BOLETÍN No. 62
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

Mayo – Junio 2019

SALA CIVIL - FAMILIA

M.S: Dra. GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO
RADICACIÓN: 08-001-31-10-008-2018-00328-01/ Número Interno: 0026-2019F

-PROVIDENCIA JUDICIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO-

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia
TEMAS: CESACIÓN DE EFECTOS DE MATRIMONIO ECLESIÁSTICO- Inexistencia de la causal alegada/ **GRAVE E INJUSTIFICADO INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES-** Debe ser estar plenamente comprobado/ No cualquier trasgresión a los deberes se traduce en causa de divorcio/ **ESTEREOTIPOS DE GÉNERO-** Como conductas arraigadas en el colectivo de nuestra región que pretenden justificar la asunción de roles sólo en la mujer y no en ambos cónyuges
FECHA: Mayo 6 de 2019

Síntesis del caso:

En el presente asunto, se estudia el divorcio de quien alega ha sido victima del incumplimiento grave e injustificado de los deberes de su esposa, principalmente, por la no realización de manera continua de quehaceres domesticos como hacer el mercado, realizar el desayuno de los hijos, no tanquear el carro, entre otros aspectos.

Extractos:

"De otro lado, el demandante en su interrogatorio expresó que se fue de la casa en mayo de 2018, que antes vivía con la encartada en la misma casa, pero no convivían[1], desde que iniciaron el divorcio por mutuo consentimiento en octubre

[1] Video 1. Minuto 1:05:54

de 2016[2], pero no logra precisar cuándo cambió de dormitorio[3]; pero que no compartían reuniones, salidas, etc., que iban a lo puntual y estrictamente necesario[4].

Expuso que la relación se resquebrajó por un inconveniente que tuvieron en el año 2015, que dio todo, pero que ya en el año 2016 dijo que "*no iba más, que no seguía más con ese asunto*", pero siguió viviendo en la misma casa[5].

Señaló que la convivencia era difícil, pues quedaban en no repetir ciertas cosas y luego volvían a pasar[6]. Y dice que la demandada incumplió los deberes de esposa, pues "el mercado lo hacía el conductor"[7], que le dejaba el carro sin tanquear y cuando le sacaba dinero de su billetera, la dejaba así[8], sin avisar".

No obstante lo anterior, reconoció el demandante que la señora XXXXXXXXX, se encargaba de supervisar las tareas de los niños; que ambos iban por los informes escolares, aunque la empleada se encargaba del desayuno de sus hijos antes de irse a la escuela.[9]

De tales interrogatorios no se logra extraer ningún tipo de confesión por parte de la demandada, en cuanto al incumplimiento de sus deberes como cónyuge y madre, así como tampoco de la separación de cuerpos ocurrida hace más de dos (02) años.

Lo anterior pues, señaló que es quien se encarga de ayudar a sus hijos con las tareas del colegio, realizarles el acompañamiento a sus actividades extracurriculares, ir por los informes escolares, aunque en algunas ocasiones, si tiene que delegar algunas de tales funciones, pues debe estar pendiente de cuatro (04) hijos al mismo tiempo.

Tales declaraciones se refrendan en el dicho del demandante, cuando expresa que es la señora XXXXXXX la que se encarga de supervisar las tareas de sus hijos y que ambos son quienes asisten al colegio a recibir los informes.

Ahora bien, el demandante, señor XXXXXXXX señaló que la demandada desacata sus deberes como cónyuge y madre, por el hecho de utilizar los vehículos y no rellenarlos de gasolina, o en el hecho de delegar en el conductor la realización de ciertas compras, o que la empleada de servicio doméstico se encargue de realizar el desayuno de sus hijos.

---

[2] Ibídem. Minuto 1:05:27
[3] Ibídem. Minuto 1:06:23
[4] Ibídem. Minuto 1:07:03
[5] Ibídem. Minuto 1:06:06
[6] Ibídem. Minuto 1:10:19
[7] Ibídem. Minuto 1:11:00
[8] Ibídem. Minuto 1:12:40
[9] Ibídem. Minuto 1:11:16 y 1:11:42

De tales afirmaciones, pese a ser o no ciertas, en el sentir de la Sala no constituyen de ninguna forma, incumplimiento de los deberes como cónyuge y madre por parte de la demandada, pues, en primera medida son tareas que le asisten a ambos padres, y en segunda medida, son circunstancias propias de la actividad cotidiana de las parejas, que deleguen ciertas actividades en empleados de servicio doméstico a fin de atender de manera eficiente todas las necesidades del hogar.

No puede dejarse de lado que la pareja tiene cuatro (04) hijos comunes, que son atendidos por su madre de manera habitual, pues los transporta al colegio, los acompaña a sus actividades extracurriculares, le asiste en las tareas que deben realizar fuera de la jornada escolar; actividades éstas que en ninguna de las declaraciones se escuchó que realizara también el demandante.

Aunado, no es dable que se pretenda hacer ver un incumplimiento de los deberes como cónyuge o madre por la delegación de tareas que le ha resultado necesaria por ser en quien recae la mayor carga del hogar.

Es preciso acotar en este punto, que es deber del Estado, del cual hace parte integrante y fundante la Rama Judicial, adoptar las medidas necesarias y aplicar las normas regentes de las situaciones jurídicas puestas en su conocimiento, a partir de una perspectiva de género que permita superar las profundas desigualdades en cuando al acceso a la administración justicia, así como la tutela efectiva de los derechos fundamentales, erradicando las formas de discriminación y/o violencia contra la mujer.

Lo anterior, en aras de superar los patrones de conducta discriminatoria *"…y estereotipos de género en los administradores de justicia. Estos patrones se evidencian en todo el proceso judicial desde las etapas preliminares hasta el juzgamiento"*[10], como consecuencia de *"la cultura política de los operadores de justicia [permeada] por patrones de discriminación contra la mujer, en tanto no investigan los casos adecuadamente, y cuando abren las investigaciones exigen niveles de prueba que no se corresponden con las dificultades propias de los casos de violencia (…)"*[11]

En el ámbito cultural colombiano y más específicamente el de la región caribe, existen de manera latente, estereotipos en cuanto a los roles de hombre y mujer en la familia, en lo que se refiere a la crianza y cuidado de los hijos así como al trabajo para lograr el sustento económico de la familia.
Es fácil ver que, pese al vertiginoso desarrollo económico y cultural en que se halla inmersa la ciudad de Barranquilla, existen patrones en la organización o

[10] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-077 de 2011. MP: Juan Carlos Henao Pérez
[11] Informe sobre la implementación de la ley 1257 de 2008. Sentencia T-145 (7 de marzo 2017) M.P.: María Victoria Calle Correa

distribución de actividades entre padre y madre o marido y mujer, de acuerdo con conceptos de antaño que se remontan a tiempos inmemorables, y que vienen impuestos de manera que la mujer se encuentra sometida de uno u otro modo a la voluntad masculina en su deseo de ser el varón quien ostente el poder decisivo y económico de la familia, y que sea la mujer quien, deba seguir y cumplir en el hogar, la función que le asigne su marido.

Así entonces, la discriminación en razón del sexo o género contra la mujer, se enmarca en una categoría sospechosa de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, que amerita la aplicación cuidadosa de las normas que rigen la relación jurídico sustancial puesta en conocimiento de los juzgadores, con el fin de procurar el rompimiento de la brecha desigualitaria que existe, de suerte que, se realice en estos casos un tratamiento diferencial, dadas las particularidades propias de la situación y el ámbito de desigualdad en que se han desarrollado las relaciones jurídico sustanciales.

En el asunto bajo examen, tanto el demandante como la demandada, son profesionales del derecho, pero, mientras aquel ejerce su profesión en calidad de notario con lo cual, provee el sustento económico de la familia; esta, es decir, la esposa, se dedica de forma mucho más directa a la crianza de los hijos cuatro (04) comunes, actividad que, indica el actor, no ha sabido desempeñar la demandada, pues delega la función de hacer mercado en el conductor, la de preparar el desayuno de sus hijos en la empleada del servicio doméstico, no dejar el vehículo con el tanque lleno de gasolina o, no poner dinero en efectivo en su billetera cuando toma lo necesario para satisfacer las necesidades del hogar.

