



BOLETÍN No. 57

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

Julio – Agosto 2018

SALA CIVIL - FAMILIA

M.S: Dra. SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMA: RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA- Reglas de aligeramiento probatorio “RES IPSA LOQUITUR-*Las cosas hablan por sí mismas*”/ACERVO PROBATORIO- Fue valorado adecuadamente por la Juez A-quo/Análisis en conjunto de los medios de prueba allegados al proceso/LEX ARTIS-Incumplimiento del protocolo para procedimiento invasivo (inyección)

FECHA: Agosto 13 de 2018

DEMANDANTE: Eduardo Cassiani Cassiani y Ceferina Cáceres Valdés

DEMANDADO: Nueva Empresa Promotora de Salud Nueva E.P.S. – Inverclínicas S.A.

Síntesis del caso:

En el presente caso, la Sala aborda el estudio de un caso de responsabilidad médica en el cual el daño sufrido por el paciente deriva de la aplicación de una inyección que le produce consecuencias neuro-motoras, resolviéndose a través de las reglas probatorias de res ipsa loquitur.

Extractos:

“Valga precisar que, al momento de la práctica del examen médico-legal, el paciente señaló que había acudido al servicio de Urgencias de la Clínica Murillo, donde se le aplicó una inyección de dipirona en el glúteo derecho, momento de desde el cual comenzó a padecer dolor directamente en la zona afectada y en la extremidad inferior, molestia que no cesaba y por el contrario se incrementaba.

Al valorar este dictamen, se puede establecer que, si bien es cierto, expresamente no indica que la aplicación indebida de la inyección de dipirona haya sido la causa de las afecciones padecidas por el señor EDUARDO

CASSIANI, ofrece elementos que sí permiten colegir esta situación. Por una parte, la evaluación resalta las coincidencias entre lo expresado por el paciente en su relato con lo consignado en la Historia Clínica, los resultados de la Electromiografía y los hallazgos del examen médico-legal. Aunado a ello, establece como mecanismo causal de la condición del paciente la punción a través de la cual se suministró el medicamento. Así, expresamente se consignó "MECANISMO CAUSAL: Punzante químico (fármaco)."
(...)

Si bien es cierto, en los procesos de esta naturaleza, debe aparecer plenamente acreditado el incumplimiento de las obligaciones derivadas del negocio jurídico o la culpa –lo cual se traduce en una conducta contraria o al menos alejada a la *Lex-Artis*, o incurso en yerros de diagnóstico y de tratamiento- del mismo modo que debe encontrarse probado el nexo de causalidad, esta demostración no siempre debe responder a criterios de carácter técnico o científico, sino que posible acudir a las reglas de la experiencia, a la demostración indiciaria e inclusive a la teoría *res ipsa loquitur* (de conformidad con la cual los hechos hablan por sí mismos) para tener por acreditados estos elementos.
(...)

En el caso sub-examine, esta Sala encontraría factible darle aplicación a la teoría referida, habida cuenta los elementos que se reseñan a continuación:

1. Resulta manifiestamente claro que la afección sufrida por el demandante –y que de hecho motiva la presente demanda- se presentó precisamente con posterioridad a la práctica del procedimiento invasivo. Valga precisar que es luego de aplicada la inyección -y no antes- que el señor Eduardo Cassiani comenzó a experimentar un fuerte dolor, seguido de la aparición de una lesión en la región afectada con el procedimiento.
2. Lo efectos (síntomas) que se suscitaron en la integridad física del demandante, no son propios de la enfermedad de base que aquejaba al paciente, sino que éstos aparecen generalmente, ante un procedimiento invasivo inadecuado, bien sea porque no se adoptaron los mecanismos de asepsia y antisepsia requeridos, o bien por una ejecución imperfecta en la aplicación de la inyección o por el contenido mismo de ésta.
3. No es previsible que por cuenta de un procedimiento de aplicación de una inyección, en el que se haya atendido cada uno de los parámetros para su ejecución, se suscite un resultado como el acaecido. Las reglas de la experiencia indican que este tipo de resultados adversos se obtienen, generalmente, cuando se incurrió en un procedimiento inadecuado o cuando se presenta una falla en su ejecución.

4. Por regla general, ante un procedimiento adecuado que atienda cada uno de los protocolos para llevar a cabo el mismo, relacionados, no solamente con la observancia de las reglas de asepsia, sino con la advertencia del contenido mismo del medicamento que se suministra, el resultado debe ser positivo o cuanto menos no debe ser nocivo, salvo que se demuestre que el paciente se encontraba en condiciones de predisposición para someterse al procedimiento.
5. En el caso bajo estudio, no existe evidencia a partir de la cual se pueda colegir que el demandante no se encontraba en condiciones para someterse a la aplicación de la inyección, verbigracia por el hecho de presentar resistencia al procedimiento o por ser alérgica al medicamento suministrado, lo cual no fue acreditado por la demandada.

Valga aclarar que, dentro de los reparos expuestos, el recurrente hace alusión a que antes del procedimiento efectuado, el paciente registraba antecedentes de molestias en las extremidades inferiores, sin embargo, a partir de la valoración de la Historia Clínica aportada, no es posible arribar a esta conclusión. Cabe precisar que, las afecciones referidas se registran con posterioridad al procedimiento invasivo.

6. No es cierto que el demandante ostente en su totalidad la carga probatoria, sino que ésta puede ser relevada de la misma y puede ser trasladada a la demandada, cuando aquella se encuentre en mejores condiciones de demostrar lo supuestos de hecho en los cuales se sustenta su teoría. En este caso, era precisamente la demandada quien estaba llamada a demostrar el cumplimiento de cada uno de los parámetros para la aplicación de la inyección. Valga precisar que para ejecutar el procedimiento invasivo al cual se ha hecho referencia, se deben atender todo un protocolo, el cual debió ser demostrado por la entidad demandada, entre otros:

1. *Informar al paciente de lo que se le va a hacer y el medicamento que se va a suministrar.*
2. *Lavado de manos y colocación de guantes no estériles.*
3. *Colocar al paciente en la posición adecuada.*
4. *Limpiar la piel con un antiséptico y dejar secar durante unos segundos.*
5. *Con la mano no dominante estirar la piel de la zona a inyectar.*
6. *Puncionar la piel con la aguja formando un ángulo de 90 o. Este movimiento será firme (de forma que el fármaco se deposite directamente en las fibras musculares), seguro y rápido, empleando una técnica cerrada (inyectar sin retirar la aguja de la jeringa).*
7. *Previamente a la introducción del fármaco, realizaremos una aspiración suave para comprobar que la aguja no esté alojada en un vaso sanguíneo. En el caso de que al aspirar salga sangre retiraremos la aguja y repetiremos de nuevo el proceso.*
8. *Introducir lentamente la medicación, para disminuir el dolor.*

9. *Para evitar daños tisulares, se debe sujetar firmemente la jeringa en el momento en el que la aguja esté alojada dentro del tejido muscular.*
10. *Esperar durante unos segundos antes de extraer la aguja, para evitar que refluya la medicación.*
11. *Tras la retirada de la aguja, masajear suavemente la zona, para favorecer la absorción del fármaco y disminuir el dolor producido por la técnica.*
12. *Desechar el material usado, lavarse las manos, y registrar la técnica, etc.*

7. Se puede inferir que se presentó un incumplimiento por parte de la demandada del protocolo establecido para el procedimiento invasivo, habida cuenta que los efectos producidos son propios de una ejecución imperfecta del mismo y por el hecho de que la demandada no demostrara que los síntomas que se registraron con posterioridad a la aplicación de la inyección devinieran de una culpa exclusiva de la víctima por cuenta de una predisposición médica que éste padeciera."

DECISIÓN: Confirma decisión de primera instancia. Sin costas.

M.S: Dr. ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES
Radicación: 08-001-31-53-011-2016-00009-01/ 41398

TEMA: FACULTADES PROBATORIAS OFICIOSAS EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-Restricciones/CARGA PROCESAL DE LOS SUJETOS PROCESALES-No puede ser reemplazada por la actividad oficiosa del Juez/ MEDIOS DE PRUEBA DOCUMENTALES-No pueden ser traídas al proceso a través de petición judicial, salvo que el sujeto procesal demuestre haberlo solicitado y no conseguirlo.

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto

FECHA: Julio 27 de 2018

DEMANDANTE: Leandro Yépez Señas, Sandra Lorena y Antonio Elías Yepes Osorio y Emerson Rafael Osorio Díaz

DEMANDADO: Organización Clínica General de Norte

Síntesis del caso:

En el presente asunto, la Sala aborda el tema de las peticiones elevadas por los abogados al interior de los procesos judiciales donde pretenden que sea el Juez quien les provea la prueba que ellos no pudieron allegar al proceso, estudiando las normas jurídicas que trae el C.G.P. y las intepretaciones que se derivan de las mismas.

Extractos:

“Leído el Código General del Proceso, es fácil apreciar que éste no trae ninguna disposición que regule un mecanismo de obtención de documentos que consista en el simple **“Oficiar”** a la contraparte o a terceros para que los alleguen al expediente (en original o copias), Tampoco trae este Código ninguna disposición que regule un mecanismo que consista en el simple **“Oficiar”** a la contraparte o a terceros para para que ellos respondan por escrito cuestionarios para suministrar información o rendir conceptos técnicos o especializados.

Pero, por ello no puede entenderse que se trate de la petición y práctica de *“una prueba no prevista en ese código”* puesto que para el primer evento (la aportación de documentos) está expresamente implementado el mecanismo de la “Exhibición” en los artículos 265 a 268 de dicho Estatuto, y para los segundos objetivos están expresamente implementados los mecanismos de la “Declaración de Parte”, “Testimonios Técnicos”, “Prueba Pericial” e “Informe” en los artículos 198, 220, 226, 275 y concordantes de dicho Estatuto.

Por lo que cuando se pide la ordenación de la práctica de medios probatorios destinados a obtener esos objetivos, por mucho que el petente no utilice el nombre técnico correspondiente, para estudiar esa petición y en su ordenación y práctica deben aplicarse las normas procesales pertinentes.

(...)

Por lo que cada vez que un interesado, pretenda que su contraparte o un tercero aporte o allegue al proceso unos documentos para utilizarlos como prueba, sin importar que esté utilizando el verbo “Oficiar”, el Funcionario judicial debe entender que se le está pidiendo una “exhibición” de documentos y analizar y decidir esa petición de acuerdo a las normas antes transcritas; igualmente, se debe proceder en forma similar cuando esa expresión “oficiar” se utilice para pretender recaudar pruebas que correspondan a las modalidades de Declaración de Parte”, “Testimonios”, “Prueba Pericial” e “Informe”.

2º) El Código General del Proceso con respecto a las pruebas ha establecido una regla general, tendiente a que esos medios no se practiquen al interior del proceso, sino que corresponde que la parte o interesado proceda, en la medida de lo posible, a obtenerla o realizarla en forma previa y la adjunte al expediente en el memorial en que interviene o la solicita y luego es que el funcionario del conocimiento, en la oportunidad procesal para su decreto,

verifica el cumplimiento de las condiciones y requisitos para ellas puedan ser admitidas en el mismo.

Existiendo para ello, un par de prohibiciones genéricas establecidas en los artículos 70 (numeral 10) y 173 (aparte inciso final del inciso 2º), que donde la primera en forma parcial limita la conducta de los intervinientes exclusivamente con respecto a documentos, al expresar:

“10. Abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir.”

