa demandada para los años 2008, 2009 y 2010, pues no se conoce a que periodos o contratos responden esas cifras.”

“4. Horas extra: de las reclamadas horas extras o trabajo suplementario, solo milita prueba de nuevo horas adicionales laboradas en el mes de agosto de 2009, según folio 38, único documento que se encuentra firmado por la señora xxxxxxxxxxxx, fue aceptado por ella en diligencia del 28 de mayo de 2013 (fls.165/167); los siguientes folios que esgrime el actor 39 a 51, no pueden tenerse en cuenta, dado que, no cuentan con firma de autor ni con la aceptación de la señora xxxxxxxxxxxx, pues no se le pusieron en conocimiento, por tanto no fueron aceptadas otras horas extra o de trabajo suplementario, menos es posible inferirlas de las diligencias. Así las cosas, solo el reproche del actor entorno a la falta de pago de 9 horas extras laboradas en el mes de agosto de 2009 prospera, ...”

(...)”

“5. Devolución de valores descontadas por el concepto de rete-fuente: tal y como lo ha precisado reiteradamente la jurisprudencia especializada, no es procedente la pretensión por devolución de retención en la fuente en litigios donde se estudia la existencia de relaciones laborarles por tratarse de una cuestión de índole tributaria.”

“6. La pregonada buena fe de la demandada: para la Sala, ningún asomo de buena fe en su proceder se avizora en las actuaciones, pues por todos los medios oculto el vínculo laboral que la ligo con el demandante, sabiendo que estaba recibiendo el beneficio de sus servicios personales desde el 22 de julio de 2008, en una actividad misional y común a su objeto social, con honorarios (hechos 8,12 y 13) y con llamados de atención (fls. 33 a 37 y 177), lo que sin duda corrobora lo ya presumido por el legislador. Con todo lo cual resulta apropiada la imposición en su contra de las



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

consecuencias consagradas en los arts. 65 del CST y 99 de la ley 50/1990, haciendo impróspera su alzada.”

“Puestas así las cosas, se modificará la sentencia apelada, dando prosperidad parcial al recurso formulado por la parte actora. Se denegará la alzada de la entidad demandada y se le condenara costas en favor del demandante.”

Rad. 007-2011-01458-01 (27 04 2018). M.P. Carlos Alberto Carreño Raga.

CONTRATO DE TRABAJO. Despido injustificado. Representantes del empleador. Funciones del secuestre.

Caso concreto. Recurso de Apelación presentado por XXX en condición de heredera determinada por el señor XXX socio gestor de XXX contra sentencia No.XXX mediante la cual declaro que entre el demandante XXX y la sociedad demandada XXX existió un contrato de trabajo durante el periodo corrido XXX y el cual termino de manera unilateral e injustificada por la empleadora.

DESICIÓN DEL TRIBUNAL

Condición de heredera asiste el derecho a impugnar sentencia dado la posible afectación a su patrimonio.

Para la Sala es importante señalar que “... desde el inicio que en el recurso se acepta la existencia del contrato e trabajo con la reclamante y la sociedad XXX, tan cierto que en el punto XXX de la petición especial se indica haber terminado ilegalmente el contrato por un auxiliar de la justicia quien no tenía facultades para ello, siendo esta tesis el fundamento principal de la objeción.

Con la advertencia anterior procede tener por cierta la efectiva existencia del contrato de trabajo para luego pasar a determinar si efectivamente el secuestre, como lo dice la recurrente estaba o no facultado para realizar este acto resiliatorio.

En ese orden basta indicar como lo señaló la oficina de distancia que el secuestre conforme al artículo 32 del código sustantivo del trabajo tiene facultades para representar al empleador como sujeto que ejerce funciones de administrador en la esfera laboral, es más conforme a la ley era de su encargo incluso hacer las debidas diligencias para llegar a la terminación del reemplazo jurídico del gestor fallecido.

Entonces, si la norma laboral tiene al secuestre como administrador del bien embargado, a la Corporación no le resulta a derecho que este hubiese ejercido la facultad de rescindirlo, todas vez que sí está facultado para a realizar las diligencias propias de todo mandatario, se considera dentro de esa especie la de dar por terminado el contrato de trabajo si consideraba que jurídica y administrativamente no tenia posibilidad física y económica para responder por las obligaciones, soportando las consecuencias jurídicas de su actuar.”

Resuelve. Confirmar sentencia apelada y condenar en costas en esta instancia a cargo de la apelante.

Rad.003-2011-00641-01 M.P Carlos Alberto Carreño Raga



CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO. Contrato de los motoristas del servicio público.

Decisión en primera instancia Recurso de apelación interpuesto por la parte actora la sentencia No XXX, mediante la cual declaro probadas las excepciones interpuestas por la demandante y declaró que entre el actor y esa sociedad existió un contrato a termino indefinido y en consecuencia condenó a la demandada a reconocerle y pagarle al demandante la suma de XXX por concepto de intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, igualmente la condeno a afiliar al actor al sistema de salud y pensiones y pagarle los aportes por el periodo descrito y la absolvió de las demás pretensiones.

Extracto

La sentencia apelada debe revocarse parcialmente porque se reconoce por la empresa demandada la prestación de los servicios personales del actor como conductor de vehículos afiliados, con lo cual i) acepta de la mano de la ley 15 de 1959 ser empleadora. ii) con su contestación a la demanda, la cual se debe tener como testimonio de terceros, hace empleadores a los propietarios XXX, XXX y XXX y a la cooperativa XXX, pero como no singulariza tiempos de estos vínculos, no es posible condenarlos, además no fueron demandados y no son llamados en garantía de la sociedad demandada las personas naturales XXX y XXX de ahí que se conserve únicamente la relación laboral del actor con XXX S.A debiendo destacar que además de lo confesado por ella, abona a la determinación cronológica del vinculo, la prueba testimonial recaudada.

Respecto al pretendido pago de salarios mínimos desde el año 2005 hasta el 2010, no es posible emitir condena, dado que es el mismo actor quien afirma en el libelo haber recibido como contraprestación de sus servicios lo que el dueño del bus le reconocía “**por concepto de porcentaje de lo recaudado por pasajeros movilizados durante los recorridos**”, es decir, no definió el valor adeudado por concepto de salarios durante el periodo reclamado, no siendo dable inferirlo a la Corporación.

Las cesantías de demandan desde el año 1976 y se afirma encontrarse vigente el vinculo laboral a la fecha de la presentación de la demanda el 15 de octubre 2010, razón por la cual no procede a condenar a la demandada pagarlas al actor, pues solo se hacen exigibles al termino de la relación, situación no alegada en el escrito inicial. Diferente sucede frente a la condena pretendida por la falta de consignación de las cesantías, pues la sociedad demandada no logro demostrar la acreditación de consignación de las cesantías que tenia derecho el trabajador de acuerdo a los extremos temporales, ni siquiera por el periodo de servicios que acepta la sociedad demandada con la falta de buena fe de la empleadora, presupuesto factico para que opere la sanción respectiva, pero para condenar a su pago, debe declararse la configuración del fenómeno prescriptivo respecto de los valores adeudados con anterioridad al 15 de octubre de 2007 pues solo con la presentación de la demandada se tiene noticia de su reclamo, de ahí que se condene a la empresa demandada a pagar al trabajador, a consecuencia del incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2008 antes del 15 de febrero del 2010 hasta el 4 de octubre de 2010 la suma de XXX, diariarios a partir del 15 de febrero de 2011 hasta el 20 de marzo de ese año, siendo la fecha de terminación de la relación según lo afirmo la parte demandada y se demostró con la liquidación de sus



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

prestaciones, las cesantías proporcionales causadas al 20 de marzo de 2011, le fueron directamente al trabajador.

Frente a las primas de servicios y los intereses a las cesantías causados igualmente opero la prescripción con anterioridad al 15 de octubre de 2006.

Respecto a las vacaciones la prescripción opera con anterioridad al 15 de octubre de 2006.

Sin existir evidencia de pago de aportes al sistema general de seguridad social por parte de la empresa empleadora a favor del actor, se le ordenara efectuarlos en la forma y términos que dispongan las entidades del sistema teniendo en cuenta todo el tiempo de labor, esto es, desde el 15 de diciembre de 1976 hasta el 20 de marzo de 2011, pues para esto no opera el fenómeno prescriptivo por cuanto tienen carácter parafiscales, además su falta de pago haría nugatorios los derechos irrenunciables que nacen de la seguridad social, por lo tanto, gozan de garantía constitucional.

Resuelve

Modificar la sentencia No. XXX para en su lugar:

Declarar que entre la empresa empleadora y el señor XXX en condición de trabajador existió un contrato de trabajo a término indefinido durante el periodo entre 15 de diciembre de 1976 y el 20 de marzo de 2011.

Declarar parcialmente probada la excepción de prescripción frente a las primas, intereses de las cesantías y vacaciones y por probada la inexistencia de las obligaciones respecto de salarios, cesantías, horas extras diurnas, nocturnas y de festivos.

Condenar a la empresa empleadora a pagar los aportes al sistema general de seguridad social

Absolver a la empresa empleadora de las demás pretensiones

Confirmar todo lo demás.

Rad. 005-2010-01221-01. (27-08-2018) M.P: Carlos Alberto Carreño Raga.

Elaborado por Catalina Díaz

CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO. Terminación unilateral del contrato de trabajo. Pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones por no consignación de cesantías.

Caso concreto. Recurso de apelación planteado por la parte demandada, quien procura que se revoque la sentencia a través de la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes y se condenó al demandado al pago de prestaciones sociales, vacaciones y las indemnizaciones por no consignación de cesantías, terminación unilateral del contrato de trabajo y por falta de pago de las prestaciones.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Para la Sala las fundamentaciones mencionadas para apelar la sentencia no tienen construcción argumentativa, no teniendo el alcance pretendido, pues se equivoca en la determinación de los extremos laborales, asunto que funda la vaga e insuficiente contundencia de la declaración de la única testigo y por otro lado, es desacertada la aplicación del artículo 210 del C.P.O al no darse cuenta en la diligencia los hechos susceptibles de confesión, siendo el testimonio de un único testigo tiene la capacidad de convicción y de contundencia cuando es coincidente entre sus dichos, de la capacidad de servir prueba sobre un hecho, cuando se tramite las condiciones por las cuales se tiene conocimiento del hecho central, además no se coloca en duda al



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

dar cuenta de ser compañera de trabajo entrando a laborar primero que ella con salario y condiciones laborales similares.

“En el ataque de la sentencia apelada no se dice que es lo que hace sin conducencia a esa prueba solo menciona la singularidad, pues la Corporación debe valorar los elementos probatorios aportados conjuntamente, teniendo también la existencia de un indicio en contra del accionado al no dar respuesta a la demanda Artículo 31, quedando con ello obligada la parte a controvertir y desvirtuar cada hecho indiciado, pero que por tener los hechos del indicio acompañamiento procesal de un testimonio de tercero aflora la legalidad de la condena, pues se genera como bastión probatorio la interdependencia demostrativa de esas dos probanzas.”

“En relación con el otro ataque, la sala menciona que a pesar de ser cierta a crítica de no haberse establecido en la diligencia el objeto de confesión, tal circunstancia probatorio hace relación solamente con esa prueba, que no con la base probatoria de la condena, que como se vio queda sin ninguna otra crítica, de ahí que deba finalmente confirmarse la decisión condenatoria.”

Resuelve. Confirmar totalmente la sentencia apelada y condenar a Costas a cargo del apelante vencido.

Rad.05-002-2011-01024-01 M.P Carlos Alberto Carreño Raga

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Reintegro. Pago de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de despido hasta la fecha de reintegro.

Caso: “Corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho al pago de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones, causados entre el 1 de agosto de 2012 y el 15 de enero de 2013 y el 15 de enero de 2014 al 20 de octubre de 2014, periodos en los cuales el empleador incumplió la orden del Juez de Tutela de reintegrar al trabajador a un puesto de trabajo acorde con sus limitaciones físicas. Así mismo, establecer si tiene derecho al pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial, la indemnización por despido injusto y la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.”

Extracto. “Ahora, conforme los derroteros trazados por la Corte Constitucional mediante Sentencia SU-049 de 2017, la estabilidad ocupacional reforzada, es predicable frente a quiénes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, aspecto que no es motivo de discusión en el presente asunto.”

“Lo anterior, como quiera que no existe controversia que el señor xxxxxxxxxxxxxxxx es beneficiario de la estabilidad laboral, en razón a la protección que le fue otorgada de forma definitiva – y no transitoria-, por el juez de tutela a través de la sentencia No. xxx de 9de octubre de 2012 (fs. 65 y 73).”

(...)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

“En ese sentido, al carecer de efecto jurídico la terminación unilateral del contrato de trabajo del señor xxxxxxxxxxxxxx, por parte de xxxxxxxxxxxx S.A., no puede concluirse otra cosa, sino que es obligación del empleador, pagar los salarios y prestaciones sociales desde la fecha de despido hasta la fecha en que se llevó a cabo el reintegro, razón por la cual habrá de condenarse a la demandada al pago de dichos emolumentos, desde el 1 de agosto de 2012 al 10 de diciembre de 2012, pues aunque el actor pretende que la condena se extienda al 15 de enero de 2013, la parte demandada demostró que el 10 de diciembre de 2012 suscribió un nuevo contrato de trabajo con el demandante, con el fin de dar cumplimiento a la sentencia de tutela No. xxx del 9 de octubre de 2012. No obstante, a pesar de este aspecto formal, debe entenderse que estamos frente a una sola relación laboral, como quiera que el reintegro ordenado por el Juez de Tutela tiene efecto de ser sin solución de continuidad.”

“Adicionalmente, también habrá de condenarse al pago de salarios y prestaciones sociales desde el 15 de enero de 2014, fecha en que la demandada volvió a despedir al actor, y hasta el 20 de octubre de 2014, fecha en que procedió nuevamente el reintegro, como consecuencia del incidente de desacato adelantado por el accionante.”

“Respecto las vacaciones reclamadas, sólo basta señalar que como quiera que por los periodos sobre los cuales se pretende el pago de ese emolumento, el demandante no prestó servicios a la entidad demandada, no resulta procedente condenar al pago de vacaciones condenadas.”

“Frente a los aportes a seguridad social en pensiones, la demandada deberá pagar las cotizaciones a la administradora de pensiones a la cual se encuentre afiliado el demandante, correspondiente a los periodos 1 de agosto de 2012 y 10 diciembre de 2012 y del 15 de enero de 2014 al 20 de octubre de 2014, con base en un salario por valor de \$1.482.000.”

“Frente a la indemnización por no pago del interés a las cesantías, esta procede de conformidad con lo instituido por el artículo 5 del Decreto 116 de 1976 que reglamentó la Ley 52 de 1975, y corresponde al mismo valor adeudado por concepto de intereses a las cesantías, por lo que la demanda deberá pagar al actor por este concepto, un valor de \$127.721, que corresponde a la suma de los intereses adeudados entre los periodos antes señalados.”

“En relación con la indemnización por no consignación de cesantías contenidas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que, al igual que la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T; 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 consigno las cesantías en la oportunidad dispuesta por la Ley, y en el evento de considerar justificado su comportamiento, se le debe exonerar de dicha indemnización.”

(...)

“Ahora, la demandada no presentó un solo argumento válido para que, a pesar de tener pleno conocimiento que el actor era un sujeto de especial protección laboral por sus condiciones de salud, pues así había sido considerado por el Juez de Tutela, tomase la determinación de volver a dar por finiquitado su contrato de trabajo de forma unilateral, ni tampoco, porqué a pesar del habersele ordenado nuevamente el



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

reintegro, no reconoció los emolumentos labores a los que este tenía derecho durante la época en la que estuvo despedido, incluida la consignación de las cesantías en el respectivo fondo. De ahí que la Sala considere procedente la imposición de la indemnización por no consignación de las cesantías causadas entre el 15 de enero de 2014 y el 20 de octubre de 2014, periodo que corresponde al del segundo despido del actor y la fecha efectiva en que fue reintegrado.”

(...)