Se itera que con fundamento en esos planteamientos, indicó la parte demandante, que la señora XXXXXXXXXX, no ha sabido desempeñar o cumplir su función como mujer y madre, empero, tales planteamientos no son de más mínimo recibo por esta Sala, pues, se hace alusión a una antiquísima concepción basada en un estereotipo que, de acuerdo con la jurisprudencia internacional, "*…se refiere a una pre-concepción de atributos, conducta o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género contra la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente en políticas o prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales.*"[12]"

DECISIÓN: Confirma la sentencia venida en alzada.

[12] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia adiada noviembre 19 de 2015. Caso Velásquez Paiz y otros vs Guatemala.

M.S: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ
RADICACIÓN: 08001-31-03-015-2016-00401-01/ Número Interno: 41.690

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia
TEMAS: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRANCONTRACTUAL- Aplicación de la teoría del riego en la utilización de rampas o escaleras eléctricas al interior de supermercado/ **PROTOCOLOS DE SEGURIDAD**- Incumplimiento a su deber normativo de seguridad y protección de los clientes que en masa concurren a dicho establecimiento
FECHA: Mayo 15 de 2019
DEMANDANTE: Ana Cecilia Ojeda Vargas, Boris Restrepo Mariño, Claudia Cecilia Restrepo Ojeda y Tito Boris Restrepo Ojeda
DEMANDADO: Sociedad Cencosud Colombia S.A.

Síntesis del caso:

En el presente asunto, se estudia la responsabilidad civil extracontractual que le incumbe al establecimiento de comercio JUMBO, donde la decisión de primer grado encontró probado el vínculo de causalidad entre el hecho dañoso y la conducta negligente en el cuidado que debió desempeñar el demandado en la zona de reparación de las rampas que conducen del primer al segundo piso, al paso, que el apelante expresa que existe prueba de que tal conducta no se configura en su defendido, quien por el contrario realizó todos los protocolos establecidos para atender la prevención de los clientes en zonas de trabajos de mantenimiento y reparación.

Extractos:

"En el caso concreto, la demandada al desarrollar su actividad mercantil acudiendo a riesgos tecnológicos, como es, la utilización de escaleras o rampas eléctricas debe desarrollar todos los mecanismos para que tal tecnología no afecte a quienes concurren a esos centros comerciales o establecimientos de comercio.

Pues bien, creado el riesgo se puede lógicamente generar daños, cuando ese riesgo se torna no permitido por el ordenamiento jurídico y ese daño puede devenir de la acción u omisión del guardián de ese riesgo.

Cuando el daño se genera por la acción del guardián creador de los riesgos sociales, el vínculo de causalidad y la imputación de aquel a la conducta del demandado estaría determinado con la demostración de la incidencia de aquella conducta en el resultado final del desvalor, es decir, el vínculo de causalidad sería suficiente para establecer criterio de imputación en el

demandado. Pero cuando el daño se imputa a omisiones del demandado y guardián del riesgo creado, no se torna suficiente el vínculo ontológico de relación causal para imputar el resultado al demandado, sino que hay que demostrar que esa omisión es jurídicamente relevante ,esto es, que la conducta omisiva comporta un desconocimiento de los deberes jurídicos del guardián respecto de la actividad riesgosa que despliega con el uso de la tecnología en escaleras y rampas eléctricas al interior de sus locales.

Y ese deber jurídico deviene de la demostración de si el demandado o agente demandado cumplió o no con las preceptivas de cuidado que debe desplegar respecto del riesgo creado, los cuales está regulado en los protocolos o estándares de seguridad que deben respetarse en dichos establecimientos de comercio al momento de realizar las operaciones de mantenimiento de dichos locales.

Así lo ha explicado la Sala Civil de la Corte Suprema en las últimas sentencias donde ha estudiado el punto del vínculo causal e imputación, como por ejemplo:

"La causalidad que interesa al derecho es, entonces, la causalidad jurídica, es decir, la causalidad adecuada a un sentido jurídico, que es el mismo que una causalidad orientada por criterios normativos o de imputación: la causalidad adecuada que ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia como explicación para la atribución de un daño a la conducta de un agente, debe ser entendida en términos de "causa jurídica" o imputación, y no simplemente como un nexo de causalidad natural"[13]

Con la contestación de la demanda el apoderado del demandado presenta el video del momento del accidente y copia del protocolo de atención en salud de los clientes, en el que solo se regula lo concerniente "a la forma única de proceder frente a accidentes de los clientes en las tiendas Jumbo y Metro para evitar futuras demandas e inconformidades…", pero no regula expresamente los protocolos a tomar respecto de los momentos de realización de los mantenimientos a los activos técnicos que se desarrollan en dichos establecimientos de comercio.

Empero, en el interrogatorio de parte el representante de la demandada expresa que dichos protocolos se concretan al cerramiento de la parte ocupada en la labor de los técnicos que desarrollan la reparación o mantenimiento; la colocación de tablilla avisando que está realizándose mantenimiento y por lo tanto hay restricción de locomoción por el sector y colocación de un personal

[13] Sala Civil Sentencia de 12 de enero de 2018. PM Ariel Salazar Ramírez.

del Centro Comercial que personalmente avisa la restricción de movilidad en el sector donde se trabaja, lo que intenta demostrar con el aporte del video grabado el día del insuceso, elemento de juicio controvertido en la audiencia de instrucción y donde se concluyó, que:

i) Que para ese momento no existía ningún personal de la demandada avisando la imposibilidad de la rampa; ii) El video demuestra que en el momento del accidente o por lo menos en el momento a que se concreta el video la escalera estaba siendo ocupada por personas tanto subiendo como descendiendo de la mismas; y iii) Que no existía un aviso de restricción y trabajos en el sitio donde ocurrió el accidente, por lo menos con la suficiencia claridad escritural y visión del mismo, porque como se puso de presente el existente tenía un texto no inductivo a la restricción y colocado a un lado de las escaleras y no en el punto de ingreso de ellas.

Pero además, ese mismo video pone de presente que en el momento de atención de la cliente accidentada no concurrió personal de enfermería o primeros auxilio y el traslado, comprobado testimonialmente y por informes de policía, del centro comercial a la entidad prestadora del servicio de salud no se realizó por parte de la demandada sino por terceras personas, amén de no acudirse al botiquín sino a colocarle hielo del que se usa para el mantenimiento de productos del mismo centro de comercio.

Por ello, la Sala comulgando con el análisis del funcionario de primera instancia comparte la conclusión de que el demandado no ajustó su conducta a sus propios protocolos para atender la salud de los clientes del establecimiento de comercio y de atención de siniestros al interior del mismo, lo que constituye un incumplimiento a su deber normativo de seguridad y protección de los clientes que en masa concurren a dicho establecimiento. Eventualidad concluyente de que el vínculo de causalidad material está demostrado y el título de imputación de negligencia respecto del cumplimiento de los protocolos por el mismo expuesto.

(…)
Consecuencia del anterior análisis normativo y de la prueba donde se encuentra demostrado el incumplimiento de los protocolos de parte del demandado respecto de los avisos al público que debe darse en los sitios de trabajos al interior de los establecimientos de comercio, echa por la borda la excepción alegada por el demandado de culpa exclusiva de la víctima e incluso la concurrencia de culpa que expone a manera de reparo. Primero, porque no demuestra en que contribuyó la conducta de la víctima en el resultado dañoso y segundo, demostrado que se incumplieron los protocolos de parte de quien por norma debió cumplirlo, lo hace único responsable de los daños que de tal circunstancia devienen."

DECISIÓN: MODIFICA la condena por perjuicios morales de la actora y sus familiares. En los demás CONFIRMA la providencia venida en alzada.

M.S: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ
RADICACIÓN No. 08-001-31-10-009-2005-00483-01/Núm. Interno: 2019-00054-0F

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto
TEMAS: LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL- Exclusión de bien transferido a través de contrato de compraventa a uno de los hijos / **BIENES SOMETIDOS A EXTINCIÓN DE DOMINIO**-Tratamiento legal/**COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO**- Debe ser admisible y probada conforme los requisitos exigidos en la ley
FECHA: Mayo 28 de 2019
DEMANDANTE: Verlin De Armas
DEMANDADO: Harding Elvis Chow Rios

Síntesis del caso:

En el presente asunto, se advierte que el Juez A-quo desestimo la inclusión de un bien que fue transferido a uno de los hijos del matrimonio, en razón a una presunta costumbre de hacer la partición de los bienes en vida, situación que es estudiada al igual que el origen lícito de los inmuebles involucrados.