Mientras que la segunda, dirigida al funcionario, restringe la ordenación de cualquier medio probatorio a realizar dentro del proceso, a la verificación de cual pudo ser la actividad del peticionario para obtener por sí mismo, tal medio probatorio:

“El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente.”

Siendo esta última norma, la que en principio se utilizó por la A Quo para negar la ordenación de los “oficios” solicitados por la parte demandante, aun cuando luego en el auto que resolvió el recurso complementó su argumentación en aspectos de impertinencia de algunos de ellos.

Aquí se han planteado dos formas de entender esa norma:

Indica el recurrente que previamente le corresponde a la parte investigar, analizar y llegar al convencimiento de que el medio probatorio necesitado si puede ser obtenido a través del ejercicio de un derecho de petición, caso en que efectuará la solicitud correspondiente y que cuando llega al convencimiento de que tal petición ha de ser infructuosa, no tiene la necesidad de formularlo y por ende puede acudir directamente a solicitar la práctica de la prueba al Juez, sin tener que señalar que la petición no le fue atendida.

Y la que se desprende de la posición de la Funcionaria de que al interesado en recaudar la prueba simplemente le corresponde formular su solicitud de derecho de petición y si no obtiene un resultado positivo por cualquier razón, puede acudir al proceso, con la prueba de la realización de esa petición

para que el Juzgado se la ordene. Lo cual implica que no le corresponde al interesado realizar ese estudio jurídico previo.

Considerando esta Sala de decisión que esta última interpretación es la que más se ajusta al sentido de facilitar el Acceso a la Justicia de los particulares, haciendo más sencilla y asequible la aplicación de la norma correspondiente, sin generar cargas adicionales y restrictivas a los interesados. Donde ella ha de aplicarse simplemente así: "inténtelo obtener, si lo obtuvo tráigalo; si no lo obtuvo, díganoslo y nosotros lo ordenamos".

DECISIÓN: Confirma parcialmente.

M.S: ABDÓN SIERRA GUTIERREZ
Radicación: 08001-31-53-007-2017-00431-01/41.405

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto

TEMA: REQUISITOS FORMALES DE LA DEMANDA-Deber de los litigantes de expresar claramente sus pretensiones frente a la administración de justicia

FECHA: Julio 28 de 2018

DEMANDANTE: Nora Sabina Mejía Arévalo

DEMANDADOS: Sociedad Eduardo Ripoll & Compañía Limitada Arquitectos Ingenieros Contratistas, el Grupo Andino Marín Valencia Construcciones S.A.-GRAMA- y la Fiduciaria Bancolombia S.A. Sociedad Fiduciaria en representación del Fideicomiso Patrimonio Autónomo Torres del Prado

Síntesis del caso:

En el presente asunto, se estudia el rechazo que el Juez A Quo realizó de una demanda en consideración a un sinnúmero de falencias, que a su consideración el apoderado de la parte actora no satisfizo conforme a la ley y al tipo de acción incoada.

Extractos:

"En el asunto sometido a consideración el juzgador de primera instancia a través de providencia del 30 de enero de 2018 rechazó la demanda impetrada por la parte demandante en razón a que no dio cumplimiento a lo dispuesto en auto de 29 de noviembre de 2017, el cual inadmitió la demanda. En dicha providencia indicó el juez de instancia que la demanda "adolece de una acumulación indebida de aspectos sustanciales que inciden en la correcta acumulación de pretensiones y en un correcto entendimiento de los hechos a saber:

1. En la demanda se asevera que es ejercida la acción contemplada en el inciso 2° del artículo 1238 del Código de Comercio (impugnación del negocio fiduciario por terceros), lo cual conlleva a su vez el ejercicio de la acción pauliana, a favor de los acreedores, en el evento que el deudor se hubiere separado de los bienes de su patrimonio para impedir a sus acreedores la persecución de los bienes, ostentando así la finalidad de reconstruir el patrimonio del deudor. A pesar de lo antes expuesto, en la demanda también se expresa que en relación al mismo negocio jurídico fiducia mercantil celebrada entre FIDUCIARIA BANCOLOMBIA y la sociedad EDUARDO RIPOLL & COMPAÑIA LIMITADA, ARQUITECTOS INGENIEROS CONTRATISTAS se depreca que se declare que dicho negocio jurídico no tiene ninguna validez jurídica y es ineficaz.
2. En la demanda se depreca dentro de las pretensiones expuestas que se declare la falsedad ideológica de resoluciones administrativas emitidas en los años 2008 y 2009, lo cual debe ser desatado a través de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y por la vía penal, para lo cual se debe iniciar proceso.
3. Se solicita la inoponibilidad e ineficacia del contrato por medio del cual se constituyó fiducia mercantil pero fundamenta dicha petición en la existencia de diversas nulidades (falta de poder), entre otros argumentos, lo cual son instituciones incompatibles.

2.- La demanda y los traslados deben completarse con estas nuevas exigencias (fl. 159)".

Obsérvese contrario a lo expresado por el censor que las razones de la inadmisión de la demanda se precisaron de manera efectiva y las mismas apuntalan a una indebida acumulación de pretensiones, para corregir tales falencias la parte demandante aportó memorial el día 07 de diciembre de 2017 en el que resalta la imprecisión del auto inadmisorio, enseñando que ejerce una acción real derivada del contrato de promesa que suscribió, por tanto, pretende "que se le entregue el apartamento", que la invalidez o ineficacia del contrato de leasing deriva de la inoponibilidad por falta de publicidad que es lo que hace que sea vinculante ante terceros. En cuanto al segundo ítem de la inadmisión dijo que no solicitó la declaratoria de falsedad ideológica de las resoluciones del 2008 y 2009, solo pretendió la declaratoria de que la demandada Fiduciaria Bancolombia S.A. no podía abrogarse la facultad de actuar en nombre del Fideicomiso Patrimonio Autónomo Torres del Prado, que la Resolución 11.626 tiene la fecha enmendada y que no puede valorarse la capacidad probatoria de dichos actos administrativos.

Respecto del tercer aspecto de la inadmisibilidad aclaró, que:

“Primero. - Como quiera que el Contrato 2994 del 25 de noviembre del 2008 no se registró en la Cámara de Comercio ni en la oficina de Instrumentos públicos de Barranquilla. Solicito se declare que el Contrato 2994 del 2008 no cumple con el requisito de publicidad.

Segundo.- Que como consecuencia de la anterior declaración solicito: que se declare que el Contrato 2994 del 2008, no produce efectos jurídicos por la falta del requisito de publicidad- que es lo que hace que sea vinculante ante terceros-

Tercero. — Como quiera que el Contrato 2994 del 25 de noviembre del 2008 no produce efectos jurídicos y, el objeto de dicho contrato es constituir un FIDEICOMISO O PATRIMONIO AUTONOMO solicito se declare que dicho contrato -2994-no tuvo ni tiene la virtualidad de constituir el FIDEICOMISO PA TORRES DEL PRADO.

Cuarto. — Como quiera que en dicho contrato se dice que el FIDEICOMISO que por medio de ese instrumento se crea, se identifica con el NIT No. 830.054.5390, SOLICITO QUE SE DECLARE que el NIT 830.054.539-0 le pertenece es al FIDEICOMISO P.A. ALIANZA GRUPO ARGOS CONCRETO.

Quinto. — Que de acuerdo con la anterior declaración, se declare que el FIDEICOMISO PA TORRES DEL PRADO usurpo el NIT de otro patrimonio autónomo y por lo tanto carece de identificación tributaria.

Sexto. — Que de acuerdo con las anteriores declaraciones se declare, que el FIDEICOMISO TORRES DEL PRADO no existe jurídicamente.”

Confrontados los actos procesales antedichos, así como examinada la demanda declarativa, saltan de bulto las imprecisiones técnico – jurídicas advertidas por el A-quo, sin que las mismas luego de ser “subsanaadas” hayan sido debidamente corregidas. No sé pierda de vista -más allá de la caótica redacción del libelo introductorio- persiste una vaguedad en las pretensiones invocadas pues de un lado se aduce la acción de impugnación del negocio fiduciario en fraude de tercero previsto en el inciso 2 del artículo 1238 del Código de Comercio, de otro lado, la inoponibilidad del negocio fiduciario, la nulidad de la escritura contentiva de dicho negocio y la ineficacia, invalidez y nulidad del negocio fiduciario por contener falsedades y no llenar los requisitos legales, además de ello, la restitución de la propiedad del proyecto Torres del Prado a la Sociedad Eduardo Ripoll & Cía. Ltda. Arquitectos Ingenieros Contratistas, que ésta a su vez entregue a la demandante el apartamento 807 al valor o precio estipulado en el contrato de promesa y la correspondiente

indemnización de daños y perjuicios; situaciones que como quedó evidenciado no fueron esclarecidas.

Itérese que las pretensiones siendo un requisito principal de la demanda por su inexorable relación el derecho de acción es contundente su expresión “con precisión y claridad”, esto es, “en forma tal que no haya lugar a ninguna duda acerca de lo que quiere el demandante; por tanto, si el juez encuentra falta de precisión en lo que se pide, puede no admitir la demanda (...); es éste un requisito central dentro de los que comento por cuanto determina el marco de decisión en el del respectivo proceso dado que no puede el juez fallar por objeto o causa diferente del expresado en las pretensiones...”¹. También el ordenamiento adjetivo permite en virtud de la economía procesal acumular pretensiones en una demanda, siempre y cuando se formulen por separado y se cumplan con los requisitos previstos en el artículo 88 del Código General del Proceso, dentro de los cuales cobra relevancia en este asunto el que no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales o subsidiarias, lo cual no ocurrió, tal como se ha dejado en evidencia.”

DECISIÓN: Confirma auto apelado.

M.S: Dra. SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA
Radicación: 08001-31-03-006-2017-0001701/ 41.281

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: CONTRATO DE LEASING FINANCIERO- Cláusulas sancionatorias por incumplimiento/**INCOMPATIBILIDAD DE CLAUSULA PENAL E INTERESES MORATORIOS-**Excepciones vienen dadas por la Jurisprudencia/**MORA EN LA RESTITUCIÓN DEL BIEN** -Solo es exigible al existir retardo en la entrega del mismo siempre que previamente haya finiquitado el contrato

FECHA: Julio 27 de 2018

DEMANDANTE: Banco De Bogotá

DEMANDADO: Servicios De Dragados Y Construcciones S.A.

Aspecto fáctico:

En el presente asunto aborda la Sala el estudio de la alzada en razón al cobro simultaneo de clausula penal e intereses moratorios en razón al incumplimiento contractual generado por la parte demandada en su condición de locatario.

¹ López Blanco, Hernando Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, t. I Parte General, 11ª edición.

Extractos:

“La sociedad SERVICIOS DE DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES S.A., como LOCATARIO y la sociedad AGENCIA DE ADUANAS CLARIC LTDA NIVEL 2 y los señores MICHAEL DAVID WILLIAMS MORENO, ROBERTO JOHN CHISHOL WILLIAMS MORENO, RICHARD EVAN CHISHOLM WILLIAMS MORENO como LOCATARIOS, suscribieron el contrato de leasing financiero N. 6096.1 el día 23 de Abril de 2013 con el BANCO DE BOGOTÁ, sobre la adquisición de una máquina Draga Cortadora de Succión.

La duración del contrato se estableció durante sesenta (60) meses contados a partir de su inicio, para lo cual se pactaron el valor de unos cánones de arrendamiento que serían pagaderos al mes vencido. Sin embargo, al incumplir las partes la obligación de pagar lo correspondiente a los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2016, decide el Banco de Bogotá instaurar la demanda ejecutiva que hoy nos ocupa.