“Así las cosas, teniendo en cuenta que el empleador afilió al actor a la ARL, por lo que subrogó el riesgo a esta entidad, no tendrá obligación de asumir el pago de la indemnización por discapacidad permanente parcial, y como quiera que esta ya le fue cancelada por parte de xxxxxxxxxx S.A; habrá de absolverse por este concepto, tal como lo consideró la falladora de primer grado.”

“Respecto a la indemnización por despido injusto que pretende el promotor de la acción, simplemente basta señalar que en los comprobantes de liquidación definitiva de acreencias laborales del 1 de agosto de 2012 y del 12 de febrero de 2014, fechas en las que xxxxxxxxxxxxxx S.A terminó de forma unilateral el contrato de trabajo del demandante, se observa que este reconoció la correspondiente indemnización que por tal concepto tenía derecho el trabajador, quien la recibió a satisfacción (fs. 367 y 375), razón suficiente para absolver a la demandada por ese concepto.”

(...)

“En ese sentido, no existe duda para la Sala que la demandada debe pagar al actor la indemnización de 180 días de salario dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues se itera, que ésta a pesar de conocer de ante mano la condición médica del trabajador, que este había sido amparado con la estabilidad laboral reforzada por parte del juez de tutela, y que en virtud de dicha estabilidad le fue ordenado su reintegro a un puesto de trabajo acorde a sus limitaciones, tomó la decisión unilateral de despedirlo sin solicitar autorización al Ministerio del Trabajo.”

(...)

“La demandada deberá cancelar al demandante, todas las sumas a las que ha sido condenada, debidamente indexadas desde su causación a la fecha efectiva de su pago.”

“Así las cosas, la sentencia consultada será revocada parcialmente en los términos antes indicados. Sin costas en esta instancia por conocerse en consulta. Las costas en primera instancia estarán a cargo de xxxxxxxxxxxxxx S.A; las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de conocimiento.”

Rad.001-2015-00097-01. (31 07 2018). M.P. María Nancy García García.

FUERO SINDICAL. Acción de reintegro. Fecha cierta. La única prueba fehaciente donde constan la fecha y hora de recibo de las comunicaciones de terminación de los vínculos laborales de los demandantes.

Caso: “Los demandantes a través de apoderado judicial promovieron demanda especial de fuero sindical contra las sociedades xxxxxxxx, xxxxxxxxxxxx, xxxxxxxx, xxxxxxxxxxxx y xxxxxxxx, con el fin de que sean reintegrados a los cargos que



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

desempeñaban como Taquilleros del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Santiago de Cali SITM- MIO, o a un cargo similar, y en consecuencia le sean reconocidos o pagados los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento del despido y hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro y las costas del proceso.

Extracto. “De acuerdo con los argumentos de la apelación, corresponderá a esta Sala de Decisión, determinar: i) Si los demandantes xxxxxxxxxxxx y xxxxxxxx gozan de fuero sindical a través de la organización xxxxxxxxxxxx, y en caso afirmativo ii) se analizara procede el reintegro de cada uno de los demandantes a los cargos que venían desempeñando o a uno igual, junto con el pago de salario y prestaciones sociales, dejados de percibir desde el momento del despido y hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro, si a ello hubiere lugar.”

(...)

“Para resolver el primero de los cuestionamientos señalados en líneas precedentes, debe la Sala remitirse a lo dispuesto en el literal b) del artículo 406 de nuestra normatividad sustantiva, modificado por el artículo 12 de la ley 584 de 2000, que prevé: ...”

(...)

“Como bien se puede observar, dicha normatividad no exige solemnidad alguna, para que cualquier trabajador se adhiera a una organización sindical con anterioridad a su registro ante la autoridad competente, y para el presente caso, a pesar de que no se allegó al plenario, prueba documental que ilustre la nómina del personal afiliado al sindicato xxxxxxxxxxxxxx, si existe certificación de afiliación de los actores xxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxx los días 27 y 28 de marzo de 2011, respectivamente (fls. 166 y 233), emanada por la misma presidente de dicha organización sindical, es decir, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, que como bien no existe discusión de ello, sucedió el mismo 28 de marzo de 2011, a las 04:30 pm (fl.105 a 110).”

“Considera esta colegiatura que las mencionadas certificaciones de afiliación de los dichos ex trabajadores, resultan pruebas más que suficiente para concluir que los señores xxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxx, lograron adherirse al sindicato xxxxxxxxxxxxxx, antes de su registro, pues ninguna de las partes pasivas en el presente caso, se opuso con las herramientas probatorias previstas en la normatividad procesal civil, aplicada al sub-lite por analogía, para desvirtuar dicha situación, y por ende debe dársele pleno valor probatorio a la mencionada documental, con la cual estarían entonces los demandantes en mención amparados por el fuero sindical, al igual que los demás demandantes xxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxx, al haber hecho parte de la Asamblea de Constitución del sindicato xxxxxxxxxxxxxx, teniendo igualmente los señores xxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxx, la doble condición como miembros de la Junta Directiva de dicha organización gremial, al igual que las señoras xxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxx, como integrantes de la comisión de reclamos y de derechos humanos, respectivamente, situación de la cual no existe discusión.”

“Ahora bien, es necesario establecer desde cuando se demuestra tal calidad de aforado sindical, para lo cual debe traerse a colación lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 406 del C.S.T el cual establece que para acreditar la calidad de fuero



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

sindical, se debe “demostrar con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo o con la copia de la comunicación al empleador.”

(...)

“Así las cosas, se tiene que el sindicato xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, radicó los documentos atinentes a su registro el día 28 de marzo de 2011, ante la Inspección de Trabajo de la ciudad de Cali, como se evidencia de la documental que milita de folios 105 a 110 y 111 y 1122; documentos entre los cuales se observa que los demandantes xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, estuvieron presentes en la asamblea de la fundación, siendo a su vez algunos de ellos, miembros de la Junta Directiva de tal organización gremial, con excepción de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien solo figura como fundadora de la misma y los señores xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quienes lograron adherirse al sindicato xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, antes del aludido registro.”

“Colofón de lo anterior, si fue el Ministerio de Trabajo la autoridad que primero conoció el hecho de la constitución del aludido sindicato, le correspondía a tal ente, enterar en forma inmediata a la empleadora, para garantizar el derecho de fuero sindical de sus fundadores y miembros de sus Junta Directiva y de paso el derecho de asociación sindical que fungía para los aquí demandantes, tal y como lo indicó la Corte Constitucional en su Sentencia T- 938 de 2011, antes citada, criterio que esta Sala siempre ha compartido.”

(...)

“Conforme a la anterior orden constitucional, para que el empleador xxxxxxxx le sea oponible la condición de aforados de los demandantes, ésta debió haber sido comunicada directamente por escrito, la que en efecto se hizo el 31 de marzo de 2011, a las 09:40 a.m. por partes de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, y en la que se acompañó copia de la nómina de la Junta Directiva de dicha organización sindical, tal y como se puede evidenciar en folios 436 al 411 del plenario, nómina que contiene los siguientes nombres y calidades ...”

(...)

“De lo anterior se logra concluir que junto con la notificación que xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, hizo a la demandada xxxxxxxx, el día 31 de marzo de 2011, a las 09:49 a.m., solo se anexó la nómina de los miembros de la junta directiva de dicha organización sindical, dentro de los cuales se encuentran los señores xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, más no le fue allegada la copia del acta de la asamblea de constitución del referido sindicato, en donde se ilustren los nombres de cada uno de los fundadores, como tampoco le fue comunicado a la empresa en mención, que personas se adhirieron a dicha organización sindical con anterioridad a su registro, por lo que la demandada xxxxxxxx solo conoció de la condición de aforados respecto de los demandantes xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, y solo sobre ellos se analizará si la empleadora en mención respetó tal condición al momento de dar por terminado sus vínculos laborales.”

“En relación con los demandantes xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, se tiene que se encuentran acreditados sus condiciones de aforados sindicales como fundadora de la Organización Sindical xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, respecto de la primera y como trabajadores adheridos al mismo, respecto de los dos últimos, al no



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

haberse comunicado a la xxxxxxxxxxxxxx tales condiciones con la comunicación recibida por está, el día 31 de marzo de 2011 a las 09:40 a.m., dicha garantía foral no le fue oponible a la misma, y por ende no tenía que solicitar autorización al Ministerio de Trabajo para prescindir de sus servicios laborales, pues se reitera que tal publicación tiene como fin hacer posible la exigencia de las garantías que surgen del ejercicio de la libre asociación sindical, por virtud del conocimiento real o presunto que de ellos tengan, situación que en el presente caso no acaeció debiéndose en consecuencia confirmar la decisión de absolutoria de primera instancia respecto de los mencionados demandantes.”

(...)

“Atendiendo los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales emanados por nuestro órgano de cierre, las terminaciones de los contratos de trabajo de los demandantes se materializaron según las fechas contenidas en cada una de las comunicaciones que reposan en el expediente, que en su mayoría son a partir del 30 de marzo de 2011, no obstante tal decisión surtió sus efectos frente a los demandantes en fecha posterior a ésta, lo que a continuación se procede a verificar:”

(...)

“Tal y como se evidencia en la anterior relación, a la mayoría de los demandantes les fue notificada la decisión de sus terminaciones laborales el 31 de marzo de 2011, con excepción de la señora xxxxxxxxxxxxxx, la cual si bien acreditó su calidad de aforada sindical que pregona, al haberse finiquitado su vínculo laboral el día 23 de marzo de 2011, cuando la organización sindical xxxxxxxxxxxxxx, no había efectuado la notificación ante su empleador, su garantía foral no le fue oponible a su empleador xxxxxxxx, debiéndose entonces confirmar tal punto de la decisión, consistente en absolver a las partes pasivas de todas las pretensiones incoadas por la demandante en mención.”

“Respecto a los señores xxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxx se observa que a estos les fue notificada la decisión de sus terminaciones laborales el 31 de marzo de 2011, día posterior a la plasmada en las comunicaciones enviadas para tal fin, notificación que también se surtió en horas posteriores a la notificación de la fundación de la organización sindical xxxxxxxxxxxxxx que se hiciera ante la xxxxxxxxxxxxxx, el mismo día a las 09:40 a.m., hecho del cual no existe discusión.”

“En relación con las demandantes xxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxx, encuentra la Sala que aquellas tan solo plasmaron su firma de recibido en la comunicación de terminación de sus contratos de trabajo, sin señalar fecha y hora de recibido de las mismas, empero no puede dejarse de lado que ambas accionantes con posterioridad a tales terminaciones laborales, solicitaron sus respectivos reintegros laborales mediante acciones de tutela instauradas contra xxxxxxxxxxxxxx y contra xxxxxxxxxxxxxx, en donde a su vez señalaron conjuntamente que ésta última sociedad dio por terminada la relación de trabajo a través de misiva recibida el día 31 de marzo de 2011 a las 10:20 a.m. para el caso de xxxxxxxxxxxxxx y el día de 31 de marzo de 2011 a las 9:30 a.m para el caso del xxxxxxxxxxxxxx, como bien puede corroborarse a folios 194 a 199 y 215 a 220 del proceso.”

(...)

“Así pues, en razón a las referidas comunicaciones de terminaciones de los vínculos laborales de las señoras, xxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxx, por parte de la temporal



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

xxxx, se instauraron las correspondientes acciones de tutela en busca de sus reintegros laborales, acciones que dan cuenta de la fecha y hora exacta del recibido de tales comunicaciones, hecho que para la Sala da certeza de que en efecto ello fue así, por lo que a nuestra consideración la demandante xxxxxxxxxxxxxx también fue despedida con posterioridad a la comunicación de la fundación de la organización sindical xxxxxxxxxxxx recibida por la xxxxxxxx el 31 de marzo de 2011, a las 9:40 a.m, caso contrario al de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, a quien le fue terminado su contrato de trabajo el mismo día a las 9:30 a.m, esto es, cuando aún no se había efectuado la comunicación de la fundación del plurimencionado sindicato, lo que se traduce en que su garantía foral nunca le fue oponible ala demandada xxxxxxxx, debiéndose en consecuencia confirmar tal punto de decisión.”

“Así las cosas, encuentra la Sala que los demandantes xxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxx al momento de la terminación del nexo laboral que los unía con los demandantes xxxxx y la sociedad xxxxxxxxxxxx, ocurrido el día 31 de marzo de 2013 en las horas arriba señaladas, gozaban de la protección de fuero sindical de que tratan los artículos 405, 406 (Mod. Art 12 Ley 584/00) y 407 del C.S.T., y por ende su empleadora xxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxx, debió solicitar ante el Juez Laboral, los respectivos permisos para el levantamiento de fuero sindical, para su posterior despido, pues se reitera que a pesar de que la xxxxxxxx se enteró sobre la creación del sindicato xxxxxxxxxxxx, el día 31 de marzo de 2011, a las 9:40 a.m, las notificaciones de las decisiones que daban por terminados los vínculos laborales de los demandantes en mención se dieron en horas posteriores del mismo día.”

“Finalmente en lo que hace a la excepción de prescripción formulada por la parte pasiva, ya quedo determinado que los vínculos laborales de los demandantes xxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxx fenecieron mediante comunicación notificada el día 31 de marzo de 2011, por lo que en virtud de lo dispuesto en el Art. 118 A del C.P.T y S.S, tenían 2 meses para interponer la respectiva acción de reintegro, esto es, hasta el 31 de mayo de 2011, y por lo tanto, al haberse instaurado la demanda ante la oficina de reparto el día 30 del mismo mes y año, no puede predicarse la configuración de tal fenómeno prescriptivo para los demandantes en mención, razón por la que tal excepción se ha de declarar no probada.”

“En cuanto a las demás excepciones de fondo propuestas por las sociedades demandadas, las mismas no están llamadas a prosperar en vista de que las pretensiones de los demandantes están llamadas a prosperar.”

“Por todo lo anterior, se ha de revocar parcialmente la decisión impartida por el Juez de Instancia,…”

Rad.001 2011 00767 03 (22 03 2018). M.P. Elsy Alcira Segura Diaz

FUERO SINDICAL. Acción de reintegro.

Caso: “La sala se constituye en audiencia pública de juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la Sentencia No. xxx del 06 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por xxxxxxxxxxxxxx contra Hospital xxxxxxxxxxxxxx ESE.”



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

El tema sobre el cual versa la misma es un proceso especial de fuero sindical, donde el demandante alega ineficacia del despido, por haber sido este de forma ilegal, estando amparado bajo la garantía del fuero sindical en calidad de fundador, y sin previo permiso del Juez Laboral.

Extracto. “Ahora, en lo concerniente a la alegada interpretación exegética de la ley, considera la colegiatura, tras escuchar los argumentos del *A quo* para ordenar el reintegro, que su decisión se ciñó a las exigencias de la normativa sustantiva y procesal, independientemente de la calificación que la censura le quiera otorgar, es decir, exegética o no. Se precisa que en este tipo de acción, el juez debe limitar su estudio a establecer si el trabajador demandante gozaba de la protección foral, y en caso afirmativo, constatar si el empleador solicitó la respectiva autorización para despedirlo, así lo dijo la CC en sentencia T-731 de 2001, cuando señaló *“en la acción de reintegro se trata (...) de analizar si el demandante (sic) estaba obligado a solicitar el permiso judicial, y si dicho requisito efectivamente se cumplió.”*

“Además, cuando se ha de determinar la viabilidad o no de la acción de reintegro se debe analizar: i) la existencia de la organización sindical; ii) la calidad del trabajador en la organización sindical; iii) el conocimiento del empleador de la existencia de la organización sindical, y iv) la autorización para despedir al aforado, aspectos que fueron determinados por la juez de instancia.”

“Conforme a lo expuesto, en esta acción no es objeto de estudio la legalidad o no de la organización sindical, como lo alega la censura, pues ese tema sería objeto de discusión en un proceso diferente al propuesto por el trabajador accionante, ya sea uno adelantado ante la jurisdicción contenciosa administrativa, para determinar la legalidad del acto administrativo de registro, o en el proceso de disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical, ante el juez laboral.”

(...)

“En este orden de ideas, nada reprochable resulta que la Juez de instancia no se haya adentrado en el estudio de legalidad o no de la existencia de la organización sindical, dado que, si la accionada considera que su constitución fue ilegal, ha debido adelantar los procesos antes mencionados para que se decida sobre ese aspecto.”

