

2020

*Primer Boletín
Enero - Abril*



Gilberto Marcón Fajardo

Relator

6-8-2020



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO**

**“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2007**

SALA ÚNICA

Presidente

Mg. EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Vicepresidente

Mg. JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL

Sala Única

Mg. LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO

Mg. JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL

Mg. GLORIA INÉS LINARES VILLALBA

Mg. EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

**Primer Boletín de 2020
Enero a Abril**

**GILBERTO ALARCON FAJARDO
Relator**



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

Boletín Jurisprudencial

No. 04
Sala Única

A corte 30 de Abril de 2020

El contenido de este boletín es de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias.

NOTA DE ADVERTENCIA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, a través de su Relatoría, en cumplimiento de sus funciones, asume la importante responsabilidad de recopilar, extraer y clasificar las providencias dictadas por la Corporación, así como la de preparar y poner en conocimientos los extractos judiciales, advirtiendo a quienes tengan el presente boletín como una fuente de consulta, que es necesario y conveniente, verificar y confrontar la información publicada con el texto original de cada providencia en el caso de haberse proferido bajo el sistema escritural o con el respectivo DVD de la Audiencia, en caso de que haya sido dictada en el sistema oral. Para ello se recomienda solicitar el original del respectivo pronunciamiento en la Relatoría y/o en la Secretaría General y/o en cada Despacho.

Se recuerda a los usuarios que cualquier inquietud, sugerencia o comentario que surja de cada publicación puede ser manifestada mediante escrito dirigido al correo electrónico reltssrv@cendoj.ramajudicial.gov.co. En consecuencia, a las medidas tomadas en marzo para afrontar la pandemia Covid-19, los tiempos de entrega de los boletines se han visto afectadas por las dificultades en la recopilación de la información de marzo y abril.

CONTENIDO POR TEMAS (HIPERVINCULO)

A continuación se hallan discriminados por temas el contenido de este documento en acto de facilitar su consulta haciendo *control-click* en el hipervínculo de interés respectivo. Seleccionado el tema y leído la titulación de su interés, haga *click* en el hipervínculo correspondiente al número de providencia que desea consultar.





S2020-0035

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES. PERDIDA DE COMPETENCIAS DEL COMISARIO O DEFENSOR DE FAMILIA DENTRO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS: Deber constitucional y legal del Juez de garantizar el respeto al derecho del debido proceso y administración de justicia, avocando conocimiento del proceso administrativa al no haber pasado más de 3 años sin definirse la situación jurídica del niño, niña o adolescente. / LA POTESTAD OTORGADA A LOS JUECES EN VIRTUD DE LO CONSAGRADO EN EL PARÁGRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 100 DE LA LEY 1098 DE 2006, ES DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA Y NO JURISDICCIONAL: Potestad únicamente con el fin de culminar el procedimiento y adoptar las medidas de restablecimiento de derechos a que haya lugar.

En igual sentido el artículo 103 de la Ley 1098 de 2006 establece que, cuando se declara la vulneración de derechos de un menor, la autoridad administrativa tiene un término máximo de seis (6) meses prorrogables por un periodo de tiempo igual al inicial, para que haga el seguimiento del caso y determine la medida de protección que corresponda, disponiendo también, cuando se supera los términos establecidos y no ha resuelto de fondo la situación jurídica del menor o, ha excedido el término inicial de seguimiento sin emitir la prórroga, el Comisario o Defensor de Familia pierde competencia de manera inmediata y debe “remitir el expediente al Juez de Familia para que este decida de fondo la situación jurídica en un término no superior a dos (2) meses.” La potestad otorgada a los jueces en virtud de lo consagrado en el parágrafo segundo del artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, es de naturaleza administrativa y no jurisdiccional, pues el procedimiento de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes ha sido regulado expresamente en el Código de la Infancia y la Adolescencia como un procedimiento o actuación administrativa, además, debe tenerse en cuenta que la atribución otorgada al juez por la norma que se comenta no es general y permanente, sino excepcional y transitoria, con el fin de cumplir una función que debía ejercer una autoridad administrativa. Esta pérdida de competencia para resolver el procedimiento de restablecimiento de derechos, representa, a su vez, una especie de sanción para las autoridades administrativas incumplidas y una medida de protección para los niños, niñas y adolescentes, que busca evitar dilaciones injustificadas que atenten o pongan en peligro sus derechos y garantías. En consecuencia, lo que se presenta, en este caso, es una excepción al reparto general de competencias que hace la Constitución y la Ley, pues el legislador le otorga a una autoridad judicial el cumplimiento de una función administrativa, que debe realizar de manera supletoria, ante la inactividad de las autoridades administrativas, pero únicamente con el fin de culminar el procedimiento y adoptar las medidas de restablecimiento de derechos a que haya lugar. Así las cosas, es claro que es el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia Duitama debió asumir el conocimiento de las diligencias de J.J.F.H, toda vez que la autoridad administrativa a la fecha, ya perdió la competencia para continuar con el trámite del mismo, pues han pasado tres (3) años desde la apertura del proceso y no se ha definido la situación jurídica del niño, máxime cuando estos asuntos deben tramitarse con prelación a otros procedimientos judiciales (excepto los de tutela y habeas corpus), por la naturaleza propia que le otorga la ley a sus derechos. Así las cosas, el juzgado accionado debe tener presente que sus decisiones han de ser el resultado de un procedimiento respetuoso de las formas propias de cada juicio, tanto que es imperativa la sujeción a la Constitución, por cuanto las decisiones que adopte afectaran directamente al niño. Por ello tiene el deber constitucional y legal de garantizar el respeto al derecho del debido proceso y administración de justicia.

S2019-0282

ACCIÓN DE TUTELA POR PAGO DE INCAPACIDADES. REGLAS. SITUACION EN CASO DE NO EMITIRSE CONCEPTO DE REHABILITACIÓN: Si no se ha emitido el concepto de rehabilitación con destino a la AFP, a título de sanción, la entidad promotora de salud asume el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad que devengaba el paciente hasta que se emita el mismo.

Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros ciento ochenta (180) días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un auxilio económico y, cuando se trata del día ciento ochenta y un (181) en adelante se estará frente al pago de un subsidio de incapacidad. A partir del día tres (3) hasta el día ciento ochenta (180), la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliada la persona beneficiaria. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013. Sin embargo, cuando la EPS correspondiente no ha emitido el concepto de rehabilitación con destino a la AFP, el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 y la línea jurisprudencial, prevé a título de sanción, que la entidad promotora de salud asuma el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad que devengaba el paciente hasta que se emita el concepto de rehabilitación.

ACCIÓN DE TUTELA POR PAGO DE INCAPACIDADES. ETIOLOGÍA. PAGO PARCIAL DE LAS INCAPACIDADES: La demora en el pago de las incapacidades, así como la ausencia en el reconocimiento de algunas de ellas, supone una afectación a las garantías que invoca el actor.

Y es que debe advertirse que, el reconocimiento y pago de una incapacidad asegura al trabajador un ingreso económico durante el periodo de su convalecencia, permitiéndole asumir su proceso de recuperación en los términos y condiciones médicamente diagnosticadas, particularmente por la especial protección a que tiene derecho en vista de su situación de debilidad manifiesta, además de garantizársele su derecho al mínimo vital permitiendo la satisfacción de las necesidades básicas de él y su grupo familiar económicamente dependiente, mientras se reintegra a la actividad laboral, o es definitivamente incapacitado. Es por ello que, con el reconocimiento de este tipo de prestaciones se pretende garantizar las condiciones mínimas de vida digna del trabajador y del grupo familiar que de él depende, en especial cuando se deterioran sus condiciones de salud o de orden económico. De esta misma manera, este derecho encuentra un amplio desarrollo en instrumentos internacionales. Así, ante circunstancias como las anteriores, en las que los derechos fundamentales se encuentran afectados por el no pago de una incapacidad laboral, el amparo constitucional es el mecanismo judicial apropiado para consolidar la protección de tales derechos. Por lo tanto, considera la Sala a pesar de que el material probatorio obrante en el expediente demuestra que la Nueva EPS ha cumplido con algunos de los pagos de las incapacidades, ello no implica que los derechos invocados por el actor no se hayan visto vulnerados con el accionar de la demandada, pues en todo caso, la demora en el pago de las incapacidades, así como la ausencia en el reconocimiento de algunas de ellas, supone una afectación a las garantías que invoca el actor, puesto que está demostrado que las incapacidades el accionante se han seguido produciendo sin solución de continuidad.

S2020-00037

ACCIÓN DE TUTELA EN CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS. SOLICITUD DE EXCLUSIÓN DEL CONCURSO DE UN CARGO QUE DESEMPEÑA EN PROVISIONALIDAD UN EMPLEADO QUE ALUDE CONDICIÓN DE PADRE DE FAMILIA, PERSONA EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD, APLICACIÓN DEL BENEFICIO DE “RETEN SOCIAL” Y PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA: Solo hasta cuando estén surtidas todas las etapas del proceso de selección por concurso público de méritos y como resultado, expedida la lista de elegibles, es el momento propicio para que se solicite protección como lo indica la Sentencia T-373/17. Al no encontrarse en esa etapa el concurso de méritos, no se está vulnerando actualmente ningún derecho fundamental.

Los empleos públicos son de carrera, así está regulado constitucionalmente en el artículo 125, y designada la competencia a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, para dirigir dicha función; así mismo la Ley 909 de 2004, que tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público, desarrollo en los artículos 29 y 31 lo relativo a los concursos para proveer de forma definitiva las vacantes y las etapas del proceso de selección para acceder a los empleos de carrera con el propósito de reducir la provisionalidad en el empleo público, como lo indica el artículo 263 de la obra en mención, por tanto, cada jefe de organismo debió reportar a la CNSC los empleos que se encontraban en provisionalidad en el empleo público para proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y decretos reglamentarios. Que la administración debe informar a la CNSC la lista de los funcionarios públicos que ocupan cargos de provisionalidad que ostentan la condición de sujetos de especial protección constitucional para evitar una eventual desvinculación laboral, lo cual es ambiguo porque las condiciones de dichos sujetos pueden ser cambiantes en el tiempo transcurrido entre el inicio de una convocatoria y el momento de confirmar mediante acto administrativo que desvinculan a una persona nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera. Para el caso, el accionante ocupa actualmente en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, cuyo cargo fue ofertado en el concurso de méritos referido; y cuando estén surtidas todas las etapas del proceso de selección por concurso público de méritos y como resultado, expedida la lista de elegibles es hasta entonces el momento propicio para que se solicite protección como lo indica la Sentencia T-373/17 M. P. Cristina Pardo Schlesinger, "concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que forman la carrera administrativa". Por tanto al no encontrarse en esa etapa el concurso de méritos base de la presente acción, no se está vulnerando actualmente ningún derecho fundamental de los invocados por el accionante.

S2020-00030

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES. NEGACIÓN A CONCEDER SUBROGADO PENAL DE LIBERTAD CONDICIONAL. EL ASUNTO NO ES RELEVANCIA CONSTITUCIONAL: La concesión del subrogado era posible conforme con lo dispuesto en artículo 64 del Código de Procedimiento Penal con la reforma introducida por la Ley 1709 de 2014 pero al realizar el estudio se concluyó que debía negarse por la gravedad de la conducta. / RAZONABILIDAD DE LA DECISIÓN: Pesan dos condenas por el mismo delito de extorsión, la gravedad de las conductas implica un mal mensaje social de concederse la libertad aspirada por accionante.

El accionante pretende que se revoque el auto No.1229 proferido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Rosa de Viterbo que negó el subrogado penal debido a la gravedad y modalidad de la conducta punible por la fue condenado y confirmado en segunda instancia por auto 09 de 28 de enero de 2020 expedido por el Juzgado Primero Penal Especializado del Circuito de Medellín, y en su lugar se le conceda el beneficio de la libertad condicional. También pretende que se decrete la libertad condicional en su beneficio, circunstancia que resulta improcedente como quiera que en los argumentos expuestos no se avizoran arbitrariedades contrarias a derechos y en el mismo sentido no se configura una vía de hecho en las decisiones de los jueces de instancia, por lo que esta Sala considera que no existe criterio eficaz para determinar la violación de garantías o derechos fundamentales, es decir que el asunto en cuestión, sea de relevancia constitucional, como se pasa a explicar. Examinados los autos especificados anteriormente, esta Corporación encuentra que el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Rosa de Viterbo negó el beneficio de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico en general, por ejemplo, los exigidos en artículo 64 del Código de Procedimiento Penal modificado últimamente por la el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014 ya que no se cumplían los requisitos, como se concluyó por los jueces de instancia. El estudio realizado por los jueces naturales de acuerdo con el citado artículo 64 del Código de Procedimiento Penal, determinó de acuerdo con la pena determinada a partir de la acumulación realizada por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, que resultó en ciento ocho (108) meses respecto de las condenas a noventa y seis (96) meses tasada en la sentencia de 15 de abril de 2016 por hechos ocurridos el 12 de septiembre de 2014 y dos (2) años impuesto en la sentencia de 01 de diciembre de 2015 por hechos ocurridos el 02 de junio de 2015. La negativa del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Rosa de Viterbo, se fundamentó exclusivamente en la prohibición que consideró absoluta que para la concesión de la libertad condicional que estableció el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, rechazando la aplicación del artículo 64 del Código de Procedimiento Civil con las modificaciones expuestas en Ley 1709 de 2014 norma que consideró tiene carácter especial frene a la disposición contenida en el artículo 30 del artículo Ley 1709 de 2014 y por esta razón no la tuvo en cuenta, en lo que no estuvo de acuerdo la segunda instancia, la que argumentó

que el estudio de la concesión del subrogado era posible conforme con lo dispuesto en artículo 64 del Código de Procedimiento Penal con la reforma introducida por la Ley 1709 de 2014 y al realizar el estudio concluyó que debía negarse por la gravedad de la conducta. Pues bien, contrario a lo argumentado por la Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Rosa de Viterbo, la prohibición de la concesión de la libertad y menos en la forma como se expuso por la primera instancia tiene vigencia alguna, pues frente al tenor del artículo 64 del Código de Procedimiento Penal actual, no goza de la especialidad aducida, y por ello el estudio de la libertad condicional era pertinente como lo hizo el Juez Primero Penal Especializado de Medellín. Al hacerse el análisis por el anteriormente nombrado juez de Medellín, negó la concesión del beneficio al sentenciado, porque al mismo se le habían impuesto dos condenas por el mismo delito de extorsión, y apoyándose en la gravedad de las conductas y el mensaje social que implicaría la libertad aspirada por Rodríguez Restrepo, sería un muy mal mensaje, argumentación que esta Sala encuentra razonable y comparte plenamente pues se halla dentro de la potestad interpretativa del juez natural que es primeramente el llamado para hacer la calificación, lo que impide que este juez constitucional pueda entrar a ejercer sus facultades de tal, puesto que además esta acción no fue instituida para revivir oportunidades procesales ya precluidas.

S2020-00026

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES: Vulneración de derechos con la decisión de no homologación de la declaratoria de adoptabilidad.

“Para el caso, revisado el expediente objeto de la queja constitucional y la providencia censurada, la Sala encuentra que el JUZGADO SEGUNDO PROMISCOUO DE FAMILIA DE DUITAMA, sí incurrió en los defectos referidos, pues primero impuso a la DEFENSORÍA DE FAMILIA una carga procesal que no le correspondía realizar, como lo es la notificación personal de la audiencia para la declaratoria de adoptabilidad, segundo, omitió que las vinculaciones y demás tramites de notificación se habían surtido en debida forma durante el trámite del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos de acuerdo a lo establecido en el artículo 102 de la Ley 1098 de 2006 y, tercero, omitió las pruebas y demás informes, valoraciones, entrevistas y declaraciones que obran dentro del referido proceso, tal como lo entraremos a analizar”.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES – INEXISTENCIA DE FALTA DE NOTIFICACIÓN DEL PROGENITOR EN PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS: El progenitor de la menor se encontraba notificado por conducta concluyente la cual surte los mismos efectos de la notificación personal.

Del expediente y las demás pruebas aportadas a la presente acción, se pueden concluir como hechos relevantes para resolver el problema jurídico los siguientes: (i) Mediante providencia de 14 de febrero de 2019 se dio apertura del Proceso Administrativo de Restablecimiento de derechos a favor de M.D.N.R., el cual fue notificado personalmente a su progenitora DIANA CAROLINA NIÑO RIVERA y a la abuela materna señora VILLANIRE RIVERA (fl 39-40). A esta fecha se desconocía quien era el padre de la menor, por lo cual no se logra llevar a cabo la notificación personal. (ii) el 24 de noviembre de 2019 se presenta ante el despacho de la Defensoría de Familia el señor NÉSTOR RAÚL PÉREZ GUERRERO acompañado de su progenitora NANCY PATRICIA PÉREZ (fl. 51), manifestando ser el padre de la menor M.D.N.R., señala que quiere reconocerla voluntariamente, que conoce la situación actual de la menor y del procedimiento que se está adelantando, que quiere hacer algo para que a la niña no la den en adopción y se la entreguen a su abuela paterna señora NANCY PATRICIA PÉREZ, pues, reconoce que él, no puede hacerse cargo de la niña por sus condiciones personales y porque también consume sustancias alucinógenas. Con la anterior declaración juramentada, se evidencia con claridad que el padre de la menor conocía de la existencia del proceso adelantado y además la situación de vulneración en la que se encontraba M.D.N.R, por lo que, de conformidad con el art. 301 del C.G.P., el progenitor de la menor se encontraba notificado por conducta concluyente la cual surte los mismos efectos de la notificación personal, norma aplicable por analogía al presente asunto según el artículo 100 parágrafo 6 de la Ley 1098 de 2006: “En todo caso, ante cualquier vacío jurídico deberá remitirse a lo reglamentado en la legislación procesal civil vigente”, (iii) Posteriormente a esto, y simultáneamente a la prueba de ADN la Defensora de Familia procedió a citar y emplazar (fl. 102-103) a las personas indeterminadas, familia extensa y demás personas legitimadas que se creyeran con interés dentro del Proceso Administrativo y se solicitó la correspondiente publicación en el programa me CONOCES del ICBF, sin que compareciera ninguna persona más a este proceso.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES – VALIDEZ DE LA NOTIFICACIÓN POR ESTADO DENTRO DE PROCESO ADMINISTRATIVO DE

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS: El Defensor de Familia emitió la decisión de declarar en estado de adoptabilidad bajo un análisis claro y coherente de los hechos ocurridos.

Teniendo en cuenta lo anterior, no entiende este Despacho, como la Juez de Familia no Homologa la Resolución 061 de 12 de diciembre de 2019, por considerar que la Defensora de Familia debía haber notificado personalmente de la audiencia para la declaratoria de adoptabilidad al progenitor de M.D.P.N., señor NELSON RAÚL PÉREZ GUERRERO, por considerar que esta no podía ser surtida con la notificación por estado, siendo que el artículo 102 ibídem, establece que la notificación personal sólo se llevará a cabo para la apertura del proceso administrativo, las demás providencias que se dicten en el curso de las audiencias y diligencias se consideran notificadas en estrados inmediatamente después de proferidas, aun cuando las partes no hayan concurrido, tal como sucedió en la presente. Igualmente el art 103 de la precitada Ley establece que los autos que fijan fecha y hora para audiencias se notificaran por estados, al igual que el de cambio de medidas. Así las cosas, se evidencia que al padre de la menor se le garantizaron sus derechos al debido proceso y la contradicción. En este sentido y contrario a lo manifestado por el JUZGADO SEGUNDO PROMISCO DE FAMILIA, esta Sala encuentra que la decisiones adoptadas por la DEFENSORÍA DE FAMILIA mediante Resolución 061 de 12 de diciembre se encuentra ajustada a lo establecido en el artículo 100, 102 y 103 de la Ley 1098 de 2006 y la medida de declarar a la niña M.D.P.N., en estado de adoptabilidad, no fue, sino el resultado de un análisis claro y coherente de los hechos ocurridos, de las pruebas aportadas, de los informes, valoraciones, declaraciones y entrevistas realizadas al interior del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos y de la garantía y protección del interés superior de la menor.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES: Procedencia pues el Juez en homologación no consideró las pruebas aportadas.

Fijémonos, entonces, que, con la decisión adoptada por el JUZGADO SEGUNDO PROMISCO DE FAMILIA DE DUITAMA se vulneran los derechos fundamentales de la menor M.D.P.N., pues no sólo desconoció y otorgó una equivocada interpretación a los procedimientos Legales, sino que, además, omitió lo ocurrido durante el proceso de restablecimiento de derechos, las pruebas, los informes, entrevistas, declaraciones, las valoraciones de los especialistas idóneos, los cuales llevan a determinar que, según el seguimiento hecho a la familia, esta no cuenta con las condiciones para garantizar sus derechos, teniendo en cuenta: (i) que la familia extensa materna, no son garantes de los derechos fundamentales de la menor, pues la progenitora DIANA CAROLINA NIÑO RIVERA es habitante de la calle, tiene antecedentes penales, presenta policonsumo de sustancias alucinógenas, utiliza a su hija para la mendicidad y la agrede psicológicamente, su tía SANDRA NIÑO RIVERA igualmente cuenta con antecedentes penales y tiene problemas con el licor; en cuanto a la abuela materna VILLANIRE RIVERA se evidenció su incapacidad para cuidarla y velar por su integridad, por cuanto permite el ingreso de habitantes de la calle y consumidores de sustancias psicoactivas al lugar donde residen, evidenciando un estilo de crianza permisivo y agresivo; además en el informe de valoración socio familiar se señaló que: (fls. 77-93), "(...) se identifican factores de riesgo en el sistema familiar, las múltiples problemáticas como el consumo de sustancias psicoactivas de manera habitual, situación de calle por parte de la progenitora, tía y algunos de sus familiares, ausencia de la figura paterna... pautas de crianza permisivas, sin autoridad que han generado en los nietos repetición de conductas y patrones delictivos ejercidas por las hijas de la señora Vilanire, no se identifica red de apoyo familiar extensa que pueda ser garante de los cuidados y protección de manera integral" y; (ii) en cuanto a la familia extensa paterna, el progenitor NÉSTOR RAÚL PÉREZ GUERRERO, manifiesta desde un comienzo, que él no puede hacerse cargo del cuidado de su hija por sus condiciones personales y porque también es consumidor de sustancias alucinógenas, pero que quiere que le entreguen la menor a su progenitora NANCY PATRICIA PÉREZ (abuela paterna de M.D.P.N), quien manifestó su deseo de cuidar a su nieta, pero no mostró mayor interés para asistir a las entrevistas psicológicas a las que fue citada; igualmente el informe de visita domiciliar obrante (fls. 142-150), determinó: "(...) no existe empoderamiento por parte de esta en asumir la custodia y cuidado personal de M.D.P.N., toda vez que no cuenta con disponibilidad de tiempo para apoyar la crianza de la nieta, además no se evidencia interés alguno en fortalecer el vínculo afectivo con la menor, a su vez la red de apoyo familiar es insuficiente... en varias oportunidades es reiterativa que la situación económica en el hogar es difícil por lo cual no pueden arriesgar su trabajo solicitando permisos... se identifican factores y elementos que pueden amenazar la integridad personal de la niña M.D.P.N., por lo cual no se considera viable, en este momento pensar en un posible reintegro familiar". Suficientes motivos se tienen, para determinar que del seguimiento realizado tanto a la familia extensa materna como a la paterna de la menor M.D.P.N., se estableció que ninguna de las dos cuenta con las condiciones para garantizar los derechos de la misma, por lo cual, se procedió a declarar a la niña en situación de adoptabilidad para garantizarle su derecho a la vida, a tener una buena calidad de vida y ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos.

S2017-00157

EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO REALIDAD –EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES – INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS COMO TRABAJO EN MISIÓN: El empleador no desvirtuó la presunción de contrato laboral.

En cuanto a la prestación del servicio por parte de Javier Riaño Motta, como trabajador en misión de Bavaria S.A., se tiene que el mismo no fue para ejecutar labores ocasionales, accidentales o transitorias, ni para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, ni mucho menos para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, como de manera específica lo permite la ley, ya que como se probó a lo largo del proceso el trabajador estuvo contratado por un término mayor al que establece la Ley para este tipo de contratos, es decir por más de un año, toda vez que laboró al servicio de Bavaria S.A., desde el 16 de abril de 2010 hasta el 7 de julio de 2014, así las cosas, correspondía al trabajador probar la prestación personal del servicio, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, situación que no se logró demostrar por parte de Bavaria S.A., en cuanto al tiempo en que el actor estuvo a su servicio, por lo tanto no es de recibo para esta Sala de Decisión, el argumento esbozado por la demandada Bavaria en el sentido de indicar que el actor no logró demostrar el tiempo durante el cual estuvo al servicio de la empresa, pues como se reseñó anteriormente a este solo le correspondía demostrar la prestación del servicio y a la aquí recurrente demostrar que el actor no estuvo el tiempo aludido a su servicio, ya que la carga de la prueba se encontraba en cabeza de la demandada Bavaria S.A.

ESTABILIDAD REFORZADA – INEXISTENCIA DE INEFICACIA DEL DESPIDO DE TRABAJADOR REALIZADO POR MISIÓN TEMPORAL LTDA., AL NO HABER SOLICITADO PERMISO ANTE EL MINISTERIO DE TRABAJO: No todo tipo de discapacidad puede ser objeto de protección especial por parte del estado.

De acuerdo con la calificación de pérdida de capacidad laboral obrante a folios 546 a 551, se tiene que el demandante tuvo una pérdida de capacidad laboral del 9.90%, siendo esta de aquellas que tienen un grado de invalidez inferior al moderado, por lo que Riaño Motta no era merecedor a esa especial garantía de estabilidad laboral reforzada, por lo tanto el empleador no tenía el deber legal de solicitar el permiso ante el Ministerio de Trabajo para despedirlo, no tornándose el mismo en ineficaz. Por la ausencia de la ineficacia alegada, no había lugar al reintegro del trabajador a su puesto de trabajo y en tal sentido se confirmará la decisión de primera instancia.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO - JUSTA CAUSA: La empresa de servicios temporales actuó como simple intermediaria. Cuando no se estipule la forma de terminación del contrato de trabajo, este se entenderá que es a término indefinido.