Extractos:

"En el presente asunto se observa que el fundamento utilizado por el operador judicial de primera instancia para excluir del inventario y avalúo los inmuebles identificados con matricula inmobiliaria No. 450-18685 y 450-19148 fue la sentencia del 28 de marzo de 2014 dictada por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio, en la que declaró la no extinción del derecho de dominio frente a los inmuebles referidos en consideración a que las tradiciones efectuadas por Chow Wong (padre del demandado) lo fueron a sus descendientes Spencer Francisco Chow Devis, Harding Elvis Chow Rios, así como a sus nietos Yording Elvis y Sheena Heddy.

Situación que conllevó a esa instancia judicial a reconocer que en realidad estos negocios jurídicos atendieron a la voluntad del propietario del predio de disponer en vida de sus bienes para repartirlos entre sus herederos, y si bien es cierto este tipo de actos entre vivos por regla general se protocolizan a través de la figura jurídica de la donación, no se puede desconocer la prueba testimonial y documental que acredita que esta clase de transacciones constituyen

costumbre en el Archipiélago, en razón a que "los terrenos conservan una tradición ancestral, que han pasado por generaciones hasta los hijos y nietos de Crowell Chow Wong" (fl. 228).

Claramente asume que al no decretarse la extinción de dominio sobre los bienes inmuebles objeto del litigio por parte el Tribunal Superior de Bogotá, esta decisión tiene carácter vinculante por haberse realizado conforme las ritualidades propias del juicio especialísimo de extinción de dominio, que concluyó que los inmuebles involucrados se adquirieron según las leyes procesales y costumbres mercantiles establecidas dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Y si ello es así, el cuestionamiento que surge está relacionado con el alcance que esa determinación judicial tiene sobre la liquidación de la sociedad conyugal aquí analizada, en lo puntual si los bienes inmuebles a los que se ha hecho referencia deben ser incluidos o no en la masa a liquidar, y objeto de posterior partición.
(…)

Y siendo que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Decisión Penal de Extinción de Dominio revocó parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Penal del Circuito Especializado de Bogotá el día 16 de septiembre de 2011, en lo referente a la no extinción del derecho de dominio frente a los bienes inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria No. 450-19148, 450-18685, esta determinación en principio no puede ser inadvertida –como lo consideró el A-quo- en el juicio liquidatorio de la sociedad conyugal.

Sin embargo, para esta Sala la conclusión a la que se llega en la providencia apelada no resulta diáfana a la luz del sistema jurídico. Parte el A-quo de una premisa general consistente en que en la Isla de San Andrés y Providencia es costumbre de los padres partir en vida los bienes a sus herederos a través del contrato de compraventa y no del contrato de donación.

(…)

Enseña el artículo 178 del Código General del Proceso que "los usos y las costumbres aplicables conforme a la ley sustancial deberán acreditarse con documentos, copia de decisiones judiciales definitivas que demuestren su existencia y vigencia o con un conjunto de testimonios". Es precisamente en este punto la ligereza cometida por el fallador de instancia que a partir de un solo elemento de prueba encontró que es costumbre raizal la partición en vida del patrimonio mediante la celebración de contrato de compra-venta y no de donación. Y ese único medio de prueba –decisión judicial- le basto para excluir los bienes ya señalados sin otra consideración adicional, esto es, sin verificar las

características para tener por demostrada la existencia de la costumbre alegada.

Olvidó también que el juicio de extinción de dominio tiene por objeto que el Estado declare la pérdida del derecho de propiedad sobre bienes de origen o destinación ilícita, y el ejercicio de la acción es distinta y autónoma de la penal, así como de cualquiera otra, e independiente de toda declaratoria de responsabilidad; y lo discutido en sede ordinaria es la liquidación y/o partición de la masa conyugal habida entre los ex-consortes.

Se observa palmariamente que una es la discusión respecto del origen ilícito de los inmuebles y otra que los mismos hayan sido adquiridos en vigencia del matrimonio, por lo tanto integrante de la sociedad conyugal que pretende liquidarse.

Adicionalmente, contario a lo dicho en primera instancia no existe probanza cierta e indubitable que permita desconocer la realidad de que los bienes identificados con matrícula inmobiliaria No. 450-18685 y 450-19148 fueron adquiridos por el demandado Harding Elvis Chow Rios a título oneroso, en tanto, integrantes del haber de la sociedad conyugal (num. 5 del artículo 1781 Código Civil); o lo que es lo mismo que dichas adquisiciones fueron hechas a título de donación, herencia o legado, por lo cual deben ser excluidas de la masa conyugal.

Como resultado, se tiene que el vínculo marital estuvo vigente desde el 04 de octubre de 1986 hasta su cesación ocurrida el día 28 de noviembre de 2018, y siendo que los inmuebles fueron adquiridos por compraventa en los años de 1996 y 1997 -como se muestra con los certificados de tradición anexos- los mismos se reputan parte del haber social hasta esta oportunidad procesal.

En último lugar, expresa la Sala que el ordenamiento jurídico contempla las acciones legales para develar el verdadero alcance de los negocios jurídicos suscritos entre Crowell Spencer Chow Wong y Harding Elvis Chow Rios; asimismo, la trascendencia que dichos contratos puedan tener en el presente juicio liquidatorio, un ejemplo de esto las acciones previstas en los artículos 1387, 1388 y 1406 del Código Civil."

DECISIÓN: REVOCA auto recurrido. En consecuencia, dispone desestimar las objeciones presentadas respecto de excluir de los inventarios y avalúos los inmuebles cuestionados.

M.S: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ
RADICACIÓN No. 08-758-31-84-002-2017-00618-01/ Núm. Interno: 00117-2018-F

-PROVIDENCIA JUDICIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO-

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia
TEMAS: DIVORCIO- Causal objetiva: Enfermedad grave física o siquica que imposibilita la convivencia marital/ **DEBERES CONYUGALES DE AUXILIO Y AYUDA AL CÓNYUGE ENFERMO- No son absolutos:** No pueden estar por encima de la integridad fisica y emocioanl del otro cónyuge/ **DECISIONES JUDICIALES**- Deben atender las obligaciones impuestas en la Sentencia T-338-18 de la Corte Constitucional/ **PREVENCIÓN DE TODA FORMA DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER**- A través del rol de los jueces y magistrados especialmente en el ámbito del derecho civil y de familia
FECHA: Junio 17 de 2019

Síntesis del caso:

En el presente asunto, se discute la causal 6 del articulo 154 del Código Civil relacionada con la enfermedad grave física o mental que imposibilita la comunidad conyugal, y que resulta como causa efectiva del rompimiento matrimonial, análisis que se hace frente a los derechos de la mujer y los deberes conyugales exigidos ante la ley.

Extractos:

"Aplicando lo anterior al presente caso, de las pruebas incorporadas legal y oportunamente al proceso, se encuentra demostrado que la demandante y el demandado contrajeron matrimonio civil en noviembre 9 del 2002, y que procrearon dos hijas que en la actualidad cuentan con 14 y 12 años de edad, según lo revelan los documentos vistos a folios 6, 7 y 8 del expediente.

Ahora bien, entorno a la demostración de la causal invocada, obra a folios 16 a 61, la Historia Clinica del señor xxxxxxxx, donde consta que ha estado hospitalizado en tres ocasiones en la Clinica Psiaquiatrica Resurgir- Casa de Reposo- en Septiembre 9 del 2011 por 10 dias, el 18 de octubre de 2013 por 7 días, el 18 de Junio de 2014 por 17 días; hospitalización en Villa 76 Instituto de Psicoterapia S.A.S. el 4 de Julio del 2015 por 61 dias; documentales arrimadas al proceso que contienen la epicrisis y registro de tratamientos ordenados al señor XXXXXXX, se evidencia con claridad meridiana que efectivamente este ultimo viene padeciendo una enfermedad de tipo Psiquiátrica, denominada Transtorno Afectivo Bipolar, Episodio Maniaco presente con Sintomas Psicoticos, la cual se manifiesta en cambios en su comportamiento, no duerme, logorreico, agresivo

contra sus familiares, agitación, deambulante, delirios, intento de suicidio, comprar mucho, no querer pagar, acelerado, alucinaciones auditivas, no querer ingerir los medicamentos que le son prescritos por su medico tratante, ha estado hospitalizado en reiteradas ocasiones, enfermedad que según la Revista FORUM CLINIC, vista en internet en la página Web del Hospital Clinic de Barcelona, la publicación denominada "Guia para pacientes con enfermedades de larga duración", cuyos autores son: A. Benabarre, E. Vieta, C. De Dios Perrino; es considerada una patología grave e incurable, que se alivia con un tratamiento médico riguroso y permanente, lo que sin embargo no evita las recaídas periódicas propias de esta enfermedad y su avance que causa daños neurológicos.

