

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI**

R E L A T O R I A

Henry Moreno Macias
R e l a t o r



B O L E T I N 8

2016

SALA DE GOBIERNO 2016- 2017

Presidente Dr. Antonio José Valencia Manzano.

Vicepresidente Dr. Julián Alberto Villegas Perea

SALA CIVIL

Presidente Dra. Ana Luz Escobar Lozano

Vicepresidente Dr. Jorge E. Jaramillo Villarreal.

SALA DE FAMILIA

Presidente Dra. Gloria Montoya Echeverry

Vicepresidente Dr. Henry Cadena Franco

SALA LABORAL

Presidente Dra. Luz Amparo Gómez Aristizabal.

Vicepresidente Dr. Carlos Alberto Oliver Gale

SALA PENAL

Presidente Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

Vicepresidente Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 8
2016

Magistrados que integran la Corporación.

SALA CIVIL

Carlos Alberto Romero Sanchez.	Flavio Eduardo Córdoba Fuertes
Ana Luz Escobar Lozano	Jorge E. Jaramillo Villarreal
César Evaristo León Vergara	Homero Mora Insuasty
Hernando Rodríguez Mesa	José David Corredor Espitia
Julián Alberto Villegas Perea	

Secretaria: María Eugenia García Contreras

RESTITUCION DE TIERRAS.

Aura Julia Realpe Oliva	Gloria del Socorro Victoria Giraldo
Nelson Ruiz Hernández.	

Secretaria: Gloria Lucía Zapata Londoño

SALA DE FAMILIA

Katherine Andrea Rolong Arias	Henry Cadena Franco
Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos	Gloria Montoya Echeverry

Secretario: Juan Carlos González Muriel

SALA LABORAL

Antonio José Valencia Manzano	Carlos Alberto Carreño Raga
Aura Esther Lamo Gómez	Luis Gabriel Moreno Lovera
Martin Fernando Jaraba Alvarado .	Carlos Alberto Oliver Gale
Germán Varela Collazos	Ariel Mora Ortíz
Carlos Freddy Aracú Benítez	Leomara del Carmen Gallo Mendoza
Elcy Jimena Valencia Castrillón	Henry Alberto Dueñas Barretp

Secretario: Jesús Antonio Balanta

SALA PENAL.

Víctor Manuel Chaparro Borda	Orlando de Jesús Pérez Bedoya
Orlando Echeverry Salazar	María Consuelo Córdoba Muñoz
Socorro Mora Insuasty	Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear
Roberto Felipe Muñoz Ortíz	Juan Manuel Tello Sánchez
Carlos Antonio Barreto Pérez	

Secretario: María Eugenia Henao

Henry Moreno Macías
Relator

SALA CIVIL

IMPUGNACIÓN DE ACTAS DE ASAMBLEAS. Caducidad de la acción. Art. 90 del C.G.P.

“El 07 de julio de 2016 a través de apoderado judicial, xxxx presentó demanda verbal de impugnación de actas de asambleas contra la Copropiedad Edificio Santa Librada PH, a fin de que se declare inválida la decisión adoptada en el acta No. 44 de la Asamblea General Ordinaria realizada el 14 de marzo de 2016, respecto del punto noveno: “Análisis y aprobación del presupuesto de renta y gastos para el año 2016.”, por haberse adoptado contrariando la ley 675 de 2001 y el reglamento de propiedad horizontal sin respetar los coeficientes de copropiedad de cada una de las unidades privadas, en consecuencia, pide se ajuste las cuotas de administración a los coeficientes de copropiedad y se hagan las devoluciones de los cobros en exceso por lo menos de cinco años atrás.

En auto del 11 de julio de 2016 el Juzgado rechazó la demanda porque: “*el acto impugnado se realizó en marzo 14 de 2016, lo cual indica que la demanda, conforme lo estatuye el artículo 382 del C.G.P., debió impetrarse, a más tardar, en mayo 22 de esa misma anualidad, pero resulta que la misma fue presentada en julio 07 hogaño, es decir, extemporáneamente y ante ello el Juzgado no le puede dar trámite al haberse operado la caducidad de la acción (artículo 90 C.G.P).*”

Dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación expresando que: “existe un principio de publicidad el cual no es otro que dar a comunicar a los copropietarios y por el medio más expedito, la existencia de dicha acta y lo cual no fue otra cosa que la publicación del mismo en la respectiva cartelera, situación que efectivamente realizó el administrador de la copropiedad, publicación que como se dijo en la demanda se realizó el día 16 de mayo de 2016 y para la presentación de la demanda no habían transcurrido los dos meses que se manifiesta”.

El 22 de julio de 2016 el a quo dispuso no reponer y concedió la apelación, en lo central considero: “*(...) lo que debía de hacer la parte demandante, en primer lugar, era demostrar que esa acta debía ser registrada, y en segundo lugar, que ese registro se efectuó, para así poder contabilizar los dos meses a partir de la fecha en que sucedió esto último y como ninguna de estas dos circunstancias fueron demostradas, para el juzgado esos dos meses empezaron a contabilizarse desde la fecha en que se llevó a cabo la asamblea impugnada, vale decir, marzo 14 de 2016 (...)*”

La ley 675 de 2001 que reguló el régimen de propiedad horizontal en el art 49 referente a la impugnación de actos de asambleas, juntas directivas o de socios el inciso 2º, disponía: “*(...) “La impugnación sólo podrá intentarse dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de la comunicación o publicación de la respectiva acta. Será aplicable para efectos del presente artículo, el procedimiento consagrado en el artículo 194 del Código de Comercio o en las normas que lo modifiquen, adicionen o complementen. (...)*”, tal preceptiva fue derogada expresamente por el art 626 literal C del C.G.P; actualmente, la disposición vigente sobre la impugnación de actos de asamblea, juntas directivas o de socios quedó regulada en el art 382 ibidem el cual en lo pertinente dice:

Artículo 382. Impugnación de actos de asambleas, juntas directiva o de socios.

“La demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas de derecho privado, solo podrá proponerse, so pena de caducidad, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del acto respectivo y deberá dirigirse contra la entidad. Si se tratare de acuerdos o actos sujetos a registro, el termino se contara desde la fecha de la inscripción.” (...)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 8
2016

Como se ve, la norma procedimental consigna un término extintivo perentorio e improrrogable para el ejercicio de la acción de impugnación de actos de los organismos directivos de las personas jurídicas de derecho privado, considerando un término de caducidad cuyo concepto perentorio la jurisprudencia se ha encargado de precisar su alcance definitorio de la siguiente manera: *“La caducidad está ligada al concepto de plazo extintivo en sus especies de perentorio e improrrogable, cuyo vencimiento se produce sin necesidad de actividad alguna ni del juez ni de la parte contraria”* (H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 11 de mayo de 1948 LXIV pág.371). *“De ahí que proceda afirmarse que hay caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley para su ejercicio”*. (H.C.S.J.S. Casación Civil del 19 de noviembre de 1976). *La caducidad es un plazo dispuesto en la ley, acordado por convención o por la autoridad judicial para el ejercicio de una acción o un derecho”* (Corte Suprema de Justicia S. 8 de noviembre de 1995).

Entendido lo que antecede, no cabe duda que el lapso establecido por la norma para impugnar los actos de las asambleas corresponde a un término de caducidad de la acción, vencido el cual, se impone rechazar de plano la demanda en observancia de lo ordenado en el artículo 90 del C.G.P., debiendo devolver los anexos sin necesidad de desglose.

En el caso, como la Asamblea General Ordinaria donde se aprobó el presupuesto que se ataca, fue celebrada el 14 de marzo de 2016, la demanda debió presentarse ante del 14 de mayo siguiente para evitar la ocurrencia de la caducidad de la acción, como la parte demandante no acudió dentro del plazo previsto en el artículo 382 del Código General del Proceso porque para cuando lo hizo ya habían transcurrido los dos meses de que habla la norma, la decisión de rechazo de la demanda se ve ajustada a derecho.

Ciertamente, el termino de los dos meses no se cuentan desde cuando se comunicó o publicó el acto respectivo sino desde cuando se adoptó el acto por la asamblea general porque tal como quedo explicado, la disposición que contemplaba la necesidad de comunicación o publicación del acta (art 49 ya citado) fue expresamente derogada, debiendo contarse desde cuando se adoptó la determinación en la que dicho sea de paso, el demandante estuvo presente; si la prueba de dicho acto no le fue proporcionada por el administrador ni por ningún órgano directivo de la propiedad horizontal para poder probarlo, bien pudo haber hecho tal manifestación en la demanda pero debió hacerlo antes de que ocurra la caducidad como bien lo ha entendido la doctrina, *por supuesto, si al demandante no le entregan copia del acta, como suele ocurrir, en ese caso así debe manifestarlo en la demanda, para que el juez conmine al demandado a entregar tal copia”,* tampoco puede pensarse que se trate de actos sujetos a registro porque lo demandado fue la aprobación del presupuesto el cual no lo requiere.”

Rad. 009-2016-00199-01 (23 09 2016) M.S: Dr. Jorge Jaramillo Villareal

SALA DE FAMILIA

ASIGNACIÓN TESTAMENTARIA.

“Reunidos los presupuestos procesales y sin mediar irregularidades enervantes de la eficacia de la construcción procesal, corresponde decidir de mérito dentro de los precisos confines demarcados por el recurrente único, perspectiva desde la cual se empieza por afirmar que en autos hay prueba documental idónea aportada por los contendientes y de oficio, del testamento cerrado otorgado por el causante xxxx conformada por la copia auténtica de la Escritura Pública 3716 del 11 de agosto de 1960 d la Notaría Primera de Cali, que da cuenta de su otorgamiento en tal forma, y de la Escritura 3795, pasada el 15 de septiembre de 1970, en la misma escribanía, de protocolización de las diligencias notariales de entrega, apertura y su publicación ajustadas a las disposiciones de los artículos 59 y siguientes del Decreto 1260 de 1970.

Allí consta que el testador instituyó a la persona jurídica denominada FUNDACIÓN FRANCO SARÁ, de cuya creación es prueba la copia auténtica de la Escritura 4344, del 15 de septiembre de 1960, de la Notaría Primera de este Círculo, oficiosamente allegada al proceso en esta instancia, como asignataria de varios bienes muebles e inmuebles, con el encargo de administrarlos y explotarlos como propietaria según lo expresado en la cláusula 11, en la que se consignan varias deducciones que descontadas arrojan el “producto líquido” contemplado en la cláusula 12, del **“beneficio derivado de la explotación de los bienes asignados a ella”**, del que dispuso allí que **“lo distribuirá y entregará semestralmente, en las proporciones que seguidamente indico”**, a varias instituciones, entre las que enlistó al **“Asilo S. Miguel de Cali”**, con un 10%, **“entregas que respecto de los que las reciban tendrán la calidad de asignaciones modales sin caución”**.

La copia del folio de registro civil de defunción del causante xxxx, incorporada al protocolo mediante la aludida Escritura 3795 del 15 de septiembre de 1970, acredita que por el hecho de la muerte el 6 de agosto de 1970 se abrió su sucesión, sin que al plenario se hubiere adosado adicionalmente la prueba de la liquidación de la herencia, ya que aunque por iniciativa oficiosa se logró, adosar la copia de la partición, de la sentencia aprobatoria se trajo ejemplar incompleto carente de la firma del juez, lo que en rigor impide afirmar que en la liquidación de la herencia se adjudicaron los bienes legados a la demanda FUNDACION FRANCO SARA, presupuesto lógico indispensable para predicar de ésta la obligación de ejecutar el modo con el que el testador gravó dicha asignación; con todo, como el punto fue pacífico en la controversia, no hay lugar a erigir la falencia probatoria en valladar para eludir entrar en el fondo de la controversia planteada.

En ese propósito se destaca que es la especie de las modales definidas en el artículo 1147 del C.C. la referida asignación en favor de la FUNDACION FRANCO SARA, en este caso el modo con el que se le gravó consiste en la obligación de distribuir el producido de los bienes asignados a ciertas instituciones, entres ella el Asilo San Miguel, que en cuanto acreedor del derecho a percibir dicho crédito correlativamente es titular de la acción incoada, justamente encaminada al cumplimiento de dicho **“modo”**, enervado por la decisión unilateral de la demandada de cesar el pago, que conforme a lo consignado en el escrito de sustentación de la apelación se apuntala en la alegación de que dicho beneficiario perdió su naturaleza original de institución caritativa, carácter en vista del cual fue que el testador la favoreció con el aporte dinerario semestral previsto en la cláusula 12 del testamento, lo que ocurrió con motivo de la entrada de vigencia de la ley 100 de 1993, a cuya virtud pasó a ser una Empresa Social del Estado, denominado ahora Hospital Geriátrico San Miguel, amén de que expiró el plazo previsto en el artículo 1145 del C.C.,

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 8
2016

planteamientos demarcadores de los confines de la competencia funcional del Tribunal que dan lugar a sentar las reflexiones siguientes.

En torno de lo primero, aunque el recurrente no lo expresó, se intuye en su planteamiento la tácita alegación de que la mutación sufrida en su naturaleza jurídica por el Asilo San Miguel, hace imposible el modo por la variación de la calidad en vista de la cual el testador eligió a dicha institución como su beneficiaria, postura respecto de la cual se observa:

El anotado componente fáctico está debidamente probado en el proceso por medio de la copia auténtica del Acuerdo 08 de 16 de agosto de 1995, incorporado por iniciativa oficiosa del ponente, en cuyo artículo primero, textualmente se dispuso: **“transfórmese el Hospital Geriátrico y Ancianato San Miguel, en Empresa Social del Estado, con categoría especial de Entidad Pública descentralizada de orden municipal adscrito a la Secretaría de Salud Pública Municipal de Santiago de Cali, dotada de personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía Administrativa y sometida al régimen jurídico previsto en el Capítulo III del Título II del Libro segundo de la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo modifique, adicionen y reglamente”**.

Se trata de un hecho sobreviniente respecto del otorgamiento del testamento, cuya regulación contemplaba el inciso final del artículo 1151 del C.C., que disponía que **“si el modo, sin hecho o culpa del asignatario se hace enteramente imposible, subsistirá la asignación sin el gravamen”**, norma cuya derogación dispuso el artículo 45 de la ley 57 de 1887, sin que en su lugar se hubiese expedido otra en su reemplazo, de suerte de ser un asunto que a virtud de dicha derogatoria es carente de norma reguladora, de manera que para la solución de las controversias que a tal hipótesis se ajusten es de rigor emplear la solución prevista en el artículo 8º de la ley 153 de 1887, según el cual **“cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”**.

En esa dirección, la Sala echa mano de la disposición del artículo 1630 del Código Civil, que junto con otras ha dado pie a la elaboración doctrinaria del concepto de contratos **“intuitu personae”**, conforme al cual, cuando el negocio jurídico se celebra en consideración a las particularidades de la persona del contratante, su muerte es causa de la terminación del contrato, el cual sucede, por ejemplo, en los casos del mandatario o del prestador de servicios contemplados en los artículos 2062, 2194 y 2196 ibídem, razón por la cual el segundo segmento de la norma en principio citada prevé que **“si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del deudor”**.

Tal situación así legalmente regulada, es análoga a la no regulada que aquí concita la atención de la Sala, en cuanto que ellas tienen de semejante que tanto en el contrato como en el testamento la declaración de voluntad se hace en consideración a unas determinadas calidades del contratante en aquel caso, y del favorecido con el modo en el segundo, que en el contrato fuente de obligación de hacer atiende a sus particulares habilidades, y en el del beneficiario del modo con el que se grava una asignación testamentaria a motivaciones de muy diversa índole, entre las que caben admitir las orientadas a fines altruistas, filantrópicos, etc.

En tal orden de ideas, para el Tribunal luce apenas obvio que en tratándose de la intención del disponente de beneficiar a un tercero, es de asumir en punto de su escogencia que la consideración de las particulares calidades expresadas en la memoria como tenidas en cuenta para perfilar al beneficiario asume en tal caso el carácter de la causa motora de la declaración de voluntad del testador en su favor, que debe prevalecer por mandato del artículo 1127 del C.C. cuando sea preciso, como aquí ocurre, interpretar las disposiciones testamentarias con el fin de darles cumplido efecto. Así entonces, aplicado al caso por

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 8
2016

analogía lo establecido en el segundo inciso del artículo 1630 ibídem, no habrá lugar a la ejecución del modo, esto es, no hay lugar al paso, si quien lo reclama no se ajusta a los parámetros trazados por el testador para su escogencia como beneficiario, siempre y cuando ese desajuste sea proveniente de causas ajenas al propio asignatario gravado, pues, como es sabido, nadie es recibido a favorecerse de su propia culpa.

En el propósito de definir la contienda con sujeción a dichas directrices, al descender al examen de la prueba obrante, cumple el decir en torno del testamento que desde un comienzo se advierten en sus disposiciones inequívocas manifestaciones sintonizadas con el claro propósito del testador de favorecer post mortem a ciertas entidades cuya elección no dejó al arbitrio de otros, como que tuvo el buen cuidado de hacerla por sí mismo, para lo que tuvo en cuenta que fuesen de aquellas dedicadas actividades de **“beneficencia”**, establecimientos que desarrollaran tareas de **“caridad pública”**, y además **“otras obras y servicios con finalidades piadosas”**, que en común tenían que conforme al modelo estatal de la época se sostenían con los aportes de sus caritativos benefactores y se orientaban al servicio de los más pobres, lo que lo revela como persona movida por un espíritu altruista, tan seriamente empeñado con el favorecimiento de ese tipo de entidades, que con tal propósito dispuso allí mismo la creación de la FUNFACION FRANCO SARA, a la que hizo legataria de varios bienes con la carga de administrarlos como dueña y repartir su producido líquido semestralmente y en las proporciones indicadas en cada caso, entre las instituciones de dicho carácter precisamente determinadas en la cláusula 12 de la memoria, a saber: i) el Pabellón de niños tuberculosos de Cali, ii) el Asilo de Ancianos de San José de Cali; iii) el Asilo San Miguel de Cali; iii) el instituto de ciegos y sordo-mudos de Cali; iv) el Hospital de enfermos de Agua de Dios; v) La Fundación San Pío X de Cali y vi) al Club Noel de esta ciudad.

En dicho contexto, es razonable asumir que su favorecimiento por el testador con dicho modo se explica cómo lógica consecuencia de que para el año de 1960, cuando se otorgó el testamento, esas instituciones funcionaban como entidades dirigidas casi siempre por comunidades religiosas de la Iglesia Católica, sin presupuesto oficial alguno, que mendigaban del Estado los **“auxilios parlamentarios”** tan en boga en la época, organizadas con el fin de practicar las virtudes de inspiración cristiana, particularmente la caridad en favor de los pobres, cuyo sostenimiento provenía en gran medida de los aportes generosos de sus benefactores, en un estado de cosas totalmente anormal no acompasado con el modelo de Estado Social de derecho adoptado por la Constitución de 1991, a virtud del cual los servicios prestados por aquellas instituciones por motivos de caridad, fueron concebidos como verdaderas obligaciones a cargo del Estado, de cuya regulación se ocupó la Ley 100 de 1993.

Fue en virtud del artículo 194 ibídem, que en el caso del Asilo de San Miguel, el Acuerdo 08 del 16 de agosto de 1995, del Consejo Municipal de Cali, formalizó el cambio de su naturaleza jurídica y pasó a ostentar la categoría jurídica de **“Empresa social del Estado, con categoría especial de Entidad Pública descentralizada de orden municipal adscrita a la Secretaría de Salud Pública Municipal de Santiago de Cali, dotada de personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía Administrativa y sometida al régimen jurídico previsto en el Capítulo III del Título II del Libro segundo de la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo modifique, adicionen y reglamenten”**, de modo de ser desde entonces acreedora de recursos recibidos por transferencias asignadas en los presupuestos nacional, departamental y municipal, según se lee en el artículo 4º, con lo que, a no dudarlo, desapareció el carácter distintivo de institución de caridad que al momento de testar tenía al ASILO SAN MIGUEL que, como se vio, fue el atributo en el que precisamente se fijó el testador para hacerla beneficiaria del modo con el que gravó a la demandada legataria FUNDACION FRANCO SARA, razón por la cual, al ser imperioso hacer prevalecer la voluntad del testador, la solución que se impone es la de declarar

extinguida la obligación a cargo de dicha demandada, lo que conlleva el éxito de la gestión impugnativa con la consecuencial condena en costas de ambas instancias a la actora.

No es de recibo la alegación afianzada en el artículo 1145 del C.C., fundamental en razón de que en este caso el demandante ASILO SAN MIGUEL no tiene el carácter de asignatario, como sí el bien distinto de beneficiario del **“modo”** con el que se gravó a la demandada FUNDACION FRANCO SARA, persona jurídica que si funge jurídicamente como la asignataria, al margen de lo cual, en la hipótesis contraria de dicho asilo no se probó que fuese una Corporación ni Fundación, de manera de no aplicar en su respecto el presupuesto de hecho de la norma en comento, según el cual **“la asignación de prestaciones periódicas”** cuando es en favor de **“una corporación o fundación no podrá durar más de treinta años”**.

Rad. 76 001 31 10 010 2013 00672 01 (27 07 2016) Acta 0074. M.P: Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos.

INTERDICCIÓN JUDICIAL DISCAPACIDAD MENTAL ABSOLUTA. Ejercicio de la guarda y sus facultades. Curador sustituto.

Administrador de los bienes de la interdicta generó seria discordia con sus demás parientes.

“Corresponde a la Sala de Decisión resolver dos problemas jurídicos formulados en la apelación, a saber: el primero, determinar si por la ausencia de capacidad de la declarada en interdicción, la composición de su patrimonio y la evidente disputa entre hermanos para el ejercicio de la guarda, hay lugar a ordenar que la administración de los bienes de la pupila se haga a través de una sociedad fiduciaria, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1306 de 2009; y, el segundo, si hay lugar a la designación de curador suplente, caso en el que se debe determinar quién debe ser el designado.

Antes de entrar a decidir sobre el recurso de apelación, es necesario aclarar que el examen que se emprende de la sentencia apelada se limitará a los cuestionamientos formulados en la apelación, tal como se especificó en el punto anterior, desechando cualquier otro no alegado, que se ha denominado apelación específica, pues esos argumentos son los límites de competencia del juez *ad quem*, tal y como lo viene determinando la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en diversas sentencias, de las que se puede mencionar, como mero ejemplo, la dictada el 8 de septiembre de 2009 con ponencia del magistrado Edgardo Villamil Portilla en el expediente n.º 11001-3103-035-2001-00585-01.

Como los dos problemas jurídicos que se intentan resolver están íntimamente ligados, resulta necesario hacer algunas precisiones previas sobre el ejercicio de la guarda y sus facultades, para lo que inicialmente resulta pertinente recordar que el curador designado para el declarado en interdicción judicial, por regla general tiene dentro de sus obligaciones, no sólo el cuidado del pupilo, sino también la administración de sus bienes, tal y como con acierto lo dispone el artículo 52 de la Ley 1306 de 2009; de ahí que el juez al momento la designación le corresponde verificar, en aplicación rigurosa del artículo 68 *ibídem*, además de la prelación legal establecida en la ley, cuáles son las condiciones y las calidades personales de los llamados a ejercer el cargo y la relación ya que tengan con el interdicto, para con base en esos criterios, escoger a la persona con mejores cualidades humanas y que ofrezca mayor seguridad material y afectiva para el pupilo, puesto que la persona que se designe, no sólo tendrá el deber de administrar el patrimonio, sino que también debe cuidar y velar por el bienestar físico, mental y emocional de su representado, hasta el punto,

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 8
2016

que es la misma ley la que prevé que con los frutos de los bienes del representado se debe buscar, principalmente, que se alivie su situación y procurar su restablecimiento.

Por lo anterior, la curaduría general se caracteriza porque le confiere a su titular, de manera simultánea, la representación legal, la administración del patrimonio y el cuidado personal del pupilo y, precisamente por ello, el ordenamiento legal ha desarrollado ésta figura jurídica que busca proteger los intereses económicos y personales de los sujetos que padecen graves discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, para lo que se permite que sean privados judicialmente de su poder de autodeterminación y de la administración de sus bienes, confiándoles esas facultades a quien el juez considere idónea con esas finalidades, la que escoge, generalmente, dentro del núcleo familiar más próximo de la persona de la que finalmente resulta privada de capacidad de autodeterminación.

Teniendo en cuenta lo brevemente expuesto, resulta claro que el ejercicio de una curaduría es una labor que debe realizarse con la idoneidad y la responsabilidad que demanda una adecuada protección económica y personal de los pupilos. Tal encargo, en consecuencia, no se reduce a la eficiente administración de sus bienes, sino a la disposición de los medios humanos y patrimoniales que permitan un esmerado cuidado personal, garantizando su existencia en unas mínimas condiciones dignas de todo ser humano, adecuadas a la situación socioeconómica del discapacitado.

No obstante lo anterior, la ley establece una excepción para que dentro de las facultades del curador no esté la de administrar los bienes de su pupilo; y ello ocurre en dos modalidades: la primera, cuando se encuentre probado que el valor de los bienes productivos del interdicto valgan más de quinientos salarios mínimos legales mensuales, caso en el que es posible que los bienes pasen a un administrador fiduciario; mientras que la segunda, cuando a pesar de no tener los bienes productivos el valor mínimo establecido en la primera modalidad, el juez lo considero necesario.

En el caso que aquí se define, resulta indiscutible que la primera modalidad de la excepción contemplada en el artículo 57 de la Ley 1206 de 2009 no es posible aplicarla en ninguna de las dos modalidades, pues no existe ninguna prueba que permita asegurar que el único inmueble productivo de la declarada en interdicción supere los quinientos salarios mínimos legales mensuales, por una parte y, por la otra, porque si esa medida en verdad era aplicable, le correspondía al juez que a ordenó explicar las razones por las que considera necesaria tal determinación; carga argumentativa que no se cumple, como parece entenderlo el juez *a quo*, por el solo hecho de destacar la existencia de la evidente desconfianza de una parte de los familiares de la declarada en interdicción respecto de otro grupo de familiares, o por la existencia de rencillas, problemas personales o discrepancias entre ellos, pues debe tenerse en cuenta que con la Ley 1306 de 2009 y con todas las demás normas constitucionales y legales, el legislador buscó proteger aún más a la persona que se encuentre en situación de discapacidad, desarrollando ese deber de solidaridad emanado de la Constitución Política con una función proteccionista en cabeza de la sociedad y, sobre todo, de manera preferencial en la familia del discapacitado, quienes están llamados como interesados a velar por las garantías de quien padece la limitación, como se deduce del artículo 6º de la citada ley de protección de quienes son declarados en interdicción; queriéndose decir con lo anterior, que la necesidad de la medida debe estar encaminada a la protección de los interés del pupilo y no para satisfacer los caprichos, o para poner solución a conflictos personales o patrimoniales de quienes aspiran a representar a quien requiere que otra persona lo cuide, lo represente y le administre su patrimonio.

A lo antes expuesto, no sobra agregar que la administración fiduciaria tiene costos financieros que no son precisamente bajos, razón por la que, sin lugar a dudas, para tomar semejante determinación, debe hacerse un análisis de la relación costo-beneficio de esa decisión, para lo que se debe partir de la base de los reales y comprobados ingresos y

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 8
2016

egresos necesarios, no solo para el sostenimiento del declarado en interdicción sino también los egresos necesarios para la producción de las rentas que tiene, debiendo cuantificar, entre otros muchos factores, el valor del mantenimiento y de reposición de los bienes productivos, la carga impositiva que afecta las rentas y el patrimonio, además de las provisiones mínimas que se deben hacer para solventar los imprevistos y las emergencias propias de la actividad económica y del sostenimiento del dueño de ese patrimonio; ejercicios éstos que el juez *a quo*, de manera simplista, para calificarlo benévolamente, omitió hacer.

En la sentencia apelada, sin ningún apoyo probatorio, el juez concluyó que el valor de los bienes productivos de la declarada en interdicción: "... *podría superar...*" los quinientos salarios mínimos legales mensuales, sin tener en la cuenta que el único activo productivo denunciado como de propiedad de xxxx consiste en un inmueble que consta de dos apartamentos que le generan rentas, del que jamás ordenó su avalúo, de tal manera que así como podría superar ese valor, podría no superarlo; por lo que se concluye que no podía el juez, con fundamento en la primera modalidad de excepción a la administración del guardador, ordenar que ese patrimonio fuera administrado a través de un contrato mercantil de fiducia; más cuando dentro de los documentos que incorporaron en el expediente por los interesados, especialmente al rendir cuentas el curador provisorio, se cuenta con el avalúo catastral de ese inmueble al 2015, el que ascendió a \$121.754.000.

No siendo aplicable esa primera modalidad exceptiva a la administración del patrimonio por parte del curador, como líneas atrás se dejó señalado, para aplicar la segunda modalidad de esa excepción, consistente en la necesidad de ese tipo de administración que siempre ha de aplicarse en beneficio de los intereses de la persona declarada de interdicción, el juez *a quo* omitió explicar las razones por las que semejante decisión debía tomarse, pues solo afianzó su determinación en la desconfianza familiar para desarrollar esa labor, razón por la que la Sala de Decisión procederá a hacer el ejercicio que, en incumplimiento de sus deberes, omitió el juez de primera instancia.