Dentro del contrato, se pactaron las respectivas cláusulas que rigen al mismo, entre ellas la vigésima quinta (25ª) que regula lo relativo a las sanciones en que incurrirían los contratantes en caso de incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Así, se estableció principalmente una cláusula penal, una sanción por mora, y una sanción por mora en la restitución del mueble objeto del contrato.

En esta instancia, cabe decir que la parte ejecutante pretende el cobro simultaneo de las sanciones mencionadas anteriormente, alegando en primer lugar que en un contrato de leasing los intereses moratorios se pactan por el no pago del canon de arrendamiento del bien, entonces ese incumplimiento deriva en lucro cesante ya que se dejan de percibir utilidades por el capital que invierte la entidad financiera y se pierde también lo que se paga por concepto de cargas contributivas; y en segundo lugar, aclaran que la cláusula penal está instituida con un carácter sancionatorio y no a título de resarcimiento.

Efectivamente, al revisar minuciosamente la cláusula en discusión², se colige que las partes contractuales estipularon la sanción por mora por el simple retardo en el cumplimiento de las obligaciones de los demandados, aclarando que el pago de dicha sanción no exceptuaba el pago de las indemnizaciones derivadas del incumplimiento. Por su parte, al pactar la sanción por mora, precisan que por el incumplimiento de las obligaciones de carácter dinerario,

² Folio 11 Cuaderno Principal

podrán cobrarse intereses de mora sobre el valor adeudado, sin perjuicio de la exigencia de la cláusula penal previamente mencionada.

En este punto es menester traer a colación el concepto emitido por la Superintendencia Financiera en el que manifiesta que:

*"(...) resulta incompatible la existencia simultánea de cláusula penal e intereses moratorias, por cuanto ello constituiría la aplicación para el mismo caso de dos figuras que tienen idéntica finalidad y se estaría así cobrando el deudor dos veces una misma obligación, como es la de pagar por su retardo o incumplimiento."*³

Luego entonces, queda claro que, por regla general, existe una incompatibilidad entre la cláusula penal y los intereses moratorios, y por ello no es posible la coexistencia en el cobro simultáneo de ambos conceptos. Sin embargo, por vía jurisprudencial se ha establecido que excepcionalmente es razonable realizar el cobro concurrido de ambos, cuando (i) expresamente así lo hayan acordado las partes y (ii) cuando la cláusula penal haya sido estipulada con un carácter sancionatorio y los intereses se hayan contemplado con un carácter indemnizatorio.

En este ámbito ha manifestado la Corte que, en virtud de que los conceptos mencionados procuran dejar indemne el patrimonio del afectado, la reclamación de perjuicios y la cláusula penal no podrán acumularse, salvo estipulación expresa en contrario (art. 1600 C.C.). Textualmente manifiesta:

«la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser

³ INTERÉS MORATORIO, INCOMPATIBILIDAD CON LA CLÁUSULA PENAL Concepto N° 97019981-2. Junio 6 de 1997. Superintendencia Financiera.

diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato" (Sent. Cas. Civ. de 23 de mayo de 1996, Exp. 4607). (Subrayado fuera de texto)

Esbozado lo anterior, vale decir que en el caso sub examine se avizora el cumplimiento concurrente de ambos supuestos requeridos para que sea procedente el cobro simultaneo tanto de la cláusula penal como de los intereses moratorios, por lo cual es válido el cobro de ambos conceptos.

Así las cosas, procederá esta Sala a revocar lo dispuesto en primera instancia con respecto a este punto, y ordenará seguir adelante con la ejecución por los conceptos de cláusula penal e intereses moratorios por el incumplimiento y retardo, respectivamente, en la ejecución de las obligaciones adquiridas desde el momento de la firma del contrato.

Atendiendo a la pretensión del ejecutante de que se cobre lo relativo a la mora en la restitución del bien, debe manifestarse que la misma solo es exigible al existir retardo en la entrega del mismo siempre que previamente haya finiquitado el contrato. Por ende, no es dable reclamar esa sanción cuando los ejecutados ni siquiera se encuentran en la obligación de restituir el bien mueble porque no ha sido declarada la terminación del contrato de leasing, es más no tiene conocimiento este Despacho de que exista un proceso activo que pretenda la restitución del mismo. Por lo cual, no es factible emitir pronunciamiento de fondo con respecto a esta reclamación."

DECISIÓN: Revoca parcialmente la decisión de primera instancia.

SALA LABORAL

M.S: CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ

Radicación: 08-001-31-05-001-2016-00270-01/ 60.009-A

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-el actor a la fecha de terminación del contrato se encontraba en dicha situación, pues no se encontraba incapacitado, pero si estaba enfermo y era un hecho conocido por el empleador/ **FUERO DE SALUD-** No requiere para su goce estar calificado por la ARL /**DESPIDO DE TRABAJADOR CON DISMINUCIÓN FÍSICA EN RAZON DE ENFERMEDAD-**

Debe ser autorizado por el Ministerio del trabajo por gozar de especial protección constitucional

FECHA: Julio 16 de 2018

DEMANDANTE: ARIEL ÓSCAR LONDOÑO GRAJALES

DEMANDADO: FABRICA DE BOLSAS DE PAPEL UNIBOL S.A.S

Síntesis del caso:

En el presente asunto se estudia el despido que sufrió un empleado vinculado a término indefinido que venía padeciendo quebrantos de salud e incapacidades médicas, y aún así fue despedido sin contar con la autorización previa del Ministerio del Trabajo.

Extractos:

“Descendiendo al caso sub-examine, tenemos que se encuentra acreditado que entre las partes existió un contrato de trabajo⁴ a término indefinido desde el 11 de enero de 2011 al 8 de marzo de 2016, para desempeñar el cargo de ASISTENTE DE MANTENIMIENTO, y pactaron un salario integral de **\$1.800.000.00** mensuales, pagados quincenalmente incluidos los pagos por descanso dominicales y feriados⁵.

Así mismo, se advierte que dicho convenio finalizó de manera unilateral mediante comunicado de la entidad demandada el día 8 de marzo de 2016⁶ suscrito por gestión humana invocando como causa la reorganización de la empresa, circunstancia por la cual se le reconoció la indemnización legal como consta en la copia de la liquidación final del referido contrato obrante a folio 202-203.

En el plenario también militan los certificados médicos de aptitud laboral de ingreso y egreso del actor, el primero de fecha 7 de enero de 2011⁷ realizado por inversiones González Lagares E.U donde se puede visualizar la recomendación para consultar con EPS a medicina general y recomendaciones sobre hábitos y estilos de vida saludable brindando un concepto de aptitud laboral apto, mientras que en el segundo, es decir, el de egreso de calenda 12 de marzo de 2016⁸, se deja constancia bajo el acápite de otras recomendaciones “continuar manejo brindado por EPS proceso osteomuscular en resolución”.

⁴ Ver folios 28-30

⁵ VER FOLIOS 28-30Y 187-189

⁶ Ver folio 18

⁷ Ver folio 25

⁸ Ver folio 27.

Además se observa que durante el curso de la relación laboral se expidieron las siguientes órdenes médicas: por parte del centro de ortopedia y rehabilitación ORTOVITAL⁹ para la fecha 06 de octubre de 2015, indicó como recomendación de *“abstenerse del uso de botas de trabajo pesado durante 6 meses a partir de la fecha y reposo durante 2 horas para descanso de pies”* autorizado por la médico fisiatra el 10 de octubre de 2015, como restricción¹⁰ *“dejar de subir y bajar escaleras posturas bípedas y marchas prolongadas”* por la médico fisiatra; más un diagnóstico de traumatismo del tendón de Aquiles el día 25 de enero de 2016; otra recomendación¹¹ por parte del centro de reumatología (Reumacaribe) *“guardar reposo relativo no caminar por superficies inclinadas y evitar espacios con temperaturas frías”* de fecha 19 de enero de 2016; a folio 98 de fecha 19 de enero de 2016 se observa una solicitud para valoración por medicina laboral por parte de reumacaribe emitida por el médico internista Jesús Godoy Martínez; reposa examen de osteodensitometría realizado por radiólogos ecografistas de calenda 18 de febrero de 2016 donde se concluye *“teniendo en cuenta los parámetros de referencia establecidos por la OMS el estudio se encuentra en límites normales”*; historia clínica de fecha 29 de septiembre de 2015¹² que comprenden la anamnesis enfermedad del *“paciente con cuadro de más o menos de 8 días de evolución caracterizado por dolor en región de talón derecho que el viernes se agudizo por lo que le manejaron con relajantes y aines sin mejoría por lo que reingresa otra vez el lunes manejo con betametasona inyección con mejoría, además se hizo terapia con mejoría por lo que acude, todavía dificultades de subir escaleras. Niega trauma se tomó muestra de ácido úrico hoy”*, con una incapacidad de dos días; a folio 132 se visualiza la incapacidad médica expedida por Orto vital por 15 días iniciando el 6 de octubre de 2015 y finalizando el 20 de octubre de 2015.

También obra en el expediente la historia clínica¹³ del 13 de abril de 2016 emitida por Salud Total EPS en donde la anamnesis de enfermedad del paciente al poco tiempo de la terminación de la relación laboral también es *“un cuadro de 6 meses de evolución caracterizado por dolor a nivel de tendón de Aquiles, en seguimiento con fisiatría en manejo medico con restricciones médicas, (no usar botas, evitar caminatas prolongadas y evitar subir y bajar escaleras) retirado de la empresa el 8 de marzo de 2016, ecografía: normal, densitometría: normal, ácido úrico, pcr, hemograma: normal con diagnóstico de entesitis a nivel del punto de inserción del tendón de Aquiles”*. Con un plan de manejo de seguimiento médico sin relación laboral y grado de discapacidad leve; el día 29 de marzo de 2016 tiempo después del despido del actor le conceden una incapacidad relativa¹⁴ con recomendación de *“no caminar por superficies*

⁹ Ver folio 75 Médico fisiatra Carolina Held Ramírez.

¹⁰ Ver folio 76 Médico fisiatra María Érika Sánchez.

¹¹ Ver folio 77 Médico internista Jesús Godoy Martínez.

¹² Ver folio 129-131.

¹³ Ver folio 78-97.

¹⁴ Por parte de Reumacaribe

inclinadas y evitar espacios con temperaturas frías” y se insiste por el centro de reumatología la valoración por medicina laboral.

De las anteriores documentales puede arribarse que el trabajador cumple con las condiciones contempladas en la ley 361 de 1997, esto es, que venía padeciendo de una disminución física al momento de la terminación del contrato.

Por otro lado se recepcionaron los testimonios de los señores José del Carmen Pedraza Puerta como trabajador activo de Unibol y de Iveth Vergara Ciro, jefe de recursos humanos.