“Las anteriores consideraciones son suficientes para confirmar la sentencia de primer grado, sin necesidad de ulterior análisis relativo a la fecha de creación del sindicato y si se encontraba vigente o no el contrato con el accionante por virtud de una sentencia de tutela, que ningún efecto depara a la existencia de contratos de trabajo en concreto, pues es un asunto que se escapa a la órbita de estudio de la presente acción, como se señaló en líneas anteriores. En gracia de discusión, la Sala entiende que no hay duda acerca de que, para la fecha en que se creó xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, el demandante se encontraba laborando al servicio del xxxxxxxx, como se dijo, independientemente de la decisión y efectos de la Sentencia T-523-2017 proferida por la Corte Constitucional.”

(...)

“Por las razones dichas, esta Sala de decisión confirmara la decisión adoptada en primera instancia.”

Rad.001-2018-00062-01. (28 06 2018). M.P. Germán Darío Góez Vinasco.



FUERO SINDICAL. Acción de reintegro.

Caso: “La sala se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la Sentencia No. xxx del 31 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por xxxxxxxxxxxxxxxx contra Hospital xxxxxxxxxxxxxxxx ESE.”

El tema sobre el cual versa la misma es un proceso especial de fuero sindical, donde el demandante alega ineficacia del despido, por haber sido este de forma ilegal, estando amparado bajo la garantía del fuero sindical en calidad de fundador, y sin previo permiso del Juez Laboral.

Extracto. “Ahora, en lo concerniente a la alegada interpretación exegética de la ley, considera la colegiatura, tras escuchar los argumentos del *A quo* para ordenar el reintegro, que su decisión se ciñó a las exigencias de la normativa sustantiva y procesal, independientemente de la calificación que la censura le quiera otorgar, es decir, exegética o no. Se precisa que en este tipo de acción, el juez debe limitar su estudio a establecer si el trabajador demandante gozaba de la protección foral, y en caso afirmativo, constatar si el empleador solicitó la respectiva autorización para despedirlo, así lo dijo la CC en sentencia T-731 de 2001, cuando señaló *“en la acción de reintegro “se trata (...) de analizar si el demandante (sic) estaba obligado a solicitar el permiso judicial, y si dicho requisito efectivamente se cumplió.”*

“Además, cuando se ha de determinar la viabilidad o no de la acción de reintegro se debe analizar: i) la existencia de la organización sindical; ii) la calidad del trabajador en la organización sindical; iii) el conocimiento del empleador de la existencia de la organización sindical, y iv) la autorización para despedir al aforado, aspectos que fueron determinados por la juez de instancia.”

“Conforme a lo expuesto, en esta acción no es objeto de estudio la legalidad o no de la organización sindical, como lo alega la censura, pues ese tema sería objeto de discusión en un proceso diferente al propuesto por el trabajador accionante, ya sea uno adelantado ante la jurisdicción contenciosa administrativa, para determinar la legalidad del acto administrativo de registro, o en el proceso de disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical, ante el juez laboral.”

(...)

“En este orden de ideas, nada reprochable resulta que la Juez de instancia no se haya adentrado en el estudio de legalidad o no de la existencia de la organización sindical, dado que, si la accionada considera que su constitución fue ilegal, ha debido adelantar los procesos antes mencionados para que se decida sobre ese aspecto.”



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

“Las anteriores consideraciones son suficientes para confirmar la sentencia de primer grado, sin necesidad de ulterior análisis relativo a la fecha de creación del sindicato y si se encontraba vigente o no el contrato con el accionante por virtud de una sentencia de tutela, que ningún efecto depara a la existencia de contratos de trabajo en concreto, pues es un asunto que se escapa a la órbita de estudio de la presente acción, como se señaló en líneas anteriores. En gracia de discusión, la Sala entiende que no hay duda acerca de que, para la fecha en que se creó xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, el demandante se encontraba laborando al servicio del xxxxxxxx, como se dijo, independientemente de la decisión y efectos de la Sentencia T-523-2017 proferida por la Corte Constitucional.”

(...)

“Por las razones dichas, esta Sala de decisión confirmara la decisión adoptada en primera instancia.”

Rad.013-2018-00063-01. (28 06 2018). M.P. Germán Darío Góez Vinasco.

FUERO SINDICAL- Acción de reintegro. Cargo de libre nombramiento y remoción. Excepción de prescripción.

Caso concreto. Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada judicial de la parte accionante formulo el recurso de alzada, buscando la revocatoria de la providencia atacada, en vista que la señora XXX no se encuentra inmerso dentro del reten social como para contemplar que continúe en el cargo de Personera, pus conforme con la certificación allegada por la AFP XXX, este le efectuó a la demandada la devolución de los saldos de su cuenta de ahorros, en vista que la accionada no cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

DECISIÓN DE TRIBUNAL. Procede la sala a determinar: (i) Si procede el levantamiento de fuero sindical de la señora XXX como miembro de la Junta Directiva de la Organización sindical XXX, conforme a la causal de haber llegado a la edad de retiro forzoso contemplada en la ley, y su consecuente, permiso para despedirla de su cargo como Personera Delegada, teniendo en cuenta para ello, la excepción de prescripción formulada por la demandada en su contestación.

Para el Tribunal, se hace necesario tener en cuenta los artículos que regulan esta situación, por un lado el artículo 410 del C.S.T que dispone las justas causas para que el juez autorice el despido de una trabajador amparado por el fuero, Por otro lado el artículo 31 del decreto 2400 de 1968 prevé que “Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no será reintegrado”. Así mismo, el artículo 41 de la ley 909 de 2004 señala que: “El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce por g) Por edad de retiro”. Finalmente el Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, por medio de la cual se expide el Decreto Único reglamentario del Sector de Función Pública, establece en su artículo 2.2.11.1.1 que “Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce por 6) Edad de Retiro Forzoso.

La Corte Constitucional en sede de tutela, estableció una regla jurisprudencial según la cual no es razonable desvincular a una personar de su cargo por haber cumplido



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

la edad de retiro forzoso, si antes no ha logrado garantizar su mínimo vital mediante alguna de las prestaciones del sistema de seguridad social.

En el caso concreto, luego de establecer que el retiro forzoso se presenta cuando el servidor público arriba a los 65 años de edad, basta decir que, tal condición se configuro el 25 de octubre de 2015, según la copia de la cedula de ciudadanía de la señora XXX. De igual modo, resalta esta Corporación que no se puede pasar por alto el medio exceptivo de Prescripción, que oportunamente formulo la señora XXX en su defensa excepción que se encuentra contenida en el artículo 118 que consagra “*las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en 2 meses. Para el trabajador este término se contara desde la fecha de despido, traslado o desmejora. Para el empleador desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que invoca como justa causa*”.

Como quedo establecido la causal invocada por la demandada para el levantamiento del fuero sindical de la señora XXX, consiste en el cumplimiento de la edad de retiro forzoso 65 años a la que arribo a la demanda el día 25 de octubre de 2015. Al haber nacido el mismo día y mes del año 1950, según observa de la copia de la cedula de ciudadanía que fue allegada junto con la hoja de vida de la señora XXX por la entidad demandante, de lo que se logra deducir que en efecto la demandada tenia pleno conocimiento del momento exacto en que la demanda llegaría a la mencionada edad, y así formular dentro del término legal la presente acción de levantamiento fuero sindical, situación que no acaeció, pues solo hasta el 09 de junio de 2017, radico el presente tramite especial ante la oficina de reparto, habiendo transcurrido mas de 2 meses que prevé la norma en cita.

La sala analiza si se cumplen las reglas jurisprudenciales dadas por la Corte Constitucional, a efectos de la declaración de la prescripción de la acción especial de levantamiento de fuero sindical.

- (i) Que la justa causa alegada no se extienda en el tiempo: Demandada utilizo de justa causa invocada para el levantamiento del fuero sindical el cumplimiento de la edad forzosa de retiro-65- años, wue es una justa causa de terminación del vinculo laboral y es inevitable qye ni se extienda por el paso del tiempo, pues ello se debe a una circunstancia natural de la persona.
- (ii) Que la justa causa sea oportuna al momento de presentarse la acción: en el presente caso no podría aplicarse la excepción de prescripción formulada oportunamente por la demandada, porque la causal invocada es permanente, lo que conllevara a revocar tal punto de la sentencia de primera instancia.

Resuelve. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali **Revocar** el numeral 1º de la sentencia XXX del 22 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado XX Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación, para en su lugar declara NO probada la excepción de prescripción.

Confirmar en lo demás la sentencia objeto de apelación.

Rad.009201700355-01 (22-10-2018) M.P: Elsy Alcira Segura Diaz.

(Resúmen elaborado por Catalina Díaz.)

FUERO SINDICAL. Acción de reintegro. Trabajadores oficiales. Inexistencia de la Garantía foral al momento de la terminación del contrato de trabajo.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

Caso concreto. Recurso de apelación formulado por la parte demandada en contra de la sentencia XXX del 8 de junio de 2018, proferida por el Juzgado XXX Laboral del Circuito de Cali, para revocar la decisión de primera instancia, por lo cual, la Corte entra a resolver si el demandante se encontraba cobijado por la garantía del fuero sindical, al momento en que finiquito su relación y si es afirmativa la respuesta, analizar si es loable proceder al reintegro y a la indemnización solicitada.

Decisión del Tribunal

Para resolver el caso expuesto La Sala analiza aspectos fundamentales como lo son:

Fuero sindical donde se precisa que el fuero sindical está consagrado en normativas como Convenios, la Constitución pero que al mismo tiempo de ser un derecho constitucional, tiene restricciones, pues los derechos no pueden desentenderse de su justicia, espíritu y teología, ni desviarse del fin para el que fueron reconocidos, hasta el punto de utilizarse como armas de agresión en detrimento de los derechos de los demás, aun cuando goce de la calidad de fundamental. Por lo anterior, el derecho de asociación sindical y su mecanismo de protección, no es absoluto ni tampoco hay lugar cuando se abusa de ellos, cuando se utilizan con el único propósito de obtener una estabilidad laboral de manera subrepticia con la ficción de proteger tales garantías.

Sobre la prescripción en la acción especial de fuero sindical, el trabajador oficial desvinculado y amparado por el fuero sindical, cuando con dos (2) meses para instaurar la respectiva reclamación administrativa ante su empleador, en aras de salvaguardar la garantía foral, así mismo, mientras la administración decide, el término de la prescripción se encuentra suspendido hasta el momento en que exista pronunciamiento, y luego de notificarse la decisión el término prescriptivo es de dos (2) meses se cuenta de nuevo en integridad.

Para la Sala, es claro que para este proceso implica la determinación de la existencia del fuero sindical del demandante y se si su empleador estaba obligado a solicitar permiso judicial para despedirlo. 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 esta cobijado por ella.

Para la Sala en lo que respecta a la existencia del fuero sindical, de la constancia de modificación de la Junta Directiva aportada por la parte demandante, luego de haber sido reincorporado en virtud de orden judicial de tutela con origen en la jurisdicción Contencioso Administrativo XXX fue designado como miembro de la junta directiva, esto significa en principio. Que el accionante gozaría de la garantía del fuero sindical en tal condición, desde la calenda referida, por lo que el demandado estaría en el imperativo de solicitar el permiso respectivo ante el Juez Laboral para despedirlo en relación con tal situación, sin embargo de lo cual, resulta probado también que dicha garantía, que temporalmente ostento el demandante, perdió su naturaleza en virtud a decisión judicial revocatoria de H. Corte Constitucional.

La Sala extracta de las pruebas aportadas por la parte demandada que XXX, quien es el demandado inicio un proceso de reestructuración que implicó que el 26 de octubre de 2016 expidiera acuerdo mediante el cual modificó la Planta de Personal y fruto de ella el 27 de octubre de 2016, finiquito el contrato de trabajo del demandante, quien junto con otros trabajadores despedidos formuló acción de



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

tutela con miras el derecho fundamental de asociación sindical, al fuero sindical, fuero circunstancial y al trabajo, como consecuencia, el juzgado XXX Administrativo de Cali, el 10 de noviembre 2016 ordeno al demandado “Suspender el trámite de Reestructuración de Plante de Personal. y REINTEGRAR a cargos de igual o superior categoría a los trabajadores oficiales afiliados a la Organización Sindical. Decisión que fue modificada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en sentencia del 19 de diciembre de 2016, que ordeno al demandado que “Suspenda los efectos de los acuerdos expedidos por su Junta Directiva hasta tanto el juez ordinario laboral, decida sobre la procedencia de su despido”.

La parte demandada atendió dichas decisiones Judiciales y realizo el reintegro, desde esta fecha existe prueba en el proceso respecto a la situación de aforado sindical del demandante.

Posteriormente el 10 de agosto de 2017 se profiere sentencia T - 523 mediante la cual la H. Corte Constitucional, al revisar las decisiones de tutela del Juzgado XXX Administrativo de Cali, como la del Tribunal Administrativo del Calle, que amparaban transitoriamente los derechos Fundamentales de los trabajadores oficiales miembro de la Organización Sindical, decidió **REVOCARLAS** y en su lugar, declaro **IMPROCEDENTE** la acción de tutela instaurada por el sindicato, pues habían otros mecanismos judiciales efectivos para proteger el staus foral.

De esta manera puede concluir la Sala que revocadas las sentencias de tutela que ampararon transitoriamente los derechos Fundamentales del accionante, por parte de la H. Corte Constitucional, las cosas vuelven al estado en que estaban, es decir, por física sustracción de materia de los efectos de los actos administrativos expedidos por la parte demandada con anterioridad a las sentencias de tutela, que modifico la planta del personal, se restablecieron en el punto en que judicialmente fueron suspendidos, esto es, en el momento en que ya se habían ejecutado, conforme se reseño en el acto administrativo precedente, lo que equivale a decir que para los trabajadores a quienes se suprimieron sus cargos, quedaron por fuera de la planta del personal y sus contratos terminados , pues desde tal actuación ya se había ejecutado el acto de desvinculación del servicios.

La pretendida del fuero Sindical que transitoriamente ostento el demandante, surgida al amparo de las consecuencias de los actos administrativos expedidos por la demanda en cumplimiento de las acciones de tutela, desapareció al recobrar sus efectos las decisiones tomadas por el demandado respecto del demandante, antes de haberse proferido las decisiones constitucionales.

Por lo anterior, se da respaldo a la conclusión que la desvinculación del actor, que data el 27 de octubre de 2016, tal como lo señalo la H. Corte Constitucional, no fue para discriminarlo como miembro de una organización sindical, de allí que lógicamente y como se anoto 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

Por lo vertido, habrá que revocarse la decisión de primera instancia, para en su lugar declara probada la excepción de **inexistencia de la Garantía Foral al momento de la terminación del Contrato de trabajo**, formulada por la parte demandada en consecuencia se absuelve a la entidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante.

Resuelve Revocar la sentencia apelada.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

Declarar probada la excepción de inexistencia de la Garantía Foral al momento de la terminación del Contrato de Trabajo.

Rad.015 2018 00061-01 (23-07-2018) M.P: Jorge Eduardo Ramírez Amaya

Elaborado por Carolina Diaz. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Javeriana Cali.

PENSION DE INVALIDEZ. Síndrome de Túnel del Carpo Bilateral. La Sala comparte las apreciaciones de los peritos médicos quienes concluyen que ésta no desarrollo un trabajo baja las condiciones necesarias para configurar la patología, de allí que necesariamente deba concluirse que ésta es de origen común, por lo cual no le asiste ninguna prestación o cobertura del sistema general de riesgos laborales administrado por la ARL demandada.”

Caso: “Conoce la Sala del recurso de apelación formulado por la parte demandante en contra de la sentencia xxx del 6 de febrero de 2015, proferida por el Juzgado Sexto Laboral de Descongestión del Circuito de Cali.”

“xxxxxxxxxxxxx presentó demanda ordinaria laboral a través de apoderado judicial en contra de la Compañía de Seguros de xxxxxxxxxxxx S.A; pretendiendo que se declare que tiene una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% de origen profesional; que como consecuencia de ello, se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar la pensión de invalidez. Al trámite fueron vinculadas como demandas la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.”