De conformidad con las cuentas que su administración rindió el guardador provisorio y la información suministrada por los demás interesados, xxxx es la propietaria de un inmueble, del que ya se dijo que al 2015 tenía un avalúo catastral de \$121.754.00; resaltándose de esos mismos informes que sus ingresos mensuales totales al 2015 ascendían a \$3.232.678, que se descomponen así; rentas \$1.150.000 y las pensiones del SENA y de COLPENSIONES suman \$2.082.678; mientras que los egresos mensuales, según esos mismos informe, ascienden a \$2.615.000, solo para el pago del hogar geriátrico en el que está internada, teniendo un excedente de \$617.678 para gastos personales, artículos de aseo, vestuario, medicamentos, urgencias, recreación, imprevistos, pago de impuestos nacionales y municipales, refacciones del inmueble por su deterioro natural así como un extenso etcétera; de lo que se concluye, sin que se requiera ser un avezado financista, que con base en ese rudimentario balance aquí hecho, no es posible asumir los costos financieros de una administración fiduciaria sin atentar contra la estabilidad y la solidez patrimonial y financiera de la interdicta, lo que obviamente le perjudicaría enormemente.

Por lo antes expuesto, razón tiene la apelación al señalar que es el curador principal el que continúe con la administración de esos bienes, por lo que, por este aspecto, la apelación resulta prospera.

Con relación a la designación de curador suplente, debe decirse que conforme lo dispone el artículo 52 de la Ley 1306 de 2009, en principio, el curador debe ser único, pero podrá tener suplentes designados testamentaria o judicialmente. En este caso, para establecer si era o no necesario designar un curador suplente y en quién recaer dicha designación, es necesario evaluar las pruebas recaudadas, para lo que debe partirse de la necesidad de precisar que aquí se han delimitado dos grupos de interesados que se han confrontado para obtener el ejercicio de la guarda.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 8
2016

Con fines netamente prácticos para desatar el asunto, identificaremos los grupos así: el conformado por xxxx, xxxx, xxxx, xxxx y xxxx, al que denominaremos el primer grupo; mientras que al denominaremos el segundo grupo, está integrado por xxxx, xxxx y xxxx.

Dentro de las pruebas recaudadas de manera válida, se cuenta con las declaraciones de los siguientes interesados: **a).** xxxx informó que en el 2005 comenzó a trabajar en una inmobiliaria que su hermana xxxx administraba, pero que como consecuencia del diagnóstico de Alzheimer que le hicieron a la antes mencionada, comenzó a encargarse de la administración de los bienes de su hermana enferma, por compromiso con los demás miembros de la familia, de lo que periódicamente rendía informes, los que no volvió a rendir debido a que sus hermanos propusieron que esa administración la realizara el excompañero sentimental de xxxx, a quien solo le interesaba el patrimonio de su excompañera, con quien terminó la relación en el 2010. Explicó que por recomendación médica hubo de internar en un instituto a su hermana y que se considera como el indicado para el ejercicio de la guarda, pues siempre estuvo pendiente del cuidado y de las necesidades de su hermana; **b).** xxxx afirmó que su hermano xxxx ha sido quien desde el comienzo de la enfermedad de xxx le ha ayudado con todo lo que ha necesitado, a lo que han contribuido continuamente la declarante y su otra hermana xxxx, quien reside en Bogotá, señalándola como la más apta para cuidarla, pues la llama a diario; y **c).** xxxx señaló a su hermano xxxx como la persona idónea para el ejercicio de la guarda.

De las pruebas testimoniales de xxxx y xxxx no se puede extraer información relevante para dilucidar lo que ahora la Sala de Decisión se propone, pues la primera se limitó a declarar sobre el somero conocimiento que tienen de la enfermedad de xxxx y de la relación con sus hermanos; mientras la segunda solo sabe algunas circunstancias de la enfermedad de xxxx, a quien solo trató durante unos ocho meses.

La testigo xxxx explicó que fue trabajadora doméstica y acompañante de xxxx, conociendo el avance de su enfermedad y señaló a xxxx como el idóneo para hacerse a cargo de su hermana; mientras que la testigo xxxx afirmó que conoce a xxxx y a su familia desde que la primera era adolescente, más no está en capacidad de reconocerlos por el transcurso del tiempo, teniendo una relación de mayor cercanía con xxxx. Aseguró que nunca vio que xxxx maltratara a su hermana xxxx, pero relató un incidente en la que la última de las mencionadas lloró desconsoladamente, sin conocer la testigo el motivo del llanto, quien fue dejada allí sin explicación por su hermana xxxx, por lo que la testigo acudió a la ayuda de xxxx. Informó que solo visitó en una ocasión a xxxx en el centro geriátrico en el que se encontraba, pues al percibir el entorno hostil en la relación familiar, prefirió no volver a visitarla.

El testigo xxxx, quien aseguró ser el representante legal del hogar geriátrico Casa de los Tiempos, informó que xxxx estuvo allí internada desde noviembre de 2012 a diciembre de 2013, lapso durante el que nunca hubo ningún inconveniente con sus familiares, quienes siempre acataron las normas de la institución, siendo retirada por xxxx para internarla en otro hogar. Luego de advertir que preferiría no opinar sobre el tema, consideró que cualquiera de los hermanos de xxxx podría ser su guardador, pues todos mostraron interés por el bienestar de la interna, pues el trato de xxxx a su hermana siempre fue respetuoso, cordial y cariñoso; y la actitud de la paciente hacia sus hermanos era muy positiva, con quienes salía de paseo los fines de semana. Con relación a un escrito de xxxx, dijo que no fue hecho en nombre de la institución ni en su representación, sino a nombre de quien lo suscribió.

Xxxx informó que trabajó en el hogar Casa de los Tiempos, relató que por instrucciones del gerente y por orden expresa de xxxx, quien contrató los servicios del hogar para su hermana, la interna no podía salir del hogar con sus demás hermanos, razón por la que, en fecha no precisada, xxxx y xxxx, acompañados de otra de las hermanas cuyo nombre no pudo recordar, intentaron llevar a la interna a una cita médica, lo que impidió la testigo e

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

BOLETIN 8
2016

incomodó a xxxx por considerar arbitraria tal imposición , de quien destacó reiteradamente que pese a esa circunstancia, nunca fue grosero con la testigo en esa ocasión, ni en ninguna otra; recordando que ese inconveniente se superó, pues el gerente permitió la salida de xxxx. Con relación a un escrito a ella atribuido y que se incorporó al expediente, en el que se relata un incidente con la planilla de visitas de xxxx, de la que pretendía copia el aquí designado curador provisorio, aseguró y reiteró que éste último nunca fue grosero con ella; agregando que si bien es cierto que elaboró a mano un escrito en el que relató ese incidente, el elaborado en computador fue hecho por xxxx, en el que se exageró lo realmente ocurrido, pues en él se utilizaron palabras que la testigo desconocía.

Del anterior recuento probatorio se puede establecer que luego de la muerte de los padres de xxxx, sus parientes más próximos son sus hermanos, y una vez descubierta su enfermedad, fue xxxx quien en un principio tomó por su cuenta el cuidado y la administración de los bienes de su hermana, y pese a conocer sobre el deterioro de su estado de salud y de su avance, pues era quien la acompañaba a sus citas médicas, además de trabajar con ella, de manera injustificada nada hizo para activar los mecanismos legales existentes para proteger a su hermana, iniciando el correspondiente proceso de interdicción los que no puede alegar que desconocía, más si cuenta con conocimientos jurídicos suficientes, tantos que aquí pretendió apoderar a varios de sus hermanos con fundamento en una licencia temporal para el ejercicio de la abogacía.

A lo anterior, se agrega que su gestión de hecho como administrador de los bienes de su hermana generó una ser discordia con sus demás parientes, quienes hicieron graves y múltiples acusaciones sobre esa administración, de las que el juez hizo eco en varias de sus providencias, por lo que resulta realmente asombroso que en la sentencia el mismo juez decidiera designarlo como guardador sustituto; más si se tiene en cuenta su comportamiento procesal, no precisamente leal, el que lamentablemente no supo o no quiso contener el juez de instancia, encaminado a cuestionar por todos los medios la administración del curador provisorio y hostigar al ejercicio de la guarda provisorio, para lo que incurrió en la indiscriminada utilización de acciones, recursos, objeciones y acciones constitucionales, la gran mayoría de ellos verdaderamente improcedentes o dilatorios que evidenciaron, sin lugar a ninguna duda, un marcado interés sobre la administración del patrimonio de su hermana, hasta el punto, que, sin considerar que la administración fiduciaria resultaría altamente lesiva para el patrimonio de su hermana declarada en interdicción, como aquí se demostró con un ejercicio bastante elemental por lo evidente del asunto, optó defender tan errada decisión del juez *a quo*.

De lo ya expuesto se concluye que en este caso, además de que no se ve como necesaria la designación de un curador sustituto, no resulta comprensible cómo tal designación terminó recayendo en el pariente más cuestionado; razones más que suficientes para que, por este otro aspecto, prospere la apelación.

Como lógica e inevitable conclusión, la sentencia apelada debe ser revocada en los puntos en los que se concentró la apelación, tal y como se dispone en la parte resolutive de esta providencia.”

Rad. 76 001 31 10 010 2013 00072 01 (02 09 2016) Acta 000 M. P: Dr. Henry Cadena Franco.

SUCESIÓN. Objeción al trabajo partitivo. Exclusión de bienes inventariados.

“Así las cosas, como la objeción formulada al trabajo partitivo tiene como ventero la exclusión del derecho del 11.11% sobre el predio identificado con folio de matrícula 378-3308, relacionado como partida única del inventario y avalúo debidamente aprobado, es claro que dicho estadio procesal es idóneo para ventilar la mentada exclusión, por lo que no existe reparo por éste aspecto.

Precisado lo anterior, lo que sigue ahora es escrutar el mérito de la pretendida exclusión, la cual, delantadamente es preciso indicarlo, deviene fuera por lo siguiente:

1. Según el folio de matrícula inmobiliaria No. 378-3308, emerge que los derechos de propiedad que ostenta la causante **xxxx** fueron adquiridos, unos por adjudicación dentro de la sucesión del causante **xxxx**, según sentencia del 31-12-1956 del Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali y otros igualmente por adjudicación dentro de la sucesión de la causante **xxxx**, según sentencia del 31-08-1976 del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali.

2. Los inventarios presentados y debidamente aprobados en ésta causa, tienen como única partida de activo, “*los derechos de dominio y posesión en proporción del 11.11% sobre el 100%*” sobre el bien inmueble antes citado, esto es el que figura con el folio de matrícula No. 378-3308.

3. Los objetantes en ningún momento no desconocen la titularidad de los anteriores derechos de dominio en cabeza de la causante **xxxx**, y antes por el contrario la reafirman, pues precisamente alegan que el dominio de ese 11.11% por prescripción adquisitiva de dominio, le pertenece a la sociedad **xxxx** y para cuyo efecto aportan copia auténtica del correspondiente escrito demandatorio declarativo, siendo éste el insular argumento fáctico que exponen en orden a justificar la pretendida exclusión.

Entonces, se colige sin dubitación alguna que lo inventariado tiene total asidero ya que los derechos de dominio relacionados, son los que efectivamente aparecen en cabeza de la causante **xxxx**.

4. Que exista un proceso de pertenencia en curso a través del cual se pretende adquirir por prescripción dichos derechos, ello sin lugar a dudas implica una controversia sobre la propiedad de los mismos, pero aun y con todo, ello *per se* no despoja a la causante de la titularidad de dichos derechos y, por ende, no constituye sólido estribo para reclamar la exclusión de los señalados derechos, pues el trámite de dicha pretensión no tiene la potencialidad de trasmutar ipso iure la titularidad del dominio.

5. Por otra parte, y si se aceptara que la objeción para excluir bienes se hizo bajo el abrigo del artículo 605 del C.P.C., que no lo es porque así no fue planteado en el escrito de objeción, ello resultaría huero, toda vez que una petición de tal sentido no se ventila a través de la figura de la objeción a la partición, sino que precisamente tiene que ser enarbolada antes del decreto de partición, pues tempestivamente señala el inciso 2º de la citada norma: “*sólo podrá formularse antes de que se decrete la partición o adjudicación de bienes*”.

El apelante señala que el artículo 605 del C.P.C, contiene un “*gazapo o imposible jurídico*”, pues en su sentir si la propiedad de bienes inventariados se encuentre sub iudice ello autoriza “*solicitar que aquellos se excluyan total o parcialmente de la partición*” pero no se entiende, señala, que dicha petición “*sólo podrá formularse antes de que se decrete la partición*”, lo cual conlleva un contrasentido ya que este pedimento sólo es posible presentarlo después de presentada la partición y no antes “*porque no es lógico solicitar la exclusión de un bien de la partición, antes de la existencia y traslado de la misma*”.

Por supuesto que dicha lectura del artículo 605 del C.P.C. es errada, ya que la petición de exclusión bajo los parámetros de dicha normativa tiene como límite temporal “antes de que se decrete la partición”, precisamente para evitar de esa manera que la partición tenga en cuenta dichos bienes que se sabe de antemano se encuentran relacionados en un inventario en firme y que constituyen la base sobre la cual va a descansar la partición, y de ahí deviene la lógica de que se excluyan de la futura partición, por lo que desaprovechada esa oportunidad, lo pertinente es la objeción de la partición para su exclusión, pero ya no bajo los derroteros del artículo 605 ibídem en donde la petición se resuelve de plano y extra partición, sino mediante incidente que es la forma propia de tramitar las objeciones a la partición.

Así las cosas, sin entrar en más consideraciones, será del caso confirmar la sentencia apelada, así como condenar en costas a los apelantes conforme lo previsto en el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C. modificado por la Ley 1395 de 2010, en una suma equivalente a **UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE (1SMLMV)**, conforme lo reglado en el Acuerdo No. 2222 de 2003 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el cual modificó el acuerdo 1887 de la misma anualidad.”

Rad. 76001311000620090058302 (14 04 2016) Acta 042. M.P: Dr. José Antonio Cruz Suárez.

SUCESIÓN Rehacimiento trabajo de partición.

“No se avizora distorsión procesal que invalide lo actuado ya sea de manera total o parcial e igualmente la apelación es procedente en la medida que se encuentra precedida de una objeción a la partición (artículo 611 del C.P.C.).

Los problemas jurídicos que trae el presente asunto se contraen a determinar: (i) el asidero Jurídico de la objeción para solicitar la inclusión de los frutos civiles derivados de los arriendos del bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 370255643, generados con posterioridad al 15 de septiembre de 2011 y hasta la fecha de la partición y, (ii) si hubo error al adjudicar al cónyuge sobreviviente, señor xxxx y a la heredera xxxx, en iguales cuotas tanto el inmueble como los frutos inventariados.

Sin mayores circunloquios, se anticipa que el primer fustigamiento de la apelante sale adelante por las siguientes razones:

El partidor sostuvo que respecto a los frutos civiles “para efectos de esta partición se encuentra limitado al monto determinado inventariado, existiendo los medios para determinar un valor mayor”, entonces el avalúo correspondió a \$110.552.701 estimados desde el 15 de enero de 1996 hasta el 15 de septiembre de 2011.

El a quo al resolver la objeción formulada al respecto por parte del apoderado de la heredera, apoyó lo dispuesto por el auxiliar de la justicia en el siguiente sentido: “... el partidor designado realizó el trabajo partitivo, sobre los bienes inventariados que son la base obligatorio a la que debe atenerse el partidor a hacer la distribución” y agregó que “no le estaba permitiendo al partidor designado apartarse de los inventarios y avalúos, ya aprobados dentro del proceso, y mucho menos asignar activos que no se encontraban efectivamente inventariados” por tanto “si el apoderado judicial de la parte actora pretendía incluir frutos causados con posterioridad a la fecha en el que el perito presentó su experticia, debió inventariarlos adicionalmente, procediendo conforme lo dispone el numera 4º del artículo 600 del C. de P.C., adoptando por el contrario una actitud pasiva sobre dicho aspecto”.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 8
2016

Es preciso no perder los frutos que se deben tasar en éste asunto, tienen como sólido estribo una sentencia judicial que se encuentra debidamente ejecutoriada, esto es la proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Cali del 5 de octubre de 2012 por medio de la cual desató la acción de petición de herencia enarbolada por la señora xxxx contra el señor xxxx, y en lo que concierne con los frutos dispuso:

“Tercero.- ORDERNAR rehacer la cuenta de partición ante el juez competente de los bienes de la sucesión de xxxx, a fin de que se adjudique a la demandante, los derechos o cuotas que le correspondan en la partición legal y se le restituyan los mismos, los aumentos de que haya sido objeto de su cuota, y los frutos civiles y naturales derivados de ellos a partir de la fecha en que se defirió la herencia (15/01/1996), hasta que se le adjudiquen su cuota hereditaria teniendo en cuenta el experticio obrante a lo actuado, el cual se ha de actualizar dentro del proceso pertinente” (Resalta la Sala)

El cumplimiento de sentencias judiciales en firme implica el respecto al debido proceso dispuesto en el artículo 29 de la Constitución política, aspecto que ha llevado a la Corte Constitucional concluir que:

“(el) incumplimiento de las providencias judiciales constituyen una vulneración a los derechos constitucionales de quien se ve beneficiado con la decisión, específicamente al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia que no se limita a garantizar el acceso a los mecanismos judiciales preestablecidos sino que, contemplan que las dediciones tomadas dentro de éstas sean efectivamente impartidas y cumplidas”.

Conforme a lo anterior, resulta claro que los frutos de los cuales es deudor el señor xxxx, corresponden a aquellos producidos o que *“pudieron haber producido”* por el único bien inventariado desde el 15 de enero de 1996 hasta la fecha de la partición y los cuales deben ser tasados conforme a los parámetros señalados en el dictamen pericial practicando dentro de dicho proceso declarativo, por así haberlo dispuesto la sentencia del 5 de octubre de 2012.

En armonía con lo anterior, en los inventarios y avalúos presentados en éste asunto, se dejó sentado que si bien allí se hizo una tasación de dichos frutos en la suma de \$110.552.7010, causados desde el 15 de enero de 1996 al 15 de septiembre de 2011, también se dejó señalado que se debían incluir *“los demás frutos civiles que se continúen causando hasta la fecha en que se elabore el trabajo de partición y de adjudicación de bienes”*.

Así las cosas, claro resulta que el trabajo partitivo desatendió la orden impartida en el numeral tercero del resolutivo de la sentencia del 5 de octubre de 2012, esto es, la cuantificación de los frutos civiles desde el 15 de enero de 1996 hasta la adjudicación de la cuota hereditaria a la señora xxxx, existiendo las bases para proceder a ellos como lo es el dictamen que milita a folios 20 a 30 del c1 y que fue practicando al interior del proceso de petición de herencia.

Frente al argumento basilar señalado en el sentencia apelada y que se contrae a que el partidor no debía considerar frutos que no estuvieron inventariados, ha de señalarse que en rigor jurídico, los frutos a que fue condenado el señor xxxx en beneficio de la señora xxxx no hacen parte del activo de la sociedad conyugal xxxx ni de la sucesión de la causante xxxx ya que, repítese, los mismos devinieron como consecuencia de una condena impuesta. Jamás la sentencia del 5 de octubre de 2012 señaló que dichos frutos debían hacer parte de comunidad de gananciales o herencial alguna y simplemente se dispuso fue su tasación hasta el momento en que se verificara la partición respectiva.

En consecuencia, el fustigamiento del apelante tiene asidero y por lo tanto se revocará el fallo apelado para que se procesa al rehacimiento del trabajo partitivo conforme a la actuación ordenada en la sentencia del 5 de octubre de 2012”

Rad. 76001311000120140007001 (08 08 2016) Acta 109 M.P: Dr. José Antonio Cruz Suárez.

SALA LABORAL

CONTRATO DE TRABAJO. Sustitución patronal. Derecho a la igualdad de los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados.

“Procede esta sala a resolver el presente curso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia Nro. 075 del 30 de abril de 2014 proferida por el Juzgado Octavo Laboral de Descongestión del circuito de Cali.

Así las cosas le corresponde a la sala analizar las pruebas obrantes al plenario con el fin de determinar si le asiste razón a los demandantes, se encuentra acreditado en el proceso y por tanto es un hecho que no representa controversia, el vínculo laboral de los reclamantes con la demanda principal BEIERSDORF S.A. y posterior sustitución laboral a Cargo de BSN MEDICAL LTDA, a partir del 01 de Enero de 2009, hecho este que además es corroborado por las sociedades demandadas.

Se encuentran certificación de afiliación de los demandantes expedida por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Química de Colombia Subdirectiva Seccional de Yumbo “Sintraquim”.

Sentencia Nro. 011 de 06 de Marzo de 2006, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Sevilla, quien declaró la excepción de cosa Juzgada formulada por la demandada, precisó que el conflicto sometido a estudio es de carácter económico y no jurídico y absolvió a la demanda de las pretensiones incoadas.

Reposa sentencia Nro. 263 del 28 de Septiembre de 2007, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, quien manifestó no encontrarse de acuerdo con el criterio tomado por el juez de primera instancia, respecto de la declaración de excepción de cosa juzgada, adujo que en Laudo Arbitral Complementario y en la Sentencia de Homologación se resolvió el conflicto económico o de interés de carácter colectivo, y lo que busca el proceso es dar solución a un conflicto jurídico que defina los derechos individuales en cabeza de los demandantes.

No obstante lo anterior confirma la sentencia de primera instancia en el sentido de absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, indicó que al ser anulada la decisión del Laudo arbitral complementario proferido por el TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO, no puede definir los elementos básicos de liquidación de los incrementos salariales reclamados.

A folio 81 a 92, reposa Acta #41 Radicación No.36169, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien revoca la sentencia del 06 de Marzo de 2006, del Juzgado Laboral del Circuito de Sevilla, en cuanto declaró probada la excepción de cosa juzgada y condenó a la demandada a reconocer los incrementos.

Indicó la honorable Corte que “el TRIBUNAL SUPERIOR incurrió de modo manifiesto en errores de hecho que le endilga la censura, pues la reseñada anulación del laudo no

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 8
2016

impedía – como erradamente se concluyó en la sentencia acusada- “definir los elementos básicos de liquidación de los incrementos salariales reclamados en el proceso que nos ocupa, por lo que debemos absolver la entidad accionada BEIERSDORF S.A., todo lo contrario, al permanecer sin definición o solución el tema de los incrementos salariales, era imperativo un pronunciamiento judicial sobre ese punto precisamente porque como lo resalto el Tribunal en la sentencia de homologación, no resulta ajustada a los postulados constitucionales y legales, que sin ningún argumento se aumentara el ingreso a los trabajadores no sindicalizados, y en cambio se les negara a los sindicalizados, amén de que con todo lo subrayados en forma precedente, queda despejada cualquier duda referente a que se les adeuda el incremento salarial a los trabajadores sindicalizados a partir del 1999.

Por lo anterior la Corte Suprema de Justicia casa la sentencia acusada en punto a los incrementos salariales y su incidencia en las primas legales y extralegales, vacaciones, cesantías y sus intereses, en su lugar condenó a la demandada a pagar a cada uno de los demandantes las diferencias, en igualdad de condiciones que los trabajadores no sindicalizados que se acogieron al Pacto Colectivo así: Año 1999 incremento del 17.2%, año 2000 incremento del 9.73% y primera quincena del año 2001 incremento del 10.75%, periodos en los cuales se presentó la desigualdad salarial para los trabajadores sindicalizados, de acuerdo a la vigencia del Laudo Arbitral establecido en el Artículo 41, razón por la cual la sentencia de la corte no se pronunció sobre los incrementos a partir del 16 de enero de 2001 y años siguientes.

(...)

La parte actora solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, por cuanto la misma decidió absolver a la sociedades demandadas de las pretensiones de la demanda, además de declarar probadas las excepciones denominadas INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION y CARENCIA DE ACCION, BUENA FE, e INNOMINADA, formuladas por estas, así como No probadas las excepciones de PAGO Y COSA JUZGADA formuladas por BDF BEIRSDORF S.A. la de PRESCRIPCION, propuesta por las dos y condenó en costas a los demandantes.

No considera la Sala necesario entrar al estudio de la existencia de la relación contractual que liga los sujetos del proceso, por estar plenamente demostrado y aceptado por las demandadas en cuando al carácter indefinido del contrato, la remuneración y las fechas de extremos temporales, incluyendo la sustitución.

En cuanto a lo que pretenden los inconformes en la demanda y en el recurso de apelación es necesario aclarar que están en legítimo derecho a reclamar y percibir iguales incrementos de salarios y demás garantías laborales que se hagan a trabajadores no sindicalizados, es por esta razón que la sala decretó como prueba de oficio, certificación expedida por las demandadas en la cual se informe cual fue el porcentaje de incremento salarial de los trabajadores sindicalizados desde el 16 de enero de 2001 y hasta la fecha documento en el cual se da por demostrado que los porcentajes de incrementos salariales aplicados durante los años 2001, al año 2015, fueron cancelados conforme a convenciones colectivas y los laudos arbitrales posteriores al 15 de Enero de 2001.

Esta Sala no se puede colocar en situación de desigualdad entre los trabajadores no sindicalizados y sindicalizados, por cuanto sería una notoria discriminación de los derechos salariales, pues en el plenario se observa que entre las demandadas y los trabajadores no sindicalizados igualmente se efectuaron pactos colectivos en los cuales determinaron el porcentaje y modalidad en la que se les iba aumentar el salario.

El derecho de igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política, en este caso pretende que se de un trato igual a los trabajadores sindicalizados y los que no pertenecen a este, lo que constituye una verdadera equidad.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 8
2016

Sobre este tema, el cual está referido al derecho a la igualdad de los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, se remite la Sala a lo dicho en sentencia de homologación de febrero 26 de 1997, con radicado 9735 en la cual expuso:

“(...) no pueden los árbitros disponer, por vía del Laudo Arbitral, que se les reconozca los trabajadores sindicalizados cualquier garantía social, económica y normativa que supere lo suscrito convencionalmente y que reconozca a otros trabajadores no sindicalizados, porque, además, ello conduciría a reconocer al sindicato una capacidad especial de negociación en un escenario en que no se le confiere legalmente. Lo anterior sin perjuicio de que el empleador, voluntariamente o por acuerdo con el Sindicato, disponga de su derecho y extienda las mismas garantías a los trabajadores sindicalizados (ver sentencia de casación de Alejandro Ángel Bravo Vs. Centro Social de Neiva, 29 de noviembre de 1994).

“De otra parte, agrega la Corte Suprema que la Constitución Política no prohíbe –por el contrario, permite-, dar un tratamiento diverso situaciones distintas, y es ese el sentido del artículo 61 del D.R. 1469 al desarrollar las leyes 26 y 27 de 1976, relativas a la libertad sindical, al derecho de asociación y de negociación colectiva y que hasta el momento no han sido proscritas del ordenamiento jurídico vigente (...).

“Por lo expuesto, le asiste razón a la recurrente cuando señala que los árbitros se excedieron en sus facultades al emplear en sentido general el concepto de igualdad. Porque es preciso puntualizar cuales son las cláusulas del pacto colectivo que establecen discriminaciones respecto de los trabajadores sindicalizados y por supuesto, que se llegare a infringir el principio institucional según el cual a trabajo igual salario igual, quien tiene que ocuparse de esa controversia particular es la jurisdicción que conoce de los conflictos jurídicos y no por vía de abstracción, un tribunal previsto para resolver conflictos económicos, a riesgo, eso sí, de generar desigualdades y círculos viciosos insolubles, porque con el mismo pretexto del derecho a la igualdad posteriormente serán los trabajadores no sindicalizados quienes aspiren a iguales condiciones que las pactadas en la convención colectiva para los sindicalizados.”

Igualmente a la sentencia de homologación, del 21 de enero de 1996, con radicación 9597 se dijo:

“De otra parte, observa la Sala que en tratándose de la contratación colectiva en materia laboral, la igualdad no comporta identidad aritmética individualmente considerada.

“Para determinar la posible infracción a este principio constitucional frente a dos normaciones colectivas, igualmente válidas y simultáneamente vigentes –pacto y convención colectiva-, no basta con el cotejo simplista de cada derecho específico, sino que es menester el examen de conjunto de las prerrogativas otorgadas. Ni la constitución ni la ley prohíben que un derecho consagrado en una convención colectiva de trabajo sea más favorable o distinto del establecido en un pacto colectivo. Los dos institutos, si bien están sujetos a una regulación legal similar en cuanto a sus efectos, sendas normaciones tienen su identidad propia. Además, si los beneficios de ambos acuerdos colectivos tuvieran que ser iguales, sobraría una de las dos figuras en la legislación Colombiana”.

Ahora bien referente al incremento fijado a través de la sentencia No. 36169 de fecha 27 de Octubre de 2009, es importante indicar que lo que pretendía la Honorable Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia era proferir sentencia que garantizaran los incrementos salariales en igualdad de condiciones que a los trabajadores no sindicalizados y acogidos al pacto colectivo, a quienes sí se les hizo el incremento salarial anual correspondiente, así mismo los reajustes correspondientes sobre las primas, vacaciones, auxilio de cesantías, intereses desde el año 1999 y hasta la primera quincena del año 2001, como se dijo anteriormente fue en estos periodos en los que se presentó la desigualdad salarial para los trabajadores sindicalizados, de acuerdo a la vigencia del Laudo Arbitral establecido en el

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA**

BOLETIN 8
2016

artículo 41, razón por la cual la sentencia de la Corte no se pronunció sobre los incrementos a partir del 16 de Enero de 2001 y años siguientes.

No obstante con relación a las pruebas de oficio llegadas al plenario, la empresa Beiersdorf S.A. aporta tabla de incrementos porcentuales salariales entre enero de 2001 a diciembre de 2008 de los trabajadores demandantes, igualmente se evidencia la información correspondiente al incrementos salarial representado en cifras durante el periodo entre enero de 2001 a diciembre 2008.

Como consecuencia de la sustitución patronal, la demanda BSN Medical Ltda. Aporta en esta instancia relación de incrementos salariales de los demandantes entre enero de 2009 a 2015.”

La Sala revocó la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral de Descongestión del Circuito de Cali y en su lugar declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas condenándolas al reconocimiento de las diferencias salariales.

Rad.010 201101042 01 (31 08 2016) Acta 043. M.P: Dr. Antonio José Valencia Manzano

FUERO SINDICAL. Para la Sala el demandante no fue trasladado por la entidad demandada, pues lo que realmente ocurrió fue un nombramiento independiente al cargo que se promovió por ascenso fue promovido en virtud del proceso de selección por mérito, el cual fue voluntariamente aceptado por éste. En tal virtud, tampoco ocurrió la desmejora alegada, pues el cargo al que se le promovió por ascenso es de mayor jerarquía.

“El artículo 39 de la Carta Política reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. En materia legal, se ocupa del fuero el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 405 a 411 donde se define conceptualmente la institución, se establece el ámbito de la protección que otorga esta garantía y al mismo tiempo se consagran los mecanismos judiciales para su protección.

De acuerdo con el artículo 405 del C.S.T., se denomina fuero sindical la garantía de la cual gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.

Según lo dispone el artículo 406 del mismo Código están amparados por el fuero sindical:

a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses; b) Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores; c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más; y d) Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo periodo de la junta directiva y por seis (6) mese más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos.

Así mismo, de conformidad con el párrafo 1º del mismo artículo gozan de la garantía del fuero sindical, en los términos en él señalados, los servidores públicos, exceptuando aquellos que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 8
2016

administración. El párrafo 2º precisa que para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador.

Al proceso fueron allegadas regular y oportunamente las siguientes pruebas:

El acto administrativo emanado de la Comisión Nacional del Servicio Civil por medio del cual se conforma la lista de elegibles para proveer 94 vacantes en el cargo de Inspector Jefe, código 4152, grado 14 del Instituto Nacional Penitenciario, ofertados en la convocatoria 131 de 2011.

Resolución 004430 de 9 de noviembre de 2012 por medio de la cual el INPEC nombra en ascenso al demandante en el cargo de Inspector Jefe en la cárcel de Popayán. Y la aceptación del aludido nombramiento por parte del demandante y el acto de posesión de aquel.

El cambio de junta directiva de la ASOCIACIÓN SINDICAL UNITARIA DE SERVIDORES PÚBLICOS DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO COLOMBIANO –UTP- donde figura el demandante en el cargo de cuarto suplente de la junta directiva.

Certificaciones respecto de los cargos desempeñados por el demandante en el Inpec desde el año de 1989, acompañado de las resoluciones de nombramiento y traslado efectuadas hasta el año 2012.

Las anteriores probanzas dan fe que el actor está vinculado al Instituto Nacional y Penitenciario INPEC; que se encuentra afiliado a la ASOCIACIÓN SINDICAL UNITARIA DE SERVIDORES PÚBLICOS DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO COLOMBIANO –UTP- y que hace parte de la Junta Directiva de esa organización, como quiera que fue elegido como tesorero suplente de la misma. Por tanto, está demostrado que goza de la garantía del fuero según lo dispuesto en las normas anteriormente comentadas.

Ahora bien, el demandante aduce que existió una desmejora en sus condiciones laborales producto de su traslado a la cárcel de Popayán, para ejercer el cargo de INSPECTOR JEFE, código 4152, grado 14, de la planta de personal del INPEC lo que le impide ejercer sus actividades sindicales que tienen lugar en la ciudad de Cali donde prestaba su servicio desde el año 2007, en el cargo de Inspector de la Planta de Personal, por la anterior razón, en virtud de su calidad de aforado pretende el restablecimiento de sus condiciones laborales mediante la reinstalación en el cargo que ocupaba antes del supuesto traslado, es decir, en la ciudad de Cali pero en el cargo de INSPECTOR JEFE al que fue ascendido por concurso de méritos.

De modo, pues, que lo que corresponde ahora es determinar si: i) el demandante fue trasladado en desmejora de sus anteriores condiciones y b) solo en caso afirmativo, si para ello la entidad demanda solicitó y obtuvo la licencia o autorización judicial correspondiente.

Para la Sala el demandante no fue trasladado por la entidad demandada, pues lo que realmente ocurrió fue un nombramiento independiente al cargo que se promovió por ascenso fue promovido en virtud del proceso de selección por mérito, el cual fue voluntariamente aceptado por éste. En tal virtud, tampoco ocurrió la desmejora alegada, pues el cargo al que se le promovió por ascenso es de mayor jerarquía.

Como bien lo demuestra el acto de nombramiento y posesión del demandante al cargo promovido no fue producto de una imposición que inexorablemente debía aceptar el demandante. Por el contrario, en ello intervino un acto eminentemente voluntario como lo fue la aceptación del nombramiento, ratificado con su posesión, lo que comportó ipso-jure la renuncia del anterior. En otras palabras, la aceptación voluntaria del nuevo cargo no puede entenderse como un traslado, pues conforme bien lo ordena el artículo 101 del

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA**

BOLETIN 8
2016

Decreto 407 de 1994 “*el empleado inscrito en escalafón que apruebe un concurso abierto, tendrá derecho a que su nombramiento se efectúe como ascenso dentro de la Carrera Penitencia y Carcelaria Nacional.*”.

Se concluye, entonces, que si bien el demandante gozaba de la protección foral para la época en que fue ascendido mediante nombramiento, no puede asimilarse este hecho a un traslado, pues éste requería de la aceptación voluntaria del mismo y, en consecuencia, esta voluntariedad le quita cualquier visto de ilegalidad a la actuación, pues se reitera, no se trató de un traslado sino de un nombramiento por ascenso que fue libremente aceptado por el demandante.

Colofón, al no demostrarse vulneración de la garantía foral consagrada en el artículo 405 del C.S.T. no proceden las pretensiones del demandante.”

Rad. 760013105 011 2013 00206 01 (29 06 2016) Acta 000. M.P. Dr. Ariel Mora Ortíz.

FUERO SINDICAL. Solicitud de autorización para despedir al trabajador aforado. la parte demandante invoca como causal para el levantamiento del fuero sindical, el reconocimiento del derecho pensional.

“ el caso que es objeto de análisis, se observa que el juez a-quo negó la solicitud de autorización para despedir al trabajador aforado porque no encontró acreditado que para la época de ocurrencia de los hechos por los cuales se impetra la acción, la demandada se encontrase amparada por fuero sindical alguno.

Inconforme con dicha decisión el apoderado judicial de la parte demandante la recurrió en apelación considerando que si bien en el plenario no se encontraba acreditado el fuero sindical de la demandante para el año de presentación de la demanda, si se encontraba demostrado que hasta el mes julio de 2015 hizo parte del comité sindical y ello indicaba que para la calenda en que se dictó sentencia de primera instancia –agosto de 2015- aun gozaba de fuero sindical.

Decantado lo anterior, claro resulta que el estudio del proceso involucra un aspecto concurrente con la solicitud de fuero levantamiento del fuero sindical que, sin duda, la condición de aforado en el o la demandada, pues de otra forma carecería el juez de competencia para autorizar un despido. Así las cosas, en razón que la decisión tuvo como sustento la falta de acreditación de esa calidad y el recurso está dirigido a la demostración de ésta para derivar en su favor la autorización pedida, a la Sala le corresponde determinar si dentro del plenario se acreditó la existencia del fuero sindical en cabeza de la señor xxxx como presupuesto para el levantamiento del fuero.

(...)

En el caso bajo estudio, se encuentra demostrada la vinculación laboral de la demandante y la demandada; también se encuentra acreditado que la señora xxxx se encuentra afiliada a SINTRAQUIM y según se desprende de la constancia hizo parte de un comité sindical entre el 13 de julio de 2014 y el 15 de junio de 2015. De conformidad con lo establecido en el artículo 410 del C.S.T. la parte demandante invoca como causal para el levantamiento del fuero sindical, el reconocimiento del derecho pensional, según las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Para la Sala, una valoración concatenada del acervo probatorio permite concluir que en el caso de autos, no existe ninguna evidencia que para la época en que invocó esta acción especial – diciembre de 2013 – la señora xxxx disfrutase de fuero sindical alguno que hiciera

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA**

BOLETIN 8
2016

necesario recabar una autorización para su despido. Todo lo contrario, el documento, emitido por la seccional de YUMBO DE SINTRQUIM se puede concluir lo opuesto cuando informan que la demandada no hacía parte de las directivas del sindicato para ese año, lo que por sí solo conduce al fracaso de lo pretendido por la parte demandante sin ser de recibo la documentación que en oportunidades fuera de las procesales pretende hacer valer ahora la parte actora.

Tampoco resulta procedente el análisis de la garantía foral sobrevenida con posterioridad a la data en que fue promovido el proceso, pues ello comportaría ostensible variación de la causa petendi del proceso y por contera grave lesión del debido proceso, pues lo hechos a los cuales se contrae la acción ocurrieron entre los meses de junio y julio de 2013 y el empleador conoció de ellos en el mes de diciembre de ese mismo año, por lo que aun si llegare aceptarse la posibilidad, que es sin duda el argumento de la alzada, también carecería de prosperidad la pretensión, pues de la documental obrante se evidencia que para la actualidad tampoco goza de fuero sindical la demandada, lo que tornaría inocua la sentencia.

Suficientes son las anteriores consideraciones para confirmar el fallo apelado.”

Rad. 760013105 007 2013 00865 02 (29 06 2016) Acta 000. M.P: Dr. Ariel Mora Ortíz.

PENSIÓN DE INVALIDEZ. Pérdida de capacidad laboral empleado del Municipio. No es dable otorgar la pensión de invalidez al demandante toda vez que no cumple con los presupuestos exigidos.

“Descendiendo al caso objeto de estudio encontramos que, según Acta de Posesión expedida por la Unidad Regional de Salud de Cali del 3 de enero de 1990, fue nombrado el señor xxxx mediante resolución No. 001335 del 29 de diciembre de 1989, en el cargo de Vigilante, el cual finalizó mediante Acta de Conciliación No. 052-Dt-COMN del 26 de septiembre 2001, por terminación de contrato por mutuo acuerdo con indemnización por retiro voluntario.

En audiencia del 26 de agosto de 2010, el juzgado solicitó a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del señor xxxx, la cual fue resuelta mediante acta No. 48/2011 del 31 de octubre de 2011, determinándole al actor una P.C.L. del 31.87%, con fecha de estructuración del 01/07/2009, de origen común.

Posteriormente, en auto No. 1385 del 21 de agosto de 2012, se accedió a la solicitud de aclaración del dictamen pericial rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, el cual fue resuelto en oficio del 10 octubre de 2012.

Luego, en escrito del 26/11/2012, se formuló la objeción por error grave contra el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle, resuelto el 06 de mayo de 2013, por la Junta.

El auto No. 614, del 1º de agosto de 2014, el Despacho ofició a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, con el fin de que determinara la P.C.L. del actor, la fecha de estructuración y el origen de la misa, estudiando igualmente, sin con base en la historia clínica, era factible incluir el estrés indicado por el demandante.

Mediante dictamen del 12 de febrero de 2015, la Junta en cita, le determinó al señor xxxx, una pérdida de la capacidad laboral del 35,37%, de origen accidente común, con fecha de estructuración del 15 enero de 2015, en el cual se desprende que para dicho estudio se tuvo en cuenta *“historia clínica completa, exámenes paraclínicos”*.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 8
2016**

En consecuencia, en escrito del 20 de marzo de 2015, la parte accionante objetó dicho dictamen, manifestando su inconformidad en cuanto al origen de la patología y la falta de valoración del estrés laboral, por lo cual, en auto No. 267 del 10 abril de 2015, se remitió copia del dictamen, junto con la historia clínica del actor, para que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, procediera a resolverla.

En oficio de 19 de julio de 2016, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, resolvió la objeción formulada por el demandante, mediante dictamen 14963483-11533, emitido en audiencia privada de decisión del 15 de julio de 2016, manifestando que:

- Citó a valoración al paciente el día 05/04/2016, el cual no asistió.
- Nuevamente, se citó el 20/04/2016, y no asistió.
- Es citado por una tercera vez, el 10/05/2016 y no asistió.
- Destaca que el paciente envía comunicado de fecha 06/05/2016, solicitando sea calificado con historia clínica y, con dicha información se pasó a resolver.

Concluyendo la Sala Cuarta que, revisó la aplicación de las calificaciones dadas en deficiencias, discapacidades y minusvalías, por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez y, encontró que están ajustadas a las disposiciones del Manual Único de Calificación de Invalidez (Dec. 917/99), en concordancia con las secuelas que presenta, por lo tanto, ratificó el dictamen proferido por dicha Junta, esto es, determinando una pérdida de la capacidad laboral del 35,57% de origen de enfermedad común, con fecha de estructuración del 15/01/2015.

Teniendo en cuenta lo anterior, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

La disposición en cita, corresponde al régimen de la pensión de invalidez por riesgo común regulado por la Ley 100 de 1993, en el artículo 39, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, el cual indica que para la obtención de la respectiva pensión de invalidez causada por enfermedad se requiere: *“que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración”*.

Por su parte el artículo 45 de la Ley 100 de 1993, consagra la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, cuando el afiliado al momento de invalidarse no hubiere reunido los requisitos para pensión de invalidez, esto es, no cumplir con el número de cotizaciones anteriormente relacionadas.

De la normatividad comentada se desprende que cuando una persona sufre una mengua de la capacidad laboral inferior al 50% de origen no profesional, no le da derecho ni a pensión, ni a indemnización sustitutiva, pero si tiene derecho a que la respectiva E.P.S. le atienda su enfermedad conforme al Sistema de Seguridad Social de Salud.

Del material probatorio allegado al proceso, se evidencia que el señor xxxx, laboró para el Municipio de Santiago de Cali, desde el 28 de diciembre de 1989 hasta el 30 de septiembre de 2001.

Mediante autor No. 614 del 1º de agosto de 2014, se envió a la Junta de Calificación de Invalidez de Risaralda, con el fin de realizar una nueva valoración, la cual fue resulta por la entidad, mediante dictamen del 12 de febrero de 2015, arrojando un porcentaje del 35,57%, por enfermedad común, con fecha de estructuración del 15/01/2015.

Y, posteriormente, la Junta Nacional de Calificación al resolver la objeción formulada por la parte actora contra el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Risaralda, mediante dictamen del 15 de julio de 2016, confirmó la decisión anterior.

Significa lo anterior que, no es dable otorgar la pensión de invalidez al señor xxxx, toda vez que no cumple con los presupuestos exigidos en la norma antes transcrita, pues, no presenta una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%. Así las cosas, se confirmará la sentencia consultada.

De igual manera, se descarta que la pérdida de la capacidad laboral sea por riesgos profesionales en atención a que los dictámenes que obran en el proceso son unánimes en determinar el origen común de la pérdida de la capacidad laboral.”

Rad. 008-2009-01636-01 (24 08 2016) Acta 055. M.P: Dr. Carlos Alberto Oliver Gale.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE Hijo inválido. Demandante no demostró la dependencia económica con la causante.

“El objeto del litigio se concentra en determinar si al señor xxxx le asiste o no derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes como hijo inválido de la señora xxxx (q.e.p.d).

Siendo que la pensionada falleció el 23 de marzo de 2011, el presente asunto debe regirse por lo dispuesto en la ley 797 de 2003 vigente para la fecha del óbito del afiliado, toda vez que era esta la vigente al tiempo de la estructuración del derecho, pues si bien excepcionalmente puede serlo alguna normatividad anterior en virtud del principio de la condición más beneficiosa no es del caso aplicarlo en este asunto.

En efecto, establece el literal c, del artículo 47 de la norma en comento que serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes ora la sustitución de la pensión de vejez, *“los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez.”*

El juez a-quo absolvió de las pretensiones por considerar que no se demostró el supuesto exigido de dependencia económica respecto de la pensionado, decisión de la cual se aparta el actor.

Sabido es que uno de los principales hechos que debe demostrar el supuesto hijo inválido que reclama la pensión de sobrevivientes en la condición de dependencia económica respecto de su progenitora. Pero sucede que en el presente caso el demandante pecó por omisión extrema en tanto no llegó ninguna prueba idónea sobre la relación de dependencia económica con su madre fallecida. Y, si bien la prueba testimonial da someramente cuenta de esa relación de consanguinidad y dependencia económica entre el demandante y la difunta, es bien claro que tal medio de prueba no genera con suficiencia la convicción requerida referente la dependencia económica pues en el caso del testigo xxxx es evidente la falta de inmediatez que existe entre el testigo y los hechos aquí debatidos, ya que la relación que tenía con el demandante y su madre era de tal distancia que no sabía en realidad algo distinto a lo que por algunos comentarios conoció en las pocas veces que al año tenía contacto la señora xxxx para hacerle diligencias en la ciudad de Cali. Misma percepción que se tiene de la prueba testimonial recaudada de oficio en segunda instancia pues, una vez más, no genera certeza sobre la condición de dependencia del demandante frente a su fallecida madre en tanto que es superficial e imprecisa la información que otorgan sobre la relación de familiaridad y dependencia del demandante con su progenitora.

A lo anterior debe agregarse la incertidumbre que producen lo discordante de algunas declaraciones vertidas por el demandante en la investigación administrativa realizada por Colpensiones en el año 2013, y el interrogatorio de parte agotado dentro del proceso en noviembre de 2014, y ampliado ante esta Corporación en la segunda instancia, pues

mientras que en la primera señala que inicialmente vivió en el Barrio la base en la casa de su madre y que posteriormente se fueron a vivir juntos a la vereda las Palmas en una casa campestre propiedad de una hermana que vive en el extranjero, y actualmente vive con su compañera xxxx y su hija, que su madre le colaboraba cancelando la EPS como independiente por que no le gustaba el Seguro Social, que sus hermanos en algunas ocasiones le colaboraban económicamente y que su pareja labora y aporta para los gastos. En la segunda diligencia, indica que desde que su madre falleció vive en la casa de su hermana en la vereda de las Palmas, que la casa de la Base propiedad de su madre se encuentra arrendada y sus rendimientos son percibidos por su hija y los demás nietos de la señora xxxx; que madre lo afilió a la EPS Cruz Blanca porque no le permitieron afiliarse como beneficiario de ella en el Seguro Social; Que se casó por civil hace 27 años y se separó legalmente aproximadamente hace 15 o 20 años, teniendo de dicha unión su única hija que cuenta con 27 años de edad, quien no le colabora mucho porque tiene sus propias obligaciones, y que sus hermanos le ayudan muy esporádicamente también por la misma razón. Y finalmente en la ampliación de su declaración señala haber tenido dos hijos de sus primeras dos relaciones, que de su tercera y última pareja xxxx se encuentra separado y que vive arrimado en la casa de un amigo sin indicar su nombre o dirección, que la casa de su hermana donde vivía con su madre la alquilaron y que la casa de su madre en el barrio la Base lleva muchos años abandonada por que están dañadas las cañerías y debe mucho dinero de impuestos. En cuanto a la actividad comercial por la cual figura registrado en cámara de comercio como comerciante en el año 2005 indica que fue un negocio que no se pudo iniciar por falta de permisos fijo sanitarios y que lo que hacía antes de invalidarse era vender tennis por lo que actualmente vive de mendicidad, es decir de lo que le regalan familiares y amigos.

Así las cosas, convalida esta Corporación la decisión tomada por el juez de instancia pues las pruebas sub examine no prestan mérito suficiente para acreditar la dependencia económica del señor xxxx con la pensionada fallecida, pues no brindan información extensa, respecto a la conformación del grupo familiar del demandante y los cambios surgidos históricamente en aquél antes y después del fallecimiento de la señora xxxx pues existen diversos vacíos informativos y principalmente no dan razón concreta y fehaciente de la dependencia económica que era requerida contradiciéndose en diferentes oportunidades.

Es de recordar que en innumerables ocasiones ha reiterado la Corte Suprema de Justicia, a nivel probatorio, es un principio a la parte demandante a quien incumbe demostrar debidamente los supuestos fácticos que sustentan el derecho incoado y la no satisfacción de esta carga es sancionada con la desatención de las pretensiones demandadas.

En efecto, siguiendo las reglas de la carga de la prueba, conforme lo establecido por el artículo 177 del C.P.C, le correspondía al demandante probar la existencia del supuesto de hecho en que fundaba su derecho, carga que no fue asumida de manera eficiente y por ende dicho objetivo no lo logró.”

Rad. 760013105 007 2014 00095 01 (13 05 2016) Acta 000. M.P: Dr. Ariel Mora Ortíz.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. Renuncia voluntaria del trabajador. Aceptación del empleador.

“Respecto de la **Renuncia voluntaria** del trabajador es pertinente aclarar que *“puede presentarse a través de la manifestación unilateral por parte de éste o mediante acuerdo conciliatorio con su empleador, sin que sea trascendente su diferenciación, pues lo importante es que la voluntad del asalariado esté libre de presiones o constreñimientos, de*

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 8
2016

manera que no exista duda de que la cesación de labores ocurrió por un acto suyo plenamente consciente y voluntario”.

De esta manera el trabajador mediante un acto jurídico unilateral puede dar por terminada la relación laboral sin que sea necesario el consentimiento patronal para su perfeccionamiento jurídico ya que el contrato de trabajo posee las características de ser consensual, bilateral e intuitu persona.

Lo anterior implica que la no aceptación de la renuncia por parte del empleador sea catalogada como una manifestación inconstitucional, conforme a lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia No. 20151 de 2004 en donde enfatiza que:

“el hombre es libre de trabajar o de abstenerse de hacerlo; y es contrario a la dignidad humana constreñirlo a poner su fuerza de trabajo al servicio de una determinada persona, natural o jurídica (...)”

Y aclara que *“(...) la renuncia voluntaria surte desde el momento en que se presenta pues posee un efecto inmediato salvo que se haya fijado término para la efectividad de la misma, o que las circunstancias mismas de la entrega del cargo justifiquen la prolongación de la relación el tiempo necesario para efectuarla, o que el trabajador desista expresamente de ella, y tal desistimiento sea aceptado por el empleador”.*

Una vez terminado el vínculo laboral ya sea porque el trabajador renunció voluntariamente o porque fue despedido por justa causa, recae sobre el empleador el deber de liquidar a su trabajador el salario adeudado, las vacaciones no disfrutadas, la prima de servicios, las cesantías, los intereses sobre cesantías y las primas extralegales que se hayan pactado en el contrato de trabajo; suma que deberá pagarla el mismo día en que finalice el contrato de trabajo, de lo contrario se hará acreedor a la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T.

(...)

Como se mencionó anteriormente el trabajador cuenta con la libertad para dar por terminada la relación laboral que sostiene con su empleador, a través de la manifestación voluntaria; aspecto que se presentó en el caso bajo estudio, puesto que se evidencia que el demandante informó a la compañía PUBLICAR S.A que laboraría hasta el 31 de Octubre de 2008, recibiendo como respuesta por parte del Gerente de Ventas de la demandada, el señor xxxx carta en la que manifiesta que la Empresa acepta la renuncia a partir del día 04 de Noviembre de 2008.

Posteriormente el día 27 de Octubre de 2010 el actor envió derecho de petición en el que solicita el pago de liquidación final del contrato que suscribió con la accionada el día 01 de Febrero de 1999, y que terminó el día 31 de Octubre de 2008; a lo que la empresa contestó que el día 14 de noviembre 2008; se había llevado a cabo la liquidación del contrato que terminó el día 31 de Octubre.

Respecto de este tema, PUBLICAR S.A. contestó en su demanda que para efectos administrativos el contrato terminaba el día 04 de Noviembre de 2008, sin embargo los efectos del contrato cesaron el día 31 de octubre de 2008 por manifestación expresa del actor; de igual manera aportó carta en la que demuestra que el día 21 de octubre de 2008, se dejó constancia firmada por señor xxxx, Gerente de la Zona Occidente y el señor xxxx en donde se establece que *“entre las partes existe un contrato de trabajo que termina el día 31 de Octubre”.*

(...)

Examinados los medios probatorios allegados al plenario, observa la Sala que del análisis conjunto y sistemático de tales elementos de convicción, es dable concluir que si bien la manifestación de renuncia voluntaria posee un efecto inmediato, en este caso se creó duda

acerca de la verdadera fecha de terminación de la relación laboral por darse la aceptación de la misma en un término posterior.

Aunque en principio se podría pensar que el contrato de trabajo finalizó el día 04 de noviembre de 2008, las pruebas documentales y testimoniales obrantes en el proceso indican:

- (i) Que el empleador y el trabajador acordaron dar por terminado el contrato el día 31 de octubre de 2008 como consta en la carta firmada por los dos, la cual no fue tachada de falsa durante el proceso, lo que permite inferir que fue un acto voluntario y consensuado.
- (ii) Que respecto de los testigos, estos dan fe del procedimiento aplicado por la compañía en donde se establece como día de terminación el siguiente día hábil a la fecha en la que el trabajador no se encuentra laborando, por lo que siguiendo esta lógica el siguiente día hábil después del día 31 de octubre sería el día 04 de noviembre 2008;
- (iii) Que el actor no posee claridad acerca de la fecha que propone para la terminación del vínculo laboral, ya que en carta de renuncia, en derecho de petición y en misiva establece que la relación se surte hasta el día 31 de octubre, en declaración de interrogatorio de parte manifiesta que el contrato estuvo vigente el día 03 de noviembre y en la demanda expresa que fue hasta el día 04 de noviembre de 2008.

Conforme a lo expuesto anteriormente se tiene que el contrato de trabajo celebrado entre el señor xxxx y PUBLICAR S.A ahora CARVAJAL INFORMACIÓN S.A.S terminó el día **31 de octubre de 2008.**”

Rad. 76001310500720110099301 (31 08 2016) Acta 043. M.P: Dr. Antonio José Valencia Manzano.

SALA PENAL

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO. Dosis personal. Ingreso de marihuana a la Cárcel de Villahermosa.

“El problema jurídico que emerge de los fundamentos de la apelación se concreta en determinar si el comportamiento de xxxx, es punible, al ingresar marihuana en cantidad de 35.9 gramos, a la Cárcel de Villa Hermosa.

La Sala advierte que la exequibilidad de la prohibición típica del porte de estupefacientes, en cantidad que excede la dosis personal, e indistintamente su finalidad, ha sido un tema analizado y avalado en control constitucional a través de las sentencias C-221 de 1994 y la C-491 de 2012, motivo por el cual, no se detendrá al respecto.

La cuestión entonces se resolverá, estableciendo si con esa conducta, el procesado vulneró efectivamente el bien jurídico tutelado de la salud pública, por haber sido sorprendido, en

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

BOLETIN 8
2016

un lugar restringido y con una cantidad de estupefaciente que superó considerablemente el límite conocido como **“dosis personal”**, que para la marihuana son 20 gramos.

Jurisprudencialmente se ha precisado que el delito referenciado es de aquellos denominados de peligro que puede afectar no solo el bien jurídico a la salud pública, sino además, el orden económico y social y la seguridad pública.

En ese orden de ideas, en situaciones como la aquí planteada, le corresponde al funcionario judicial determinar si la conducta del procesado, a pesar de ser típica, tuvo la potencialidad de menoscabar esos bienes.

Para establecerlo, es oportuno referirse al testimonio del draganiente **xxxx**, quien narró lo acaecido el 10 de abril de 2012, cuando se encontraba de servicio en la Cárcel de Villa Hermosa. Manifestó que a eso de las 9:50 horas, ingresó un grupo de personas denominadas como **“altas”**, entre ellas, xxx. Precisó que su labor era la de requisar vehículos y pertenencias de esas personas, utilizando un ejemplar canino.

En esa tarea, al pasar con el perro sobre unos maletines que contenían algunas pertenencias de esos internos, el animal que estaba adiestrado para detectar sustancias estupefacientes, dio una **señal pasiva** sobre uno de esos elementos.

Explicó que esa señal consiste en que una vez el perro detecta olor a esa sustancia, se sienta, indicando que efectivamente se trata de narcótico (sic).

Añade, que al observar la reacción del canino, le informo de esa situación a su comandante de guardia, quien procedió a sacar a los internos recién ingresados y les pidió que recogieran sus pertenencias como efectivamente lo hicieron. En esta oportunidad nuevamente pasó al perro y éste volvió y confirmó la señal. Ante esa situación, llamó al interno xxx y le preguntó si era consumidor, si en algún momento había manipulado la sustancia y **“el interno le respondió que no, que él no era consumidor ni nada”**.

Lo condujo para realizarle un procedimiento más riguroso –para referirse a exhaustivo-, esto es, requisándolo, tanto a él como a sus pertenencias y para esa finalidad le preguntó si tenía algún inconveniente y el interno le contestó que no. En ese momento, procedieron a requisarlo y le encontraron en sus pertenencias un rollo de papel higiénico, que tenía en su interior una sustancia similar a la marihuana y de ahí en adelante se encargó su compañero como policía judicial.

Este deponente explicó que se le denomina **altas** a las personas que aún no figuran dentro de los internos que tienen a cargo o en custodia pero que son internos (sic) que llegan de alguna estación de Policía o de otras autoridades competentes que ingresan con una orden de encarcelación proferida por un Juez para ser reclusos en el establecimiento carcelario. Ellos quedan en unas **celdas primarias** y dejan a un lado, en un lugar visible, sus pertenencias en una distancia aproximada de 20 o 30 metros.

Afirmó que xxx provenía de Dagua, lo había trasladado un personal de la Policía y que una vez se verificó que tenía marihuana en sus pertenencias, **ya en esta oportunidad, (él le manifestó que esa sustancia era la dosis personal de él”**.

Para la Sala, esta última afirmación no revela contradicción alguna de este testigo, todo lo contrario, es categórico en demostrar la actitud o comportamiento contradictorio del procesado, toda vez que, al inicio, cuando el ejemplar canino dio la primera señal positiva de estupefaciente, le manifestó al dragoniante que él no era consumidor y posteriormente cuando ya verifican el contenido de la maleta, ante la segunda señal del perro, es en esta oportunidad, que el acusado reconoce que el estupefaciente es de su propiedad y manifiesta que es su dosis personal.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 8
2016

Por su parte, el comandante de guardia, Sr. **xxxx**, ratificó lo declarado por el anterior testigo, indicando que para el 10 de abril de 2012, laboraba en actividades de policía judicial en la oficina respectiva del establecimiento carcelario ya mencionado.

Recordó el caso de **xxxx**, quien ingresó a ese lugar en calidad de interno de altas y se le encontró estupefaciente que llevaba camuflado en un papel higiénico, dentro de un paquete con sus pertenencias. Se le colocó de presente ese elemento que resultó ser marihuana con un peso bruto de 36 gramos, **reconoció que sí era de él**, se le leyeron los derechos como capturado, firmó la boleta de entrega voluntaria y finalmente se entregó la sustancia debidamente embalada y rotulada al laboratorio para la prueba de P.I.P.H.

Así entonces, dada las circunstancias particulares del caso, no es de recibo de la Sala, la consideración del **A quo**, sobre la falta de antijuridicidad material de la conducta –**desvalor del resultado**– por las siguientes razones:

- 1.- Porque no quedó probada la condición de adicto por parte del procesado, como tampoco que lo que le fue incautado fuese para su consumo personal. Esa es una argumentación indemostrada que simplemente se dio por acreditada por la cantidad de marihuana que sobre pasó la dosis personal y las contradictorias afirmaciones de **xxxx** al dragoniante **xxxx**.

La única prueba que allegó el defensor al juicio oral, fue el testimonio de **xxxx** –una de las personas que ingresó al establecimiento carcelario en compañía del procesado– **quien tampoco corrobora la tesis de adicción a los estupefacientes** porque incluso depuso que la sustancia incautada no era de propiedad de **xxxx**; aspecto que incluso se opone a lo aceptado por el mismo procesado al dragoniante **xxxx** y a la suscripción del acta de incautación y de entrega voluntaria.

- 2.- Inexplicable e incomprensiblemente la Juez de primera instancia desconoció que el lugar donde le fue hallado el estupefaciente fue un establecimiento carcelario, que con su actuar puso en peligro, a aquellas personas que se encuentran en un proceso de resocialización, corrección y/o reorientación comportamental.
- 3.- Se ha insistido tanto jurisprudencial como doctrinariamente que el tráfico o porte de estupefacientes es una conducta punible que tiene repercusiones nefastas sobre la familia y la sociedad y por esa razón, **es más censurable realizarla al interior de centros carcelarios**, educativos, entre otros –las especificaciones en el art. 384 del C.P.–, que implica un mayor reproche penal y por ende una mayor sanción, pues **son conductas que trascienden el fuero interno de la persona y se proyectan sobre los derechos ajenos**.

Así lo consideró en la Sentencia C-605 de 2006, en relación con el agravante referido a los centros educacionales, el que por el impacto social y sus consecuencias dañinas permite perfectamente equiparlo a los mismos efectos en relación con los establecimientos carcelarios que consagra la misma disposición legal.

De Ahí que en esa decisión de control constitucional se haya previsto que no puede verse de la misma manera, la ejecución de la conducta de porte de estupefacientes que excede la dosis personal en uno de los lugares que el legislador estableció se agravaba la pena, que realizarla por fuera de ellos.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 8
2016

- 4.- Con ese actuar vulneró el bien jurídico del orden social, pues no se puede olvidar que el bien jurídico que protege el tipo penal consagrado en el artículo 376 del Código Penal, es pluriofensivo en el que se busca no solamente la protección de la salud pública, sino además, del orden social y económico, e indirectamente, la administración pública, la seguridad pública, la autonomía personal y la integridad personal.
- 5.- Su comportamiento fue altamente lesivo, aportando un eslabón significativo a la cadena de la delincuencia y del narco tráfico e incentivando que otras personas se dediquen al expendio de estupefacientes, acrecentando con ello uno de los mayores flagelos que azotan a la sociedad, en especial a la Colombiana.
- 6.- Si fue sorprendido con la marihuana al interior de la cárcel, cuando él había ingresado para su reclusión con ocasión de una orden judicial, esa particularidad del hecho señalaba indiscutiblemente que la utilización de estupefaciente podía afectar los intereses colectivos, de los demás internos quienes precisamente están sometidos a un régimen, a una disciplina y con unos derechos restringidos, suspendidos.

Precisamente, el derecho al libre desarrollo de la personalidad en los establecimientos carcelarios no es absoluto, sino que está limitado a las exigencias propias del régimen disciplinario, de suerte que la Ley 65 de 1993, art. 121 inciso 2º, num. 1º -Código penitenciario y carcelario- consagre como falta grave, dentro del reglamento disciplinario para los internos, la posesión, consumo o comercialización de sustancias alucinógenas pues la finalidad es corregir las conductas de quienes han infringido las normas de convivencia penitenciaria o carcelaria

- 7.- La jurisprudencia ha considerado que la finalidad del legislador Colombiano y de la comunidad internacional no es la de atacar y penalizar al consumidor sino la neutralización de conductas que trasciendan la esfera individual que se constituye en un verdadero peligro para la comunidad que no puede ser tolerado.

Lo anterior permite afirmar con certeza que el comportamiento desplegado por xxxx reúne todos los elementos de la conducta punible por el cual fue acusado, motivo por el cual, se hace necesario revocar la decisión de primera instancia que lo absolvió, para en su lugar condenarlo por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.”

Rad. 76001-63-00-226-2012-00014 (06 07 2016) Acta 187. M.P: Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

EXTORSIÓN AGRAVADA EN LA MODALIDAD DE TENTATIVA. Preacuerdo. Legitimidad de la representante de la víctima. Principio de preclusividad procesal. Indemnización integral de perjuicios

“El problema jurídico que debe resolver la Sala de Decisión Penal se traduce: *si por un lado*, la Representante de la Víctima está legitimada para apelar la sentencia de condena de preacuerdo cuando no se opuso a su aprobación, *y de otro lado*, si se configura una causal de nulidad por irregularidad sustancial que afectó el debido proceso desde la decisión del *A quo* de impartirle aprobación al preacuerdo.

1. La legitimidad de la Representante de la Víctima.

No cabe duda que en la sistemática procesal actual, la víctima cuenta con amplios derechos en la actuación penal –art. 11 de la Ley 906 de 2004-, entre otros, el de ser oída, *“por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Ello con el propósito de lograr una mejor aproximación a los hechos, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio, que permita incorporar en el acuerdo, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima. Celebrado el acuerdo la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación el juez velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima”* (sentencia C-516 de 2007, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño).

No obstante, la Sala evidencia que en el caso presente, la Representante de la Víctima carece de interés jurídico para recurrir la sentencia de condena porque frente a la decisión de aprobación del preacuerdo –en los mismos términos en que se profirió la sentencia- adoptó una postura de asentimiento, a tal punto que al momento de otorgársela la palabra, por si era su deseo interponer los recursos de Ley, manifestó: *“sin recursos señor juez”*. Para la magistratura, ello es indicativo de no tener objeción alguna respecto de la aprobación judicial del preacuerdo.

Así entonces y atendiendo el *principio de preclusividad procesal*, si la Representante de la Víctima hubiese tenido algún reparo o inconformidad en esa determinación del Juez, debió oponerse en ese momento oportuno en que se le permitió la posibilidad de refutar la providencia, con los recursos ordinarios, de suerte que, si no lo hizo, mal podría mostrar, con posterioridad, inconformidad sobre los tópicos del preacuerdo que previamente fueron aceptados y consentidos por ella, pretendiendo revivir etapas ya superadas y que dejó pasar voluntariamente.

2. La nulidad existente.

La Sala debe decretar, de manera oficiosa, la nulidad de lo actuado, desde el auto por medio del cual, se le impartió aprobación al preacuerdo porque con el mismo, se vulneraron de manera insalvable, garantías procesales y derechos fundamentales, atendiendo los siguientes fundamentos:

- a. No hay reparo sobre la procedencia del preacuerdo en este caso concreto, a pesar de estar frente al del delito de extorsión, toda vez que, con el mismo, no se ofreció una rebaja de pena por aceptación de los cargos, en la medida que el art. 26 de la Ley 1121 de 20056, lo que consagra es que, cuando se trate de ese delito, entre otros *“no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada”*.

Así también lo ha considerado la Jurisprudencia.

“Pese a la intención del legislador de 2004 de ofrecer mecanismos para lograr la obtención de justicia por vías diferentes a la terminación ordinaria del trámite penal que no impliquen necesariamente el agotamiento de un juicio oral, público y concentrado, siempre ha persistido la preocupación de que los ejecutores de ciertos delitos de alto impacto para la comunidad, se beneficien de importante reducciones punitivas que culminen con sanciones que no se compadecen con la ofensa causada.

Por tal motivo, no obstante permitirse que los infractores de la norma penal puedan optar por formas abreviadas para terminar la acción penal en su contra, en ciertos casos el legislador ha prohibido que pese a su aceptación de responsabilidad, éstos no pueden acceder a la rebaja de pena que en el común de los delitos es viable”.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 8
2016

- b. Tampoco hay reparo sobre la no procedencia del aumento punitivo previsto en el art. 14 de la Ley 890 de 2004, teniendo en cuenta que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que varó su postura mediante el fallo radicado No. 33254 del 27 de febrero de 2013, considerando que *“en los supuestos en los cuales el procesado se allane a cargos o acuerde con la fiscalía pero se estuviese ante las prohibiciones del artículo 26 de la Ley 1121 del 2006, no hay lugar a aplicar el incremento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 del 2004”*.

...

Para ello, se partió de considerar que si bien el artículo 26 de la Ley 1121 del 2006, prohíbe conceder cualquier tipo de prebendas cuando, como en este caso, se trate del delito de extorsión, a la par no resulta proporcional incrementar la pena conforme el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 si se ha acudido a los mecanismos procesales de justicia premial instituidos por el legislador.

- c. Lo que si avizora la Sala es una irregularidad sustancial por haberse otorgado la rebaja por reparación, según las previsiones del art. 269 del C.P., cuando se advirtió por la Representante de la Víctima, en la audiencia de verificación del preacuerdo que, su cliente no se encontraba de acuerdo con la tasación de los perjuicios y que en ese sentido, se oponía a la rebaja otorgada en el preacuerdo por la reparación.

Efectivamente, al revisar el informe pericial obrante en la actuación, se advierte que, el perito xxxx, tan solo estimó como perjuicios materiales, el daño emergente, indicando que, de un lado, no tasaría el lucro cesante, porque *“No obra dentro de la carpeta, prueba alguna que determine al Despacho, esta clase de perjuicios. Por lo anterior, no hay elementos de juicio, para tasarlos”* y, de otro lado, respecto de los perjuicios morales, *“por tratarse de una indemnización no valorable pecuniariamente por este perito, se dejaría a consideración del buen juicio, del señor juez”*.

La rebaja de pena por reparación integral prevista en el artículo 269 del C.P., para delitos contra el patrimonio económico, por restitución del objeto material del delito o su valor e indemnización de los perjuicios causados, ha dicho la Jurisprudencia, es un derecho consagrado por la ley a favor del procesado, que **debe ser garantizado por el funcionario judicial**, previa petición del interesado.

Sin embargo, cuando no se establece, hay incertidumbre de los daños ocasionados, ni se llega a un acuerdo sobre la determinación del monto de los perjuicios o la víctima adopta una postura de indiferencia en ese sentido, al interior de la actuación, **el procesado tiene la potestad de solicitarle al Juez la apertura de un incidente de reparación** –con anterioridad a la decisión de condena- en aras de materializar el valor por indemnización de perjuicios, veamos:

“En tratándose de este beneficio en concreto, si la víctima se niega a colaborar con la justicia para la determinación del monto de los perjuicios causados, como ocurrió en el presente caso, o no comparece al proceso, es deber del funcionario que conoce del asunto garantizar el ejercicio de esta prerrogativa, acudiendo a la apertura del incidente de reparación integral con citación de la víctima, cuando así lo solicite el procesado, con el fin de establecer su valor.

No ignora la Corte que el artículo 102 de la ley 906 de 2004 sólo autoriza la iniciación de este trámite incidental a solicitud de la víctima, pero esto no impide que pueda ser utilizado en los casos indicados, con el propósito de

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 8

2016

establecer el posible monto de los perjuicios, en aras de garantizar el ejercicio de un derecho establecido a favor del procesado y de lograr la eficacia en el ejercicio de la justicia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10 ejusdem". (C.S.J. Sala de Casación Penal, rad. 30800 del 01-07-09. M.P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez y T-54678 del 23-06-11. M.P. Dr. Augusto J. Ibañez Guzmán).

De igual manera, la Jurisprudencia se ha referido a la forma como debe demostrarse la indemnización integral de perjuicios y la labor de verificación que debe adoptar el Juez para determinar si la misma se ha materializado a la víctima, de donde pueda concluir que ella efectivamente fue reparada, para proceder a reconocerle al procesado la rebaja prevista en el art. 269 del C.P.

Así lo consideró la Corte.

"aún en los casos de acuerdo o transacción sobre el pago y presentación de títulos valores en soporte del mismo, el juez tiene que verificar que esos títulos se hagan efectivos antes de la emisión del fallo de primer grado, para poder conceder la rebaja de pena por reparación, o cuando menos, entregarse realmente bienes que sirvan de garantía al pago y que cubran el monto de lo adeudado. Ello, no cabe duda, en el entendimiento que el acuerdo o pago deben materializarse realmente".

Así pues, la parte interesada, en este caso el procesado tenía la carga de demostrar a través de los medios comunes probatorios que consideraba pertinentes, que la víctima había sido **reparada integralmente**, lo que no sucedió, porque no se estableció por ningún medio posible, la reparación de los perjuicios morales y los materiales referidos al lucro cesante, como tampoco, si la víctima estaba conforme con la estimación que se hizo por valor de \$ 300.000. Es que la reparación integral demanda probarse suficientemente, por expresa disposición legal contenida en el art. 269 del C.P., donde se le exige al responsable que indemnice los perjuicios ocasionados con el delito ofendido, para que el Juez pueda disminuir las penas.

Además, porque de ellos depende en gran parte, la cantidad de rebaja que otorgará el Juez, pues no se puede olvidar que la norma establece un margen de descuento de la mitad a las tres cuartas partes; cantidad que no opera de manera caprichosa ni al arbitrio del funcionario judicial, sino conforme a las precisas condiciones en que operó la reparación.

Y es así porque, tal y como lo consideró la Jurisprudencia en cita.

"en juego están no solo las legítimas expectativas de la víctima que, ya se sabe, deben ser garantizadas por la justicia en un plano material y no apenas formal, sino del beneficio que con largueza instituye el artículo 269, tantas veces citado, cuya filosofía estriba precisamente en que se minimice el efecto de la ilicitud, con el consecuente espíritu contrito que faculta acceder a una sustancial rebaja punitiva".

Para la Sala, el *A quo*, tampoco cumplió con su parte de verificar, antes de proferir la sentencia, si xxxx había sido reparado de manera eficaz e integral, por el contrario, considero que el reconocimiento de la rebaja por reparación no era obstáculo para que el ofendido iniciara el incidente de reparación integral de perjuicios.

Se olvidó que, la reparación debe ser integral, lo cual significa total, esto es, debe comprender cada uno de los factores que integran el daño –comprendiendo el perjuicio material, incluidos el daño emergente y el lucro cesante y el daño moral- lo que no fue cumplido por el procesado. (C.S.J. Sala de Casación Penal, rad. 39201 del 24 de julio de 2013, M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero)

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

BOLETIN 8
2016

- d. La fiscalía, en el preacuerdo, tampoco motivó el por qué se iba a otorgar la máxima rebaja de las $\frac{3}{4}$ partes prevista en el art. 269 del C.P., cuando por vía jurisprudencial se ha considerado que este artículo le confiere cierta discrecionalidad al juzgador para determinar el monto a descontar, ceñido eso sí, entre la mitad y las tres cuartas partes; *“monto que de cualquier manera debe responder a parámetros de mayor o menor cercanía entre el momento consumativo de los hechos y la efectiva indemnización integral”*.

No se puede desconocer que los hechos aquí investigados acaecieron en el mes de mayo de 2015 y la consignación del monto ofrecido por concepto de reparación que hizo el procesado tan solo sucedió el 25 de abril de 2016, es decir, cuando faltaba un mes para cumplirse un año, lo que indica que se trató de un acto tardío del acusado, quien tuvo la posibilidad temprana de reparar o indemnizar a la víctima en aras de merecer la máxima rebaja por ese concepto.”

La Sala decretó la nulidad de lo actuado.

Rad. 76001-60-00-198-2015-00031 (05 09 2016) Acta 265. M.P: Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

HOMICIDIO AGRAVADO y homicidio agravado tentado. Coautoría. Prueba de absorción atómica de residuos de disparo. El solo hecho de que haya resultado negativa, la muestra de residuos de disparo en mano que se le practicó no es argumento pleno e indiscutible de su ausencia de intervención o participación en los hechos.

“Todo lo anterior para significar que la prueba de cargo practicada en el juicio oral permite aseverar, más allá de toda duda, que xxxx fue uno de los sujetos que le cegó la vida a xxxx y atentó con la vida del uniformado xxxx, para facilitar su fuga, luego de ser sorprendido por él, realizando el ataque criminal.

La Sala de Decisión no puede ignorar aspectos tan trascendentales que quedaron demostrados en el juicio oral, tales como:

- a. Los patrulleros xxxx y xxxx describieron con precisión a uno de los dos agresores, concretamente, a xxxx; características físicas que coinciden plenamente con las que se evidencian en la fotografía contenida en Informe de Investigador de Campo FPJ-11 del 12 de agosto de 2012, y que sirvió de soporte de la estipulación probatoria No. 12.
- b. En igual sentido coincidieron respecto de las características de la motocicleta con la que se transportaban los agresores, una de color azul con blanco, tal y como se especificó en el Informe de Investigador de Campo FPJ-11 del 12 de mayo de 2012, objeto de estipulación probatoria No. 12.
- c. xxxx, cuando fue interrogado por la fiscalía, si había vuelto a ver al agresor, respondió: ***“lo vi ese mismo día, minutos después en la Clínica el Rosario y en una audiencia anterior a ésta, no sé cuántas anteriores a ésta, donde me declaré víctima, Ese día estaba acá sentando, al lado del doctor que está acá a mi derecha”***.
- d. El solo hecho de que haya resultado negativa, la muestra de residuos de disparo en mano que se le practico a xxxx, no es argumento pleno e

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

BOLETIN 8
2016

indiscutible de su ausencia de intervención o participación en los hechos. Olvidó el defensor que entre él y la fiscalía realizaron la estipulación. No. 14 donde acordaron que no habría controversia alguna respecto del contenido del informa de Laboratorio OT-522-2012, del 15 de agosto de 2012, suscrito por xxxx y xxxx, adscritas al CTI.

Y si bien, se ha insistido por la Jurisprudencia que son los hechos y circunstancias los que son objeto de estipulación probatoria, también lo es que, habiéndose acordado de esa manera, entre fiscalía y defensa y aceptado por la Juez para su introducción al juicio oral como prueba, sin que se avizore vulneración a derechos fundamentales y garantías procesales, avalan entonces su valoración por el fallador.

En ese orden de ideas, oportuno resulta referirse a la conclusión que quedo consignada en dicha prueba, concretamente, en el acápite: **“8.2 Interpretación de resultados”**, donde se precisó que **“La ausencia de partículas de residuos de disparo puede deberse a factores tales como:... SEGUNDO. Que la persona muestreada disparó, pero los residuos desaparecieron de las manos y/o prendas, como consecuencia de uno o varios de los siguientes factores externos como: lavado de manos, frotado y limpieza de manos, uso de guantes, sudoración excesiva, factores ambientales incluyendo viento y lluvia, manos ensangrentadas, cuando ha transcurrido mucho tiempo entre el disparo y la toma de muestra, cuando la muestra se toma en prendas diferentes a las que portaba el muestreado en el momento del disparo, entre otros”**.

Además, y como aporte trascendental, se consignó en ese informe que, a xxxx, **se le tomó la muestra de residuos de disparo para análisis por microscopia electrónica a las 12:01 de la tarde, cuando los hechos fueron a las 9:00 de la mañana, es decir, 3 horas después.**

De igual manera, quedó plasmado: **“Se realiza toma solo en mano derecha toda vez que se encuentra con vendaje quirúrgico a la altura del tercio medio del antebrazo izquierdo hasta el dorso y palma de la mano”**. Y, de suma importancia, que **presentaba contaminación visible en los falanges de la mano izquierda.**

La defensa pretendió demostrar la inocencia de su representado con los testimonios de xxxx y xxxx –padres del procesado- y de xxxx –hermana-, sin embargo, ninguno de ellos fueron testigos presenciales, además, tal y como lo refirió la falladora, el primero de los nombrados solo pudo dar fe que el día de los hechos, su hijo salió de la vivienda en horas de la mañana y que le colaborada en el **“montallantas”**, en horario de las 10:00 de la mañana hasta las 6:00 de la tarde, cuando precisamente, el ataque criminal ocurrió a esos de las 9:00 de la mañana.

Y respecto de la explicación otorgada por el acusado xxxx de haber resultado herido por una bala perdida como consecuencia de una persecución policial hacia unos sujetos, tampoco es de recibo, toda vez que, refirió que la lesión la sufrió cuando transitaba por la carrera 50 entre calles 15 y 16; afirmación que se opone al dicho de todos los uniformados, quienes al unísono, indicaron que los agresores emprendieron la huida para salir a la carrera 44, sentido sur – norte, además que en la persecución que hizo el patrullero **xxxx** no hubo disparos, y de manera contundente manifestó que en la calle 16, entre 49 y 50, **“observó que el parrillero que vestía camiseta azul y pantalón jean, desciende de la**

motocicleta, se lanza intentando parar un vehículo taxi que viene detrás. El taxi nunca le para, el taxi nunca para. Ahí fue el momento en el que yo le doy captura”.

Todo lo anterior para concretar que el cruce de disparos se suscitó sólo entre el procesado y el patrullero xxxx – quien resultó lesionado- y su compañero de patrulla, xxxx, quienes repelieron el ataque del agresor a la altura de la carrera 44 con calle 15 de esta ciudad, como lo indicaron hasta la saciedad y no en el lugar que refirió el acusado, porque en ese sitio, fue donde finalmente lo capturó el uniformado xxxx, quien acudió en apoyo.”

Rad. 76001-60-00-000-2012-00437 (12 08 2016) Acta 243 M.P: Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

TUTELAS

DEBIDO PROCESO, mínimo vital, salud y acceso a la administración de justicia. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar incapacidades médicas. Régimen aplicable a las incapacidades por enfermedad profesional.

“Descendiendo a los argumentos esgrimidos por el accionante en escrito de impugnación, por medio del cual solicita revocar la decisión emitida por el A quo y en consecuencia ordenar el pago de las incapacidades médicas que considera son de origen profesional, emitidas desde el mes de mayo del año que avanza e igualmente ordenar a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS remita nuevamente su caso a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ para que se recalifique su condición de salud, se debe decir desde ya que el tenor de lo previsto en precedencia, los argumentos del A-quo, para declarar la improcedencia de la presente acción compaginan plenamente con el pensamiento de ésta Sala de Decisión Penal.

En este sentido, se debe acotar que para que sea procedente el mecanismo especialísimo de la acción de tutela, en aras de dirimir las pretensiones deprecadas por el actor, se debe contar con suficientes elementos probatorios que adviertan en primera medida que por la falta de pago de las prestaciones económicas a las que se ha hecho alusión, se vulnera el derecho fundamental al mínimo vital o que se encuentre frente a un perjuicio irremediable que requiera la intervención del juez de tutela, pero revisadas las fojas que conforman el plenario no se advierte vulneración al mínimo vital y tampoco que el señor xxxx enfrente un perjuicio irremediable.

Bajo esas circunstancias, se debe acotar que jurisprudencialmente se ha definido el mínimo vital, como lo correspondiente a los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y su familia, en lo relativo a alimentación, vestuario, salud, educación, vivienda, seguridad social los cuales preservan calidad de vida del ciudadano.

La Honorable Corte Constitucional ha establecido que quien alegue afectación al mínimo vital, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, así sea mínima.

Es menester entonces que se aporten al proceso, pruebas que permitan establecer que en el asunto sometido a estudio, se esté afectando al derecho fundamental al mínimo vital,

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 8
2016

pero en el presente asunto no se aportó dentro del proceso pruebas contundentes y suficientes que acrediten que ante la falta de pago de las incapacidades médicas, se comprometan sus condiciones mínimas de vida.

Dentro del expediente, no reza prueba fehaciente de vulneración al mínimo vital del accionante que permita a la Sala determinar que su derecho se ha visto conculcado en virtud que la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS se haya negado a pagar las incapacidades deprecadas, pues no puede perderse de vista que la afectación al mínimo vital en sede de tutela debe probarse, es decir, que debe quedar en claro que por el no pago de las incapacidades, no ha podido suplir sus necesidades básicas, elementos probatorios que no fueron aportados al presente trámite.

En ese orden de ideas se hará referencia al perjuicio irremediable, tema frente al cual ha sido reiterativa la Honorable Corte Constitucional, al indicar que para determinar la irremediabilidad de un perjuicio, sólo se habilita la procedencia transitoria de la acción de tutela cuando se cumplen las siguientes condiciones:

1. Se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental.
2. De ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido.
3. Su ocurrencia es inminente.
4. Resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentre.
5. La gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.

Se observa pues que los factores señalados no conducen en el caso presente a la procedencia del amparo, porque se reitera del material probatorio aportado por el accionante no se evidencia tal perjuicio ni una afectación a su mínimo vital, toda vez que no ha probado de manera fehaciente que se encuentre en una situación precaria.

Conforme las anteriores consideraciones, refulge para la Sala que no es procedente la acción tutelar frente a este tópico, máxime que para el cobro de acreencias laborales, existe otro mecanismo idóneo y eficaz para dirimir dicha controversia, como lo es la Justicia Ordinaria Laboral, tal como el Juez de Instancia en su providencia lo advirtió.

Ahora, frente al pedimento de que se remita su caso a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ en aras de que se recalifique su padecimiento, debe decirse que para ello, el actor tendrá que realizar las diligencias y procedimiento establecidas para el efecto, conforme la ARL POSITIVA se lo indicó mediante comunicación de noviembre de 2015, que en su parte pertinente dice: *“Para solicitar la revisión aludida se debe solicitar una solicitud acompañada de la historia clínica actualizada y los aportes que demuestren la progresión de la patología. Dicha exigencia se hace con base en la jurisprudencia constitucional sobre la materia y que ha establecido que la precedencia de una calificación de pérdida de capacidad laboral solo procede cuando se cumplan los siguientes requisitos...”*

Atendiendo lo anterior y revisado con detenimiento el presente asunto, se verifica que el actor no ha radicado documentación alguna ante la ARL POSITIVA, conforme dicha entidad le requirió, por lo que bajo esas circunstancias no es dable advertir que el señor xxxx se le hayan vulnerado derecho fundamental alguno en lo atinente al derecho que tiene a acceder a una nueva calificación de su enfermedad, pues primeramente debe cumplir con los procedimientos que se han estatuido por la normatividad legal vigente y acatado dicho trámite se activa la obligación de la ARL de conferir el trámite correspondiente a su solicitud, por lo que bajo esas circunstancias no es procedente que se acuda directamente a la acción

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA**

BOLETIN 8
2016

de tutela para obtener la nueva calificación y así evadir el procedimiento definido para tal fin.

Ergo, la Sala resolverá confirmar la decisión adoptada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali mediante Sentencia No.051 de agosto 17 de 2016, que resolvió declarar improcedente la acción de tutela impetrada por el señor xxxx conforme a las consideraciones expuestas en precedencia.”

Rad. 06-2016-00034-01 (21 09 2016) Acta 255. M.P: Dr. Orlando Echeverry Salazar.



Palacio Nacional. Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Ubicado en la Plaza de Caycedo. Calle 12 No. 4-33

Boletín elaborado por Henry Moreno Macías, Relator del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.-


Henry Moreno Macías
Relator
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.