Este panorama es verificado en el caso del señor XXXXXXXX, con el interrogatorio de parte rendido por la demandante señora XXXXXXXXX, y los testimonios de los señores CARMELO VARELA LEYVA y ARLETH PATRICIA THOMAS PEREZ, quienes son coincidentes en afirmar que el demandado padece una enfermedad psiquiátrica, que ha provocado su internamiento para su recuperación y que cuando sufre las crisis es agresivo con quienes le rodean, especialmente con su esposa, lo que es acorde con lo manifestado por la demandante al momento de ser evacuado el interrogatorio obligatorio dentro de la Audiencia de instrucción y fallo, en el sentido de que a ella le afecta emocional y económicamente la enfermedad que padece su esposo, quien mientras tome los medicamentos no representa riesgo para ella y sus menores hijas, pero cuando no los toma se torna histérico y teme que les haga daño; afirma sentir mucho miedo cuando el sufre sus crisis, duerme con las niñas porque él quiere tener sexo, porque a él le da la gana; manifiesta que no se puede establecer la comunidad de vida, porque vive con temor, no puede vivir con temor, tiene miedo a que le haga daño, el temor no le deja seguir luchando por su hogar.

De acuerdo con tales elementos probatorios, la decisión adoptada por la Juez A-quo se nota contraria a las obligaciones referidas en la Sentencia T-338 de 2018, que trata sobre el papel que ejerce el Estado, a través de sus Jueces y magistrados en torno a la obligación de prevenir y propiciar a las mujeres una vida libre de violencia, en el ámbito del derecho civil y de familia; tema sobre el cual nuestra Corte Constitucional ha fijado los derroteros a seguir, haciendo uso de los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, y que hacen parte del ordenamiento ¡jurídico interno por virtud del Bloque de Constitucionalidad de que trata el Art. 63 de la Constitución Nacional, dirigidos a erradicar todo tipo de violencia contra la mujer, en lo cual el Estado colombiano se encuentra fuertemente comprometido y traslada la obligación de hacer efectiva dicha garantía, a los Jueces y Magistrados; normas de las que pueden citarse a modo de ejemplo por su relación con este caso, La convención para la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer (CEDAW), y la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer

(Belem do Pará), y los pronunciamientos de la Comisión interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que disponen que la interpretación de las normas relacionadas con la protección de los derechos de las mujeres no puede hacerse de manera restringida, al punto de colocar en riesgo la vida, integridad personal y demás derechos de que son titulares, sino por el contrario con la flexibilidad debida para otorgar la protección material, eficaz, y efectiva de estos, decidiendo con perspectiva de género.

Retomando el caso puntual que nos ocupa; la Jueza A-quo aplicó de manera inadecuada un pronunciamiento de la Corte Constitucional, en forma restringida, tomando en consideración el carácter objetivo de la causal alegada, sin tener en cuenta, las pruebas legalmente allegadas, donde se le ponía de presente no la situación de una cónyuge que solicita el divorcio como mecanismo para evadir el cumplimiento de sus deberes conyugales de auxilio y ayuda; sino por el contrario, que reflejan es la acción desesperada de una mujer que reconoce no poder luchar más por su matrimonio, y la necesidad imperiosa de ponerse sobre seguro ella y a sus menores hijas; ya que la convivencia con su esposo que padece una enfermedad mental grave e incurable, y que solo es controlable con la ingesta de medicamentos que éste se resiste a consumir, además de tornar peligrosa la convivencia de ella y sus menores hijas con el esposo y padre, respecto de la integridad física y emocional de estas, dificulta ostensiblemente la comunidad marital.

En el caso que nos ocupa elestado psiquiátrico del demandado está fehacientemente probado con la historia clínica allegada, sin embargo, la Juez A-quo le ha exigido cargas adicionales e injustificadas a la demandante, sin tomar en consideración que el demandado, cuya patología le permite tener periodos de comportamiento en los que comprende su actuar, no ha estado presto a realizarse los exámenes psiquiátricos que le ordenó, y aún así le parece insuficiente la demostración de tal afectación y de la incidencia que ella ha tenido en la demandante, quien por tal causa ha sido remitida a valoración psiquiátrica cuando lo que se precisaba probar estaba suficientemente soportado dentro del proceso, y las pretensiones de la demanda tenían vocación de prosperidad, sin embargo, le fueron negadas anteponiendo el cumplimiento de los deberes conyugales de auxilio y socorro, que no son absolutos, sometiendo a la señora XXXXXXXX, contra su voluntad a seguir llevando una comunidad de vida que desde hace tiempo se tornó imposible, tanto así que solicitó y le fue otorgada como medida de protección provisional la separación de cohabitación de los consortes, dejándola inerme, sometida al riesgo de las amenazas que se ciernen sobre su integridad física y emocional; desconociendo el precedente constitucional que ha sido reiterativo…"

DECISIÓN: REVOCA la decisión apelada. Decreta divorcio. Declara disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal. Ordena inscripción en los respectivos registros civiles.

SALA LABORAL

M.S: Dra. CLAUDIA MARIA FANDIÑO DE MUÑIZ
Radicación: 08-001-31-05-004-2018-00246-01 / Número Interno: 65006-A

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia
TEMAS: INDEXACIÓN PRIMERA MESADA PENSIONAL- Procedencia/ Presupuestos legales/ **BENEFICIARIO DEL REGIMEN DE TRANSICION DE LA LEY 100/93-** Estableció taxativamente los mecanismos para evitar la pérdida del valor adquisitivo de las pensiones otorgadas bajo su amparo
FECHA: Junio 7 de 2019
DEMANDANTE: Jairo Alvarado Rodriguez
DEMANDADO: Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones

Aspecto fáctico:

En el presente asunto, se pretende determinar si al demandante le asiste derecho a la indexación de la primera mesada de la pensión de vejez que le fue otorgada con fundamento en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993.

Extractos:

"Sea lo primero señalar que la indexación de la primera mesada pensional de las pensiones de jubilación legales y extralegales ha sido avalada tanto por la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral[14], como por la Corte Constitucional respecto de aquellas pensiones frente a las cuales existe un vacío normativo para la actualización de la base salarial, teniendo como fundamento los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, que prevén el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones.

(…)

Ahora bien, dicho vacío normativo quedó superado con la expedición de la Ley 100 de 1.993, mediante la cual se creó un sistema de pensiones con pretensión

[14] Recurso de casación interpuesto por Oscar Mejía Ángel contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación.

de generalidad, derogando en su mayoría los diversos regímenes pensionales existentes, los cuales contemplan los requisitos de edad y/o tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas para acceder a la pensión de vejez y/o jubilación, regímenes que se siguen aplicando para las personas amparadas por el denominado régimen de transición[15].

Es así como en el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, el legislador consagró un régimen de transición, precisamente con la finalidad de establecer un Sistema de tránsito entre dos normas pensionales, que permiten aplicar a sus beneficiarios la normatividad que se le venía aplicando antes de la vigencia del Sistema General de Pensiones contemplado en la Ley 100 de 1.993[16], pero en tres aspectos relacionados con: a) edad, b) tiempo de servicios o cotizaciones y c) monto de la pensión.

No acontece lo mismo frente a las demás condiciones y requisitos, los cuales se rigen por las disposiciones contenidas en dicha Ley, por expreso mandato del artículo 36 ibídem, como sucede con el ingreso base de liquidación **(IBL)** el cual se regula por el **artículo 21** y parágrafo del **artículo 36** ibídem.