Extracto. “En el presente asunto, el problema jurídico a resolver se centra en establecer si la decisión absolutoria que imprimió la A quo, frente a las pretensiones incoadas por el demandante se ajusta a derecho; para tal efecto se analizará si hay lugar a cuestionar el origen de la pérdida de capacidad laboral de la demandante, mismo que para esta última es de origen laboral, pero para los entes médicos especializados y la justicia ordinaria es de origen común.”

(...)

“Hasta lo aquí expuesto, fluye con meridiana claridad que el Síndrome de Túnel del Cápulo (STC), es una lesión osteo muscular, que se produce por la repetitividad y vibración en el desarrollo de labores manuales, y que para que pueda considerarse como enfermedad profesional se requiere que provenga de un factor ocupacional.”

“En el presente caso, se encuentra plenamente acreditado que la demandante padece de “*Síndrome de Túnel del Carpio Bilateral*”; según la ARP Colmena, dicha patología es de origen común, así lo certifico el 30 de enero de 2009 (fl 13); la decisión fue impugnada por la demandante, y la Junta Regional de Calificación de Invalidez, ratificó la conclusión de la ARP (fs 27 a 29), luego formuló los recursos de reposición y en subsidio de apelación; el primero fue decidido de manera adversa, argumentando que no se evidencio sobre exposición para lesiones osteo musculares (fs 8,9); a su turno, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez , ratificó la conclusión de la aseguradora y de su homóloga en el Valle del Cauca, reiterando que



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

“no se encuentra un factor de riesgo que combine dos de los factores de repetitividad, fuera y/o posturas extremas, con frecuencia e intensidad suficiente para ser la causa obligada y directa de su enfermedad (más de 50% de la jornada Laboral” (fl 33).”

(...)

“Al respecto, debe decir la Sala que la conclusión vertida por las entidades especializadas, no parece irracional, ni caprichosa, de hecho se fundamenta suficientemente en la historia clínica de la accionante, y el análisis del puesto de trabajo; según los médicos especialistas, no existe una relación de causalidad entre la labor desempeñada por la accionante y la patología que presenta de allí que no pueda predicarse que el “Síndrome de Túnel del Carpio Bilateral” provenga de un factor ocupacional; además, lo cierto es que la accionante dejó huérfano de pruebas el proceso que le permitieran controvertir las conclusiones médicas; ello por cuenta que no demostró con suficiencia la existencia de un trabajo repetitivo, esto es permanentemente o continuo, dentro de los cargos que desempeño desde 1975, que generaran una afectación a su salud, de hecho la Sala comparte las apreciaciones de los peritos médicos quienes concluyen que ésta no desarrollo un trabajo baja las condiciones necesarias para configurar la patología, de allí que necesariamente deba concluirse que ésta es de origen común, por lo cual no le asiste ninguna prestación o cobertura del sistema general de riesgos laborales administrado por la ARL demandada.”

“Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia;...”

Rad. 005-2010-01397-01. (12 02 2018). M.P. Jorge Eduardo Ramírez Amaya.

PENSIÓN DE INVALIDEZ. Calificación de invalidez.

Caso concreto. La decisión a dictar por la Corporación responde al grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, por resultar adversa a sus pretensiones la sentencia XXX , mediante la cual absolvió a las entidades demandadas de todas las pretensiones formuladas en la demanda, considerando que el dictamen realizado por la Junta Regional de Risaralda como consecuencia de la prueba decretada en el proceso, se ajusta a derecho y al no superarse el porcentaje del 50% no hay lugar a pensión de invalidez.

Decisión del Tribunal

La Sala para confirmar sentencia apelada menciona que las pretensiones de la demanda sin vocación de prosperidad en tanto con ella se busco optimizar la graduación de su perdida de capacidad laboral, no tiene posibilidad al no superar una limitación funcional tal que le diera ese derecho. La Capacidad productiva se estableció en 39.60% mediante dictamen.

Con la integración de la Litis, con todas las personas que en derecho debían actuar en este proceso de reconocimiento de pensión, otra junta de calificación ya en la esfera judicial, dictamino teniendo en cuenta la dolencia de la rodilla una perdida de capacidad laboral de 39.32%, lo cual trae como resultado que aun teniendo en cuenta nueva dolencia, ajenas a las de la demanda no sobrepasa el 50% para generar el derecho a la pensión.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

El dictamen realizado por la Junta Regional de Risaralda, calificando con un total de 37.8%, se corrió el traslado a las partes, lo que trajo manifestación del reclamante presentando su inconformidad acerca del procedimiento, pero no señala ni indica que la lesión llegue en alguna oportunidad a sobre pasar el 50% de su pérdida productiva.

Además, atendiendo la angina de pecho, que es eventualidad medica posterior al accidente de trabajo, las autoridades no la desconocieron como elemento de su porcentualidad sino del origen, lo que en verdad no compromete la gradación, que incluida la angina no llega al 50%, obra en el expediente el examen científico hecho al actor con 62 años en donde se incluye el reemplazo total de rodilla y llega solo a 15.80% del PCL, además se solicito valoración del dictamen que fuere declarado improcedente sin objeción alguna.

Resuelve. Confirmar íntegramente la sentencia apelada y sin costas en esta instancia.

Rad. 004-2009-00781-01 (27 04 2018) MP. Carlos Alberto Carreño Raga

Elaborado por Catalina Díaz. Facultad de Derecho. Universidad Javeriana Cali.)

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Dependencia económica de los progenitores de su hijo fallecido. Establecer requisitos para acceder al beneficio económico. La Sala no encontró en el plenario, pruebas tendientes a demostrar la dependencia económica del demandante de su hijo, a lo que debe agregarse que según el relato de la demandante éste no vivía con ellos hacía varios años, y no se demostró que a pesar de la separación existía una subordinación económica de los ingresos del causante.”

Caso: “Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia xxx proferida por el Juzgado Tercero Laboral de Descongestión del Circuito de Cali, el día 28 de febrero de 2014.”

“XXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXXXXX a través de apoderado judicial presentaron demanda ordinaria Laboral de primera instancia en contra de XXXXXXXXXXXX pensiones y cesantías, hoy XXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXX con miras a obtener en reconocimiento y pago de una pensión de Sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de XXXXXXXXXXXXXXXX, en su calidad de progenitores del causante; también solicitaron el reconocimiento y pago del retroactivo y los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 141 de la ley 100 de 1993; al trámite del proceso fue vinculada como llamada en garantía XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.”

Extracto. “Bajo estas premisas, el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar, si los demandantes ostentan la condición de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes causada por el deceso de su hijo.”

“Según el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el marco del régimen de prima media a “*falta del conyugue, compañero o compañera permanente hijos con derecho*” “*los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta a éste*”.”



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

“La Corte Constitucional, en sentencia C-111 de 2006 declaró inexecutable las expresiones “*de forma total y absoluta*”, contenidas en el literal transcrito. A juicio de la Corte estas exigencias condicionaban la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los padres del causante siempre que su dependencia económica estuviera revestida de estas características.”

(...)

“A esta conclusión arribó la máxima corporación al entender que la dependencia económica de los padres frente a los hijos no siempre ostenta estas características; sino que, debe responder a un criterio de necesidad, esto es, de sometimiento o auxilio recibido del causante a sus padres; mismo que debe ser imprescindible para asegurar su subsistencia ante los gastos propios que pueden requerir como sus beneficiarios y ante su ausencia en razón de la muerte. Indicó la Corte además que, esa dependencia también debe determinarse con un juicio de autosuficiencia económica de los padres o el hacer desaparecer la relación de subordinación de aquellos en relación con la ayuda pecuniaria del hijo para poder subsistir.”

(...)

“La máxima corporación ha insistido en que la dependencia económica es una exigencia que solo puede ser definida y establecida en cada caso concreto, pues si los ingresos percibidos por los padres fruto de su propio trabajo o de otras fuentes son suficientes para satisfacer las necesidades relativas a su sostenimiento, no se configura el presupuesto señalado. También ha dicho que la mera presencia de un auxilio ayuda monetaria del “*buen hijo*” no siempre es indicativo de una verdadera dependencia económica, porque desaparecería la relación de subordinación que deriva del vocablo “*dependen*”.”

“En lo atinente a la carga de la prueba de la dependencia económica, ha precisado que corresponde a los padres-demandantes y, al demandado, el deber de desvirtuar esa sujeción material mediante el aporte de los medios de convicción que acrediten la autosuficiencia económica de los padres para solventar sus necesidades básicas.”

“Retomando el caso de autos, la Sala, para determinar si xxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxx, en su calidad padres del causante, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes deprecada, se ocupará de establecer si dependían económicamente del afiliado. A esta conclusión arribará desde la perspectiva de necesidad y autosuficiencia de aquellos respecto de su hijo.”

“Para tal efecto, el Tribunal determinará i) si los promotores del proceso demostraron cómo les correspondía que su extinto hijo les prodigara una ayuda económica esencial o significativa para sus sustento, teniendo como base que la dependencia económica no es posible presumirla, y ii) si la demandada demostró en la contienda judicial la existencia de ingresos o rentas propias de los ascendientes que les puedan hacer autosuficientes en relación con su hijo fallecido.”

“Una vez valorados los medios de convicción aportados al plenario, encuentra la Sala que los demandantes no demostraron depender económicamente de su hijo.”

(...)

“Debe decirse además que la Sala no encontró en el plenario, pruebas tendientes a demostrar la dependencia económica de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx de su hijo, a lo que debe agregarse que según el relato de la demandante éste no vivía con ellos hacía



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

varios años, y no se demostró que a pesar de la separación existía una subordinación económica de los ingresos del causante.”

(...)

“Por lo vertido se confirmará la sentencia de apelada, dado que no se encuentran satisfechos los requisitos del literal d) del artículo 13 de la ley 797 de 2003 para considerar a los demandantes como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de su hijo.”

Rad. 004 2011 01484 01. (12 04 2018). M.P. Jorge Eduardo Ramírez Amaya

REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS. Solicitud de reconocimiento y pago de los gastos por concepto de atención de urgencias. Prescripción de la acción de cobro.

Caso: “Decide la Sala la impugnación de la sentencia del 18 de diciembre de 2017, dictada por la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de las funciones jurisdiccionales asignadas mediante el artículo 41 de la ley 1122 de 2007 y el artículo 126 de la ley 1438 de 2011.”

“XXXXXXXXXXXXXXXXX presentó demanda ordinaria ante la Superintendencia Nacional de Salud, en contra de la Clínica XXXXXXXXXXXXXXX con el objeto de obtener el reembolso de gastos incurridos como consecuencia de la atención de urgencias; al trámite fue vinculada la fiduciaria XXXXXXXXXXXXX como administradora de las obligaciones contraídas por la extinta EPS del ISS.”

Extracto. “El problema jurídico a resolver radica en determinar, si hay lugar al reconocimiento y pago en favor de la accionante de los gastos por conceptos de atención de urgencias; en el evento que sea afirmativa la respuesta, si actualmente son exigibles.”

(...)

“El artículo 488 del CST, establece la regla general de la prescripción en materia laboral, indicando que las acciones correspondientes a los hechos laborales, *“prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”*, a su turno, el artículo 489 establece como excepción que *“El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente”*; las anteriores normas, fueron fusionadas con el artículo 151 del CPT, al disponer que *“Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el (empleador), sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”*

(...)

“En este caso, se establece que XXXXXXXXXXXXXXX, quien en vida fue afiliado a la EPS del ISS (fl.12), fue atendido por el 29 de agosto de 2003 en el Hospital XXXXXXXX, donde no había disponibilidad de camas para atenderlo, por lo que fue remitido de urgencias a la Clínica XXXXXXXXXXX al día siguiente (fs 9, 17); se denota además que



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

xxxxxxxxxx canceló en favor de la Clínica referida la suma de \$56.247.773, por concepto de los gastos médicos por la atención del afiliado. Lo anterior pasando por alto que de conformidad con los artículos 9 y 10 de la resolución 5261 de 1994 y el artículo 67 de la ley 715 de 2001, la atención a urgencias debe ser facilitada de forma obligatoria por las entidades públicas y privadas que promocionan los servicios de salud a todas las personas, y que los gastos en que se incurra durante la prestación del servicio de salud, deben ser asumidos por la EPS a la cual se encuentre afiliado el paciente, y deben ser pagados dentro de los tres (3) meses siguientes a la radicación de la factura de cobro, so pena de sanción.”

“En esa medida, y tal como lo indicó la Superintendencia Nacional de Salud, era plenamente procedente el reembolso por parte de la EPS del ISS, pues esa era la entidad en la que se encontraba adscrito el usuario del Sistema general de Seguridad Social en Salud, tal como lo preceptúa la resolución 5261 de 1994; en lo que respecta al pago, la norma señala que la petición que debe realizarse dentro de los 15 días siguientes al alta del paciente, y pagarse dentro de los 30 días siguientes a la prestación de la solicitud.”

“Volviendo al asunto de marras, denota la Sala que la accionante nunca reclamó a la EPS del ISS la solicitud de reembolso de los servicios prestados en el año 2003, y desde esa calenda al 28 de mayo de 2014 que instauró la demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud, trascurrieron mas de tres (3) años, por lo que la obligación, tal como se indicó en primera instancia, se encuentra actualmente prescrita; tampoco existe evidencia de la interrupción del mecanismo de extinción de obligaciones, y aun cuando se tuviera como válida la reclamación del 25 de febrero de 2004 efectuada ante la Clínica xxxxxxxx, es lógico inferir que el termino venció el 25 de febrero de 2007, y desde esa calenda a la fecha en que se instauró la acción trascurrieron casi siete años.”

“En razón a lo vertido se confirmara la sentencia impugnada;...”

Rad.003-2015-00114-01. (22 03 2018). M.P. Jorge Eduardo Ramírez Amaya.

SALA PENAL

ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS Agravado con concurso homogéneo. Prueba testimonial. Prueba directa.

Caso concreto Recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor XXX en contra sentencia XXX, a través de la cual el Juzgado XXX Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, condeno al mencionado a la pena principal de 232 meses de prisión como penalmente responsable del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÈNEO, reconociéndole un concurso aparente con el delito de INCESTO, en la sentencia, declararon la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por un periodo de 15 años



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

Extracto sentencia primera instancia

“Esta Sala comparte la decisión condenatoria emitida por el Juez de Primera Instancia cuando decidió inclinar la balanza de la justicia hacia el lado de la Fiscalía, pues se pudo probar por cuenta de esta parte procesal, la ocurrencia de la conducta típica y la responsabilidad penal del señor XXX”

Con fundamento en el sistema de valoración de la sana crítica, este se denuncia siempre que se vulnere el sistema, de tal manera que es deber de quien lo formula tener en cuenta que debe precisar que dice concretamente el medio probatorio, que se infirió de él en la sentencia refutada, cual es el mérito persuasivo otorgado, determinar el postulado lógico, ley científica o máxima de la experiencia que fue desconocido en el fallo debiendo indicar su inferencia correcta, indicar la norma de derecho sustancial excluida o inadecuadamente aplicada y finalmente demostrar la trascendencia del error expresado con claridad, puntos desatendidos por la defensa, pues se dedicó a quitarle valor probatorio otorgado al testimonio de la menor víctima, de su madre, del médico adscrito a medicina legal y al profesional en psicología, aduciendo que esos no pudieron ser corroborados por ningún otro medio probatorio, pretendiendo con ello dar estructuración del error por falso juicio de raciocinio.

Para esta colegiatura no hay ausencia probatoria, que ostenta la defensa, pues se cuenta con el directo testimonio de la madre, y la víctima que de manera coincidente relataron los hechos que permiten dar el traste con la absurda exculpación narrada por el procesado. Además para la Sala está claro que las respuestas aportadas por el indiciado no corresponden a un inocente, pues en sus argumentaciones no demostraba quebranto por lo ocurrido o amor hacia sus hijos, sino que demostraba afanado por no ser descubierto.