El primero sostiene que conoce al accionante, que no recuerda para que fecha ingreso a la fábrica, que se desempeñaba como jefe de taller de mantenimiento, cumplía un horario de 7 de la mañana hasta las 5 de la tarde, que cuando ingreso a la empresa tenía buen estado de salud, cuando se desvinculó lo que supo era que estaba incapacitado y duro como uno o dos meses después entro y yo lo veía con problemas en una pierna y cuando lo desvincularon no supe más nada, me entere del estado de salud porque siempre decían está enfermo pero no supe qué clase de enfermedad, y nunca me informo sobre su estado de salud me entere fue cuando se había ido que estaba enfermo que duro mes y medio, Para la fecha en que se retiró estaba enfermo pero estaba laborando. En segundo lugar la jefe de recursos humanos manifestó que meses atrás el actor comunico que tenía un dolor en el pie en el tobillo, que en el año 2015 tuvo una incapacidad corta, que lo reubicó del segundo piso para el primero en el año 2015 ya que no podía subir y bajar escaleras, no adoptamos otra medida frente a la restricciones médicas, porque no teníamos ningún documento escrito que nos dijera que tenía alguna restricción y si tuvo algún tipo de recomendación médica lo desconocemos porque eso hace parte de la historia clínica, las fechas en que había sido incapacitado fueron en septiembre por tres días y en octubre por 15 días y el retiro de él fue en 2016 en marzo y durante todo ese tiempo laboró normalmente, es decir de octubre a marzo laboró correctamente y no tuvo ninguna ausencia, y dimos por terminado el contrato de trabajo por reorganización administrativa, las funciones de él era de coordinador de mantenimiento tenía a cargo un supervisor y este a los técnicos era una labor más administrativa de gestión a recurso, de solicitar materiales tenía un 40% de oficina un 30% de ir a verificar de cómo iban los trabajos hacerle seguimiento a la base de las tareas y asistencias a labores varias, usaba sus piernas en un porcentaje bajo porque tenía trabajo de oficina reuniones y el tiempo en planta (caminar) era ir donde está la máquina a ver cómo iba la gestión de mantenimiento.

En consecuencia, tales declaraciones, dan cuenta que el actor a la fecha de terminación del contrato se encontraba en situación de estabilidad laboral

reforzada, toda vez que para el momento de la finalización del contrato no se encontraba incapacitado, pero si estaba enfermo como lo manifestó la jefe de recursos humanos en el interrogatorio absuelto durante el proceso.

Fuerza concluir, que el trabajador cumple con las condiciones contempladas en la Ley 361 de 1.997, esto es, que venía padeciendo de una disminución física **al momento de terminación del contrato**, toda vez que conforme a los lineamientos de la sentencia de constitucionalidad y unificada en materia de tutela ya precitadas, la protección opera incluso si no cuenta con una calificación como antes se citó, y lo que debía hacer la demandada era solicitar la autorización ante el Ministerio de Trabajo, por lo que si había lugar a imponer condena por concepto de la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1.997. Contrario a lo estimado por el aquo, por lo que se revocara su decisión."

DECISIÓN: REVOCA sentencia apelada. Condena a la demandada a pagar la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, reintegro, salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir.

M.S: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ
Radicación: 08-001-31-05-002-2015-00017-01/59.455-A.

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIONES DE SOBREVIVIENTES DE ORIGEN COMÚN-Cuando provienen de diferentes afiliados que cotizaron a pensiones por el riego IVM/ **DIFERENCIAS ENTRE SUSPENSIÓN Y RECONOCIMIENTO DEL BENEFICIO PENSIONAL**- No deben confundirse estas figuras cuando no es objeto del litigio la convivencia del compañero o conyuge superstite

FECHA: Julio 16 de 2018

DEMANDANTE: Enit Raquel Oyola Mendoza

DEMANDADO: Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones.

Síntesis del caso:

En el presente asunto, la AFP demandada suspende el pago de una de las pensiones de sobrevivientes reconocida a la actora, en su condición de exconyuge de dos afiliados al sistema, quienes habiendo realizado distintas cotizaciones al sistema, dejaron causado este beneficio a quien había sido su compañera en vida.

Extractos:

“Sea lo primero precisar que de una lectura e interpretación integral de la demanda, se advierte que lo pretendido en este caso es la reanudación de la pensión de sobrevivientes, y no su reconocimiento como lo entendió el A-quo, lo que conllevó a un desgaste de la administración de justicia al decretarse y practicarse pruebas testimoniales con el fin de determinar convivencia y dependencia, siendo que la suspensión de la citada prestación obedeció al reconocimiento posterior de otra pensión de sobrevivientes.

Ahora bien, debemos señalar en primer lugar que mediante la Resolución No. 1594 de 1971, el entonces Instituto Colombiano de Seguros Sociales – Comisión de prestaciones, reconoció “pensión de viudez” a la señora Enith Oyola Mendoza a partir del 12 de junio de 1970, y “pensión de orfandad” a Yenny del Rosario Coronell Oyola en calidad de compañera e hija, respectivamente, del causante Nestor Coronell Thomas, con fundamento en el Acuerdo 161 de 1964 (ver folios 20 a 21 y 165)

Igualmente, viene acreditado que dicha prestación le fue suspendida a la actora en el mes de diciembre de 2007 tal como se dejó expresamente consignado en la Resolución No. 10387 del 29 de junio de 2010¹⁵, en la que se señaló *“Que la mesada pensional de la pensión de sobrevivientes reconocida a la señora ENIT RAQUEL OYOLA MENDOZA, por medio de resolución No. 2927 de 1971, se le continuó cancelando a la mencionada peticionaria hasta el mes de diciembre de 2007, fecha a partir de la cual la citada la citada prestación fue RETIRADA de nómina de pensionados y en su reemplazo se ingresó la sustitución pensional otorgada a la mencionada peticionaria por medio de la Resolución No. 15.381 de enero 14 de 2008 y originada en el fallecimiento del pensionado ALFREDO POSSO PÉREZ, C.C. 7´466.481, afiliación 1700811090 de la seccional atlántico”*

Las anteriores pruebas documentales ponen de presente que a la actora se le había reconocido pensión de sobrevivientes (de viudez) por parte del I.S.S. la Resolución No. 1594 de 1971, y que la misma le fue suspendida con ocasión de habersele reconocido una sustitución pensional, por medio de la Resolución No. 15.381 de enero 14 de 2008, esto es, por estimare que dichas prestaciones son incompatibles.

Sobre este preciso tópico, esto es, la compatibilidad de pensión de sobrevivientes, ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala de Casación Laboral, como en la sentencia CSJ SL, 27 ene. 2004, rad. 21404, lo siguiente:

¹⁵ Ver folios 129 a 130

“[...] En primer lugar, advierte la Sala que el Tribunal se equivocó en cuanto consideró que la actora al acceder a la pensión de sobrevivientes como cónyuge del pensionado JOSE JAIR LENIS LONDOÑO, perdía la pensión de sobrevivientes que antes le había sido otorgada por el ISS, por sustitución de su hijo quien, previo a su deceso, había sido pensionado por invalidez. Lo anterior, porque si bien es cierto que esta prestación le fue otorgada en su condición de madre del causante, también lo es que ello se debió al haber probado que dependía económicamente de él, ya que el artículo 47, literal c) de la Ley 100 de 1993, no consagra que el derecho se pierde cuando después de reconocido desaparece la aludida dependencia económica.

Y es que realmente el legislador no previó que por circunstancias económicas posteriores a la estructuración del derecho pensional a favor de la beneficiaria, ésta pierda la aludida prestación. Lo que sí demanda la citada ley a la superviviente en mención, es que pruebe su dependencia económica antes y al momento del fallecimiento, aspecto no discutido en este proceso, pero no posteriormente, porque ello sería tanto como exigirle que indefinidamente tenga que sobrevivir sólo con el dinero que proporciona la pensión concedida bajo aquella modalidad.

De otro lado, el fallador de alzada estimó que tampoco tenía derecho la demandante a la pensión reclamada, acorde con lo previsto por el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que consagra como característica del Sistema General de Pensiones, la de que “Ningún **afiliado** podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez”, con lo cual también desacertó dado que este principio está dirigido según sus términos al **afiliado**, pero no para el beneficiario sustituto de la pensión; además porque, valga la aclaración, en el primer caso, el afiliado hace un único aporte para el riesgo IVM, lo que obviamente no le permite pretender al mismo tiempo el reconocimiento de dos prestaciones, esto es, la pensión de invalidez y la de vejez; **mientras que en el segundo caso, la sustitución pensional opera frente al fallecimiento del pensionado, interviniendo entonces su ascendiente quien lo sucede en la prestación, no quedando, por este motivo, excluida la posibilidad de beneficiarse por sustitución de otra prestación similar cuando quiera que muere su cónyuge como en este caso, pues debe entenderse que los fallecidos cotizaron separadamente para el mismo riesgo de invalidez, vejez y muerte.** Esto último es lo que ocurre en el presente asunto, **porque fueron dos pensionados, ambos fallecidos, que cotizaron para el riesgo IVM y en los que coincide la demandante como beneficiaria de la pensión por vía de sustitución.**

El anterior criterio ha sido reiterado por la SCL de la CSJ, en sentencia del 14 de marzo de 2018 SL879-2018 Radicación n.º 47504.

Así mismo, vale la pena recordar que la Corte Constitucional mediante sentencia C-182/97, declaró INEXEQUIBLES las expresiones “para el cónyuge si contrae nuevas nupcias o hace vida marital y”, contenidas en los artículos 188 del Decreto

1211 de 1990, 174 del Decreto 1212 de 1990, 131 del Decreto 1213 de 1990 y 125 del Decreto 1214 de 1990¹⁶, en la que expresó:

*“Respecto a la pensión por fallecimiento o pensión de sobrevivientes, surge una clara, abierta y ostensible violación del derecho a la igualdad, al establecerse un privilegio para aquellos beneficiarios que han optado por mantenerse en estado de viudez, frente a quienes deciden contraer nuevas nupcias o hacer vida marital. Se coloca sin razón válida en una situación de desventaja y desfavorable a los destinatarios del régimen excepcional consagrado en los decretos mencionados, frente a aquellos cobijados por la Ley 100 de 1993, para quienes no se extingue por dicha circunstancia la pensión de sobrevivientes. **No existe razón valedera que justifique constitucional ni legalmente dicha diferenciación, entre personas colocadas en una misma situación fáctica, ya que todos los beneficiarios de la pensión tienen el mismo derecho a gozar de la misma, sin que circunstancias de orden personal y de su fuero interno, como lo es la decisión individual de contraer nuevas nupcias o hacer vida marital, puedan dar lugar a ese tratamiento discriminatorio.** Se desconoce el principio y derecho constitucional a la igualdad, cuando sin mediar circunstancia objetiva y razonablemente justificada se consagra una discriminación entre personas colocadas en un mismo pie de igualdad, lo cual ocurre en que se consagra un tratamiento diferencial y desigual para las viudas y viudos de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con el derecho a la pensión por fallecimiento del cónyuge.”*

Las anteriores consideraciones, ponen de presente que erró el A quo en negar la reanudación de dicha prestación, y por el contrario le asiste razón al recurrente por cuanto las prestaciones por sobrevivencia de origen común que le fueron reconocidas, por diferentes causantes, es decir, no son incompatibles en razón a que – contrario a lo sostenido por el A quo- no cubren el mismo riesgo o evento, puesto que se causan por el fallecimiento de dos personas que cotizaron cada una para los riesgos de IVM, y en las que a actora resulta como beneficiaria, en el primer caso fallecimiento de su compañero Néstor Coronell el 12 de junio de 1.970, y la otra por el fallecimiento del señor Alfredo Posso Pérez en el año 2008.

Así las cosas, se imponía condenar a la demandada a reanudar el pago de la pensión de sobrevivientes o de viudez que le había sido concedida a la actora en calidad de compañera del causante Néstor Coronell, y que le fue suspendida en el mes de diciembre de 2007, debiéndosele cancelar las mesadas pensionales causadas desde el mes de enero de 2008.”

¹⁶ Segundo. Las viudas y viudos que con posterioridad al siete de julio de 1991 hubieren contraído nuevas nupcias o hecho vida marital y, por este motivo, perdido el derecho a la pensión de que tratan las normas mencionadas, podrán, como consecuencia de esta providencia, y a fin de que se vean restablecidos sus derechos constitucionales vulnerados, reclamar de las autoridades competentes las mesadas que se causen a partir de la notificación de esta sentencia.

Precisado lo anterior, y como quiera que la demandada propuso oportunamente la excepción de prescripción¹⁷, debemos recordar que en materia laboral la prescripción común es de tres años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, pero es susceptible de interrupción extrajudicial por una sola vez mediante un simple reclamo escrito del trabajador recibido por el patrono, que genera desde su presentación un nuevo conteo de plazo legal (arts. 488 C.S. del T. y 151 del C.P.L), ó frente a entidades públicas mientras se agota la actuación administrativa.

Como en el presente asunto el último pago recibido por la actora por concepto de pensión de sobrevivientes por el causante Néstor Coronell fue en diciembre de 2007¹⁸, el término prescriptivo empieza a correr desde el mes de enero de 2008, pero como quiera que el 14 de agosto de 2009¹⁹ presentó reclamación administrativa, se interrumpió dicho términos hasta la Res. 10387 del 29 de junio de 2010, fecha a partir de la cual comienza a contabilizarse nuevamente el término trienal <en consideración a que en el expediente administrativo remitido por la dda no aparece la fecha de su notificación>, pero como quiera que la demanda la presentó solo hasta el **28 de enero de 2015**²⁰, se encuentran prescritas las mesadas causadas del 28 de enero de 2012 hacía a atrás, y así se dispondrá en la parte resolutive."

DECISIÓN: Declara parcialmente probada la excepción de prescripción. Condena a COLPENSIONES a reanudar el pago de la pensión de sobrevivientes suspendida.

SALA PENAL

M.S: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA

Radicación: 2018-00111-P-MC

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: DOSIFICACIÓN DE LA PENA- Aplicación para los delitos de hurto agravado por la confianza, concierto para delinquir y falsedad en documento privado/ **CRITERIOS DE PONDERACIÓN O VALORACIÓN-** Exigen motivación del funcionario judicial respaldada en la realidad probatoria/ **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA-** Para su concesión deben satisfacerse los requisitos objetivos y

FECHA: Junio 28 de 2018. **Audiencia de lectura de fallo:** Agosto 8 de 2018

PROCESADA: Lissette Patricia Camargo Silva

¹⁷ El derecho a la pensión es imprescriptible en sí mismo, sin embargo, la Jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que son susceptibles de prescripción las mesadas o diferencias pensionales con excepción de aquellas causadas dentro de los últimos 3 años contados desde la reclamación o presentación de la demanda hacia atrás <Ver entre otras las sentencias del 25 de octubre de 1.985, 26 de mayo de 1.986, 15 de julio de 2.003, Rad. 19557, 15 de julio de 2.008, Rad. 32328, 11 de marzo de 2.009, Rad. 31558 y 20 de octubre de 2.009, Rad. 34414>.

¹⁸ Tal como se dejó expresamente consignado en la Res. 10387 de junio 29 de 2010 – último párrafo, folio 129

¹⁹ Ver segundo párrafo consideraciones Res. 10387 de junio 29 de 2010 a folio 129

²⁰ Ver folio 128 acta individual de reparto

Aspecto fáctico:

En el presente caso, la defensa técnica de la condenada solicita a este Tribunal revise la condena impuesta y estudie la negativa al subrogado penal de suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Extractos:

“En el caso *sub examine* el apelante destaca que existió un yerro por parte del Juzgador al no ubicarse en el mínimo del primer cuarto de movilidad, y entonces, afirma el defensor que debe imponérsele a su prohijada la pena de 44 meses de prisión, lo que a su criterio daría paso a la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Así las cosas, la Judicatura dará respuesta al recurrente de la siguiente manera:

Revisado el expediente, esta Colegiatura constata que en efecto, la ciudadana Lissette Patricia Camargo Silva, le fue imputada la conducta de hurto agravado por la confianza, concierto para delinquir y falsedad en documento privado, consagrados en los artículos 241, numeral 2, artículo 289 y artículo 340 del Código Penal, los cuales en audiencia de imputación la sentenciada decidió aceptar los cargos atribuidos por la Fiscalía, por lo cual obtuvo una rebaja de hasta el 50% de la pena imputada debido a que no fue capturada en flagrancia.

Así pues, el juez en primera instancia efectuó de manera individual la dosificación de cada tipo penal en que se centró el actuar de la procesada, de la siguiente manera:

(i) En cuanto a la dosificación de la pena para el delito de hurto agravado por la confianza, observó el a quo que no existía circunstancias de mayor punibilidad, se estableció que la acusada no tenía antecedentes judiciales y ante esa situación debía moverse conforme a lo establecido por el artículo 61 inciso 3 del CP, que expresa:

“Artículo 61: fundamentos para la individualización de la pena. Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función de ella ha de cumplir en el caso concreto...”

Conforme a lo anterior, encontró el juzgador varios criterios de ponderación que a su juicio acreditaban un mayor juicio de reproche dentro del respectivo ámbito de movilidad, siendo ellos, la gravedad de la conducta y la intensidad del dolor, pues se trataba de una conducta sucesiva en la que tuvo la oportunidad de arrepentirse, pero aun así continuó con el hurto, los abusos a los estatutos de la compañía, la confianza depositada y la capacidad de mando con la que contó para desfalcocar la compañía.

Imponiendo en razón a lo antes dicho una pena total de setenta y dos (72) meses de prisión, que al aplicar la rebaja de pena del 50% por allanamiento a cargos, dio como resultado final 36 meses de prisión.

(ii) En cuanto a la dosificación de la pena para el delito de concierto para delinquir, encontró el juez que no existían circunstancias de mayor punibilidad y tampoco tenía antecedentes judiciales, ante esa situación debía moverse en el primer cuarto de movilidad, que dio lugar a que la pena para el segundo delito fuera de 48 meses de prisión, que al aplicar la rebaja del 50% por allanamiento a cargos, dio como resultado final 24 meses de prisión.

(iii) En relación a la dosificación de la pena para el delito de falsedad en documento privado, al moverse dentro del primer cuarto de movilidad correspondió a una pena de 16 meses de prisión, que al aplicar la rebaja de pena del 50% por allanamiento a cargos, dio como resultado final 8 meses de prisión.

Por tanto, determinó el a quo que ante el concurso de tipos penales, la pena final a imponer radicaba en 56 meses de prisión.

En este contexto, esta Sala observa que el Juzgador respetó los principios de legalidad y congruencia, al ubicarse dentro del primer cuarto, atendiendo que la Fiscalía no acusó circunstancias de mayor punibilidad, sumado a que sustentó los motivos por los cuales impuso la pena a cada delito, considerando que existieron a su discreción razones que acreditaban un mayor juicio punitivo, como lo fue la actuación desleal de la acusada a la compañía que le brindó además de estabilidad laboral, confianza en las funciones que le atribuyeron en su cargo.

Lo anterior debido a que los criterios impuestos por el legislador son de ponderación o de valoración, pero exige motivación del funcionario judicial y en este caso ello se cumplió, pues como se observa de la sentencia apelada, el Funcionario respecto de cada conducta punible expuso una argumentación apegada a la realidad probatoria.

En consecuencia, no le asiste razón al libelista cuando alude que el Juez Quinto Penal del Circuito dosificó indebidamente.

Por otro lado, respecto de la solicitud invocada por la defensa deprecando el beneficio del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena del que se hace acreedora su prohijada, se debe tener en cuenta que lo referente a la procedencia de esta petición el artículo 63 del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014, establece los siguientes requisitos para otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena:

- “1. Que la pena impuesta sea de prisión que no excede de cuatro (4) años.
2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2º del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, el Juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1º de este artículo...”. (Subraya fuera del texto original).

Así pues, dentro de este contenido normativo la Sala infiere que si bien la condenada cumple con el requisito subjetivo, porque no posee antecedentes penales, cuenta con arraigo social, laboral y familiar, es claro que a pesar de tal situación no sería procedente el reconocimiento del subrogado, en atención a que la pena impuesta supera los 48 meses de prisión que consagra el referido artículo 63, de modo que no cumple con el requisito objetivo que se requiere para acceder a este subrogado penal, tal como lo expuso el Funcionario de Primera Instancia.”

Decisión: Confirma la decisión recurrida.

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMENEZ

Radicación: 08001600105520160536503/ 2018-00110 P-CJ

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: DELITO DE CONCUSIÓN- Necesidad de la pena y exclusión de subrogados en los delitos contra la administración pública/ **PADRE CABEZA DE FAMILIA-** No se cumple cuando el menor está bajo el cuidado de la madre biológica, la cual es profesional y se encuentra laborando

PROCESADO: Rommel Darío Ángel Orozco

FECHA: Junio 25 de 2018 **Audiencia de lectura de fallo:** Julio 18 de 2018

Síntesis del caso:

En el presente caso, un empleado judicial que fue sorprendido en flagrancia por los agentes del Gaula cuando recibía el dinero producto de una solicitud realizada a una usuaria de la administración de justicia por agilizar un trámite

dentro de un proceso adelantado en el Juzgado donde laboraba, realiza un preacuerdo con la fiscalía, y solicita sea sustituida la medida de prisión intramural por domiciliaria, en razón a su alegada condición de padre cabeza de familia.

Extractos:

“Del contenido que informa esta actuación ostensible se ofrece que el debido proceso y derecho de defensa han alcanzado en este punto de la actuación su máxima expresión como garantía fundamental de un individuo que es vencido por el Estado en ejercicio del *ius puniendi* tras presentarse la lesión a un bien jurídicamente tutelado, como en nuestro caso aconteció cuando Rommel Darío Ángel Orozco, trasgredió la administración pública al constreñir abusando de su cargo como citador grado 03 del Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Barranquilla, a la ciudadana Carmen Cecilia Romero para que le diera dinero a éste a cambio de su gestión indebida en el trámite de un proceso que cursaba en ese despacho judicial.

(...)

Resulta preciso aclarar que el problema jurídico contrario a lo sugiere el censor, no parece girar en torno a si es necesaria o no la pena impuesta al procesado, porque como viene visto aunque con un discurso un tanto ambivalente, el mismo defensor técnico del procesado en sus argumentos está aceptando implícitamente que la pena de prisión impuesta a Rommel Ángel Orozco, es necesaria y lo reafirma solicitando que la misma pueda cumplirse en una modalidad diferente a la que estableció la juez de primera instancia, es decir, para que se cumpla en el lugar del domicilio de su apadrinado judicial, indicando que para que ello ocurra debe inaplicarse un requisito legal de tipo objetivo y permitir que se enarbore la garantía al *principio de necesidad* cuyo concepto sesgado expone su favor.

Observa la Sala, que con esa interpretación del principio de necesidad, el impugnante presenta la tesis consistente en una ponderación entre un principio rector de la ley penal colombiana y el artículo 68A que regula la exclusión de beneficios y subrogados penales a quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la administración pública; es por esta razón que se ofrece oportuno traer a colación una reciente explicación de la Corte, sobre las expresiones del principio de necesidad en relación con el establecimiento de la pena a imponer al penalmente responsable, obsérvese lo que al respecto se dijo:

“... el juez, en un caso concreto, una vez encuentra satisfechas las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad frente a determinado comportamiento humano, atiende u observa el principio hermenéutico de necesidad de la pena cuando considera las siguientes eventualidades:

(i) Para determinar si está frente a uno de los supuestos en los que el legislador lo faculta para prescindir de la pena según lo normado en artículo 34 de la Ley 599 de 2000²¹, hipótesis que, sobra decirlo, es ajena a la situación fáctica debatida, pues no se cumple la primera exigencia relativa a que se trate de un delito culposo o reprimido con pena no privativa de la libertad (la segunda son los grados de parentesco y vínculos filiales indicados en la norma);

(ii) Al momento de individualizar la pena con sustento en los criterios establecidos para tal efecto en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, dado que la observancia de esos moduladores son desarrollo de los ya indicados principio de proporcionalidad y razonabilidad, en cuanto permiten establecer la magnitud de castigo necesaria y merecida por el infractor sin desconocer los límites legales, en este asunto acatados por los juzgadores, y

(iii) Con el fin de establecer si se reúnen los presupuestos para conceder la suspensión de la ejecución de la pena (el análisis de este aspecto tiene que ver no con la necesidad de imponer una pena, sino con la necesidad de ejecutarla), de conformidad con el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, subrogado que en el asunto examinado fue con acierto negado por el a-quo por no estar satisfecho el condicionamiento objetivo relativo al monto de pena impuesta el cual superó el límite de cuatro años."²²

(...)

El legislador penal Colombiano, al confeccionar el catálogo de principios rectores de la ley penal, dejó establecido que la sanción penal que surja como consecuencia de un debido proceso en el que sea resquebrajada la presunción de inocencia de una persona a la que se le ha acusado de la comisión de una o varias conductas punibles, debe responder además de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, al de necesidad enmarcado en una de las funciones de la pena establecidos en el artículo 4º de la misma obra jurídica, a saber: la prevención general y la especial. Por supuesto teniendo en cuenta además que su concepto dista del de merecimiento de la pena que en nuestro caso sobre la responsabilidad penal de Rommel Darío Ángel Orozco, emerge enhiesta al superarse cada una de las categorías dogmáticas del delito de concusión, es decir, al encontrarse que el comportamiento desplegado por éste resultó típico, antijurídico y culpable.

²¹ "En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria".

²² Sentencia de 24 de enero de 2018. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP-0422018 (46283) M.P. Eugenio Fernández Carlier.

Es en relación al fin de prevención general y especial, que no puede pasarse desapercibido el hecho de que el procesado Rommel Darío Ángel Orozco, con su comportamiento no sólo incurrió en la comisión de una conducta punible contra la administración pública sino que además defraudó el compromiso con la administración de justicia que adquirió al prestar juramento en el acto de posesión en el cargo de citador grado 03 que le asignaba la calidad de servidor judicial, y que se encuentran regladas en como deberes y prohibiciones en los artículos 153 y 154 de la ley 270 de 1996.

Lo expuesto supone que, en relación con el ejercicio de la profesión de abogado del procesado, independientemente de la renuncia que presentara al cargo en la rama judicial, el señor Rommel Darío Ángel Orozco, debe cumplir con la pena que se le ha impuesto a y que no solo comprende la privación de la libertad, sino también la inhabilidad en el ejercicio de derechos y funciones públicas, para procurar la más consciente comprensión de los valores que inspiran este Estado Social de Derecho, que en cada una de sus instituciones está comprendido por el recurso humano del que no se espera menos que el cumplimiento de sus deberes y obligaciones contenidas en la Constitución y la Ley para el desarrollo de los fines contenidos en el artículo 2º Superior.

No es admisible para este Tribunal, que la defensa técnica reduzca a su más mínima expresión el concepto de *ius puniendi* bajo el argumento de ser la última ratio y por la garantía de intervención mínima del Estado en la limitación de los derechos de los ciudadanos aduciendo que el monto de lo recibido por su defendido fue de poca significancia económica; pues es precisamente en casos como éste, donde se produce un grave atentado a bienes jurídicos que además representan el vergonzoso flagelo de la corrupción en Colombia, donde se activa la coerción del Estado para imponer la condigna sanción penal y enviar, además, un mensaje contundente a los demás administrados – en especial a aquellos con calidades especiales de servidores públicos- con relación a las consecuencias jurídicas de conductas de este tipo que no deberían tener cabida en la administración de justicia.

De tal suerte que, la pena que se ha impuesto a Rommel Ángel Orozco, es necesaria para cumplir los fines de prevención general y específica en los términos aquí indicados y en la modalidad que se señaló en la sentencia de primera instancia en razón de la prohibición de beneficios y subrogados penales contenida en el artículo 68º del Código Penal, que en manera alguna se opone a las normas rectoras de la ley penal colombiana, en especial, al principio de necesidad que reza el artículo 3º ejusdem.

Ahora bien, en lo que corresponde a la calidad de padre cabeza de familia que en la decisión de primera instancia no se reconoció como requisito excepcional para acceder a la prisión domiciliaria en virtud del artículo 314 de

le Ley 906 de 2004, y que el defensor técnico aunque sin mayores argumentos de censura, se esfuerza por alegar; debe sostener el Tribunal, que en verdad surge evidente que a Rommel Darío Ángel Orozco, no le asiste la especial condición porque su menor hijo actualmente se encuentra a cargo de su madre biológica que ejerce la profesión de la medicina y que actualmente se encuentra vinculada laboralmente a una entidad prestadora de servicios de salud, de la que recibe remuneración económica.

(...)

En conclusión, del contenido que con suficiencia informa el expediente como de las alegaciones de las partes e intervinientes, se tiene demostrado que **(i)** el procesado Rommel Darío Ángel Orozco, no cumple con los requisitos objetivos para acceder a la prisión domiciliaria por expresa prohibición del artículo 68º del Código Penal - pena de aplicación necesaria en virtud de los fines de prevención general y específica- y **(ii)** tampoco demostró la calidad de padre cabeza de familia de su menor hijo como quiera que éste último cuenta con la guarda y protección de su madre biológica quien no se encuentra inhabilitada o incapacitada para cumplir con sus obligaciones parentales en procura de los derechos fundamentales prevalentes de su hijo."

DECISIÓN: Confirma íntegramente la sentencia apelada.

M.S: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Radicación: 08-001-60-01-257-2014-00455-04/2018-00127-P-CR

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto

TEMA: SOLICITUDES PROBATORIAS DE LA DEFENSA- Admisión/Intervinientes Especiales/ **RECHAZO DE TESTIGOS-** Por no haberse cumplido con lo tocante al descubrimiento y a la enunciación en la audiencia preparatoria/**DOCUMENTOS EN EL JUICIO ORAL** - Deben ser incorporados a través de un testigo de acreditación

FECHA: Julio 29 de 2018

PROCESADA: Silvia Beatriz Gette Ponce

Síntesis del caso:

En el presente asunto, la defensa de la procesada pretende introducir como medios de prueba en etapa de juicio oral, los testimonios de agentes de policía judicial, petición que no fue realizada al interior de la audiencia preparatoria.

Extractos:

"Superado el proemio, se advierte que, el *quid* de la impugnación radica en los virtuales testimonios de los señores JULIÁN ROCHA y FRANK LÓPEZ, comunes con

la Fiscalía y quienes son investigadores de policía judicial, con los cuales se pretende incorporar el formato de la unidad financiera y control-evaluación de capacidad de pago (análisis financiero hecho a la procesada, donde se aprueba luego de un estudio que se le pueden hacer préstamos por la capacidad o dinero que devengaba en la universidad), el formato de solicitud de préstamo y anticipo a empleados y el pagaré firmado por la encausada.

Ahora bien, tal y como se sabe los testimonios de aquellos fueron rechazados, por no haberse cumplido con lo tocante al descubrimiento y a la enunciación, acorde con el artículo 356 del CPP. Al respecto, véase que en la audiencia surtida el 27 de Octubre de 2017, desde el record: 09:36 el togado de la defensa inició su descubrimiento y, ciertamente, sólo pidió dos testigos, no siendo ninguno de ellos los de los investigadores JULIÁN ROCHA y FRANK LÓPEZ, empero, al turno de las documentales (record: 10:47) sostuvo:

"(...) formato de la unidad de información financiera y control de la evaluación de pago de empleados, se encuentra en el informe final del investigador de campo N° 933475 del 4 de Noviembre de 2014, suscrito por el investigador JULIÁN ROCHA y FRANK LÓPEZ, en el folio 109 de la prueba 3 del escrito de acusación, esta su señoría será solicitada como prueba en común con la Fiscalía, formato de solicitud de anticipos y préstamos de empleados, se encuentra en ese encuentra en el informe final del investigador de campo N° 933475 del 4 de Noviembre de 2014, suscrito por el investigador JULIÁN ROCHA y FRANK LÓPEZ, prueba 3 del escrito de acusación, folio 108; señoría el pagaré personal firmado por SILVIA GETTE PONCE, se encuentra en el informe final del investigador de campo N° 933475 del 4 de Noviembre de 2014, suscrito por el investigador JULIÁN ROCHA y FRANK LÓPEZ, prueba 3 del escrito de acusación, folio 111"

Y, al turno de la enunciación (record: 30:57), tampoco los mencionó en el acápite de las testimoniales y donde sí lo hizo, fue de nuevo en las documentales, al tenor de lo cual expresó que:

"(...) quiero dejar claridad que, los mismos que se descubrieron, pues son los mismos que vamos a solicitar en este momento (...) las pruebas documentales como son (...) formato de la unidad de información financiera y control de la evaluación de pago de empleados, se encuentra en el informe final del investigador de campo N° 933475 del 4 de Noviembre de 2014, suscrito por el investigador JULIÁN ROCHA y FRANK LÓPEZ, en el folio 109 de la prueba 3 del escrito de acusación, aquí se hace el análisis financiero, es un análisis financiero hecho a la rectora en su momento, la señora SILVIA BEATRIZ GETTE PONCE, donde se prueba luego de un estudio que se le puede hacer el préstamo de \$444.445.000, el documento está firmado por el respectivo director; formato de solicitud de anticipos y préstamos de empleados, se encuentra en ese encuentra en el informe final del investigador de campo N° 933475 del 4 de Noviembre de 2014, suscrito por el investigador JULIÁN ROCHA y FRANK LÓPEZ, prueba 3 del escrito de acusación, folio 108, este formato su señoría donde se constata el

préstamo hecho por la universidad a la señora SILVIA BEATRIZ GETTE PONCE, por concepto de préstamo en efectivo, en el valor de \$444.445.000, donde se constata que su salario en ese momento era de \$42.342.125, a su vez se reseña que del valor prestado, los \$444.445.000 serían descontados de su nómina serían descontados quincenalmente \$2.500.000; el pagaré personal firmado por SILVIA GETTE PONCE, se encuentra en el informe final del investigador de campo N° 933475 del 4 de Noviembre de 2014, suscrito por el investigador JULIÁN ROCHA y FRANK LÓPEZ, prueba 3 del escrito de acusación, folio 111”

Es decir, los testimonios de los investigadores JULIÁN ROCHA y FRANK LÓPEZ no fueron mencionados en ningún momento, ni siquiera en el espacio final de la enunciación cuando agregaron dos potenciales testigos; y, como esta actuación ha tenido una dirección errada, tampoco se puede seguir la línea demarcada ante un yerro de la Fiscalía, con relación a dos testimonios que le fueron concedidos en segunda instancia, en el auto adiado Febrero veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018); CUI: 08-001-60-01-257-2014-00455-01; Ref. Tribunal: 2017-00203-P-CR; Aprobado por Acta No.: 040, que no será necesario repetir, pues hace parte integral de esta actuación, puesto que en aquella oportunidad sí fueron enunciados y luego solicitados, que no es lo que ocurre ahora, ya que, la defensa, enunció y descubrió desde el pasado 27 de Octubre de 2017, como viene dicho y la única alusión que hizo de los investigadores de policía judicial fue con relación a las pruebas DOCUMENTALES, más no testimoniales.

Es decir, sólo hasta el pasado 24 de Mayo de 2018, es decir, no menos de siete (07) meses después dijo que se propone demostrar (record: 24:22), que no hubo apropiación, ni dolo o mala intención o interés indebido de apropiarse de esos dineros, sino que hubo garantías para iniciar reclamo del dinero, es decir, lo opuesto de la Fiscalía, para lo cual pidió lo que de suyo había descubierto y enunciado y, luego en el record: 23:30, sorpresivamente, estando en la sección de testimoniales a saber dijo:

“(…) además de eso señoría y como lo enuncié previamente, aparte de esos dos testimonios, la defensa va a solicitar unas pruebas comunes con la Fiscalía, la Corte Suprema de Justicia a través de diferentes autos y jurisprudencias ha dicho que efectivamente la defensa puede llamar como testigos a los investigadores de la Fiscalía siempre y cuando se cumplan con unos requisitos que ha señalado claramente (...) se hace ostensible que la defensa solicite esos testimonios, en este caso voy a solicitar los testimonios de JULIÁN ROCHA y FRANK LÓPEZ, como testigos directos de la defensa, porque a través de ellos vamos a introducir unos documentos que forman una pieza fundamental dentro de este proceso”.

Es decir, la defensa no había vislumbrado la necesidad de pedir estos testimonios que ahora pretende, en cambio lo que sí hizo fue solicitar tres elementos de conocimientos que aparecen dentro del informe final del

investigador de campo N° 933475 del 4 de Noviembre de 2014, suscrito por los premencionados investigadores de policía judicial, empero, no es lo mismo la prueba documental y los testigos con el que se pretende incorporar aquella, pues debe recordarse que:

(...)

(i) Según lo ha venido sosteniendo la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en decisión con Rad. N°48115: "**(...) LOS DOCUMENTOS POR SÍ SOLOS NO PUEDEN INGRESAR AL JUICIO, EN TANTO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO SE IMPONE QUE SEAN ACOPIADOS AL CONJUNTO PROBATORIO A TRAVÉS DE UN TESTIGO DE ACREDITACIÓN, SUJETO A CONFRONTACIÓN Y CONTRADICCIÓN. (...) LA ADUCCIÓN AL JUICIO DE DOCUMENTOS, CUALQUIERA SEA SU NATURALEZA, ESTÁ CONDICIONADA A QUE SU INCORPORACIÓN SEA REALIZADA CON ESTRICTO APEGO A LAS REGLAS Y PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN LA LEY, ESTO ES, A TRAVÉS DE UN TESTIGO DE ACREDITACIÓN**". (El destacado es de la Sala).

Es decir, por regla general los documentos deben aducirse al juicio a través de un testigo de acreditación, pero además, en tratándose de los informes de policía judicial a las voces del artículo 429 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 63 de la Ley 1453/11 en su inciso segundo dispone que: "**EL DOCUMENTO PODRÁ SER INGRESADO POR UNO DE LOS INVESTIGADORES QUE PARTICIPARON EN EL CASO O POR EL INVESTIGADOR QUE RECOLECTÓ O RECIBIÓ EL ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO O EVIDENCIA FÍSICA.**" (El destacado es de la Sala), es decir, como lo anotó el apelante nada obsta para que uno de los investigadores incorporen los tres elementos de conocimientos que vienen en mención, pues en gracia de discusión se trataba de una sola prueba, pero eso sí, siempre que hubiese cumplido con las formalidades y no lo hizo, tal y como lo hicieron ver la contraparte, los intervinientes especiales y, el Juzgado en su decisión.

(ii) En tratándose del sistema penal acusatorio, desde la preparatoria se dibuja la manera cómo ingresarán los documentos, los cuales, una vez admitidos deberán ser leídos y exhibidos en el juicio oral, pero antes de ello deberán ser puestos de presente a la contraparte y seguir las demás reglas en lo tocante a la incorporación de los documentos y su relación con el adecuado descubrimiento probatorio, que viene explicados en la novísima decisión de fecha 07 de Marzo de 2018, por la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en decisión con Rad. N° 51882, que a la sazón dijo:

"(...) LA FORMA DE INGRESAR LOS DOCUMENTOS DURANTE EL JUICIO ORAL PUEDE ACORDARSE Y PLANEARSE EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA, A LA LUZ DE PARÁMETROS COMO LOS QUE SE INDICAN A CONTINUACIÓN:

(...)

IGUALMENTE, DEBE CONSIDERARSE QUE PARA LA AUTENTICACIÓN DE UN DOCUMENTO DURANTE EL JUICIO ORAL, QUE ES PRESUPUESTO DE SU ADMISIBILIDAD (SALVO QUE SE TRATE

DE DOCUMENTOS PÚBLICOS AMPARADOS POR LA PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD, SEGÚN LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 425 DE LA LEY 906 DE 2004 (CSJSP, 01 JUN. 2017, RAD. 46728) DEBEN AGOTARSE LOS SIGUIENTES TRÁMITES: (I) ESTABLECER QUE EL TESTIGO TIENE CONOCIMIENTO PERSONAL Y DIRECTO (ART. 402 DE LA LEY 906 DE 2004) QUE LE PERMITA DECLARAR QUE EL DOCUMENTO ES LO QUE LA PARTE ADUCE SEGÚN SU TEORÍA DEL CASO, LO QUE ORDINARIAMENTE SE DENOMINA "SENTAR LAS BASES"; (II) UNA VEZ LOGRADO LO ANTERIOR Y PREVIA AUTORIZACIÓN DEL JUEZ, LA PARTE LE PUEDE PONER DE PRESENTE EL DOCUMENTO AL TESTIGO PARA SU IDENTIFICACIÓN, PREVIA EXHIBICIÓN A SU CONTRAPARTE; (III) EL TESTIGO DEBE DECLARAR SOBRE LO QUE EL DOCUMENTO ES; (IV) CUANDO LO CONSIDERE PERTINENTE, LA PARTE PUEDE SOLICITAR LA INCORPORACIÓN COMO PRUEBA, LO QUE DEBE SER RESUELTO POR EL JUEZ; Y (V) UNA VEZ INCORPORADO, EL DOCUMENTO DEBERÁ SER LEÍDO O EXHIBIDO, TAL Y COMO LO DISPONE EL ARTÍCULO 431 ÍDEM, EN LOS TÉRMINOS QUE SERÁN PRECISADOS MÁS ADELANTE.

(...)

UNA VEZ QUE UN DOCUMENTO ES ADMITIDO COMO PRUEBA, LAS PARTES PODRÁN UTILIZARLO: (I) DURANTE EL INTERROGATORIO CON EL TESTIGO DE ACREDITACIÓN; (II) CON OTROS DECLARANTES; (III) PARA IMPUGNAR A LOS TESTIGOS DE LA CONTRAPARTE, CUANDO RESULTE PERTINENTE; (IV) DURANTE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN O CLAUSURA; ETCÉTERA.
(El destacado es de la Sala).

Es decir, si se sigue la regla de oro que enseña que: **LO ACCESORIO SIGUE LA SUERTE DE LO PRINCIPAL**, se tiene que, no habiéndose enunciado, ni descubierto, procede el rechazo de las solicitudes testimoniales en comento, conforme lo impone el artículo 346 del CPP; pero, es que además la manera como vienen pedidas, con todo respeto, parecería ser una argucia de la defensa, pues pretende hacer ver como si lo documental y testimonial fuesen lo mismo y está claro que no lo es, pues, fue organizado y dividió incluso sus peticiones y al turno de las virtuales declaraciones en juicio no mencionó a los investigadores, empero, al haber advertido su falencia pretende hacer ver al Juzgado y a la Sala que sí lo hizo cuando al escuchar los discos compactos la realidad es otra. Y, como quiera que en este sistema las pruebas son rogadas, no hay lugar a modificar el auto apelado.

Por otro lado, aquí el debate no es si se pueden pedir o no como pruebas comunes, máxime que no hay ninguna objeción en que una misma prueba testimonial pueda servir a los intereses de la Fiscalía y la defensa al mismo tiempo, pues no hay duda que están en orillas distintas y tienen propósitos disimiles, es más, ello eso ya ha sido resuelto por las Altas Cortes, empero, el punto de quiebre es que al haberse inobservado las reglas probatorias de un lado procede el rechazo de los testimonios en cuestión y, denegar la incorporación de los tres elementos de convicción que se pretendía con ellos."

DECISIÓN: Confirma auto apelado.

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Radicación: 08 001 31 07 001 2014 00000 03 / 2018-00077-P-CJ

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia absolutoria

TEMA: AGENTE DE POLICIA (GAULA) ENLACE DE LAS AUC- Reconocimiento fotográfico que hace postulado de Justicia y Paz/ **AUTORIA MATERIAL-** Delitos de concierto para delinquir, desaparición forzada y homicidio agravado/ **RETRACTACIÓN DE TESTIGOS-** Debe valorarse a través de la confrontación entre sí y de cara a los elementos de juicio traídos a la actuación, a fin de verificar cuál de ellos se ajusta a la verdad

FECHA: Agosto 6 de 2018

PROCESADO: Flover Argeny Torres Sánchez

Síntesis del caso:

La decisión judicial extractada se origina en hechos acaecidos el día 21 de septiembre de 2000 en el municipio de Palmar de Varela, cuando tres sujetos armados que se desplazaban en un vehículo raptaron al señor Boris Pizarro Insignares, que en ese momento se encontraba hablando con unos amigos, utilizando para ello la intimidación con armas de fuego y esposas que permitieron reducirlo y embarcarlo en el automotor para luego llevarse con rumbo desconocido, quien posteriormente resulto muerto, al parecer porque había sido señalado erróneamente como auxiliar de la guerrilla, con participación de miembros del Gaula articulados con miembros de las AUC.

Extractos:

“Observa la Sala que la duda que edifica el a quo para absolver al procesado guarda relación con las pruebas que fueron posteriormente practicadas en el juicio oral de las que se destacan las diligencias de reconocimiento fotográfico en las que los ex paramilitares Alberto Enrique Martínez Macea y Javier Sánchez Arce, no identifican a Flover Argeny Torres Sánchez y que entiende como una “retractación” de las anteriores manifestaciones realizadas por estos testigos. Argumento que como se verá, carece de fuerza suasoria para rebatir las pruebas de cargo que presentó la Fiscalía para sustentar su hipótesis de culpabilidad.

(...)

Sobre la retractación de un testimonio se ha explicado que puede ocurrir que quien lo rinda mude su versión de los hechos o niegue la ocurrencia del delito por razones que si bien pueden ser verdaderas también puede que no estén en consonancia con los principios de justicia y verdad que persigue el proceso penal; es por ello que corresponde al juzgador armado con la lógica, la pericia

y las reglas de apreciación de la prueba, desentrañar el motivo y verdad de la retractación del testigo, por ejemplo cuando es objeto de coacción o de dádivas para que cambie su versión. (...)

(...)

Así, se reitera, en los casos en que se produce la retractación lo apropiado es confrontarlos entre sí y de cara a los elementos de juicio traídos a la actuación, a fin de verificar cuál de ellos se ajusta a la verdad. Siguiendo esa esa senda, advierte la Sala que en este caso no implica una retractación propiamente dicha el hecho de que los declarantes Javier Sánchez Arce y Alberto Martínez Macea no reconocieran en el álbum fotográfico a Flover Argeny Torres Sánchez; pues cada uno de ellos relata en el mismo sentido lo que ocurrió el día en que desaparecieron y posteriormente mataron a Borys Insignares Pizarro.

Si bien Javier Sánchez Arce no identifica como lo hizo sin inconvenientes en la primera diligencia la fotografía del procesado entre las distintas que le fueron mostradas, para la Sala no logra expulsar del mundo jurídico el señalamiento que hizo en dos oportunidades en la primera diligencia, que debe resaltarse ocurrió varios años antes y que, sin duda, pone de relieve un aspecto importante en la confrontación de los dos resultados de los reconocimientos, pues a mayor paso del tiempo crece la falibilidad de la memoria y el recuerdo de quien como el testigo, realizó sinnúmero de homicidios en la costa norte de nuestro país al mando del Comandante 09 de las AUC.

Entonces, no existe una razón que motive la retractación y si, en el mejor de los casos que puedan explicar lo acontecido con los testigos, lo que sucedió fue un natural desmedro de la memoria, sin dudas lo que surge luego de analizar en contexto la totalidad de las pruebas que obran en el expediente, es que el primer reconocimiento fotográfico es válido y tiene la virtualidad de mostrar quien era el miembro del GAULA que prestaba apoyo al grupo paramilitar para cometer vejámenes como aquel en el que perdió la vida Boris Pizarro Insignares.

Téngase en cuenta además que resulta inverosímil que en un caso como éste, una persona afirme conocer a otra, la identifique entre varias fotografías que le son mostradas, lo haga en dos ocasiones en órdenes distintos, rectifique que no es una persona sino la otra y que luego resulte años después que no lo conocía o que fuera objeto de una confusión. En otras palabras, no es creíble para la Sala, que la primera identificación que se hizo de Flover Argeny Torres Sánchez, no sea verdadera y, contrario a ello, lo que toma fuerza en nuestro caso es que en la etapa de instrucción se reconoció al procesado como alias "El ingeniero" y años después se evitó por parte del testigo reconocerlo en la audiencia de juzgamiento por razones que son objeto de investigación ordenada por la Fiscalía al observar este comportamiento del declarante.

Se aclara que para el Tribunal, no es necesario que primero se establezca la ocurrencia de un delito de falso testimonio imputable a Javier Sánchez Arce, para establecer que aquí se ha demostrado la responsabilidad penal de Flover Argey Torres Sánchez, porque basta con apreciar el testimonio con fundamento en los criterios establecidos en el artículo 238 de la ley 600 de 2000, para encontrar que la versión más completa y real fue la ofrecida el 16 de julio de 2012 por Javier Sánchez Arce, que guarda consonancia con lo antes dicho por éste mismo y por Alberto Enrique Martínez Macea, incluso, con coincidencia en la descripción física del procesado cuando sostienen: “**... uno de ellos era flaquito, delgadito**” ...“**el Ingeniero, él era jovencito, claro, delgado con frenillo en los dientes, era como de Bogotá, rolito...**” .

No sobra destacar que al describir el rango o rol que desempeñaba alias “El ingeniero” en el GAULA, los declarantes manifiestan que se trataba de un “capitán o teniente” es decir, que pese a no tener certeza sobre este aspecto, concuerdan en que se trataba de un hombre joven, de tez clara, delgado, de origen no costeño, que desempeñaba en la policía un cargo de mando y que estaba acompañado de dos personas más de inferior jerarquía.

Información que refuerza la responsabilidad penal de Flover Argeny Torres Sánchez, quien según se observa en el expediente – Folio 36, C.O. 2- tenía el grado de teniente de la Policía Nacional – GAULA Atlántico- y, por ende, un rol de mando que era fácilmente identificable por las personas que operaban al margen de la ley y que recibían su colaboración directa.

(...)

De suerte que un distinto ejercicio de valoración probatoria que tal como lo postulan al unísono los impugnantes, fue echado de menos en la sentencia de primera instancia, mismo que permite concluir lejos de lo dicho por el a quo, que no sólo la materialidad de las conductas punibles de *concierto para delinquir, homicidio y desaparición forzada* todos en circunstancias de agravación, superan cada uno de los estadios de la dogmática jurídico penal, sino que también se revela de cada uno de los medios probatorios legal, regular y oportunamente allegados a esta actuación, que Flover Argeny Torres Sánchez, es el responsable de ellos porque:

(i) El procesado como miembro activo de la Fuerza Pública concertó con integrantes de las AUC que operaban en el departamento del Atlántico, para cometer conductas punibles indeterminadas bajo la figura de prestar apoyo en los operativos realizados en la zona.

(ii) Producto de esa cooperación ilícita entre un agente del Estado y los grupos paramilitares, se sometió a Boris Enrique Pizarro Insignares a privación de su libertad cuando se encontraba en la terraza de su casa junto a varias personas, luego de lo cual fue ocultado sin que se conociera su paradero hasta

que fue confesada su muerte por parte de los ex paramilitares Javier Sánchez Arce y Alberto Martínez Macea.

(...)

(iii) Por tratarse de un error en la persona que estaban buscando, el señor Boris Enrique Pizarro Insignares, no proporcionó la información que los sujetos que lo raptaron le estaban solicitando acerca de un ataque de la guerrilla de LAS FARC, de la que lo señalaron pertenecer; razón por la cual fue ultimado por acción material del Comandante 09 -cuyas órdenes seguían los testigos y el mismo Flover Argeny Torres Sánchez- para luego ser lanzado al río Magdalena, llenándole el vientre de piedras para que no fuera encontrado, tal como ocurrió, colmando el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.”

DECISIÓN: Revoca sentencia absolutoria y en su lugar **CONDENA** al procesado a la pena de 400 meses de prisión, multa 1.500 SMLV, inhabilitación de funciones por el término de 20 años. Niega subrogados penales de suspensión condicional de ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

ACCIONES CONSTITUCIONALES

M.S: Dr. ABDON SIERRA GUTIERREZ

Radicación: 08-001-31-53-006-2018-00281-01/ T-00281-2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Tutela segunda instancia

TEMA: PROCESO CIVIL- Se inicia e impulsa a instancia de parte/**ACTIVIDAD OFICIOSA EN MATERIA DE PRUEBAS-** Esta limitada por las normas legales que así lo exigen/ **CARGA DE LA PRUEBA EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL-** Incumbe a la parte que persigue la indemnización correspondiente demostrar los elementos que estructuran dicho instituto y llevarle al Juez los medios de convicción necesarios para acreditar su existencia.

FECHA: Agosto 3 de 2018

ACCIONANTE: Rafael Daniel Paez Bastidas

ACCIONADO: Juzgado Tercero Civil Municipal de Barranquilla

Síntesis del caso:

En el presente asunto, la parte demandante (actor en tutela) promueve el resguardo constitucional en razón que el Juzgado accionado no aplicó al demandado la consecuencia negativa a su conducta procesal en cuanto que i) no contestó la demanda y ii) no compareció a la audiencia; y a pesar de ello, la agencia judicial no tuvo por probado el hecho que generó la indemnización reclamada.

Extractos:

“El sistema procesal civil está impregnado entre otros por el principio dispositivo caracterizado porque corresponde a las personas disponer de sus derechos sustanciales o subjetivos, y que la defensa de los mismos recae sobre los interesados, que deberán estimular la función judicial y proporcionar los elementos de convicción para resolver el conflicto mediante la respectiva sentencia, quedando el juez vedado para inmiscuirse en temas no objeto de la decisión. Acorde con la doctrina especializada²³ el principio en comentario implica: 1. Que la actividad jurisdiccional solo se inicia a petición de parte; 2. La determinación del objeto del proceso, tanto respecto a la pretensión como a la defensa corresponde a las partes; 3. El juez debe guardar la congruencia con la demanda y la excepción; 4. Las partes pueden ponerle fin al proceso cuando lo estimen pertinente mediante el desistimiento; 5. El objeto de la apelación lo fija el apelante o apelantes (tantum appellatum quantum devolutum).

En virtud del postulado dispositivo corresponde a la parte interesada la alegación de los hechos en que apoya su pretensión y excepción, así como, la aportación de los medios de prueba necesarios a dicho fin, tal como lo prescribe el artículo 1757 del Código Civil que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que la alega aquéllas o éstas”, también recogido en el artículo 167 del Código General del Proceso. Empero, por elementos de justicia material y de verdad real por convergencia, en aras de proteger a la persona o en últimas los derechos subjetivos de los justiciables es permitido al juez natural el decreto de pruebas de oficio para desenredar hechos que interesan a la causa judicial analizada, ello es posible conforme el precepto normativo del artículo 170 ibídem, cuando reza: “El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.”

No obstante, el deber de decretar pruebas oficiosamente solo es exigible en hipótesis puntuales. En lo demás, la ley concede al operador judicial la potestad o facultad de hacerlo según su razonable y prudente arbitrio. Sobre tal excepcionalidad ha dicho la jurisprudencia:

“(…) es obligatorio ordenarlas y practicarlas, como por ejemplo la genética en los procesos de filiación o impugnación; la inspección judicial en los de declaración de pertenencia; el dictamen pericial en los divisorios; las indispensables para condenar en concreto por frutos, intereses, mejoras o perjuicios, etc. (...) so pena que una omisión de tal envergadura afecte la sentencia”²⁴.

Aterrizada las precedentes elaboraciones teórico – jurídicas al asunto sometido a consideración es fácil advertir que no correspondía al juez de la causa

²³ Morales Molina, Hernando. Curso de derecho Procesal Civil, parte general.

²⁴ CSJ. SC. Sentencias 26 de julio de 2004; de 15 de julio de 2008; de 28 de mayo de 2005; de 21 de octubre de 2010; de 17 de mayo de 2011; de 21 de febrero de 2012; de 20 de septiembre de 2013; y de 14 de noviembre de 2014.

indemnizatoria suplir la deficiencia probatoria del demandante, esto es, no está llamado el juzgador a esclarecer el hecho dañoso, el daño propiamente dicho y el nexo causal que da origen a la demanda de responsabilidad civil reclamada, máxime cuando los medios de prueba aportados o solicitados en la demanda no tienen la virtualidad de sustentar la hipótesis planteada, limitándose solo a aportar pruebas documentales referidas a intercambio de comunicaciones con la parte demandada, una denuncia penal y un avalúo de los relojes aparentemente hurtados.

De modo, que fue la carencia de material demostrativo respecto de la ocurrencia del hecho dañoso y de la certeza daño de la responsabilidad tanto contractual como extracontractual –presupuestos sine qua non- fue lo que condujo al juez a desestimar la pretensión indemnizatoria. En este sentido contrario a lo sostenido por el juez de primera instancia el decreto de pruebas de oficio no resultaba forzoso, ni necesarias, dentro del juicio tantas veces aquí citado, lo que de contera supone la utilización del mecanismo constitucional para remediar su negligencia, descuido e incuria procesal, circunstancia no permitida.

Dígase, además, que el hecho de haberse tenido por no contestada la demanda por los demandados Lost Prevention y Axa Colpatría Seguro S.A., no constituye per se un acogimiento de los hechos aducidos en el libelo genitor, sino que debe acompasarse con los restantes elementos de convicción obrantes en el legajo, además, que en el asunto jurisdiccional tratado debiéndose probar los requisitos de la acción indemnizatoria, lo cual no realizó, se asumen las consecuencias de dicha conducta."

DECISIÓN: Revoca decisión impugnada. En consecuencia deniega el amparo constitucional deprecado.

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.

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

CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ
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