(…)

Dicha normatividad pone de presente que desde la vigencia de la Ley 100 de 1.993, se contempla la indexación del ingreso base para liquidar las pensiones en el régimen de prima media, tanto para las pensiones reguladas por esta norma como para las que se reconocen en virtud del régimen de transición antes aludido.

(…)

En el caso sub examine, observa la Sala que la pensión otorgada al demandante lo fue por ser beneficiario[17] del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, aplicándole la norma que regula los requisitos de tiempo de servicio y edad establecidos en el régimen anterior, como es, el contemplado en la Ley 33 de 1985.

Así mismo, se constató que en la Resolución No. 623 del 17 de Marzo de 2004[18], quedó expresamente plasmado que:

> *"Que con fundamento en las normas anteriores descritas, se tendrá derecho a la pensión de jubilación con bono pensional al cumplimiento de edad y el tiempo de cotizaciones exigida por el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, es decir 55 años de edad y 20 años de servicios al estado. (...)*

---

[15] Como así lo ha dilucidado la Corte Constitucional en la Sentencia SU -062 de 2010
[16] Vigente desde el 1° de abril de 1994, y a más tardar al 30 de junio de 1995 para el sector público del orden territorial
[17] Lo cual se puede corroborar al haber nacido el 18 de febrero de 1948, contaba con más de 40 años. Ver Fotocopia cedula de ciudadanía fl. 27.
[18] Ver folios 18 a 19.

Que para liquidar la pensión, se tiene en cuenta el promedio de lo devengado o cotizado en el tiempo que le hacía falta aumentado con I.P.C obteniéndose un ingreso base de liquidación de $2' 776.443, al que se le aplica el 75% dando una mesada inicial de $2´082.332 conforme lo dispuesto por los artículos 21 y 34 de la Ley 100/93, reformada por la Ley 797 de 2003"

Con base en lo anterior, fuerza concluir que al actor no le asiste derecho a la indexación de la mesada pensional reclamada, por cuanto dicha actualización se encuentra incluida en la fórmula con la que se le halló el ingreso base de liquidación de su pensión de jubilación, por lo cual no puede ahora pretender una nueva indexación de la primera mesada pensional, que sólo procede para aquellas pensiones que no contemplaban dicha corrección monetaria.

(…)

Además, así también lo determinó en la reciente sentencia de Unificación SU-023 del 5 de abril de 2018, adoptada por la Sala Plena sobre el IBL, en los casos regulados por el régimen de transición que les resulta aplicables la Ley 33 de 1985, ante las diversas posturas asumidas por el Consejo de Estado, la Corte Suprema, y las Salas de revisión de la Corte Constitucional, donde se fijó las siguientes reglas:

"98. (i) El régimen de transición no puede caracterizarse como una especie de derecho adquirido sino de expectativa.
(…)
*101. **(iv)** A los beneficiarios del régimen de transición les son aplicables las reglas previstas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 sobre: (i) edad para consolidar el derecho; (ii) tiempo de servicios o semanascotizadas; y (iii) monto de la pensión.*

102. (v) El monto corresponde a la tasa de reemplazo o, en términos de la Corte Suprema de Justicia, al porcentaje que se aplica al calcular la pensión.

103. (vi) El Ingreso Base de Liquidación (IBL), para el caso de las personas a las que se refiere el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 del año 1993 (regla iii supra), es el que regula el inciso 3° del referido artículo 36, en concordancia con el artículo 21 ibídem y otras normas especiales en la materia.

104. (vii) Los factores constitutivos de salario, que deben tenerse en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación, por un lado, deben valorarse según las consideraciones de la sentencia SU-395 de 2017 y, por el otro, tienen que ser específicamente calculados para cada caso en concreto."

En similar sentido, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de unificación de agosto 28 de 2018, Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01[1], fijo la siguiente regla jurisprudencial de interpretación del art. 36 de la Ley 100 de 1993, así:

"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es: Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE y la segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones".

Con base en lo anterior, y en la jurisprudencia constitucional consolidada y en vigor, tampoco es procedente la reliquidación del IBL con base en el último año de servicio, imponiéndose entonces confirmar la sentencia apelada."

DECISIÓN: CONFIRMA. Costas a cargo del demandante.

M.S: Dr. ARIEL MORA ORTIZ
Radicación: 08-001-31-05-007-2012-00569-01/ Número interno: 61737

TIPO DE PROVIDENCIA: Grado jurisdiccional de consulta
TEMAS: RELIQUIDACIÓN PENSIONAL- Improcedencia/ **COSA JUZGADA-** Se encuentra demostrada con la providencia judicial allegada al expediente donde concurren los tres elementos integrantes de esta figura jurídica
FECHA: Mayo 22 de 2019
DEMANDANTE: Julio Cesar Gomez Lance
DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP

Síntesis del caso:

En el presente asunto, se busca determinar si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez solicitada, debiendose establecer, previamente, si respecto de tal pretensión hay lugar a declarar la excepción de cosa juzgada, tal como lo determinó la juez de instancia.

Extractos:

"Interpretando la demanda, esto es, las pretensiones y los hechos que le sirven de causa, se advierte que lo que pretendido por el demandante no es otra cosa que el reconocimiento de la pensión, conforme con las prescripciones del parágrafo 2º del art. 127 de la convención colectiva. Es decir; tal pretensión no es en realidad una reliquidación de la que ya le fue reconocida, sino una prestación diferente.

En tal virtud, para la Sala no hay lugar a lo solicitado, en tanto y cuanto, esa misma pretensión fue objeto de reclamo judicial en el primer proceso que se surtió entre el mismo demandante y la Empresa Puertos de Colombia, que fue decidido con la sentencia de fecha 13 de julio de 1994, dictada por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, en la cual se abordó por el juez el estudio de la pensión convencional reclamada, sin que se hubiese concluido por el juez si el demandante tenía o no derecho a esa prestación, pero resolviendo, en cambio, reconocer la pensión sanción de carácter legal.

En tal virtud, si el demandante no estuvo de acuerdo con la decisión, le correspondía interponer el recurso de apelación, por lo que ante su silencio, no queda entendimiento diferente que aceptó las resultas del proceso y la pensión que le fue reconocida en el referido fallo. De modo, que al haber hecho tránsito a cosa juzgada la citada decisión, no es posible volver sobre esa misma pretensión bajo la fórmula sutil de la reliquidación reivindicada en la demanda.

En consecuencia, le asiste razón a la Juez de instancia en declarar la excepción de cosa juzgada, pues ciertamente la pensión convencional consagrada en el parágrafo 2º del artículo 127 de la Convención Colectiva, fue objeto de reclamo y decisión en proceso anterior entre las mismas partes, donde se le reconoció la pensión sanción del art. 8º de la ley 171 de 1961, a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, por valor del salario mínimo (fls. 159-161), decisión ésta que fue apelada por la empresa, pero declarado inadmisible el recurso de apelación por este Tribunal, por medio de proveído del 26 de septiembre de 1995 (fls. 198-201). Por tanto, se cumplen aquí los requisitos establecidos en el artículo 303 del C.G.P., cuales son: la identidad de partes; la identidad de objeto e identidad de causa."

DECISIÓN: CONFIRMA la sentencia consultada. Sin costas por mandato legal.

M.S: Dr. ARIEL MORA ORTIZ
Radicación: 08-001-31-05-009-2016-00076-00/ Número interno: 63736

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia
TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- El número de semanas exigidas por la ley deben haber sido cotizadas de manera efectiva/ **LEGISLACIÓN APLICABLE**- Es aquella que se encuentra vigente a la fecha del deceso del afiliado
FECHA: Mayo 29 de 2019
DEMANDANTE: Olga Jazmin Acosta Rodriguez
DEMANDADO: Colpensiones S.A.

Causa fáctica:

En el presente asunto se discute si la demandante tiene o no el derecho de que se le reconozca la pension de sobrevientes, en caso, de que éste la haya dejado efectivamente causada a la luz de la normatividad vigente al momento de su fallecimiento.

Extractos:

"En el caso que es objeto de análisis no se controvierten los aspectos del litigio relacionados con: i) el vínculo matrimonial de la demandante con el afiliado OSWAL MONSALVE TORO, el día 19 de noviembre de 1993 (según registro civil de matrimonio, a folio 9); ii) el deceso de éste el día 7 de octubre de 2007 (según registro civil de defunción a fl. 8); iii) las cotizaciones realizadas por el asegurado al Seguro Social equivalentes a 582.57 semanas, sufragadas entre el 15 de abril de 1985 y el 30 de noviembre de 2007 (de acuerdo con la historia laboral a folio 59-62); y iv) la negativa de la pensión de sobreviviente por parte de Colpensiones a través de las resoluciones 9648 del 21 de mayo, 18518 del 25 de agosto y 2699 del 23 de octubre de 2009 (fls. 10-15, 47-55).