Por las anteriores razones, para esta Colegiatura los hechos denunciados por la pequeña víctima y su madre fueron claramente demostrados, con la corroboración que surge de los testimonios de XXX, médico y XXX psicólogo que se suman como prueba directa de los hechos denunciados, que de acuerdo a lo mencionado por la Corte Suprema de Justicia, las pruebas directas se valoran conjuntamente y a partir de los hechos denunciados como confirmados en la audiencia de juicio oral.

En estas condiciones, se reitera, la pretensión absolutoria de la defensa no prospera, y en consecuencia se CONFIRMA la decisión recurrida en los aspectos motivos de apelación.

RESUELVE CONFIRMAR la sentencia XXX, a través de la cual se condeno a XXX como penalmente responsable del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGENEO. Reconociéndola un concurso aparente con el delito de INCESTO.

Rad.194-2013-01376 (21 08 2018) acta 246. MP. Mónica Calderón Cruz

Elaborado por Catalina Díaz.

ALLANAMIENTO A CARGOS. Hurto agravado por la confianza. Apelación interlocutorio sistema acusatorio. Se confirma decisión de no aprobar allanamiento de cargos.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

Caso: Se confirma la decisión de no aprobar el allanamiento de cargos que hizo xxxxxxxxxxxxxx por el delito de hurto agravado por la confianza en cuantía \$223.376.850, con fundamento en el criterio vigente de la sala penal de la H. Corte Suprema de Justicia es que el allanamiento a cargos constituye una modalidad de acuerdo razón por lo la que, conforme lo dispuesto en artículo 349 de la ley 906 de 2004, en aquellos delitos en los delitos en los que haya habido incremento patrimonial fruto del mismo para el procesado, no se podrá celebrar el acuerdo con la fiscalía hasta tanto se reintegre, por los menos, el 50% del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo permanente, en consecuencia, como la aquí acusada no acreditó la satisfacción de dicho requisito de procedibilidad el allanamiento es ilegal.

Extracto. “La tesis de la defensora según la cual el allanamiento a cargos constituye un derecho de la aquí implicada que debe garantizársele sin condicionamiento alguno resulta contraria a la teleología del artículo 349 de la ley 906 de 2004 y a la hermenéutica de la misma a la luz de la jurisprudencia.”

(...)

“La finalidad de esta norma es evitar que el infractor obtenga las ventajas propias del acuerdo con la fiscalía y, a su vez, se quede con el fruto del delito, lo cual es inadmisibles desde todo punto de vista pues ello llevaría al contrasentido de que el acuerdo se constituye en un medio para legitimar el enriquecimiento sin justa causa.”

(...)

“Ciertamente es que la posibilidad de allanarse a los cargos para obtener una rebaja de pena constituye un prerrogativa para el procesado; empero, también lo es que es legislador en uso de sus facultades de configuración legislativa determina bajo qué condiciones o en frente a que delitos tal instituto es legalmente procedente; luego, si la ley procedimental penal establece como requisito de procedibilidad para la validez del allanamiento a cargos el reintegro del incremento patrimonial obtenido con el delito, así debe proceder el acusado en orden de acceder al aludido beneficio penal.”

Rad. 199-2014-00972 (23 04 2018). M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda.

COAUTORIA. Prueba testimonial. Testimonio de oídas. Conducta punible: Homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego.

Caso concreto Revocar sentencia del 6 de septiembre de 2016 por medio de la cual el Juzgado XXX Penal del Circuito de esta ciudad **absolvió** a XXX de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego, ambos agravados, por los que lo acusó la Fiscalía en calidad de Coautor, en los hechos ocurridos el 3 de mayo de 2015 en un barrio de la ciudad de Cali, donde el indiciado junto con su primo XXX dispararon en 3 oportunidades a la víctima, que falleció en el lugar, gracias a la persecución que realizó la hermana de la víctima fue posible la captura del indiciado, por parte de la Policía Nacional.

Extracto sentencia primera instancia



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

El juez ABSOLVIO a XXX, soportado en que la Fiscalía no acreditó la responsabilidad penal de aquél en los delitos materia de acusación toda vez que la petición de condena está apoyada en “**prueba de referencia inadmisibles**”, y, de otro, en prueba indirecta, la cual solo estructura en unas “sospechas” en contra del procesado sin ser suficiente para enervar la presunción de inocencia que lo cobija.

Extracto de la decisión del tribunal

“El **A QUO**, le atribuyo a los testimonios de XXX taxista que transportaba al procesado en la madrugada de los hechos, XXX patrullero de la Policía Nacional que capturo en flagrancia al implicado, y XXX Policía Judicial que realizó los actos urgentes, la calidad de prueba de referencia “**inadmisibles**”, lo cual lo llevo a desestimar tales declaraciones a pesar que las mismas tienen aptitud demostrativa y lo llevo a descartar desacertada e inexplicablemente la prueba indirecta que surge a partir de dichos testimonios en contra del implicado, medios de convicción que valorados de manera conjunta conforme al método de la persuasión racional, permiten adquirir conocimiento mas allá de toda duda de que el mismo es coautor de los relatos materia de acusación.

“Los testimonios relatados percibieron de manera directa la actitud y comportamiento del indiciado XXX ante la incriminación clara, seria e insistente que hizo en su contra XXX hermana del occiso, quien lo señaló como el sujeto que momentos antes había atentado contra su consanguíneo por 3 disparos de fuego”, por lo cual, para la Sala, no son testigos de referencia sino directos, cosa distinta es que en algunos aspectos de su relato su declaración sea **de oídas**, especie de testimonio con el que también se adquiere el conocimiento, quienes en desarrollo de interrogatorio, relataron de manera directa que percibieron en relación con el procesado en los momentos siguientes a la comisión del homicidio, afirmaron espontáneamente y categóricamente haber escuchado a la hermana del occiso que quien la causo la muerte había sido el procesado XXX con disparos de arma de fuego, afirmación que no se torna ilegal ni improcedente para efectos de su valoración.”

Los testigos tienen la doble connotación de testigos directos y de testigos de **oídas**, lo que genera peso persuasivo al sostener la incriminación del indiciado y que no fueron impugnados la credibilidad por el defensor.

Las pruebas aportadas debieron ser valoradas conjuntamente, permitiendo llegar así al estándar de conocimiento- más allá de toda duda- pues para la Sala, el indiciado XXX según los testimonios, coincidía con las características físicas del homicida del occiso, por otro lado, las leyes de la ciencias –uno de los criterios de la sana crítica- condujo al conocimiento cierto de que quien tiene moléculas de plomo, bario y antimonio e porque necesariamente manipulo arma de fuego y al aquí procesado se le halló residuos de disparo, por lo que la Sala halla satisfechos los requisitos legales sustanciales que para condenar exige el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

El procesado realizó conductas consagradas en la ley, como del artículo 103 y 104-7 C.P donde se consagra el matar a otro y las circunstancias de agravación por aprovecharse del estado de indefensión y el artículo 365-5 que consagra la fabricación, tráfico porte o tenencia de armas de fuego y por obra en coparticipación criminal.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

Constituyendo graves infracciones a la ley penal y pese a ese conocimiento quiso realizarlo, lo cual significa que actuó de forma dolosa (art. 22 del C.P)

Las conductas desplegadas por el acusado son materialmente antijurídicas, toda vez que con esos comportamientos vulneró sin justa causa los bienes jurídicos de la vida y de la seguridad pública (art. 11 C.P) y es culpable (art.12 C.P), dado que el acusado, en su condición de sujeto imputable, le cabe juicio de reproche pues, hallándose en condiciones materiales de portarse conforme a las exigencias del derecho- no atentar contra la seguridad colectiva ni la vida de las personas-. Cometió los delitos con conciencia de que los mismos son ilícitos.

Como el procesado incurrió en un concurso de conductas punibles de acuerdo al art. 31 C.P, será la pena base la que de entre ambas conductas amerite cuantitativamente la pena más alta, la cual corresponde a homicidio agravado aumentado por el concurso con el delito contra la seguridad pública, incrementado según los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

RESUELVE REVOCAR la sentencia material de recurso, en consecuencia y CONDENAR a XXX como coautor de los delitos de **homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego agravado**, se niega prisión domiciliaria y se ordena la captura.

Rad. 193-2015-15709. (01 03 2018) acta 050.MP Víctor Manuel Chaparro Borda

(Elaborado por Catalina Díaz Gómez. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Javeriana de Cali)

HURTO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA. La conducta observada por la procesada deviene atípica por cuanto no se satisfacen los requisitos que configuran la tentativa.

Caso concreto. Revocar la sentencia del 4 de diciembre de 2017 proferida por el juzgado XX Penal Municipal de Cali, en la que se declaró penalmente a XXX del delito de hurto agravado en grado de tentativa y se le condenó a la pena principal de 6 meses de prisión más la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, por la conducta cometida el 9 de mayo de 2015, en un Supermercado de la ciudad, donde la indiciada XXX intentó sacar del establecimiento víveres sin realizar el respectivo pago.

EXTRACTO SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

La **A QUO** halló acreditados los requisitos sustanciales para condenar que exige el artículo 381 de la ley 906 de 2004 pues en el **SUB JUDICE** se configuró la tentativa de hurto agravado y por ende el comportamiento de la procesada fue típico, siendo penalmente responsable.

EXTRACTO DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

“Para que se entienda configurado el aludido dispositivo del tipo es indispensable: 1. que exista el propósito de cometer una conducta punible-dolo-; 2. No bastan los actos preparatorios sino que es imprescindible que el agente haya dado inicio a la



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

ejecución de la conducta punible; 3. la conducta desplegada por el infractor debe ser **idónea**- apta, efectiva para producir el resultado típico- y **unívoca**- el específico propósito de realizar determinado delito- y 4. La no consumación del hecho debe ser por causas ajenas a la voluntad del agente, salvo en los casos de tentativa desistida.

“Si bien los víveres de los que se pretendía apoderarse la procesada no lograron **Salir de la esfera de custodia de su titular, pues alcanzó o mejor fue sorprendida cuando apenas iba saliendo del almacén y poco antes de su salida ya se había percatado el auxiliar de riesgos de la conducta sospechosa de la mujer (...)**” lo cierto es que si se puso en riesgo el bien jurídico del patrimonio económico, el sistema de seguridad no se había percatado de la aprensión de los víveres y que, de no **haber sido porque ella misma prácticamente se delató ante el grado de nerviosismo que presentaba, había logrado su propósito, es decir, consumir el delito**”.

“El comportamiento observado por la procesada no fue idóneo para poner en peligro el bien jurídico del patrimonio económico pues: 1. Aunque está acreditado la intención de apoderarse de los artículos, lo cierto es que 2. Su conducta fue **inidónea** para la efectiva puesta en peligro del bien jurídico del patrimonio económico pues, según declaración del señor XXX, la actitud de la indiciada llamo rápidamente su atención porque lo miraba constantemente. Razón por la que nunca la perdió de vista y se determinó a impedirle que abandonara el almacén con los víveres que había tomado sin pagar exigiéndole para tal efecto la factura de compra, con lo que es evidente que cualquier intento de apoderamiento de dichos bienes por parte de la indiciada XXX iba a ser materialmente infructuoso ante la activación del mecanismo de seguridad por parte del vigilante.

Por lo anterior, la inidoneidad de la acción desplegada por la indiciada tornaba la tentativa en un delito imposible y, por consiguiente, la conducta deviene atípica, razón por la que constituye un imperativo legal revocar la decisión de hurto agravado en grado de tentativa a la aquí enjuiciada.

RESULEVE: La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia REVOCA la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado XX Penal Municipal de Cali y en consecuencia ABSUELVE a XXX del delito de hurto agravado en grado de tentativa.

Rad: 193-2015-16554 (15 03 2018) acta 071. M.P Víctor Manuel Chaparro Borda.

Elaborado por Catalina Díaz. Universidad Pontificia Javeriana de Cali. Facultad de Derecho.

IMPEDIMENTO. Ley 906. Artículo 56. Num. 15. Prevaricato por acción.

Caso: “Se pronuncia la Sala, respecto del impedimento propuesto por el magistrado, doctor, xxxxxxxxxxxxxxxx, dentro del proceso de la referencia para conocer del asunto de primera instancia seguido en contra de xxxxxxxxxxxx, esgrimiendo la causal prevista en el artículo 56 numeral 15 de la ley 906 de 2004.”

Extracto. “Para sustentar su planteamiento, el Magistrado manifiesta brevemente, que se encuentra inhibido para conocer el presente asunto debido a que el doctor xxxxxxxxxxxxxxxx, defensor del acusado, lo ha asistido judicialmente dentro de los últimos 3 años.”



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

“Pues bien, al revisar la manifestación de impedimento fácil es advertir que la motivación expuesta para el efecto, resulta insuficiente para acceder a la inhabilitación propuesta, en la medida que si bien el doctor xxxxxxxxxxxx aportó al diligenciamiento poder especial conferido por xxxxxxxxxxxx el 27 de junio de 2013, lo cierto es que a folio 620 del cuaderno original No. 3 aparece oficio suscrito por el abogado xxxxxxxxxxxxxxxx quien manifiesta ser el apoderado defensor de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y quien elevó en el año 2014 solicitud de acumulación de procesos.”

“Incluso, el 10 de septiembre de 2018 la abogada asesora del despacho se comunicó con el encartado quien manifestó que el abogado xxxxxxxxxxxx ya no fungía en el asunto de referencia como su defensor, luego, el 11 de septiembre de la misma anualidad el doctor xxxxxxxxxxxx informó “ *que desde hace varios años*” renunció al poder especial conferido.”

“A lo anterior súmese que ninguna actuación judicial desplegó el referido profesional del derecho, de ahí que no se configure la causal esbozada por el Magistrado xxxxxxxxxxxx: “*Que el juez o fiscal haya sido asistido judicialmente, durante los últimos tres (3) años, por un abogado que sea parte en el proceso*” pues el doctor xxxxxxxxxxxx no es parte en el proceso de la referencia.”

“De tal suerte, se impone declarar infundada la causal incoada. En tales condiciones, como el artículo 103 de la ley 600 de 2000, establece que en caso de no ser aceptado el impedimento, tratándose de Magistrado de Tribunal Superior, la actuación pasará a la Corte Suprema de Justicia para que dirima de plano la cuestión, por Secretaría de la Sala Penal de este Tribunal serán remitidas las diligencias a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para los efectos previstos en la referida norma.”

Rad.No.000 2012-00558-00 (18 09 2018). M.P. Orlando de Jesús Pérez Bedoya

LIBERTAD CONDICIONAL. Peculado por apropiación. Auto Interlocutorio Segunda Instancia.

Caso: Resolver el recurso de apelación interpuesto por xxxxxxxxxxxxxxxx, apoderado judicial de xxxxxxxxxxxxxxxx, contra el auto interlocutorio No. xxxx del 18 de mayo de 2019, proferido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, mediante el cual se negó la solicitud de libertad condicional.

Extracto. “La tesis de la Sala es que el señor xxxxxxxxxxxxxxxx, tiene derecho al beneficio de libertad condicional, por cumplirse los requisitos que la ley establece, razón por la cual se revocará la decisión recurrida.”

(...)

“Dada la fecha de ocurrencia de la conducta por la cual se profirió la condena, resulta procedente considerar todo el tránsito legislativo que se había dado en materia del instituto de libertad condicional...”

(...)

“Bajo tal perspectiva, sin duda, el artículo 64 de la ley 599 de 2000, es el aplicable en razón de que es el más favorable a los intereses del condenado, cuando exige en estricto, dos requisitos: uno objetivo, el cumplimiento de las 3/5 parte de la pena



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

impuesta y otro subjetivo, el estudio del comportamiento del condenado dentro del penal.

“Es de indicar que en la decisión de primera instancia se concluye que concurren los dos requisitos que exige la norma, cuando el señor xxxxxxxxxxxx lleva cumplidas más de las tres quintas partes de la pena impuesta, y el reporte de las autoridades penitenciarias indica que su comportamiento en prisión ha sido bueno y ejemplar, hasta el punto que el director del Centro de Reclusión certifica que cumple con los parámetros de comportamiento para acceder al subrogado penal.”

(...)

“Sin embargo, encuentra la sala que la negativa de la primera instancia surge del error en que se incurrió, de exigir además, el requisito previsto en el artículo 30 de la ley 1709 de 2014, que hace alusión a la valoración de la conducta punible, desconociendo el principio de favorabilidad penal que considero aplicable.”

