

**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 9

2016

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

**BOLETIN 9
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 9

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

PERTENENCIA. Prescripción extraordinaria entre comuneros. Vivienda de Interés social.

“En este sentido, se constata que a raíz de la compra hecha por xxxx, de los derechos de cuota que detentaban las hermanas del demandante, mediante escritura pública No 2321 del **26 de mayo de 1994**, con anotación No 7 del 2 junio del mismo año en la pertinente matrícula inmobiliaria, se procedió al levantamiento de pared divisoria del predio en el que se radicaban, dejando al señor xxxx en posesión de una franja de terreno que a más de comprender la alícuota que le fuera asignada en el sucesorio de su progenitora xxxx, abarcaba también una extensión de 29.4 mts² conformando una unidad de 53.4 mts², en donde desde entonces acrecentó el área de su vivienda.

Llama la atención que al contestar la demanda, la accionada copropietaria pretende desconocer el señorío que sobre lo señalado ejerce el demandante, con la solitaria afirmación de que este “nunca ha pagado un impuesto, nunca ha pagado servicios públicos”, y viene a cuestionar la idoneidad de la acción intentada por cuanto ya “existe una división material del predio”, lo que no hace más que corroborar la forma pública, abierta, autónoma, independiente e inequívoca en que el actor se comporta, como verdadero poseedor y con rechazo absoluto de la demandada, a quien a partir de la compra misma de las cuotas, le negó de manera abierta todo acceso más allá de la pared divisoria del lote, en abierta contradicción y repudio del eventual derecho que como condómino podría detentar en su totalidad.

Así, a despacho de su permanencia en el predio desde su infancia, es a partir de tal calenda en que se hizo la negociación referida y la construcción del muro divisorio (mes de mayo de 1994), que se debe contabilizar el tiempo exigido de posesión autónoma y continua del prescribiente, pues fue en ese momento que el actor mutó de manera franca su condición de condómino a la de poseedor del cuerpo cierto que se encontró poseyendo al momento de la diligencia de inspección judicial, es ostensible rebeldía frente a los derechos que sobre dicha franja pudieran corresponderle a la demandada, esto es, sin reconocer dominio ajeno.

Por supuesto que la existencia de un proceso divisorio entre las partes, solo corrobora la condición de copropietarios que recae sobre los allí intervinientes, actuación judicial que conforme con las copias allegadas terminó por desistimiento tácito por incumplimiento de las cargas procesales que correspondían a la señora xxxx, y de otra partes, para los fines que interesan a este asunto, deja ver cómo, desde entonces, la realidad material en que se encontraba el predio era la de la total independencia de las áreas sobre las cuales los contendientes optaron por ocupar y ejercer actos de dominio sobre el predio.

En efecto, el dictamen pericial arrimado a esta actuación señala como la construcción elevada sobre el mismo “**presenta dos partes perfectamente definidas** como son, la anterior donde se encuentra el local esquinero... y un apartamento anterior el cual consta de dos (2) alcobas, con puerta de entrada en lámina prensada y reja de seguridad, con paredes repelladas en cemento, marcos metálicos, puertas en madera con un ventanal metálico y vidrio con reja de seguridad hacia la carrera 26p y espacio para ventana con vista hacia el interior; en el interior hay una cocina con mesón en concreto, forrado en azulejo, con paredes parcialmente forradas en tableta de cerámica, lavadero prefabricado, forrado parcialmente en azulejo, servicios sanitarios con inodoro y ducha sin puerta, una especie de hall hacia el patio hay un lavamanos en porcelana. **Este apartamento anterior tiene planta en concreto con reja de seguridad, está separado de otro apartamento posterior por una tapia de ladrillo;** este apartamento posterior tiene su puerta de entrada sobre la

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 9
2016

vía peatonal, o sea el lindero occidental o calle 52. Tiene puerta metálica, consta de dos (2) plantas, con una grada de acceso en ángulo metálica a una sola alcoba al segundo piso, teja con techo de barro cocido, ventana de hierro hacia la calle 52, en obra negra, en la primera planta se encuentra la cocina, un patio con lavadero y zona de servicios, baño con sanitario, lavamanos en obra negra y piso en cemento.” **(Se resalta).**

A esta altura del análisis, la Sala hace una precisión de ingente importancia para la decisión que corresponde adoptar, y es el de la naturaleza del bien materia de usucapión, esto es, que se trata de un inmueble con área de 53,4 mts², estrato 3, con origen en compraventa inicial del Instituto de Crédito Territorial, y por ende, con evidente vocación de ser vivienda de aquellas denominadas por la ley como de interés social.

Advertida la circunstancia de que nada se dijo en la demanda acerca de esta especial condición, ello no exime a la Sala de su deber de hacer lo posible para determinar la verdad judicial en este asunto, como lo impone la vasta jurisprudencia constitucional, según la cual “...el hecho de que el sistema procesal sea mixto no implica que exista algún tipo de ambigüedad sobre los fines perseguidos en el proceso. En ese sentido, la Corte ha establecido claramente que el proceso se dirige a la vigencia del derecho sustancial, la búsqueda de la verdad y la solución de controversias mediante decisiones justas.”

En este punto el Tribunal reitera su posición en cuanto que, “(P)erseverar a esta altura en la adecuación del trámite, más aun, cuando las partes convocadas estuvieron a derecho en silencio y se impone una solución definitiva a la Litis, hace recordar que con fundamento en el derecho de acceso a la administración de justicia y el principio de la prevalencia del derecho sustancial, se ha sostenido por la jurisprudencia constitucional que en una providencia judicial puede configurarse un defecto procedimental por “exceso ritual manifestó” cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales.

Si bien el derecho procesal es medio garantizador de los derechos materiales dentro del marco del debido proceso, si este derecho se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial a ser reconocido por el juez, no puede darle prevalencia a las formas haciendo ilusorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales, cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización del derecho material.”

Específicamente, en relación con la verdad judicial, la Corte Constitucional ha sostenido que en el marco de la Constitución Política “arribar a la verdad es algo posible y necesario” y que la solución justa a los conflictos, como finalidad de la administración de justicia, “supone la adopción de las decisiones judiciales sobre una consideración de los hechos que pueda considerarse verdadera”. Es la razón por la cual, haciendo usos de sus facultades oficiosas en materia de pruebas, y con apoyo en lo normado en el numeral 3 del artículo 94 de la ley 388 de 1997, decretó prueba a fin de definir el carácter de interés social del predio en cuestión, y verificar la procedencia de la aplicación de la especial normatividad que regula la prescripción de este tipo de bienes.

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

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

tiempo necesario para la prescripción adquisitiva extraordinaria de las viviendas de interés social.

En ese contexto, la Oficina de Catastro Municipal de Cali ha certificado que el predio materia de Litis para el año 2010 tenía un avalúo de \$20.863.00,00 que en todo caso es inferior al límite arriba indicado de 135 SMMLV, que para dicha anualidad de presentación de la demanda era de \$69.525.000,00 si se tiene en cuenta que el salario mínimo mensual legal vigente era de \$515.000, 00

Acorde con lo expuesto, el escenario probatorio que ofrece el paginaria, conlleva la revocatoria de la decisión de primera instancia, porque en efecto, aparece demostrado sin equívoco alguno que el atribuido usucapiente, ejerce posesión a título individual del predio reclamado y debidamente determinado en este trámite, desde el mes de mayo de 1994, fecha desde la cual se intervirtió o trocó la coposesión legal en posesión exclusiva del bien pretendido, y de otra parte, a la fecha de presentación de la demanda, cumplía con creces el requisito temporal de cinco años exigidos por la ley de reforma urbana.”

Rad. 001-2010-00166-01 (27 09 2016) Acta 077 M.P: Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

PERTENENCIA. Prescripción extraordinaria de dominio de vivienda interés social.

“Los hechos descritos por los testigos no dejan lugar a la más mínima duda respecto de la posesión regular del demandante. Es obvio que los vecinos quienes rodearon el círculo social del prescribiente por tantos años, son los más indicados para corroborar los hechos que fundamentaron la demanda y que no fueron por ningún medio desmentidos, por el contrario, la espontaneidad con la que los testigos dejaron consignadas sus versiones es una fuente confiable de certeza, pues ningún interés se dejó entrever a partir de sus afirmaciones, sino más bien la simple intención de decir la verdad.

Aunado a lo anterior, las pruebas documentales allegadas tales como facturas de servicios públicos, pagos de impuesto predial, recibos de pago de arreglos efectuados al inmueble, dan cuenta que el demandante se comportaba como dueño del inmueble objeto del presente litigio, ejerciendo todos los actos que da tal calidad, sin reconocer dominio de la demandada ni de ninguna otra persona.

De ello deriva el criterio objetivo que permite predicar, de modo inevitable, que la de los testigos fue la prueba más valiosa que permite establecer, sin dudas de ninguna especie, que el demandante ha detentado la posesión regular, pacífica e ininterrumpida sobre el bien objeto de usucapición, más allá del término mínimo exigido por la ley para la configuración de la prescripción extraordinaria de dominio de vivienda de interés social, sobre el bien que quedara plenamente identificado, como pasa a explicarse.

Ahora, establecida la posesión exclusiva en cabeza del demandado, cumple determinar si el actor cumple con el tiempo de posesión requerido por la ley para poder acceder a sus pretensiones. Los citados medios probatorios permiten dilucidar que desde hace más de 10 años la demandada abandonó el predio, sin que volviera a ejercer ningún acto de dominio sobre él, momento a partir del cual el aquí demandante desplazó su posesión compartida a exclusiva.

Atendiendo que el presente asunto, trata de la prescripción extraordinaria de una vivienda de interés social urbana, el término para acceder por prescripción extraordinaria al dominio del inmueble, es de cinco años conforme lo establece el artículo 51 de la ley 9ª de 1989, lapso de tiempo que se cumplió a cabalidad, como se avizora del análisis de las pruebas recaudadas, pues desde que la demandada dejó el inmueble, esto es en el año 1998 hasta

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 9
2016

la presentación de la demanda, el actor demostró que ha ejercido actos de señor y dueño en forma exclusiva, como destinarlo para su vivienda y la de sus hijos, construir mejoras, pagar servicios e impuestos.

Ahora, determinado que el actor si cumple con el tiempo de posesión exigido para acceder a la acción invocada, se hace necesario examinar la concurrencia probatoria de los restantes presupuestos de la acción.

Al respecto, se decanta que se trata de un bien susceptible de ser adquirido por prescripción, como quiera que en oficios No 4122.2.10—4339 y 4122.2.10-5812 de la Dirección de Desarrollo Administrativo de la Alcaldía de Santiago de Cali, informaron que el inmueble no se encuentra registrado dentro del inventario de bienes de uso público y fiscal de propiedad del Municipio y conforme con el certificado de tradición aportado y la certificación especial del registrador de instrumentos públicos de esta ciudad, pertenece a un particular.

En lo que atañe, a la identificación del bien, se advierte que no hay duda en este aspecto, toda vez que en la inspección judicial efectuada por el juez de instancia, verificó que se trata del inmueble pretendido en el libelo genitor, como que en la citada diligencia señaló: "... Acto seguido el personal del juzgado, en asocio del demandante y su apoderado judicial, se trasladan al lugar donde debe practicarse la diligencia en cuestión, esto es, a la calle 72-F-5 No T-28-E-54 en Cali, se trata de una casa de habitación de dos plantas, levantada toda en paredes de ladrillo y cemento" respectó a los linderos agregó: (..) "LINDEROS: Norte: en 14.00 metros con propiedad de la señora xxxx, inmueble identificado con el No T-28-48 de la Calle 72-F-5; Sur.- en 14 metros con propiedad del señor xxxx, inmueble identificado con el No T-28-60/62 de la calle 72-F-5; Oeste.-en 5.85 metros con propiedad del señor xxxx, inmueble identificado con el No T-28-E-53 de la Calle 72-F-4 y Oeste.- (sic). En 5.85 metros con la calle 72-F-5". , Los cuales coinciden a cabalidad con los descritos en la escritura pública No 311 de 26 de agosto de 1992, mediante la cual se protocolizó la compraventa del predio y el folio de matrícula inmobiliaria.

Por último, aunque en la anotación 7ª del certificado de libertad y tradición obra medida cautelar de inscripción del proceso divisorio que adelantó la demandada xxxx contra el actor, anterior a la decretada en asunto, tal hecho no tiene alcances en contra de lo aquí pretendido, primero porque la demandada nada dijo al respecto al concurrir al trámite , segundo, porque la división incoada no es óbice para la pretensión de usucapión a título exclusivo del inmueble, y además porque dicha actuación termino por desistimiento tácito el 23 de noviembre de 2011, por lo cual se archivó el proceso, como se desprende del informe reseñado en el sistema de gestión siglo XXI.

Por esas razones la sentencia apelada ha de ser revocada para, en su lugar, declarar que el demandante adquirió por prescripción ordinaria la propiedad del bien identificado con el folio de matrícula inmobiliaria N° 370-354381 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali y cuya actual nomenclatura es Lote 20 Manzana 2 Urbanización "OMASAA" de esta ciudad, en consecuencia, se ordenará la inscripción de la sentencia en los libros pertinentes de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali."

Rad.009-2010-00331-02 (15 02 2016) Acta 014 M.P: Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.

Como solamente el contratante cumplido puede pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, diáfano se ve que el demandante legítimamente no podía pedir ni el cumplimiento ni la resolución del contrato de cuentas en participación que esgrime con la demanda, cosa distinta es que busque la remuneración de la labor parcial que desarrollo pero ello no es posible a través de la acción resolutoria que es para el contratante cumplido

“La parte demandante pide la resolución del contrato de cuentas en participación por incumplimiento de las obligaciones adquiridas por la parte demandada, respecto de la remuneración de las labores encomendadas que desarrolló, las que básicamente consistían en la obtención de la Resolución de Sustracción de la Zona de Reserva Forestal, la obtención de las licencias ambientales necesarias y la obtención de la licencia de construcción del proyecto para desarrollar 173 apartamentos en la hacienda Dinamarca ubicada en la vereda madroñal el municipio de Restrepo – Departamento del Valle; tales obligaciones se comprometió el gestor a realizarlas por su cuenta, con sus propios medios, bienes y recursos, pagando todos los gastos, costos y derechos que se generen; el partícipe oculto del contrato, por el trabajo completo del gestor, remuneraría su labor transfiriendo el derecho de dominio en común y proindiviso equivalente (15%) de la hacienda Dinamarca, excluido el bosque nativo, en extensión aproximada de 60 hectáreas; en el contrato, quedó expresamente pactado que si el gestor no cumpliera con todas las obligaciones, la labor no sería remunerada previéndose la terminación automática del contrato; negadas las pretensiones, el demandante apela argumentando que quien incumplió fue el demandado, que él tuvo que desarrollar las labores sin colaboración del demandado, que no se puede desconocer su gestión pues el demandado se ha beneficiado de algunos permisos, dice tener derecho a que se le reconozca la actividad desplegada.

Sin que la Sala avale la denominación que las parte dieron al contrato, como lo que demanda el demandante es la resolución del contrato por incumplimiento del demandado del contrato al que nos hemos venido refiriendo, no se requiere mayor esfuerzo para entender del mismo contrato y de lo aprobado que no tiene derecho a la resolución que reclama porque no ha cumplido, porque quien tiene derecho es únicamente el contratante cumplido, si el gestor se comprometió a las tres actividades básicas ya aludidas bajo su cuenta y riesgo, nada podía esperar del demandante sino hasta cumplir con las tres obligaciones determinantes que contiene el contrato, las cuales consistían en la obtención de la Resolución de Sustracción de la Zona de Reserva Forestal, la obtención de las licencias ambientales necesarias y la obtención de la licencia de construcción del proyecto para construir 173 apartamentos en la hacienda Dinamarca ubicada en la vereda madroñal del municipio de Restrepo.

Ciertamente, basta mirar el informe de vista de la CVC, la certificación expedida por la misma y la expedida por la Secretaría de Planeación, Vivienda y Desarrollo del municipio de Restrepo para entender que ninguna de las obligaciones básicas a las que se comprometió el gestor fue debidamente cumplida; la primera cuando en el informe del 24 de mayo de 2008 la Directora de Gestión Ambiental de la CVC manifiesta que la hacienda Dinamarca “se encuentra en una zona de potencial turístico, que no hace parte de ningún área protegida (...) no tiene aptitud para realizar aprovechamientos forestales persistentes ya que la oferta de madera es mínima”; la segunda, cuando el 13 de octubre de 2011 la CVC a través de la oficina de Dirección Ambiental Regional Pacífico Este, responde que hasta la fecha no ha otorgado permiso ambiental alguno para la hacienda Dinamarca y que “el documento 0702-05-24712-2008 del 27 de mayo de 2008 denominado concepto ambiental, no es licencia ambiental, conforme a lo establecido en el decreto 1220 de 2005”; y la tercera, cuando la Secretaria de Planeación del Municipio de Restrepo, el 12 de septiembre de 2011 responde que no se encontró solicitud de la licencia de construcción ni los documentos legales para el proyecto

y explica que la resolución No.062 del 29 de junio de 2007 que se otorgó, fue para la segregación o división material del inmueble.

Como solamente el contratante cumplido puede pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, diáfano se ve que el demandante legítimamente no podía pedir ni el cumplimiento ni la resolución del contrato de cuentas en participación que esgrime con la demanda, cosa distinta es que busque la remuneración de la labor parcial que desarrollo pero ello no es posible a través de la acción resolutoria que es para el contratante cumplido, a fe que se miran algunas actuaciones del demandante como por ejemplo la licencia para la división material del inmueble y la resolución de sustracción de la Zona de Reserva Forestal del Pacifico, en un área correspondiente a 35.51 Hectáreas del Lote A del predio denominado Dinamarca (Art. 1546 y 1609 del C.C.); lo cierto es que conforme al contrato el socio partícipe (oculto) lo que debía cumplir era con la remuneración cuando el demandante hubiese cumplido los compromisos que convino como una obligación de resultado que finalmente fue lo pactado (art. 507 del C.Co), además de proporcionar la documentación y facilitar las inspecciones que fueron necesarias las cuales se entienden incluidas en la naturaleza de la labor contratada y que en este proceso no demostró ni alego haber faltado a ello.”

Rad. 006 20100 0416 00 (13 04 2016). Acta No. 25. M.P: Dr. Jorge Jaramillo Villareal.

EJECUTIVO SINGULAR Es evidente que la revocatoria de los autos no es una alternativa o mecanismo para que el Juez de manera oficiosa enmiende los errores en lo que considere que incurrió en el trámite de un proceso; ni tampoco es procedente a petición de parte pues ello conllevaría a la utilización extemporánea de la facultad de contradecir

“Entrando en materia y bajo los anteriores presupuestos se tiene que el mandamiento de pago se libró el veintiuno de febrero de 2010, precisando respecto a los intereses lo siguiente: *“por los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal vigente, desde el día 11 de febrero de 2011 hasta que se efectuó el pago total de la obligación”*, fórmula que repitió en cada uno de los numerales de orden de pago, posteriormente el Juzgado 15 Civil del Circuito a través de sentencia de 26 de julio de 2012 ordeno seguir adelante la ejecución, decisión que no fue recurrida.

Proferida la sentencia, el apoderado de la parte demandante apporto liquidación del crédito, tasando los intereses conforme el interés bancario corriente, estimación que el Juzgado al no haberse objetado la aprobó sin mayores complicaciones, tal como ocurrió con la liquidación efectuada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ejecución el 10 de julio de 2014, percatándose este último despacho del error cometido por lo señalado en el recurso de reposición en contra del auto de 18 de febrero de 2015 esgrimido por el apoderado de la parte demandada, procediendo a liquidar correctamente solo para el lapso 1 de abril a 1 de noviembre de 2014, pero absteniéndose de modificar la totalidad de la liquidación, dejando constancia que pese a la irregularidad expuesta, no podía modificar la totalidad de la liquidación por encontrarse en firme.

Es evidente que la revocatoria de los autos no es una alternativa o mecanismo para que el Juez de manera oficiosa enmiende los errores en lo que considere que incurrió en el trámite de un proceso; ni tampoco es procedente a petición de parte pues ello conllevaría a la utilización extemporánea de la facultad de contradecir, esto es, *“pretermitiendo los términos y los mecanismos estatuidos para ello como es la interposición de los recursos respectivos.”*

En relación con el tema la jurisprudencia de la Corte Constitucional señaló:

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

**BOLETIN 9
2016**

“(…) Efectivamente, a la base de la sentencia de la Corte Suprema se edifica la tesis de que un juez puede corregir sus yerros y por ende puede separarse de los autos que considere ilegales profiriendo la resolución que se ajuste a derecho, tesis que también podría tener acogida en esta sede frente a algunos autos interlocutorios de clara ilegalidad en el transcurso de un proceso”

En diferente oportunidad recalco

“(…) Sin embargo, no desconoce la Corte que, tal como se argumentó por la autoridad judicial accionada, respecto de la regla procesal de la irrevocabilidad de los autos, la Corte Suprema de Justicia ha establecido por vía jurisprudencial una excepción fundada en que los autos manifiestamente ilegales no cobran ejecutoria y por consiguiente no atan al juez –antiprocesalismo- (18).

De cualquier manera y si en gracia de discusión se acogiera por la Sala este criterio, se tiene que la aplicación de una excepción de estas características debe obedecer a criterios eminentemente restrictivos, pues de no ser así, so pretexto de enmendar cualquier equivocación, el operador jurídico puede resultar modificando situaciones jurídicas constituidas de buena fe respecto de terceros con fundamento en las providencias judiciales y desconociendo con ello normas de orden público, así como el principio de preclusión de las etapas procesales.(19) De manera que no cabe duda que de admitirse la aplicación de esta excepción, la misma solo procede en casos concretos se verifica sin lugar a discusión que se está frente a una decisión manifiestamente ilegal que represente una grave amenaza del orden jurídico (...)

A su turno, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil puntualizo

“Como complemento a la argumentación anterior y tomando como base el planteamiento hecho por el recurrente sobre el eventual cosa juzgada del auto por el cual el Tribunal no declaro probada la excepción de compromiso, debe recordarse que las sentencias priman sobre los autos interlocutorios y que lo ilegal no ata a un funcionario judicial, a este punto se ha referido en múltiples oportunidades la jurisprudencia cuando ha dicho que “los autos pronunciados con quebranto de normas legales no tiene fuerza de sentencia, ni virtud para constreñirla a “asumir una competencia de que carece”, cometiendo así un nuevo error” (G.J. Tomo CLV pág. 232).”

Es así como la irrevocabilidad de los autos se convierte en una regla procesal que encuentra su excepción en las providencias manifiestamente ilegales, las cuales, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, “no cobran ejecutoria y por consiguiente no atan al juez –excepción de antiprocesalismo-“, esto propende por la defensa del orden jurídico y legalidad. Sin embargo la salvedad no puede ser tomada como excusa para corregir cualquier error cometido por el funcionario judicial, pues no todo error conlleva a ilegalidad, pero si toda ilegalidad configura error.

De cara a lo expuesto, surge evidente que la liquidación del crédito en el sub lite debe realizarse conforme el interés señalado en el mandamiento de pago y ratificado en sentencia, esto es, el contenido en el artículo 1617 del C.C., puesto que así lo ordeno el primero y no resulta viable que las partes pretendan modificar lo dispuesto en aquellos actos procesales, razón por la cual el control jurisdiccional exigía mayor presteza al momento de aprobar la liquidación así formulada, no limitándose los jueces a observar si fueron o no objetados, sino ejerciendo un verdadero control de legalidad, puesto que conforme el artículo 521 del C.P.C. el juez puede válidamente modificar la liquidación presentada.

Palmario emerge entonces que los autos que aprobaron la liquidación del crédito tasando los intereses conforme los corrientes bancarios devienen abiertamente ilegales y por esa razón los mismos no cobran ejecutoria y por consiguiente no atan al juez, puesto que la inobservancia al momento de aprobar la liquidación del crédito no puede convertirse en valladar insuperable frente a un postulado legal, esto es por cuanto el juez ni las partes pueden arrogarse prerrogativas que no están previstas en la ley, como modificar el mandamiento de pago y la sentencia.

Contrastado lo anterior con la línea de argumentación presentada, según la cual el mandamiento de pago y la sentencia fijaron los parámetros que deben regir la ejecución, es inaceptable que la liquidación se haya tasado con el interés bancario corriente y no con el interés legal conforme el artículo 1617 del C.C. , al ser la base del coactivo una sentencia

y si bien puede ofrecer algún tipo de confusión la expresión “a la tasa máxima legal” expuesta en el mandamiento de pago, ya que para el caso concreto la tasa de liquidación aplicable es solo una y por lo tanto sobra advertir que se trataba de la más alta, siendo el legislador el que definió expresamente esa tasa y es por esa potísima razón que no puede existir discusión sobre este punto, puesto que la falta de previsión del Juzgado 15 Civil del Circuito al momento de aprobar la liquidación en esos términos, no permite soslayar el principio de legalidad ni la prevalencia del derecho sustancial.

Corolario de lo anterior surge incontrastable la necesidad de efectuar una nueva liquidación del crédito bajo los estrictos lineamientos del mandamiento de pago y la sentencia, liquidación será apelable conforme lo dispuesto por el artículo 521 del C.P.C. y bajo los parámetros reseñados en precedencia y en consecuencia debe entenderse que los autos que aprobaron la liquidación conforme el interés bancario corriente no tiene efecto vinculante.”

Rad 015-2011-00074-01-2273. (13 04 2016). M.P: Dr. Homero Mora Insuasty.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Accidente de tránsito. Perjuicios. Prescripción de las acciones.

“La recurrente aunque con desconocimiento de la normativa especial, al traer como fundamento de su impugnación el artículo 2535 del Código Civil, asevera que “la fecha del accidente de tránsito acontecido el 30 de mayo de 2006, no es el instante a partir del cual, se debe contabilizar el tiempo de la PRESCRIPCIÓN ORDINARIA, que se presenta entre el asegurado y las aseguradoras, sino la fecha del auto admisorio del libelo al demandado...” y que a partir de allí, contaba con dos años para efectuar el llamado a los asegurados.

En efecto, no cabe duda alguna que el asunto que nos ocupa, conforme a la ley comercial se ha de asumir en el precepto 1131 citado, por ser el aplicable en materia del “seguro de responsabilidad civil”, de donde el momento en el que principia a correr la prescripción, **frente al asegurado** ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial, y en caso concreto, el plazo extintivo de manera errónea se hizo correr desde el 30 de mayo de 2006, fecha del acaecimiento del “hecho externo” o accidente de tránsito de marras, como se dejó consignado en el fallo.

Siendo la llamante en garantía la persona que vino a ocupar el lugar del demandado fallecido xxxx, asegurado en virtud de las pólizas de responsabilidad civil extracontractual Nos 8001002968 de Seguro Colpatria S.A., y 3007000005202 de Agrícola de Seguros S.A., hoy Suramericana de Seguros S.A., las cuales estaban vigentes para la fecha en que ocurrió el siniestro, fuerza es concluir que frente a ella el término prescriptivo debe contarse desde cuando le fue formulada la demanda judicial, esto es, desde su enteramiento en legal forma, que vino a darse con la notificación por estado del auto que declaró la nulidad de lo actuado, impetrada precisamente por la cónyuge e hija de cujus, esto es, el 10 de diciembre de 2010.

Así las cosas, es de verse que a partir de esta fecha, hasta el 18 de agosto de 2011 cuando se notificó de la demanda y del llamamiento en garantía al representante legal de Seguros Generales Suramericana S.A., y para el caso de Seguros Colpatria S.A., hasta el 28 de septiembre de 2011, fecha de notificación del auto del 23 de septiembre de 2011 por el cual se le tuvo por notificada por conducta concluyente, apenas habían transcurrido algo más de 8 y 9 meses, de donde advierte la Sala que el fenómeno de la prescripción en los precisos términos en que se ha abordado en esta providencia, no se alcanzó a configurar, debiendo por tanto revocar lo decidido sobre el punto por el juez de primer grado.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 9
2016

Corresponde ahora resolver sobre las restantes defensas esgrimidas por las empresas de seguros, frente al llamamiento en garantía elevado por el asegurado, atendidas como fueran en primera instancia las excepciones por ellas propuestas frente a la demanda, respecto de las cuales guardaron silencio.

El asunto se circunscribe al análisis de las excepciones denominadas “condiciones de la póliza, límite de la suma asegurada y exclusiones de amparo”, “límite del amparo de perjuicios morales por aplicación de las condiciones especiales del seguro”, propuestas por Seguros Generales Suramericana S.A.V., y de “imposibilidad de predicarse solidaridad en cabeza de la aseguradora”, “límite de la responsabilidad contratada” y “exclusiones contenidas en la póliza de seguros”, planteadas por Seguros Colpatria S.A., todas ellas bajo un denominador común, atinente al alcance y contenido de los amparos, así como de las exclusiones y deducibles contratados, conforme a lo normado en el artículo 1079 del Código de Comercio.

Obran en el plenario las copias de las pólizas de seguros arriba indicadas, se itera, vigentes y que amparaban el automotor de placas VBF-453 para el 30 de mayo de 2006, y que incluye para el caso de Seguros Colpatria S.A., dentro de los riesgos amparados la responsabilidad civil extracontractual por perjuicios materiales causados a terceros hasta 60 SMMLV, con un deducible del 10% mínimo 2 SMMLV, en donde se incluye la cobertura de daño moral hasta el 20% del valor asegurado.

Así mismo es de señalar que la póliza emitida en principio por Agrícola de Seguros, hoy Seguros Generales Suramericana S.A., tiene una cobertura específica según la cual “ampara los perjuicios ocasionados a terceros o a los ocupantes con motivo de un terminado accidente de tránsito que sufran los vehículos relacionados más adelante, en exceso de Soat, de las pólizas de responsabilidad civil automóviles de ley de las pólizas voluntarias en exceso que tenga vigente la empresa o el asegurado. Incluye perjuicios morales sublimitado al 20% del valor asegurado por evento. Sin deducible.

Acreditados como están los contratos de seguro y el pacto suscrito entre los contratantes, respecto de los límites de la cobertura del siniestro, resulta procedente condenar en su orden, a Seguros Colpatria S.A., y en lo que no cubriere la póliza a Seguros Generales Suramericana S.A., a reembolsarle a xxxx, en su condición de heredera del asegurado xxxx, los valores en que fuera condenada por perjuicios materiales y morales, en la sentencia que aquí se revisa, previo descuento del porcentaje acordado como deducible y hasta los límites de cobertura, por así preverlo expresamente el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil.”

Rad. 006-2008-00209-01 (11 07 2016) Acta 054 M.P: Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

SALA DE FAMILIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 9
2016

SUCESIÓN. Inclusión de pasivos. De conformidad en con el numeral 3º del art. 1395 del Código Civil, tienen derecho a recibir los frutos todos los herederos a prorrata de sus cuotas, lo que indica, que si los frutos corresponden por mandato legal a ellos, no es necesario ni inventarlos ni repartirlos en la liquidación y adjudicación de los bienes de la sucesión, porque provienen de los bienes que los produjeron y no se pueden tener como bienes que separadamente forman parte del activo.

“Bajo los anteriores derroteros, se tiene que en la audiencia de inventarios y avalúos adicionales, es acertado colegir que solamente se pueden incluir activos o bienes, no siendo dable aplicar lo mismo con los pasivos o deudas cuya denuncia fue omitida en la primera oportunidad, por lo que la hermenéutica empleada por el juzgador de primera instancia se encuentra atemperada con una pretensión de corrección plausible.

Igualmente el apelante se queja que el partidor no tuvo en cuenta: i) la voluntad de las partes en tanto no dio aplicación a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 610 del CPC a fin de hacer las adjudicaciones correspondientes; y ii) que los frutos civiles producto de los arrendamientos debieron liquidarse desde el fallecimiento de la causante – 19 de septiembre de 2010 – hasta la fecha actual.

Sobre el primer fustigamiento resulta apropiado citar el contenido del numeral 1º del artículo 610 del CPC que se refiere a las reglas para el partidor, que en voces dice: **“podrá pedir a los herederos y al cónyuge sobreviviente las instrucciones que juzgue necesarias a fin de hacer las adjudicaciones de conformidad con ellos, en todo lo que estuvieren de acuerdo, o de conciliar en lo posible sus pretensiones”** (se resalta).

De lo anterior, se tiene que la norma emplea el verbo “podrá” lo cual no refiere a un imperativo, sino a una facultad otorgada al partidor para solicitar instrucciones a los herederos, y si no es ejercida dicha facultad la ley no prevé sanción alguna para el efecto, entonces, no se puede afirmar como lo hace el recurrente, que el auxiliar de la justicia estaba ineluctablemente obligado a solicitar instrucciones, además tampoco observa la Sala que dentro del expediente se acredite siquiera instrucción alguna emanada de los herederos, en consecuencia, se deshecha tal argumento.

Ahora, en cuanto a los frutos civiles producto de los arrendamientos que debieron liquidarse desde el fallecimiento del causante -19 de septiembre de 2010 – hasta la fecha actual, resulta pertinente señalar al censor que en rigor jurídico no es de recibo su inventario, porque existe régimen especial aplicable al caso.

Es así, como de conformidad en con el numeral 3º del art. 1395 del Código Civil, tienen derecho a recibir los frutos todos los herederos a prorrata de sus cuotas, lo que indica, que si los frutos corresponden por mandato legal a ellos, no es necesario ni inventarlos ni repartirlos en la liquidación y adjudicación de los bienes de la sucesión, porque provienen de los bienes que los produjeron y no se pueden tener como bienes que separadamente forman parte del activo.

Así, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 13 de marzo de 1942 dijo:

“Los frutos naturales y civiles producidos con posterioridad a la muerte del causante, por los bienes que constituyen la mortuoria, no forman parte del haber sucesoral, como entidad separadas que forma parte del activo; ni menos deben considerarse como parte específica de este, para los efectos de la liquidación de las respectivas asignaciones herenciales. Tales frutos no es procedente inventarlos separadamente, ya que ellos pertenecen a los herederos, a prorrata de sus cuotas hereditarias y habida consideración a los bienes que los produjeron y a los asignatarios a quienes adjudicaron. A lo que puede agregarse que ni aun por motivos fiscales es de rigor inventarlos, por estar eximidos del pago de impuestos

y no tomarse en consideración para la fijación y cobro de las respectivas contribuciones sobre las mortuorias”.

En el presente caso, los frutos inventariados los adjudicó el partidor en común y proindiviso entre los herederos de manera porcentual, señalando en la observación No. 3 de su trabajo partitivo que *“Los frutos naturales, civiles, rentas, réditos y en fin los que hayan producido los bienes a la fecha de este trabajo de partición, deberán ser repartidos en iguales proporciones entre los interesados”*, precisando que ello debe entenderse a prorrata de sus cuotas hereditarias.

Bajo los anteriores derroteros, no hay lugar a la prosperidad de las censuras propuestas, por lo que el fallo apelado deberá recibir confirmación y se condenará en costas a la apelante conforme a los mandatos del numeral 1º del artículo 392 del C.P.C. modificado por la Ley 1395 de 2010 y se fijará como agencias en derecho la fija suma de **UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE (1SMLMV)** concordante con lo reglado en el acuerdo No. 2222 de 2003 emanado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el cual modificó el acuerdo 1887 de la misma anualidad, en razón a que no prosperaron los reparos formulados.”

Rad. 007 2009 00502 00. (08 08 2016). Acta. 108. M.P: Dr. José Antonio Cruz Suárez.

UNIÓN MARITAL DE HECHO. Convivencia

“En el presente asunto, la señora **xxxx** acude a la jurisdicción del estado en pos de suplicar la declaratoria de existencia de una unión marital de hecho habida entre ella y el hoy causante **xxxx** del 2 de septiembre de 1999 hasta el fallecimiento del último, ocurrido el 21 de febrero de 2013.

El juzgado a quo negó tales pedimentos con sustento, en dos consideraciones cardinales: (i) **xxxx** y **xxxx** no convivieron bajo el mismo techo compartiendo lecho y mesa y, (ii) mediante la sentencia No. 080 del 30 de junio de 2015 proferida por el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Descongestión de Cali, se reconoció una unión marital de hecho y consecuente sociedad patrimonial había entre **xxxx** y **xxxx** del 31 de diciembre de 1990 hasta el 21 de febrero de 2013, por lo que no se cumple con el requisito de singularidad.

La sentencia apelada deberá recibir confirmación, por las siguientes razones:

1. Obra en autos copia auténtica con constancia de ejecutoria de la sentencia No. 080 del 30 de Junio de 2015 proferida por el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Descongestión de Cali, que en su parte resolutive dispuso: **“PRIMERO: DECLARAR** la existencia de la **UNIÓN MARITAL DE HECHO** entre los compañeros permanentes conformada por la señora **xxxx** y el señor **xxxx** (q.e.p.d), la cual inició el 31 de diciembre de 1990 y finalizó el 21 de febrero de 2013. **SEGUNDO: DECLARAR** la existencia de la **SOCIEDAD PATRIMONIAL** entre compañeros permanentes conformada por la señora **xxxx** y el señor **xxxx** (q.e.p.d), entre el 31 de diciembre de 1990 y el 21 de febrero de 2013”.
2. Visto el libro de varios de la Registraduría Nacional del Estado Civil se aprecia que la sentencia antes referida fue efectivamente registrada.
3. El procurador judicial de la parte actora, en ésta instancia y dentro del traslado del auto que ordenó incorporar las anteriores pruebas al proceso,

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

BOLETIN 9
2016

manifestó “*impugnar su contenido y fallo*” respecto de la citada sentencia del 30 de Junio de 2015 proferida por el Juzgado Segundo de Descongestión de Cali, con sustento en que la misma fue obtenida con “*mentiras y engaños*”. Tal pedimento resulta totalmente improcedente ya que el citado fallo judicial se encuentra debidamente ejecutoriado, según la constancia secretarial visible a folio 241 y no es este el escenario para controvertirlo, ya que el presente asunto tiene como finalidad resolver el pedimento sobre la unión marital de hecho y sociedad patrimonial reclamada entre **XXXX** y **XXXX**.

4. Ahora bien, examinando el fallo confutado, uno de los argumentos jurídicos que esgrimió la juez a quo para negar las pretensiones deducidas que libelo demandatorio, consistió en que “*existiendo sentencia ejecutoria del Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Descongestión de Cali en la que se declaró la existencia de la Unión Marital de Hecho entre la señora **XXXX** y el señor **XXXX** y en consecuencia la existencia de la sociedad patrimonial desde el 31 de diciembre de 1990 hasta el 21 de febrero de 2013, no es posible predicar que en este asunto se cumpla con el requisito de singularidad*”.

Pues bien, si el acabado de señalar fue uno de los argumentos torales para negar, las pretensiones deducidas, por imperativo jurídico el laborío que debió desarrollar el recurrente no era otro que el de combatir dicha conclusión jurídica y demostrar que la misma no tiene asidero, empero en vez de ello, el recurrente prefirió insistir en la estéril tarea de analizar el material probatorio recaudado y resaltar que el señor **XXXX** no compartía vida sexual, ni vida íntima, como tampoco vivía bajo el mismo techo con la señora **XXXX**, “*solo que por compartir con sus hijas y porque le quedaba muy cerca el colegio donde trabajaba se quedaba a veces entre semana en la casa de ellas cuando le tocaba madrugar más, lo que quiere decir que no siempre fue así*”.

5. Ahora, la hermenéutica desarrollada por el juzgado de primera instancia es la correcta, pues ninguna razón de orden jurídico permite sostener la posibilidad de concurrencia de uniones maritales simultáneas que involucre a un compañero permanente común, en un mismo marco temporario, pues ellos sería contemplar con desdén el requisito de la singularidad que reclama la ley 54 de 1990.

Es un caso que guarda simetría con el que concita la atención de la Sala, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 20 de septiembre de 2000, M.P. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno, expediente 6117, enseñó lo siguiente:

“(...) Ciertamente que reconocida y demostrada la existencia de una sociedad patrimonial entre unos compañeros permanentes, no es dable reconocer después, referida la misma época, la concurrencia de otra. No se trata de dar una preferencia especial a una unión marital sobre otra de manera arbitraria, simplemente cuando se dan casos como el que aquí se trata se da una circunstancia de índole procesal, inseparable de la seguridad jurídica, en virtud de la cual en el proceso donde primero se declaró ya la existencia de la sociedad patrimonial emergente de una unión marital de hecho se demostraron, en un su momento, todos los elementos que la estructuran, incluyendo la comunidad de vida permanente y singular, mientras que en el segundo proceso quedó desvirtuada, cuando menos, la singularidad de la unión por cuyo reconocimiento se propugna, y por lo mismo es advertible su fracaso (...)”

Aplicado tal lineamiento jurisprudencial al asunto de marras, sin dubitación alguna se colige que si ya entre los señores **XXXX** y **XXXX** fue declarada una unión marital de hecho y

consecuente sociedad patrimonial, cuya ocurrencia tuvo suceso en el marco temporario comprendido del 31 de diciembre de 1990 y el 21 de febrero de 2013, no es dable reconocer una nueva unión entre el mismo compañero **xxxx** y la demandante **xxxx** desarrollada entre el 2 de septiembre de 1999 y el 21 de febrero de 2013.

En consecuencia, las pretensiones de la parte actora están llamadas al fracaso, como bien lo sentencio la juez a quo, por lo que se confirmará el fallo impugnado y se condenará en costas a la demandante, ordenando incluir como agencias en derecho la suma de **DOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2SMLMV)**, 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. 008 2013 00467 01. (28 06 2016). Acta. 085. M.P: Dr. José Antonio Cruz Suárez.

SALA LABORAL

CONTRATO DE TRABAJO. Cargo de administrador, mayordomo y vigilante de finca. Horas extras y el trabajo en días dominicales.

“El Señor **xxxx**, mediante apoderado judicial, convocó a juicio a la sociedad comercial **SERVICIOS Y COMUNICACIONES, S.A.**, para que por la cuerda del proceso ordinario laboral de primera instancia y mediante sentencia estimatoria, se declare la existencia del contrato de trabajo entre él y la sociedad convocada, vigente entre el 26 de enero de 2000 y el 15 de junio de 2009, y consecuentemente, se le condene a reconocerle y pagarle los salarios ordinarios y extraordinarios adeudados por horas extras y dominicales, primas de servicios, cesantías e intereses, sanción moratoria consagrada en el artículo 65 CST, sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aportes al régimen de pensiones, costas y agencias en derecho.

(...)

Afirmó que se vinculó laboralmente con la empresa **SERVICIOS Y COMUNICACIONES, S.A.** desde el 26 de enero de 2000, hasta el 15 de junio de 2009, para desempeñar inicialmente el cargo de vigilante en la sociedad demandada, pero que a partir del 30 de junio de 2001 se le asignó por la empresa el cargo de mayordomo en la finca “La Rafaela”, propiedad de la sociedad demandada, ubicada en el corregimiento de Holguín, Municipio de la Victoria, donde prestó sus servicios hasta la terminación del contrato de trabajo.

(...)

En cuanto a las Horas extras y recargos por dominicales y festivos, por constituir una remuneración extraordinaria, es necesario que se pruebe su causación, lo cual es tanto como entender que deben ser acreditadas en números, horas y días concretos. Así lo ha adoctrinado la Corte Suprema desde hace mucho tiempo, estableciendo como requerimiento probatorio mínimo la prueba detallada y precisa de las horas laboradas en exceso de la jornada ordinaria, pues al operador judicial le ésta vedado condenar suponiéndolas.

(...)

Bajo la anterior premisa fáctica, concluye la Sala que en el caso particular, aun soslayando el requerimiento probatorio mínimo indicado, no es posible establecer la existencia de horas extras a favor del demandante, por la sencilla razón de no estar sometido a la jornada ordinaria laboral, por dos razones fundamentales; primero, porque ejercía labores de

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

**BOLETIN 9
2016**

dirección como mayordomo de la finca; segundo, aceptando la realización de labores de vigilancia, porque residía en el mismo lugar de trabajo. Lo anterior, con fundamento en los artículos 32 y 162, literales “a” y “c” del C.S.T.

(...)

Sabido es que la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST procede cuando a la terminación del contrato el empleador deja de cancelar al trabajador, sin justificación alguna, salarios y prestaciones sociales. A pesar de lo anterior, la jurisprudencia ha determinado que la norma anterior tiene una clara naturaleza sancionatoria, por lo cual su aplicación no puede ser simplemente objetiva, pues si en determinados eventos existen circunstancias que justifiquen el no pago de tales acreencias, es posible que el empleador deudor se libere de la referida sanción. Pero es claro que tales circunstancias exculpativas corresponden a quien quiera beneficiarse de la excepción. Por esta razón, se ha dicho que en tales casos, se presume de mala fe del empleador, lo que a vista de la teoría del derecho sería algo menos que un sacrilegio, pues siempre por principio universal se presume la contraria. Sin embargo, no es propiamente una presunción de mala fe sino la consecuencia de la aplicación del onus probando, consagrado en el ordenamiento procesal civil en los artículos 177 del derogado C.P.C. y 167 del nuevo C.G.P., pues la lectura de la norma en la forma como lo ha establecido la jurisprudencia, expresada en términos sencillos pudiera ser esta: “Si al término de la relación laboral el empleador no pone a disposición del trabajador la totalidad de los salarios y prestaciones que le adeuda, deberá pagarle un día de salario por cada día de retardo, salvo si demuestra buena fe justificando la mora”. Como se ve, en este evento la buena fe es el elemento exculpativo que permite al empleador liberarse de la sanción. En consecuencia, está obligado a demostrar este supuesto de hecho para beneficiarse de sus efectos. Por ello ha sostenido la jurisprudencia, que la aplicación de la sanción no es de ningún modo, inexorable ni automática, correspondiendo al juez valorar la conducta del empleador que se sustrae al deber legal de cancelar los salarios y prestaciones adeudados a la fecha de terminación de la relación laboral.

Ahora bien, el concepto de buena fe debe interpretarse en su significación más prístina, entendida como toda aquella conducta desprovista de cualquier elemento contrario a la honestidad, lealtad, honradez y probidad, traducido en deberes de comportamientos positivos (buena fe objetiva). Por lo tanto, desde esta concepción la buena fe no puede reducirse a un estado psicológico exclusivamente determinado por la creencia o la convicción de no estar dañando un derecho ajeno (buena subjetiva).

(...)

De lo anterior se colige, que en el caso concreto no existe ninguna evidencia probatoria que permita deducir buena fe por parte de la demandada, lo que comporta imponer la sanción reclamada. En este orden dado que el salario devengado es igual al mínimo legal, la sanción se impone sin límite temporal pues el parágrafo segundo del artículo 29 de la ley 789 de 2002, que modificó el original artículo 65 del C.S.T. dispuso que para quienes devengan un salario mínimo seguiría vigente la disposición anterior.”

Rad.002 2010 00045 02 (29 06 2016) Acta 000 M.P: Dr. Ariel Mora Ortíz.

CONTRATO DE TRABAJO Indemnización por despido en estado embarazo..

“La señora xxxx, mediante apoderado judicial demandó a la sociedad ALIMENTOS TENTENPIE, S.A, para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral de primera instancia fuese declarada la existencia del contrato de trabajo entrambos celebrado y, consecuentemente, se condene a ésta al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio, indemnización moratoria, vacaciones, indemnización por despido injusto, indemnización por despido en estado de embarazo, pago de 12 semanas de descanso remunerado y auxilios de subsidio familiar, todas debidamente indexadas.

(...)

Así las cosas, de la prueba testimonial recaudada es posible establecer la existencia de una prestación personal del servicio por parte de la señora xxxx a la sociedad Tentenpie, S.A., pues ciertamente los ciudadanos declarantes ubicaron a la actora como trabajadora dependiente del establecimiento de comercio ALIMENTOS TENTEMPIE S.A. ubicado en el centro comercial Palmetto Plaza. De manera pues que al tenor de la presunción legal del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, debe tenerse por demostrada la naturaleza laboral de la relación de trabajo que ligó a la demandante y la demandada.

Empero lo anterior, en el asunto bajo examen, ninguna de las pruebas allegadas al plenario permiten delimitar los extremos de inicio y terminación de dicha relación de trabajo pues los testigos llamados al proceso en lo único que acertaron fue en indicar que la demandante prestó servicios alrededor de un año, sin señalar siquiera el espacio temporal en que aproximadamente ocurrió esto, pues no dieron cuenta del año ni de los meses en que tuvieron conocimiento de la actividad de la demandante, por lo que ante la ausencia de restante material probatorio que lo acredite, torna imposible la concreción de las eventuales condenas. Inclusive, la historia clínica aportada, da cuenta que la demandante estuvo en embarazo entre los años 2006 y 2007, lo que hace presumir que su relación aconteció en período coincidente con ese estado, pues uno de los testigos indicó que para la época en que trabajaba ella se encontraba en tal condición. No obstante, ello no resulta suficiente para establecer con carácter real los extremos temporales del contrato.

No sucede lo mismo en el caso de la pretensión de la indemnización por despido en estado embarazo y el pago de descanso remunerado, según lo preceptuado por el artículo 239 de CST reformado por la Ley 50 de 1990, vigente para la época, pues ciertamente para determinar la procedencia de aquella y cuantificación no se requiere determinar los espacios de duración del contrato de trabajo pues la sola terminación del vínculo contractual en estado de gravidez permiten estudiar la procedencia de la pretensión.

En otras palabras, el simple hecho de establecer la terminación del contrato de trabajo por la época estado de gravidez conlleva la presunción de la terminación de aquel sin justa causa lo que se traduce en la imposición de las sanciones previstas en la aludida norma ante la falta de autorización para terminar la relación de trabajo, criterio que ha sido ampliamente desarrollado en la sentencia SU-070 de 2013.

(...)

Así las cosas como quiera que en el plenario quedó demostrado que para la época en que trabajo la demandante para la demandada se encontraba en embarazo e igualmente lo estaba para la fecha en que concluyó aquella, según el testimonio reseñado arriba, se encuentran dadas las condiciones legales y jurisprudenciales para imponer las consecuencias previstas en el artículo 239 del C.S.T vigente para la época, pues aun cuando no se probó por la demandante el despido, de la prueba testimonial se establece que la relación terminó cuando ésta se encontraba en el tal estado, por lo que debe presumirse que su terminación fue consecuencia de éste.

Así las cosas, se revocará la decisión absolutoria proferida en primera instancia para en su lugar imponer condena a la demandada, por la sanción establecida en el artículo 239 del C.S.T., numeral 3º, consistente en el pago de una indemnización de sesenta día de trabajo y el pago de 12 semanas de descanso no disfrutado por concepto de licencia de maternidad.

Condenas que para efecto de cuantificarse tendrán como salario base el mínimo legal vigente para el año 2007, pues no se acreditó la existencia de salario diferente y ciertamente no podría percibir la trabajadora una remuneración inferior a ésta.

Una vez efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, se tiene que por concepto de indemnización por despido en estado de embarazo habrá de reconocerse a favor de la demandante y a cargo de la demandada la suma de \$867.400,00, correspondiente a sesenta días de salario. De la misma manera como sanción consistente en el descanso remunerado no disfrutado habrá de imponerse una condena equivalente a la suma de \$1.214.360.00 por 12 semanas de salario.”

Rad. 007 2007 00563 01 (29 06 2016) Acta 000 M.P: Dr. Ariel Mora Ortíz.

CONTRATO DE TRABAJO. Sociedad patrimonial de hecho.

“Se quiere determinar si entre las partes en litigio, existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido y si como consecuencia de ello, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales e indemnizaciones que reclamó con la demanda. O, si por el contrario, ningún derecho le cabe, por aparecer en el plenario la evidencia de una relación distinta, particularmente, la existencia de la unión marital de hecho alegada por el demandado, dentro de la cual se realizó la prestación personal por parte de la demandante en un negocio familiar.

(...)

Ahora bien, no existe ninguna prohibición legal para la coexistencia del contrato de trabajo y la sociedad patrimonial de hecho o inclusive conyugal. Pero sin duda, ello es posible en los casos en que no se discuta la de naturaleza labora. El problema se presenta cuando se discute la existencia del contrato de trabajo, pues ciertamente, es posible encontrar tanto en la relación patrimonial como en el contrato de trabajo la realización de actividades personales en beneficio de la sociedad conyugal o patrimonial, por lo que entonces la diferencia estará determinada por los demás elementos del contrato, esto es, la subordinación y el salario. Sin hesitación, la sociedad patrimonial entre concubinos se forja comúnmente con el esfuerzo conjunto de sus integrantes. Pero en esta, el fruto de ese esfuerzo no está dirigido a la obtención de un provecho individual sino, primordialmente, a la construcción de un proyecto vital que en últimas puede resumirse como la intención de construir familia. De esta manera, el esfuerzo personal de cada miembro de ella no puede considerarse propio de una relación genuinamente laboral. En este orden de ideas, las actividades comerciales realizadas por la pareja durante la convivencia deben tenerse como parte fundamental del desarrollo de la sociedad patrimonial antes que la expresión de una relación dependiente y remunerada.

(...)

Del material probatorio recaudado se logra establecer que entre las partes existió una relación de pareja, que vivían bajo el mismo techo y adquirieron bienes y deudas en conjunto y que a lo largo del tiempo en que conocieron a la pareja estos obtenían sus ingresos del establecimiento de comercio SERCALCOP. Declaraciones estas que como ya se indicó coinciden en la relación de pareja y no chocan con la prueba documental allegada,

pero ninguna razón dan de elemento de subordinación y de remuneración por parte del demandado para con la demandante.

Así las cosas, no puede asumirse que la actividad de la señora xxxx al interior del establecimiento de comercio registrado a nombre de su pareja, con la que convivía, sea una relación de índole laboral pues, en suma, no se trató de una relación de trabajo subordinada, sino de una actividad prestada en el seno familiar, dentro de un esfuerzo económico común y con intereses similares; en otras palabras el demandado no contrajo una deuda de trabajo con la demandante y, viceversa, pues lo que aconteció fue una aportación personal de actividad o fuerza de trabajo inmersa en la unidad familiar de que formaron parte ambos, siendo competencia ya del juez de la especialidad correspondiente determinar la forma en que se debe distribuir el patrimonio de la sociedad que se ha conseguido dentro de la unión marital de hecho que ha fenecido.”

Rad. 012 2013 00205 01 (30 06 2016) Acta 000 M.P: Dr. Ariel Mora Ortíz.

FUERO SINDICAL. DIRECTIVO SINDICAL. La demandante pudo haber formulado ante la jurisdicción la solicitud de levantamiento del fuero sindical para despedir, al tiempo de su ocurrencia si consideró que el mismo era constitutivo de una justa causa para el despido. Pero como no procedió de la manera indicada, la acción fue promovida por el demandado, quien obtuvo la sentencia de reintegro aludida y en tal virtud, la promoción de un proceso para obtener lo que en aquella oportunidad pudo, no resulta atinada.

“En el caso que es objeto de análisis, el juez a-quo negó la solicitud de autorización para despedir al trabajador aforado toda vez que no encontró acreditado ninguna justa causa de despido.

Inconforme con dicha decisión el apoderado judicial de la parte demandante básicamente la recurre en apelación, por considerar que en el plenario está demostrada la justa causal de despido alegada, haciendo consistir ésta en la falta de un requisito para operar el vehículo de transporte masivo, como es el certificado de idoneidad emitido por Metrocali, S.A., lo que aduce fue aceptado por el demandado en el interrogatorio de parte pese a la ausencia de prueba documental que lo demuestre.

Decantado lo anterior, y como quiera que en el plenario no se encuentra en discusión acerca de la calidad de aforado del demandante, claro resulta que el objeto de la Litis se concentra en determinar como primera medida si la falta del requisito señalado es una de las justas causas a las cuales hace referencia el artículo 410 del C.S.T., que explícitamente consagra como tales la liquidación y clausura definitiva de las empresas o establecimientos y la suspensión total o parcial de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días, y las enumeradas en los artículo 62 y 63 del mismo estatuto sustantivo.

El escrutinio probatorio sobre las pruebas documentales allegadas al plenario, no explican y menos pruebas, el hecho invocado como razón o fundamento de la acción ejercida por la demandante, esto es, en la carencia o negación de un certificado de idoneidad expedido por Metrocali, S.A., para que el señor xxxx pueda reintegrarse a sus labores como conductor del Mío a partir del 27 agosto de 2014, fecha en que aduce la sociedad actora procedió a dar cumplimiento a la orden de reintegro emanada de la sentencia que resolvió la acción de fuero sindical adelantada por éste.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 9
2016

Ahora, indica el recurrente, que la prueba de tal hecho la constituye la confesión del demandado en el interrogatorio de parte que rindió en el proceso. Sin embargo, para la Sala lo que informó el señor xxxx en la citada diligencia al rendir interrogatorio dista mucho de ser una confesión, pues se limitó a decir que estuvo certificado en dos oportunidades distintas mientras ejerció como conductor activo del Mío, pero con posterioridad a sus despido no se le ha certificado, a pesar que conoce todos los procedimientos de capacitación. Que lleva bastante tiempo fuera de la empresa por qué no lo han reintegrado a sus labores, pero que no obstante le pagan sus salarios, aclarando que en un examen clínico que le efectuaron le fue indicado el padecimiento de diabetes, la cual actualmente se encuentra en tratamiento y controlado, encontrándose apto para operar un Mío u otra actividad que la empresa demandante le indique.

Como se observa el demandante admite que no se le ha certificado, pero eso por sí solo no es constitutivo de ninguna justa causa de despido, pues a más que no es un hecho que dependa de él no informó ni lo probó la empresa que ello obedezca a cualquier circunstancia justificada del despido, en cuyo caso, la verdadera razón sería ésta y no la falta de certificación.

Por su parte, el representante legal de la sociedad demandada al rendir interrogatorio de parte, aceptó que no existía el documento que diera fe sobre la falta de idoneidad del señor xxxx para conducir un vehículo del Mío, toda vez que no fue practicado examen por Metrocali por no contar con los exámenes médicos, documentos que indicó no fueron aportados al proceso.

Para la Sala, la situación fáctica evidenciada a través del análisis y valoración de todo el material probatorio recaudado, no permite una conclusión diferente a la que llegó el juez a quo, es decir, que no existe prueba de un hecho constitutivo de justa causa que motive la autorización judicial para despedir. Menos aún si, como en este caso sucede, se trata de situaciones originadas por la orden de reintegro que de ningún modo pueden considerarse actuales, justamente por cuanto la empresa demandante no ha cumplido con la sentencia que ordenó aquel y, en consecuencia, ningún hecho le puede ser imputable a título de justa causa, pues ésta solo ocurren durante la ejecución de la relación y no antes o después.

Lo que si encuentra respaldo probatorio es que el certificado de idoneidad fue revocado al señor xxxx por parte de Metrocali, S.A. por hechos ocurridos el 8 de diciembre de 2011 que condujeron a su despido irregular el 23 de marzo de 2012 y fue lo que finalmente condujo a que el Juez de la especialidad Laboral ordenara su reintegro dentro del proceso de fuero sindical que promovió contra la demandante.

Finalmente, cumple advertir que de aceptarse la existencia de algún hecho justificativo del permiso o autorización solicitada, ello lo sería el ocurrido en diciembre 08 de 2011, que dio lugar a la revocatoria del certificado de idoneidad, por lo cual la acción estaría prescrita, a término de lo que enseña el artículo 118ª del C.P.T. y de la S.S., pues fue alegada por la parte pasiva al contestar la demanda. Bajo tal consideración se advierte que La demandante pudo haber formulado ante la jurisdicción la solicitud de levantamiento del fuero sindical para despedir, al tiempo de su ocurrencia si consideró que el mismo era constitutivo de una justa causa para el despido. Pero como no procedió de la manera indicada, la acción fue promovida por el demandado, quien obtuvo la sentencia de reintegro aludida y en tal virtud, la promoción de un proceso para obtener lo que en aquella oportunidad pudo, no resulta atinada. Por las razones anotadas se confirmará la sentencia apelada.”

Rad.003 2014 00798 01 (29 06 2016) Acta 000. M.P. Dr. Ariel Mora Ortíz.

PENSIÓN DE VEJEZ. A la Sala le corresponde resolver en sede de consulta, si al demandante le asiste o no el derecho a la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, teniendo en cuenta para ello el tiempo prestado al Ministerio de Defensa como soldado del servicio militar obligatorio.

“Conviene destacar para efecto lo anterior, que el servicio militar obligatorio es antes que todo un deber ciudadano que impone a éste la obligación de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. Por esta razón, quienes lo prestan no tienen con el Estado un vínculo laboral dependiente y si bien cumplen una función esencialmente pública no pueden considerarse por ello servidores públicos ni aún dentro de la definición del artículo 123 constitucional. A pesar de lo anterior, el legislador estableció a favor de aquellos algunos beneficios legales, uno de los cuales, lo constituye justamente la posibilidad de que el tiempo de servicio militar sea tenido en cuenta para efectos de la pensión de jubilación o de vejez, cesantías y prima de antigüedad. En efecto, el artículo 101 del decreto 1950 de 1973, preceptuó que *“El tiempo de servicio militar será tenido en cuenta para efectos de cesantía, pensión de jubilación o de vejez y prima de antigüedad, en los términos de la ley”*. Igual redacción trajo el artículo 40 de la ley 48 de 1993. A pesar lo anterior, la posibilidad de su aplicación a las pensiones gobernadas por el decreto 758 de 1990 no ha sido una posición uniforme a nivel de las altas corporaciones de justicia. La Corte Constitucional en las sentencias T-090 de 2009, T-275 de 2010 y T-063 de 2013, estimó procedente su aplicación con fundamento en el principio de favorabilidad, pues según lo expuso no existe ninguna razón para darle a esta norma el alcance restringido que le dio el Instituto de los Seguros Sociales al negar su aplicación para las pensiones de vejez. Por su parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró computable este tiempo solamente para las pensiones regidas por las leyes 71 de 1988 y 33 de 1985. Así lo determinó, por ejemplo, en la sentencia SL42383 de mayo 02 de 2012, donde consideró que la intención del legislador al consagrar la posibilidad de acumulación del tiempo de servicio militar fue la de crear estímulos para aquellos servidores públicos que fueran llamados a prestar el servicio militar y que por ello ese tiempo solo ***“se adiciona para efectos pensionales, en el sector público, cuando el interesado ha estado vinculado a entidades oficiales, lo que surge de la expresión utilizada por el legislador “En las entidades del Estado de cualquier orden”, de manera que este no cuenta cuando se trata del régimen del seguro social o de la pensión por aportes, porque en estos casos se requieren las cotizaciones efectivamente sufragadas”***, posición reiterada en la sentencia SL1586 de 2015. A pesar de lo anterior, en reciente pronunciamiento de agosto 3 de 2016, en la sentencia SL-111882016 (47354), la Sala Laboral consideró que el cómputo del servicio militar obligatorio aplica para todas las modalidades de pensión.

La Sala acoge la interpretación dada por la Corte Constitucional y la última orientación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, pues si bien el decreto 1950 de 1978 es un estatuto aplicable solo a servidores públicos del orden nacional, con lo cual es posible inferir que sus disposiciones solo apliquen a éstos, incluyendo lo referido al cómputo del servicio militar obligatorio que consagró su artículo 101, no sucede lo mismo con la ley 48 de 1993 pues el ámbito de su regulación lo fue el servicio de reclutamiento y movilización, con lo cual es claro que la norma referida al cómputo del servicio militar obligatorio para efectos de las pensiones y otras prestaciones, esto es, el artículo 40 de esta última, amplió significativamente el campo de aplicación de aquello, es decir; de la que consagró en el decreto 1950 de 1978. Bajo cualquier otra forma interpretativa carecería el artículo 40 de cualquier efecto práctico, pues en últimas los términos de su redacción fueron casi idénticos al del artículo 101 del decreto 1950 de 1973. Y como quiera que éste último no excluye las

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 9
2016

pensiones de vejez que reconoce el Seguro Social, hoy Colpensiones, no parece consecuente con los principios de favorabilidad interpretar esta norma con el carácter restrictivo que supone excluir su aplicabilidad aun frente a tales prestaciones, toda vez que se trata de una entidad estatal.

Definido lo anterior, la Sala observa que el demandante cotizó al Instituto de Seguros Sociales entre el 23 de octubre de 1968 y el 31 de octubre de 2011 un total de 908.16 semanas, laboradas en el sector privado como dependiente e independiente, tiempos que una vez sumados con el servicio militar que corresponde a 99.42 semanas, arrojan un total de 1007.58 semanas. Lo anterior, le permite acceder al beneficio pensional conforme al literal b) del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, pues cumplió la edad de 60 años el 1º de junio de 2008 y su última cotización la efectuó el 31 de octubre de 2011, teniendo para el 25 de julio del año 2005 más de 750 semanas, lo que le permitió conservar el régimen de transición hasta el año 2014.

En cuanto a la efectividad de la pensión, conforme a lo dispuesto por el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, ocurre desde el día siguiente a la desafiliación o retiro del sistema. No obstante, para el efecto anterior, no solo es de ponderar la respectiva novedad sino también diferentes circunstancias concurrentes que la hagan suponer de manera inequívoca, como puede serlo la conclusión del vínculo laboral, la cesación de cotizaciones y la reclamación de pensión correspondiente conforme lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia. En este sentido, la historia laboral más actualizada llegada al plenario si bien no registra la novedad del retiro, si da fe que su última cotización se llevó a cabo en el ciclo octubre de 2011 como independiente domiciliado en el extranjero y que el demandante reclamó el reconocimiento de su pensión de vejez el 20 de octubre de 2011. Se concluye de lo anterior, que para el inicio del mes de noviembre de 2011 se materializó el cese de aportes al sistema de pensiones respecto del afiliado, haciéndose efectiva desde entonces la referida prestación, tal cual lo estimó el juez a-quo.

En lo que tiene que ver con la tasa de reemplazo aplicable, le corresponde según las precisas indicaciones del artículo 20 del citado decreto, el 75% del IBL.

Para el caso el ingreso base de liquidación ha de hallarse conforme a lo consagrado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, pues no se encuentra dentro de las excepcionales condiciones que refirió el inciso tercero del artículo 36 de la misma ley, como quiera que para la fecha en que comenzó a regir el sistema, es decir, el 1º de abril de 1994 le hacían falta 10 o más años para la consolidación del derecho, teniendo en cuenta que la edad y las semanas las reunió por fuera de ese lapso de años.

Así las cosas, el monto de la pensión habría de ser calculada teniendo como base para ellos los IBC del promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años teniendo en cuenta que no contaba con más de 1250 semanas cotizadas conforme lo plantea el inciso segundo del artículo 21 de la ley 100 de 1993, lo que nos arroja una mesada pensional inicial de **\$1.085.496,31**, cifra que resulta levemente superior a la liquidada por el juez a-quo en valor de **\$1.084.885.00**, motivo por el cual se mantendrá incólume la decisión de primera instancia en dicho aspecto, en tanto que el presente asunto se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de la entidad vencida en juicio y contra la decisión de primera instancia la parte demandante no presentó reproche.

En lo que concierne al número de mesadas que habrá de recibir el pensionado, es de tener en cuenta lo dispuesto en el inciso 8º y en el párrafo transitorio 06 del artículo primero del acto legislativo número 01 de 2005. El primero eliminó la mesada catorce desde la fecha de su vigencia, para las pensiones superiores a los 3 salarios mínimos, y el segundo la mantuvo para quienes devengando como pensión una suma de hasta 03 salarios mínimos, hubieren adquirido el derecho antes del 31 de julio de 2011. En el caso de la demandante su derecho se consolidó el 30 de septiembre de 2011, cuando ya contaba con el requisito

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 9
2016

de edad mínimo y dejó satisfecho el requisito de 1000 semanas cotizadas, es decir, que su derecho se consolidó después de la fecha anotada. En consecuencia, el número de las que debe recibir es igual a 13 mesadas anuales.

Como quiera que ésta última norma no definió cuál de las dos mesadas adicionales fue la que abolió, debe entenderse que corresponde a la que se creó con el artículo 142 de la ley 100 de 1993 que expresamente lo consagró como mesada adicional de junio, pues la tradicional del mes de diciembre simplemente fue reafirmada por el artículo 50 de la Ley 100 de 1993, que se causa en el mes de noviembre y se paga en los primeros 15 días de diciembre de cada año. Sílguese de lo anterior, que en estos casos la mesada que se extinguió con el acto legislativo fue la mesada adicional de junio.

Así las cosas, se mantendrá incólume en tal sentido la sentencia consultada, en tanto que ordenó el pagó del retroactivo pensional que se genere por trece mesadas anuales desde el 1º de noviembre de 2011 y hasta el momento en que se incluya en nómina de pensionados y se pague efectivamente el derecho pensional. Retroactivo sobre el que además autorizó a Colpensiones efectuar los descuentos por concepto de aportes al sistema de Salud que correspondan.

Respecto al reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, ya se ha dicho por la Sala que proceden para las pensiones reconocidas en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, tal como se ha decantado por éste Tribunal y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En tal virtud, el demandante le asiste derecho a los intereses reclamados por cuanto hasta la fecha la demandada no ha cancelado el retroactivo que fue objeto de reclamo judicial.

Teniendo en cuenta que la reclamación del derecho pensional fue elevada el 20 de octubre de 2011 y para ese mismo ciclo efectuó su última cotización al régimen pensional, tal como se desprende de la historia laboral y de la resolución que negó el derecho, el término máximo para resolver se extendía hasta el 20 de febrero de 2012, pues el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 767 de 2003 concede a las entidades administradoras un plazo de 04 meses para resolver sobre la pensión vejez. Se infiere entonces que la demandada incurrió en mora desde el 21 de febrero de 2012.

En consecuencia se generaron interese moratorios al iniciar el 5º mes, esto es, desde el 21 de febrero de 2012 y hasta que se efectuó el pago de las mesadas retroactivas causadas desde el 1º de noviembre de 2011 hasta cuando se reconozca el derecho pensional, se incluya en nómina y se pague junto con todo el retroactivo generado, de la manera en que lo estableció el juez a-quo.

Finalmente, en lo que tiene que ver con de la prescripción, también habrá de confirmarse la decisión de primera instancia, en tanto que ninguno de los derechos perseguidos se encuentra afecto por ese fenómeno trienal en tanto que entre la calenda de reclamación inicial del derecho -20 de octubre de 2011-, la fecha de la reanudación del termino prescriptivo tras el agotamiento de la vía gubernamental -4 de julio de 2014- y la presentación de la demanda -20 de noviembre de 2014- no transcurrieron más de tres años, interregno dentro del cual se encuentra el retroactivo pensional causado desde el 1º de noviembre de 2011, y los intereses moratorios reclamados sobre aquel.”

Rad. 004 2014 00751 01 (28 09 2016) Acta 000. M.P. Ariel Mora Ortíz.

PRESCRIPCIÓN. En el caso de autos, el auto admisorio de la demanda fue notificado al demandante el día 9 de marzo de 2009 y la demanda solo vino a notificarse a demandada el día 18 de junio de 2015, sin que en ello hubiere tenido la culpa alguna. Por el contrario, lo que se observó por el tribunal al decretar la nulidad fue la falta de diligencia tanto del juzgado como la parte demandante para procurar la vinculación regular de la demandada al proceso mediante la debida notificación de la demanda.

“De las pruebas que cursan al interior del sumario, es indiscutible que la demandante laboraba para la FUNDACIÓN DE ESTUDIOS DE INGLES Y SISTEMAS FUNIS como queda demostrado en los certificados de ingresos y retenciones de la DIAN, de los comprobantes de egreso y cancelación de prestaciones sociales que realizaba la demandada a la actora, la certificación de COMFENALCO donde figuran aportes en salud, los cuales realizaba la demandante, y de la aceptación de la misma relación por parte de la demandada al descorrer su traslado.

En cuanto al tipo de contratación que existió entre las partes y como obra en el plenario se tiene que la misma se rigió por un contrato laboral, verbal y a término indefinido, pues aun cuando el sujeto pasivo aduce que el vínculo laboral se rigió por sendos contratos a término fijo suscriptos por cada año no respaldó su dicho con la prueba documental correspondiente.

Respecto de la terminación del nexa laboral el cual se plantea para la pretensión de la indemnización por despido injusto que alega la actora, correspondía a ésta probar el acto de terminación contractual y a la demandada la justa causa invocada para ello. Así, pues, ninguna de las pruebas allegadas al plenario dan razón del supuesto despido alegado por la parte demandante y en consecuencia no habiendo asumido la carga probatoria que le correspondía, resulta impróspera esa pretensión, más aun cuando la demandada adujo que la terminación del último contrato ocurrió por causa atribuible a la demandante.

Respecto de las acreencias laborales pretendidas, tenemos que tal y como lo adujo la juez de primera instancia, ante la declarativa de una unidad contractual, la reliquidación de éstas dan lugar a diferencias a favor de la demandante, en la forma como se determinó por la juez a-quo.

En cuanto a la prescripción aducida como fundamento del fallo absolutorio de primer grado, la Sala considera que, efectivamente, en el caso de autos se encuentra configurada. Veamos porque:

Como bien lo apreció la juez a-quo tanto el artículo 151 del C.P.T y de la S.S como el artículo 90 del C.P., vigente para la época resultan aplicables al procedimiento laboral, el primero por ser norma especial del proceso laboral y el segundo en virtud de la remisión efectuada por el artículo 145 del C.P.T.S.S., tal y como lo ha aceptado pacíficamente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Por vía de ejempló así se dijo recientemente en sentencia SL8716 de 2014:

“Frente a dicho tema, esta Sala de la Corte ha previsto en su jurisprudencia que entre la presentación de una demanda y su notificación pueden generarse diversas eventualidades, que no son imputables a quien funge como demandante y que, por lo mismo, no pueden redundar en su perjuicio. En tal orden, contrario a lo argüido por la censura, ha admitido excepciones a la regla previstas en el artículo 90 del código de Procedimiento Civil y, concretamente, como lo dedujo el Tribunal, ha aceptado que (...La sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma

no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado...) Dichas excepciones a la regla de interrupción de la prescripción están fundadas en la prevención de conductas reprochables desde todo punto de vista, que tienden al abuso de la disposición por parte de los deudores y, en materia laboral, en una protección especial para el trabajador que acude a tiempo a reclamar sus derechos y que realiza todas las acciones que están a su alcance para lograr la notificación de la demanda, por lo que no se le puede sancionar con la prescripción, a pesar de haber actuado diligentemente.”

Ahora, ambas disposiciones regulan el fenómeno de la interrupción de la prescripción pero con distintos requisitos para su configuración. Así, el artículo 151 del C.P.T. dispone que la sola reclamación de un derecho determinado interrumpe la prescripción hasta por un período igual. Se trata, entonces de una interrupción temporal, pues sus efectos se extienden hasta el mismo período de la prescripción, es decir; tres años. En cambio, la interrupción de la prescripción del artículo 90 del C.P.C. exige, desde luego, la presentación de la demanda, es decir, de una reclamación no ya ante el empleador sino antes los jueces y con la formalidad propia de cualquier demanda. Por consiguiente, sus efectos son, por regla general, definitivos. Sin embargo, esta regla tiene como excepción, la falta de notificación de la demanda, o del mandamiento ejecutivo, dentro del año siguiente a la notificación al demandante del auto admisorio de la demanda. En tales casos, si ello no ocurre, se produce la caducidad de la acción y la prescripción solo se interrumpe con la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda o el mandamiento ejecutivo.

En el caso de autos, el auto admisorio de la demanda fue notificado al demandante el día 9 de marzo de 2009 y la demanda solo vino a notificarse a demandada el día 18 de junio de 2015, sin que en ello hubiere tenido la culpa alguna. Por el contrario, lo que se observó por el tribunal al decretar la nulidad fue la falta de diligencia tanto del juzgado como la parte demandante para procurar la vinculación regular de la demandada al proceso mediante la debida notificación de la demanda. En tal virtud, los efectos de tal negligencia no pueden darse en perjuicio de aquella, lo que lleva a concluir que en el presente caso se ha configurado el fenómeno prescriptivo, lo cual amerita la confirmación del fallo consultado.”

Rad.011-2008-01053-02 (29 06 2016) Acta 000. M.P: Dr. Ariel Mora Ortíz.

SALA PENAL

SECUESTRO SIMPLE. El poco tiempo que la víctima sea privada de su libertad para lesionar su patrimonio económico no niega la configuración del delito del secuestro.

“Esta Sala tiene el deber jurídico de **confirmar** la decisión materia del recurso porque, de un lado, la misma se compeadece con los elementos de juicio allegados por la Fiscalía, en la audiencia de imputación y, de otro, los argumentos de la Fiscal apelante no desvirtúan las razones jurídicas en las que la determinación está apoyada sino que constituyen una reiteración de lo argumentado para solicitar la preclusión.

La señora Fiscal alega que el hecho denunciado –el secuestro- no existió lo cual resulta manifiestamente incoherente si se tiene en cuenta, de una parte, que en la audiencia de imputación afirmo lo contrario y, de otro, que no aporta ningún elemento de juicio recaudado con posterioridad para negar que las víctimas fueron privadas de su libertad por los

implicados en la madrugada de los hechos, por un tiempo que no resulta nada razonable para apoderarse de un computador y un portallaves.

El argumento según el cual, los implicados hicieron lo que normalmente hacen los ladrones para hurtar bienes, -se limitaron a retener las víctimas por el tiempo necesario para consumir el hurto- y que, por lo mismo, no hay secuestro, de un lado, corresponde a la causal de atipicidad de la conducta y no a la inexistencia del hecho y, de otro, resulta manifiestamente inadmisibles porque niega sin ningún fundamento: **1.-** La letra y el espíritu del art. 168 del C.P. en lo que hace a la tutela del bien jurídico de la libertad personal, **2.-** los conceptos básicos en materia de dogmática penal y teoría del delito pues implícitamente termina afirmando que se trata de un concurso aparente de normas cuando es evidente que el concurso es real; o que se trata de un delito complejo en el que la privación de libertad hace parte del hurto calificado, lo cual es jurídicamente insostenible y, **3.-** desconoce el pronunciamiento reiterado y pacífico de la jurisprudencia, según el cual el poco tiempo que la víctima sea privada de su libertad para lesionar su patrimonio económico no niega la configuración del delito de secuestro; tal y como lo establece la Corte en sentencia con rad. 23934 del 16 de mayo de 2007.

Ahora bien, como el legislador no exige como ingrediente de los tipos penales de secuestro (simple o extorsivo) que la privación de la libertad tenga una duración mínima determinada, es suficiente que se demuestre que la víctima permaneció efectivamente detenida en contra de su voluntad durante un lapso razonable para entender que los implicados le impidieron desplazarse libremente.

Esa razonabilidad permite distinguir el delito de secuestro del ilícito de hurto calificado por la violencia ejercida sobre las personas, en tanto éste comporta un contacto con la víctima que se retiene por el lapso necesario mientras es despojada de sus efectos personales, pero inmediatamente después puede continuar ejerciendo su derecho de locomoción.

En el presente caso, es apenas obvio que los autores retuvieron a las víctimas por un tiempo –más de medio hora- superior al que razonablemente necesitaban para apoderarse del computador; luego resulta forzado jurídicamente sostener que solo incurrieron en el delito contra el patrimonio económico.”

Rad. 000-2011-00076 (24 05 2016) Acta. 089. M.P: Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

REDOSIFICACIÓN DE LA PENA. Secuestro extorsivo agravado.

“Debe decantar la Sala si el Juez de Ejecución de Penas es el competente para redosificar la pena, frente a la causal de cambio de Jurisprudencia favorable.

Como se puede apreciar la solicitud del señor xxxx, es aplicar en su caso la sentencia 33254 del 2013, de la Honorable Corte Suprema de Justicia para obtener rebaja de pena. Teniendo presente que se encuentra condenado a 485 meses de prisión y multa de 15.000 SMLMV, mediante sentencia No. 063 del 31 de julio de 2009, como coautor responsable del delito de Secuestro Extorsivo Agravado y Confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga – Sala de Decisión Penal, el 27 de Octubre de 2009 en acta No. 246. En consecuencia la sentencia está ejecutoriada y en consecuencia en fase de vigilancia para su cumplimiento.

Ante esta realidad, surgen a manera de conclusión:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 9
2016

Primero que la variación jurisprudencial que invoca el señor xxxx, trata de manera exclusiva con el alcance interpretativo que la Corte le ha dado a la aplicación del incremento de penas previsto en la Ley 890 de 2004.

Segundo la competencia de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, que recae sobre asuntos donde existe sentencia debidamente ejecutoriada y que, por tanto, ha hecho tránsito a cosa juzgada. Por ello, le corresponde conocer de todo aquello que directa e inescindiblemente esté vinculado a la ejecución de la condena impuesta por el correspondiente juez de conocimiento, sin que ninguna de las atribuciones establecidas en el artículo 38 de la Ley 906 de 2004, les permita ocuparse de los fundamentos que dieron lugar a la declaratoria de la responsabilidad e imposición de las penas correspondientes.

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

Con esta misma orientación, cuando el efecto favorable al condenado no emana directamente de una ley, sino de una interpretación posterior respecto de la aplicada al asunto concreto, no es por vía del derecho de postulación ante el juez de penas que procede tal pretensión, porque ello implica remover los efectos de la cosa juzgada, que solo es posible mediante el ejercicio de la acción de revisión y a través de la causal que específicamente recoge ese supuesto de hecho, artículo 192 numeral 7 del estatuto procesal penal.

El artículo 192 numeral 7º de la ley 906 de 2004, prescribe que la acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

“Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad.”

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia Segunda Rad. 39443, del 05 de Septiembre de 2012, alude a la revisión como la institución aplicable en la situación fáctica y jurídica presentada en este caso, cuando dice:

“3.2. en este orden de ideas, la acción de revisión se estructura como el fenómeno jurídico excepcional, capaz de invalidar la institución de la cosa juzgada, siendo su técnica su argumentación absolutamente rigurosa y ceñida a las causales taxativamente señaladas por la ley.

3.3. Así las cosas, la pretendida redosificación punitiva alegada por el apelante, la cual aspira modificar una sentencia que ha logrado ejecutoria, sólo se puede promover mediante la acción de revisión prevista en el artículo 220 de la Ley 600 de 2000”.

Conclusión que expresamente establece la ley 906 de 2004. No siendo el Juez de Ejecución de Penas el llamado a resolver esta situación.

Así mismo, la Corte Suprema en la Sentencia 33254 del 27 de Febrero de 2013, expuso:

“Por consiguiente, a la luz de la argumentación aquí desarrollada, fuerza concluir que habiendo decaído la justificación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890 de 20045, en relación con los delitos incluidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 –para los que no proceden rebajas de pena por allanamiento o preacuerdo–, tal incremento punitivo, además de resultar injusto y contradictorio a la dignidad humana, queda carente de fundamentación, conculcándose de esta manera la garantía de proporcionalidad de la pena.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 9
2016

Por ello, la Corte habrá de casar la sentencia impugnada a fin de restablecer la referida garantía fundamental.

Así mismo, en ejercicio de su función de unificación de la jurisprudencia, la Sala de advierte que, en lo sucesivo, una hermenéutica constitucional apunta a afirmar que los aumentos de penas previstos en el art. 14 de la Ley 890 de 2004 son inaplicables frente a los delitos reseñados en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006. No sin antes advertir que tal determinación de ninguna manera comporta una discriminación injustificada, en relación con los acusados por otros delitos que sí admiten rebajas de pena por allanamiento y preacuerdo, como quiera que, en eventos de condenas precedidas del juicio oral, la mayor intensidad punitiva no sería el producto de una distinción arbitraria en el momento de la tipificación legal, ajustada por la Corte, sino el resultado de haber sido vencido el procesado en el juicio, sin haber optado por el acogimiento a los incentivos procesales ofrecidos por el legislador; mientras que, frente a sentencias condenatorias por aceptación de cargos, la menor punibilidad, precisamente, sería la consecuencia de haberse acudido a ese margen de negociación, actualmente inaccesible a los delitos referidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006”.

Lo anterior podría ser el motivo para que el apelante invocara esa decisión, sobre todo porque en esa sentencia la Corte Suprema de Justicia realizó una disminución punitiva –*sin poder sostener que le asiste razón conforme a su caso*--. Ya que ese pronunciamiento no resulta posible examinarlo en esta oportunidad, por tratarse de un asunto que no constituye el objeto de la decisión de primera instancia, toda vez que el tema corresponde a una redosificación punitiva que resulta improcedente en atención que la variación por cambio jurisprudencial constituye asunto de trámite a través de la acción de revisión como viene anotado.

Acogiendo lo anterior, queda claro que en esta oportunidad no está concluyendo una ausencia de derechos del impugnante con relación a la modificación punitiva que pretende, en atención a que no sea estudiada de fondo la misma; sino que se formula la observación acerca de la vía procesal para resolverla, en el sentido que en lugar de acudir al Juzgado que vigila la ejecución de la pena, debía hacerlo al competente para conocer de la acción de revisión establecida en el artículo 192 numeral 7º de la Ley 906 de 2004. Que es precisamente la conclusión del auto motivo de ésta apelación, que comparte plenamente ésta sala.

De modo que razón le asiste al Juez de instancia al negar la pretensión del condenado por no ser él competente para modificar la sentencia, ni éste el mecanismo para remover los efectos de la cosa juzgada, lo que amerita la confirmación de la decisión.”

Rad: 163-2008-01491-01. (11 10 2016) Acta 138. M.P: Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez.

TUTELAS

VIDA DIGNA, a la identidad cultural, a la autodeterminación de los pueblos indígenas, al territorio colectivo de la comunidad indígena, garantizando la salud y educación. Servicio militar de los jóvenes indígenas.

“... resolverá la acción de tutela presentada por el señor xxxx, quien actúa como Vicecacique del resguardo indígena de origen colonial Gran Jardín de la Sierra en contra del Ministerio del Interior, la Presidencia de la República y el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – Incoder, por considerar vulnerados los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, la vida, la integridad personal, las garantías judiciales, la libertad personal, el acceso a la administración de justicia, la honra, la dignidad, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de pensamiento y de expresión, el derecho a la rectificación o respuesta, la protección a la familia, la niñez, la mujer y la tercera edad, la igualdad de género, la propiedad privada, la salud, la educación, el derecho a la circulación y la residencia, la igualdad, el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, la protección judicial, el trabajo y el salario justo, los derechos de los extranjeros y migrantes, el reconocimiento y protección a la diversidad étnica y cultural de la nación, de las riquezas culturales y naturales, la no desaparición forzada, así como los derechos de primera y segunda generación, los derechos colectivos y del ambiente y el derecho internacional público.

(...)

Con esos elementos de juicio solicitó que se amparen los 33 derechos relacionados en precedencia y se acceda a las siguientes pretensiones:

1. Se reconozca el resguardo indígena de origen colonial Gran Jardín de la Sierra, inmerso en el tratado internacional protocolizado en la escritura pública de origen colonial binacional, No. 509 del 13 de enero de 1906 del a Notaría Primera de Ipiales, inscrita en la Oficina de Instrumentos Públicos de ese departamento en el libro 1º, tomo único, folio 29, partida 57.
2. La revisión de la escritura pública de origen colonial binacional. No. 509 del 13 de enero de 1906 de la Notaria Primera de Ipiales, a fin de establecer los derechos de la comunidad indígena Gran Jardín de la Sierra.
3. Responsabilizar al Estado colombiano por los daños causados a ese resguardo, por su proceder dudoso e irresponsable, en cuanto a la fecha no existe una legislación justa, coherente y digna que los favorezca y proteja.
4. Que no se obligue a los jóvenes indígenas de la comunidad accionante a prestar servicio militar en contra de su voluntad.
5. Ordenar una visita al lugar en donde se encuentra radicada esa comunidad, por parte del Gobierno Colombiano – Presidente Juan Manuel Santos Calderón, a fin de que verifiquen los riesgos en que se encuentran los nativos del Resguardo Gran Jardín de la Sierra y se adopten las medidas necesarias para socavar dicha situación.
6. La emisión de un acto administrativo por parte de Incoder y el Ministerio del Interior.

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

**BOLETIN 9
2016**

7. El reconocimiento del derecho consuetudinario por su carácter ancestral, que supera los principios rectores del derecho implementado en el país, entendido como el deslinde de las jurisdicciones.

(...)

En desarrollo de la facultad prevista en el literal a) del artículo 101 de la Ley 1753 de 2015, se creó, a través del Decreto Ley 2363 de 2015, la agencia Nacional de Tierras con el objeto de ejecutar la política de ordenamiento social de la propiedad rural formulada por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, para lo cual debe gestionar el acceso a la tierra como factor productivo, lograr la seguridad jurídica sobre ésta, promover su uso en cumplimiento de la función social de la propiedad y administrar y disponer de los predios rurales de la Nación.

De igual forma, en desarrollo de la facultad señalada en el literal b) del artículo 107 de la Ley 1753 de 2015, se creó, a través del Decreto Ley 2364 de 2015, la Agencia de Desarrollo Rural con el objeto de ejecutar la política de desarrollo agropecuario y rural con enfoque territorial formulado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a través de la estructuración, cofinanciación y ejecución de planes y proyectos integrales de desarrollo agropecuario y rural nacionales y de iniciativa territorial o asociativa, así como fortalecer la gestión del desarrollo agropecuario y rural y contribuir a mejorar las condiciones de vida de los pobladores rurales y la competitividad el país.

Por ministerio de la ley, el objeto y funciones que desarrollaba el Incoder fueron transferidas a las Agencias antes citadas, entre ellas, la prevista en el artículo 85 de la Ley 160 de 2004, consistente en el estudio de los títulos que las comunidades indígenas presentan, con el fin de establecer la existencia legal de los resguardos.

De los documentos adosados al plenario se aprecia que el señor xxxx, en calidad de Vicecacique radicó el 25 de febrero de 2014, ante el Ministerio del Interior un derecho de petición en el que solicitó que se adelantara un estudio etnológico en el resguardo indígena de origen colonial Gran Jardín de la Sierra, para cuyo efecto anexó el plan de vida de esa comunidad, un programa ambiental auto sostenible, la escritura pública de la que dicen derivar sus derechos, entre otros; petición que fue trasladada al Incoder, aunque el actor persistió en formular solicitudes a ese Ministerio que fueron resultas desfavorablemente, no se tiene alguna que provenga de ese instituto o de las Agencias Nacional de Tierra o Desarrollo Rural, pues tan sólo obra a folios 776 a 782 del dossier la gestión de asuntos étnicos que adelantó el Incoder respecto a la comunidad indígena de Males, del municipio de Córdoba – Nariño y el acta de la correspondiente visita, en la que se indica que se efectuó el recorrido por seis corregimientos, 29 veredas y el territorio de Jardín de la Sierra, considerándolo parte del Resguardo de Males.

No obstante lo anterior, el Ministerio de Ambiente en un comunicado el pasado 29 de septiembre le recordó al tutelante que el 22 de abril de 2014 por solicitud del señor xxxx, Director General y Coordinador del Proyecto REDD + Asociación Campesina Gran Jardín de la Sierra, se desarrollo una reunión en la Dirección de Bosques de Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos de ese Ministerio, con el fin de socializar el proyecto e identificar sus potencialidades. Para acreditarlo aportó copia del análisis del proyecto REDD + en el resguardo indígena de origen colonial Gran Jardín de la Sierra, en el que se plantearon varias recomendaciones, sin que se tenga conocimiento si fueron respetadas o no.

De lo que concluye la Sala que el proceso de constitución del resguardo indígena Jardín de la Sierra ha tomado un tiempo irrazonable al pasar más de dos años desde su primera solicitud ante el Ministerio del Interior y su traslado al Incoder, sin que ni siquiera se hubiese verificado una visita al territorio ni estudio socioeconómico alguno por parte de ésta última autoridad, omisión que ha puesto en riesgo la identidad cultural y étnica de la comunidad,

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 9
2016

la ha privado de ser beneficiaria del Sistema General de Participaciones y ha desconocido profundamente su libertad de autodeterminación y gobierno, vulnerando así el derecho fundamental al debido proceso y por contera, los derechos fundamentales a la vida digna, a la identidad cultural, a la autodeterminación de los pueblos indígenas, al territorio colectivo de esta comunidad, a ser beneficiarios de recursos para garantizar a su población la salud y la educación, por lo que las órdenes se dirigirán a la Agencia Nacional de Tierra, en Conjunto con la Dirección de Asuntos Étnicos, de la siguiente manera: a) deberán observar el derecho a la participación efectiva de la comunidad indígena en el desarrollo del proceso de constitución del resguardo de origen colonial Gran Jardín de la Sierra b) realizar en el menor tiempo posible la visita y el estudio técnico y socioeconómico del territorio pretendido, y c) proteger los territorios de la comunidad de injerencias de terceros, pero, también, los derechos del Resguardo Indígena Males, ubicado en el municipio de Córdoba- Nariño. Sobre su cumplimiento deberán informar oportunamente a la Sala.

De la misma manera se ordenará a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación para que acompañen y vigilen el adelantamiento del proceso, para evitar que se dilate en un término mayor el proceso de constitución del resguardo de la comunidad indígena accionante.

Por otro lado se identifica la necesidad de la titulación de los predios que ocupa la comunidad indígena accionante, quien si bien dice derivar estos derechos de la escritura pública No. 509 de 1906, que fue solicitada a la Notaría Primera del Círculo de Ipiales; lo cierto es que de la lectura de la misma y conforme a las manifestaciones de varias entidades, en ese acto se protocolizaron los documentos que acreditan la titularidad del resguardo de Males; sin embargo, no se puede desconocer que la falta de titulación de territorio colectivo que ocupa la comunidad accionante les genera perjuicios graves a su identidad cultural y libre autodeterminación; la injerencia de terceros perturbando su posesión sobre ellos y dejándolos en un estado mayor de indefensión frente a grupos al margen de la ley que ocupan la zona y les impide gozar del Sistema General de Participaciones para satisfacer sus necesidades básicas como pueblo indígena; con todo, esta vía constitucional no está dada para desarrollar esa pretensión, como lo pretende el actor, competencia reservada al Incoder en liquidación por ley, hoy Agencia Nacional de tierras.

En cuanto a las actuaciones de Ecopetrol debe decirse que corresponde, conforme a lo previsto en el artículo 127 de la Ley 21 de 1991, señalar a las autoridades indígenas los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotación minera; aunque por demás, como lo informó esa empresa, el oleoducto trasandino data de los años “60”, siendo anterior a la solicitud de reconocimiento como resguardo del Jardín de la Sierra, que lo atraviesa en 8.25 Kilómetros, sin que hasta el momento hubiese adelantado nuevas licencias para desarrollar proyectos en esa zona y los vertimientos de hidrocarburos han sido ocasionados por grupos al margen de la ley.

En cuanto al servicio militar obligatorio para los jóvenes indígenas, con sujeción al artículo 27 literal b) de la Ley 48 de 1993, están excluidos.”

Rad. 000 2016 00120 00 (04 10 2016) Acta 137. M.P: Dra. Gloria Montoya Echeverri

DERECHO DE PETICIÓN Discapacidad. Desplazado por la violencia. Reparación administrativa para víctimas

“En sus planteamientos, el accionante insistentemente proclama que por la condición de desplazado por la violencia, y su situación de discapacidad, es derecho al otorgamiento inmediato y sin condicionamiento alguno de la indemnización administrativa que consagra la Ley 1448 de 2011 y que se encuentra reglamentada en el Decreto 4800 de 2011, como compensación porque tuvo que salir del lugar que habitaba dejando sus bienes.

Aunque si bien, el actor allega derechos de petición a través de los cuales pretende hacer valer, probó su situación de discapacidad ante la Unidad tutelada, lo cierto es que, de los documentos que según él presentó, no se puede extraer de manera cierta su pérdida de capacidad laboral por encima del 50%, que según él, adquirió a causa de un accidente de tránsito, hecho este, que debe ser probado ante la Unidad citada y no ante el Juez Constitucional, puesto que, son ellos quienes conforme su normatividad deben valorar su situación y determinar su posible priorización.

En esos términos y condiciones, el Tribunal considera que no resulta plausible considerar que existe afectación de los derechos fundamentales que se incoan como afectados y menos aún que sea posible la pretensión principal que está encaminada a que se ordene la cancelación inmediata de la indemnización, porque además de ello, es incontrovertible que la entidad accionada debe acatar los preceptos legales señalados en el Decreto 1377 de 2013 a través de los cuales se definieron los criterios que se tendrían en cuenta para entregar prioritariamente la indemnización administrativa a los núcleos familiares que cumplieron las exigencias preestablecidas, como también el programa de acompañamiento que se implementó para la promoción de una inversión apropiada por parte de la víctima, al tenor de la Ley 1448 de 2011. Por ello, de admitirse la pretenciosa aspiración del quejoso constitucional, se provocaría el colapso de la política pública y programa que tiene como finalidad la reparación de las personas que han sido víctimas del conflicto armado y se generaría desigualdad frente a las demás personas que en idénticas condiciones esperan la cancelación de ese mismo beneficio.

Ahora, si bien es innegable la protección constitucional a las víctimas de desplazamiento forzado por tratarse de un delito que las afecta de manera masiva, sistemática y continúa, siendo calificado por la Corte Constitucional como “... *un problema de humanidad que debe ser afrontado solidariamente por todas las personas, principiando, como es lógico, por los funcionarios del Estado*”; “*un verdadero estado de emergencia social*”, “*una tragedia nacional, que afecta los destinos de innumerables colombianos y que marcará el futuro del país durante las próximas décadas*” y “*un serio peligro para la sociedad política colombiana*” y que cuando éste ocurre, debe existir una adecuada atención humanitaria para que las víctimas puedan tener la garantía de subsistencia mínima como un derecho fundamental de la población desplazada; en el caso en cuestión, a pesar que el tutelante ha ejercido actos encaminados a obtener la anhelada indemnización administrativa, la accionada le explicó que ese hogar no había sido priorizado para la cancelación de esa reparación.

Así las cosas, la Sala no encuentra sustento fáctico ni jurídico, ni prueba alguna que permita indicar que existe la amenaza o el quebrantamiento de los derechos fundamentales del accionante que hagan factible su amparo y por ende que se reconozca y pague la indemnización administrativa como víctima del conflicto que pretende, motivo que conlleva a confirmar la Sentencia N°. 046 del 13 de Julio de 2016 que profirió el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, mediante la cual negó la tutela de las garantías constitucionales deprecadas”.

Rad.019-2016-00040-01 (30 08 2016). Acta. 238. M.P. María Consuelo Córdoba Muñoz

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

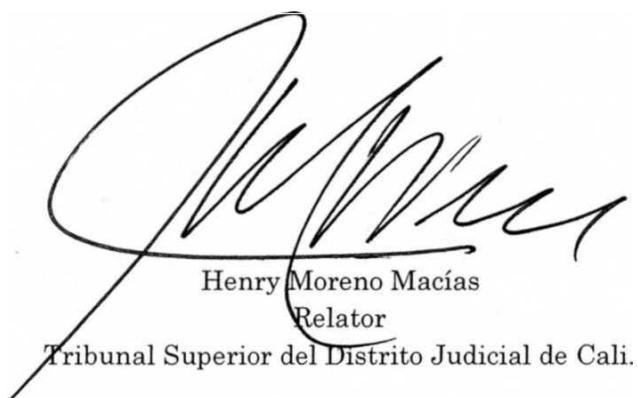
**BOLETIN 9
2016**



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.