Bajo las anteriores premisas no discutidas y de cara a la pretensión reivindicada, el primer interrogante que plantea la litis es el referido al proceso de adjudicación normativa, es decir, cuál es la norma que debe regular la situación fáctica planteada para efectos de la pensión de sobreviviente solicitada.

Para resolver lo anterior, es preciso señalar que, en principio, la norma habilitada para ello es la vigente al tiempo del óbito del afiliado, esto es, el artículo 46 de la ley 100 de 1993 con la modificación introducida por el artículo 12 de la ley 797 de 2003. Conforme al citado canon legal para la estructuración del derecho a la pensión de sobreviviente por muerte de origen común, es menester que el afiliado cuente con por lo menos 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al deceso. Conforme con lo anterior, es evidente que en el caso particular no se cumple el citado requisito, pues, el difunto cotizó entre el 7 de octubre de 2004 y el 7 de octubre de 2007 un total de 31.29 semanas.

Sin embargo, la regla general anterior admite excepciones. Una de éstas hace relación justamente con la aplicación del conocido "principio de la condición más beneficiosa", que hace parte del conocido "principio protector" que tiene su fuente normativa más en el artículo 93 que en el artículo 53 de la C.P. a través de los convenios de la OIT que se encuentran integrados al ordenamiento nacional con carácter prevalente mediante el llamado bloque de constitucionalidad. De este modo, es posible que las condiciones de acceso a ese derecho no sean las establecidas en la ley vigente al acaecimiento del hecho generador del derecho, en este caso la sobrevivencia, sino alguna ley anterior bajo cuya vigencia hubieren quedado asegurados los requisitos necesarios para ello. Esta excepción surge en la jurisprudencia colombiana en los albores de la implementación del nuevo sistema pensional ante la inequidad presentada por quienes teniendo en su haber más de las semanas necesarias, inclusive, para el derecho a pensión, no tenían la condición de cotizantes al tiempo de su vigencia ni las 50 semanas cotizadas –como en este caso- en los 3 años inmediatamente anterior a la muerte.

Frente a lo anterior, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció unas sub-reglas, explicando cómo opera la situación jurídica concreta en el cambio normativo de la Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Sobre el particular, precisó que si el afiliado se encontraba cotizando al momento del cambio normativo, esto es, al 29 de enero de 2003, que entró a regir la ley 797 de 2003, y además había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo, tendrán derecho sus beneficiarios a la pensión de sobrevivientes, siempre y cuando, se cumplan idénticas condiciones al momento de su deceso, es decir, que sea cotizante activo y hubiese cotizado 26 semanas o más para dicho momento; así mismo, se estableció en la última orientación jurisprudencial sobre la aplicación del principio, un requisito adicional, el cual es, que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, atendiendo que la condición más beneficiosa tiene cabida por vía de excepción y su aplicación es restrictiva, por lo cual, no es dable emplearla con un carácter indefinido, y con mayor veras que 3 años fue el tiempo considerado por el legislador para el cumplimiento de la densidad de cotizaciones. De no cumplirse lo anterior, esto es, que el asegurado no estuviese cotizando para el 29 de enero de 2003, ni tuviese en su haber 26 semanas de cotización en cualquier tiempo, no era poseedor de una situación jurídica concreta y, en consecuencia, se le aplica la Ley 797 de 2003. Ahora, si el afiliado no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo, pero había aportado 26 semanas o más dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y 29 de enero de 2003, tendrán derecho sus beneficiarios siempre que al momento del deceso no sea cotizante activo o que aún siéndolo, posea 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a ese momento; de lo contrario, no tiene una situación jurídica concreta y, por ende, también se aplica

con todo el rigor la Ley 797de 2003. (CSJ sentencia SL4650-2017, del 25 de enero de 2017, Rad. 45262)

En el sub lite se observa que el afiliado al momento del cambio normativo no era cotizante activo, pero sí contaba con 36.28 semanas dentro del año inmediatamente anterior, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y el 29 de enero de 2003; por lo tanto, debía acreditar al momento de la muerte (la cual necesariamente debía haber acaecido entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006), un total de 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior, condiciones éstas que aquí se cumplieron, pues, por un lado, el óbito del afiliado acaeció el 7 de octubre de 2007, y además, sólo tenía 19,29 semanas, y no las 26. De esta manera las cosas, no se cumplen en el sub lite las sub- reglas establecidas por la Corte para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, para efectos del estudio de la pensión de sobrevivientes reivindicada con arreglo en la ley 100 en su versión original.

Pero aún de aplicarse la interpretación que del aludido principio ha realizado la Corte Constitucional y que ésta Sala ha avalado en anteriores decisiones, con todo que en la sentencia SU-005 de 2018 se imponen nuevas condiciones para su aplicación, tampoco se dan las condiciones para que se apliquen las disposiciones en materia de pensión de sobrevivientes consagradas en el decreto 758 de 1990, aprobatorio del acuerdo 049 de 1990, como quiera que el afiliado al 1° de abril de 1994 sólo contaba con 250,99 semanas, tiempo insuficiente a la luz de los arts. 6° y 25 del mencionado acuerdo para resultar acreedores del derecho pensional pretendido."

DECISIÓN: CONFIRMA sentencia apelada.

SALA PENAL

M.S: Dra. GREIS MARIA VILLAMIL MARTINEZ
Radicación: 08-001-31-04-002-2006-00695-00/Número Interno: 2018-00240-P-GV

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto
TEMAS: INCIDENTE DE SUPLANTACIÓN- Como mecanismo para solicitar la libertad/**CORRECCIÓN DE LA SENTENCIA-** Procede en casos de hominia debidamente comprobados/ **MEDIOS DE PRUEBA-** No conllevan a la certeza de que la condenada fuese víctima de la suplatanción que alega frente a la sentencia
FECHA: Mayo 27 de 2019
CONDENADA: Myriam Valencia de Zafra

Aspecto fáctico:

En el presente caso, se estudia la solicitud de libertad impetrada a través de la figura denominada incidente de suplantación, como quiera que una de las condenadas manifiesta que fue juzgada como reo ausente y se profirió una sentencia en su contra, por un delito que no cometió, entre otras razones, porque no suscribió el documento tachado de falso ni realizó la estafa por la cual se le condenó.

Extractos:

"En el caso *sub examine*, la solicitante MYRIAM VALENCIA DE ZAFRA giró su inconformidad en relación a la negación de la libertad por suplantación de identidad que solicitó, bajo el sustento que el juez no valoró las pruebas por qué no eran conducentes o pertinentes las declaraciones extra juicio presentadas, sino que expuso que no aseguran la ausencia del país de la condenada durante el tiempo de la defraudación, tampoco haber sido suplantada en los ilícitos cometidos.

En virtud de ello, la Sala dará respuesta a las premisas del recurrente de la siguiente manera:

Sea lo primero precisar, que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dirimir la colisión de competencias enunciada anteriormente, claramente resaltó:

> "…Para el caso, no se alega la corrección de la sentencia por error en el nombre del procesado, por algún yerro aritmético, o por alguna omisión sustancial que incida en la parte resolutiva de tal decisión. Lo que se pretende es discutir la verdadera identidad de la persona que cometió los hechos por los que fue condenada MYRIAM VALENCIA DE ZAFRA.
> Para tal fin debe hacerse una contrastación entre los elementos de convicción que aporte su defensor junto con la solicitud, con los que obren en el proceso original, que está en el Juzgado Séptimo Penal del Circuito-Causas Mixtas de Barranquilla, por lo que no es posible que tal solicitud la resuelva el despacho de ejecución de penas…".

Pues bien, en el presente caso, no se trata de una mera corrección de la sentencia por homonimia, sino que, la condenada MYRIAM VALENCIA DE ZAFRA, afirma que fue víctima de una suplantación.