(...)

“Se impone por tanto corregir el yerro en que se ha incurrido, ya que atenta contra las garantías del condenado, al exigir un requisito que la ley no lo demanda, encontrándose cumplidos los presupuestos que el legislador ha previsto para que se haga procedente el beneficio de libertad condicional.”

Rad.12 2011 00023 01 (03 08 2018). M.P. Socorro Mora Insuasty

LIBERTAD CONDICIONAL. Concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes. Auto interlocutorio segunda instancia.

Caso: Resolver el recurso de apelación interpuesto por el Dr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en presentación de la señora xxxxxxxxxxxx, contra el auto interlocutorio No. xxx del 30 de enero de 2018, y el interpuesto por la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx en contra del auto interlocutorio xxx de 21 de marzo de 2018, proferidos por el Juzgado Séptimo de Ejecución de penas y Medidas de Seguridad de Cali, mediante el cual se les negó la solicitud de libertad condicional.

Extracto. “Frente al problema Jurídico propuesto la tesis de la Sala es que las señoras xxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxx, tienen derecho al beneficio de libertad condicional, por cumplirse los requisitos que la ley establece.”

“Se aparta la Sala de la tesis que formula el Juez de Penas de aplicar la ley 1709 de 2014, considerando que frente al beneficio de libertad condicional resulta más favorable a las condenadas.”

(...)

“Es evidente que la norma más favorable a las condenadas, es el artículo 64 de la ley 599 de 2000 en su versión original, que se encontraba vigente al momento de la comisión de los hechos, por tanto aplicable en virtud del principio de legalidad, ello en razón de que solo exige como requisito objetivo el cumplimiento de las 3/5 parte de la pena y el subjetivo, del estudio del comportamiento del condenado dentro del establecimiento carcelario; en tanto que la ley 1709 de 2014, a estos elementos se



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

agrega, la valoración de la conducta punible y la demostración del arraigo social y familiar.”

“Se dijo expresamente en la decisión de primera instancia, que la señora xxxxxxxxxxxxxx, como xxxxxxxxxxxxxx cumplen con el requisito objetivo por llevar más de las tres quintas parte de la pena impuesta, de otro lado, según las autoridades penitenciarias el comportamiento en prisión ha sido bueno y ejemplar, hasta el punto de que el director del Centro de Reclusión certifica que cumplen con los parámetros de comportamiento para acceder al subrogado penal.”

(...)

“Sin embargo encuentra la Sala que la negativa de la primera instancia surge del error en que se incurrió, de aplicar una ley que no es favorable al caso concreto y que exige la valoración de la conducta punible, desconociendo el principio de legalidad aplicable al presente asunto.”

“Se impone por tanto corregir el yerro en que se ha incurrido, ya que atenta contra las garantías de las condenadas, al aplicar indebidamente una ley que no es más benigna, encontrándose así que se encuentran cumplidos los presupuestos que el legislador ha previsto para que se haga procedente el beneficio de libertad condicional en aplicación de la ley 599 de 200 en su versión original.”

Rad. 004-2006-00063-01 (13 08 2018). M.P. Socorro Mora Insuasty

NULIDAD. Sala de Asuntos Penales para Adolescentes. Homicidio Agravado y Porte Ilegal de Armas de Fuego. Apelación de Sentencia.

Caso: “Se halla este asunto a disposición de la Sala para desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa contra la sentencia proferida en la audiencia del 4 de julio de 2018 por el Juzgado Quinto Penal de Conocimiento para Adolescentes de esta ciudad, en la que se declaró responsable al adolescente xxxxxxxxxxxxxx como autor de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, y se le impuso la sanción de 6 años de privatización de la libertad en centro especializado.”

“Sin embargo, como se observa irregularidad sustancial que afecta el debido proceso especial diferenciado de adolescentes, se procede a declarar nulidad de lo actuado a partir de la fase subsiguiente al anuncio del sentido del fallo.”

Extracto. “Esta Sala tiene el deber jurídico de declarar la ineficacia de la actuación a partir de la fase subsiguiente al anuncio del sentido del fallo, por violación del debido proceso especial diferenciado de adolescentes...”

(...)

“La defensora de Familia manifestó que le era imposible presentar el informe socio-familiar debido a que la madre del adolescente no quiso presentarse en la sede del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-.”

“Acto seguido, la juez resolvió que como el adolescente ni la madre de éste prestaron colaboración con la defensora de familia para efectos de su informe, se configura



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

una situación de “*fuerza mayor y caso fortuito*” que le impide presentar el informe de ley; luego, el Despacho quedaba autorizado para proferir el fallo condenatorio...”

(...)

“La *a quo* profirió el fallo prescindiendo del estudio de la defensora de familia bajo el argumento que: 1. *La falta del mismo obedece a una circunstancia de fuerza mayor, esto es, una circunstancia ajena a la voluntad de la Defensoría ante la imposibilidad de concluir ese informe* y 2. *Que la normatividad internacional no exige la existencia del informe para proferir el fallo.*”

“Tal proceder consistente en que la señora juez omitió exigir a la defensora de familia cumplir con el deber de aportar el estudio de la situación familiar, económica, social, psicológica, académica y cultural del adolescente- *requisito de condición para que pueda hacer el juicio sancionatorio-*, constituye una irregularidad sustancial que desconoce abiertamente el debido proceso del adolescentes...”

(...)

“El argumento de la señora juez para dosificar la sanción- aumentando 4 años a partir del mínimo previsto para el delito de homicidio doloso-, prescindiendo del estudio que, por imperativo legal debe hacer el Defensor de Familia, resulta jurídicamente inadmisibles porque asume que, de un lado, conforme a los estándares internacionales, tal estudio es opcional y, de otro, que el mismo depende exclusivamente de la información que deben suministrar tanto el adolescente como los familiares de éste y que como ellos no prestaron esa “*colaboración*”, la obligación funcional de la defensoría de familia se hace imposible de cumplir por “*caso fortuito o fuerza mayor*”, lo cual resulta evidentemente equivocado...”

(...)

“En el presente caso, el adolescente informó en su declaración el nombre del establecimiento escolar; su actividad; que asiste en las noches a un grupo de música y que ha hecho un curso con la policía; empero, tal información no fue utilizada para hallar cualquiera otra que conduzca a obtener conocimiento fundado, por ejemplo, sobre el entorno en el que se desenvolvía el adolescente; luego una cosa es el proceder omisivo y otra, de naturaleza distinta, el fenómeno de la fuerza mayor que impide cumplir el deber. En consecuencia, la conclusión de la señora juez en el sentido que la defensora de familia no estaba obligada a lo imposible, aparece infundada.”

“Por las razones planteadas, La Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, resuelve DECLARAR la nulidad de lo actuado a partir de la fase subsiguiente al anuncio del sentido del fallo.”

Rad. 190-2017-00467 (13 07 2018). M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda.

PREACUERDO. Negado. Conducta punible: Actos sexuales con menor de 14 años agravado. Injurias por vía de hecho.

Caso concreto. Recurso de apelación interpuesto por el defensor de XXX, imputado, en contra de Auto Interlocutorio No. XXX, por medio del cual el Juzgado XXX Penal del Circuito de Cali con Funciones de Conocimiento, improbo el



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

preacuerdo celebrado con el acusado, dentro de la investigación que se adelanta por el delito de Actos Sexuales con Menor de 14 Años Agravado.

Extracto

La fiscalía XX Seccional puso de presente la celebración de un preacuerdo con el acusado XXX que se tradujo en variar la calificación jurídica del delito de Actos Sexuales con menor de 14 años agravado, por el delito de Injuria por vía de hecho.

La Juez XXX Penal del Circuito de Cali Con Funciones de Conocimiento, profirió Auto por medio del cual improbo el preacuerdo porque, en lo fundamental, trasgredió el debido proceso al violar el núcleo fáctico de la acusación, el que no puede ser objeto de modificación. Lo indicado en lo fáctico de la fiscalía es una cadena de sucesos que van desde intentar besar a la menor, sentarla en sus piernas, levantarle la falda, tocarle las piernas, hasta finalmente tocarle la vagina, lo que no permite tenerse como unos tocamientos fugaces, y por lo mismo, no se adecua a la descripción de Injurias por vía de hecho.

Para la Sala el problema jurídico versa sobre los argumentos de inconformidad del apelante se traduce en determinar si con la readecuación típica de la conducta se vulnero el debido proceso y por lo mismo, debió improbarse el preacuerdo.

Considerando que No le asiste razón al apelante y se debe confirmar, pues el preacuerdo es ilegal por violación directa al debido proceso, atendiendo que, ya se había radicado el escrito de acusación donde la fiscalía dio cuenta de la situación fáctica de los tocamientos sucesivos, acusación formalmente realizada al XXX como autor del delito de Actos Sexuales con Menor de 14 años agravado por posición de autoridad sobre la víctima o confianza depositada en el autor.

Por lo anterior, encuentra la Sala que la fiscalía con probabilidad de verdad llamo a juicio con ocasión de unos actos de contenido libidinosos y no injuriosos, el acusado se aprovecho que se encontraba solo en su habitación, para hacer el suceso de actos, que atendiendo a la edad de la menor esta en incapacidad para disponer libremente de su sexualidad, por lo que el comportamiento de XXX, no estuvo encaminado a injuriarla y ofenderla sino a estimularse y estimularla sexualmente.

Por un lado, atendiendo la garantía de imparcialidad judicial, el juez no puede efectuar un control material de la acusación, lo cierto es que, si la fiscalía celebra un preacuerdo con posterioridad a la presentación del pliego de cargos, está en el deber jurídico de respetar los precisos términos en que dio inicio a la etapa de juzgamiento por ser un acto de parte que obliga no solo a las partes sino al juez, por otro lado, si estableció fácticamente en ellos que una menor de 14 años fue víctima de tocamientos de contenido erótico, jamás podría validarse una negociación readecuado típicamente esa conducta de Acto Sexual Abusivo a unas Injurias por vías de hecho, pues vulneraría el núcleo fáctico de la acusación y correlativamente el debido proceso.

Situación distinta seria para el juez, si antes de presentarse el escrito de acusación, se celebre y verbalice un preacuerdo variando la calificación jurídica de la imputación, pues en estos casos, el preacuerdo equivaldría a este escrito de acusación y le estaría vedado al juez hacer control material de esa tipificación novedosa, salvo que desconozca garantías fundamentales y procesales.

Finalmente, con el argumento central del apelante se desconoce que la fiscalía acuso a XX por un delito de Actos Sexuales con menor de 14 años que protege básicamente



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

la formación sexual de esa persona y que no requiere para su tipificación de actos invasivos en las partes íntimas de la menor pues de ser así, ya no se estaría frente a ese delito sino a uno de acceso carnal. Y los elementos materiales probatorios, entre ellos la entrevista que se le tomo, conducen a establecer su teoría del caso de que no se vulneró el bien jurídico tutelado, ello precisamente puede demostrarlo en el juicio oral.

Resuelve.

Confirmar la decisión adoptada por el Juzgado XXX Penal del Circuito de Cali con Funciones de Conocimiento, improbo el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía XXX seccional y el acusado XXX.

Rad. 193-2016-07001.(06-08-2018) acta 192. M.P: Juan Manuel Tello Sánchez.

Elaborado por Catalina Díaz. Facultad de Derecho. Universidad Pontificia Javeriana de Cali

PREVARICATO POR OMISIÓN. Conductas omisivas dolosas.

Caso concreto: La Sala entra a determinar si la conducta del acusado cabe en el delito de peculado por omisión en concurso homogéneo, puesto que a pesar que estaba en horario laboral como fiscal, se negó a recibir actos urgentes.

Extracto:

“Mediante resolución No. 0194 del 2 de abril de 2007, se ordena que los fiscales de los municipios tienen disponibilidad cada 15 días para atender casos urgentes, turnos que serían aleatorios, de obligatorio cumplimiento, teniendo el fiscal encargado estar disponible 24 horas para su pertinente atención, situación que amparaba igualmente al señor XXX, quien se negó en varias oportunidades a prestar dichos turnos de casos urgentes que suplía la URI, ya que eran los fines de semana y el acusado quería descansar.

Ante la negativa de atención inmediata del fiscal acusado, se tuvo que dejar en libertad a tres procesados, uno por el delito de hurto, otros con el delito de tráfico de estupefacientes y otro con una sonada contra policías, por vencimiento de términos, ya que no se realizaron los actos correspondientes a su judicialización dentro de las 36 horas.

La Sala considera que el caso contiene los requisitos sustanciales para condenar que se establecen en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, pues las estipulaciones probatorias, la prueba testimonial y documental allegada, permiten adquirir el conocimiento cierto sobre la materialidad de las infracciones y de la responsabilidad del acusado. Menciona la Sala que el señor XXX en las fechas que se generaron las conductas negativas materia del juicio, tenía calidad de servidor público, como Fiscal de XXX, por ende, tenía el deber jurídico de recibir los asuntos que se le entregaban tanto en su horario ordinario como dentro del turno de disponibilidad de la que estuvo cabalmente enterado, generando de esta manera, la existencia del deber jurídico de actuar, tramitar y recibir los tres casos mencionados porque no correspondían a un acto de colaboración del procesado.

Para la Sala se configura el elemento objetivo del tipo penal, pues está determinado, el comportamiento del servidor público, y el derecho objetivo, además de la



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

discordancia entre lo que el funcionario sabía que era un deber impuesto por la ley y lo que efectivamente hizo. Discrepancia que para la sala es propia del delito de prevaricato por omisión, pues el funcionario tenía el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y la voluntad dolosa de realizarla, apartándose de esta manera conscientemente de la normatividad legal puesta en su conocimiento por medio de la resolución.

Por otro lado el elemento subjetivo también queda acreditado con prueba indirecta constituida por hechos indicadores que infieren que el señor XXX conocía la infracción penal.

Por lo anterior mencionado, considera la Sala que el señor XXX vulneró el bien jurídico de la Administración Pública, puesto que se negó a cumplir con la función pública establecida sin justa causa, pues la sala encontró que las fundamentaciones expuestas por la defensa no sustentaban la actuación, razones por las cuales al analizar la sala la culpabilidad del imputado manifiestan que en el momento de los hechos era una persona con plena capacidad de derecho realizando una conducta reprochable.

Resuelve: Condenar al señor XXX de condiciones personales y civiles como autor penalmente responsable del delito de prevaricato por omisión en concurso homogéneo. Conceder al sentenciada la prisión domiciliaria bajo caución de (1) salario mínimo legal mensual vigente y se ordena la captura del señor XXX

EXTRACTO DE SALVAMENTO DE VOTO

De entrada el suscrito Magistrado no comparte el criterio jurídico plasmado en la sentencia que condenó al señor XXX como autor del delito de prevaricato por omisión, pues no encuentra elementos de juicio claros que se permita tenerlo como delictivo, pues la actuación del señor XXX estuvo dentro de los linderos de liturgia disciplinaria, sin llegar a configurar el delito de prevaricato por omisión. Sustenta el Magistrado que la actuación del señor XXX se determinó por la inequidad de trato por parte de las directivas de la Fiscalía Seccional al imponerle turnos de disponibilidad los fines de semana, sin derecho a día compensatorio, al igual que no fue tomada la condición del imputado de adulto mayor y la situación de salud que atraviesa que fue demostrada en el proceso. Por lo anterior, se considera que la conducta es atípica.

Rad: 199 2013-01040 (31 01 2018) acta 022. M.P Víctor Manuel Chaparro Borda

Salvamento de Voto: Orlando Echeverry Salazar

(Elaborado por Catalina Diaz, Estudiante de la facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Javeriana de Cali.)

PRUEBA TESTIMONIAL. Acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Revocatoria de decisión en el sentido de negar uno de los testimonios que postula la fiscalía

Caso: En la fase de solicitudes probatorias, se niega como prueba el testimonio de xxxxxxxxxxxx, psicóloga forense, quién realizó la valoración psíquica de la menor y la cual, la fiscalía pretendía hacer valer en juicio. Esta se sustenta en razón a que el fiscal no suministro el nombre de la testigo y por consiguiente, no era posible dar



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

cumplimiento al artículo 414 de la ley 906 de 2004. La decisión es materia de recurso y es revocada por el tribunal de distrito judicial.