Ahora bien en cuanto a la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo alegada por la demandada Misión Temporal, se advierte que el trabajador se encontraba vinculado con la empresa de servicios temporales mediante un contrato a término indefinido y no por obra o labor contratada como lo adujo la pasiva, pues la realidad que se probó en el proceso fue que la empresa de servicios temporales actuó como simple intermediaria de Bavaria S.A., esto dado que una vez terminó la relación laboral del accionante con la demandada Bavaria S.A. el 7 de julio de 2014, el trabajador paso al servicio directamente de la empresa temporal como trabajador de planta, tal como quedó probado en el proceso con los testimonios rendidos por Pedro Pablo Sarmiento Estupiñán y Jorge Antonio Meza Torres. De conformidad con lo establecido por el artículo 4 del Decreto 4369 de 2006, son trabajadores de planta los que prestan sus servicios en las instalaciones del empleador, como efectivamente ocurrió en el presente caso durante el periodo comprendido entre el 8 de julio de 2014 y el 25 de mayo de 2015, por lo anterior cuando no se estipule la forma de terminación del contrato de trabajo, este se entenderá que es a término indefinido de conformidad a lo preceptuado en el numeral 1 del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo.

S2019-00031

ACCION DE TUTELA. DERECHO A LA SALUD. DESAFILADO POR LA EPS POR NO HABER REALIZADO LA MOVILIDAD ENTRE REGÍMENES DENTRO DE LA MISMA ENTIDAD, ORIGINANDO ANTE UNA URGENCIA, EL NO TENER COBERTURA COMPLETA DE PAGO: Período de protección laboral, derecho consagrado en el artículo 66 del Decreto 2353 de 2015. Surge al producirse la ocurrencia de dos situaciones: (i) La

terminación del contrato de trabajo, y (ii) Cuando trabajador independiente pierda las condiciones para continuar como cotizante y reporte la novedad.

Al accionante se le hizo durante el trámite un interrogatorio, el que fue recibido por este Magistrado sustanciador el 02 de marzo de los actuales en horas de la tarde, en el que afirmó que estuvo afiliado al régimen contributivo en salud desde hacía más o menos diecisiete (17) años, primero en la liquidada EPS de Saludcoop, del que fue transferido a la "Nueva EPS" desde 01 de mayo de 2017 como consta a folio 22 del expediente, a la cual dejó de cotizar en noviembre de 2019 siendo inscrito en el régimen subsidiado a principio de diciembre del mismo año. El "Periodo de protección laboral", tiene una duración variable, como aparece en el referido artículo 66 del Decreto 2353 de 2015, siendo la mínima de un mes, y para el caso del accionante Adonai Moreno González, operaba la máxima de tres (3) meses, contados a partir de la desvinculación al sistema contributivo el que fue efectivo a partir del 30 de noviembre de 2019. Así las cosas, al accionante se le debía prolongar la protección en salud y a su grupo familiar del que venían gozando hasta finales de febrero de dos mil veinte (2020) y como ya se halla afiliado según el reporte RUAF, al sistema de seguridad social en salud subsidiado desde el 27 de enero de dos mil veinte (2020), su período de protección laboral se extendió hasta ese día, por lo que la Nueva EPS no podía excusarse de prestar los servicios hospitalarios de urgencia que le negó y por parte de los cuales se le impuso por el Hospital Regional de Duitama el pago de la suma de \$2'000.000,00 lo que resulta ser un acto arbitrario que debe desaparecer, dejando así sin valor alguno el título valor y facultando a la ESE antes nombrada, para que cobre a la Nueva EPS y ésta pague, el valor exigido de acuerdo con las tarifas establecidas.

S2019-00032

ACCION DE TUTELA – MÍNIMO VITAL EN CONEXIDAD CON LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS – PAGO DE INCAPACIDADES POR ENFERMEDAD GENERAL O ACCIDENTE DE ORIGEN COMÚN: Las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

En relación a la condición de existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001 sobre la responsabilidad de pago, se tiene que: "las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación". En este punto es necesario enfatizar, en que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral, Este asegura un que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador. Desde esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por trescientos sesenta (360) días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico. Así las cosas, es claro que la AFP Colpensiones S.A., debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 a 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, circunstancia que para el caso en concreto, no se configura, por lo tanto se confirmara la decisión de primera instancia pero por las razones expuestas aquí.

S2020-00015

ACCION DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES – NEGATIVA A ENTREGAR UN TÍTULO JUDICIAL POSTERIOR A PROCESO DE CUSTODIA POR INDEMNIZACIÓN: Extralimitación - Decisión tomada arbitraria - Defecto sustantivo o material – Alcance de la patria potestad vs Custodia - El juez no tiene la competencia para señalar a los padres expresamente que el patrimonio de una menor se deba disponer en un determinado destino.

Así las cosas, este despacho encuentra que, si bien el juzgado accionado otorgó mediante sentencia del 21 de noviembre de 2018 la custodia de las mejores A.X. y M.P. T.L., y a su vez en la parte motiva de la misma dispuso que el dinero en depositado a órdenes del juzgado que es patrimonio personal de la menor Á.X.T.L., autorizó que le fuera entregado a aquel de los padres que tuviera su custodia, que en este caso sería a la madre, sin embargo, esa entrega fue condicionada se condicionó a que fuera invertida en la compra de un inmueble para el beneficio de la menor. La decisión tomada por el sentenciador es arbitraria, y con la decisión cuestionada, el

juzgado accionado incurrió en un defecto sustantivo o material, pues el accionado Juzgado Promiscuo de Familia de Santa Rosa de Viterbo dio un alcance al ejercicio de los derechos de un alcance que no tiene extralimitándose en su interpretación, pues en todo caso, la patria potestad es el mayor de los derechos de los padres, y la custodia es solo una parte mínima de éstos, confundiendo así los derechos y obligaciones que se derivarían de la patria potestad con los derivados de la custodia y cuidado personal de un menor. Así mismo, si bien el juzgado accionado señala haber actuado como garante de los derechos de la menor y por lo cual negó en dos oportunidades la solicitud de la accionante para que se le entregarán los dineros que se encuentra en depósito judicial, sumas que corresponde a la indemnización que recibió la menor Á.X. por la muerte de su hermano gemelo, este se apartó del ordenamiento jurídico y se extralimitó al imponer cargas a la actora que no corresponden, pues si bien al estar inmersos en el caso en mención derechos de una menor y los cuales tienen prevalencia sobre los derechos de los demás, el juez no tiene la competencia para señalar a los padres expresamente que el patrimonio de una menor se deba disponer en la adquisición de un determinado bien inmueble, como ocurre en el presente caso, porque la administración del patrimonio de un infante o de un adolescente, como bien lo ha indicado la Corte, corresponde a quienes ostentan la patria potestad de la misma, como lo es Henry Eudosis Torres Poveda y Esperanza León Rodríguez. Es por lo anterior, que el juzgado, desconoció los derechos del Henry Eudosis Torres Poveda, progenitor de la menor, pues éste al conservar el ejercicio de la patria potestad, tiene derecho a resolver en beneficio de su hija junto con la madre, el destino de los dineros de propiedad de la menor. En atención a que el derecho de administrar el patrimonio del hijo no emancipado obedece al ejercicio conjunto de la patria potestad y no únicamente para el padre que ostenta la custodia y cuidado personal del no emancipado como ocurre en el presente caso en el que ambos padres detentan la patria potestad lo que determina que los dos tienen el derecho y deber de administrar de consuno o de común acuerdo el dinero que le correspondió a su menor hija como indemnización por la muerte de su hermano gemelo, suma de dinero que se encuentra en el depósito judicial que el juzgado accionado tiene en el Banco Agrario de este municipio, y solo si no logran tal acuerdo con la intervención de las autoridades defensoras de la familia y del menor, que en todo caso deben ser llamadas cuando se haya de hacer la disposición para los fines de bienestar y provecho de Á.X.T.L..." "... exhortando a Henry Eudosis Torres Poveda y Esperanza León Rodríguez para que en ejercicio de su derecho de patria potestad, y de las facultades de administración del patrimonio personal de su hija, tomen de consuno la mejor decisión para la administración del dinero, que no está afectado por lo dispuesto en el artículo 291 del Código Civil, y tienen su usufructo, y en caso contrario deberán acudir ante el juez de familia para que resuelva".

S002-2017

DIVORCIO DE MATRIMONIO CIVIL - GRAVE E INJUSTIFICADO INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE ALGUNO DE LOS CÓNYUGES DE LOS DEBERES QUE LA LEY LES IMPONE COMO TALES Y COMO PADRES: No se probó la causal por la demandada en reconvencción, y si por el demandante.

Frente a lo anterior, al revisar de forma cuidadosa los audios en que se registra cada una de las audiencias, se evidencia que los testigos de la demandada, referían contundentemente aspectos sobre un aparente maltrato que sufría la demandada, que no logró ser demostrado, pues no se allegó elemento probatorio alguno para probar su dicho, pero al indagárseles sobre situaciones concretas de la relación de pareja atañedores a la convivencia, el cumplimiento de obligaciones de los cónyuges y comportamientos de la demandada, fueron evasivos hasta el punto que la juzgadora de primera instancia, como no podía ser de otra manera, requirió a estas personas para que contestaran lo que se les indagaba como efectivamente lo sostuvo el demandante al descorrer el traslado de los alegatos del recurso, resultando lógico que estas personas dado el vínculo con la demandada, quisieran sortear sus respuestas para ayudar a la defensa de ML llegando a incurrir en contradicciones, lo que llevó a concluir a la A quo que dichos testimonios no lograron demostrar el dicho de la demandada. En suma, no cabe duda que la causal segunda alegada por el demandante para solicitar el divorcio está debidamente demostrada, ya que se itera, el comportamiento de la demandada generó que incumpliera con las obligaciones y deberes frente a su esposo e hijo, y es que no se puede pensar en una justificación para tal fin, ya que dicho incumplimiento emergió desde el momento en que ML decide hacer sus negocios sin contar con la anuencia de su esposo y al entrar en una pérdida económica presentó un cuadro depresivo, que terminó en el desinterés frente a su hogar, omitiendo que tenía un hijo menor quien necesitaba de su atención y cuidado, sin que sea aceptable el hecho que el niño estaba influenciado por su padre, ya que este menor en su exposición sencilla y espontánea, manifestó que los problemas que tenía su progenitora desde la época en que decidió entregarle la casa a su hermana y su querer de convivir con su padre, quien es la persona que le brinda todo el cuidado personal.

DIVORCIO DE MATRIMONIO CIVIL - ULTRAJES, EL TRATO CRUEL Y LOS MALTRATAMIENTOS DE OBRA: No se probó la causal por la demandada en reconvencción.

En cualquiera de las anteriores situaciones debe de presentarse un daño grave; el daño debe ser suficiente para considerar que realmente se afectaron los derechos que se pretenden proteger y considerarse la causal tercera de divorcio. Partiendo de lo anterior, tenemos que tanto demandante principal como demandante en reconvencción invocan dicha causal como generadora de divorcio pero por hechos diferentes, ya que el primero aduce a una falta de ML para atender las labores del hogar, la apropiación de bienes y que entregó a su hija CL; y por su parte, ML en su demanda de reconvencción aduce que luego de salir del hospital el 10 de mayo de 2017 su esposo la abandonó llevándose a su hijo, sin establecer concretamente los hechos en que funda su petición.

Sobre este tópico, tenemos como se dijo al desatar la anterior causal de divorcio, correspondía a cada una de las partes, demostrar sus dichos como lo dispone el art. 167 del C.G. del P., sin que se haya allegado elemento de convicción alguno que demostrara la prosperidad de esta causal, pues, por el contrario, se logró determinar que ML efectivamente fue la causante de la separación de la pareja debido a su habitual incumplimiento de sus deberes frente a su esposo y su menor hijo.

DIVORCIO DE MATRIMONIO CIVIL – ALIMENTOS A FAVOR DE HIJO MENOR-EXONERACIÓN: No se presume el devengar el salario mínimo pues se probó su estado de salud y por su situación de estar sisbenizada.

No obstante, respecto de la necesidad de los mismos, específicamente la demostración de los gastos y la capacidad económica de la demandante en reconvencción, y demandada principal, requisitos indispensables que debe analizarse cuidadosamente al momento de fijar una cuota alimentaria, tenemos que no se allegó elemento probatorio alguno que demostrarán estos dos aspectos, por el contrario, revisada la historia clínica se establece que la Sra. ML está vinculada al sistema de seguridad social en salud a través del régimen subsidiado, y de acuerdo con la Escritura Pública No. 1280 del 8 de junio de 2016 de la Notaría Primera de Duitama que contiene la disolución y liquidación de bienes de la sociedad conyugal formada por las partes en contienda, la misma se liquidó en ceros, aclarando que las partes manifestaron que durante la existencia de la misma no adquirieron bienes muebles ni inmuebles, es decir, no está demostrado que la referida señora tenga bienes de fortuna que le generen rentabilidad, ni ingreso alguno, este último aspecto quizás por su estado de salud, motivo por el cual ante la orfandad probatorio respecto de este tópico no procedía la condena alimentaria. No obstante, cabe advertir, que con posterioridad y demostrados dichos requisitos procede la petición concreta de los alimentos. Esta decisión por supuesto tiene también como fundamento, en que a pesar de la presunción de que una persona para prestar alimentos devenga por lo menos el salario mínimo, aquí lo que está demostrado en general es que por su estado de salud y por sus condiciones de estar sisbenizada, ella no cuenta siquiera con ese ingreso.

DIVORCIO DE MATRIMONIO CIVIL – NO VULNERACION DE LAS NORMAS DE PERSPECTIVA DE GENERO: Debe quedar demostrado, no solo que en la relación procesal existe una mujer, sino además, que esa condición le genera una desigualdad o déficit de protección o de representación, que la hagan inferior en el proceso, que obligan al juez a actuar a su favor.

Aplicados los anteriores preceptos legales al caso en estudio, tenemos que si bien es cierto, la demandada principal y demandante en reconvencción a través de su gestora judicial solicitó la aplicación de la perspectiva de género al momento de desatarse la controversia litigiosa con ocasión a las agresiones verbales y al grado de abandono a que fue sometida por parte del Sr. CH, también lo es, que quedó debidamente establecido que esas afirmaciones no tuvieron éxito probatorio en este trámite procesal, habida cuenta que no se allegó prueba que demostrará que ML fue víctima de violencia y abandono por parte de su esposo, máxime cuando no se incorporó al expediente algún tipo de actuación judicial o administrativa para restablecer los derechos al interior del hogar conformado por las partes; por el contrario, recordemos que, de la prueba testifical allegada por el demandante se establece que entre los esposos existió un trato cordial y de apoyo mutuo, hasta el momento en que ML empezó a tener desavenencias económicas, vale decir, no se evidenció un maltrato sistemático ejercido por CH, sin que una petición de esa índole sin estar debidamente sustentada y demostrada, traiga como resultado la aplicación de una condena automática de un aparente agresor en beneficio de quien invoca la perspectiva de género, pues, socavaría las bases de la democracia y despojaría de legitimidad la actuación estatal, entonces, la protección en este caso de la mujer puede ir más allá de lo pedido, pero no más allá de lo probado, es decir, si se toman decisiones basadas en la perspectiva de género, de todas formas debe quedar demostrado, no solo que en la relación procesal existe una mujer, sino además, que esa condición le genera una desigualdad o déficit de protección o de representación que obligan al juez a actuar a su favor, que la hagan inferior en el proceso, que no es el caso como se ha venido resaltando.

S2020-00016

ACCION DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES – TERMINACIÓN POR DESISTIMIENTO TÁCITO DEL PROCESO EJECUTIVO – INTERPRETACIÓN ERRADA DE LA NORMA - DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO: Se presenta también cuando el funcionario judicial deja de dar una interpretación adecuada al precepto legal que aplica, o frente a los vacíos de la norma deja de acudir a los principios que gobiernan la interpretación o a las especies de la misma como las que consultan el espíritu o finalidad de la Ley, en contravía de las disposiciones que rigen la materia. / DESISTIMIENTO TÁCITO EN PROCESO EJECUTIVO CUANDO SE EMBARGAN REMANENTES - No procede declararlo cuando existe remanentes embargados y, ponerlos a disposición del proceso, depende de otra autoridad judicial.

“Superado el anterior análisis, debe determinarse la concurrencia de alguno de los presupuestos o requisitos que hacen procedente la tutela de un derecho, para el caso debe ser estudiado el defecto material o sustantivo, que más allá de la simple definición que se ha dado en el literal d, cuando se trató de las condiciones específicas de procedibilidad, se presenta también cuando el funcionario judicial deja de dar una interpretación adecuada al precepto legal que aplica, o frente a los vacíos de la norma deja de acudir a los principios que gobiernan la interpretación o a las especies de la misma como las que consultan el espíritu o finalidad de la Ley, en contravía de las disposiciones que rigen la materia como la contenida en los arts. 31 y 32 del Código Civil, el segundo de los cuales ordena que los pasajes oscuros o contradictorios se interpretaran del modo que más conforme parezca al espíritu general de la Legislación y a la equidad general...”

“...Así no es completamente cierto que en el proceso no haya actuación porque el ejecutante no la haya promovido pues no se ve cual podría ser a no ser que se tratara de actuaciones inocuas como reliquidaciones del crédito o nuevos requerimientos porque con ellos se estaría promoviendo diligencias o actuaciones insustanciales. En síntesis no se ve que el proceso, existiendo un embargo de remanente debiera ser impulsado por el ejecutante, pues lo había hecho insistentemente y por ello, si el desistimiento tácito sanciona la inactividad por negligencia o malicia del litigante, que es la filosofía de la figura, en el presente caso no se presenta esa condición y por lo mismo con una interpretación sistemática de los numerales 1° y 2° del art. 317 y de la teleología de la misma, no es posible que se decrete el desistimiento tácito cuando existen remanentes embargados y ponerlos a disposición del proceso depende de otra autoridad judicial a la que ya se ha referido”.

S2019-00081

ACCIÓN DE TUTELA POR TRASLADO DE PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD – ACTUACIÓN NO ARBITRARIA: El Acto administrativo por medio del cual se ordenó el traslado de la PPL, se encuentra plenamente fundamentado por parte del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sogamoso, pues dicha decisión obedece a la necesidad de lograr los fines del establecimiento carcelario y el cometido principal de la pena que es la resocialización de los internos y la conservación de la seguridad, el orden y la disciplina dentro de las cárceles.

...el a quo no desconoció los pronunciamientos de carácter constitucional que restringen tal carácter, pues si bien la Corte Constitucional en Sentencia T 553 de 2017 ha señalado que: “Cuando la actuación de las autoridades carcelarias son arbitrarias o están de por medio derechos fundamentales de tal jerarquía ante los cuales debe ceder el ejercicio de la facultad discrecional, especialmente cuando está de por medio el interés superior de un menor de edad, que de conformidad con lo expuesto goza de prevalencia en el marco constitucional”, en el presente caso no se está ante una actuación arbitraria por parte del Establecimiento de Mediana Seguridad y Carcelario con Reclusión de Mujeres de Sogamoso EPMSC-RM, toda vez que, del expediente de la acción constitucional se puede constatar que los motivos que dieron lugar al traslado de la PPL Lina Fernanda Gómez Gil y de seis más de sus compañeras, obedece en primer lugar a la clase de delito por el que fue condenad, esto es Homicidio Agravado por la muerte de Miguel Ángel Salas Amado, padre del menor Juan Andrés Salas Gómez y pareja de la misma, como lo señaló la directora del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sogamoso en su contestación; y, en segundo lugar, la categoría de mediana seguridad del establecimiento penitenciario del centro de reclusión de Sogamoso, condiciones con las cuales sostiene fundadamente, no ser el centro adecuado que pueda brindar la seguridad suficiente. Frente al anterior particular, encuentra esta Sala que, el acto administrativo No. 902535 del 22 de agosto de 2019 emanado de la Dirección General del INPEC a solicitud de la Dirección del Centro Carcelario de Sogamoso, por medio del cual se ordenó

el traslado de la PPL Lina Fernanda Gómez Gil, se encuentra plenamente fundamentado por parte del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sogamoso, pues dicha decisión obedece a la necesidad de lograr los fines del establecimiento carcelario y el cometido principal de la pena que es la resocialización de los internos y la conservación de la seguridad, el orden y la disciplina dentro de las cárceles, esto en atención a lo manifestado por dicho Establecimiento en la contestación del escrito de tutela numeral noveno, a saber: "La decisión del traslado de la PPL Lina Fernanda Gómez Gil, no obedece a un capricho de la administración y se encuentra motivada, pues este centro carcelario, es un establecimiento de mediana seguridad que no puede prestar la seguridad de este tipo de condenas, y establecimientos carcelarios como el Buen Pastor en Bogotá cuenta con una sobrepoblación que impide recibir a más detenidas". Por lo tanto, su actuación no fue arbitraria y obedece a la necesidad de mantener la seguridad dentro del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sogamoso.

ACCIÓN DE TUTELA POR TRASLADO DE PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD – NO VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO HIJO DE LA INTERNA: No se está ante una actuación arbitraria por parte del Establecimiento de Reclusión pues se puede constatar que los motivos que dieron lugar al traslado y de seis más de sus compañeras, obedece: 1. A la clase de delito por el que fue condenada (Homicidio Agravado por la muerte del padre del menor y pareja de la interna a trasladar). 2. Por las características del centro de reclusión que no resulta adecuado para brindar la seguridad suficiente.

Respecto a la amenaza a derechos fundamentales del menor hijo de la reclusa, y a la unidad familiar, que según la accionante se consumaría con el traslado de Lina Fernanda al Complejo Carcelario y Penitenciario de Cúcuta, y que habría sido avalado por la primera instancia, al considerar que las facultades con las que cuenta la entidad penitenciaria son absolutas, esta Sala encuentra que, el a quo no desconoció los pronunciamientos de carácter constitucional que restringen tal carácter, pues si bien la Corte Constitucional en Sentencia T 553 de 2017 ha señalado que: "Cuando la actuación de las autoridades carcelarias son arbitrarias o están de por medio derechos fundamentales de tal jerarquía ante los cuales debe ceder el ejercicio de la facultad discrecional, especialmente cuando está de por medio el interés superior de un menor de edad, que de conformidad con lo expuesto goza de prevalencia en el marco constitucional", en el presente caso no se está ante una actuación arbitraria por parte del Establecimiento de Mediana Seguridad y Carcelario con Reclusión de Mujeres de Sogamoso EPMSC-RM, toda vez que, del expediente de la acción constitucional se puede constatar que los motivos que dieron lugar al traslado de la PPL Lina Fernanda Gómez Gil y de seis más de sus compañeras, obedece en primer lugar a la clase de delito por el que fue condenada, esto es Homicidio Agravado por la muerte de Miguel Ángel Salas Amado, padre del menor Juan Andrés Salas Gómez y pareja de la misma, como lo señaló la directora del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sogamoso en su contestación; y, en segundo lugar, la categoría de mediana seguridad del establecimiento penitenciario del centro de reclusión de Sogamoso, condiciones con las cuales sostiene fundadamente, no ser el centro adecuado que pueda brindar la seguridad suficiente.

S2019-00010

ACCIÓN DE TUTELA – TRASLADO DE DRAGONEANTE DEL INPEC – PROTECCION A LOS DERECHOS A LA DIGNIDAD HUMANA, LA UNIDAD FAMILIAR Y LOS DERECHOS DEL MENOR A TENER UNA FAMILIA: El traslado se ha producido de una forma intempestiva y en forma grave afecte los derechos fundamentales de la familia del servidor público. La determinación administrativa de carácter laboral, debe ser tomada con prudencia y razonabilidad para que no se afecten derechos fundamentales de los niños.

Y es que resulta claro para la Sala que la decisión del INPEC, además de intempestiva, de cierta forma resulta contradictoria, pues existe ya una decisión de esa misma institución a través de la cual se dispuso un traslado del servidor al EPAMSCAS de Combita, pero en la actualidad se dispone un nuevo traslado a un Establecimiento Penitenciario y Carcelario, según refiere el actor, muy lejos de su familia, circunstancia con la cual refiere se configura un quebrantamiento al desarrollo esencial de la infancia, pues al abandonar a sus hijos a esa edad, cuando más requieren más apoyo moral y psicológico de su familia, especialmente de los padres, generando un rompimiento familiar, máxime que si bien cierto una determinación administrativa de carácter laboral, debe ser tomada con prudencia, razonabilidad para que no se afecten derechos fundamentales de los niños. Aunado a lo anterior, si bien es cierto, según se constató por el INPEC, los hijos del accionante se encuentran bajo el cuidado y protección permanente de la figura de la madre, se desconoce por el INPEC que el actor es el encargado de responder económicamente por su abuela y su madre, además que su traslado generaría que los referidos menores carecieran de su figura paterna, lo cual no resulta un valor de menor entidad y, mucho menos el considerar que se pueda mutar el domicilio de un núcleo familiar asentado en determinada ciudad, por la simple

y llana necesidad del servicio alegada por el INPEC, pues la vigencia y función de un establecimiento o una entidad, no puede dar al traste con un valor fundante de la sociedad como la familia y los derechos de los niños. No puede pasarse por alto que la Corte Constitucional a través de dichas decisiones no ha propendido por invadir el fuero discrecional de las entidades como el INPEC, sino que su competencia ha procurado porque dichos traslados no afecten valores máximos de la sociedad y la familia como valor fundante de ella, tal y como en el presente caso, en donde a través de la una retribución económica se busca justificar una decisión de traslado, desconociendo realidades familiares incontestables e incontrovertibles. Por último, resulta claro que ante dicho panorama se hace indiscutible la actuación del juez constitucional, debiéndose acometer en el presente asunto una decisión de amparo constitucional de manera transitoria y como consecuencia de la posible consumación de un perjuicio irremediable, de acuerdo a lo normado en el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política.

S2020-00011

ACCIÓN DE TUTELA POR EXCLUSIÓN DE CONCURSO PARA PROVEER CARGO DE DRAGONEANTE AL NO CONTAR CON LA ESTATURA MÍNIMA – INEXISTENCIA DE PERJUICIO IRREMEDIABLE: Es posible exigir requisitos físicos que deban ser cumplidos por los aspirantes para acceder a cargos de carrera, y que el no cumplimiento de alguno de tales requisitos dé lugar a la exclusión del aspirante al concurso, lo cual no vulnera derecho fundamental alguno, si: (i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía, (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión se haya tomado con base en consideraciones objetivas sobre el cumplimiento de las reglas aplicables.

En el caso se vislumbra del expediente que, la accionante no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que se pudiese ocasionar eventualmente o la falta de idoneidad de los mecanismos judiciales, toda vez que, tanto en la acción de nulidad como en la de nulidad y restablecimiento del derecho, el juez puede, decretar medidas cautelares en aras de garantizar provisionalmente el objeto del proceso, como para el caso sería el suspender el concurso de méritos, no acreditándose la procedencia de la acción de tutela porque debía establecer al menos sumariamente, que el accionado había amenazado o desconocido derechos superiores. Ahora bien, frente a la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos, que señala la accionante se materializa al aplicar las normas de la convocatoria, esta Sala considera, no existió vulneración alguna de tales derechos por parte de la accionada, puesto que la estatura es un requisito plenamente justificado, y por ello no lesiona derechos ni constituye discriminación alguna. En relación con lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia T-438 de 2018, sostuvo que, tanto las instituciones públicas como privadas pueden exigir requisitos físicos que deban ser cumplidos por los aspirantes para acceder a cargos de carrera, y que el no cumplimiento de alguno de tales requisitos da lugar a la exclusión del aspirante al concurso, lo cual no vulnera derecho fundamental alguno, siempre y cuando: “ (i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía, (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión se haya tomado con base en consideraciones objetivas sobre el cumplimiento de las reglas aplicables”. Lo cual fue debidamente demostrado en el caso en estudio, lo que está demostrado respecto de la accionante, pues conocía las condiciones planteadas en la convocatoria 800 de 2018 en la que se señaló que ser declarado médicamente “no apto”, implicaba la exclusión del proceso de selección para el concurso, que las condiciones establecidas eran iguales para todos los interesados, es decir sin discriminación de ningún tipo, y está plenamente justificada la condición de la estatura mínima. Por consiguiente, el hecho, de que la accionante fuese excluida porque no cumplió con la estatura mínima establecida y por esa causa quedó por fuera del proceso de selección para participar en el concurso orientado por la Convocatoria 800 de 2018, no es una actuación que vulnere sus derechos fundamentales, ni justifique de ningún modo que se pueda conceder amparo provisional o transitorio, como igualmente lo consideró la primera instancia, confirmándose la negativa recurrida.

S2019-00264

ACCIÓN DE TUTELA – DERECHO A LA SALUD – INTERRUPCION DEL TRATAMIENTO MIENTRAS LA ARL REMITE EL CASO A EVALUACIÓN DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL ANTE LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN ANTE ACCIDENTE DE TRABAJO: La determinación de si la patología provino o no del accidente de trabajo no exonera a la ARL de la prestación del servicio, esta puede repetir de manera

proporcional por el valor pagado en el tratamiento otorgado y cuando se demuestre que no correspondía tal actividad. La existencia de controversias administrativas entre las entidades prestadoras de los servicios de salud no pueden ser obstáculo para que el afectado reciba la atención médica requerida.

Siguiendo las determinaciones legales, se concluye que el origen de la afectación determina cual sistema general deberá ser aplicado y, para el caso que nos incumbe, no se ha descartado de forma científica que la afectación no se deriva de la actividad laboral, más sin embargo, de la historia clínica se infiere que el actor sufrió un accidente en el que se vieron comprometidas sus dos extremidades inferiores, siendo esta circunstancia de gran relevancia y pone en entredicho la postura esgrimida por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., la cual no sólo niega la prestaciones de atenciones médicas, sino que se torna en negligente al omitir dar trámite al recurso de apelación presentado, aspectos que implican que es esa entidad la responsable de brindar el tratamiento integral requerido por el accionante, lo anterior sin perjuicio de la capacidad de la que gozan estas entidades, de repetir de manera proporcional por el valor pagado en el tratamiento otorgado y cuando se demuestre que no correspondía tal actividad. Y es que pese a dichas posibilidades administrativas, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., exterioriza un ánimo que a todas pone en entredicho la necesaria atención del accionante, además que impone vedas administrativas consistentes en remitirlo a una Junta Regional de Calificación por fuera del Departamento de Boyacá y, como si fuera poco, no ha gestado actividad alguna con el fin de dar curso al recurso de apelación propuesto por el accionante contra la calificación de su pérdida de capacidad laboral. Por último se debe señalar que la existencia de controversias administrativas entre las entidades prestadoras de los servicios de salud no pueden ser obstáculo para que el afectado reciba la atención médica requerida, ya que este tipo de conflictos administrativos no pueden afectar los derechos a la salud, a la vida y a la integridad física del trabajador, por lo que se debe continuar el trámite médico requerido por el actor. De igual manera, es claro que no existen argumentos ni pruebas que justifiquen la determinación de la ARL POSITIVA de interrumpir el tratamiento, argumentando en su contestación que se enviaría el expediente a la Junta Regional de calificación de Bogotá, vulnerando las garantías fundamentales del señor JOSE ORLANDO a la salud, seguridad social y vida digna, pues no hay motivo alguno que encuentre justificación al envío de dicha petición a la ciudad de Bogotá, cuando para mayor garantía y efectividad se debió enviar a la ciudad de Tunja, pues a la fecha se evidencia el prolongado tiempo sin recibir contestación alguna al trámite de la revaloración de su pérdida de capacidad laboral.

S2019-00400

ACCION DE TUTELA – TRASLADO EN EL INPEC – la decisión objeto de debate constitucional no es “ostensiblemente arbitraria” y mucho menos con ella se genera una desmejora en las condiciones de trabajo del accionante.

La Resolución No. 003192 del 09 de agosto de 2019, por medio de la cual se dispuso el traslado del accionante CESAR AUGUSTO FRANCO PRIETO del EPAMSCAS de Combita al EPMSC La Esperanza de Guaduas, se funda principalmente en la necesidad de personal que requiere este último establecimiento carcelario, pues el déficit de personal es un problema de orden nacional que aqueja a todos los Establecimientos Carcelarios del país, y en el presente caso, la cárcel de Guaduas presenta a nivel interno un déficit de personal de guardia equivalente al 15.54%, frente al déficit de la Cárcel de Cóbmita, equivalente al 13.68%, siendo un argumento válido y razonable para que el accionante sea trasladado de su puesto de trabajo. Además, el accionante al hacer parte de la planta global de personal del INPEC, está llamado a prestar sus servicios en el lugar y en el momento que requiera y determine el DIRECTOR DEL INPEC, en cualquier sede a nivel nacional, para garantizar de esta forma la prestación ininterrumpida de un servicio público esencial que se encuentra en cabeza del Estado y que se encamina a la prestación del servicio de seguridad en los ciento treinta y dos (132) Establecimientos Carcelarios con los que cuenta el país. Aunado a lo anterior, con ocasión a la orden de traslado, la institución accionada consignó a la nómina del accionante, el reconocimiento y pago de una prima la cual incluye los gastos de alojamiento y transporte de muebles para que se traslade junto con su familia, circunstancia que no implica ningún tipo de desmejora en las condiciones laborales, máxime cuando el INPEC le brinda todas las herramientas para que pueda trasladarse en las mismas condiciones en las que se encuentra con su menores hijos. Con las anteriores razones se demuestra que en el presente caso no se supera el primer presupuesto, relacionado con que el traslado se torne eminentemente arbitrario y ocasione una desmejora en las condiciones laborales del trabajador.

ACCION DE TUTELA – TRASLADO EN EL INPEC – La decisión objeto de debate constitucional no afectó de forma grave y directa los derechos fundamentales del accionante y su núcleo familiar – No cumple con los requisitos para ser considerado padre cabeza de familia – No se prueba condición especial que implique ruptura en la unidad familiar del accionante.

Frente a la condición de los hijos menores del accionante en caso de traslado, ha de precisarse que los menores pueden continuar sus estudios en cualquiera de los 16 establecimientos educativos con los que cuenta el municipio de Guaduas, circunstancia que no implica ningún traumatismo en el desarrollo educativo de los menores, menos a nivel integral, pues cuentan con la opción de que su madre esté a cargo de la custodia y cuidado personal, de modo que el traslado del puesto de trabajo del accionante, no implica obligatoriamente que los menores se dirijan a la misma localidad donde el aquí accionante prestará sus servicios como dragoneante, si se tiene en cuenta que los niños también cuentan con el apoyo de su señora madre. Finalmente, debe tenerse en cuenta que el accionante no ostenta la calidad de padre cabeza de familia como lo manifiesta en su escrito tutelar, pues el hecho de que se encuentre bajo su responsabilidad el cuidado personal y custodia de sus menores hijos JUAN LUIS y ANA MARÍA FRANCO ROJAS, ello obedece al consentimiento dado en la Diligencia de Conciliación realizada el 15 de febrero de 2018 ante la Comisaria Primera de Paipa con ocasión a la separación de cuerpos con su esposa SANDRA MARCELA ROJAS BARRERA. Para que se predique la condición de padre cabeza de familia, de conformidad con los lineamientos establecidos en la Ley 82 de 1993, modificada por la Ley 1232 de 2008, el padre o madre debe encontrarse en un grado de desprotección tal, que debe soportar solo la carga económica, requiriendo apoyo del Estado. Así, el accionante ostenta una estabilidad laboral y cuenta con el apoyo económico de la madre de los menores, a quien le fue impuesta una cuota alimentaria, circunstancia esta que el accionante debió poner en conocimiento del INPEC tan pronto se llegó al acuerdo conciliatorio y no posteriormente al ser notificado del traslado con una declaración extra juicio que únicamente plasma la manifestación personal del accionante frente a su situación familiar. Corolario de lo anterior, es claro que al no observarse ninguna condición especial que implique ruptura en la unidad familiar del accionante y su traslado se torne tal que genere una afectación grave en la integridad y derechos de sus menores hijos, la sentencia impugnada habrá de revocarse por los motivos antes expuestos y en consecuencia se ordenará mantener en firme la decisión adoptada en la Resolución No. 005809 del 11 de diciembre de 2019, mediante la cual se dispuso el traslado del accionante CESAR AUGUSTO FRANCO PRIETO, del Establecimiento Carcelario de Combita al Establecimiento Penitenciario La Esperanza de Guaduas.

S2019-00180

ACCION DE TUTELA – PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - RESTITUCIÓN DEL PAGO DE LA CUOTA PARTE DE LA MESADA PENSIONAL: Desapego COLPENSIONES a las regulaciones dispuestas, al no procurarse por el ejercicio cabal del derecho de defensa de la accionante no notificársele la providencia de apertura de la investigación y no corrérsele traslado de las pruebas. / PERSONA DE ESPECIAL PROTECCIÓN POR EDAD Y PADECIMIENTOS DE SALUD: Su afiliación al sistema general en salud dependía de la pensión de sobrevivientes que percibía hasta la revocatoria un acto administrativo en firme y con plenos efectos. / ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENSIONAL: Carencia de sustento constitucional para definir de forma definitiva el reconocimiento pensional y la inexistencia del fraude.

Con todo lo anterior, encuentra la Sala que, como se dijo anteriormente, la acción de tutela no puede servir de cortapisa para invadir competencias de entidades judiciales y administrativas, tal y como se evidenció claramente en el fallo de tutela de primera instancia, en donde se asumió la competencia para resolver en punto de la convivencia de la señora LUZ AMPARO TORO DE RIVERA y JOSEFINA RICAURTE FONSECA con el señor LUIS HUMBERTO RIVERA PEDRAZA, para así posteriormente definir la procedencia de la pensión reclamada, dejándose de tal forma sin ninguna entidad y eficacia el proceso administrativo seguido por COLPENSIONES, pues abiertamente lo de su resorte fue cubierto y decidió por parte del juez de tutela. No obstante, evidencia esta corporación que pese a no compartirse los fundamentos esgrimidos por la primera instancia, al realizar un análisis eminentemente constitucional si se denota el desapego por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la regulaciones dispuestas por la Resolución No. 555 de 2015, en donde no se procuró por el ejercicio cabal del derecho de defensa de las señora LUZ AMPARO TORO DE RIVERA, a quien no se le notificó la providencia de apertura de la investigación, además de la vulneración a las garantías de la señora JOSEFINA RICAURTE FONSECA y de la misma señora TORO DE RIVERA, a quienes no se les corrió traslado una vez finalizada la etapa probatoria de las pruebas recaudadas, para que dentro de los 15 días siguientes fuesen controvertidas, según el Artículo 3 de la resolución 555 de 2015. En el mismo sentido, con gran relevancia emerge el hecho de que por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se desatendieron las aludidas premisas procesales, desdeñando así del debido proceso que debe existir en todas y cada una de las actuaciones judiciales y administrativas, pero con gran relevancia encuentra la Sala que dichas desatenciones al régimen procesal aplicable desconocieron por completo las realidades propias del caso, pues la señora LUZ AMPARO TORO ostenta la calidad de persona de especial protección, pues cuenta con cerca de 73 años de edad, aunado al hecho de sus padecimientos de salud y que su afiliación al sistema

general en salud dependía de la pensión de sobrevivientes que percibía, situaciones que imponían a dicha entidad una carga de diligencia y especial cuidado, pues con sus posibles decisiones se podrían afectar garantías de una persona con visibles condiciones de vulnerabilidad, pero pese a todo ello, se dio paso a una actuación con notorias falencias e imprecisiones de trámite y conceptuales, por demás que se afectó a través de un trámite de revocatoria un acto administrativo en firme y con plenos efectos, además que, tal y como lo refirió la primera instancia, se afectó un derecho de la señora LUZ AMPARO TORO y JOSEFINA RICAURTE FONSECA sin haber sido vencidas en juicio y con todas las garantías procesales para tal efecto. Así las cosas, frente a la decisión del A quo este despacho considera estar parcialmente de acuerdo, ya que encuentra probada la violación del debido proceso pero no denota un sustento constitucional para definir de forma definitiva el reconocimiento pensional y la inexistencia del fraude.

S2019-00106

ACCION DE TUTELA – ACTO ADMINISTRATIVO DE TRASLADO DE UN DRAGONEANTE – DERECHOS FUNDAMENTALES DE SU PADRE (ENFERMEDAD STARGARD) Y DE SU HIJA (CON TRATAMIENTO DE TRAUMATOLOGÍA Y ORTOPEDIA INFANTIL): La orden de traslado es intempestiva y en forma grave afecta los derechos fundamentales de la familia del servidor del INPEC. El acto desconoce realidades familiares incontestables e incontrovertibles.

Sin embargo, también ha sido clara la doctrina de la H. Corte Constitucional al definir que ante situaciones urgentes y con las cuales pueda generarse un perjuicio irremediable para el afectado con el respectivo traslado o para su familia, el juez de tutela cuenta con la posibilidad de adentrarse en el análisis correspondiente para proteger valores máximos de la familia, la salud y la vida misma. Del asunto analizado resultan trascendentales varias circunstancias, (i) la primera de ellas tiene que ver con el hecho de que el señor CESAR AUGUSTO PEÑARANDA fue trasladado del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sincelejo el 6 de enero de 2016 al EPAMSCAS de Combita, como consecuencia de una solicitud en donde se aludía al delicado estado de salud de su señor padre, además de ello, (ii) se reliva el hecho de que señala el actor y, así se denota de la historia clínica del señor JORGE ENRIQUE PEÑARANDA, que reside en la ciudad de Duitama y que su estado de salud no ha variado y, por el contrario, ha sido diagnosticado con una enfermedad progresiva e irreversible, refiriéndose por el actor que ha estado encargado de acompañar a su padre a diferentes entidades para ciegos y que ha debido enseñarlo a generar mapas mentales para lograr una ubicación espacio-temporal en el mundo físico, labor que estando a 757 kilómetros se vería frustrada, así mismo, (iii) se destaca que el 26 de febrero de 2018 nació la hija del accionante DANNIA SALOME PEÑARANDA, quien se ha visto sometida a un tratamiento con traumatología y ortopedia infantil, tratamientos que si bien, refiere el actor, podrían ser prestados en diversas partes del país, debía tenerse en cuenta que su compañera permanente realizaba sus actividades en Duitama y que por tanto no podría desplazarse al municipio de Tierralta – Córdoba. Así las cosas, se infiere claramente que las hipótesis sobre las cuales se estructura la presente solicitud de resguardo fundamental, encuentran asidero y concreción en lo definido por la Corte Constitucional, al señalar que el traslado se haya producido de una forma intempestiva y que en forma grave afecte los derechos fundamentales de la familia del servidor del INPEC. Y es que resulta claro para la Sala que la decisión del INPEC, además de intempestiva, de cierta forma resulta contradictoria, pues existe ya una decisión de esa misma institución a través de la cual se dispuso un traslado del servidor al EPAMSCAS de Combita, pretendiendo consigo la protección de la vida y la salud del padre del accionante, pero, pese a ello y que las circunstancias no han variado, se dispone un nuevo traslado a un Establecimiento Penitenciario y Carcelario ubicado, según refiere el actor, a 757 kilómetros. Aunado a lo anterior, si bien es cierto, según se constató por el INPEC, al padre del accionante lo asiste la madre del mismo, no puede pasarse por alto que respecto de dicha señora se alude la existencia de afectaciones a su salud con ocasión de su edad, además que refiere el actor ser el encargado de proveer la enseñanza a su padre para que logre adaptarse al mundo pese a su estado de ceguera. En el mismo sentido, refirió el accionante, sin que fuera controvertido por el INPEC, que su compañera permanente reside y labora en la ciudad de Duitama, lo que imposibilitaría el traslado al municipio de Tierralta – Córdoba, además que su menor hija se encuentra asistiendo a diversos tratamientos, motivos que resultan abiertamente aplicables a la doctrina emanada de la H. Corte Constitucional. No puede pasarse por alto que la Corte Constitucional a través de dichas decisiones no ha propendido por invadir el fuero discrecional de las entidades como el INPEC, sino que su competencia ha procurado porque dichos traslados afecten valores máximos de la sociedad y la familia como valor fundante de la sociedad, tal y como en el presente caso, en donde a través de la una retribución económica se busca justificar una decisión de traslado, la cual anteriormente había tenido fundamentos idénticos a los alegados en la actualidad por el accionante, desconociendo realidades familiares incontestables e incontrovertibles. Por último, resulta claro que ante dicho panorama se hace indiscutible la actuación del juez constitucional, debiéndose acometer en el presente asunto

una decisión de amparo constitucional de manera transitoria y como consecuencia de la posible consumación de un perjuicio irremediable, de acuerdo a lo normado en el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política.

S2019-00150

ACCION DE TUTELA – PROCESO EJECUTIVO – DECLARACIÓN DE PRESCRIPCION: La prescripción debe ser declarada para todos los que firman el título valor, sin tratarse de una actuación constitucionalmente censurable – Inexistencia de vía de hecho.

La prescripción que se declaró por la Juez cuestionada, indudablemente procedía, por cuanto la letra de cambio exhibida en la ejecución, carecía de fecha de vencimiento, es decir era un título “a la vista”, por lo que siendo su fecha de creación 10 de octubre de 2005, y no tener el indicado requisito, su vencimiento se produjo al día siguiente, por lo que no se explica este Tribunal Superior, porque la señora Juzgado Cuarto Civil Municipal de Sogamoso de entonces, dictó el mandamiento de pago pues era evidente a la luz del derecho y la jurisprudencia, que la prescripción había ocurrido; sin embargo ante la errada apreciación, las partes se notificaron y la curadora ad litem, en cumplimiento de su deber, alegó como excepción de mérito la prescripción, la que fue acertadamente declarada, no hallándose presencia de una vía de hecho alguna de parte de la juzgadora, pues la decisión es razonable y se ajusta plenamente a la ley cambiaria y al precedente constitucional y legal. Igualmente, respecto de la otra queja del Accionante, consistente en que la prescripción solo podía beneficiar a la parte que la alegó, ello no es así, por cuanto conforme al artículo 632 del Código de Comercio, quienes firman un título valor en las mismas condiciones son solidarios, y los efectos de la prescripción, como lo dispone el artículo 792 ibídem, por la misma razón legal los beneficia, no siendo en consecuencia esta decisión, una actuación constitucionalmente censurable.

S2019-00379

ACCION DE TUTELA – RETIRO DE SOLDADO PROFESIONAL A QUIEN NO SE LE CALIFICA, DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL, SU SITUACIÓN MÉDICO LEGAL POR DISCAPACIDAD ADQUIRIDA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO: La prescripción de su derecho a practicarse el examen de retiro no ha prescrito debido a su situación especial.

A la pretensión protectora de derechos superiores que ha formulado el Accionante, el Ejército Nacional ha invocado la prescripción de la acción de calificación de su situación médico legal, que por ley debe practicarse dentro de los dos (2) meses siguientes a la novedad de retiro, que en el caso de Juan Nepomuceno Camacho Betancourt, dicha novedad se presentó el 31 de diciembre de 2014, momento en el cual, el soldado profesional ya presentaba afectaciones a su salud, como las afirmadas en el escrito de tutela, “sufrió hechos que le afectaron su salud, sus órganos vitales, su capacidad para laborar, la pérdida de la visión de su ojo derecho, el movimiento de algunas partes del cuerpo como su extremidad inferior, pérdida del dedo índice y pulgar de la mano izquierda, fractura en la mandíbula, pérdida de dientes, todo esto sumado a problemas de memoria y representado en imposibilidad para leer y escribir, es decir, analfabetismo”. Sin que sea necesario entrar a argumentar que el accionante es sujeto de especial protección, por cuanto desde su retiro del servicio activo como soldado profesional del Ejército Nacional, ha padecido discapacidades que lo afectan hoy, no es justo ni menos razonable, como lo ha señalado la Corte Constitucional en la Sentencia T-948/06. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, que se pretenda con fundamento en la prescripción a que se refiere el artículo 47 del Decreto 1796 de 2000 que, aunque ya tiene el status de retirado, su condición médico legal no pueda ser definida, desconociendo que necesariamente se le debe practicar. Y es que el examen de retiro es ineludible, pues como lo señala el artículo 8º del Decreto anteriormente citado, tiene un carácter de definitivo, y determina derechos que no se le pueden negar al retiro del servicio a quien con la mayor buena fe prestó sus servicios personales en la labor de defensa de altos valores constitucionales, arriesgando su salud y su vida por el bien común. Es por las anteriores razones que al Accionante, a pesar de haber transcurrido presuntivamente el término de la prescripción de su derecho a practicarse el examen de retiro, su estado de salud generada durante la prestación del servicio que posiblemente lo han llevado a un estado de discapacidad que implicaría que la prescripción que se alega por el Ejército Nacional, no haya podido transcurrir, pues la pérdida de la memoria como se ha alegado y no se ha desvirtuado, no permite que esos términos puedan contarse, lo que aunado al hecho de la ineludibilidad de la calificación de su situación médico laboral con carácter definitivo, debe practicarse sin ninguna demora, dentro de los términos que fijó la primera instancia.

S2020-0003

TUTELA CONTRA DECISIONES ADMINISTRATIVAS – PROCEDENCIA DEL AMPARO EN MATERIA DE CONCURSOS DE MÉRITOS PARA LA PROVISIÓN DE CARGOS – VÍA DE HECHO: La acción de tutela procede cuando el respectivo acto tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa y ha sido fruto de una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución. / **INVASION DE LA ORBITA JURISDICCIONAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA POR LA AUTORIDAD ACCIONADA –VÍA DE HECHO:** El concurso fue suspendido sin motivación que describiera las presuntas irregularidades. Solicitud de la Procuraduría no es vinculante. Autoridad administrativa carece de potestad jurisdiccional.

Por tanto, se configura una vía de hecho cuando la autoridad, en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad, actúa en abierta contradicción con el ordenamiento jurídico, como ha ocurrido al suspenderse el concurso por el Accionado Concejo Municipal de Sogamoso, puesto que carece de potestad jurisdiccional, y no puede por esa razón entrar a calificar actos preparatorios o actos administrativos de trámite. La acción de tutela procede "cuando el respectivo acto tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa y ha sido fruto de una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución, razón por la que la decisión de suspensión del trámite del concurso de méritos, es desproporcionada pues la recomendación hecha por la Procuraduría General de la Nación en oficio PDFP- N 7 no es vinculante, o de obligatorio cumplimiento, ni es el órgano competente para cambiar las disposiciones legales señaladas en el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, así mismo la Resolución 009 de 2019 no indica cuales son las posibles irregularidades presentadas en el desarrollo del concurso en el municipio de Sogamoso y de las cuales los entes de control y las autoridades competentes debieron realizar en forma oportuna su revisión para evitar vulneraciones a los participantes, quienes desarrollaron el proceso de selección según los requerimientos exigidos por la misma Corporación, vulnerando el debido proceso en materia de carrera a la accionante cuando el nominador, en este caso Concejo Municipal de Sogamoso, cambia injustificadamente las reglas señaladas en la convocatoria del concurso de méritos para el cargo de Personero Municipal de esa localidad.

La decisión tomada por el Concejo Municipal del Sogamoso por Resolución 009 del 09 de enero de 2020, es claramente a la luz del derecho constitucional, una vía de hecho, que implica que la anteriormente citada resolución deba ser retirada del ordenamiento, y dejarse sin efectos, para que se prosiga con el trámite del concurso y se expida la respectiva lista de elegibles para el cargo de Personero Municipal de Sogamoso, cargo que será provisto por el accionado ente colegiado.

CON SALVAMENTO DE VOTO: El acto de suspensión del concurso lo fue por observaciones o recomendaciones de la Procuraduría General de la Nación, corresponde a una actuación no solo razonable sino conveniente, pues no podría tolerarse que un concurso con serias irregularidades pueda seguir su curso, y ahí sí causar perjuicio, incluso a la misma persona que interpuso la tutela.

S2018-0027

INCIDENTE DE DESACATO DE ACCION DE TUTELA – NULIDAD DE LO ACTUADO - NOTIFICACIÓN PERSONAL DEL INCIDENTADO: No cumplir con la carga procesal de enterar personalmente a la incidentada conlleva a la anulación del trámite surtido en sede de primera instancia – Omisión de realizar la apertura formal al trámite incidental.

De inicio, se tiene que analizado el expediente se constata que no existe seguridad ni constancia de que la señora MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA, en su condición de Representante Legal de la NUEVA EPS, hoy afectada por presuntamente desacatar el fallo de tutela proferido del 12 de octubre de 2018, se le hubiese efectivamente notificado personalmente la iniciación del trámite incidental y, mucho menos, el posterior proveído a través del cual se dispuso imponerle sanción de multa y arresto, pues se observa que se libraron los Oficios N° 1375 del 13 de diciembre de 2019 y el N° 1376 del 13 de diciembre de 2019 donde se informaron las decisiones tomadas por el despacho a través del correo electrónico secretaria.general@nuevaeps.com.co y mariam.carrillo@nuevaeps.com.co, con lo que no se garantiza la obligación de enterarlo de manera personal.

... Así las cosas se concluye que se presenta la causal de nulidad prevista en el numeral 8º del artículo 133 del Código General del Proceso, aplicable en esta clase de eventos por remisión expresa del artículo 4º del Decreto 306 de 1992, en consideración a que, como se consignó, no se logra establecer que a través de los oficios librados, se cumpliera con el necesario enteramiento de quien en últimas fue sancionado por presuntamente desacatar el fallo de tutela proferido por el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE DUITAMA el 20 de enero de 2020, menoscabando de tal manera la garantía fundamental al debido proceso y de consuno el derecho a la defensa que constitucionalmente les asiste, de conformidad, entre otros preceptos, del artículo 5º del ordenamiento reglamentario antes en mención.

Bajo esta perspectiva, tal como se ha establecido por la Corte Constitucional, la notificación al interior del trámite de esa naturaleza, no sólo debe ser realizada de manera expedita sino eficaz, lo que implica que, se garantice el enteramiento real del sujeto a quien va dirigida la comunicación, con miras a preservar las garantías constitucionales a la defensa y al debido proceso.

Aunado a lo anterior, no está demás señalar que del trámite impartido por el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE DUITAMA omitió dar la apertura formal al trámite incidental, omisión que resta la eficacia del procedimiento abreviado y genera que el efecto persuasivo del mismo no se cumpla a cabalidad, motivo por el cual la anulación se enfilará en lograr que se rehaga el trámite con el cumplimiento de cada una de sus etapas.

S2019-0211

ACCION DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES – MECANISMO DE PROTECCIÓN EXCEPCIONAL – PROCEDENCIA POR VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO ANTE JUEZ QUE SE NIEGA A RECIBIR OFICIO DONDE SE SOLICITA EL COBRO JUDICIAL DE ALIMENTOS– EL JUEZ QUE PROFIRIÓ LA SENTENCIA DONDE SE IMPONEN ALIMENTOS, CONSERVA LA COMPETENCIA PARA INICIAR EL PROCESO EJECUTIVO DE ESTOS, A PESAR DE HALLARSE LA SENTENCIA EN APELACIÓN: El juez que los fijó conserva competencia privativa para su ejecución, y por esa razón, cualquier medida que se pudiese pedir por los interesados respecto de ellas, debe presentarse directamente ante el juez que dispuso la medida, sin que haya otra solución posible.

Con la nueva situación puesta en evidencia, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 323 del Código General del Proceso, que determina que el juez de alimentos, en este caso la Juez Segundo Promiscuo de Familia de Duitama, pese a la apelación conserva competencia para tramitar la ejecución (pago) de los alimentos fijados en la sentencia. Pues bien, sea que se decreten alimentos provisionales o alimentos definitivos, en ambos casos, aunque se conceda apelación en el efecto suspensivo en la primera situación, o en cualquier efecto en la segunda, el juez que los fijó conserva competencia privativa para su ejecución, y por esa razón, cualquier medida que se pudiese pedir por los interesados respecto de ellas, debe presentarse directamente ante el juez que dispuso la medida, sin que haya otra solución posible.

Como lo afirmó el actor, efectivamente formuló la respectiva demanda ejecutiva ante el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Duitama, a cuya recepción no podía negarse el citado despacho, pues la competencia para ello era privativa como se ha explicado, y por lo mismo no tenía que presentarse ante la Oficina de Reparto de la misma cabecera, situación que transgredió abiertamente el debido proceso, y estructuró una vía de hecho, que deberá ser subsanada mediante esta acción.

El debido proceso pues, se ha violado o desconocido por la Juez Accionada, por lo que se ordenará al Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Duitama, que proceda a recibir la petición ejecutiva que dentro del término máximo de los dos (2) días siguientes a la notificación de esta acción, que presente el accionante, y dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes proceda a resolver sobre la misma. Para el cumplimiento se remitirá copia autenticada de la sentencia de 22 de julio de 2019, para que se abra el respectivo cuaderno. Se requerirá a la funcionaria para que no vuelva a incurrir en situaciones como las que dieron origen a esta acción.

S2019-00094

ACCION DE TUTELA CONTRA PROCESO DE CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS – APLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE CONVOCAR EL 30% DE LOS CARGOS A

PROVEER PARA CONCURSO DE ASCENSO - CONJCURSO QUE NO SE ENCUENTRA EN ETAPA DE PLANEACIÓN: Prevalencia del Principio de irretroactividad de la ley pues la norma aludida no estaba vigente en la etapa de planeación. / IMPROCEDENCIA: Competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

De lo anterior se puede determinar, que la ley aplicable para el presente caso es la Ley 909 del 2004, ya que en vigencia de dicha ley se inició la convocatoria No 1230 de 2019, se terminó la etapa de planeación de la mencionada convocatoria y se realizó la solicitud de modificación de vacantes a la CNSC, por lo tanto, no se puede aplicar las disposiciones de la nueva ley a la convocatoria mencionada, ya que esta ley, de acuerdo con el principio de irretroactividad de la ley y con el concepto de la DAFP, se ratificó esta situación, y en consecuencia no se viola ningún derecho fundamental de la apelante. Asimismo, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, señalan que en relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. Una nueva ley no puede afectar la seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho, ni tampoco afectar o regular las situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, y que por tanto resultan incólumes en sus efectos jurídicos, con la fuerza que les presta la ley bajo la cual se constituyeron.

Igualmente, al ser un acto de convocatoria, la Corte Constitucional en reiteradas sentencias, menciona que esta puede ser demandable ante la jurisdicción contenciosa administrativa, por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y que si bien es cierto que obtener sentencia por medio de la jurisdicción puede ser dilatorio, no obsta para que se haga uso de medidas cautelares, para asegurar y hacer efectivo el derecho, en tal sentido la tutela en este caso en particular, no es el medio más idóneo para buscar la protección de los derechos invocados. Partiendo de lo anterior cabe advertir, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, que el juez al momento de emitir sus decisiones se encuentra amparado por el principio de autonomía e independencia en la valoración de las pruebas.

S2019-00093

ACCION DE TUTELA – PROCEDENCIA PARA OBTENER EL REEMBOLSO DE DINERO PAGADO POR SERVICIOS DE SALUD NO SUMINISTRADOS POR LAS EPS CUANDO DICHO SERVICIO HA SIDO ORDENADO POR MÉDICO TRATANTE ADSCRITO A LA EPS ENCARGADA DE GARANTIZAR SU PRESTACIÓN: Situaciones contenidas en la Resolución 5261 de 1994 para el trámite de reembolso.

...pues en principio, para que proceda la autorización de un servicio de salud es necesario que el mismo haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS encargada de garantizar su prestación. No obstante, excepcionalmente, es posible ordenar su suministro, incluso por vía de tutela, aún cuando aquel haya sido ordenado por un médico particular, cuando el concepto de este último no es controvertido por la EPS con base en criterios científicos o técnicos, y el servicio se requiera.

En este caso, el examen de monitoreo de ph esfagico en 24 horas (phmetria) con impedanciometría, fue el prescrito por un médico adscrito a la Nueva EPS, la cual es la encargada de garantizar su prestación, de acuerdo con la orden médica No 20190830172014085365 del 30 de agosto de 2019, como consta en el folio 11 del expediente de primera instancia. Además, la citada EPS autorizó a Herculía Zea de Mesa, para que de manera prioritaria se le practicara el examen, el cual lo iba a realizar inicialmente la IPS San Ignacio y luego la IPS Cardio Infantil, sin embargo, en ambas clínicas negaron el servicio por falta de agenda y por la finalización del contrato con la Nueva EPS. Ante la situación, el accionante radicó un Derecho de Petición, el 24 de septiembre de 2019, en el cual solicitó se autorizara nuevamente el examen de forma prioritaria, existiendo o no agenda para ello, o en su defecto, se le permitiera pagar el examen y se generara el reembolso del mismo. No obstante, a la fecha no ha obtenido respuesta alguna.

La acción de tutela cuando se cumple ciertos eventos es procedente para solicitar el reembolso de dineros de las atenciones en salud, que tuvo que costear el paciente y su familia, cuando los servicios fueron autorizados por la EPS. Respecto al reembolso de dineros en relación al “procedimiento médico” el cual la usuaria asumió el costo, es importante aclarar lo preceptuado por la Resolución 5261 de 1994 en su artículo 14 que determina que el reembolso por pago de los gastos que hubiere hecho el usuario o beneficiario lo debe hacer la EPS en tres situaciones: (i) Tratándose de atención inicial de urgencias cuando el afiliado sea atendido en una IPS que no tenga contrato con la EPS a la cual esté inscrito. (ii) Cuando haya sido autorizada en forma expresa por parte de la respectiva entidad promotora de salud, la prestación de atenciones específicas, y (iii) En caso de incapacidad,

imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la entidad promotora de salud en el cubrimiento de las obligaciones para con sus usuarios.

ACCION DE TUTELA – PROCEDENCIA PARA OBTENER EL REEMBOLSO DE DINERO PAGADO POR SERVICIOS DE SALUD NO SUMINISTRADOS POR LAS EPS CUANDO DICHO SERVICIO HA SIDO ORDENADO POR MÉDICO TRATANTE ADSCRITO A LA EPS ENCARGADA DE GARANTIZAR SU PRESTACIÓN – AFECTACIÓN DEL MÍNIMO VITAL.

Estructurada cualquiera de las anteriores situaciones, el Usuario queda habilitado para hacer la solicitud de reembolso, para lo cual debe cumplir el procedimiento señalado en la Resolución 5261 de 1994 expedida por el Ministerio de Salud ; sin embargo, como lo ha firmado el Usuario que además actúa como Agente Oficioso de Hercilia Zea de Mesa, su mínimo vital se encuentra afectado como, consecuencia del pago del examen pues alcanzó más de dos (2) mesadas pensionales que ascienden aproximadamente a \$1'600.000,00 quedando en condiciones que les impide a los interesados, vivir dignamente, pues quedaron sin los ingresos derivados de su pensión de vejez que es igual a un (1) salario mínimo mensual vigente, sin los descuentos de ley, siendo ésta una situación que genera especial protección, pues aunque ni Luis Mesa Mesa ni Hercilia Zea de Mesa, superan los setenta y dos (72) años, si son destinatarios de la protección especial, por estar afectado su mínimo vital, como lo afirmaron, pues el gasto por ellos efectuado, fue consecuencia de no haberse practicado por la red de IPS de la Nueva EPS un servicio autorizado "(...) en forma expresa por parte de la respectiva entidad promotora de salud, la prestación de atenciones específicas".

El derecho a la salud y la vida digna son superiores, y a ellos se han referido pacíficamente los precedentes constitucionales recientes, como son los expresados en las tutelas T-361 de 2014 y T-664 de 2008, y comprende tanto tratamientos, como derecho al diagnóstico, pues es una de las formas como se materializan, con el fin de facilitar el retorno a la vida digna. El mínimo vital, también se halla reconocido como un derecho superior, pues afecta la vida digna y el derecho a la subsistencia, cuando es afectado, como en este caso, en que por la desidia o la incompetencia, de la Accionada Nueva EPS, la paciente Hercilia Zea de Mesa, se vio obligada a que su esposo de quien depende enteramente, gastara o comprometiera el mínimo vital común, en la práctica del examen "monitoreo de ph espfagico en 24 horas (phmetria) con impedanciometría", deviniendo así la revocatoria del fallo de primera instancia, y en su lugar la tutela del derecho al mínimo vital de Hercilia Zea de Mesa agenciada por Luis Mesa Mesa, debiéndose ordenar a la Nueva EPS, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a hacer el reembolso de la suma gastada por Luis Mesa Mesa en la práctica del examen médico señalado anteriormente.

S2020-00004

ACCIONDE TUTELA, DERECHO A LA SALUD DE EXTRANJERA EN ESTADO DE GESTACIÓN – DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE LOS EXTRANJEROS CON PERMANENCIA IRREGULAR EN COLOMBIA: Toda persona que se encuentra en Colombia tiene derecho a un mínimo vital, en tanto que manifestación de su dignidad humana. El Sistema de Salud no le puede dar la espalda a quienes se encuentran en condiciones evidentes de debilidad manifiesta.

Sin perjuicio de este deber de afiliación, la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha señalado que, por regla general, todos los extranjeros migrantes, incluidos aquellos que se encuentran en situación de irregularidad, tienen derecho a recibir atención básica y de urgencias en el territorio nacional, toda vez que: "se trata de un contenido mínimo esencial del derecho a la salud que busca comprender que toda persona que se encuentra en Colombia "tiene derecho a un mínimo vital, en tanto que manifestación de su dignidad humana, es decir, un derecho a recibir una atención mínima por parte del Estado en casos de extrema necesidad y urgencia, en aras a atender sus necesidades más elementales y primarias Además, garantizar, como mínimo, la atención que requieren con urgencia los migrantes en situación de irregularidad tiene una finalidad objetiva y razonable y es entender que, en virtud del principio de solidaridad, el Sistema de Salud no le puede dar la espalda a quienes se encuentran en condiciones evidentes de debilidad manifiesta". A su vez, el artículo 57 de la Ley 1815 de 2016, asignó una partida presupuestal para financiar las atenciones iniciales de urgencias que se presten a los nacionales de los países fronterizos, por lo tanto, independientemente de su estatus migratorio, tienen derecho a recibir atención de urgencias, con cargo a las entidades territoriales de salud y en subsidio a la Nación cuando sea requerido, hasta tanto se logre la afiliación al Sistema General de

Seguridad Social en Salud. En algunos caso, la Corte Constitucional ha señalado que la atención urgente pueda llegar a incluir: "(i) el tratamiento de enfermedades catastróficas como el cáncer, cuando los mismos sean solicitados por el médico tratante como urgentes y, por lo tanto, sean indispensables y no puedan ser retrasados razonablemente sin poner en riesgo la vida y, (ii) la prestación de servicios asistenciales específicos relacionados con el embarazo de las mujeres lo cual puede comprender controles prenatales y la asistencia misma del parto."

ACCIONDE TUTELA, DERECHO A LA SALUD DE EXTRANJERA EN ESTADO DE GESTACIÓN – LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO SON LAS QUE DEBEN ASUMIR LA ATENCIÓN EN SALUD DE LOS EXTRANJEROS: A la ESE del Municipio en que reside la accionante corresponde autorizar, brindar tratamiento integral oportuno, en cuanto a los procedimientos, tratamientos, exámenes, medicamentos y terapias que requiere la accionante debido a su estado de embarazo.

En efecto y como se manifestó anteriormente, la prestación del servicio de salud en urgencias de personas que no se encuentran afiliadas a ninguna EPS, se encuentra, contrario a la orden impartida por el A quo, a cargo de las Empresas Sociales del Estado, correspondiéndoles a estas entre sus funciones las de: autorizar, brindar tratamiento integral oportuno, en cuanto a los procedimientos, tratamientos, exámenes, medicamentos y terapias que requiere la accionante, para garantizarle su derecho a la salud y a la vida, al igual que al que está por nacer. Así las cosas, se hace necesario modificar la orden emitida y en su lugar, ordenar a la ESE del Municipio en que reside la accionante HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE PAIPA, autorizar, brindar tratamiento integral oportuno, en cuanto a los procedimientos, tratamientos, exámenes, medicamentos y terapias que requiere la accionante debido a su estado de embarazo y teniendo en cuenta, que posiblemente y debido a la enfermedad asmática que padece la misma, va a requerir atención médica especializada, lo hará, con apoyo de la ESE HOSPITAL REGIONAL DE DUITAMA, quien conoce de la situación de la accionante, tal como se constata según la solicitud del 17 de febrero de 2020 a Migración Colombia Regional Tunja, para identificar si se encontraba debidamente legalizada en el país y, al ser una empresa de tercer nivel, puede garantizarle en su totalidad los tratamientos médicos que requiere.

S2020-00010

ACCIONDE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES – IMPROCEDENCIA PARA LA EXONERACIÓN DE SANCIÓN PECUNIARIA POR INASISTENCIA A UNA AUDIENCIA DENTRO DE PROCESO EJECUTIVO: La acción de tutela resulta improcedente pues la decisión judicial fue razonable.

Para el caso, revisado el expediente objeto de la queja constitucional y la providencia censurada, la Sala no encuentra que el JUZGADO CUARTO CIVIL MUNICIPAL DE SOGAMOSO haya incurrido en defecto fáctico o procedimental alguno, toda vez, que las consideraciones que llevaron a este despacho a imponer la sanción pecuniaria a los accionantes, no fue más que el resultado de un análisis claro y coherente de lo ocurrido al interior del Proceso Ejecutivo de Mínima Cuantía No.2017-0041, tal como lo entremos a analizar. Una vez examinadas las diligencias, se advierte que la censura planteada en sede de tutela, se presenta al interior del proceso Ejecutivo de Mínima Cuantía No. 2017-00041 adelantado por JOSÉ MARÍA CELY en contra de LESLY RAÚL PANQUEVA; en donde se corrobora, que, mediante auto de 7 de junio de 2019, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Sogamoso señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial y de instrucción y juzgamiento para el 16 de julio de 2019 a las 2:00 PM., el cual fue notificado mediante estado de fecha 10 de junio de 2019. Posteriormente, llegada la fecha programada, se llevó a cabo la audiencia de que trata el art 372 y 373 del C.G.P., en donde el Juez titular inicialmente procedió a verificar la asistencia de las partes, dejando como constancia que tanto el demandante como la apoderada judicial no asistieron a su realización; por lo cual, los requirió para que dentro de los tres días siguientes a su inasistencia, justificaran la razón de la misma, so pena de las sanciones pecuniarias y procesales.

ACCIONDE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES – EL NO ASISTIR A LA AUDIENCIA POR LA CUAL FUE SANCIONADA, A RAIZ DE UN DAÑO EN SU EQUIPO ELECTRÓNICO CON EL QUE AGENDABA SUS AUDIENCIAS, NO CONFIGURA CASO FORTUITO: Podía la accionante acudir a la copia de seguridad, la cual es una herramienta de la dispone el usuario para recuperar sus datos en caso de pérdida o averió de su equipo

electrónico o revisión de los estados para verificar el expediente y conocer la fecha de la audiencia programada.

En ese sentido, este Despacho comparte los argumentos esbozados por el Juzgado accionado, pues en este caso, la razón dada por la accionante, respeto a la avería de su dispositivo electrónico, el cual no le permitió conocer con anterioridad a la audiencia su realización, no es de recibo, pues la excusa mencionada no cumple con los presupuestos para enmarcarse dentro de un caso irresistible e imprevisible, máxime, cuando el auto que fijó fecha para la realización de la audiencia fue notificada por estado con un mes de anterioridad y cuando, es de conocimiento general que los aparatos electrónicos cumplen un ciclo de vida o no son 100% confiables, lo que los hace falibles, frágiles o vulnerables ante cualquier falla, por lo que la accionante pudo prevenir el hecho y acudir a las copias de reserva o también llamadas copias de seguridad, la cual es una herramienta de la dispone el usuario para recuperar sus datos en caso de pérdida o averió de su equipo electrónico. Fijémonos, entonces, que, la entidad accionada con base en la normatividad vigente, concluyó que la excusa presentada por la accionante SANDRA MILENA ALARCÓN, no era justificable a la luz del caso fortuito y fuerza mayor, por lo que precedió a negar la exoneración de la sanción pecuniaria impuesta, por considerar, que la alegada pérdida de la información sobre la programación de la audiencia por el daño en equipo electrónico, era subsanable con la revisión de los estados, pues, ciertamente al ocurrir el averió, lo correspondiente era revisar el expediente para conocer la fecha de la audiencia programada. Decisión que de ninguna manera resulta arbitraria, irrazonable o caprichosa. Y es así, pues una vez la accionante se percató del fallo que presentaba su equipo, lo que procedía, era de manera diligente, acudir a la verificación de los estados en los Juzgados donde funge como apoderada judicial, para establecer si existían o no, diligencias o audiencias programadas para esos días. En base a lo anterior, la apoderada de la parte demandante dentro del Proceso Ejecutivo SANDRA MILENA ALARCÓN HERRERA, dentro del término establecido, justificó su ausencia a la citada audiencia, bajo el argumento de avería de su dispositivo electrónico, lo que no le permitió conocer con anterioridad a la audiencia su realización, como quiera que dicho elemento estuvo en reparación, situación que cataloga como una causa extraña en razón a que fue un hecho imprevisible e irresistible.

S2020-00017

ACCIONDE TUTELA PARA EL SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS A FAVOR DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN CONEXIDAD CON LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS – PRINCIPIO DE CONTINUIDAD E INTEGRIDAD EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD: Corresponde a la entidad prestadora de salud asumir con recursos propios el suministro de pañales que requiere el paciente de 92 años de edad y con múltiples afecciones.

Respecto al suministro de insumos de aseo, tales como los pañales, la Corte Constitucional ha tenido un desarrollo especial, al otorgarles un carácter de necesarios para garantizar el derecho a la vida digna y a la salud de las personas, insumos que son requeridos en razón de una grave enfermedad o una situación de discapacidad, señalando: “Existe la suficiente claridad para entender que el suministro de pañales desechables no tiene una incidencia directa en la recuperación o cura de la enfermedad del paciente, pero sí va a permitir que la persona pueda gozar de unas condiciones dignas de existencia, en especial, en enfermedades que restringen la movilidad o que impiden un control adecuado de esfínteres. En definitiva, aunque los pañales desechables no están orientados a prevenir o remediar una enfermedad, la imperiosa necesidad de su uso en algunas circunstancias, ha llevado al juez de tutela, ante la solicitud de dichos insumos, a tutelar los derechos del peticionario.” De lo dicho hasta el momento, la Sala evidencia que al encontrarse acreditados los siguientes hechos: i) el agenciado es una persona de 92 años de edad lo que lo hace un sujeto de especial protección; (ii) que padece de múltiples afecciones; ii) que existe orden médica respecto al suministro de pañales, por parte de su médico tratante y; (iii) que según lo manifestado por la agente oficiosa no tiene esposa e hijos y la única red de apoyo familiar con la que cuenta es su sobrina; se hace necesario entonces como la manifestó que A quo, ordenar a la EPS el suministro de los pañales que requiere el señor PABLO ENRIQUE CUY, en aras de garantizar su derecho a vivir en condiciones dignas. Finalmente, aunque Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial contenido en el Acuerdo No. 002 del 27 de abril de 2001, excluye el suministro de elementos de aseo personal, en la sentencia C-313 de 2014 se dijo que: “Aunque dichas limitaciones o exclusiones al POS son constitucionalmente admisibles, dado que tienen como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del sistema de salud, la Corte ha explicado que la sujeción estricta a las disposiciones legales o reglamentarias se debe matizar, llegando a inaplicar las normas que, dadas las circunstancias del caso concreto, impidan el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas.” Ahora bien, es necesario aclarar que el valor de estos insumos debe ser asumido por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional con los recursos propios de ese subsistema de salud de conformidad con lo dispuesto en la Ley 352 de 1997, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T-610 de 2014.

S2020-00018

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES DENTRO DE PROCESO DE PERTENENCIA – IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A UNA DECISIÓN RAZONABLE: No se demostró el momento de interversión de su calidad de comunera a poseedora exclusiva.

En el presente asunto no está claro para el despacho si la demandante hizo uso del predio por acuerdo con los demás comuneros, habida cuenta que dentro de los diez últimos años firmó documentos junto a esos copropietarios o esos condueños, es decir, con la firma de esos documentos estaba reconociendo que había más dueños de la Finca El Guamo. Significando esto, que, a la fecha de presentación de la demanda, 16 de enero de 2018, no había transcurrido el tiempo determinado por la norma ...“Así, se observa que el proceder de la autoridad judicial accionada corresponde a la aplicación de la ley en el caso en concreto, pues en ese asunto debía analizarse si se cumplían a cabalidad los requisitos para la prosperidad de la acción de declaración de pertenencia por parte de un comunero sobre una copropiedad, los que correspondían a: i) haber poseído materialmente -con exclusión de los otros condueños-; ii) por el término de la prescripción extraordinaria; iii) que su explotación económica no se hubiere producido por acuerdo con los demás copartícipes o por disposición de autoridad judicial o de su administrador, lo que fue revisado por el juzgado accionado. Entonces, la demandante debía desvirtuar la presunción según la cual “la posesión ejercida por un comunero en principio se entiende ejercida por toda la comunidad” (artículos 2322, 2326, 2327, 2328 y 2329 C.C.), de tal manera que le correspondía demostrar que detentó la cosa y exteriorizó sobre ella su ánimo de señora y dueña, desconociendo el dominio de sus otros titulares, esto es, que ostentaba una posesión personal, exclusiva y excluyente de la copropiedad, lo que no encontró demostrado la juez con las pruebas recaudadas, sin que entonces pudiera ser de recibo el argumento referente a lo contenido en el artículo 94 del CGP, que reclama la accionante.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES DENTRO DE PROCESO DE PERTENENCIA – IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A UNA DECISIÓN RAZONABLE: La nulidad había sido allí alegada, razón por la que tal debate no podía ser objeto de estudio en éste escenario usurpando las funciones asignadas válidamente al juez natural para definir el conflicto.

Ahora bien, no comparte ésta Corporación la decisión asumida por el juzgado de instancia, mediante la cual se dejó sin efectos la actuación en razón a una nulidad encontrada, originada por el hecho de demandar a una persona que ya se encontraba fallecida esto es, SARA CORREDOR, pues lo cierto es que dicha discusión ya se había surtido al interior del proceso de pertenencia, dado que la nulidad había sido allí alegada, precisamente por algunos de los herederos de la aquella, razón por la que tal debate no podía ser objeto de estudio en éste escenario, como tampoco el debate sobre el auto admisorio, más aun cuando ya había culminado el proceso, pues debe aclararse que el juez constitucional no puede reevaluar el litigio como si fuera uno de instancia, usurpando las funciones asignadas válidamente al juez natural para definir el conflicto, máxime que tal situación no fue alegada por la accionante como vulneradora de sus derechos y que la labor de guarda de la Constitución y los derechos fundamentales, dentro del proceso, corresponde, en primera medida, al juez del caso.

S2020-00024

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EL INVIMA PARA AUTORIZAR IMPORTACIÓN DEL MEDICAMENTO ATALUREN - DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTÓNOMO Y LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS: el derecho a la salud, propugna, tanto por la conservación de la existencia de la persona, como por su restablecimiento, al punto de ostentar una vida, en dignas condiciones de existencia, evento en el cual, es menester que a la persona se le proporcione todo lo necesario para obtener nuevamente su estado.

Lo anterior evidencia la sujeción indefectible que tiene el derecho a la salud, con la dignidad humana, en la medida de que si bien es cierto, que esta última tiene una cobertura amplia en todos los escenarios de los seres humanos, es decir, en sus derechos fundamentales y sociales o en los servicios que éstos reciben por parte de las instituciones del Estado, también lo es que, como lo sostiene la jurisprudencia constitucional, es una de las maneras de hacer realidad el derecho a la salud, en razón a que materializa la existencia de las personas en condiciones dignas. Así las cosas, el derecho a la salud, propugna, tanto por la conservación de la existencia de la persona, como por su restablecimiento, al punto de ostentar una vida, en dignas condiciones de existencia, evento en el cual, es menester que a la persona se le proporcione todo lo necesario para obtener nuevamente

su estado, tal es el caso, del suministro de medicamentos, realización de intervenciones quirúrgicas, procesos de rehabilitación, entre otros. Todo esto, permite al que esté doliente de su salud, a que obtenga, por lo menos, nuevamente, una condición de vida, acorde a la dignidad de toda persona.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EL INVIMA PARA AUTORIZAR IMPORTACIÓN DEL MEDICAMENTO ATALUREN – REQUISITOS PARA AMPARAR POR MEDICAMENTOS QUE NO CUENTAN CON EL REGISTRO SANITARIO. / DETERMINACIÓN DE LA OCURRENCIA O NO DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE: En el presente caso la negación o falta del medicamento solicitado podría tener efectos fatales para los accionantes que padecen Distrofia Muscular de Duchenne.

“En efecto, los requisitos que se necesitan en éste evento para acceder a la pretensión sobre el medicamento requerido por los agenciados, consisten en: 1. Que el medicamento haya sido ordenado por el médico tratante. 2. Establecer si el derecho a la salud y a la vida se encuentra comprometido ante la negativa y falta del medicamento que no cuenta con registro del INVIMA. 3. Que no sea posible sustituir el medicamento por otro con el mismo principio activo, sin que se vea afectada la salud, la integridad o la vida. 4. Que los otros medicamentos con registro sanitario vigente, cuyo principio activo es el mismo, no se encuentran efectivamente disponibles en el mercado colombiano y no tengan el mismo grado de efectividad”

“...En tales condiciones, se hace evidente la vulneración de las prerrogativas fundamentales de los agenciados, siendo necesario precisar, además, que en éste evento se verifica a cabalidad la existencia de un perjuicio irremediable, esto es, la amenaza inminente de un daño que, de no evitarse oportunamente, resultará irreversible. Ya la Corte Constitucional ha señalado ciertos criterios con base en los cuales es posible determinar la ocurrencia o no de un perjuicio irremediable. Entre ellos se encuentran que: (i) se esté ante un daño inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) de ocurrir, no existiría forma de repararlo, esto es, que resulta irreparable; (iii) debe ser grave y que, por tanto, conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica que se estima como altamente significativo para la persona; (iv) se requieran medidas urgentes para superar la condición de amenaza en la que se encuentra, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (v) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable”. Así, para determinar la existencia o no del perjuicio irremediable es necesario que el juez verifique varios elementos: la inminencia, que exige medidas inmediatas; la urgencia que tiene el afectado por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, cuestión que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, los que se evidencian en este asunto, pues se itera, conforme a lo expuesto por los médicos tratantes, la negación o falta del medicamento solicitado podría tener efectos fatales para los accionantes.”

S2020-00010u

ACCIÓN DE TUTELA EN PROCESOS ADMINISTRATIVOS ADELANTADOS POR LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS – APLICACIÓN LEY ANTITRÁMITES PARA QUE NO SE EXIJA DOCUMENTOS QUE POSEE LA ENTIDAD: La entidad tenía en su archivo el acta de levantamiento del cadáver, lo que la obliga a remitir el respectivo documento a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que proceda a hacer el trámite de la cancelación de documento de identidad que correspondía al occiso. / CONDICIÓN DE SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN QUE OSTENTA LA VÍCTIMA DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO: No debe imponerse cargas para la consecución de un documento a la parte débil de la relación.

La impugnante dio respuesta a lo requerido por la accionante en el derecho de petición conforme a lo establecido en el Decreto 1755 de 2015, indicando que una vez cuente con la documentación requerida que ella debía aportar, se subsanaría la solicitud y se reanudan términos, pero olvida la accionada Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas “UAERIV” que está sujeta al cumplimiento de la ley antitrámites, ya que conforme a la respuesta ofrecida por requerimiento de este Tribunal Superior expedido el 3 de abril del año que corre, señaló que tenía en su archivo el acta de levantamiento del cadáver de Bladimir Morales Hernández cumplida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Susacón el 3 de julio de 1997, lo que la obliga a remitir el respectivo documento a la vinculada Registraduría Nacional del Estado Civil, para que proceda a hacer el trámite de la cancelación de documento de identidad que correspondía al occiso que según relata la

misma acta nació el 17 de marzo de 1975 y se identificó en su minoridad con la Tarjeta de Identidad 750317-00485. Y es que la Unidad para la Atención y Reparación Integral de Víctimas ha desconocido la condición de sujeto de especial protección que ostenta la Víctima de del desplazamiento forzado predicado en el artículo 23 constitucional, al imponer cargas para la consecución de un documento a la parte débil de la relación. La acción de tutela procede “cuando el respectivo acto tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa y ha sido fruto de una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución.”, se encuentra que en las respuestas al derecho de petición dadas por la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, indilgó gestiones a María Lucía Hernández, quien ostenta la calidad de víctima del conflicto armado interno, que puede desarrollar como entidad pública aplicando la ley anti-trámites que permiten hacer efectivo su derecho, vulnerando la respuesta de fondo al derecho de petición elevado por la accionante, no siendo razonable que se imponga al a víctima una carga como ésta que fácilmente por los medios técnicos que posee la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas “UARIV” se puede obtener.

S2020-00028

TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES - NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS: No puede utilizarse como una instancia adicional que permita revivir términos procesales fenecidos o subsanar omisiones o errores cometidos por el propio accionante. / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD: Cuando el proceso aún se encuentra en trámite, la intervención del juez constitucional está vedada toda vez que la acción de tutela no constituye un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos al interior del trámite ordinario.

La acción de tutela no puede utilizarse como una instancia adicional que permita revivir términos procesales fenecidos o subsanar omisiones o errores cometidos por el propio accionante, pues es una regla general del derecho expresada en el aforismo latino *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, según el cual nadie puede alegar su propia culpa. Obsérvese que por auto de 11 de julio de 2019 el Juzgado accionado inadmitió las contestaciones del extremo demandado por no obrar el acápite de “hechos, fundamentos y razones de derecho de su defensa”, por lo se concedió al demandado el término de cinco (5) días para que subsanara la respuesta y advirtiéndole en la providencia las consecuencias de su omisión. Nótese que el mismo actor es consiente que no revisó el estado por motivos de viaje laboral, sin embargo, esta no es una razón que justifique la pretensión del accionante para subsanar su descuido a través de la acción de tutela, y si lo fuera debió expresarla al juez del conocimiento para que determinara su eficacia y se permitiera reabrir los términos ya fenecidos. La ausencia del trámite anterior, constituye una falencia atribuible no al juez accionado, sino a quien ejerce la acción de tutela, pues el apoderado del demandado debió de ser especialmente diligente en el ejercicio de todas las actuaciones que realizara en el marco de los procesos judiciales, y utilizar los mecanismos establecidos en la ley procesal aplicable, emergiendo claramente la improsperidad de la acción. Al respecto de lo antes señalado, la Corte Constitucional ha expresado que cuando el proceso aún se encuentra en trámite, la intervención del juez constitucional está vedada toda vez que la acción de tutela no constituye un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos al interior del trámite ordinario. Incluso, cuando los procesos han culminado, se deben interponer y agotar los medios de defensa y recursos que se encuentran previstos en el ordenamiento jurídico.

S2019-00047

INCIDENTE DE DESACATO DE ACCION DE TUTELA – NULIDAD DE LO ACTUADO: Cumplimiento del artículo 27 del decreto 2591 de 1991 en cuanto a la comunicación al superior para el cumplimiento del fallo - Carácter persuasivo del incidente de desacato.

De lo anterior claramente se infiere que la no realización de la individualización y posterior requerimiento del superior de la funcionaria presuntamente incumplidora, imperativo de que trata el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, resquebraja una serie de pautas procesales de obligatorio cumplimiento, pues se pone en entredicho el cumplimiento del fallo de tutela al omitir la utilización de una herramienta procesal para tal efecto, a la par que se desconoce una norma procesal, es decir, de orden público y por contera de obligatorio cumplimiento, omisión que resulta trascendental, según se ha entendido por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, pues el superior del funcionario encargado del cumplimiento del fallo cuenta con amplias facultades de hacer efectiva la garantía constitucional reconocida, como realizar aportes probatorios, además de que tiene a su cargo la obligación de iniciar los procesos disciplinarios a que haya lugar, aunado a que el mismo superior es

susceptible de ser disciplinado ante el incumplimiento de las directrices emitidas por el juez cognoscente del incidente de desacato.

De acuerdo con lo anterior, estima esta Judicatura que la omisión advertida pone en entredicho la efectividad del fallo de tutela objeto de cumplimiento y, como si fuera poco, desatiende lo consagrado por el Legislador al interior de un catálogo procesal vigente.

INCIDENTE DE DESACATO DE ACCION DE TUTELA - NULIDAD DE LO ACTUADO - NOTIFICACIÓN PERSONAL DEL INCIDENTADO: No cumplir con la carga procesal de enterar personalmente a la incidentada conlleva a la anulación del trámite surtido en sede de primera instancia.

Ahora bien, analizado el expediente se constata que no existe seguridad ni constancia de que la señora MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA, en su condición de Representante Legal de la NUEVA EPS, hoy afectada por presuntamente desacatar el fallo de tutela proferido del 18 de noviembre de 2019, se le hubiese efectivamente notificado personalmente la iniciación del trámite incidental y, mucho menos, el posterior proveído a través del cual se dispuso imponerle sanción de multa y arresto, pues se observa que se libraron los Oficios N° 1197 del 11 de diciembre de 2019, No. 0005 del 16 de enero de 2019 y el No. 0006 del 16 de enero de 2019 donde se informaron las decisiones tomadas por el despacho con destino a la Calle 11 N° 12 – 34/38 de Sogamoso, con lo que no se garantiza la obligación de enterarlo de manera personal.

Y es que de ningún modo es posible inferir que a través de los oficios librados por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Sogamoso se hubiese cumplido con la carga procesal de enterar personalmente a la incidentada, máxime que por tratarse de una actuación de carácter sancionatorio debe acudir a todos los medios posibles para llevar a cabo un enteramiento, no solo oportuno a una entidad, sino eficaz de cara al sujeto que en últimas será objeto de las consecuencias pecuniarias y restrictivas de la libertad que conlleva omitir las órdenes de un juez de tutela, omisión que de acuerdo con la pacífica y reiterada jurisprudencia del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria conlleva a la anulación del trámite surtido en sede de primera instancia.





****IMPORTANTE****

Los siguientes son los documentos presentados por el Magistrado Ponente como base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión se emitió en Audiencia por lo que deberá ser verificado en la Secretaría o en la Relatoría de éste Tribunal.

S2016-00287

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES POR EL FALLECIMIENTO DE SU CÓNYUGE – DESACUERDO EN EL NÚMERO DE SEMANAS COTIZADAS ANTES DEL FALLECIMIENTO DEL AFILIADO: Los aportes del afiliado al FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL, REGIMEN SUBSIDIADO DE PENSIÓN, en el programa de COLOMBIA ADULTO MAYOR, deben ser tenidos en cuenta para sumar semanas cotizadas.

Así el número de semanas cotizadas para pensión en el referido programa, supera ampliamente el número de las 50 semanas cotizadas en los últimos tres años antes del fallecimiento para que su cónyuge tenga derecho a la pensión de sobrevivientes. El argumento de la demandada, a través de su apoderado, es que, tanto el fallecimiento o la cancelación por ese motivo, los aportes se reintegran a ese programa y ello puede ser cierto respecto de aquellos que correspondan a tiempos posteriores a la muerte del afiliado, es decir, para el caso los del mes de febrero de 2012, pues el fallecimiento ocurrió el 19 de enero de 2012. Bien hizo el fallador de primer grado al tomar en cuentas esos aportes, pues también es cierto, como allí se resaltó, que la demandante solicitó se tuvieran en cuenta aquellos y aportó los comprobantes de consignación y la certificación de COLOMBIA MAYOR, a los que prácticamente hizo caso omiso COLPENSIONES, pues solo expuso, en la Resolución GNR68322 del 2 de marzo de 2016, que "se envía a gestión de cobro. Se regulan las inconsistencias presentadas en la HL" (Cfr. f. 40 vto.).

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN: Los primeros, deben pagarse pasados 6 meses a partir de la solicitud de reconocimiento; los segundos, desde la fecha no afectada por la prescripción hasta antes de la fecha en que aplican los intereses moratorios.

Sin embargo, al definir sobre los intereses moratorios, no precisó el momento a partir del cual eran exigibles, y por ello es necesario disponer que, en la medida en que el FONDO PENSIONAL contaba con 4 meses para el estudio del reconocimiento, y dos meses más para incluir la nómina, es decir, 6 meses a partir de la solicitud de reconocimiento, según lo establece el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, los intereses moratorios solo operan a partir del 1º de mayo de 2016. Entre tanto, es decir, entre el 30 de octubre de 2012 y el 1º de marzo de 2015, las sumas adeudadas deben ser indexadas desde el momento de exigibilidad, cada una de las mesadas hasta el 01 de mayo de 2016, a partir de la cual se devengarán los intereses moratorios.

S2017-00028

CONTRATO DE TRABAJO – TERMINACION DE LA RELACIÓN LABORAL: Las incapacidades médicas no finalizan o interrumpen el contrato de trabajo - Existencia de contrato de trabajo cuando hay incapacidades médicas.

Al respecto debe señalarse, que pese a que la actora en los supuestos fácticos de la demanda indica haber estado incapacitada desde el 2 de diciembre de 2015 hasta la fecha, dentro del elemento material probatorio allegado al proceso no se encuentra documento que así lo acredite, pues únicamente se limitó a mencionar la misma. Sin embargo, esta Sala considera importante señalar que aunque así se hubiese probado dentro del expediente, esa situación no es causal de terminación del contrato de trabajo establecidas en el art. 61 del C.S.T y por el contrario está demostrado dentro de los documentos incorporados de oficio por el A-quo, que la actora recibió la suma de \$368.900 del 1º al 15 de marzo de 2017, recibo que se entiende el pago del salario correspondiente a esa quincena. Por lo anterior, no es de recibo el argumento del recurrente y ha de confirmarse la sentencia en este aspecto por encontrarse ajustada a derecho.

CONTRATO DE TRABAJO – TERMINACION DE LA RELACIÓN LABORAL – NO PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES: Buena fe del empleador conforme las pruebas. / PAGO DIRECTO DE CESANTÍAS: La sanción es la pérdida de las cesantías y no la sanción moratoria.

Así las cosas, dentro del expediente se cuenta con una serie de documentos que fueron incorporados de oficio, los cuales muestran: 1) el pago de algunos salarios, 2) pago de cesantías e intereses, 3) pago de prima de servicios y 4) solicitudes de la demandante para el pago de cesantías e intereses en efectivo, visibles del folio 72 a 126 del cuaderno; documentos todos estos que llevan a considerar a esta Sala, que los demandados no actuaron de mala fe en el pago de las prestaciones económicas de la trabajadora, pues si bien existe deuda de algunas acreencias y por las cuales se condenan, dicha mora no obedece a la mala fe del patrono, pues actuó conforme a lo que consideraba que en efecto correspondía a las normas laborales dentro del contrato de trabajo, motivo por el cual no hay lugar a condenar a los demandados a las sanciones que pretende la demandante, por no encontrarse configurada la mala fe patronal y por el contrario, se confirmará la sentencia recurrida en este aspecto por encontrarse ajustada a derecho.

Debe agregarse que respecto de las cesantías, es la propia demandante la que anualmente pedía a sus patronos que se le cancelaran directamente para efectos de realizar reparaciones a su vivienda. Es increíble que las personas actúen de esa manera y hagan incurrir a los patronos, que tampoco son expertos en derecho laboral, en esos errores. La sanción sin embargo, es la pérdida de las cesantías y no la sanción moratoria previstas en la Ley 50 o en el art 65 del C.S.T. Por ello, se reitera, la sentencia debe confirmarse.

S2013-00200

EJECUTIVO LABORAL – NULIDAD DE TODO LO ACTUADO POR OMITIRSE REMITIR EN GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA FALLO ADVERSO A ENTIDAD DE DERECHO PÚBLICO: Deber del A quo, declarada la nulidad, de convocar a la respectiva audiencia a las partes, en la que necesariamente debía dictar sentencia complementaria, como lo dispone el inciso primero del artículo 287 del Código General del Proceso, para disponer la remisión de la sentencia para ser remitida en grado jurisdiccional de consulta.

Sería el momento en que esta Sala entrara a resolver la consulta de la sentencia de 18 de septiembre de 2013, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso, la que debe surtirse, por cuanto la primera instancia al expedir la sentencia el 13 de noviembre de 2013, omitió ordenarla, lo que dio lugar a que, ante la declaratoria de ejecutoria de providencia, se surtiera el trámite ejecutivo, el cual por auto de 27 de agosto de 2018, fue declarado nulo en su integridad. Ante la nulidad declarada, era deber de la A quo, convocar a la respectiva audiencia a las partes, en la que necesariamente debía dictar sentencia complementaria, como lo dispone el inciso primero del artículo 287 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral por ausencia de norma expresa, como lo autoriza el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, pues la consulta era una de aquellas decisiones que “de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento”.

Sin embargo, se observa que a pesar de haberse declarado la nulidad de la actuación ejecutiva surtida con posterioridad, lo cual se ajusta a la normatividad, en lugar de proceder a la convocatoria de la audiencia respectiva, para dictar la sentencia complementaria en la que se debía adicionar la sentencia y disponer su consulta, por auto de 27 de agosto de 2018, se dispuso directamente la consulta, lo que es abiertamente contrario a la ley, y constituye una vía de hecho que debe ser dejada sin efecto, y en consecuencia, se ordenará

a la primera instancia que proceda a hacer la convocatoria a las partes a audiencia, para complementar la sentencia, decisión contra la cual eventualmente procede el recurso de apelación, como lo autoriza el inciso final del artículo 287 del Código General del Proceso.

S2015-00230

EXISTENCIA DE RELACIÓN DE TRABAJO - Despido sin el debido permiso del Ministerio del Trabajo: Inexistencia de cosa juzgada.

De acuerdo con lo anterior, es evidente la inexistencia de la cosa juzgada, puesto que la primera demanda buscaba era la declaratoria de perjuicios por reparación plena y ordinaria contra "Acerías Paz del Río S.A.", mientras que en esta demanda, lo que pretende además de la declaratoria de existencia de una relación de trabajo entre el actor y la demandada, desde el 1 de diciembre de 2005 al 14 de agosto de 2009, que es común en ambas demandas, que fue despedido sin el debido permiso del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social el cual por tanto es ineficaz, y en consecuencia le reintegrara sin solución de continuidad, con el pago de todas las prestaciones sociales y salarios, a un cargo en el que desarrollara actividades conforme a su estado de salud, debiéndose revocar íntegramente la sentencia de primera instancia, entrándose en consecuencia al estudio de las pretensiones y las demás excepciones de mérito propuestas por el demandado.

La existencia del contrato de trabajo entre las partes, que tuvo vigencia entre el 1 de diciembre de 2005 al 14 de agosto de 2009 fue aceptado por la demandada, no siendo por tanto este hecho motivo de controversia; como otra de sus pretensiones, señala que su despido cumplido el 14 de agosto de 2009 fue ineficaz porque cuando ello ocurrió se hallaba en estado de "limitación manifiesta", originada en la disminución de su capacidad laboral causada por el accidente de trabajo ocurrido el 28 de mayo de 2008 el cual se había calificado como de trabajo por la "ARL Positiva" en un 14,99% siendo en consecuencia necesario para que procediera el Despido que se obtuviera la autorización respectiva que en este caso no se presentó, la que posteriormente se calificó en 15,05% por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, lo que permitía que tuviera derecho a su reintegro y reubicación laboral dentro de la empresa, de acuerdo con la incapacidad declarada.

PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS LABORALES: Negación de pretensiones por operar la prescripción.

Conforme al artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en concordancia con el artículo 488 de Código Sustantivo del Trabajo, las acciones por reclamo de derechos sociales, prescriben en tres años, por regla general, siendo posible que la misma sea interrumpida por una sola vez, antes del primer vencimiento.

El actor pretende es el reintegro en un cargo dentro de la empresa demanda, que tenga en cuenta la situación de disminución de capacidad laboral declarada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá el 01 de junio de 2012, pues fue despedido en estado de "limitación manifiesta" la que se produjo por un accidente de trabajo, el 14 de agosto de 2014 y por habersele despedido en esa situación, el mismo era ineficaz. La pretensión de ineficacia del despido y reintegro, son acciones de origen laboral, cuya prescripción se rige por lo dispuesto en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, normas que aplicadas al asunto, determinan que la misma operó, porque el despido ocurrió el 14 de agosto de 2009 y esta demanda se formuló el 29 de mayo de 2015 mediando entre ese hecho y la demanda más de cinco años, sin que se demostrara en el plenario de este proceso, la interrupción del término prescriptivo de parte del Actor, pues la reclamación presentada con la demanda formulada el 23 de agosto de 2010, en nada se refería al reintegro pretendido en el actual proceso, y por tanto no afectó el término señalado anteriormente, debiéndose declarar así la prescripción alegada por el actor, que determina igualmente la negación de las pretensiones.

S2016-00030

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. DEFINICIÓN DEL PLEITO ENTRE COMPAÑERAS PERMANENTES Y CONYUGE: No se probó convivencia simultánea entre cónyuge y de la compañera permanente, que imposibilita que la cónyuge reciba el 100% de la pensión de sobreviviente. / DISTRIBUCIÓN DEL PORCENTAJE DE LA PENSIÓN: No se puede modificar porque no fue apelada. / PROCEDENCIA DE ACRECERTAR LA PENSIÓN A

RAIZ DE LA EXTINCIÓN DEL DERECHO SUSTANCIAL DE LA CÓNYUGE: El derecho cesó a partir del día de la muerte de la beneficiaria.

Así, la argumentación de la convivencia simultánea propuesta por Rosa Cecilia Bernal Jiménez, cónyuge supérstite de Pedro Nel Cely, carece de todo fundamento probatorio, el indicio de la separación de bienes, así como los testimonios que en su conjunto señalan la existencia de la unión marital entre Rosa Azucena Bonilla Acosta, de manera inequívoca desde el 5 de enero de 2000, por lo que la pensión de sobrevivientes, como lo determinó el sentenciador primario, debía ser compartida, en los porcentajes del 71% y el 29% para la cónyuge y la compañera permanente, respectivamente, ya que al haber perdurado el vínculo matrimonial desde su celebración el 1 de septiembre de 1960 hasta la muerte del pensionado, ocurrida el 27 de junio de 2015, la convivencia presumida desvirtuable entre los casados cesó el 5 de enero de 2000, y para determinar los porcentajes de cada una de las beneficiarias, se debió tomar el total de la duración del vínculo matrimonial que fueron un total de 16.195 días, de los cuales 10.550 corresponden a la esposa, y 5.645 a la última compañera permanente, por lo que el porcentaje que la primera instancia debió adjudicar a las beneficiarias debió ser de 65,15 para la cónyuge y 34,85 para la compañera permanente, pero como ésta última no cuestionó a través del recurso esta distribución, no podrá ser modificada por este Tribunal Superior. Se negará la pretensión de Rosa Cecilia Bernal Jiménez a recibir el 100% de la pensión de sobreviviente, quedando firme la distribución que hizo la señora Juez Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso. En cuanto al acrecimiento dispuesto en la sentencia consultada en favor de la última compañera permanente, se señala por la Sala que el mismo se ajustó a la ley, pues conforme al artículo 8º del Decreto 1889 de 1994 por pertenecer ambas beneficiarias al mismo orden, al fallecer Rosa Cecilia Bernal Jiménez el 6 de enero de 2018, como se probó con el registro civil serial 09380218 visible a folio 218 del cuaderno de primera instancia, constituye un hecho extintivo del derecho sustancial que se debía reconocer de manera vitalicia a la cónyuge, por lo que conforme al inciso cuarto del artículo 281 del Código General del Proceso, el mismo cesó a partir del día de la muerte de la beneficiaria.

S2016-00052

EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL – PROCEDENCIA DE SENTENCIA COMPLEMENTARIA: La sentencia debe estar en consonancia con las “materias del recurso de apelación”, salvo que se trate de derechos mínimos, los que, aunque no hubieren sido argumentados, deben estudiarse y resolverse por la segunda instancia.

Para proceder a la complementación de la sentencia en la forma pedida por el actor, se debe examinar primeramente las pretensiones, y de fueron objeto de decisión por la primera instancia, cuales fueron apeladas, y de ellas cuales fueron tenidas en cuenta por este Tribunal Superior al expedir el fallo de 25 de septiembre de 2018, y de las no tenidas en cuenta, cuáles de ellas se pidió por el actor fueran objeto de pronunciamiento para complementar la sentencia. De acuerdo con lo expuesto en la parte resolutive de la sentencia, de las pretensiones condenatorias aspiradas por el actor, este Tribunal Superior, omitió pronunciarse sobre la condena al pago de indemnización por no pago de dotación al trabajador, pago del subsidio familiar, pago del subsidio de alimentación, indemnización integral por perjuicios conforme al artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, y sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales. De las anteriores pretensiones, es de anotar que respecto del pago que la demandada debe hacer a Colpensiones S.A., la parte considerativa del fallo hizo referencia al mismo, pero esa decisión fue incompleta, y además la parte resolutive no la incluyó, por lo que se impone su estudio con fines de adicionar la sentencia. Tampoco se hizo referencia en la decisión, a la condena al pago de la sanción moratoria a que se refiere el artículo 65 de Código Sustantivo del Trabajo. En cuanto a las pretensiones de adicionar la sentencia se observa, como premisa por la Sala que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la sentencia debe estar en consonancia con las “materias del recurso de apelación”, salvo que se trate de derechos mínimos, los que aunque no hubieren sido argumentados, deben estudiarse y resolverse por la segunda instancia, como lo dispuso la sentencia C-968 de 2003 de la Corte Constitucional, y como se puede observar, las dos pretensiones no son derechos de la connotación anotada, y por ello el recurrente tenía la carga argumentativa.

EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL – SENTENCIA COMPLEMENTARIA: PROCEDENCIA DE LA SANCIÓN MORATORIA: Probada la mala fe del demandado.

Al respecto del pago de la sanción moratoria a que se refiere el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, se ha de observar que está probada la mala fe del demandado conforme lo señala la SL 3962 radicación 41775 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, puesto que “Servicios Postales Nacionales 472”, mantuvo a Ángel María Herrera vinculado como su trabajador, durante más de ocho (8) años, cumpliendo las funciones probadas en el proceso, hechos que no permitían dudar de su función subordinada de mensajero, pues además estuvo sometido a los

horarios de la demandada, y por ello recibía una remuneración, lo que sirvió de fundamento para que se declarara la existencia del contrato de trabajo, ya que no se hallaron dudas respecto que “Servicios Postales Nacionales 472”, hubiera creído que lo que existía era un contrato diferente al del contrato de trabajo. Lo concluido en la sentencia de segunda instancia, por la abundancia de argumentos acerca de la subordinación y prestación personal del servicio por parte de Herrera, son suficientes para señalar que para la demandada, no era posible que tuviera al actor como un trabajador temporal, ni menos que prestara un servicio diferente al de mensajero de la empresa, pues cumplía como se estableció horario, y recibía órdenes de “Servicios Postales Nacionales 472”, durante todo el tiempo de la relación laboral declarada.

EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL – SENTENCIA COMPLEMENTARIA: Sanción por no consignación oportuna de cesantías – imposibilidad de adicionar el fallo al no estar contenido el tema en alguna pretensión de la demanda.

Con respecto a la pretensión de adicionar el fallo de 25 de septiembre de 2018, y ordenar a la demandada el pago de la sanción por no consignación oportuna de las cesantías anuales en el fondo respectivo que hubiera señalado el actor, no tiene la característica de un derecho mínimo del trabajador, y por tanto, para que se reconozca, deber ser materia de una pretensión específica. Al examinar la demanda, efectivamente esta fue una pretensión del actor -condena B 13 principal- (folio 4), y al negarse, no fue objeto de apelación por parte de Ángel María Herrera, pues como ya se ha señalado, la argumentación expuesta al proponer el recurso de apelación, no insistió en el derecho incierto.

S2016-00439

ACCIDENTE DE TRABAJO – INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD LABORAL: Presupuestos – La empresa no tenía conocimiento del funcionamiento de la explotación de la mina los Andes, ni recibió contraprestación alguna por la explotación de carbón.

Por lo anterior, para que exista solidaridad laboral se requiere cumplir los siguientes presupuestos: i) Debe existir una obra o servicio a desarrollar solicitada por el contratante a un contratista, ii) Debe existir una relación laboral entre el contratista y sus trabajadores, iii) Debe existir una relación causal entre el contrato de obra del contratante y contratista, y el contrato laboral entre el contratista y sus trabajadores. Lo anterior significa que las actividades del contratista deben estar vinculadas con el objeto económico del contratante, pues esta solidaridad nace de la relación laboral. Examinadas las pruebas, no existe en el proceso alguna que establezca la celebración de un contrato de obra vigente para la época de los hechos entre Ramiro Gonzalo González Becerra y Mauricio Pinzón Montañez con Minas Paz del Rio S.A. así mismo, esta empresa no tenía conocimiento del funcionamiento de la explotación de la mina los Andes, ni recibió contraprestación alguna por la explotación del carbón los Andes. Por el contrario, se demostró en el proceso que Minas Paz del Rio S.A. es titular del Derecho Minero, con registro No. 070-89, y dentro del área objeto de este contrato se halla la Mina, Mina en la cual murió el trabajador Henry Emilson Galvis González, así mismo, la Agencia Nacional de Minería, el 25 de marzo de 2015, por medio de la resolución No. VSC 000146, le concedió Amparo Administrativo a Minas Paz del Rio S.A., amparo ratificado por la resolución No. 000974 del 01 de diciembre de 2015.

ACCIDENTE DE TRABAJO. INEXISTENCIA DE ERROR DE HECHO EN LA VALORACION PROBATORIA: El error de hecho en la valoración probatoria se presenta cuando el juez supone, omite o altera el contenido de las pruebas, siempre y cuando dicha anomalía influya en la forma trascendental en el proceso. Con las demás pruebas mencionadas se concluye que el impugnante era el empleador.

Para resolver esta impugnación, primero hay que señalar que el error de hecho en la valoración probatoria se presenta cuando el juez supone, omite o altera el contenido de las pruebas, siempre y cuando dicha anomalía influya en la forma trascendental en el proceso, de tal manera que de no haber ocurrido el error otro fuera el resultado, lo que debe ser demostrado con contundencia. En el presente caso, si bien es cierto que el poder de 15 de febrero de 2015 visto a folios. 797-798, fue otorgado por Marco Antonio Fernández Araque y aceptado por Ramiro Gonzalo González Becerra, para que este último se convirtiera en propietario, para lo cual firmaron y autentizaron ante la Notaria Segunda del Circulo de Duitama el 24 de febrero de 2015 un contrato de compraventa de la Finca “El Dividivi”, en cuyo perímetro se encuentra la mina los Andes, y en el que Ramiro González actuó en calidad de comprador, y de ahí en adelante actuó como el dueño y poseedor del inmueble. Igualmente, aparecen pruebas que indican indubitablemente que Ramiro González, realizaba actos de señor y dueño, como se puede evidenciar en los contratos de asociación en participación en explotación minera de

hecho, y de los hechos a que los que se refirieron los testimonios rendidos en el proceso, los cuales fueron suscritos por Ramiro Gonzalo González Becerra, en calidad de propietario del bien inmueble, y en los cuales pactó recibir utilidades, como consta en los folios 454 al 461, así mismo en la práctica de las pruebas se evidenció que el impugnante, era quien contrataba a los trabajadores, les cancelaba sus salarios y acreencias laborales (Folio 465-468), además, se dio a conocer a la sociedad como el propietario del bien, esto lo manifiesto en el recurso de reposición que presentó contra la Resolución No. 000146 que concedió el amparo administrativo, en el cual argumentó que Marco Antonio Fernández Araque, no tiene ningún vínculo, ni de propietario, ni de poseedor que lo ligue a la mencionada resolución, y que por el contrario, las minas eran de su propiedad. En razón a lo anterior, no se puede concluir que exista error de hecho en la valoración de la prueba, toda vez que con las demás pruebas mencionadas se concluye que el impugnante Ramiro Gonzalo González Becerra, era el empleador de Henry Emilson Galvis González (q.e.p.d).

ACCIDENTE DE TRABAJO. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE QUIEN ALUDE QUE NO ACTUÓ COMO EMPLEADOR AL SOLO PRESTAR SU RAZÓN SOCIAL PARA AFILIAR A LOS TRABAJADORES: Se prueba que actuó como empleador.

...al revisar el material probatorio se evidenció que el impugnante realizó el Plan de Emergencia y el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el trabajo de la mina los Andes el 6 de marzo de 2015 (Folios 288-366 y Folios 614-778), así mismo, en el Auto No. 15000 de 18 de noviembre de 2015 del Ministerio de Trabajo (Folios 474-475), ordenó dar inicio a la averiguación preliminar del accidente de trabajo ocurrido a Henry Emilson Galvis González (q.e.p.d), y Mauricio Pinzón Montañez como empleador allegó los documentos requeridos por el Ministerio. De igual manera el impugnante firmó como representante legal en todas las Actas (Folios 531-540) realizadas por el Comité Paritario de Seguridad y Salud en el Trabajo de fechas 16 de marzo, 20 de abril, 25 de mayo, 26 de junio y 25 de julio de 2015, las que desvirtúan claramente la afirmación del recurrente, pues la última de estas actas se refiere a una época en la que el trabajador Henry Emilson Galvis González (q.e.p.d), prestaba sus servicios a los demandados. Por lo anterior, evidencia esta Sala que la decisión tomada por el juez de primera instancia en tomar a Mauricio Pinzón Montañez, como empleador y responsable solidario, es acorde con el material probatorio.

S2017-00127

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DEMANDADA POR COMPAÑERAS PERMANENTES - Requisito de convivencia: No se probó por las demandantes convivencia dentro de los últimos cinco (5) años anteriores a la muerte del pensionado.

De acuerdo con el análisis conjunto de las numerosas dudas concernientes al lugar en el que presuntamente el Pensionado fallecido, hubiera convivido con las dos demandantes, dado que, Patiño señaló viajar constantemente a Bogotá por su hija y por su nieto, pero aun así mantener una relación vigente, el causante viajaba a Bogotá para visitarlos cuando podía, o ella iba a Sogamoso de forma regular la casa ubicada en la carrera 29 No. 13 - 33 Barrio Libertador de la ciudad de Sogamoso, en la cual señaló que vivieron dentro de los últimos cinco (5) años anteriores a su muerte de Cortés Rodríguez; y, por otro lado, Margot Benítez adujo haber convivido con el pensionado, en la casa referida anteriormente, por un tiempo y manifestó haberse mudado entre el 2002-2003 a la vuelta, porque había tomado en arriendo un local con una habitación, ubicado en la Calle 14 No. 30 - 22 de Sogamoso, para poner allí un negocio, manteniendo vigente una vida marital, en virtud de que, indicó que ella se quedaba en la casa de Cortés o él en la de ella, negando al igual que su contraparte, una convivencia simultánea, sino exclusiva, la cual de manera alguna podía aceptarse por el sentenciador de primer grado. En consecuencia, no hallándose probado con la certeza exenta de duda que exige la ley procesal, para declarar un derecho, atendiendo a que no se probó, ni se brindó credibilidad sobre la existencia de la convivencia simultánea o individual del pensionado con las dos demandantes, dentro del término de los cinco (5) años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, se confirmará la decisión recurrida, además que en ejercicio del grado de consulta, se declarará conforme a la ley la negación del derecho a María del Carmen Patiño.

S2017-00157

EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO REALIDAD –EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES – INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS COMO TRABAJO EN MISIÓN: El empleador no desvirtuó la presunción de contrato laboral.

En cuanto a la prestación del servicio por parte de Javier Riaño Motta, como trabajador en misión de Bavaria S.A., se tiene que el mismo no fue para ejecutar labores ocasionales, accidentales o transitorias, ni para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, ni mucho menos para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, como de manera específica lo permite la ley, ya que como se probó a lo largo del proceso el trabajador estuvo contratado por un término mayor al que establece la Ley para este tipo de contratos, es decir por más de un año, toda vez que laboró al servicio de Bavaria S.A., desde el 16 de abril de 2010 hasta el 7 de julio de 2014, así las cosas, correspondía al trabajador probar la prestación personal del servicio, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, situación que no se logró demostrar por parte de Bavaria S.A., en cuanto al tiempo en que el actor estuvo a su servicio, por lo tanto no es de recibo para esta Sala de Decisión, el argumento esbozado por la demandada Bavaria en el sentido de indicar que el actor no logró demostrar el tiempo durante el cual estuvo al servicio de la empresa, pues como se reseñó anteriormente a este solo le correspondía demostrar la prestación del servicio y a la aquí recurrente demostrar que el actor no estuvo el tiempo aludido a su servicio, ya que la carga de la prueba se encontraba en cabeza de la demandada Bavaria S.A.

ESTABILIDAD REFORZADA – INEXISTENCIA DE INEFICACIA DEL DESPIDO DE TRABAJADOR REALIZADO POR MISIÓN TEMPORAL LTDA., AL NO HABER SOLICITADO PERMISO ANTE EL MINISTERIO DE TRABAJO: No todo tipo de discapacidad puede ser objeto de protección especial por parte del estado.

De acuerdo con la calificación de pérdida de capacidad laboral obrante a folios 546 a 551, se tiene que el demandante tuvo una pérdida de capacidad laboral del 9.90%, siendo esta de aquellas que tienen un grado de invalidez inferior al moderado, por lo que Riaño Motta no era merecedor a esa especial garantía de estabilidad laboral reforzada, por lo tanto el empleador no tenía el deber legal de solicitar el permiso ante el Ministerio de Trabajo para despedirlo, no tornándose el mismo en ineficaz. Por la ausencia de la ineficacia alegada, no había lugar al reintegro del trabajador a su puesto de trabajo y en tal sentido se confirmará la decisión de primera instancia.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO - JUSTA CAUSA: La empresa de servicios temporales actuó como simple intermediaria. Cuando no se estipule la forma de terminación del contrato de trabajo, este se entenderá que es a término indefinido

Ahora bien en cuanto a la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo alegada por la demandada Misión Temporal, se advierte que el trabajador se encontraba vinculado con la empresa de servicios temporales mediante un contrato a término indefinido y no por obra o labor contratada como lo adujo la pasiva, pues la realidad que se probó en el proceso fue que la empresa de servicios temporales actuó como simple intermediaria de Bavaria S.A., esto dado que una vez terminó la relación laboral del accionante con la demandada Bavaria S.A. el 7 de julio de 2014, el trabajador paso al servicio directamente de la empresa temporal como trabajador de planta, tal como quedó probado en el proceso con los testimonios rendidos por Pedro Pablo Sarmiento Estupiñán y Jorge Antonio Meza Torres. De conformidad con lo establecido por el artículo 4 del Decreto 4369 de 2006, son trabajadores de planta los que prestan sus servicios en las instalaciones del empleador, como efectivamente ocurrió en el presente caso durante el periodo comprendido entre el 8 de julio de 2014 y el 25 de mayo de 2015, por lo anterior cuando no se estipule la forma de terminación del contrato de trabajo, este se entenderá que es a término indefinido de conformidad a lo preceptuado en el numeral 1 del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo.

S2017-00261

CONTRATO DE TRABAJO - EXISTENCIA DE RELACION LABORAL – FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: Quien es demandado, debe tener las condiciones para que le sea exigido, “entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones.

Quien demanda debe tener legitimación en causa por activa, y quien es demandado la debe tener por pasiva, puesto que su existencia es un presupuesto para dictar la sentencia “La jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la “calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o

condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas”, pues quien formula una pretensión debe tener posibilidad sustancial de tener las condiciones legales para reclamar un derecho o una obligación, y quien es demandado, debe tener las condiciones para que le sea exigido, “entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran los titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada” .

La primera instancia para absolver al demandado esencialmente lo hizo porque estableció su falta de legitimación por pasiva, ya que de acuerdo con los testimonios de Javier Hidalgo, Guillermo Zorro Moreno, la declaración de parte del demandado, y del documento expedido por la Cámara de Comercio de Sogamoso, no existe duda alguna que se demandó a quien no era el patrono de la Actora, sino a un tercero que aunque inicialmente tuviera la calidad de compañero permanente de Laura Juliana Chaparro Grisales, no era el propietario del establecimiento “Surtidora de Aves La 22” de Sogamoso, y por lo tanto no se le podía exigir las obligaciones laborales pretendidas.

No es pues que la Actora no haya cumplido con sus cargas probatorias que la ley le imponía como lo concluyó aparentemente la primera instancia, ya que cumplió con demostrar la existencia de un patrono al que estuvo subordinado, que tenía un horario de trabajo, que la actividad pactada la cumplía personalmente, de lo que se derivaba una remuneración al menos igual al salario mínimo legal mensual vigente, demostrando así la existencia de una relación de trabajo conforme al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que hace presumir la existencia del contrato de trabajo como lo señala el artículo 24 ibídem, sin embargo, ni la existencia del contrato ni las obligaciones que reclamó en sus pretensiones, no le son exigibles al demandado por cuanto no se demostró su calidad de patrono respecto de Florinda Moreno Macías.

S2018-00022

INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL - MADRE COMUNITARIA EN EL ICBF: Su labor es un servicio a la comunidad, y su actividad personal no redundará en beneficio de la demandada - No es función del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "ICBF", prestar ese servicio.

Las sentencias SU-224 de 1998 y SU-073 de 2019, como lo apreció el juez de primera instancia, no son proclives a que se pueda declarar la existencia de un contrato real entre las madres comunitarias y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "ICBF", porque principalmente la índole de su labor es un servicio a la comunidad, y su actividad personal no redundará en beneficio de la demandada, y como lo alegó ésta, no es función del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "ICBF", prestar ese servicio. En este asunto, no se ha demostrado la existencia de una actividad personal de la actora en favor del demandado, sino en el de la comunidad en la que vive, para atender menores de siete años y madres gestantes, labores que no prestaba en las instalaciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "ICBF", sino en los sitios que determinaba libremente la madre comunitaria; igualmente, el cumplimiento de la función no era vigilada por la demandada, sino por las Asociaciones de Padres de Familia, y finalmente el "ICBF" no remunera este servicio, sino que éste es remunerado con los recursos que en desarrollo de los contratos que suscriben los entre las asociaciones de padres de familia con el ICBF, lo permite concluir como lo hizo la primera instancia, que entre Yenni Lizeth Valcárcel Carreño y el demandado, no existió relación de trabajo alguna, y por tanto tampoco se estructuró el contrato real aspirado, debiéndose confirmar la decisión consultada, y negar las demás pretensiones, porque dependían de la existencia de la relación laboral.



****IMPORTANTE****

La mayoría de los siguientes son los documentos presentados por el Magistrado Ponente como base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión se emitió en Audiencia por lo que deberá ser verificado en la Secretaría o en la Relatoría de éste Tribunal.

S2010-00122

EJECUTIVO HIPOTECARIO – REQUISITOS DEL TÍTULO EJECUTIVO PAGARÉ: Pagaré acompañante de la escritura pública de hipoteca, no se describe una obligación clara, expresa y actualmente exigible, careciendo de los requisitos esenciales para ser título valor con fuerza ejecutiva.

El Código de Comercio, establece los requisitos generales y específicos que deben contener los títulos valores, lo que se encuentran descritos en el artículo 621 de la mencionada codificación, los cuales son: (i) La mención del derecho que en el título se incorpora, y (ii) La firma de quién lo crea, y por otro lado, como la acción ejecutiva se ejerce a través del pagaré 2008002, se debe examinar si adicionalmente este documento cumple los requisitos particulares, como son los expresados en el artículo 709 del Código de Comercio que consisten en (i) La promesa incondicional de pagar una suma determinante de dinero; (ii) El nombre de la persona a quien deba hacerse el pago; (iii) La indicación de ser pagadero a la orden o al portador, y (iv) La forma de vencimiento. El pagaré 2008002 allegado con la demanda establece en su cláusula primera, que se pagara a Unikia S.A los dineros que se causen de facturación, repuestos, autopartes, insumos, prestación de servicios, anticipos de los compradores, seguros obligatorios de accidentes de tránsito (SOAT) de los vehículos facturados por las ventas, y las cuotas señaladas en la cláusula tercera del pagaré más los intereses señalados en la cláusula segunda. Examinados los requisitos generales y particulares del pagaré (artículo 709 del Código de Comercio), evidencia que el título exhibido en esta ejecución, no cumple con un elemento esencial para que este exista como título valor, ya que no menciona el derecho que se incorpora. Efectivamente, al determinar si el pagaré 2008002 contenía el nombrado requisito, como es la obligación que debían cumplir los demandados, la suma no es determinada ni determinable de manera alguna, además que su especificación está atada a una carta de instrucciones que describe diversas situaciones que habrían podido dar origen a la tasación de la deuda, y llenar así espacios en blanco de los que carece el pagaré. La ausencia de la suma debida por los demandados, siguiendo con el principio de literalidad de los títulos valores, el cual enseña que lo que no aparezca bajo la forma escrita, será completamente ajeno al documento, salvo cuando se trate de elementos de la naturaleza, que la ley llega a suplir cuando no aparecen expresamente redactados, pero en este la falta de expresión de la suma de dinero, el que es un elemento de la esencia, el cual no suple la ley. Por tal razón, se entiende, que el documento allegado con la demanda no cumple con los requisitos para tenerse como título valor, como lo concluyó la primera instancia, sin que la apreciación que hizo el recurrente consistente en que con el endoso en procuración que dice el recurrente se realizó para el cobro ejecutivo del pagaré, suplía dicho requisito. De igual manera, la escritura pública de hipoteca abierta, que se anexó a la demanda no se determinó el monto de la obligación, antes bien esta estableció "QUE EN LA ESCRITURA DE HIPOTECA ABIERTA ES NECESARIO PRECISAR EL MONTO DE LA DEUDA A TRAVES DE UN TITULO VALOR QUE DEBE SER SUSCRITO POR EL DEUDOR Y SIN EL CUAL NO ES PROCEDENTE EL COBRO JUDICIAL DE LA DEUDA" (subrayado y negrilla fuera del texto).

S2013-00150

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO – ANTICRESIS: Incumplimiento producido por ambas partes no genera indemnización en ninguna de sus modalidades: pago de intereses moratorios o pago de la cláusula penal.

De acuerdo con lo probado, el incumplimiento que se produjo por ambas partes se ha establecido, y es esencial, porque los demandados no entregaron a los demandantes a la finalización del pacto los \$80'000.000,00 que se habían obligado a reintegrar sin "ningún interés" y por su parte los demandantes dispusieron violando claramente la cláusula doce del contrato, del producto del cultivo, siendo ambas obligaciones esenciales en el contrato anticrético, pues el mismo tuvo como fin la explotación del lote de terreno "Ciedelito" para el cultivo de cebolla larga por parte de los contratantes, de lo cual se iban a lucrar ambos por partes iguales, siendo así grave y suficiente para decretar la resolución, porque la finalidad del lucro derivado de la siembra desapareció, pero este incumplimiento base para decretar la resolución no podía ser unilateral como pretendió el actor, sino bilateral, ya que ambas obligaciones incumplidas tienen la misma categoría de esenciales o principales. Del incumplimiento bilateral y la consecuente resolución del contrato, se desprende que no hay lugar a indemnización en ninguna de sus modalidades como serían el pago de intereses moratorios ni pago de la cláusula penal, puesto que el incumplimiento mutuo o recíproco elimina esa posibilidad, según la jurisprudencia pacífica sostenida actualmente por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en fallo de 7 de diciembre de 1982 M.P. Jorge Salcedo Segura y SC-1662 de 5 de julio de 2019 M.P. Alvaro Fernando García Restrepo, además, ninguno de los contratantes que han incumplido las obligaciones contractuales, conforme lo establece el artículo 1609 ibidem está en mora "dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte ...", pues en los contratos bilaterales, como lo enseñó la nombrada jurisprudencia de 7 de diciembre de 1982 "cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609". La pretensión de la declaratoria de resolución del contrato que expuso como fundamento para la revocatoria de sentencia de primera instancia está llamada al fracaso, por cuanto éste no existió, sino como se probó éste se produjo por parte de ambos contratantes, siendo de esta manera concordante con la ley y la jurisprudencia las condenas pronunciadas, por cuanto ante la imposibilidad de imponer perjuicios derivados del incumplimiento mutuo, no se podía condenar a los perjuicios aspirados, ni menos al pago del 50% de las ganancias derivadas de la venta de la cebolla, que como se probó se apropiaron los demandantes.

S2016-00124

DECLARATIVO DE NULIDAD DE UNA PROMESA DE CONTRATO EN EJECUCIÓN – MANDAMIENTO DE PAGO – NEGACION DE MEDIDAS DE EMBARGO: Inviabile que se acceda a decretar el embargo de los inmuebles, porque ellos no eran de propiedad de la aquí ejecutada.

Ya en auto de esta misma fecha se indicó, con apoyo en el inciso último el precepto 591 del Código General del Proceso, que las enajenaciones efectuadas por la aquí ejecutada Los Ángeles Constructora Ltda a favor de Urbales Constructora S.A.S. e Inmobiliaria Mora y Compañía S.A.S. son perfectamente válidas y no pueden cancelarse, y no se pueden afectar a garantizar la obligación indemnizatoria a que fue condenada la demanda porque la condena pronunciada por la primera instancia no cumplió con la condición del inciso final del artículo 591 del Código General del Proceso. Bajo ese entendido, se comprende cómo era inviable que el juez de primer grado accediera a decretar, como mal lo pretendió la demandante y ahora recurrente, el embargo de los inmuebles identificados con las M.I. 074-24284 y 072-83040, sencillamente, porque ellos no eran de propiedad de la aquí ejecutada. Nótese que, por fuerza de lo dispuesto en el numeral 1º del canon 593 del Estatuto Adjetivo, la medida de embargo –y la de posterior secuestro- tiene, como presupuesto, que el bien sea de propiedad del demandado; y la dueña, se insiste, ya no es Los Ángeles Constructora Ltda, sino Urbales Constructora S.A.S. e Inmobiliaria Mora y Compañía S.A.S. y además no están afectos a garantizar la sentencia de primera instancia, que no se ha explicado no resultó favorable a quien solicita la cautela, como ya se explicó.

S2016-00137

VERBAL PERTENENCIA. REIVINDICACIÓN POR RECONVENCIÓN: Improcedencia por carecer de identidad del bien reivindicado. La cosa sobre que versa la reivindicación, no solo debe ser la misma poseída por el demandado, sino debe estar comprendida por el título de dominio en que se funda la acción del actor.

Los anteriores linderos establecidos en las pretensiones de la acción reivindicatoria distan de la realidad, ya que con la inspección judicial se evidenció que dentro de los linderos descritos anteriormente existen dos lotes que tienen poseedores diferentes al extremo demandado en reconvencción que no fueron demandados dentro de la reconvencción por el recurrente, no fueron contemplados en las pretensiones de la demanda reivindicatoria, falencia que está llamada a tener gran trascendencia en este proceso. Si bien en la inspección judicial y en la experticia se indicó la colindancia parcial del predio reclamado por los actores, esa sola circunstancia no satisface el referido requisito en cuanto a la identidad del bien, no solo porque según consta en esos elementos de juicio, se allegó un plano georeferenciado, sin que se haya cotejado los linderos, ni se haya testificado la correspondencia de lo allí representado con la descripción del precitado inmueble. Por lo tanto, al no cumplir con el requisito de identidad del bien objeto de las acciones de pertenencia y reivindicatoria, de tal forma que no exista duda respecto de aquél cuyo dominio se invoca, estas no están llamadas a prosperar. A lo anterior se agrega la falta de la prueba de la posesión que fue descartada respecto de la demandante, lo que genera la absoluta falta de presupuestos para disponer la reivindicación pretendida en reconvencción por los demandados, por lo que se imponía la negativa a la misma, como lo concluyó la primera instancia, por lo cual confirmará esta decisión.

S2017-00331

IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD – NULIDAD DEL PROCESO – OMISIÓN DE LA PRÁCTICA DE UNA PRUEBA QUE DE ACUERDO CON LA LEY SEA OBLIGATORIA: No basta que, en audiencia, el demandado se niegue a practicarse la prueba, para que el juez tenga por cumplido el requisito en comento y proceda a dictar la sentencia, pues tenía la obligación legal de decretar de oficio la prueba de A.D.N.

En este proceso la conducta judicial se orientó a obtener la prueba de los marcadores genéticos especificada, pero no se llegó a la conclusión exigida por el legislador en el señalado artículo 3 de la Ley 721 de 2001 como es la de la imposibilidad de la práctica de la prueba, puesto que como se puede determinar de lo ocurrido en el proceso, el hijo demandado, se negó en el interrogatorio de parte a la práctica de la misma, cuando la parte activa se lo preguntó, y a pesar de las tres citaciones previas para la práctica de dicho examen este señaló que no tenía conocimiento de las mismas a pesar de que estas fueron enviadas por correo certificado a la madre del demandado en su oportunidad, determinándose que no basta con la negativa en audiencia del demandado en practicarse la prueba, para que el juez tenga por cumplido el requisito en comento y proceda a dictar la sentencia, pues tenía la obligación legal de decretar de oficio la prueba de A.D.N, actividad que no realizó, ni tampoco advirtió a la parte pasiva que cualquier maniobra con la que se buscara esquivar que se llevara a cabo la comparación entre los perfiles de A.D.N de los involucrados en el pleito, es claramente constitutiva de indicio grave en contra de quien la lleva a cabo, puesto que no puede ser evadida o burlada por ninguna razón. La antedicha obligación tiene mayor relevancia en los procesos de impugnación, puesto que un resultado excluyente de paternidad, al ser determinante e incontrovertible, no se puede desvirtuar con los restantes elementos de convicción. La renuencia de Ever Sair Macías Calixto, hoy mayor de edad, a su realización o el trabamamiento, indudablemente es constitutivo de temeridad y mala fe, de acuerdo al numeral 4 y 5 del artículo 79 del Código General del Proceso, por referirse a casos de obstrucción en “la práctica de pruebas” y de entorpecimiento reiterado del “desarrollo normal del proceso”. Ante la no determinación de la imposibilidad de práctica de la prueba a que se refiere el artículo 1 de la Ley 721 de 2001 cuando se intentó sin éxito, la toma de las muestras biológicas encuentra esta Sala que se infringieron claros derechos superiores por el Juez Primero Promiscuo de Familia de Sogamoso, porque (i) no podía proseguir el trámite del proceso ni decretar la práctica de otras pruebas diferentes a la de marcadores genéticos, hasta tanto no se estableciera la imposibilidad a que se refiere el artículo 3 de la misma normatividad; (ii) tampoco podía proseguir el proceso, y dictar la sentencia a partir del auto de 15 de febrero de 2019 (fl 126) porque se lo impedía el literal b) del numeral 4 del artículo 386 del Código General del Proceso, ya que la prueba en ese momento no había sido practicada, y como ya se ha establecido, no se había determinado la imposibilidad de realizarla como lo exige el citado literal b) del numeral 4 del artículo 386 del Código General del Proceso...

S002-2017

DIVORCIO DE MATRIMONIO CIVIL - GRAVE E INJUSTIFICADO INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE ALGUNO DE LOS CÓNYUGES DE LOS DEBERES QUE LA LEY LES IMPONE COMO TALES Y COMO PADRES: No se probó la causal por la demandada en reconvencción, y si por el demandante.

Frente a lo anterior, al revisar de forma cuidadosa los audios en que se registra cada una de las audiencias, se evidencia que los testigos de la demandada, referían contundentemente aspectos sobre un aparente maltrato que sufría la demandada, que no logró ser demostrado, pues no se allegó elemento probatorio alguno para probar su dicho, pero al indagárseles sobre situaciones concretas de la relación de pareja atañedores a la convivencia, el cumplimiento de obligaciones de los cónyuges y comportamientos de la demandada, fueron evasivos hasta el punto que la juzgadora de primera instancia, como no podía ser de otra manera, requirió a estas personas para que contestaran lo que se les indagaba como efectivamente lo sostuvo el demandante al descorrer el traslado de los alegatos del recurso, resultando lógico que estas personas dado el vínculo con la demandada, quisieran sortear sus respuestas para ayudar a la defensa de ML llegando a incurrir en contradicciones, lo que llevó a concluir a la A quo que dichos testimonios no lograron demostrar el dicho de la demandada. En suma, no cabe duda que la causal segunda alegada por el demandante para solicitar el divorcio está debidamente demostrada, ya que se itera, el comportamiento de la demandada generó que incumpliera con las obligaciones y deberes frente a su esposo e hijo, y es que no se puede pensar en una justificación para tal fin, ya que dicho incumplimiento emergió desde el momento en que ML decide hacer sus negocios sin contar con la anuencia de su esposo y al entrar en una pérdida económica presentó un cuadro depresivo, que terminó en el desinterés frente a su hogar, omitiendo que tenía un hijo menor quien necesitaba de su atención y cuidado, sin que sea aceptable el hecho que el niño estaba influenciado por su padre, ya que este menor en su exposición sencilla y espontánea, manifestó que los problemas que tenía su progenitora desde la época en que decidió entregarle la casa a su hermana y su querer de convivir con su padre, quien es la persona que le brinda todo el cuidado personal.

DIVORCIO DE MATRIMONIO CIVIL - ULTRAJES, EL TRATO CRUEL Y LOS MALTRATAMIENTOS DE OBRA: No se probó la causal por la demandada en reconvencción.

En cualquiera de las anteriores situaciones debe de presentarse un daño grave; el daño debe ser suficiente para considerar que realmente se afectaron los derechos que se pretenden proteger y considerarse la causal tercera de divorcio. Partiendo de lo anterior, tenemos que tanto demandante principal como demandante en reconvencción invocan dicha causal como generadora de divorcio pero por hechos diferentes, ya que el primero aduce a una falta de ML para atender las labores del hogar, la apropiación de bienes y que entregó a su hija CL; y por su parte, ML en su demanda de reconvencción aduce que luego de salir del hospital el 10 de mayo de 2017 su esposo la abandonó llevándose a su hijo, sin establecer concretamente los hechos en que funda su petición.

Sobre este tópico, tenemos como se dijo al desatar la anterior causal de divorcio, correspondía a cada una de las partes, demostrar sus dichos como lo dispone el art. 167 del C.G. del P., sin que se haya allegado elemento de convicción alguno que demostrara la prosperidad de esta causal, pues, por el contrario, se logró determinar que ML efectivamente fue la causante de la separación de la pareja debido a su habitual incumplimiento de sus deberes frente a su esposo y su menor hijo.

DIVORCIO DE MATRIMONIO CIVIL – ALIMENTOS A FAVOR DE HIJO MENOR- EXONERACIÓN: No se presume el devengar el salario mínimo pues se probó su estado de salud y por su situación de estar sisbenizada.

No obstante, respecto de la necesidad de los mismos, específicamente la demostración de los gastos y la capacidad económica de la demandante en reconvencción, y demandada principal, requisitos indispensables que debe analizarse cuidadosamente al momento de fijar una cuota alimentaria, tenemos que no se allegó elemento probatorio alguno que demostrarán estos dos aspectos, por el contrario, revisada la historia clínica se establece que la Sra. ML está vinculada al sistema de seguridad social en salud a través del régimen subsidiado, y de acuerdo con la Escritura Pública No. 1280 del 8 de junio de 2016 de la Notaría Primera de Duitama que contiene la disolución y liquidación de bienes de la sociedad conyugal formada por las partes en contienda, la misma se liquidó en ceros, aclarando que las partes manifestaron que durante la existencia de la misma no adquirieron bienes muebles ni inmuebles, es decir, no está demostrado que la referida señora tenga bienes de fortuna que le generen rentabilidad, ni ingreso alguno, este último aspecto quizás por su estado de salud, motivo por el cual

ante la orfandad probatorio respecto de este tópico no procedía la condena alimentaria. No obstante, cabe advertir, que con posterioridad y demostrados dichos requisitos procede la petición concreta de los alimentos. Esta decisión por supuesto tiene también como fundamento, en que a pesar de la presunción de que una persona para prestar alimentos devenga por lo menos el salario mínimo, aquí lo que está demostrado en general es que por su estado de salud y por sus condiciones de estar sisbenizada, ella no cuenta siquiera con ese ingreso.

DIVORCIO DE MATRIMONIO CIVIL – NO VULNERACION DE LAS NORMAS DE PERSPECTIVA DE GENERO: Debe quedar demostrado, no solo que en la relación procesal existe una mujer, sino además, que esa condición le genera una desigualdad o déficit de protección o de representación, que la hagan inferior en el proceso, que obligan al juez a actuar a su favor.

Aplicados los anteriores preceptos legales al caso en estudio, tenemos que si bien es cierto, la demandada principal y demandante en reconvencción a través de su gestora judicial solicitó la aplicación de la perspectiva de género al momento de desatarse la controversia litigiosa con ocasión a las agresiones verbales y al grado de abandono a que fue sometida por parte del Sr. CH, también lo es, que quedó debidamente establecido que esas afirmaciones no tuvieron éxito probatorio en este trámite procesal, habida cuenta que no se allegó prueba que demostrará que ML fue víctima de violencia y abandono por parte de su esposo, máxime cuando no se incorporó al expediente algún tipo de actuación judicial o administrativa para restablecer los derechos al interior del hogar conformado por las partes; por el contrario, recordemos que, de la prueba testifical allegada por el demandante se establece que entre los esposos existió un trato cordial y de apoyo mutuo, hasta el momento en que ML empezó a tener desavenencias económicas, vale decir, no se evidenció un maltrato sistemático ejercido por CH, sin que una petición de esa índole sin estar debidamente sustentada y demostrada, traiga como resultado la aplicación de una condena automática de un aparente agresor en beneficio de quien invoca la perspectiva de género, pues, socavaría las bases de la democracia y despojaría de legitimidad la actuación estatal, entonces, la protección en este caso de la mujer puede ir más allá de lo pedido, pero no más allá de lo probado, es decir, si se toman decisiones basadas en la perspectiva de género, de todas formas debe quedar demostrado, no solo que en la relación procesal existe una mujer, sino además, que esa condición le genera una desigualdad o déficit de protección o de representación que obligan al juez a actuar a su favor, que la hagan inferior en el proceso, que no es el caso como se ha venido resaltando.

S2013-00200

EJECUTIVO LABORAL – NULIDAD DE TODO LO ACTUADO POR OMITIRSE REMITIR EN GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA FALLO ADVERSO A ENTIDAD DE DERECHO PÚBLICO: Deber del A quo, declarada la nulidad, de convocar a la respectiva audiencia a las partes, en la que necesariamente debía dictar sentencia complementaria, como lo dispone el inciso primero del artículo 287 del Código General del Proceso, para disponer la remisión de la sentencia para ser remitida en grado jurisdiccional de consulta.

Sería el momento en que esta Sala entrara a resolver la consulta de la sentencia de 18 de septiembre de 2013, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso, la que debe surtir, por cuanto la primera instancia al expedir la sentencia el 13 de noviembre de 2013, omitió ordenarla, lo que dio lugar a que, ante la declaratoria de ejecutoria de providencia, se surtiera el trámite ejecutivo, el cual por auto de 27 de agosto de 2018, fue declarado nulo en su integridad. Ante la nulidad declarada, era deber de la A quo, convocar a la respectiva audiencia a las partes, en la que necesariamente debía dictar sentencia complementaria, como lo dispone el inciso primero del artículo 287 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral por ausencia de norma expresa, como lo autoriza el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, pues la consulta era una de aquellas decisiones que “de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento”.

Sin embargo, se observa que a pesar de haberse declarado la nulidad de la actuación ejecutiva surtida con posterioridad, lo cual se ajusta a la normatividad, en lugar de proceder a la convocatoria de la audiencia respectiva, para dictar la sentencia complementaria en la que se debía adicionar la sentencia y disponer su consulta, por auto de 27 de agosto de 2018, se dispuso directamente la consulta, lo que es abiertamente contrario a la ley, y constituye una vía de hecho que debe ser dejada sin efecto, y en consecuencia, se ordenará a la primera instancia que proceda a hacer la convocatoria a las partes a audiencia, para complementar la

sentencia, decisión contra la cual eventualmente procede el recurso de apelación, como lo autoriza el inciso final del artículo 287 del Código General del Proceso.

2017-00085 A

LIQUIDACION DE SOCIEDAD PATRIMONIAL DE HECHO - INCIDENTE DE LEVANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR SOBRE UN INMUEBLE DE PROPIEDAD PERSONAL DE LA DEMANDADA: Improcedencia de su embargo pues dentro de los bienes y derechos que entran a hacer parte de la sociedad patrimonial, no se encuentra los bienes propios del compañero o compañera permanente - No hacen parte del haber social, los bienes adquiridos por cada uno de ellos antes de la constitución de la unión marital de hecho.

Para resolver este asunto, es necesario establecer qué bienes hacen parte de una sociedad Patrimonial de hecho, a la cual, como ya se ha señalado se le aplican las reglas de la sociedad conyugal en cuanto a su existencia, régimen de los bienes sociales, disolución y liquidación, señalando el artículo 1781 del Código Civil, que bienes y derechos entran a hacer parte de la sociedad patrimonial, entre los que no se encuentra los bienes propios del compañero o compañera permanente, es decir que no hacen parte del haber social, los bienes adquiridos por cada uno de ellos antes de la constitución de la unión marital de hecho, y aquellos adquiridos después de la disolución de la misma, o que ingresen a sus patrimonios por cualquiera de las causas determinadas en el artículo 1781 ibidem. Como aparece demostrado, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Sogamoso, por sentencia de 25 de octubre de 2016 declaró la existencia de sociedad marital de hecho entre Ramiro Jiménez Plata y Gladys Duarte Aparicio, entre finales de diciembre de 1995 y el 15 de septiembre de 2016.

También se ha establecido en el proceso, que el predio de Matrícula Inmobiliaria 095-75797 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sogamoso, fue adquirido por Escritura Pública 2938 de 24 de agosto de 1994 de la Notaría Segunda del Círculo de Sogamoso (fols 130 a 135 C3), registrada en el Matrícula Inmobiliaria ya señalado el 30 de agosto de 1994 (folio 135C3). Conforme a las anteriores pruebas, esta Sala Unitaria de Decisión, no puede llegar a otra conclusión diferente a la consistente en que el predio de Inmobiliaria 095-75797 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sogamoso, es propio de Gladys Esther Duarte Aparicio, pues fue adquirido antes de la existencia de la sociedad patrimonial de Hecho que se liquida en este proceso, y por lo tanto, no procedía siquiera su embargo por no reunir las características que impone la regla 1ª del artículo 598 del Código General del Proceso, debiéndose confirmar la providencia recurrida, por las razones aquí expuestas.

S2017-000122

PROCESO DE PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD – NULIDAD DE LO ACTUADO DESDE EL AUTO ADMISORIO – Improcedencia del emplazamiento por cuanto que el demandante conocía el paradero del demandado: Compulsa de copias y efectos de la nulidad.

Al formular la demanda Cecilia Porras de Sua, señaló que no conocía el lugar de domicilio, residencia y de trabajo del demandado Diego Harvey Riscanevo López, solicitando su emplazamiento y designación de un Curador Ad-litem. Pues bien, de acuerdo con el acervo probatorio, se determinó que no era cierta la afirmación hecha en la demanda, pues se estableció que la Actora citó al demandado a audiencia de 28 de febrero de 2016, a la que compareció éste, y como igualmente se solicitó por la Actora en la demanda, solicitó como prueba, una visita al hogar de Riscanevo López, ubicado en Sácama, Casanare, lo que deja claramente establecido el conocimiento del paradero del demandado, en esa localidad casanareña, a quien como aparece a folio 50 del expediente, solicitó se le citara a través de Inspección de Policía en 2016.

La Sentencia T-818 de 2013 de la Corte Constitucional, al referirse al deber de citación del demandado al proceso, señaló que ésta debe ser la norma general, y como se puede observar, la parte actora la transgredió, al hacer las afirmaciones contrarias a la verdad que conocía, como lo demuestran las piezas probatorias ya aludidas, lo que provoca la nulidad procesal, con fundamento en el numeral 8 del artículo 133 del Código General del Proceso, pues al demandado Diego Harvey Riscanevo López, no se le practicó en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda, al ocultarse por la Actora, el lugar de su residencia y su domicilio. Igualmente en cumplimiento del mandato legal, se remitirá copias de toda la actuación, a la Fiscalía Delegada ante los Jueces

Penales del Circuito de Socha, para que se investigue el posible delito cometido por la actora, al hacer las afirmaciones que no resultaron respetuosas de la verdad.

Se declarará la nulidad procesal desde el auto admisorio de la demanda, el que quedará parcialmente afectado en la parte que ordenó el emplazamiento del demandado Diego Harvey Riscanevo López. Las pruebas practicadas conservarán su valor.

2018-000242 A

LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL – EXCLUSIÓN DE BIEN DE LA PARTIDA UNICA EN LA QUE SE ALEGABA POSESIÓN: El inmueble no reúne el requisito de bien social partible, puesto que al momento de la disolución de la sociedad conyugal ya no hacía parte de la misma, y por ello no podía hacer parte del inventario cuestionado. Con la venta se entregó todos los derechos inherentes a la propiedad, entre ellos la posesión.

Por tanto, como lo decidió la primera instancia, el inmueble no reunía el requisito de bien social partible, puesto que al momento de la disolución de la sociedad conyugal ya no hacía parte de la misma, y por ello no podía hacer parte del inventario cuestionado. Respecto del argumento expresado por la recurrente, en el sentido que el acto realizado por Escritura Pública 2205 del 30 de agosto de 2010, fue simulado, su debate no es posible en este recurso, debido a que esa situación no fue materia de la decisión recurrida, o que se mantenga dentro de la sociedad disuelta, un derecho como la posesión, que en todo caso, al haberse dispuesto del inmueble ya identificado, por su propietaria Martha Cecilia Suárez Pardo, entregó todos los derechos inherentes a la propiedad, entre ellos la posesión a los compradores indiscutiblemente.

2017-000239 A

PROCESO VERBAL DE PRIVACIÓN DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES – RECURSO DE QUEJA CONTRA DECISIÓN DE “TENER COMO [PRUEBAS DOCUMENTALES] LAS APORTADAS CON LA DEMANDA SEGÚN SU VALOR PROBATORIO” - NÚMERUS CLAUSUS – LISTADO DE PROVIDENCIAS APELABLES: La determinación opugnada no aparece en la lista de autos apelables prevista ex artículo 321 del Estatuto Adjetivo, como tampoco ninguna norma especial establece la posibilidad de que sea impugnada por ese medio.

Respecto del tema, importa memorar que la normatividad adjetiva, bajo un criterio de taxatividad, señala expresamente los autos que “proferidos en la primera instancia” son pasibles de revisión por parte del superior, acudiendo, para ello, a un selecto listado de providencias que, conforme ha puntualizado la jurisprudencia, constituye “un numerus clausus no susceptible de extenderse, ni aún so pretexto de analogía, por el juez a casos no contemplados en la ley” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 4 de junio de 1998), salvo, claro está, que alguna regla especial lo prevea contra determinadas decisiones. Sobre el particular, debe precisarse que como el objeto de ataque es el proveído mediante el cual se dispuso “tener como [pruebas documentales] las aportadas con la demanda según su valor probatorio”, no se remite a duda de que el a quo acertó en su decisión, pues la determinación opugnada no aparece en la lista de autos apelables prevista ex artículo 321 del Estatuto Adjetivo, como tampoco ninguna norma especial establece la posibilidad de que sea impugnada por ese medio.



****IMPORTANTE****

La mayoría de los siguientes son los documentos presentados por el Magistrado Ponente como base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión se emitió en Audiencia por lo que deberá ser verificado en la Secretaría o en la Relatoría de éste Tribunal.

S2019-00390

FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO - NEGACIÓN DEL SUBROGADO DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA: Imposibilidad de negarlo por factor subjetivo como los antecedentes del procesado.

La nueva normatividad eliminó el que se denominaba factor subjetivo, para determinar solo factores fundamentalmente objetivos que únicamente podían ser tenidos en cuenta para conceder los subrogados como el solicitado en esta apelación, determinándose así que el factor subjetivo relacionado, como el peligro para la comunidad, no podía ser tenida como condición para gozar del mismo. Así pues, resulta evidente para esta Sala el error del fallador de primera instancia, al negar la concesión del subrogado consistente en prisión domiciliaria, fundado en supuestos antecedentes consistentes en sentencias condenatorias, cuyas pruebas no aparecen aportadas al proceso, y de los cuales dedujo la proclividad al delito de parte del sentenciado. Aclarada la normatividad aplicable, Colmenares Valero fue condenado por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas en calidad de cómplice, como lo acordó y resultó de la aceptación negociada de cargos con la Fiscalía, como consta en la audiencia de formulación de la imputación celebrada el 5 de agosto de 2019 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Duitama. Expresado lo anterior, la punibilidad ya no se podía considerar dentro de los términos del artículo 365 del Código Penal, sino teniendo en cuenta que el delito imputado contenía el atenuante de la complicidad, y por el cual fue juzgado, razón por la que para considerar la punibilidad genérica del delito, era la que resultara entre la mitad y un sexto de la pena del delito cometido como autor, resultando que el punible de fabricación, tráfico y porte de armas en calidad de cómplice, tiene una punibilidad entre ciento veinte (120) meses como máximo y los cincuenta y cuatro (54) meses como mínimo. Para establecer cuál es la conducta punible para determinar la aplicabilidad de los subrogados en favor de un condenado, la Sala Penal Corte Suprema de Justicia ha sido diáfana al señalar que “por ‘conducta punible’ ha de entenderse aquella que ha sido realizada en específicas circunstancias y se encuentra recogida no sólo en el tipo básico sino también en los dispositivos amplificadores de éste que lo dotan de sentido y delimitan el ámbito de punibilidad». Por consiguiente, «al igual que las circunstancias específicas que agravan la punibilidad, todas aquellas modalidades del comportamiento del procesado de la parte general que amplían la esfera de los tipos comunes de la parte especial, deben ser valoradas al momento de establecer el límite punitivo establecido(sic) para acceder a la prisión domiciliaria.” (CSJ SP, 15 sep. 2004, rad. 19948).

FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO - SUBROGADO DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA: Procedencia al cumplirse los requisitos objetivos. / PROHIBICIÓN PARA CONCEDER EL SUBROGADO DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA: Conforme a la Sentencia SU-458 de 2012 la leyenda “NO TIENE ASUNTOS PENDIENTES CON LAS AUTORIDADES JUDICIALES” aplica para todas aquellas personas que no registran antecedentes y para quienes la autoridad judicial competente haya decretado la extinción de la condena o la prescripción de la pena.

Establecidos los extremos punibles del delito por el que fue condenado Colmenares Valero, se entra a resolver la posibilidad de conceder al sentenciado el subrogado pretendido en este recurso, como es la prisión domiciliaria. Como se determinó, el delito por el que fue condenado el recurrente fue el de fabricación, tráfico y porte de armas en calidad de cómplice, cuya punibilidad mínima es cincuenta y cuatro (54) meses, cumpliendo

así con lo dispuesto en el numeral 1. del artículo 38B del Código Penal, pues la esta pena mínima es inferior a ocho (8) años de prisión. En cuanto al segundo requisito, examinado el inciso segundo del artículo 68A la conducta típica atribuida a Colmenares Valero, no está incluida en la prohibición de la norma; en cuanto al arraigo de Colmenares Valero, se observan sendas declaraciones extra juicio en las que se aduce que en procesado convive con Mayrin Cesimar Piñango y, a folio 17 del cuaderno principal, aparece la declaración rendida por Luz Marina Valero Torres, madre del procesado, quien afirmó que Luis Colmenares Valero podía vivir con ella en la calle 1ª No. 7-8 del barrio Boyacá de Duitama, inmueble que fue tomado en arriendo Luis Fernando Valero Colmenares, por ende, concluyó que el arraigo del procesado está plenamente demostrado, pues la detención domiciliaria la cumplirá en la casa de habitación, identificado con Matrícula Inmobiliaria 074-93357, ubicado en la calle 1ª No. 7-8 del barrio Boyacá de Duitama, cumpliéndose el requisito relacionado con la demostración del arraigo. Ahora bien, lo anterior no implica que, de acuerdo con la disposición legislativa vigente, los antecedentes penales no deban ser objeto de verificación, así, el inciso 1 del artículo 68A prohíbe la concesión del beneficio de prisión domiciliaria a quien haya sido condenado dentro de los cinco (5) años anteriores por un crimen doloso. Aunque el juez de primera instancia afirmó que el procesado fue condenado por el delito de hurto calificado o agravado y presentaba otras anotaciones, esta Sala considera que la prohibición del inciso 1 del artículo 68A únicamente se refiere a quien hubiese sido condenado dentro de los cinco (5) años anteriores, por lo que las anotaciones no vedan el beneficio de la prisión domiciliaria, además que revisado minuciosamente el expediente no se encuentra soporte documental que evidencie la sentencia condenatoria a la que se refirió la primera instancia, únicamente, a folio 5 del cuaderno de primera instancia, se encuentra la anotación correspondiente a este proceso; adicionalmente, al revisar la cédula del procesado en el registro de antecedentes de la Policía Nacional, se esgrime la siguiente anotación “NO TIENE ASUNTOS PENDIENTES CON LAS AUTORIDADES JUDICIALES de conformidad con lo establecido en el artículo 248 de la Constitución Política de Colombia. En cumplimiento de la Sentencia SU-458 del 21 de junio de 2012, proferida por la Honorable Corte Constitucional, la leyenda “NO TIENE ASUNTOS PENDIENTES CON LAS AUTORIDADES JUDICIALES” aplica para todas aquellas personas que no registran antecedentes y para quienes la autoridad judicial competente haya decretado la extinción de la condena o la prescripción de la pena.” Así, no se acreditó que Colmenares Valero esté inmerso en la prohibición del inciso primero del artículo 68A del Código Penal.

S2013-00302

FRAUDE PROCESAL – ANÁLISIS PROBATORIO EN PRESUNTO AUTO EMBARGO POR LETRA DE CAMBIO SUSCRITA EN FECHA EN LA QUE NO CONTABA AUN CON CÉDULA DE CIUDADANÍA: Bajo las reglas de la lógica y la experiencia se desvirtúa maniobra ilegal o fraudulenta para defraudar las obligaciones a favor del denunciante.

Pues bien, lo primero que advierte la Sala es que para el 15 de marzo de 2006, cuando fue suscrita la letra de cambio por el valor de \$50'000.000,oo aunque Álvaro Augusto Uribe Rodríguez aún no había tramitado su cédula de ciudadanía, ya contaba con la mayoría de edad, por ende, podía ser sujeto de obligaciones directamente y sin representante alguno, y si bien es cierto, como se alude en el decurso del proceso, el deudor plasmó el cupo numérico de su documento de identidad con posterioridad, ello en nada altera, modifica o genera irregularidad alguna en la obligación contenida en dicho título valor. Ahora, se encuentra probado en el proceso, que la suscripción de la letra de cambio por el valor de \$50'000.000,oo obedeció a una obligación surgida entre Álvaro Augusto Uribe Rodríguez y su tío Bernardo Antonio Rodríguez Monroy, luego que se acordara el pago de un canon de arrendamiento del apartamento 502 ubicado en el Edificio San Remo II en la Calle 145 No. 21-20 de Bogotá D.C., que habitara Uribe Rodríguez desde diciembre de 2003 hasta el mes de marzo de 2006, cuando se mudó a esa ciudad luego del fallecimiento de su padre, con quién vivía en la ciudad de Paipa tras la separación de sus padres, siendo ofrecido el apartamento por su tío toda vez que en ese momento se encontraba desocupado. De acuerdo con los testimonios recaudados se evidencia que el canon fue pactado en razón al lapso que Álvaro Uribe había habitado el inmueble y que Bernardo Augusto se encontraba afrontando una difícil situación económica, al punto que dicho apartamento para esa fecha se encontraba hipotecado con el Banco BBVA, gravamen que levantó, luego que Clemencia Rodríguez madre de Uribe Rodríguez realizara el pago de la deuda de los \$50'000.000,oo como se puede constatar en los certificados de tradición y libertad de matrícula inmobiliaria obrantes dentro del expediente, de igual modo, dicho canon de arrendamiento se encuentra dentro de los parámetros legales según el informe del perito evaluador William Robledo Giraldo. Y es que más allá de la legalidad del título valor, observa este Colegiado que para la fecha en que fue suscrita la letra de cambio, es decir, para el 15 de marzo de 2006, incluso para el 8 de agosto de 2006, cuando se libró el mandamiento de pago dentro del proceso ejecutivo 152383103002 200600075, no se habían constituido las obligaciones a favor de Rafael Navarro Valbuena, puesto que la venta o cesión de cuotas de la Sociedad “Comercializadora de Carbones y Coques de Colombia Limitada” se llevó a cabo el 18 de agosto de ese mismo año, y la letra de cambio por los \$180'000.000,oo fue suscrita el 11 de noviembre de 2006, lo cual, bajo las reglas de la lógica y la

experiencia desvirtúa maniobra ilegal o fraudulenta para defraudar las obligaciones a favor del señor Navarro Valbuena..

S2019-00316

HURTO CALIFICADO – NEGACIÓN PRISIÓN DOMICILIARIA – PADRE CABEZA DE FAMILIA - PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD: Debe determinarse la inexistencia de otros familiares, diferentes al padre o madre del menor, que puedan encargarse de su cuidado. / No se encuentra probada en este asunto la condición de padre cabeza de familia.

Pues bien, respecto al primero de los requisitos, esto es, que ostente la condición de madre o padre cabeza de familia, el Decreto 190 de 2003 que reglamentó parcialmente la Ley 750 de 2002, señala que la madre cabeza de familia sin alternativa económica es la “mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada”. Sobre este punto ha reiterado la Corte Constitucional, que dicha condición depende del criterio de exclusividad, según el cual es necesario que el menor de edad no cuente con ninguna otra persona que pueda garantizarle el cuidado, salud y bienestar que este necesita y, por tanto, no solo aplicable a la mujer, sino también al padre cabeza de familia. Y es que recuérdese al respecto que es el artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, el que determinó tal alcance de exclusividad que gobierna a la condición de padre cabeza de familia, al punto tal que lo delimitó a la inexistencia de otros familiares, diferentes al padre o madre del menor, que puedan encargarse de su cuidado, así lo recordó la Corte Suprema de Justicia en Auto Penal 1540-2019 rad. 54617.

Bajo ese entendido, es que se ha considerado que la condición de padre cabeza de familia se encuentra gobernada por el principio de exclusividad, que exige la demostración de que, quien se irroga dicha calidad, efectivamente sea el único progenitor capaz de brindar cuidado y protección al menor de edad, al punto tal que, si se priva de su libertad en un establecimiento carcelario, no exista una persona diferente que pueda brindarle cariño, protección y cuidado, carga probatoria que recae en quien pretende beneficiarse de los efectos jurídicos previstos en la norma, pues, se insiste, tal condición no se presume. Así las cosas, de la sola lectura del Registro Civil de nacimiento del niño C.A.M.B, se desprende, inicialmente, la improcedencia del sustituto solicitado pues el menor cuenta con su progenitora, LIBIA ESPERANZA BERNAL TORRES, quien no solo puede, sino que debe, por obligación legal, brindarle los cuidados de crianza y manutención que requiere.

S2015-00346

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO – PROCEDIBILIDAD DE VALORACIÓN DE DECLARACIONES DICIMILES DE LA VÍCTIMA - RETRACTACIÓN. PRUEBA PERICIAL – ENTREVISTA NO FUE SOLICITADA NI DECRETADA COMO PRUEBA DE REFERENCIA: Imposibilidad de valoración. / SI EL O LA MENOR CONCORRE AL JUICIO, LAS ENTREVISTAS REALIZADAS POR FUERA DE ESTE SOLO PUEDEN UTILIZARSE PARA IMPUGNAR LA CREDIBILIDAD DEL TESTIGO O REFRESCAR MEMORIA, Y NO COMO PRUEBA DE REFERENCIA.

De lo anterior se concluye con suma claridad, que la anamnesis contenida en la prueba pericial no puede ser valorada por un funcionario judicial, a menos que la parte interesada haya solicitado que la misma se tenga como prueba de referencia, conforme los presupuestos previstos en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, o de lo contrario, tales manifestaciones no podrán ser consideradas pruebas. Así se concluyó en la providencia en cita. En síntesis, la Sala ha venido insistiendo en precisar, (i) que los relatos sobre los hechos investigados, entregados por los menores de edad en las valoraciones de carácter sexual, psicológico o psiquiátrico, tienen la condición de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, y (ii) que si la parte pretende utilizar estos relatos para probar la existencia del hecho investigado, debe sujetarse en su descubrimiento, incorporación y valoración al trámite y reglas establecidas para la prueba de referencia.

En el presente asunto, tal y como ya se refirió, señala la Fiscalía que el Juez de primera instancia llevó a cabo una valoración errónea y sesgada de las manifestaciones dadas por la menor, en tanto, las únicas que corresponden

a la verdad son las referidas en las anamnesis del informe pericial y psicológico, debiendo desecharse por falaz, lo dicho en juicio. Así las cosas, a partir de los presupuestos jurisprudenciales referidos en precedencia, lo procedente, a efectos de determinar si es viable llevar a cabo al análisis sugerido por la Fiscalía para establecer si en alguna de las manifestaciones la menor víctima faltó a la verdad, es establecer si lo dicho en la anamnesis de los informes periciales psicológico y forense, puede ser valorado, esto es, si el Ente Acusador solicitó que tales manifestaciones se tuvieran como prueba de referencia al interior del juicio; y para ello, basta tan solo con verificar el audio correspondiente a la audiencia preparatoria y el respectivo juicio oral, para advertir con suficiencia que el contenido de la anamnesis de tales pruebas periciales no fue solicitado ni decretado como prueba de referencia, pues la única que se solicitó como tal fue la correspondiente a la entrevista forense dada por la menor a los investigadores del CTI.

Ahora bien, aunque es claro que al no haber solicitado el ingreso de la prueba de referencia a juicio, esta no podía tener el valor probatorio que estima el Ente Acusador, lo cierto es que, aun, si en gracia de discusión, se hubiese efectuada tal petición probatoria, lo cierto es que el hecho de que la menor haya declarado en juicio, impedía de manera inmediata que la prueba ingresara como tal y, por ello, las entrevistas y demás declaraciones dadas por la menor en el juicio oral única y exclusivamente podían ser utilizadas a efectos de refrescar memoria o impugnar credibilidad.

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO – PRUEBA PERICIAL NO SOLICITADA NI DECRETADA COMO PRUEBA DE REFERENCIA: Imposibilidad de análisis de la retractación cuando tan solo se cuenta con la testimonial de la víctima en juicio.

Así las cosas, es claro que no puede la Sala centrarse en el análisis de una posible retractación de la menor de edad, primero, porque las declaraciones no ingresaron como prueba de referencia susceptible de ser valoradas por el Funcionario judicial y, segundo, porque, por causas que son atribuibles tanto al Funcionario judicial que dirigió el juicio como a la Fiscalía, lo allí consignado tampoco fue utilizado para impugnar la credibilidad de la menor, ni mucho menos se hizo uso de la entrevista forense, que también había sido decretada como prueba en el proceso, de tal forma que la única prueba testimonial de la víctima con la que se cuenta en este proceso, lo es la rendida en juicio.

Bajo ese panorama, probatorio es dable que la Sala se interrogue sí, con las pruebas que obran en el plenario y especialmente, con lo relatado por la menor A.X.C.O en juicio oral, se encuentra acreditada la responsabilidad de señor BAUDILIO CORREDOR MARTÍNEZ como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años, interrogante que, indudablemente, presenta una respuesta negativa, bajo el entendido de que las pruebas practicadas no otorgan la certeza requerida para proferir sentencia condenatoria y, por el contrario, demuestran la existencia de dudas que deben ser resueltas a favor del procesado.

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO – LAS PRUEBAS NO LLEVAN A TENER CERTEZA DEL HECHO: Principio fundamental de in Dubio Pro Reo - Duda a favor del procesado.

Son estas las pruebas tanto testimoniales como periciales son estas las pruebas que llevó a juicio la Fiscalía para probar la responsabilidad del procesado en el delito endilgado, y aunque es cierto que los dichos tanto de la mamá como de la hermana de la presunta víctima indican haber conocido de una presunta agresión por manifestación directa de esta, las que por demás constituyen prueba de referencia, pues relatan hechos contados exclusivamente por la menor, ninguna de ellas, ni siquiera A.X.C.O relata circunstancias claras, concretas y específicas que permitan corroborar los hechos referidos en el escrito de acusación; asimismo, las declaraciones de la menor, ponen absolutamente en duda la ocurrencia, de los hechos, al punto tal que no se sabe si realmente existieron actos obscenos de parte de su progenitor hacia ella, o si simplemente se trató de una confusión, o una situación de incomodidad como ella misma refiere.

Mírese como ninguna de las pruebas testimoniales refiere un señalamiento directo que permita establecer la agresión sexual denunciada que dio origen a la presente investigación, quedando los dichos de cada una de las testigos en meras especulaciones acerca de lo sucedido y lo que en su momento narró la respectiva víctima.

Ahora, en lo que hace a los dictámenes periciales de los que hizo mención con anterioridad, el informe forense concluyó que no se encontró rasgos físicos de agresión sexual, aunque sugirió que el relato de la menor podía determinar probables tocamientos de su progenitor; por su parte, el informe psicológico estableció, casi en las mismas circunstancias, ausencia de rasgos físicos, dejando constancia exclusivamente del estado emocional de la menor, así: "en el momento de la valoración no se encuentra indicador físico o de comportamiento del abuso sexual pero se denota como indicador emocional dificultad para decir lo que siente, tristeza y depresión sin causa

aparente. Se evidencia afectación considerable en las esferas social y educativa permanecen estables, donde se evidencia que el apoyo social ha sido positivo”

Tales pericias, si bien refirieren afectación de carácter psicológico, por si solas no tienen la virtualidad determinar la existencia material de la agresión sexual, máxime si se tiene en cuenta que las mismas se hicieron sobre declaraciones que no se compadecen con los dichos de la menor en juicio y que, en ellas, especialmente en la valoración psicológica, se dejaron consignadas otro tipo de afectaciones concretamente en el ámbito familiar, el que fue catalogado como disfuncional al punto de que para el momento de la supuesta agresión la pareja no vivía bajo el mismo techo.

Finalmente, en lo que hace a las pruebas de la defensa, por corresponder en su mayoría a declaraciones de miembros de la familia, ROSA ELVIRA OCHOA OJEDA, JOSÉ TOBÍAS CORREDOR OCHOA, JOSÉ EDUARDO CORREDOR OCHOA, OTILIA CORREDOR MARTÍNEZ y YINA SHIRLEY CORREDOR OCHOA, apenas si pudieron referir aspectos relacionados con el comportamiento usual entre víctima y procesado, el que catalogaron de respetuoso entre sí, y que, para el esclarecimiento propio de la existencia o no de los hechos, no tienen mayor relevancia.

Fíjese de esta forma que la prueba con que se cuenta, es demasiado exigua para acreditar la responsabilidad del procesado CORREDOR MARTÍNEZ, pues, aunque llegara a restársele credibilidad a lo referido por la menor en juicio, conforme lo solicita la Fiscalía, lo cierto es que no existe en el plenario prueba alguna que indique con certeza que las circunstancias fácticas que motivaron el presente proceso existieron ni mucho menos que el responsable de ellas sea el aquí procesado.

Bajo este panorama, y ante las múltiples dudas que dejan la inexistencia de prueba concisa y directa de los hechos, que impiden superar el umbral de la duda razonable, se hace imperioso dar aplicación al principio fundamental de in Dubio Pro Reo, para declarar la duda a favor del procesado.

S2017-00049

FALSO TESTIMONIO – CORRECTA VALORACIÓN PROBATORIA: La calidad de socio y representante legal se demuestra con el certificado de existencia legal, cuestión diferente es el ejercicio de funciones de mando, las cuales se demostraron con los correspondientes testimonios – ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA E INEXISTENCIA DE ANTIJURIDICIDAD: Imposibilidad de absolver por duda.

En síntesis, respecto a la tipicidad, la Sala no encuentra con grado de convicción de certeza, que en la conducta del procesado se cumpla los verbos rectores contenidos en el artículo 442 del Código Penal, faltar o callar total o parcialmente a la verdad, pues aun cuando sus respuestas no fueron detalladas, totalmente explicativas, o precisas, respondió conforme a lo preguntado y sus afirmaciones cuentan con el respaldo probatorio previamente mencionado, para no considerarlas mentirosas.

Por tanto, la Sala no advierte mentira alguna en las respuestas cuestionadas en la acusación, expuestas por el Acusado durante la declaración rendida el 01 de marzo y 01 de agosto de 2012, rendidas ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Socha, dentro del interrogarlo de parte, por cuanto conforme a las preguntas efectuadas en la referida diligencia, el acusado no negó haber participado y efectuado labores de socio, señalando que no tenía tal potestad, tan solo lo realizaba ya que su esposa quien era la representante se encontraba en mal estado de salud.

Sin embargo, dista así la Sala de las conclusiones y alcance que a la citada providencia le atribuye el apelante, pues lejos de probar su tesis, aun cuando en gracia de discusión se encontrara que el procesado faltó o calló a la verdad parcial o totalmente, el objeto de las preguntas formuladas y las respuestas ofrecidas por el Procesado, resultan inútiles e intrascendentes para probar la calidad de socio y representante legal, lo cual se demuestra con un solo documento, cuestión diferente es que ejerciera funciones de mando las cuales se demostraron con los correspondientes testimonios, pero en sí mismas no le atribuyen tal calidad. Así las cosas, resulta claro que la conducta del procesado es atípica y de manera alguna es antijurídica materialmente, por lo que no resultaba procedente proferir sentencia de condena, no porque exista duda, sino porque lo que se imponía era absolverlo de la comisión del delito de falso testimonio, dada la exigencia del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, que determina que para condenar debe existir el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y

de la responsabilidad del Acusado, entendiendo por conducta delictual la establecida en los términos del artículo 9 del Código Penal, que es aquella que es típica, antijurídica y culpable.

S2017-00059

ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS –NULIDAD POR FALTA DE DEFENSA TECNICA ANTE UNA INCORRECTA SOLICITUD DE PRUEBAS POR PARTE DEL APODERADO DE LA DEFENSA – PRINCIPIOS PARA LA ALEGACIÓN DE NULIDADES. La defensa técnica material, no se circunscribe exclusivamente a que el defensor asuma una actitud pasiva o descuidada frente al proceso, sino que también ocurre cuando la falta de pericia del abogado defensor conlleva a que la defensa se quede sin elementos probatorios, impidiéndole que tome parte en la construcción material de su caso. / **TRASGRESIÓN DEL PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA:** La trasgresión del derecho a la defensa técnica solo ocurrirá cuando la falta de experticia en la petición de los medios de convicción conlleve a que no se admita una proporción considerable de las pruebas, y cuando se demuestre que, por esa situación, el acusado queda en un estado de indefensión.

En el presente caso, se advierte que el abogado de confianza que, antes de fallecer, actuó como defensor de Óscar Javier Puerto Uribe tuvo una participación activa en proceso, por ejemplo, su actuación incidió directamente en que, en audiencia de 20 de abril de 2017 adelantada ante el Juzgado Primero Municipal de Sogamoso con función de Control de Garantías, no se impusiera medida de aseguramiento a su prohijado. No obstante, en audiencia preparatoria llevada a cabo el 8 de marzo de 2018, como elementos materiales probatorios, descubrió (i) Declaración de Óscar Javier Puerto Uribe, (ii) Declaración de testigo experto Eneida Celis Ruíz, y (iii) Declaración de testigo experto Nelson González, mientras que la Fiscalía enunció alrededor de 15 documentos y 14 testigos. De anteriores elementos de convicción anunciados por la defensa, el Juzgado de instancia únicamente admitió la declaración del procesado, negando los testimonios de Nelson González y de Enida Cely, por cuanto los testigos expertos son, principalmente, testigos, y deben tener conocimiento directo de los hechos, y esas personas no lo tenían, ya que en realidad se trataba de una prueba pericial; decisión que fue confirmada por este Tribunal Superior mediante auto dictado en audiencia de 7 de diciembre de 2018, lo que corrobora que, en efecto, el apoderado del procesado erró, técnicamente, en la solicitud de tales pruebas, impidiendo, con su desacierto, que formaran parte del proceso.

Se advierte que, aunque no se trata de un abandono absoluto por parte del defensor, la falta de pericia de este en cuanto a la solicitud de pruebas, conllevó a que únicamente lograra introducir la declaración del procesado, la que también fue pedida por la Fiscalía, lo que resulta gravísimo, si se considera que la teoría del caso planeada por la defensa, entre otras cosas, se centra en demostrar el error de tipo por desconocimiento de la edad de la víctima; entonces, atendiendo los lineamientos jurisprudenciales, es evidente que Óscar Javier Puerto quedó en una situación de indefensión frente a la Fiscalía, pues, debido a un error técnico de su defensor, no pudo aportar los medios de convicción que constituyen el fundamento de su teoría del caso, lo que le impide participar en la construcción material de la verdad en el proceso que se adelanta en su contra, vulnerándose su derecho a la defensa técnica y configurándose la nulidad por violación a sus garantías fundamentales y al derecho a la defensa.

Estas consideraciones no implican que ante cualquier inadmisión de una prueba por impericia, incompetencia o falta de conocimientos del defensor, se genere una nulidad, pues la trasgresión del derecho a la defensa técnica solo ocurrirá cuando la falta de experticia en la petición de los medios de convicción conlleve a que no se admita una proporción considerable de las pruebas, y cuando se demuestre que, por esa situación, el acusado queda en un estado de indefensión, de lo contrario no se satisface el requisito de la trascendencia.

S2017-00268

LESIONES PERSONALES CULPOSAS – ACTUACION CULPOSA EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO POR NO ANUNCIAR MEDIANTE SEÑALES EL GIRO QUE PRETENDÍA REALIZAR: Falta de precaución, diligencia y cuidado en la conducción de vehículo al realizar una maniobra de giro en plena vía pública. / **IMPROCEDENCIA DE NULIDAD DE LA ACTUACIÓN POR NO HABERSE INSTAURADO QUERELLA:** Como lo prevé el parágrafo del art. 74 de la Ley 906 de 2004 en casos en los cuales el sujeto pasivo es menor de edad, no es necesaria la querella, ni mucho menos la CONCILIACIÓN como requisito de procedibilidad.

Por el contrario, como lo aceptó el propio PABLO EMILIO SÁNCHEZ MATEUS y, lo confirmaron los testigos directos ya mencionados, éste adelantó su vehículo frente a la señal de doble línea amarilla en una vía de doble carril, única maniobra que podía hacer con el fin de proseguir su camino, como quiera que DORA MERCEDES BARÓN CALIXTO al estacionar su vehículo en plena vía –obstaculizando el paso de los demás vehículos- nunca advirtió mediante alguna señal la posible maniobra de giro que en plena vía pública iba a realizar con su vehículo y, si bien el vehículo conducido por PABLO EMILIO iba sobrepasando el supuestamente estacionado por DORA MERCEDES, el primero fue embestido por el carro de la acusada, el cual había arrancado sin respetar las precauciones establecida en las normas del Código Nacional de Tránsito. A lo dicho se suma que, la misma DORA MERCEDES en su respectivo testimonio reconoce no haber tenido el cuidado y la prevención de la actividad de tránsito, lo cual se acredita aún más con la declaración de ROBERTO CABALLERO, perito experto en automotores, quien en juicio incorporó la inspección a los vehículos luego del accidente, afirmando que ambos vehículos estaban en buen estado mecánico. Así las cosas, evidente es que en este caso, el daño causado en la humanidad del menor P.A.S.R. no se enmarca por el riesgo del automotor sino de la actitud transgresora de los riesgos de dañosidad que desplegó DORA MERCEDES BARÓN CALIXTO como conductora de uno de los vehículos implicados en el siniestro, desempeño de dicha actividad peligrosa que requiere demostrar, la obligación de guardar precaución, diligencia y cuidado por quien ejercen dicha actividad, siendo ella, en este caso quien incumplió esa obligación, y, por tanto, obró culposamente, al observar una conducta negligente, imprudente, carente de pericia e incurso en el incumplimiento de reglamentos. Finalmente al no hallar penalmente responsable a PABLO EMILIO SÁNCHEZ MATEUS del delito endilgado la Sala debía omitir la censura que hiciera su Defensa frente a la posible nulidad de la actuación, no obstante, advierte que tal como lo prevé el parágrafo del art. 74 de la Ley 906 de 2004 en casos en los cuales el sujeto pasivo es menor de edad, no es necesaria la querrela, ni mucho menos la CONCILIACIÓN como requisito de procedibilidad. Por demás, el fallo jurisprudencial a que hace referencia no viene al caso como quiera que allí el sujeto pasivo es un mayor de edad. (Corte Suprema de Justicia en Sentencia SP7343-2017. M.P. Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández). Ante tal panorama, lo procedente para la Sala es revocar parcialmente el fallo recurrido, en razón a que las pruebas debatidas en juicio llevan a la certeza de la responsabilidad únicamente de DORA MERCEDES BARÓN CALIXTO, pues el resultado concreto de las lesiones personales en la humanidad de la víctima se produjo como consecuencia de su decisión de vulnerar el deber objetivo de cuidado cuando, de forma imprudente optó por realizar en plena vía pública dentro de su actividad de conducción una maniobra contraria tanto a las reglas de cuidado previstas en la ley o el reglamento como a la convivencia social.

2018-00411 A

PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS – EXCEPCIÓN PROBATORIA DE ELEMENTO NO DESCUBIERTO: Si bien la Defensa solicitó la entrega de la USB por escrito, la Fiscalía ordenó la entrega correspondiente y se encuentra pendiente su cumplimiento por parte de la entidad encargada, antes del juicio oral. Sin embargo, en la audiencia de formulación de acusación se realizó el descubrimiento del material.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, accedió al decreto de las pruebas solicitadas por la Fiscalía y negó la petición de la Defensa, considerando lo previsto en el artículo 346 del C. de P. P., el cual consagra que, en caso de acreditación del no descubrimiento de elementos materiales probatorios y evidencias, por causas no imputables a la parte afectada, no se ordenará su rechazo. Se indica que, si bien la Defensa solicitó la entrega de la USB por escrito, la Fiscalía ordenó la entrega correspondiente y se encuentra pendiente su cumplimiento por parte de la entidad encargada, por ende, la no entrega no es atribuible a la Fiscalía. No obstante, señala que desde la audiencia de formulación de acusación se realizó el descubrimiento del material requerido por la Defensa, en su momento se dio a conocer el contenido de dicha USB a la Defensa y a ello hace referencia el informe de fecha 31 de enero de 2018; en conclusión, el contenido lo conoce la Defensa, no se trata de un elemento o evidencia no descubierta, por lo que encontrándose pendiente la entrega física de dicha memoria USB, resulte razonable que esta pueda realizarse antes del inicio de juicio oral.