Sin embargo, frente al tema, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado sobre el tema, lo siguiente:

"…Lo que aquí acontece no es un simple error en el nombre del procesado originado en un lapsus de digitación, o debido a la trasposición o alteración involuntaria de las palabras. No. En este proceso, desde su inicio, se tuvieron elementos de juicio para estimar que la identidad del procesado no era otra distinta a aquella con la que efectivamente fue sentenciado, identidad sobre la que, hasta ahora, obra la doble presunción de acierto y legalidad, en el entendido de que no asiste duda alguna sobre su individualidad, ya que, según se desprende de la actuación que ha llegado a la Sala, aquel fue capturado en estado de flagrancia y desde entonces ha estado privado de la libertad. .."[19]

No obstante, la providencia citada no se aplica al caso objeto de estudio, por cuanto la acusada fue juzgada como persona ausente en los términos del artículo 344 de la ley 600 de 2000.

Se tiene que la sentencia condenatoria tiene la presunción de acierto y legalidad, lo que conlleva a que la sentencia mientras no sea revocada conforme al ordenamiento jurídico, es correcto mantenerla incólume. En derecho, el principio de legalidad tiene una acepción que es posible delimitar.

De acuerdo con la definición estándar de la teoría de los principios, los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que debe cumplirse, no solo depende de las posibilidades fácticas, sino de las posibilidades jurídicas.

A su vez, la Sala destaca que el artículo 412 de la Ley 600 de 2000, establece la irreformabilidad de la sentencia. Enseña que la sentencia no es reformable ni revocable por el mismo juez o sala de decisión que la hubiere dictado, salvo el caso de error aritmético, en el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutiva. Que debe observarse con el principio de COSA JUZGADA, previsto en los artículos 19 de la ley 600 de 2000 y artículo 21 de la ley 906 de 2004. Dado que la sentencia se encuentra debidamente ejecutoriada.

Y en esta caso, no concurren la presunción de acierto y legalidad, puesto que en el caso de MYRIAM VALENCIA DE ZAFRA, no coinciden, ni siquiera son similares, sobre la presunción de acierto y legalidad sobre la individualización de la condenada, debido a que la procesada no fue capturada en situación de flagrancia, ni estuvo en el juicio privada de la libertad; fue privada de la libertad

[19] Radicado 485675 M. PONENTE: JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO NÚMERO DE PROCESO: 48123 NÚMERO DE PROVIDENCIA: AP3381-2016 AUTO INTERLOCUTORIO FECHA: 01/06/2016.

con posteridad a la sentencia condenatoria; lo que conlleva que una persona diferente a la señora MYRIAM VALENCIA DE ZAFRA, cometiera el delito y se esté burlando de la justicia. Pero en este caso no se ha demostrado ni siquiera con el CERTIFICADO DE REGISTROS MIGRATORIOS expedido por MIGRACION COLOMBIA, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, posterior a la sentencia y la supuesta firma que de la señora MYRIAM VALENCIA DE ZAFRA, aparece estampada en el contrato de servicios con MARTOUR, no fue objeto de valoración grafológica, ni dactiloscópica, ni de comparación con la tarjeta decadactilar, ni la fotocopia de la cedula y la firma real que reposa en la Registraduría Nacional del Estado Civil de la verdadera MYRIAM VALENCIA DE ZAFRA.

Por lo que, el despacho concuerda con el juzgado de instancia, en el sentido que la situación en conflicto y pretensión que plantea la defensa de MYRIAM VALENCIA DE ZAFRA, debe debatirse en sede de la Acción de revisión, debido a que se configura la posible causal tercera del artículo 220 de la ley 600 de 2000 y 192 de la ley 906 de 2004, que enseña:

> "ACCION DE REVISION: "Articulo 220. Procedencia: La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:
> (…)
> 3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del procesado, o su inimputabilidad.." en el mismo sentido se pronuncia el artículo 192 de la ley 906 de 2004.

Es decir, de las pruebas debatidas en el incidente de suplantación, no se colige fehacientemente que la sentenciada no fue la persona que concurrió a la estafa denunciada, en otras palabras, que le fue suplantada su identidad, para que por este medio se decrete la libertad de la ciudadana MYRIAM VALENCIA DE ZAFRA.

Así las cosas, a la Sala no le queda otro camino que confirmar el auto recurrido, habida cuenta que no existe una prueba que lleve a la certeza de colegir una suplantación de identidad, por lo que el camino a seguir por parte de la peticionaria, deberá hacer incoar una acción de revision."

DECISIÓN: Confirma auto apelado.

M.S: Dra. GREIS MARIA VILLAMIL MARTINEZ
Radicación: 050013107001201100807-01 /Número Interno: 2018-00017-P-GV

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto
TEMAS: SUSTITUCIÓN DE PRISIÓN CARCELARIA- Por Prisión domiciliaria por enfermedad/ **ENFERMEDAD GRAVE-** Al tenor de la jurisprudencia nacional no se trata de cualquier tipo de afección médica sino de aquellas que sean incompatibles con la reclusión formal
FECHA: Mayo 22 de 2019
CONDENADO: Eduardo Enrique Dávila Armenta

Aspecto fáctico:

En el presente asunto, se estudia el recurso de apelación formulado por el Agente del Ministerio Público que le concedió al condenado la sustitución de la prisión carcelaria a prisión domiciliaria alegando circunstancias de enfermedad grave, conforme al articulo 314 numeral 4° C.P.P., decisión cuestionada con base en dictamen médico-legal.

Extractos:

"En el presente evento, para la evaluación del estado de salud del señor Eduardo Enrique Dávila Pimienta, el Instituto de Medicina Legal, el 15 de julio de 2018, conceptuó el siguiente dictamen clínico:

> "…Para el examen médico legal el paciente Eduardo Enrique Dávila Armenta, presenta como diagnóstico: 1- Hipertensión arterial compensada en tratamiento médico. 2- Hipotiroidismo por antecedente personal. 3- Apnea del sueño por antecedente personal. 4- Angina inestable compensada. 5- Alcalosis respiratoria compensada".

Mientras que frente al dictamen médico legal se dispuso:

> "…Las cuales en sus actuales condiciones **no presentan un estado grave por enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal**, se requiere control médico por especialista en medicina interna de manera estricta para seguimiento y evolución de sus patologías cardiovasculares que deben realizarse de manera ambulatoria, con la periodicidad que determine el médico especialista tratante…"

En este contexto, la Sala infiere que las patologías que actualmente presenta el actor, fueron dictaminadas por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el sentido que no presentan un estado grave por enfermedad, incompatibles con la vida en prisión formal.

En consecuencia, le asiste razón al recurrente cuando indica que no se dan las condiciones que dispone el artículo 68 del Código Penal, esto es, que el sentenciado presente un estado grave por enfermedad, y aunque lo tuviera, el lugar ideal en la situación descrita por el Juzgador, era un establecimiento médico y no el domicilio del encausado.

Sobre el tópico, debe recalcarse que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado:

> "…Del tenor de la norma trascrita se establece que no es cualquier enfermedad o estado de salud graves, los que habilitan al juez de ejecución de penas a autorizar que la sanción privativa de la libertad se cumpla en la residencia del condenado o en un centro hospitalario, pues, además, el padecimiento médico debe ser incompatible con la vida en reclusión, sin dejar de lado, claro está, que tales situaciones deben ser valoradas por un médico legista especializado.
>
> (…)
>
> Específicamente, el juzgado negó la reclusión domiciliaria u hospitalaria a FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO, porque el último dictamen forense de estado de salud, realizado el 2 de mayo de 2018, concluyó que no presenta estado de salud grave por enfermedad, concepto que siendo emitido por un médico legista descarta que el sentenciado, como lo expone el defensor, no pueda cumplir la pena impuesta en un establecimiento carcelario.
>
> No implica lo anterior que la judicatura desconozca que CASTAÑEDA CANTILLO padece de diferentes enfermedades diagnosticadas desde hace más de diez años, solo que, de acuerdo con el concepto del experto, ninguna de ellas es incompatible con la vida en reclusión, claro está, siempre que se garantice el suministro ininterrumpido de los medicamentos y el cumplimiento de los controles ordenados por los médicos que lo vienen tratando…."[20]

Lo anterior, no implica que la Colegiatura desconozca que el señor Eduardo Enrique Dávila Armenta, padece de diferentes enfermedades diagnosticadas, solo que, de acuerdo con el concepto del médico legista, no presenta un estado grave por enfermedad, por lo que no se cumple con el requisito elemental del artículo 68 del Código Penal.

---

[20] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Rad. 53.601 de 2018.

DECISIÓN: Revoca el auto apelado, y se ordena el traslado del sentenciado de su domicilio al establecimiento carcelario.

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMENEZ
RADICACIÓN No. 08001600105520130148500/ Núm. Interno: 2019-00085 P-CJ

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto
TEMAS: RECURSO DE APELACIÓN- Decisión inhibitoria/ **PENA CUMPLIDA-** No es posible resolver de fondo/ **JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS-** Estaba obligada a revisar los informes del establecimiento carcelario y a realizar las investigaciones que permitieran establecer las fallas en el traslado del condenado
FECHA: Junio 27 de 2019
CONDENADO: Fernando de Jesús Aguilar Urruchurto

Causa fáctica:

En el presente asunto, se recurre la negativa del juzgado de ejecución de penas frente a la solicitud de pena cumplida presentada por la defensa del condenado, sin embargo, en razón a circunstancias administrativas frente a las cuales no existe pronunciamiento, se impuso una decisión inhibitoria.

Extractos:

"Los argumentos del apelante, apuntan a que esta Sala de decisión penal revoque la decisión proferida por la Juez Sexto de Ejecución de penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla, por medio de la cual se negó la libertad por pena cumplida del señor Fernando Aguilar Urruchurto; afirma el defensor que en la actualidad su asistido cumplió con la pena impuesta por parte del Juez Quinto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento, al contabilizar el término transcurrido desde el momento de la captura del señor Aguilar Urruchurto -1 de marzo de 2013- hasta la fecha de presentada la solicitud, atendiendo a que su asistido cumplió con la medida de aseguramiento de detención domiciliaria impuesta por un Juez con funciones de control de garantías, y que hasta la fecha se encuentra privado de la libertad en su domicilio habida cuenta que el INPEC, no materializó la orden de traslado del sentenciado hasta el Centro Penitenciario para que cumpliera la pena impuesta tal como fue ordenada por el Juez de conocimiento, situación que no pude ser atribuible al sentenciado, indica la defensa.

Revisado el expediente por parte de esta Colegiatura, podemos constatar que al señor Fernando Aguilar Urruchurto, le fue concedida la detención domiciliaria con mecanismo de vigilancia electrónica por parte del Juzgado Sexto Penal

Municipal con Funciones de Garantías, en fecha 2 de marzo de 2013; posteriormente , en sentencia del 13 de abril de 2015, el Juzgado Quinto Penal Municipal Con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, condenó al señor Aguilar Urruchurto a la pena principal de 126 meses de prisión como autor responsable del delito de Hurto Calificado Agravado, negándole los subrogados penales y ordenando el traslado del sentenciado de su domicilio al centro penitenciario; sin embargo el traslado no se efectuó, y por ello el Juez de Ejecución de Penas que vigilaba su pena ordenó la captura del condenado, para que cumpliera la pena conforme fue ordenado por el Juez de conocimiento- en centro penitenciario-.

Ahora bien, podemos evidenciar que la Juez Sexta de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, al momento de resolver la solicitud de libertad por pena cumplida, no evaluó lo referente a lo manifestado por el abogado defensor con relación a que el señor Aguilar Urruchurto, venía cumpliendo aun la detención domiciliaria pues no había sido trasladado por funcionarios del INPEC, tal como fue ordenado por el Juez de conocimiento y notificado en el oficio No. 32817 de fecha 14 de julio de 2015, emitido por el Juez Coordinador del Centro de Servicios de los Juzgados penales –SPOA-[21].

Sin embargo dentro del proceso a folio 13 del cuaderno del Juzgado de Ejecución, se encuentra auto de sustanciación, por medio del cual la Juez Sexta de Ejecución de Penas indica : "*da cuenta el despacho que se encuentra en prisión domiciliaria junto con mecanismo de vigilancia electrónica, siéndole inclusive pasada revista recientemente por personal del inpec, no obstante , dentro del proceso de la referencia, el cual vigila este juzgado, al precitado condenado no le fue concedida ningún tipo de sustituto, debiendo por el contrario purgar la pena de manera intramural…*" (Subrayado nuestro); finalmente la juez Sexta de Ejecución de Penas en esa ocasión requirió al Centro Penitenciario, a efectos que informara si al condenado le figura otro proceso y si está privado de la libertad por cuenta del mismo, por otra parte ordenó el traslado del condenado al establecimiento penitenciario para que continúe purgando la pena y se realice las actualizaciones en el sistema.

Como fue indicado con precedencia, la Juez Sexta de Ejecución de Penas no realizó una adecuada evaluación frente a la solicitud deprecada por el defensor del condenado, pues en el caso concreto se limitó a indicar la fecha en la cual había sido capturado el señor Aguilar Urruchurto y la fecha en la cual le fue impuesta la condena por el juzgado Quinto Penal Municipal de Conocimiento, pero nada se dijo referente al tiempo en el cual el condenado continuó presuntamente cumpliendo la detención domiciliaria posterior a la condena, tal

[21] FOLIO 86 Cuaderno del Juzgado de conocimiento.

como lo indica la defensa; es decir, no se evaluó la cartilla biográfica, para verificar las visitas realizadas por el INPEC al condenado que mostraran que efectivamente estaba cumpliendo con la detención domiciliaria, y que no fue trasladado al centro penitenciario por error o negligencia del Estado- en cabeza del INPEC-, o por el contrario porque no había sido posible su ubicación- reo ausente-.

No tiene esta Sala la posibilidad en estos momentos de evaluar la solicitud de libertad por pena cumplida deprecada por la defensa del condenado- en sede de apelación - , pues se requiere la información que incluso fue solicitada por parte de la Juez de Ejecución de Penas al Centro Penitenciario, la cual no fue tenida en cuenta para evaluar la petición, referente al sometimiento del señor Aguilar Urruchurto, en cumplimiento a lo ordenado por las autoridades judiciales.

No puede la Juez de ejecución de Penas, negar la solicitud de pena cumplida, sin antes estudiar las razones por las cuales en el caso concreto el condenado no se encontraba cumpliendo con la pena impuesta en el Centro Carcelario tal como fue ordenado en la sentencia condenatoria, pues correspondía evaluar a la Juez de Ejecución, si existió negligencia de la administración o negativa del condenado para someterse a las autoridades, si por ejemplo, al momento de llegar los funcionarios del INPEC al domicilio del condenado para hacer efectivo el traslado hasta al Centro Penitenciario, no se encontraba en su domicilio, en fin cualquier circunstancia que permita determinar que efectivamente luego de impuesta la pena se dejó de descontar la misma por parte del condenado, tal como lo aseveró la Juez de primera instancia en el recuadro realizado en la decisión que hoy se apela[22]."

DECISIÓN: INHIBIRSE de resolver de fondo el recurso de apelación impetrado. Ordena a la juez de ejecución se pronuncie acerca de la solicitud del abogado de la defensa, previa revisión de los informes presentados por el centro carcelario

NOTA DE RELATORÍA:

Las providencias publicadas en este boletín fueron enviadas por los respectivos Magistrados Sustanciadores y recibidas a través del correo electrónico y/o por intermedio del auxiliar judicial autorizado. En caso de atender eventuales inconsistencias, se sugiere que sean puestas en conocimiento de la Relatoría.

[22] Folio 26 cuaderno del Juzgado de Ejecución.

De igual forma, si bien la responsabilidad por el compendio de la Jurisprudencia del Tribunal y la elaboración de los índices temáticos y resúmenes de las providencias citadas corresponde a la Relatoría, se recomienda consultar los audios completos de las sentencias incluidas en el presente boletín. Cualquier tipo de observación o solicitud, podrá ser remitida al correo electrónico: rtsupbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co

VIVIAN VICTORIA SALTARIN JIMENEZ
PRESIDENTE

MARIA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

"Sea coronación de nuestra labor el propósito que abrigamos de poner en su punto el Derecho jurisprudencial, aquel que se aplica a cada paso en el vivir cotidiano, el que se forma a nuestro lado, el que copia el estado de nuestra sociedad y costumbres, y refleja el carácter de nuestra democracia"

Gaceta Judicial, XLII, No. 1897, Página 1, 1936