Extracto. “...la hermenéutica de los artículos de 337-5, 356-3, 414 y 415 de la ley 906 de 2004 aplicables al sistema de responsabilidad penal para adolescentes porque los mismos constituyen garantías del debido proceso probatorio y compadecen con el interés superior del adolescente no imponen un formalismo extremo...”

(...)

“El hecho de que la parte enuncie la prueba que pretende hacer valer en el juicio sin mencionar el nombre del sujeto de prueba en nada desvertebra la naturaleza del sistema ni mucho menos desconoce el principio de igualdad de armas.”

(...)

“Es un aspecto técnico que la jurisprudencia tiene solucionado hace más de 7 años, estado de la jurisprudencia que constituye un precedente obligatorio...”

Rad 710-2015-00833 (06 06 2018). M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda.

PRUEBA DOCUMENTAL. Testimonial. Documental. Actos sexuales con menor de 14 años.

Caso concreto. Resolver recurso de apelación interpuesto por el defensor de XXX en contra de Auto por medio del cual, el Juzgado XXX Penal del Circuito de Cali con Funciones de Conocimiento, no le decreto una prueba documental y testimonial común, dentro de la actuación adelantada por el delito de **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS**.

Decisión primera instancia Negó a la defensa el decreto de una prueba documental, en especial y que es el objeto de inconformidad, el informe No. 2 del XX de Junio de 2018 y los testigos comunes por falta de descubrimiento- rechazo- y porque no aportó a argumentación exigida para su decreto.

La defensa inconforme interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación teniendo como fundamento que se negó el informe porque no se precisó el nombre que corresponde al abonado telefónico XXX, y que respecto de la negativa de los testigos comunes, la jueza rechazó por falta de descubrimiento, pero son testigos que le pertenecen inicialmente a la fiscalía quien hizo el descubrimiento desde la audiencia de acusación, siendo elementos que ya pertenecían al proceso, siendo innecesario volverlos a suministrar o descubrir.

Decisión del tribunal La Sala se centrará en determinar si era procedente el decreto de la prueba documental y testimonial común solicitados por la defensa.

La tesis de la Sala es que debe **revocarse parcialmente la decisión** de primera instancia, en el sentido de admitir como prueba de la defensa el informe XXX, suscrito por el investigador privado XXX y que corresponde al abonado telefónico XXX y confirmarla en lo que hace al no decreto de los testigos comunes.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

La Sala se basa: en cuanto al informe, para la Sala, la tesis de primera instancia no resulta jurídicamente acertada porque, al verificar las razones que otorgo el defensor al momento de las solicitudes probatorias se puede observar que el indico que en los mins. XX y s.s., que a través de una diligencia de búsqueda selectiva en la base de datos que se llevo a cabo ante el Juzgado XXX Penal Municipal de Cali con Funciones de Control de Garantías, se autorizó obtener la información que tuviera relación con

el abonado telefónico XXX, tanto de as llamadas y mensajes de texto correspondientes al mes de octubre donde ocurrieron los hechos.

Igualmente se advirtió por la defensa que una vez se autorizo judicialmente esta diligencia, se hizo solicitud para que suministraran información que se deriva del abonado telefónico pero que a la fecha de la audiencia preparatoria no se había recibido respuesta, motivo por el cual, se solicito un tiempo prudencial para poderle correr traslado a la fiscalía.

Además, el análisis del informe XXX ya había sido aportado oportunamente, pues en este estaba escrito la labor agotada por el investigador privado y había constancia de la solicitud al operador móvil XXX, de toda la información que pudiese existir para el mes de octubre donde ocurrieron los hechos del abonado telefónico XXX. Por lo cual, para la Sala, no afectaba en nada para el decreto del Informe XXX donde no se indico a quien pertenecía el abonado telefónico.

La Jueza de conocimiento como garante de las condiciones básicas de legalidad del juicio, era establecer si ese informe rendido por el investigador, podía llevarse al juicio oral por parte de la defensa, verificando su utilidad, pertinencia y conducencia, aspectos que como se indicaron fueron abordados y relevados por quien lo solicito.

Por otro lado, la Sala con respecto a la procedencia de los testigos comunes solicitados por la defensa ante el reproche que hace el apelante no debe prosperar porque la Jurisprudencia ha sido pacifica en considerar que solo es procedente el decreto de un testigo para ser interrogado de manera directa por ambas partes, cuando la parte **argumente completa y suficientemente** las razones del por que el contra interrogatorio no es suficiente o idóneo para satisfacer su pretensión y en el caso concreto, los argumentos esbozados por el defensor sobre la necesidad de la practica de los testigos comunes, no son suficientes porque se trata de aspectos que perfectamente se pueden abordar en desarrollo del interrogatorio.

Además, en la eventualidad que la fiscalía renuncie a esos testigos con los cuales iba a sostener su tesis de condena, pues lógica y razonablemente, la defensa no tendría que oponerse a lo que supuestamente iba a probarse con ello, y por lo mismo, la controversia en este sentido ya no existiría.

Para la Sala tampoco le asiste razón al apelante cuando sostuvo que frente a los testimonios comunes no se requería su descubrimiento porque ya lo había realizado a Fiscalía, porque con esa postura no hace otra cosa que desconocer, *de un lado que*, en un sistema con tendencia adversarial que es de partes encontradas, es deber



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

jurídico de cada externo, lograr que el juzgador atienda su pretensión que es dialécticamente opuesta, y *de otro lado*, la existencia de esos elementos materiales probatorio y evidencia física y lo que pretende con ellos.

Resuelve. REVOCAR PARCIALMENTE la decisión adoptada por el Juzgado XXX Penal del Circuito de Cali Con Funciones de Conocimiento, en el sentido de admitir como prueba de la defensa el informe XXX suscrito por el investigador privado XXX y confirmarla en lo que hace al no decreto de testigos comunes, dentro de la actuación adelantada a XXX por el delito de **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS**.

Rad. 177-2017-01831.(13 07 2018) acta 170 M.P: Juan Manuel Tello Sánchez

Elaborado por Catalina Díaz. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Javeriana.

REDENCION DE PENA. Por estudio. No es procedente reconocer a favor del interno tiempo de redención de pena por estudio por el período calificado deficientemente.

Caso: “Resolver el recurso de apelación interpuesto por el Dr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, Procurador xxx Judicial I Penal, contra el Auto Interlocutorio No. xxx del 12 de junio de 2018 mediante el cual el Juzgado Octavo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, no reconoció redención de pena a favor del condenado xxxxxxxxxx con base en las 66 horas de estudio desempeñadas en diciembre de 2017.”

Extracto. “El código Penitenciario y Carcelario regula la redención de pena por estudio, estableciendo que las labores para obtener rebaja por dicho concepto deben estar avaladas por el INPEC, previo cumplimiento de ciertos requisitos, caso para el cual se estableció una Junta de Evaluación de Trabajo, Estudio y Enseñanza- JEET.

“Se advierte entonces que la ley establece el cumplimiento de ciertos requisitos para que el Juez de Ejecución de Penas proceda a la redención, como está consagrado en el artículo 101 del Código Penitenciario y Carcelario, en el que se dispone: ...”

(...)

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

(...)

“En el caso del Sentenciado, es evidente que éste no cumple con una valoración positiva en el periodo: 01/12/2017 a 31/12/2017 por estudio, que no fue tenido en cuenta por el *a quo*, por cuanto como se evidencia a folio 68 CO, constante del Certificado del Trabajo, Estudio y Enseñanza No. xxxxxxxx693 emitido por la JEE del CPC COJAM de Jamundí, presenta calificaciones deficientes en dicho periodo.”



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

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

(...)

“Al señor xxxxxxxxxxxx no se le ha impedido el acceso a las actividades para redención de pena, sea en trabajo, estudio o enseñanza, por tanto dicho derecho no le ha sido negado, lo que se está velando es que ejerza la labor desempeñada con el debido cumplimiento que para ello se exige, este es un buen desempeño, fruto de lo cual tenga una evaluación eficiente.”

“Así pues, el artículo 101 de la L. 65/93 deja claro que las condiciones para la redención de pena no pueden ser cualquiera, por lo que el Juez de Ejecución de Pena y Medidas de Seguridad, para conceder o negar el beneficio, deberá tener en cuenta la evaluación que se haga del trabajo, la educación o la enseñanza de que trata la ley y la conducta del interno, aspectos estos que corresponde certificar al INPEC, quien hace la remisión de los documentos ante el Juez Ejecutor para que conceda o no la redención, si el interno cumple con los requisitos.”

(...)

“Por lo anterior, como lo refirió el a quo, no es procedente reconocer a favor del interno xxxxxxxxxxxx tiempo de redención de pena por estudio por el periodo calificado deficientemente, no quedando otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado de Primera Instancia.”

Rad.193 2015 25066 01 (23 08 2018). M.P. Juan Manuel Tello Sánchez

REDENCION DE PENA. Por estudio calificación deficiente. Conducta ejemplar.

Caso concreto. Recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra el auto interlocutorio referido, en lo que respecto al no reconocimiento a favor del interno de 78 horas de estudio, por haber obtenido una calificación deficiente, pues considera que primero se debe garantizar el derecho al debido proceso del condenado, por tanto, es menester solicitar a la Junta de Evaluación del Centro Carcelario, al tenor de lo dispuesto en el artículo 81 del Código Penitenciario y Carcelario, antes de decidir sobre si tiene derecho o no a la redención de pena, explique por qué conceptúa deficiente la labor o estudio, debiendo correr traslado al afectado para que defienda su derecho.

DECISION EN PRIMERA INSTANCIA

La etapa de ejecución de la pena correspondió al Juzgado XXX Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, en donde se allego oficio por parte de la Oficina Jurídica del Complejo Penitenciario y Carcelario COJAM, la solicitud de redención de pena en razón a las actividades de estudio realizadas por el interno XXX.

Por medio de auto interlocutorio ese Juzgado resuelve no reconocer a favor del señor XXX redención de pena por 86 horas de estudio desempeñadas en noviembre y diciembre 2017



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

EXTRACTO

La Sala entrará a determinar si el interno tiene derecho a que se le reconozca redención de pena por estudio de una parte de horas realizadas equivalentes a 6.5 horas, a pesar que ese periodo fue calificado como deficiente por la Junta de Calificación del INPEC.

La Sala menciona el artículo 64 la Ley 1709 del 20 de enero de 2014 adiciono un artículo a la ley 65 de 1993, normatividad que ha establecido que la redención de pena se trata de un derecho de los internos y no un beneficio administrativo como de antaño se venía considerando.

El Juzgado XX de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, reconoció a favor del interno redención de pena equivalente a tres meses y tres días, por 1186 horas de estudio y negó la redención de pena por 78 horas de estudio de noviembre a diciembre 2017, por su calificación deficiente, no obstante obrar certificado de calificación de conducta en grado ejemplar en el periodo comprendida entre 26 de septiembre de 2017 al 25 de diciembre de 2017.

El Artículo 102 del Régimen Penitenciario y Carcelario establece que la rebaja será de obligatorio reconocimiento de la autoridad respectiva, **previo el lleno de los requisitos exigidos**, para el trámite de beneficios judiciales y administrativos.

Por otro lado, la Sala menciona el Artículo 101 donde se contemplan las condiciones para acceder al instituto de redención de la pena, en el cual, el juez para conceder o negar la redención de la pena deberá tener en cuenta la evaluación que se haga del trabajo. En esta evaluación se considerara igualmente la conducta del interno. Cuando esa evaluación sea negativa el juez se abstendrá de conceder dicha redención.

Para la Sala, se debe tener en cuenta, que tratándose de la población carcelaria, la relación del interno con el Estado es de sujeción especial, pues el último es garante de los derechos de quien se encuentra privado de la libertad. Por lo que si bien una persona privada de la libertad sufre privación de algunos derechos, hay otros que no pueden ser suspendidos ni limitarse, entre ellos está el derecho de petición, a la defensa tanto material como técnica y el derecho al debido proceso, por lo que cuando se ha realizado actividades de trabajo o estudio, le asiste el derecho a que dicho termino se le redima como pena, siempre y cuando reúna los requisitos establecidos para tal defecto, así mismo, cuando tales requisitos se ven claros en su incumplimiento se debe negar, pero si hay duda, el juez debe realizar esclarecimiento en aras de garantizarle al condenado que está sujeto al Estado, derecho a la defensa y al debido proceso.

En el presente caso, no existió oportunidad para el recluso de ejercer la controversia en aras de su defensa, por lo que el agente del Ministerio Público, solicita incidente procesal para contar con la información necesaria que lleve al Juez a realizar valoración permitente, para definir si el condenado tiene derecho a la redención de pena por estudio o no.

Con el trabajo, estudio y enseñanza se busca la resocialización del condenado como una forma de reinserción a la vida civil una vez obtenga la libertad, entonces la negativa que se haga para concederle redención debe estar fundamentada, por lo que



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 09 2018

el funcionario vigilante de la condena debe contar con los elementos de juicio que lo lleven a tomar una decisión que se ajuste al respeto de los derechos fundamentales al condenado.

Para esta Corporación, el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, no preciso si la calificación deficiente fue por voluntad del estudiante para ejercer las actividades o si no tuvo la capacidad suficiente en el desempeño educativo, pues no hay información suficiente para saberlo. Pero para la Sala, el certificado por la buena conducta, debe tener en cuenta dicho término para la redención y no desconocerlos, puesto que si obtuvo una calificación deficiente puede obedecer a sus capacidades intelectuales, problemas físicos o psicológicos.

Así, se debe valorar con la conducta del interno en el penal, que es uno de los requisitos del artículo 101 de la Ley 65 de 1993, para acceder al instituto de la redención, calificado con conducta ejemplar y buena.

RESUELVE

Para la Sala se debe revocar integralmente el numeral primero del Auto Interlocutorio, en consecuencia, se debe reconocer al señor XXX, las 78 horas que per se son calificadas como deficiente, pero atendiendo a su conducta ejemplar en los meses de noviembre y diciembre 2017. Se tendrán como efectivamente estudiado para fines de la redención.

Rad. 000-2017-00008-01 (22 08 2018) acta 195.MP Orlando Echeverry Salazar.

Extracto de Salvamento de Voto

De entrada el suscrito Magistrado disidente encuentra que basado en el Artículo 103 A del Código Penitenciario y Carcelario adicionado por el artículo 64 de la ley 1709 de 2014, para la redención de pena es necesario el cumplimiento de la totalidad de los requisitos establecidos por el trámite de beneficios judiciales y administrativos.

Por lo cual, el Juez de Ejecución de Penas para acceder al reconocimiento de las horas reportadas, debe verificar la certificación que sobre la evaluación de esta labor y la conducta del interno realice el INPEC, y si la evaluación es insatisfactoria no se reconocerá la redención de pena.

Por lo cual, el magistrado menciona que para el reconocimiento de la redención de pena, deben concurrir los requisitos íntegramente, esto es: i) Certificación de las horas dedicadas a estudio, trabajo y/o enseñanza.2) buen conducta del interno. 3) evaluación de la actividad, ya que si falta alguno de estos no es posible acceder al reconocimiento.

Y en este caso, se desconoce la calificación de deficiente de esta labor por estimar que aunque existe duda en los motivos de evaluación, se debe reconocer la redención de pena, conclusión que llegan sin tener razones verificables. Además el Magistrado no encuentra en la decisión argumento para no aplicar la perceptivo del 101 de la ley 65 de 1993, que es clara en exigir que debe tenerse en cuenta la evaluación que se haga del trabajo, educación o enseñanza y si la misma es negativa, el juez de ejecución se abstendrá de conceder la redención.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

Por lo tanto, el Magistrado considera que debió ordenar al Juez de primer grado que antes de resolver acerca del reconocimiento de la redención de pena, requiera a la Junta de Evaluación del Establecimiento Penitenciario para que informara las razones por las cuales la actividad desarrollada fue calificada como deficiente.

Salvamento de Voto: Dr. Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear

(Elaborado por Catalina Díaz. Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Javeriana de Cali)

REDOSIFICACION DE LA PENA. Actos sexuales con menor de 14 años. Auto interlocutorio segunda instancia.

Caso: “Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor xxxxxxxxxxxx, contra el auto interlocutorio No. xxxx de 11 de Octubre de 2017, mediante el cual el Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y de Medidas de Seguridad de Cali decidió no acceder a la solicitud de redosificación de pena solicitada en favor del condenado.”

Extracto. “No puede perderse de vista que la competencia de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad recae, por antonomasia, respecto de asuntos en los que se ha proferido una sentencia que se encuentre debidamente ejecutoriada y que, por lo mismo, ha hecho tránsito a cosa juzgada, lo cual es apenas obvio, pues a estos les corresponde conocer de todo aquello que directa e inescindiblemente este vinculado a la ejecución de condena interpuesta por el correspondiente juez de conocimiento, sin que ninguna de las atribuciones conferidas en el artículo 38 de la ley 906 de 2004, les permita adentrarse sobre los fundamentos que dieron lugar a la declaratoria de responsabilidad y a la imposición de penas correspondientes.”

“De ahí que la competencia de esta clase de funcionarios judiciales para redosificar una pena en aplicación del principio de favorabilidad, se circunscribe únicamente a los eventos en que *“debido a una ley posterior hubiere lugar a la reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal”*, pues se trata de circunstancias no solo posteriores al proferimiento de la sentencia, sino ajenas a la aplicación e interpretación judicial de la ley.”

“Con esta misma orientación, cuando el efecto favorable al condenado no emana directamente de una ley, sino de una interpretación posterior respecto de la aplicada al asunto concreto, no es por vía del ejercicio del derecho de postulación ante el juez de penas que tal pretensión procede, en tanto que, como se dijo, ello implica remover los efectos de cosa juzgada, lo cual solo es posible mediante el ejercicio de la acción de revisión y a través de la causal que específicamente recoge ese particular supuesto de hecho. ”

(...)

“Tal como se logra evidenciar, en este evento, el condenado no está acudiendo a la solicitud de redosificación por haber existido algún cambio favorable de ley o una interpretación normativa más benigna a sus intereses, sino que cuestiona el fallo de condena, considerando que no debía derivársele un agravante que por ley no es



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

aplicable al ser condenado por el delito de actos sexuales con menor de 14 de años, lo que redundaría directamente en el quantum punitivo impuesto.”

“Ello permite razonar que no es el juez de penas a quien le compete realizar esta clase de estudios, ya que implicaría desconocer los efectos de cosa juzgada que conlleva a la sentencia ejecutoriada, dado que el cuestionamiento se dirige directamente sobre la redosificación de pena.”

Rad. 165 2009 02222 01 (03 08 2018). M.P. Socorro Mora Insuasty

USO DE MENORES DE EDAD PARA COMISIÓN DE DELITOS.
Testimonio de menor. Apelación sentencia sistema acusatorio.
Confirmación de sentencia de condena.

Caso: Se confirma la sentencia en la que se condenó a xxx como autora del delito de uso de menores de edad para la comisión de delitos a la pena de 120 meses de prisión; a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, al paso que se le negó tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria. La condenada fue aprendida el 10 de enero de 2013, en el almacén Falabella del centro comercial chipichape cuando en compañía de la menor xxxxxxxxxxxx de 17 años de edad y una tercera mujer no identificada, hurtaron en un bolso varias prendas de ropa femenina valuadas en \$568.000.

Extracto. “Atendiendo la naturaleza adversarial del actual sistema procedimental penal, al carácter dispositivo del recurso de apelación y al principio de limitación que lo rige, esta corporación tiene competencia para revisar el fallo únicamente en el aspecto que puntualmente expone el apelante, motivo por el cual la sala solo se pronunciará sobre la valoración del acervo probatorio que hizo el juez.”

“Esta colegiatura tiene el deber jurídico de confirmar la sentencia material del recurso toda vez que, de una parte, la misma se aviene con la legalidad y el contenido del acervo probatorio y, de otra, las alegaciones del apelante tendientes a negar la ocurrencia de la conducta no desvirtúan el fundamento del juez para condenar, razones por las cuales la doble presunción de acierto y legalidad que amparan la decisión permanecen inalterables.”

(...)

“Las alegaciones de la defensa carecen de vocación de prosperidad porque las mismas no se compatibilizan con el contenido de la prueba de cargo, la cual demuestra el compromiso penal que le asiste a la aquí procesada por el delito materia de acusación.”

(...)

“Contrario a lo que sostiene el apelante, la fiscalía formuló acusación contra xxxxxxxxxxxx como autora del delito de uso de menores de edad para la comisión de delitos en la modalidad de “utilizar” a la menor xxxx para el hurto de prendas de vestir para dama del almacén Falabella”

(...)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

“Tanto el testimonio de xxxx, guarda de seguridad del almacén Falabella, como la prueba documental constituida en video de las cámaras de seguridad del referido almacén dan cuenta de la materialidad del delito...”

(...)

“... el testimonio de la empleada del almacén Falabella, xxxxx, resulta plenamente creíble pues, de un lado, coincide con el dicho del guarda de seguridad xxxx...”

(...)

“La alegación del apelante en el sentido de que el juez se equivocó al no otorgarle credibilidad a la menor xxxx, no encuentra eco en esta corporación toda vez que es evidente que su propósito es liberar de responsabilidad penal a la aquí procesada, aspiración de la testigo que carece de posibilidad de éxito en la medida que la prueba de cargo desvirtúa su dicho.

(...)

Por las razones planteadas, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve CONFIRMAR la sentencia materia de recurso.

Rad 193-2013-00830 (16 07 2018).Acta 206. M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda.

VALORACION PROBATORIA. Homicidio Agravado y Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego. Recurso de Apelación.

Caso: “Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el defensor del señor xxxxxxxxxxxx, en contra de la sentencia No. xx del 5 de marzo de 2018, a través de la cual el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Cali, Valle, con Funciones de Conocimiento, condenó al mencionado a la penal principal de cuatrocientos doce (412) meses de prisión, como penalmente responsable del delito de Homicidio Agravado en concurso con el de Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego o Municiones.”

Extracto. “Se procede a verificar en principio, si es procedente el cargo de nulidad esbozado por el censor, pues de prosperar haría inoficioso proceder a la valoración probatoria sobre el testigo único tachado por la defensa y la ausencia de comprobación del agravante contemplado en el numeral 7 del artículo 104 del C.P.”

“Con base en los artículos 455 y ss, de la ley 906 de 2004, se tiene que resultar procedente la nulidad del diligenciamiento cuando existe prueba ilícita, por incompetencia o por violación a garantías fundamentales y exactamente en el último caso, resulta procedente la nulidad del diligenciamiento penal cuando exista acreditación de que en su tramitación no se hayan respetado los derechos al debido proceso y defensa.”

“Esta es la razón por la cual, la nulidad es la máxima sanción aplicable al proceso, pues no existiendo otro remedio procesal para remediar el yerro, el camino más adecuado será la perturbación del diligenciamiento para restablecer el orden propio que pudo desconocerse, lo cual se hace al retrotraer lo actuado a partir del momento en que se evidenció el vicio.”



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

(...)

“Con base en lo relevado, se obtiene entonces que cuando uno de los sujetos procesales decide proponer nulidad, debe cumplir con las reglas establecidas para emprender el estudio de la misma, esto es, precisar donde radica el yerro, que la nulidad es el único mecanismo para enmendarlo y qué tipo de afectación le ocasionó tal vicio al procesado o procesados, ya que si no hubiera ocurrido otra sería la situación jurídica en la que se encontraría, todo lo cual debe ser mencionado por el actor que solicite la invalidación de lo actuado.”

(...)

“En este orden, tendrá que dejar en claro esta Magistratura de inmediato que la supuesta falta de congruencia entre el anuncio del sentido del fallo y la sentencia, no se predica, como parece entenderlo el libelista, de la concreción sobre la agravante descrita en el artículo 104 numeral 7 del C.P., sobre si se trató de una indefensión o inferioridad, pues el juez en su anuncio dejó por sentada la concurrencia de la agravante específica en mención y ya era de su resorte explicar en la sentencia porqué se encuentra probada, o la motivación en que se funda para aplicarla conforme el pedimento de la fiscalía.”

(...)

“Por lo tanto, ninguna nulidad puede predicarse por incongruencia entre el sentido del fallo y la sentencia, ya que expresamente el Juzgado dejó en claro porqué concurre tal circunstancia específica de agravación deducida y formulada por la fiscalía, careciendo de su sustento que a estas alturas la defensa se duela de incompreensión sobre la misma o su desconocimiento.”

“Así las cosas, la nulidad deriva impróspera.”

“El artículo 380 de la Ley 906 de 2004, dispone que los medios de pruebas, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto, lo cual nos remite al artículo siguiente -en los casos de condena-, cuando refiere que *“Para condenar se requiere conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.”*

“En punto de la prueba testimonial como medio de comprobación y dado que en este caso es en la que básicamente se funda la condena, habrá que decirse que se convierte dentro de todo proceso penal en uno de los elementos más idóneos con los que cuenta el funcionario judicial para impulsarlo y llegar a la verdad real sobre suceder ilícito del que tuvo conocimiento, de manera que entre todos los medios de convicción que sirven para tal efecto, es el más rico en contenido informativo y demostrativo.”

“Por tal razón, es deber del juzgador examinar las declaraciones rendidas con sumo cuidado haciendo uso de los principios que le han otorgado el legislador fundamentados en la Sana Crítica y la experiencia para no cometer errores en su apreciación, de ahí que el estudio del testimonio si este se torna en la única base de la condena requiera un poco más de énfasis que otros medios de prueba para proceder a analizarlo de forma ponderada y así precisar qué grado de conocimiento tiene el testigo de cargo, más si se trata del directo ofendido.”



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

“Dicho lo anterior, debe entonces recalcar la posibilidad de estructurar una sentencia con el testimonio del testigo único que en materia penal, la sentencia judicial no se encuentra determinada por la cantidad de pruebas practicadas en el juicio, pues no son aspectos cuantitativos los que la fundamentan, sino la percepción racional y valoración que se realiza a las mismas. Aspectos que deben guiarse por las reglas de la sana crítica y los parámetros de valoración probatoria propuestos por la ley penal, de tal manera que vedado para el Juzgador no será la posibilidad de erigir una sentencia de condena a partir de una sola prueba testimonial, claro está, después de su examen juicioso, serio, legal y motivado que logre establecer sin ambages que la situación de hecho narrada resulta verosímil, racional y consistente.”

“Así las cosas, es claro que el testigo único no puede ser descartado o rechazado de plano tan solo por ser único, pues es la valoración de la percepción, la memoria, la naturaleza del objeto percibido, el estado de la sanidad del testigo o sentidos por los cuales tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que percibió, los procesos de rememoración y su comportamiento durante el interrogatorio cruzado, la que le permitirá al juez estructurar un juicio de reproche o una absolución con fundamento en las situaciones de hecho traídas al proceso.”

(...)

“Dicho lo anterior, en el presente caso el apelante único no demostró que el A-quo, hubiese realizado un análisis caprichoso de la declaración vertida por el testigo de cargo, el señor xxxxxxxxxxxxxxxx, quien fue el único que observó de manera directa el suceso delictivo; tampoco se detuvo a indiciar cuál o cuáles fueron las reglas de la sana crítica que resultaron vulneradas en ese ejercicio, ni tampoco la trascendencia y fortaleza que esos errores podían tener para derrumbar la presunción de acierto de la sentencia; simplemente se limitó a presentar argumentaciones personales como el hecho de que el declarante estaba aleccionado porque pregunto cuántos años habían desde 1998 hasta la fecha a un policial presente, o que se contradijo frente a las heridas que vio en el interfecto cuando señaló que todos los impactos fueron en el pecho, pese a que uno de ellos fue en su rostro.”

(...)

“Pues bien, como se denota y escuchando el audio con detalle, esta Colegiatura advierte absoluta contundencia y claridad en la narración otorgada por el testigo, que sin dubitación alguna señala al aquí procesado como el responsable de los acontecimientos que avizoró ese 26 de enero de 2013. No existe ninguna contradicción en los dichos de este deponente que con total serenidad y seriedad dijo haber observado al señor xxxxxxxxxxxxxxxx, dispararle a xxxxxxxxxxxxxxxx, en el pecho y como se denota del informe pericial de necropsia No. 20130101760001000251, en la parte de descripción de lesiones traumáticas, dos de los disparos impactaron en la clavícula y hombro derecho a la víctima, mientras que el tercero lo hizo en la región lateral derecha de la boca, avizorándose que esos dos primeros disparos referidos lesionaron el pulmón derecho y fracturaron la tercera y cuarta costilla, laceraron el esófago y la tráquea, de tal suerte que por la ubicación de esas dos heridas el testigo del visu interpreto que habían sido ocasionadas en el pecho, aunado a que el rastro de sangre que bañó la camiseta del hoy obitado en su tórax, pudo influir en la percepción que tuviera xxxxxxxxxxxxxxxx, en su momento sobre la ubicación de las heridas.”

(...)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 09 2018

“Tampoco se observa aleccionamiento del testigo, como lo asegura en su escrito sustentatorio, pues ante el conainterrogatorio de la defensa sobre cuántos años lleva viviendo en el sector, el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, contesto que desde 1998, observándose que se le dificultó hacer la cuenta desde esa data hasta la fecha de la audiencia y pidió ayuda de un hombre presente, al parecer un policial, sin que ello signifique que estaba preguntándole a alguien más como debía contestar. Suficiente le era a la defensa rellenar esa dificultad numérica, indicándole al testigo que según la fecha dada, llevaba aproximadamente 19 años residiendo en esa zona urbana de esta localidad, y proseguir con el interrogatorio normalmente ya que ese dato sobre el tiempo de residencia, nada tenía que ver con los hechos que ahora se investigan.”

“Visto así el panorama, evidentemente imposible resulta aceptar la tesis de la defensa sobre la presencia de duda de cara a la responsabilidad penal atribuida a su defendido por estos aconteceres, en la medida que de ninguna manera logra derrumbar la sindicación certera, seria y responsiva hecha por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, que con total espontaneidad, claridad narra lo que percibió y en nada se contradice frente a ello.”

(...)

“En ese sentido, no se advierte errónea valoración probatoria en los términos esbozados por el recurrente, por el contrario, al revisar la sentencia de primer grado se observa la misma bien estructurada y compaginada con lo probado, de tal suerte que aquellas circunstancias esbozadas por el letrado no son suficientes para restarle merito suasorio a la declaración del único testigo, que dice haber observado a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, darle muerte a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, y contra el cual no tenía ningún ánimo de animadversión, o por lo menos ello no se probó.”

“La experiencia enseña que cuando dos sujetos no se conocen o no tienen relaciones personales profundas, no existen razones para crear sentimientos de amor, enemistad, envidia o vindicación, porque precisamente no se han presentado contacto que permita forjar tales sentimientos.”

“El Tribunal también encuentra que el testigo de cargo fue amplio y consistente en la descripción del suceso, con acotamiento mediante lugar y personas intervinientes en el insuceso, circunstancias que expuestas en forma hilada y espontánea, sin dubitaciones ni tartamudeos, expresan convicción y creencia en su dicho.”

“Finalmente, en lo que toca a la falta de comprobación de la circunstancia de agravación específica correspondiente a la indefensión de la víctima, tampoco encuentra la Sala que dicha situación no haya sido probada al interior del legajo, pues perfectamente se pudo demostrar que al policial xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, se le ultimó cuando estaba realizando ejercicios en el planchón de su vecindario, que fue sorprendido por el procesado y no pudo reaccionar al ataque dado lo intempestivo del mismo. Sobre esta situación no hay ninguna duda, y por ende, tampoco prospere la exoneración de la causal que agravó su conducta delictiva.”

“Por lo anterior, esta Magistratura no accederá a la revocatoria de la decisión condenatoria, por el contrario, será CONFIRMADA, conforme a lo expuesto.”

Rad. 193 2013 025 92 (26 09 2018). M.P. Mónica Calderón Cruz.



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

BOLETIN 09 2018

Henry Moreno Macias

Relator

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali