

Boletín del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla



Octubre 2014

Número 29

1. SALA CIVIL-FAMILIA

MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS-Regulación en el Código General del Proceso/**PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD**-No opera respecto de esta clase de medidas/**PROCESOS DECLARATIVOS**-Requisitos para ser decretadas: razonabilidad, legitimidad, necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida solicitada

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ABDÓN ALBERTO SIERRA GUTIERREZ

Causa fáctica: En el presente caso, dentro de un proceso de pertenencia, a la parte actora se le niega la solicitud de medida cautelar de suspensión de la diligencia de entrega del bien materia del proceso, razón por la cual recurre dicha decisión en aras de salvaguardar el bien objeto de prescripción, solicitando se apliquen las medidas cautelares innominadas que trae el C.G.P.

Extractos: “Las medidas cautelares constituyen un instituto accesorio a la cuerda principal y su función es garantizar la sentencia que se profiera en el proceso.

De acuerdo con la naturaleza del proceso, el legislador prevé las cautelas. Así tenemos que para el ejecutivo se permiten las cautelas más invasivas, dado que permiten tomar del patrimonio del demandado deudor bienes, incluso con la fuerza pública, mediante el embargo y secuestro.

Para el proceso declarativo, el legislador ha estatuido las medidas de inscripción de la demanda y secuestro autónomo.

Sin embargo, con la entrada en vigencia del artículo 590 del C.G.P., el legislador permite que en estos procesos declarativos se pueda acudir a las llamadas medidas cautelares innominadas, con lo que se dice que el principio de taxatividad de dichas medidas ha sido abandonado, dado que tal principio era entendido en el sentido de que solo se decretan medidas cautelares en los procesos que el legislador las permite y solo las cautelas establecidas para esa clase de proceso.-

Pues bien, en principio, en el proceso de pertenencia solo es decretable la medida cautelar de inscripción de demanda, por tratarse de un bien inmueble el que es objeto de la controversia. Pero, con la vigencia del artículo 590 del C.G.P. es posible hoy solicitar, en el proceso declarativo las innominadas. Pero ellas, en nuestra legislación no solo exige las dos exigencias generales de procedencia de las cautelas, como es la existencia de buen derecho y la demora en el trámite del proceso, que per se presume, causan perjuicios al derecho en litigio.

Sino que, el legislador adicionó otras tantas exigencias para que se pueda decretar una medida cautelar innominada y que corresponde al peticionario traer su demostración, como lo es: la razonabilidad de la medida; la legitimidad del peticionario para pedir la medida; necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida que se solicita, que como se ha dejado sentado, corresponde al solicitante el establecimiento de tales exigencias, lo cual, no cumplió el aquí demandante y petente de la medida cautelar de suspensión de la diligencia de entrega.-

Pero ajeno a ello, en las circunstancias en choque en el presente caso, se encuentra el derecho cierto y declarado en sentencia ejecutoriada al crédito y a que se satisfaga dicho crédito insoluto enfrentado a un derecho incierto y por declarar; el demandante en el proceso declarativo cuenta con institutos procesales para hacer valer su derecho, en curso el proceso, mediante la prejudicialidad y luego de terminado, la sentencia genera efectos erga omnes y a posteriori de la inscripción de la demanda, de serle favorable su pretensión, dicha sentencia es oponible a toda inscripción posterior a ella.-

Luego entonces, tenemos que el demandante no argumento de manera adecuada y formal las exigencia para solicitar la medida cautelar y desde el punto de vista sustancial, tal medida no es proporcional, necesaria ni efectiva, mientras por el contrario, se torna pernicioso y desconoce un derecho cierto y definido por la misma judicatura.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 590 del Código General del Proceso.

DEMANDANTE: Álvaro León Sánchez

DEMANDADO: Inmobiliaria Pegasus Internacional

FECHA: Septiembre 25 de 2014

RADICACIÓN: 08001-31-03-010-2013-00178-01/**38.423**

DECISIÓN: Confirma Auto Apelado.

SENTENCIA INHIBITORIA-Procedencia ante la falta del presupuesto procesal de demanda en forma/Pretensiones excluyentes entre sí impiden al juez proferir una decisión de fondo, porque no se sabría sobre qué debe fallar/**CONDENA EN COSTAS** -Se imputan a cargo de la demandante como parte vencida en el proceso puesto que no consiguió la declaración favorable a lo pretendido por ella

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES

Causa Fáctica: En el presente caso, se estudian sendos recursos de apelación formulados contra la sentencia de primera instancia, por cuanto, la demandante estimó que despacharon negativamente sus pretensiones por razones meramente procesales, mientras los accionados censuran la falta de condena en costas a la actora.

Extractos: “La controversia entre la Juez de primera instancia y la demandante recurrente, está centrada en el argumento con base en el cual, la primera desestimó las pretensiones de la demanda porque la demandante carece de legitimación en la causa por activa para demandar la declaratoria de incumplimiento y posterior resolución del denominado por los intervinientes en el mismo como “contrato de compromiso de garantía de compraventa”, mientras que la recurrente insiste en que si tiene esa legitimación para que se le concedan las pretensiones e insiste en ello.

Empero, al analizar el presente proceso, de acuerdo a la “subsanción” de la demanda con respecto a los capítulos de hechos y pretensiones efectuada en el memorial del 11 de enero de 2011, donde se expresa que estamos ante un proceso de “*Resolución del contrato de compraventa* ^{véase nota1}”, se advierte que en la redacción de éste último acápite se incurrió en un defecto procesal de tal gravedad – que no fue advertido por la A Quo- que impide el poder proferir una sentencia de fondo, aun en el evento que se considere que los argumentos de la recurrente sean suficientes para revocar la decisión de la sentencia recurrida.

Dado que la redacción de las tres primeras pretensiones de esa demanda incumple la prohibición consagrada expresamente en numeral 2º del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, que indica:

“2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.”

En el presente caso la pretensión principal y las dos subsiguientes que se indican como “consecuenciales” de la primera son incompatibles entre sí de acuerdo a las reglas del derecho sustancial:

La primera pretensión fue redactada así:

“Que se declare resuelto el contrato de garantía de compromiso de compraventa suscrito por los demandados, por no haberse cumplido la entrega del bien inmueble ubicado en la carrera 3 No. 45-04, Urbanización Ciudadela 20 de Julio de esta ciudad, tal y como se establece en la cláusula segunda del citado contrato”.

Al ser ésta una pretensión de carácter resolutoria que conlleva la declaración de ineficacia de las estipulaciones contractuales, su reconocimiento genera que desaparezcan del mundo jurídico las obligaciones recíprocamente asumidas por las partes contractuales y las cosas deberían “regresar al estado anterior” a la celebración del contrato.

Es decir, la demandante (en su caso, si prosperara su demanda) recibiría de vuelta el dinero pagado por el contrato, con los frutos de esa suma de dinero y la parte demandada seguiría conservando la posesión del bien que se comprometió a entregar y no lo hizo.

¹ Folios 2-5, 6-32, 35-37 del cuaderno de primera instancia.

Empero, las pretensiones 2ª y 3ª y formuladas como “consecuenciales” de la anterior lo que solicitan es el cumplimiento de esa obligación de **“entregar”** el bien material objeto de esa promesa que se alega fue asumida por los aquí demandados; al indicar esas pretensiones segundas y terceras:

“Que como consecuencia de lo anterior, se condene a los demandados a restituir el inmueble mencionado a favor de la demandante.

Que los demandados deberán pagar a la demandante el valor de los frutos naturales o civiles del inmueble mencionado, no sólo los percibidos, sino todos los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y cuidado de acuerdo a una justa tasación efectuada por peritos; desde el momento en que debió producirse la entrega (30 de octubre de 2008) hasta la entrega del inmueble.”

Quien acude a la jurisdicción, busca que un juez de la República declare, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, cuáles son los derechos y obligaciones que le corresponden, pero el Juez no puede llegar a la sentencia de cualquier manera: para ello debe seguir los lineamientos del proceso, que es el medio jurídico por excelencia para resolver las distintas controversias que se le pongan en conocimiento.

Para llegar a una decisión sobre el fondo del asunto, el medio empleado para ello, esto es, el proceso, debe haberse recorrido sin tropiezos y debe cumplir con unos requisitos mínimos, sin los cuales resultaría imposible desatar el litigio. A dicho respecto se han señalado la capacidad para ser parte, la capacidad procesal, demanda en forma, y la competencia del juez.

A quien busca satisfacer una pretensión, debe exigírsele que sea claro y preciso y que no genere peticiones incompatibles que sean imposibles de satisfacer en lo que solicita obtener, apuntando a ello el presupuesto procesal de “demanda en forma”

Siendo este acto procesal de la demanda un acto jurídico reglado, a la que la ley impone toda una serie de requisitos de forma y de fondo que van desde la designación del juez, hasta algunos anexos que deben acompañarse con él. Estos requisitos buscan crear esquemas que faciliten el trabajo del juez, la defensa del demandado, y un planteamiento técnico del proceso.

La falta de alguno o algunos de dichos requisitos pueden generar consecuencias negativas para el actor, como la inadmisión o el rechazo de la demanda, la formulación de excepciones previas por parte del demandado, y la existencia de nulidades procesales, entre otros. Consecuencias nada irrelevantes, pero no por ello puede confundirse cualquiera de estos con el presupuesto procesal denominado “demanda en forma”.

La “demanda en forma”, hace relación a la claridad o precisión en las pretensiones de la demanda; si no se tiene certeza sobre lo que pidió el actor o ello no se puede conceder en la forma expresamente solicitada no pudiéndose interpretarla de otra manera, es imposible que el juez profiera una decisión de fondo, porque no se sabría sobre qué debe fallar. Sería diferente que a la demanda simplemente carezca de algunos requerimientos de forma que no tengan incidencia en la determinación de las pretensiones. En estos casos, a pesar del

vicio, es posible definir con claridad y precisión el objeto del proceso, y el juez está obligado a proferir un fallo de fondo al respecto, lo cual como antes se indicó no acontece en este caso.

Careciendo esta Corporación de facultades, en este momento procesal para adecuar o subsanar deficiencias en la redacción de dichas pretensiones estando sujeto a las mismas por el tenor literal del artículo 305 {véase nota2} del Código de Procedimiento Civil, sin que el A Quo o la parte demandada hubieran ejercido en el momento procesal oportuno los medios que ese mismo Estatuto Procesal le concedió para ello.

Necesariamente, se llega a la conclusión que no es posible proferir una decisión de fondo en el presente proceso y que necesariamente ante la deficiencia formal apreciada la única solución posible es proferir una decisión inhibitoria; por cuanto, la misma, como antes se señaló, a estas alturas del proceso constituye una irregularidad insaneable que impide -véase nota 3- expedir una decisión de fondo, en el sentido que se pronunció la Corte Constitucional en su sentencia C-666 de fecha noviembre 28 de 1996.

Consecuencialmente, se procederá a revocar el numeral 1º de la sentencia de primera instancia y en su lugar proferir una decisión de carácter inhibitorio.

Sin embargo, lo anterior no impide el estudio del recurso planteado por alguno de los demandados en contra de numeral 2º de dicha sentencia, puesto que este se fundamenta en un aspecto de carácter procesal y no sustancial, en ese numeral la A Quo a pesar de haber negado las pretensiones de la demanda decidió no condenar en costas a la parte que resultó vencida en la decisión final del proceso a favor de quienes intervinieron en el proceso para cuestionar esas pretensiones, incumpliendo así los preceptos del numeral 1º {véase nota4} del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

Razón que es suficiente para revocar ese numeral 2º de la sentencia, recurrida puesto que si bien es cierto que se ha revocada la decisión en derecho sustancial para proferir una sentencia de carácter inhibitoria, aún en esas condiciones debe considerarse a la actora como “parte vencida” en el proceso puesto que no consiguió la declaración favorable a lo pretendido por ella, por lo que se le condenará al pago de las costas de primera instancia a favor de los demandados recurrentes, empero en el entendido que será el Juez de Primera instancia quien efectuara la estimación de las agencias en derecho y dará el trámite pertinente a la liquidación de costas.”

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia tiene salvamento de voto del Magistrado Diego Pérez Salas, a continuación extractos de sus argumentos:

“...el juzgador debe evitar en lo posible decisiones inhibitorias – como la que se profiere por la Sala mayoritaria – y, por tanto, como director del proceso debe hacer uso de todas las herramientas jurídicas a su alcance para evitar tal especie de sentencia y por el contrario definir de fondo la

² “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.”

³ “3. La exequibilidad de los preceptos enunciados se condiciona, además, en el sentido de que las sentencias judiciales inhibitorias únicamente pueden adoptarse cuando, ejercidas todas las atribuciones del juez y adoptadas por él la totalidad de las medidas procesales para integrar los presupuestos del fallo, resulte **absolutamente imposible** proferir decisión de fondo”

⁴ “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.”

situación sometida a su consideración; empero, en situaciones extremas de falencias insuperables en punto de los presupuestos procesales, se admite hoy en día que el juzgador en lugar de inhibirse deberá decretar la nulidad del proceso...

(...)

Se añade que la sentencia mayoritaria además de inhibirse de proferir un pronunciamiento de fondo, irroga además, condena en costas a la parte demandante, determinación errada puesto que cuando el juez se inhibe de decidir de fondo el litigio planteado no es posible condenar en costas a ninguna de las partes porque tal condena solo se abre paso cuando la sentencia resulta desfavorable para alguno de los litigantes, vale decir, existe una parte vencida en el pleito y otra parte ganadora del mismo; lo que no ocurre en tratándose de sentencias inhibitorias.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 82 numeral 2º, 305, 392 del C.P.C., Corte Constitucional C-666 de 1996 y artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

DEMANDANTE: Silvia Molina Cagua

DEMANDADO: Rubén Darío Jiménez Noriega, Rosario Esther Cera de Jiménez y otros

FECHA: Septiembre 29 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-03-007-2010-00286-01/**38.103**

DECISIÓN: Revoca sentencia de primera instancia. Se inhibe de proferir pronunciamiento de fondo. Condena a la demandante en costas.

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA INFIDELIDAD DEL CÓNYUGE-

Procedencia/Régimen de culpa probada: Se demuestra por la concepción de un hijo de hombre diferente al marido/**PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA POR FALSA LEGITIMIDAD-** Es la consagrada en el artículo 224 del Código Civil a quien prospere la impugnación de la paternidad o maternidad

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS

Causa Fáctica: En el presente caso, el recurso de apelación sólo versa respecto a la prueba y cuantificación de los perjuicios irrogados al demandante derivados del hecho de descubrir después de varios años de casado con la demandada, que el menor que se reputaba concebido en el matrimonio, no era su hijo, por tanto, solicita se eleve el quantum de la indemnización decretada en primera instancia.

Extractos: “La sentencia de primer grado estudió a profundidad la novedosa pretensión presentada a la jurisdicción y tras advertir que la exótica cuestión planteada puede ubicarse en el derecho de la responsabilidad civil con entronques en el derecho de familia, llega a la conclusión afortunada, según la cual, en el derecho colombiano existe norma expresa que permite formular la pretensión indemnizatoria por falsa legitimidad, que no es otra que la contenida en el artículo 224 del Código Civil, modificado por el artículo 10 de la ley 1060 de 2006, cuyo texto expresa: “durante el juicio de impugnación de la paternidad o maternidad se presumirá la paternidad del hijo, ***pero cuando exista sentencia en firme el actor tendrá derecho a que se le indemnice por todos los perjuicios causados***” (cursiva y negrita fuera de texto); responsabilidad que el operador judicial estima enmarcada en un régimen de culpa probada, por violación de los deberes conyugales, en particular, para el asunto, el de fidelidad, “...toda vez que dicha contravención se configura con el hecho de haber concebido (sic) un hijo que no es biológicamente descendiente del actor...”; responsabilidad demostrada e imputable a la demandada quien ciertamente fue declarada

responsable y condenada al resarcimiento de los daños materiales y morales señalados en la parte resolutive de la sentencia, cuya cuantificación, se repite, no comparte el recurrente.

Como comentario marginal se permite la Sala aprovechar la ocasión – en virtud de la infrecuencia en la ocurrencia de la litis pendencia propuesta – para esbozar algunas reflexiones sobre la materia:

Delanteramente, cabe puntualizar que el vigente sistema jurídico Colombiano, en materia del divorcio está estructurado en la idea común y generalmente aceptada que el incumplimiento de los deberes conyugales – como motivo del divorcio – cuando se acredita, sólo trae como secuela principal el decreto del divorcio reclamado por el cónyuge inocente, y por lo mismo, se entiende y comprende que no es posible irrogar condena por perjuicios a cargo del cónyuge culpable que incumplió sus deberes conyugales, puesto que ciertamente el legislador patrio no consagra expresamente esa consecuencia resarcitoria de daños causados por el incumplimiento de tales deberes conyugales, que soportan la pretensión de divorcio.

Además, existe la tesis de negar el carácter jurídico de los deberes conyugales, que sirve entonces como báculo para negar la indemnización de perjuicios por violación de los deberes conyugales en virtud de que aquéllos sólo tienen un carácter ético o moral sin que configuren una obligación jurídica en rigor, de tal suerte que su incumplimiento no genera daño resarcible⁵.

Esta situación de nuestra legislación vigente en materia de divorcio por incumplimiento de deberes conyugales es diametralmente opuesta a normativas extranjeras en las cuales se permite que el juez que decreta el divorcio además condene al cónyuge culpable de la violación de deberes conyugales, cuando tal incumplimiento de deberes ha causado daños resarcibles al cónyuge demandante, por ejemplo, así se consagra en el derecho francés y portugués, artículos 266 y 1792 de los Códigos Civiles de los países citados.⁶

En Colombia, en resumen, hoy en día, la violación del deber conyugal de fidelidad genera – cuando se demuestra – un motivo de divorcio, sin secuelas resarcitorias para el cónyuge culpable al interior del proceso de divorcio; de tal suerte que, el resarcimiento de daños en casos como el presente se deriva de la falsa atribución de paternidad, que cuando se establece – como en el sub júdice – por sentencia en firme genera la posibilidad de indemnizar de manera integral todos los perjuicios causados, en armonía con el artículo 10 de la ley 1060 de 2006, que modificó el artículo 224 del Código Civil.⁷

Cabe precisar que el resarcimiento de daños se abre paso sin duda alguna a efectos de indemnizar los perjuicios materiales y morales derivados del engaño causado por la demandada al atribuir la paternidad de su hijo al demandante, sin serlo, y por lo mismo, tal hecho dañoso causó perjuicios al actor, lesión notoria al autoestima, y detrimento en su patrimonio económico puesto que de no existir tal maniobra engañosa de imputarle a su cónyuge una inexistente paternidad, es obvio que no se hubieran ocasionado los perjuicios reclamados hoy en día por vía judicial.

⁵ Diego Omar Pérez Salas, La Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia, Editora Surcolombiana S.A., 2012, Pág.40.

⁶ Artículo 266 Código Civil Francés: “cuando el divorcio se dictara por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, éste podrá ser condenado a daños y perjuicios como reparación del perjuicio material o moral que la disolución del matrimonio hubiera causado a su cónyuge. Este último sólo podrá solicitar daños y perjuicios con ocasión de la acción de divorcio”, tomado del texto anteriormente citado, Pág. 44.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 5630 de 8 de mayo de 2014, radicación 11001-31-10-013-2006-01276-01, MP. Fernando Giraldo Gutiérrez.

Para la Sala es claro – en orden a desatar el recurso del apelante único – en resumen que, cuando existe pronunciamiento judicial que determina la incompatibilidad de la paternidad o maternidad con el presunto hijo nace para el actor el derecho a pedir la indemnización de todos los perjuicios causados por esa conducta engañosa y antijurídica; posibilidad cierta que establece sin ambages, se repite, el modificado artículo 224 del Código Civil, con el agregado que, tal reparación debe ajustarse al principio del resarcimiento integral del daño, reconocido entre nosotros normativamente desde la vigencia del artículo 16 de la ley 446 de 1998.

En el terreno propio del objeto del recurso, la Sala debe decir, en primer lugar, que en el asunto sub judice no existe en rigor prueba pericial que acredite cabalmente la cuantía de los daños materiales reclamados por el actor, como equivocadamente se afirma por el censor; puesto que en verdad lo que existe es un documento acompañado con la demanda que dice contener las liquidaciones de cuotas de alimentación y pagos de colegios de primaria y bachillerato, elaborado por un contador público, al parecer, contratado para esos fines por el abogado del demandante, con el fin de determinar el monto o cuantía de los gastos pagados por cuotas alimentarias, matrículas y pensiones de estudio del joven XXXXXXXXXXXX (folios 60 a 74), documento que en el auto que decretó las pruebas del pleito, adiado julio 23 de 2013, se tuvo en consideración como prueba documental aportada por el actor (folio 156 Cdo principal), empero, es claro que, el demandante nunca solicitó como prueba, debiendo hacerlo, la recepción del testimonio técnico del señor contador que suscribe tal documento arrimado como anexo del libelo inicial; y menos aún se pidió la práctica de prueba pericial contable o financiera para acreditar el valor de los perjuicios económicos sufridos por el demandante; y, en consecuencia, el juez de primera instancia ciertamente estaba impedido para escrutar el referido texto como un dictamen pericial incorporado y controvertido legalmente en el proceso, pues, se repite, eso no ocurrió por la falencia del actor en su solicitud de medios de convicción a tenerse en cuenta por el juzgador.

En este sentido, bien se hizo en la sentencia a efectos de liquidar los perjuicios materiales en contemplar como pruebas documentales conducentes e idóneas para la demostración de perjuicios materiales, las piezas documentales que cumplen los requisitos necesarios para su valoración como documentos, las cuales demuestran en verdad algunas erogaciones realizadas por el demandante para atender gastos de educación de su presunto hijo, que deben ser canceladas por la demandada a título de daño emergente; con todo, la Sala puntualiza que este apartado del valor del daño material deberá incrementarse como seguidamente se explica, y por ende, se modificará en este punto la sentencia atacada; aumento de este rubro indemnizatorio que se explica así:

Obra en el proceso la sentencia de divorcio de 22 de octubre de 2007 de los cónyuges XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, hoy demandante, y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, hoy demandada, en la que se acordó además del divorcio, la cuota alimentaria a cargo del señor XXXXXXXXXXXX como padre del menor XXXXXXXXXXXX, en cuantía mensual de \$1.800.000; convenio entre las partes que ciertamente fue cumplido cabalmente por el obligado al pago de alimentos, según se infiere de los interrogatorios absueltos por las partes en este proceso (Fls 151 a 155 Cdo Ppal); como quiera que la señalada obligación alimentaria fue solucionada por el hoy demandante desde la época de la sentencia de divorcio hasta el pronunciamiento del fallo de impugnación de paternidad que declaró que el señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX no es el padre biológico del joven XXXXXXXXXXXX, nacido el 2 de marzo de 1992, ocurrido el 6 de diciembre

de 2010 (véanse Fls 9 a 21 Cdno Ppal), circunstancia temporal que se admite por la señora demandada, XXXXXXXXXXXXXXX, al confesar que el precitado acuerdo sobre alimentos por cuantía mensual de \$1.800.000 para estudios y alimentación se cumplió hasta cuando el menor arribó a la mayoría de edad; vale decir, por inferencia lógica, que el hoy demandante cumplió con esa obligación de pagar alimentos desde octubre 22 de 2007- fecha de la sentencia de divorcio- hasta 6 de diciembre de 2010 –fecha de la sentencia de impugnación de paternidad-, que en cifras redondas arroja el término global de tres años, razón por la cual, el Tribunal afirma con rotundidad que el valor de los alimentos cancelados por el demandante durante ese período de tiempo – 3 años- tiene que ser reconocido en este pleito por la demandada, a título de resarcimiento de daño emergente en favor del actor, puntualizando que de esa cantidad cuyo cálculo se realizará seguidamente, será necesario descontar los valores pagados por estudios del menor XXXXXXXXXXXXXXX en el colegio San José de Barranquilla, por el año lectivo 2007-2008(Fl 59 Cdno Ppal), por valor de \$4.048.456, para evitar duplicidad en el reconocimiento y pago de este perjuicio material, que en la sentencia recurrida fuera contabilizado como daño resarcible.

(...)

En lo que corresponde a la cuantificación del perjuicio por daño moral, se sabe que esa tarea judicial se instrumenta por el llamado arbitrum juris en virtud de la naturaleza inasible e inconmensurable de esta especie de daño inmaterial; arbitrio judicial que no equivale a un acto de arbitrariedad sino que corresponde a la ponderación de las circunstancias propias y particulares del caso en estudio, lo que en el asunto presente se traduce con claridad para la Sala en la profunda aflicción y desasosiego que ha debido sufrir el demandante en su interioridad psicológica y síquica al descubrir después de muchos años de matrimonio que su esposa le había imputado la paternidad de un hijo que a la postre resultó no ser, circunstancia que sin duda afectan a cualquier persona en su ámbito interior, social y laboral, pues, ciertamente, tales sucesos bien pueden equipararse según el lenguaje coloquial al derrumbe de la existencia; y es por eso que: ***“...el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado arbitrio iudicis, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador...”***⁸

Así las cosas, esta Sala de Decisión en tarea concordante del arbitrio judicial con los principios de equidad y de reparación integral, y, obviamente, escrutando las particularidades de la situación litigiosa que como se dijo, es de presumir causaron tristeza, dolor, angustia, inseguridad en el demandante con ocasión del derrumbe existencial padecido, mantendrá en este punto la decisión adoptada por el juez de primer grado, pues, en rigor, no existe medio de convicción que patentice con claridad que la aflicción o tristeza sufrida por el actor haya trascendido de su esfera interior, vale decir, a guisa de ejemplo, que tal situación psíquica haya repercutido en su salud corporal, o, que la afrenta sufrida en su campo emocional se haya reflejado con notoriedad en su entorno social o familiar.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 357 C.P.C., Artículo 224 C.C., Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 8 de mayo de 2014, radicación 5630, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez, Artículo 16 Ley 446 de 1998.

FECHA: Octubre 8 de 2014

⁸ Corte Suprema de Justicia, Casación Civil de 18 de septiembre de 2009, expediente 2005 -00406, citada por Enrique Gil Botero, La Constitucionalización del Derecho de Daños, Editorial Temis, 2014, Pág 58.

RADICACIÓN: 08-001-31-03-010-2011-00283-02/**38.049**

DECISIÓN: Modifica sentencia apelada en la cuantía de los perjuicios materiales.

2. SALA LABORAL

INCREMENTOS PENSIONALES POR CÓNYUGE A CARGO- Respecto del término de prescripción se reitera el criterio del Tribunal aunado al reciente precedente de la Corte Constitucional/**IMPRESCRIPTIBILIDAD DE DERECHOS PATRIMONIALES**-No opera tratándose de los incrementos pensionales consagrados en el Acuerdo 049 de 1990/Difieren las características que hacen aplicable el precedente de la imprescriptibilidad a una acreencia económica relacionada con la seguridad social

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora solicita que se concedan los incrementos pensionales equivalentes al 14% del monto de su pensión por tener cónyuge a cargo, reconocimiento que no se le hizo al momento de reconocerle su derecho prestacional, y quien considera puede solicitarlo en cualquier momento.

Extractos: "...la Sala entrará a estudiar la excepción de prescripción a fin de determinar si los incrementos aquí reclamados se encuentran prescritos.

El artículo 151 C.P.T.S.S dispone:

"Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero solo por un lapso igual"

Es decir, que tanto el artículo 488 C.S.T. como el artículo 151 C.P.T.S.S establecen que las acciones que contienen el Código Sustantivo del Trabajo y el de Procedimiento Laboral y de Seguridad Social, prescriben en un lapso de tres (3) años contados a partir de la exigibilidad de las respectivas obligaciones, término que se interrumpe en dos eventos: 1º) Extraprocesalmente, por el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono acerca de un derecho debidamente determinado, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo del plazo legal, por una sola vez (Art.489 C. P. L.), y 2º) Con la presentación de la demanda, siempre que el auto admisorio se notifique al demandado dentro del año siguiente a la notificación que se haga al demandante de tal providencia, tal como lo contempla el artículo 90 del C. P. C. modificado por la Ley 794 de 2003, pues de lo contrario el término de prescripción sólo se interrumpirá con la notificación de dicho proveído al demandado

Por su parte, el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, señala la naturaleza de los incrementos pensionales de la pensión de invalidez y vejez por personas a cargo, al siguiente tenor:

"Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y el derecho a ellos subsiste"

mientras perduren las causas que les dieron origen. El director general del ISS establecerá los mecanismos necesarios para su control”.

Lo anterior implica que el derecho se causa desde que el afiliado adquiere su condición de pensionado y cuando tiene personas a su cargo que dependen económicamente de él, y si bien estos incrementos no forman parte integrante de la pensión de vejez, una vez reconocido el derecho como tal, subsisten mientras se encuentren vigentes las causas que los motivaron, lo que denota que si no fueron reclamados oportunamente pueden extinguirse por el fenómeno jurídico de la prescripción.

No se debe desatender que los incrementos pensionales tienen su origen como auxilio familiar, para aquellos afiliados que adquieren el estatus de pensionado y se les ve disminuido su ingreso mensual, y sin embargo sigue con la misma carga familiar que traían.

Este auxilio familiar está establecido desde 1.966, con el Decreto 341, ratificado con el Decreto 029 de 1.985, hasta el Acuerdo 049 de 1.990, aprobado por el Decreto 758 de 1.990, en los artículos 21 y 22, que lo extendió igualmente para las compañeras (os) permanentes del pensionado.

Esta ha sido la posición asumida por ésta Sala de Decisión Laboral en asuntos similares⁹ y que se refuerza con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral de fecha 12 de diciembre de 2007, Rad. 27.923 M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, reiterada por la sentencia de fecha 18 de septiembre de 2.012, Radicación No.40919, Magistrado ponente Carlos Molina Monsalve sobre la prescriptibilidad de los incrementos por personas a cargo, donde se esgrimió:

“Pues bien, independientemente de la viabilidad de los incrementos por persona a cargo, que no es el tema del recurso de casación, se anota que la controversia se limita al punto de la prescripción y aunque en principio puede asistirle razón a la censura en cuanto el Tribunal se apoyó equivocadamente en la sentencia 19557 del 15 de julio de 2003, que alude a la prescripción de los factores que integran la base salarial para establecer el monto de la pensión, situación que no acontece en el asunto bajo examen, sin embargo, su decisión final de considerar prescritos los incrementos por personas a cargo es acertado, pues si precisamente el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990 prevé que los incrementos por persona a cargo “no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales” es lógico que no pueden participar de los atributos y ventajas que el legislador ha señalado para éstas, entre ellas el de la imprescriptibilidad del estado jurídico del pensionado y que se justifican justamente por el carácter fundamental y vital de la prestación, reafirmado por la Constitución de 1991, y además por el hecho de ser de tracto sucesivo, por regla general, y de carácter vitalicio.

No puede negarse que los incrementos nacen del reconocimiento de la pensión de vejez, pero ello no quiere decir que formen parte integrante de la prestación, ni mucho menos del estado jurídico del pensionado, no sólo por la expresa disposición normativa, como ya se apuntó, sino porque se trata de una prerrogativa cuyo surgimiento no es automático frente a dicho estado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos, que pueden presentarse o no.

⁹Sentencias del 14 de diciembre de 2005 en proceso de Rafael De la Hoz Legardo contra ISS Rad.08-001-31-05-009-2003-00291-01.<22085-A>; Juan Salas Santiago contra ISS Rad. 08-001-31-05-009-2004-00487-01.<22085-A>, Euclides Sandoval Muñoz contra ISS Rad. 08-001-31-05-003-2003-00425-01.<22083> Rad. 08-001-31-05-007-2005-00513-01 <24190-A> en el proceso de Ernesto Palacio Donado contra I.S.S.; Jorge Guerreño Cervantes contra ISS Rad.08-001-31-05-004-2004-00236-01<24402>; Justiniano Luna España contra ISS Rad..08-001-31-05-005-2005-00010-01<24405>; José Mejía Morales contra ISS Rad. 08-001-31-05-005-2005-00339-01<24405>; Jesús Redondo Medina contra ISS Rad. 08-001-31-05-007-2005-0355-01<25020> sentencia del 18 de Febrero de 2009 Salomón Rodríguez Vizcaíno contra ISS Rad. 08-001-22-05-007-2007-00172-01 <30641-A>, entre otras sentencias más recientes.

La alusión normativa atinente a que el derecho a los incrementos “subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen”, antes que favorecer la imprescriptibilidad, obran en su contra por cuanto implícitamente parte de la hipótesis de que se trata de un derecho que no es vitalicio en tanto su persistencia requiere que se sigan dando las causas que le dieron origen, de modo que aunque, parezca redundante, la desaparición de estas provoca su extinción.

De ahí que a juicio de esta Sala bien puede aplicarse para efectos de estos incrementos la tesis de que los mismos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez”.

Así mismo la Corte Constitucional al referirse recientemente sobre la prescriptibilidad de dichos incrementos en la sentencia **T-791 de 2013** M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, señaló:

“Tal y como quedó plasmado en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, mediante el cual se expidió el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte (normatividad anterior al régimen pensional vigente consignado en la Ley 100 de 1993), las pensiones de invalidez y vejez se incrementarían “en un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión”¹⁰.

Asimismo, dispuso el Acuerdo en comento en su artículo 22, lo siguiente: “NATURALEZA DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES. Los incrementos de que trata el artículo anterior [entre ellos el del 14% por cónyuge o compañero o compañera a cargo] no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen. El Director General del ISS establecerá los mecanismos necesarios para su control”.

La anterior disposición, vale aclarar, tuvo acogida desde antaño, si se tiene en cuenta que en los inicios del denominado seguro social obligatorio y del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, el Artículo 49 de la Ley 90 de 1946¹¹, dispuso como algo accesorio a la pensión de invalidez o vejez, y que estaba destinado a pender de la acreencia social propiamente dicha, un incremento al monto de la prestación por el cónyuge del asegurado que no tuviera pensión, y que a su vez fuere inválido, o contara con más de 60 años de edad.

*En este orden de ideas, sin perder de vista que el incremento pensional por cónyuge a cargo no existe en el sistema actual de Seguridad Social Integral, pero, que tal y como la normatividad vigente en aquella época expresamente lo consagró, éste no formaba parte integrante de la prestación social, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que los incrementos por personas a cargo no pueden participar de los atributos que el ordenamiento jurídico ha señalado para la pensión de invalidez y vejez, entre ellos “el de la imprescriptibilidad del estado jurídico del pensionado, y que se justifican justamente por el **carácter fundamental y vital** de la prestación, reafirmado por la Constitución de 1991, y además por el hecho de ser de **tracto sucesivo**, por regla general, y de **carácter vitalicio**” (negrilla fuera del texto original)¹².*

Reiterando lo antes dicho, ha considerado el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, que si bien los incrementos nacen del reconocimiento de la prestación, estos no forman parte integrante

¹⁰Literal b) del Artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

¹¹ Ley 90 de 1946, Artículo 49: “Las pensiones de invalidez y vejez no son acumulables. Su monto se incrementará si el asegurado tiene cónyuge no pensionado, mayor de sesenta (60) años o inválido, o hijos menores de catorce (14) o inválidos. El pensionado que continúe trabajando quedará exonerado de toda contribución al seguro obligatorio, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25, y seguirá amparado en todo caso contra riesgo de muerte, sin necesidad de cotización alguna del trabajador, el Estado y el patrono.

¹² Sentencia del 12 de diciembre de 2007, Rad. No. 27923, M.P. Elsy Del Pilar Cuello Calderón. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

de la pensión, ni del estado jurídico de la persona pensionada, no sólo porque así lo consignó la ley, “sino porque se trata de una prerrogativa cuyo surgimiento no es automático frente a dicho estado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos, que pueden presentarse o no”¹³, o simplemente extinguirse en el tiempo; requisitos estos, ajenos a las contingencias de invalidez o vejez que busca amparar el derecho a la seguridad social, y sobre las cuales es que se garantiza la prestación pensional (imprescriptible) en aras de salvaguardar el mínimo vital y el auto sostenimiento en condiciones dignas de las personas afectadas por la contingencia de que se trate.

En otras palabras, ha señalado aquella Corporación, que si bien la calidad del pensionado es permanente y vitalicia, y por tanto la acción para deprecar su reconocimiento es imprescriptible, una cosa es aquella “condición del individuo cuya titularidad del derecho pensional no fenece con el transcurrir del tiempo y otra diferente la constituyen los derechos derivados de ese status, tales como el pago de las mesadas pensionales o, en el caso en estudio, los incrementos reclamados [por personas a cargo], pues estos últimos sí prescriben (...)”¹⁴.

En este punto, la Sala advierte que las anteriores apreciaciones fueron expuestas, toda vez que, como se mencionó anteriormente, el precedente de la imprescriptibilidad en materia pensional debe responder y guardar coherencia con el alcance que de los derechos y asuntos laborales y de la seguridad social fije la jurisdicción ordinaria, toda vez que es esta la encargada de establecer los límites y las pautas de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico legal en los conflictos de tipo laboral, entre otros.

Ahora, conforme a los razonamientos ya expuestos, la Sala analizará si la sentencia censurada por el accionante cumple, o no, con los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, y si efectivamente incurre en un desconocimiento del precedente constitucional sentado por esta Corporación en materia de imprescriptibilidad pensional.

En la sentencia T-217 de 2013¹⁵, analizó los casos de dos personas que solicitaban el incremento pensional del 14% con base en el artículo 21 del Acuerdo 49 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 del mismo año. En los casos acumulados, el incremento solicitado fue negado al interior de la jurisdicción ordinaria, por cuanto, a juicio de las autoridades judiciales, se configuraba el fenómeno de la prescripción, razón por la cual se declaró probada dicha excepción.

Por lo anterior, la Sala de Revisión estudió si las providencias objeto de análisis constitucional, habían incurrido, o no, en un desconocimiento del precedente sentado por esta Corte, al sostener que los incrementos del 14% sobre la pensión mínima legal, son objeto de prescripción. De esta manera, en aquella oportunidad, la citada Sala estimó que las sentencias recurridas vulneraban “directamente los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad con sujeción a los cuales el Estado tiene la obligación de prestar el servicio público de la seguridad social..., por cuanto el derecho a la pensión o los incrementos que por ley se desprendan de éste son imprescriptibles”, y sostener la tesis contraria, implicaría “perder una fracción de recursos de este derecho o parte del mismo”, comprometiendo así, las condiciones mínimas de vida de los accionantes.

Al respecto de la posición arriba planteada, que vale aclarar, no ha sido una posición ampliamente desarrollada o reiterada en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional, esta Sala, por las razones suficientemente explicadas en la presente providencia, no considera acertada la aplicación que en aquella oportunidad se le dio

¹³ Ibidem.

¹⁴ Sentencia del 18 de septiembre de 2012, Rad. No. 40919, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; y en el mismo sentido, la sentencia del 18 de septiembre de 2012, Rad. No. 42300, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

¹⁵ M.P. Alexei Julio Estrada.

al precedente constitucional en materia de imprescriptibilidad pensional, toda vez que a la luz de lo trazado por la jurisprudencia dada al interior de la Jurisdicción Ordinaria, encargada de definir los conflictos, y el alcance de los derechos de la seguridad social y de tipo laboral, el incremento pensional objeto de estudio no reviste las características que hacen aplicable el precedente de la imprescriptibilidad a una acreencia económica relacionada con la seguridad social; y , por otra parte, como bien se explicó, resulta ceñido a la constitución y a la jurisprudencia constitucional, otorgar un trato disímil y consagrar la prescripción extintiva de un derecho patrimonial que surge del ejercicio de un derecho constitucional fundamental (como lo son el derecho pensional y la seguridad social).

Por todo lo expuesto, la Sala observa que no se avizora que las actuaciones de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. constituyan arbitrariedad alguna, y que abierta o caprichosamente hayan desconocido el precedente en esta materia, dado que su decisión se encuentra en consonancia con las normas y la jurisprudencia (tanto de esta Colegiatura como de la Corte Suprema de Justicia) que eran aplicables al caso que hoy nos ocupa.”
(...)

En el plenario se encuentra acreditado que el I.S.S. reconoció al actor la pensión de vejez mediante la Resolución No. 001141 de octubre de 1.997, la cual fue notificada mediante **edicto** desfijado el **19 de mayo 1998**, fecha a partir de la cual empezó a correr el término de prescripción, es decir que el término trienal de prescripción venció en el año 2001, pero como la demanda se presentó el **02 de Septiembre de 2013**, se establece con claridad que se encuentra configurada la excepción de prescripción planteada por la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones” en acatamiento de los precedentes jurisprudenciales aquí citados.

Es de aclarar que la parte accionante, no aportó derecho de petición mediante el cual solicitó el incremento pensional por cónyuge a cargo ante Colpensiones, que permita establecer con certeza si tuvo la virtualidad de interrumpir la prescripción, pues solamente obra como prueba documental la respuesta del derecho de petición que emitió Colpensiones ante la petición solicitada el 16 de Julio de 2013.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 31, 36 y 289 de la Ley 100 de 1993, Artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, Artículo 151 del CPLSS, Corte Constitucional: sentencia **T- 791 de 2013**, Sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Radicación No.21517 de fecha 27 de Julio de 2.005¹⁶; de fecha 5 de diciembre de 2.007, Radicación no. 29531¹⁷ y de fecha 12 de diciembre de 2007, Rad. 27.923¹⁸.

FECHA: Septiembre 24 de 2014

DEMANDANTE: Daniel Aquiles Velásquez Vallejo

DEMANDADO: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones

RADICACIÓN: 08-001-31-05-015-2013-00372-01/ **51.684-A**

DECISIÓN: Revoca sentencia apelada. Declara probada la excepción de prescripción.

TRASLADO DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA AL DE AHORRO INDIVIDUAL- Error del empleador en el giro de la cotización a la administradora de pensiones equivocada/Inexistencia de traslado/**COTIZACIÓN EQUÍVOCA-** no puede deducirse que del simple acto de cotización o pago del aporte a una entidad aseguradora distinta se infiera el

¹⁶ Magistrados ponentes: ISaura Vargas Díaz y Jaime Moreno García.

¹⁷ M.P. Dr. Luis Javier Osorio López.

¹⁸ M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón

ritualismo o solemnidad que debe comprender el acto de la afiliación/**MORA PATRONAL**-carga por el incumplimiento por parte del empleador del no pago de los aportes que se le han descontado de manera oportuna al empleado y no se han transferido al Sistema General de Seguridad Social

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte actora solicita se conceda su pensión a la vejez, por considerar que reúne los requisitos legales dentro del régimen de transición, no obstante su empleador hubiese errado durante largo tiempo respecto de la AFP encargada de recibir sus cotizaciones.

Extractos: “Tiene el inferior como sustento de negación de la pensión de vejez a la demandante, deprecada en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en que aquella se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, independientemente si fue de manera voluntaria o por error de su empleador, ya que según sus dichos lo que importa es que lo hubo debiendo cumplir con 15 años de cotizaciones a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el cual no acreditó, y si quería mantener tal amparo debió solicitar la declaratoria de nulidad de su afiliación. Por el contrario, la demandante niega que se diera tal traspaso pues no hubo manifestación expresa de su parte, que lo realmente acontecido es producto de un error del empleador en el giro de la cotización a la administradora de pensiones equivocada.

En efecto, como lo asevera la parte recurrente, resulta equivocada la conclusión a lo que arribó el Aquo como quiera que el verdadero interés de la demandante, plasmados en el libelo introductorio y ratificado en sus alegaciones, no era que se dejara sin efecto ni eficacia jurídica su traspaso al fondo privado a fin de acceder la prestación del Acuerdo 049 de 1990 con el amparo del régimen transicional, sino que su intención brotaba del notable error de su último empleador en efectuar sus aportes como afiliada al ISS a otro fondo de distinta naturaleza y característica, y con ello distinguir que no era del caso que se cumpliera con los requisitos de los incisos 4° y 5° del conocido artículo 36 de la Ley 100 ni la sentencia SU-130 de 2013 pues nunca se dio tal traslado, y así acceder a la pensión en aquellos términos. Y para ahondar más el tema, una cosa es el traspaso de un afiliado de un régimen a otro, bien por su voluntad manifiesta, consiente, libre, sin presiones, o con engaños, mentiras, falsas promesas, falta de información, viciado el consentimiento, y la otra es la cotización equívoca, torcida, a un fondo ajeno al que reposan toda su historia laboral, no a causa del afiliado si no achacable a su empleador, con ausencia absoluta de ánimo de cambio de régimen, resultando evidente inexistente tal traslado; pues no puede deducirse que del simple acto de cotización o pago del aporte a una entidad aseguradora distinta se infiera el ritualismo o solemnidad que debe comprender el acto de la afiliación, la cual se acompaña de una información completa y comprensible del significado de pensión de prima media y de pensión de ahorro individual, sus pro y sus contra, y lo que implica la nueva escogencia aún por encima de los intereses de la entidad¹⁹.

Así, el yerro del inferior radicó en no analizar de manera integral el material probatorio recaudado a solicitud de la demandante, pues por un lado obran las comunicaciones de la

¹⁹ Así se contempla en el Decreto 720 de 1994, artículo 12, que reglamenta el artículo 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993, y en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 22 de noviembre de 2011, rad. N° 33083.

empresa empleadora, MUEBLES JAMAR S.A., al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR y al Instituto de Seguros Sociales que dan cuenta que de manera equivocada le fueron girados a la primera aportes en pensión correspondiente a una de sus trabajadoras –la demandante– y la respuesta de la entidad de que se habían devuelto al instituto en virtud de tal error²⁰; también obra detalle de pagos efectuados que indica que esos mismos periodos corresponden por “Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago a fondo equivocado”²¹, situación que acentúa más lo que se viene diciendo; y por el otro el testimonio de la señora VANESA RAMIREZ ALMENDRA, Jefe de Administración de Personal de MUEBLES JAMAR S.A., que describe el error involuntario en el pago de los aportes de la actora ante un fondo privado, y la gestión de la empresa en informarlo; ratificó que la demandante siempre ha estado afiliada al antiguo ISS, y que no ha habido solicitud ni interés de la demandante de traslado; aclaró que debido a un cambio de sistema, y por el empalme de información entre uno y otro se incurrió en tal error que, al percatarse, procedieron a enmendarlo.

De tal manera, son suficientes las razones anteriormente explicadas para considerar que la demandante ha sido fiel con el sistema de prima media, no quedando duda del régimen de transición que en principio la ampararía, tal como se explicará más adelante. Ahora, como tampoco la hay respecto de su edad –cumplió 55 años el 14 de junio de 2011– ni la norma a aplicar –art. 12 del Acuerdo 049 de 1990–, se detiene la discusión en establecer si acredita la densidad de semanas mínimas para acceder a la pensión de vejez, específicamente las semanas que presentan mora patronal por distintos empleadores a lo largo de su vida laboral.

Pues bien, el reporte de semanas cotizadas actualizado a 30 de enero de 2013 informa que la actora cotizó de manera interrumpida un total de **855.86** semanas comprendidas entre el 18 de enero de 1983 a 31 de diciembre de 2012, incluyendo los periodos que fueron aportados erróneamente al fondo privado entre junio de 2008 a marzo de 2010²². También se sabe del detalle de pagos efectuados adjunto, el que se armoniza con el resumen de semanas, que se reflejan varios periodos en cero, otros con deuda del empleador y otros cotizados simultáneamente, así:

- Agosto a diciembre de 1995 con el empleador LABORAL LTDA: Presentan deuda del empleador por no pago.
- Enero a agosto de 1996 con LABORAL LTDA: Presentan deuda del empleador por no pago. Simultáneamente de Junio a agosto, y luego de septiembre a diciembre con SETENCO CARTAGENA LTDA: Presentan pago aplicado al periodo. Nuevamente el mes de Diciembre con CONTRACTEC LTDA: Presentan pago aplicado.
- Enero y abril a diciembre de 1997 con SETENCO LTDA: Presentan deuda del empleador por no pago. Nuevamente enero con CONTRACTEC LTDA: Presentan pago aplicado. Simultáneamente abril a diciembre con SUPERTEMPO LTDA: Presentan pago aplicado.
- Enero a diciembre de 1998 con SETENCO LTDA: Presentan deuda del empleador por no pago. Simultáneamente enero a diciembre con SUPERTEMPO LTDA: Presentan pago aplicado a periodos posteriores.

²⁰ Fls. 60 a 66, documentados aportados junto a la demanda y decretados como prueba documental.

²¹ Fl. 50 en la casilla de observaciones

²² Véase fls. 45 a 54

Nuevamente enero a diciembre con MISIÓN LABORAL LTDA: Presentan pago aplicado al periodo declarado.

- Enero a diciembre de 1999 con SUPERTEMPO LTDA: Presentan pago aplicado a periodos anteriores.
Simultáneamente enero a septiembre con SETENCO LTDA: Presentan deuda del empleador por no pago.

Así las cosas, haciendo la depuración respectiva de los periodos que presentan deuda de los empleadores que, además, no tienen cotizaciones simultáneas aplicadas, resultan los siguientes:

Con LABORAL LTDA:

Agosto a diciembre de 1995= **21.45** semanas

Enero a mayo de 1996= **21.45** semanas

Con SETEMCO CARTAGENA LTDA

Enero a septiembre de 1999= **38.61** semanas

Valga insistir que las restantes cotizaciones relacionadas precedentemente con deuda de los empleadores registraban simultaneidad con pagos aplicados a periodos declarados, las que no pueden servir para la sumatoria definitiva con el ánimo de engrosar el monto de semanas mas sí para calcular el IBL.

Entonces, se puede predicar lo que jurisprudencialmente se ha desarrollado como mora patronal, que trata sobre la carga por el incumplimiento por parte del empleador del no pago de los aportes que se le han descontado de manera oportuna al empleado (a) y no se han transferido al Sistema General de Seguridad Social, carga que no puede estar en cabeza del empleado (a) porque las administradoras de los distintos subsistemas cuentan con los mecanismos legales que les permiten el cobro de los aportes no pagados por los empleadores y las faculta para imponer sanciones por este hecho, como lo ha sostenido la Corte en repetidas oportunidades²³.

De tal modo que los anteriores ciclos con mora patronal totalizan **81.51** semanas, que computados a las **855.86** semanas reconocidas en el informativo, acredita la actora un total de **937.37** semanas en toda su historia laboral de las cuales **743.49** semanas lo fueron dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, es decir, entre el 14 de junio de 1991 a la misma calenda de 2011, la excepción a la regla de las 1000 semanas mínimas estipuladas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

No obstante a todo lo dicho, como se sabe que la actora cumplió los 55 años de edad el 14 de junio de 2011, es del caso que se analice lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, puntualmente el parágrafo transitorio 4°, a fin de establecer si a esa calenda aún mantiene el régimen transicional, que dice:

“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; **excepto** para los trabajadores que

²³ Sobre el particular (la mora patronal) las sentencias T-166 de 1997; T-1019 de 1999 y T-1394 de 2000, entre otras, la Corte Constitucional fijó posiciones contundentes respecto de la obligación de cobro que tienen las distintas entidades que hacen parte de los Subsistemas del Sistema General de Seguridad Social respecto de los aportes de sus afiliados, igual la Sentencia T- 1251/05; en concordancia con la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 22 de Julio de 2008, Rad. 34270, criterio reiterado en fallo del 28 de Octubre del 2008, Rad. 30164.

estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos **750 semanas** o su equivalente en tiempo de servicios **a la entrada en vigencia** del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

Pues bien, se sabe que la protagonista de la presente acción judicial registra en su historia laboral un total de 937.37 semanas a 31 de diciembre de 2012, por lo que **634.37** semanas lo fueron a la entrada en vigencia de dicho Acto, el 25 de julio de 2005, no superando las 750 semanas exigidas como mínimas a efectos de mantener el régimen de transición pensional hasta el año 2014. Luego entonces, pese a todo el estudio realizado inicialmente atinente a la conservación del régimen de transición, al igual que el efectuado a la historia laboral, no logró la actora mantener o conservar aquél en virtud de lo reglado en el Acto Legislativo 01 de 2005, no quedando otra alternativa de negar el reconocimiento pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990.”

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene aclaración de voto de la Magistrada Claudia Fandiño de Muñiz, a continuación sus argumentos:

“Si bien comparto la decisión adoptada en el presente asunto, aclaro mi voto para precisar que las inconsistencias que presenta la historia laboral de la demandante, más concretamente en el período de junio a diciembre de 1.996 bajo el empleador Setenco Cartagena Ltda., lapso en el que el I.S.S. le reconoce 29,86 semanas cotizadas, no permite concluir como lo estima la mayoría que se trata de cotizaciones adeudadas, dado que no se tiene la certeza de que realmente obedezcan a una deuda patronal, y menos aún, cuando en el proceso no se acreditó el real tiempo laborado con los empleadores Labor Ltda. y Setenco Cartagena Ltda., donde hay tiempos simultáneos.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 36 (incisos 4 y 5) de la Ley 100 de 1993, Acuerdo 049 de 1990 (artículo 12), Sentencia SU-130 de 2013, Acto Legislativo 001 de 2005.

DEMANDANTE: Alcira Ruiz Berdugo

DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA: Octubre 22 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-05-005-2013-00105-01/ **50.906**

DECISIÓN: Confirmar por las razones expuestas por la Corporación.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN-Exigencias del artículo 1° de la ley 33 de 1985/ **TRABAJADOR OFICIAL-** Esta condición se conserva a pesar de los cambios de naturaleza jurídica que haya experimentado el demandado/**DERECHOS ADQUIRIDOS-**No se afectan los derechos y situaciones jurídicas que se hayan consolidado bajo la vigencia de la ostentación de la calidad de trabajador oficial aun cuando el empleador se convierta en sociedad privada

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. CLIMACO MOLINA RAMOS

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte accionada muestra su inconformidad alegando que el actor no tiene derecho a la pensión de jubilación consagrada en la ley 33 de 1985, y que el hecho de haberse pasado a una AFP privada no lo hace acreedor a la prestación económica solicitada.

Extractos: “En primer lugar, al analizar las pruebas allegadas al proceso se permea a prima facie que el demandante nació el día 14 de septiembre de 1956, así brota de la reproducción fotostática de la cédula de ciudadanía visible a folio 20 del expediente, asimismo, no es objeto

de discusión la prestación de los servicios del actor para el banco demandado entre el 26 de noviembre de 1975 y el 31 de marzo de 1999, es de inferir que el actor a la data 1° de abril de 1994, o sea, al entrar en vigencia la ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad, y demostró haber cotizado más de 20 años de servicios en condición de trabajador oficial, siendo lo anterior así, goza de la protección del régimen de transición conforme lo prescrito en el art. 36 de la ley 100 de 1993, por lo que resulta procedente que la pensión de jubilación sea examinada conforme a los parámetros establecidos en el art. 1° de la ley 33 de 1985, aunque durante la vigencia de la relación laboral el actor estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales, lo anterior, se refuerza con lo marcado en casos similares por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resulta menester traer a colación la sentencia del 2 de septiembre de 2008, M.P. Camilo Tarquino Gallego, la cual en su parte pertinente razonó de la siguiente guisa:

“A más de lo anterior, es de acotar que tal como lo determinó el juzgador de alzada, la situación pensional del demandante está gobernada por la Ley 33 de 1985, por cuanto prestó sus servicios en su condición de trabajador oficial por más de 20 años, aunque en el transcurso de la relación se le haya afiliado al Instituto de Seguros Sociales.

La circunstancia de que las partes hubieran cotizado al I.S.S. para el riesgo de IVM, de manera alguna releva en un todo al empleador oficial de su obligación frente al régimen jubilatorio previsto en las normas que anteceden a la expedición de la Ley 100 de 1993, es por ello, que el Banco demandado siendo el último empleador oficial debe reconocer y pagar al accionante la pensión implorada, como lo dispone el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, y reunidos los requisitos para la pensión de vejez, estará a cargo de la entidad sólo el mayor valor si lo hubiera entre ambas pensiones, con lo cual en un caso como el que ocupa la atención a la Sala, la coexistencia de sistemas queda armonizada.

Por consiguiente, resulta equivocada la argumentación del recurrente en el sentido de que al accionante pese a poseer la calidad de trabajador oficial se le debe dar el tratamiento para efectos pensionales de los trabajadores particulares, por motivo de la afiliación de que fue objeto ante el Instituto de Seguros Sociales, y con mayor razón si se tiene en cuenta que los empleados oficiales se encontraban regulados por disposiciones propias, que no fueron subrogadas por los Acuerdos de dicha entidad.”

Pues bien, estima la Sala que el actor durante la relación laboral ostentó la calidad de trabajador oficial, resulta con obviedad que esa calidad no se haya perdido con posterioridad a la desvinculación del banco demandado, empero, se considera que pese a los cambios de naturaleza jurídica que haya experimentado el demandado no alcanza en ningún caso a afectar los derechos y situaciones jurídicas que se hayan consolidado bajo la vigencia de la ostentación de la calidad de trabajador oficial y, menos aún, cuando el trabajador ha adquirido el derecho a la pensión de jubilación por haber completado cabalmente los requisitos exigidos en las normas legales especiales que rigen para los trabajadores oficiales, condición que no era mutable por el hecho de que el empleador se convierta en una sociedad de carácter privado, con relación al tema asunto singular del litigio nos sirve de cimiento para su decisión seguir el derrotero trazado por la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia adiada 10 de noviembre de 1998. Así las cosas, definido que el actor ostentó la calidad de trabajador oficial durante lapso de tiempo que comprendió el nexo laboral que le ató con el banco demandado, la Sala advierte que con el haz probatorio allegado a los autos se encuentra plenamente demostrado que el

demandado afilió al actor al Instituto de los Seguros Sociales mientras estuvo vigente la relación laboral, hecho que fue aceptado, así lo confiesa la demandada al dar respuesta a los hechos del libelo de demanda, configurándose la típica confesión judicial consagrada en los artículos 194 y 197 del C.P.C, aplicables por analogía, art. 145 del C.P.C. aplicables por analogía, art. 145 del C.P.L y de la S.S, resulta obvio, que al haber sido afiliado a los riesgos de invalidez, vejez y muerte una vez reunidos los requisitos de edad y cotizaciones exigidos por los reglamentos del Instituto de los Seguros Sociales, deviene que éste subroga la correspondiente pensión de vejez, enfatizándose que desde ese momento en que se produzca tal subrogación hacia el futuro estará a cargo del demandado solo el mayor valor en el evento de que existiere diferencia entre la pensión de jubilación asumida por el banco demandado y el monto de la pensión pagada por el Instituto de Seguros Sociales, razonando de esa guisa, llegamos a la conclusión que resulta procedente la pensión de jubilación solicitada por el demandante a partir del 14 de septiembre de 2011, al encontrarse establecido que laboró por más de 20 años en el BANCO POPULAR S.A, en calidad de trabajador oficial, y haber alcanzado la edad de 55 años, conforme a lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 33 de 1985, desde luego, aquella tiene la posibilidad de ser subrogada de la obligación en todo o en parte al iniciarse el pago de la pensión de vejez por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones – “Colpensiones”, sucesora procesal del Instituto de los Seguros Sociales.

(...)

En síntesis de las reflexiones precedentes llegamos a la conclusión insoslayable que le asiste derecho al demandante a la pensión de jubilación, a partir del 14 de septiembre de 2011, al encontrarse establecido que laboró por más de 20 años en el BANCO POPULAR S.A, en calidad de trabajador oficial, y haber alcanzado la edad de 55 años, conforme a lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 33 de 1985. En todo caso, al evidenciarse que durante la vigencia de la relación laboral el actor estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales, en el evento de la subrogación de la pensión de vejez por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones – “Colpensiones”, en su condición de sucesora procesal del Instituto de los Seguros Sociales, el demandado sólo estará obligado a pagar el mayor valor si lo hubiere entre ambas pensiones.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 36 Ley 100 de 1993, Artículo 1° Ley 33 de 1985, Sentencia 2 de septiembre de 2008 M.P. Dr. Camilo Tarquino Gallego.

DEMANDANTE: Wilson Cabarcas Barrera

DEMANDADO: Banco Popular S.A.

FECHA: Octubre 17 de 2014

RADICACION: 08001-31-05-001-2012-00189-00/ **49.602 (A)**

DECISION: Confirma la providencia apelada.

3. SALA PENAL

CONDENA POR LUCRO CESANTE CONSOLIDADO Y FUTURO-Procedencia en sentencia de reparación contra menor infractor/**JUSTICIA MATERIAL**- Sus reglas básicas llaman a que las personas ofendidas por una conducta delictiva sean reparadas/**TASACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES**- Se debe tener en cuenta los ingresos del afectado reducidos en el porcentaje de pérdida laboral causada en virtud del ilícito

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, se duelen las víctimas del ilícito penal de la ausencia de condena respecto de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, como quiera que no fueron tasados por el Juez A quo.

Extractos: “En el caso *sub examine* la Sala observa que la Representante de la víctima difiere de la sentencia de incidente de reparación integral, en relación a que el *a quo* no condenó al menor imputado ni a sus Representantes legales al pago de lucro cesante tanto pasado como el futuro, bajo el sustento que no se habían acreditado los ingresos económicos del joven Jhon Carlos Anichiarco Hernández.

De conformidad con la jurisprudencia, el lucro cesante incluye dos aspectos: una **indemnización vencida**, contada desde la fecha en que ocurren los hechos hasta cuando se dicta el fallo; y una **indemnización futura**, desde el fallo hasta el fin de la vida probable.

5.2.4. En el presente caso el dictamen médico legal firmado por el MD. Luis Sparano médico forense relata lo siguiente respecto de las heridas causadas...:

“...1. Herida en el cuello zona II. 2. trauma múltiple con proyectiles de arma de fuego. 3. trauma raquimedular estudio de potenciales somato sensoriales, evidencian interrupción de conducción nervios a nivel dorsal que corrobora la hemiplejia de miembros inferiores. Firma ilegible sin sello, conclusión: Mecanismo causal: 1- proyectil de arma de fuego de carga múltiple. Incapacidad médico legal: definitiva, ciento cincuenta (150) días, secuelas medico legales se establece: 1- deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, 2- perturbación funcional del órgano del sistema nervioso central que afecta el área de la micción, excreción, locomoción, erección de carácter permanente, 3- perdida funcional de miembros inferiores de carácter permanente, 4- perturbación funcional del órgano del sistema nervioso periférico de carácter permanente”²⁴.

Como puede verse, en los aspectos concretos del dictamen pericial denota de manera diáfana la dimensión y gravedad de las lesiones corporales que afectaron la integridad personal de Jhon Carlos Anicharico Hernández, a la vez que reflejan las trascendentales e irreversibles secuelas, máxime si quedó con una paraplejia total.

5.2.3. Por tanto la Sala concederá lo pedido por la censura y condenará al procesado XXXXXXXXXXXX, al pago de perjuicios a favor de Jhon Carlos Anicharico Hernández, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

a. De conformidad con la jurisprudencia, este rubro incluye dos aspectos: una **indemnización vencida**, contada desde la fecha en que ocurren los hechos hasta cuando se dicta el fallo; y una **indemnización futura**, desde el fallo hasta el fin de la vida probable.

b. Si bien es cierto el apoderado no logró acreditar el monto de los ingresos mensuales de la ciudadano Jhon Carlos Anicharico Hernández, la Sala toma como base el salario mínimo mensual, y finalmente el porcentaje correspondiente al monto de su discapacidad, de modo que debe tenerse en cuenta que el salario mínimo para el 2014 es de \$616.000.

c. Si bien existen en la causa una valoración forense por parte de Medicina Legal sobre el estado de salud de Jhon Carlos luego del accidente que le causó las heridas referidas, no se

²⁴ Folios 108 a 109 C.O. del Juzgado.

pudo precisar en específico cual había sido el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral que sufrió en razón de las mismas.

Empero lo anterior no significa que sea imposible realizar un estimativo sobre los efectos que laboralmente le dejó la conducta típica desplegada por el procesado al ciudadano Anicharico ya que existen en la normativa vigente una serie de estimativos a través de los que es viable determinar el monto de los porcentajes de pérdida de capacidad laboral y que el Tribunal aplica en atención a: (i) la inexistencia de una tasación por parte de peritos en el caso en concreto sobre el monto de la incapacidad laboral; (ii) la real ocurrencia de lesiones permanentes en el cuerpo de ese ciudadano en virtud de la actuación delictiva del encartado; y (iii) a las reglas básicas de **justicia material**²⁵ que por mandato de la Carta Política llaman a que las personas ofendidas por una conducta delictiva sean reparadas. Los criterios para valorar el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral se describen así:

- El Decreto 917 de 1999 reguló la forma en que debía graduarse el porcentaje de pérdida de capacidad laboral en caso de que una persona sufra pérdidas funcionales o anatómicas en su cuerpo o que adolezca de alguna patología. Para determinar el monto de ese valor, la normativa en mención precisa tres aspectos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de calcularla, a saber:
- ARTICULO 7o. CRITERIOS PARA LA CALIFICACION INTEGRAL DE INVALIDEZ. Para efecto de la calificación integral de la invalidez se tendrán en cuenta los componentes funcionales biológico, psíquico y social del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad, el accidente o la edad, y definidos de la siguiente manera: **a) DEFICIENCIA:** Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano **b) DISCAPACIDAD:** Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona. **c) MINUSVALÍA:** Se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno.
- Conforme con la normativa en mención es necesario calcular por aparte el monto de cada categoría a fin de establecer el monto total de la pérdida de capacidad laboral, teniendo en cuenta que por la deficiencia se otorga un porcentaje máximo de **50%**, por la discapacidad un monto máximo de **20%** y por la minusvalía un valor tope de **30%**.

²⁵ Criterio que la Corte Constitucional ha aplicado en no pocos fallos de tutela y de constitucionalidad, como las sentencias T-429 de 1194 MP Dr. Antonio Barrera Carbonell y T-058 de 1995 MP Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Para calcular el porcentaje de discapacidad se acude a los guarismos que el decreto en mención establece para cada tipo de lesión que sufre el ciudadano; en caso de que sean varias las lesiones, se aplica lo reglado por el artículo 9° *ejusdem* que precisa la siguiente fórmula:

$$A+[(50-A)*B]/100$$

Donde **A** y **B** corresponden a las diferentes deficiencias, siendo A la de mayor valor y B la de menor valor. De esta forma se combinan los valores correspondientes A y B. Este procedimiento se denomina suma combinada de mayor a menor valor, para proceder a combinarlos sucesivamente aplicando la fórmula.

En virtud de que el ciudadano presenta una anormalidad en su columna vertebral lo que le produjo una paraplejia total la sala considera que implica una deficiencia otorgándole un valor del 40%.

- El artículo 13 del decreto *ejusdem* regula lo concerniente a las discapacidades, las que incluyen seis aspectos que deben ser analizados a fin de determinar su valor, que no puede ser mayor al 20 %. Esos criterios son: (i) discapacidad de conducta; (ii) discapacidad de la comunicación; (iii) discapacidad del cuidado personal; (iv) discapacidad de la locomoción; (v) discapacidad de la disposición del cuerpo; (vi) discapacidad de la destreza; y (vii) discapacidad de situación.

Cabe precisar que por cada uno de estos aspectos la norma establece que se dará un máximo de 3%, excepto por la categoría de la discapacidad de situación que otorga un puntaje máximo de 2%. La Sala considera que el ciudadano se ve afectada en su condición en los siguientes aspectos:

- a. De comunicación. No se dan ninguna de las categorías mencionadas en la norma.
- b. De conducta. Se da la categoría *seguridad personal* que implica discapacidad del 3.0%.
- c. Del cuidado personal. Se dan las categorías de *dificultad de ir al baño* y *dificultad para bañarse*, lo que genera discapacidad del 3.0%.
- d. De la locomoción. Se dan los diez eventos de discapacidad: discapacidad para salvar desniveles, discapacidad para subir escaleras, discapacidad para subir, discapacidad para correr, discapacidad de ambulación, discapacidad para cambiar de posiciones en la cama o en la silla, discapacidad para usar el transporte, discapacidad para levantarse, discapacidad de la locomoción. Por tanto se otorga valor de 3.0% total.
- e. Discapacidad posición del cuerpo. Se dan los siguientes eventos de discapacidad: discapacidad para proveer a la subsistencia; discapacidad para las tareas del hogar; discapacidad para recoger, discapacidad para arrodillarse, discapacidad para agacharse y discapacidad postural. Total: 3.0%.
- f. Discapacidad de destreza. Se dan los eventos de pérdida del equilibrio y de control del pie. Total 3.0%.
- g. Discapacidad de situación. Implica el evento de resistencia para el presente caso en razón de que las funciones motoras de Jhon Carlos se han disminuido, lo que genera un monto de 3.0%

E ese orden de ideas el valor de la discapacidad en el caso de Jhon Carlos Anicharico es del **18.0%** sobre un 20% probable.

- Finalmente, el artículo 14 *ejusdem* regula lo concerniente a las minusvalías que incluye los siguientes aspectos: (i) la independencia física; (ii) el desplazamiento; (iii) la incapacidad ocupacional; (iv) la integración social; (v) la autosuficiencia económica; y (vi)

la edad. La Sala considera que la ciudadana se ve afectada en su condición en los siguientes aspectos:

a. Orientación. En razón de las lesiones causadas y a que estas no afectan en su totalidad esa función, la Sala considera que de 0.0 a 2.5% se fija el monto de esa minusvalía en 1%.

b. Independencia física. Se acoge el criterio de que Jhon Carlos quedó en la categoría de dependencia situacional (El individuo además de requerir ayudas, dispositivos y modificaciones del entorno no logra independencia física y requiere la ayuda ocasional de otras personas para necesidades que surgen). Monto de la minusvalía, 3.0.

c. Incapacidad para el desplazamiento. Se escoge la categoría denominada “desplazamiento deficiente” en razón de que Jhon Carlos al realizar grandes esfuerzos se fatiga, o experimenta inseguridad lo cual interfiere en su desplazamiento. Monto de la minusvalía, 3.0.

d. Incapacidad ocupacional. Opta la Sala por la categoría de “sin capacidad de ocupación” ya que en atención a las lesiones causadas en el cuerpo de la víctima esta ya no podrá ser laboralmente productiva. Monto de la minusvalía: 3.0%.

e. Integración social. La Sala escoge la categoría de “aislamiento social” pues no puede desconocerse que las implicaciones emocionales para un joven que sufrió daños irreversibles en su movilidad que lo inhiben de sus relaciones sociales. Monto de la minusvalía, 3.0%.

f. Autosuficiencia económica. Escoge la Sala la categoría de precariamente autosuficiente porque Jhon Carlos a raíz de su patología ve afectada severamente su situación económica, de manera tal que depende de los ingresos de su familia para satisfacer las necesidades personales y familiares y los gastos derivados de su patología. Por lo tanto, el monto de la minusvalía es del 3.0%.

g. Edad. En razón de que actualmente Jhon Carlos cuenta con 27 años, el monto de la minusvalía sobre este particular es de 3.0%.

En ese orden de ideas y conforme con los anteriores resultados se fija el porcentaje de la minusvalía en un 19.0% sobre 30% probable.

- Para concluir, en atención a los anteriores criterios y sumando los montos de la deficiencia (40%), la discapacidad (18.0%) y la minusvalía (19.0%) el valor total de la pérdida de la capacidad laboral del ciudadano es de **77.0%**. Lo anterior no obedece a capricho de la Sala sino que sigue a una sólida línea trazada por la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁶ que ha precisado la forma de determinar los perjuicios materiales causados a las personas lesionadas en su cuerpo, el valor a tenerse en cuenta para liquidarlos será el de los ingresos del afectado reducidos en el porcentaje de pérdida laboral causado en virtud del ilícito. Además, en caso de que la víctima no haya sido valorada por una Junta Médica Laboral.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radica-do 14063. Sentencia del 28 de noviembre de 2002. Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos D.

Así pues, si bien en el presente caso el ingreso debe otorgársele al lesionado en un 100%, a este valor es menester tomar un 77%, en virtud del porcentaje de pérdida de capacidad laboral estimado por la Sala. En total se tendrá en cuenta como criterio para calcular la indemnización el monto de **\$474.320**.

De conformidad con los datos arrojados por el Banco Mundial y corroborados por el Departamento Nacional de Estadística, la esperanza de vida en Colombia es de 74 años. Lo anterior indica que estaría activo 49 años más **en razón de que en el momento de los hechos contaba con 25 años de edad²⁷.**”

FUENTE NORMATIVA: Decreto 917 de 1999, artículos 7°, 13 y 14; Corte Constitucional: Sentencias T-429 de 1994, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell y T-058 de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz y Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad: 14063, Sentencia 28 de noviembre de 2002, M.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

FECHA: Septiembre 29 de 2014

RADICACIÓN: 2014-00009 P-MC.

DECISIÓN: Modifica sentencia recurrida. Condena al pago de lucro cesante consolidado y futuro.

ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS-Materialidad de la conducta/**TESTIMONIO DE MENOR DE EDAD**-Valoración judicial/En vigencia de la Ley 600 de 2000 no se exige la presencia del representante del ICBF/**CRÍTICA TESTIMONIAL**-Debe ir acompañada de elemento de juicios que permitan tener como mendaz al testimonio/**PRISIÓN DOMICILIARIA**-El procesado no demostró arraigo familiar y el delito cometido lo hace acreedor a internación carcelaria

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, la defensa técnica del procesado solicita sea revocada la sentencia condenatoria por el delito de acto sexual abusivo por considerar que el testimonio de la menor víctima fue manipulado y por tanto no debe valorarse para cimentar dicha decisión.

Extractos: “Para empezar con el cometido funcional que impulsa a esta Sala, a solucionar la tensión jurídica que se suscita con la alzada, se debe tener en cuenta que implementado un trabajo analítico y reflexivo se percibe sin dificultad alguna que dentro del marco de la valoración integral de las pruebas que hizo el a quo, éste logró concretar acertadamente que la declaración de la menor víctima era verdadera y respondía a lo realmente acontecido frente al atentado que sufrió a sus protegidos bienes jurídicos de libertad, formación e integridad sexual; manifestaciones que encuentran respaldo coherente con las demás declaraciones vertidas en el proceso penal y porque además no se advirtió en estos testigos actitudes o motivos que dejaran en evidencia su intención de mentir o acusar falsamente al señor Juan Carlos De la Ossa Pino.

Según lo establecido por el apelante el testimonio de la menor no cumple con los requisitos exigidos por la normatividad penal, habida cuenta que en dicha declaración debía estar

²⁷ Ver C.O del Tribunal.

presente el representante del ICBF, para evitar cualquier tipo de anomalías en el proceso; al respecto es preciso indicar lo establecido en el artículo 266 de la ley 600 de 2000:

*“Artículo 266. Deber de rendir testimonio. Toda persona está en la obligación de rendir bajo juramento, el testimonio que se le solicita en la actuación procesal, salvo las excepciones constitucionales y legales. **Al testigo menor de 12 años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad a quien se le tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia.**”* (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Como se puede observar, el texto es claro cuando prohíbe que se le tome testimonio al menor bajo la gravedad del juramento, y el deber de estar asistido **en lo posible**, por su representante legal o por un pariente mayor de edad, situación diferente a lo afirmado por el apelante, quien indica que la declaración debía contar con la presencia del ICBF. Es pertinente recordar que el testimonio de la menor víctima fue recepcionado el día 23 de diciembre del 2005, fecha en la cual no había entrado en vigencia la ley 1098 de 2006, código de la infancia y la adolescencia, por lo tanto la normativa aplicable era la establecida en la ley 600 de 2000.

Referente a lo indicado por el procesado y su defensor, quien afirma que la menor se encontraba manipulada, esta Sala advierte que, no existe razón para suponer que la menor se estaba inventando atentados a su sexualidad, mucho menos edificar una conducta tan grave en contra de una persona la cual no conoce y por tanto crear una historia alrededor de hechos que no ocurrieron y aberraciones que no hubiese padecido.

Ha dicho la Sala, que la crítica que se haga a un fallo que no se comparte debe ser íntegra y no parcelada o desquiciada de los reales propósitos ponderativos que la Ley exige a un impugnante, ya que siempre la censura debe ser coherente y racional, no como aquí ocurre cuando se afirma sin argumentos sólidos y sin expreso uso de los principios que guían la crítica testimonial, el que la menor miente y que su testimonio fue manipulado, porque no tiene elemento de juicios, para tener como mendaz a este testimonio, ya que si bien puede ocurrir que un menor de edad, sea instrumento de mayores adultos para que en sus voces se diga lo que no ocurrió o que le dé la gravedad a unos sucesos que no lo tienen, en el caso presente la menor D.C.T., fue clara y concreta en su testimonio y no se evidencia como ya se dijo, manipulación alguna.

Continuando con las aseveraciones de los recurrentes en los sendos escritos de apelación, cabe resaltar que la confrontación del testimonio de la menor con lo establecido por el agente Gabriel Antonio Meza Castro, en declaración rendida en fecha 23 de diciembre de 2005 –folio 59, 60 y 61 cuaderno original del Juzgado -, no revelan tal desfase que haría débil la credibilidad de una acusación de esta magnitud, por ejemplo al presentarse equívoco sustancial en: identidad del procesado, estadio del acontecimiento, las circunstancias temporales y modales en que ocurre el acto sexual, la ausencia del lugar de los hechos del agente, etc.

Para responder a una crítica del procesado que guarda relación con que su presunción de inocencia no se encuentra abatida por razón de los argumentos o sustentos probatorios del fallo de condena, la Judicatura estima otra cosa, ya que en verdad si existe fuente informativa de orden legal que registra la existencia del hecho punible y consecuente la responsabilidad

penal por parte del procesado Juan Carlos De la Ossa Pino, habida cuenta que el artículo 232 de la ley 600 de 2000, regula el principio de necesidad de la prueba, exigiendo que toda providencia debe fundarse en prueba legal, regular y oportunamente allegada a la actuación; igual determina que a nadie se le podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado; razón por la cual no entiende esta Sala, de qué manera pretende desdibujar el procesado la entrevista recepcionada a la menor víctima y al agente policial que lo capturó en flagrancia al momento de cometer el ilícito.

Por manera que al hacer la correspondiente confrontación dialéctica entre lo que expone la menor y el acusado podemos extraer con vehemencia que a la víctima le asiste el mayor grado de credibilidad que al procesado, ya que éste también se ubica en el lugar de los hechos, cerca de la menor y en la posición en que se encontraban al momento de la captura, tal como lo relata la menor y el agente policial que realizó el arresto; pero que el encartado le otorga o confiere un cariz distinto al que le profesa la víctima, como la que resulta dentro de la estrategia defensiva en voces del procesado y su defensa, que la actitud de la menor víctima era de mendicidad acolitada por su madre. Notoriamente se entrelazan las versiones del menor y procesado, a las que aplicados los principios que orientan la sana crítica, fácil se colige que es mendaz el reo dentro de los contornos que guardan correlación con ausentar el asignado comorte que lo introduce en el terreno de la responsabilidad penal.

Para atender la solicitud del defensor, respecto a la prisión domiciliaria, esta Sala puede evidenciar que las consideraciones del Juez en la sentencia de primera instancia, para negar tal beneficio, fueron lo suficientemente claras y coherentes, consideraciones que esta Corporación confirmara y a las cuales a continuación haremos referencia:

“No obstante lo anterior, cabe anotar que en estos momentos el sentenciado carece de arraigo donde cumplir la prisión domiciliaria, toda vez que según escrito firmado por la señora Johana Arrieta Ochoa ya no reside en la ciudad además que se encuentra separado del mismo y pide que no se manden más citaciones a la calle 35 No. 29-23 del barrio la arboleda.

Aunado a que también deviene improcedente tal subrogado en el caso de la naturaleza aquí examinado por la profunda trascendencia social que estos tienen e implican en aras de las funciones que de la pena ha establecido el artículo 4° del Código Penal, esto es, prevención general retribución justa y prevención especial, que la prisión carcelaria se torna en un imperativo jurídico, pues, si de la primera se trata la comunidad debe asumir que ciertos hechos punibles que lesionan sus intereses más preciados como la libertad sexual y la dignidad de un menor lesionado merecen un tratamiento severo que no solo expié la conducta del autor...”²⁸

Finalmente indica el procesado que la resolución de acusación dictada en su contra, fue proferida el 2 de diciembre de 2008, por lo tanto la acción penal se encuentra prescrita, por haber transcurrido más de 5 años, luego de la acusación sin haberse proferido la respectiva sentencia; sin embargo podemos observar que efectivamente la resolución de acusación se profirió en fecha 2 de diciembre de 2008, pero la misma cobro ejecutoria el día 9 de marzo de 2009, por lo tanto no ha transcurrido el término establecido en la ley para decretar la prescripción de la acción penal.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 232 y 266 de la Ley 600 de 2000.

²⁸ Sentencia de primera instancia, pagina 29 cuaderno original del Juzgado.

FECHA: Agosto 27 de 2014

RADICACIÓN: 08001-31-04-007-2013-00251-00/**2014-00176**

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada.

4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

FUNCIONES JURISDICCIONES DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS- En materia de salud se atribuyeron competencias a la Superintendencia del ramo/**RECLAMO DE PRESTACIONES PERIODICAS**-El actor debía agotar previamente el trámite judicial diseñado por el legislador para obtener el pago de sus incapacidades por enfermedad general/**ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**-Se encuentra garantizado por un trámite dotado de herramientas accesibles al ciudadano para entablar su reclamación

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. MARÍA OLGA HENAO DELGADO, Sala Laboral

Causa Fáctica: En el presente caso, el accioante solicita el amparo constitucional en razón a la negativa al pago de sus incapacidades médicas, no obstante, el Juez A quo consideró que no agotó los mecanismos judiciales idóneos que tenía a su alcance, vulnerando así el principio de residualidad y subsidiaridad del amparo tutelar.

Extractos: “Realizando un examen detallado de la pruebas aportadas el accionante alega que no ha sido debidamente notificado de ningún dictamen de Calificación de Pérdida de Incapacidad para Laborar, a pesar de todo el accionante aportó con la presente acción de tutela copia del Dictamen a nombre Jorge Luis Gamarra Reyes en el cual se le establece una Pérdida de Capacidad Laboral de 74.7 %, de igual manera reposa a folio 12 de expediente, que la funcionaria comisionada Personería Distrital de Barranquilla, le informa Colpensiones que dentro de la documentación que el ciudadano anexa el poder presentado ante éste no estaba debidamente autenticado, el cual carecería de efectos jurídicos y en cual solicita la revisión del caso, se declare la nulidad del dictamen de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral, como corregir dicha inconsistencia.

Sobre este aspecto, es importante resaltar, que las reformas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, realizadas a partir de la Ley 1122 de 2007 han traído en aplicación del Artículo 116 de la Constitución Nacional, la delegación de funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud y han creado mecanismos a través de los cuales los afiliados al sistema pueden solicitar el amparo de sus derechos.

En el Art. 41 de la ley 1122 de 2007 se establecieron los asuntos en los cuales la Superintendencia Nacional de Salud conoce y falla con las facultades propias de un Juez. Dicha norma fue adicionada por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, que para lo que interesa al caso es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 41. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:

(...)

a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario.

Ahora bien, sobre el trámite que se sigue ante dicha entidad para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales, debemos remitirnos al Art. 126 de la Ley 1438 de 2011, que dice: “...Modificar el parágrafo 2o del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así:

“La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un **procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios** de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, **celeridad y eficacia**, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. **La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación**, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. **No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo**, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. **En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”**. (Negrillas y Subrayas de la Sala).

De lo anterior tenemos que nuestra legislación ha contemplado un procedimiento especial, expedito y perentorio para el reclamo de las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de la cual hace parte entre otras la el pago de las Incapacidades Laborales aquí solicitada.

Obsérvese que de las normas citadas, el legislador quiso hacer posible el acceso de toda la comunidad a dicho procedimiento, resaltándose que no se necesita tener la calidad de abogado para actuar y se privilegian, la informalidad tanto del escrito por medio del cual se inicia la acción como del procedimiento; y los principios de celeridad y eficacia, al punto que el fallo debe ser dictado dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud, término similar a que rige para la acción de tutela en primera instancia (Art 29 del decreto 2591/91).

La Sala también se permite traer a colación lo dispuesto en el Art. 127 de la Ley 1438 de 2011, así:

“ARTÍCULO 127. MEDIDAS CAUTELARES EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Adicionar un nuevo parágrafo al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 así:

“Parágrafo 3o. La Superintendencia Nacional de Salud, deberá:

1. Ordenar, dentro del proceso judicial, las medidas provisionales para la protección del usuario del Sistema.”

Como se observa el legislador no solo privilegió la celeridad del proceso, sino que dotó a la Superintendencia Nacional de Salud- Superintendencia Delegada para la Función

Jurisdiccional y de Conciliación, de herramientas como medidas provisionales tendientes a la protección de los derechos del accionante, razón por la cual puede afirmarse la efectividad y eficacia de tal acción y trámite.

Ahora bien, en busca del mejor acceso de la población a dicha entidad, la Superintendencia Nacional de Salud, en su página web, www.supersalud.gov.co, en los links /Conózcenos > Función Jurisdiccional y de Conciliación > Función Jurisdiccional, tiene siete (7) formatos guía para acceder a la función Jurisdiccional, entre los cuales se encuentra el siguiente:

“7) FORMATO GUÍA PRESTACIONES ECONÓMICAS (Licencia de maternidad, Licencia de paternidad, **Incapacidad por enfermedad general**)” (Negrillas y Subrayas de la Sala).

Ahora bien el acceso a la superintendencia para radicar la correspondiente demanda, como lo establece Art. 126 de la Ley 1438 de 2011, que modificó el parágrafo 2o del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, puede ser a través del envío de la misma a través de un correo certificado o al correo electrónico funcionjurisdiccional@supersalud.gov.co; de esta forma considera la Sala que el acceso a la administración de justicia se encuentra garantizado, pues no es necesario el desplazamiento del accionante para presentar la demanda, sino que desde su hogar puede proceder a instaurarla.

La Sala al estudiar el expediente no encuentra que la petente acudiera ante la Superintendencia Nacional de Salud- Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, entidad competente en busca de la obtención satisfactoria del petitum que hoy motiva la presente tutela.

Sobre el punto anterior, es pertinente mencionar que la Jurisprudencia constitucional del máximo órgano de salvaguardia de la Constitución Nacional, <sentencia T-008 de 2006>, al decantar acerca de la procedencia de la tutela, ha señalado el carácter residual y subsidiario de ésta, o sea, que procede cuando no existe otro mecanismo para reclamar los derechos deprecados, y/o cuando se intenta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, condicionando de todas formas la resolutive del fallo a la obligación de acudir a la Jurisdicción ordinaria y/o Administrativa, a través del procedimiento adecuado en el cual se le solicite al Juez especializado la resolución de la controversia. Y para el caso específico debe remitirse al Juez de la causa que no es otro que la Superintendencia Nacional de Salud- Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.

A su vez, dado el carácter residual de la Tutela, que opera únicamente en caso de ausencia de mecanismo judicial idóneo, se exige, que si éste existe, a su concurrencia se debe obligatoriamente acudir, y sobre todo, si se trata como en este caso de reconocimiento de prestaciones económicas, haciéndolo en su oportunidad legal. Ahora, si hubiese sido imposible para el actor ejercitar la acción ante la Superintendencia Nacional de Salud por circunstancias ajenas a su voluntad, por haberse generado un evento de fuerza mayor, por ejemplo, era su deber durante el trámite de la tutela haber explicitado y comprobado esas eximentes, es decir, alegando su imposibilidad de acudir a la Jurisdicción especializada en procura de obtener la decisión judicial, lo cual no ocurrió en este caso.

(...)

Alega el accionante que debido a la Incapacidad Laboral no puede ejercer ningún trabajo, si bien existe en el expediente de tutela Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral de 74.7%

de origen Enfermedad y Riesgo Común y fecha de estructuración 09 de febrero de 2011, este se encuentra cuestionado ya que se solicitó la nulidad por la Funcionaria Comisionada Personería Distrital de Barranquilla ante Colpensiones. De ahí que no existe certeza del derecho reclamado el cual está en incertidumbre, de lo que deduce la inexistencia de la prueba que indique a la Sala que el accionante sea un sujeto de especial protección Constitucional. Por otra parte, el accionante tiene a su favor otra vía cual es la ordinaria laboral conforme al Decreto 2463 de 2001. ARTICULO 40 establece que: “Controversias sobre los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez. Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, serán dirimidas por la justicia laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente. Para efectos del proceso judicial, el secretario representará a la junta como entidad privada del régimen de seguridad social integral.

Los procedimientos, recursos y trámites de las juntas de calificación de invalidez se realizarán conforme al presente decreto y sus actuaciones no constituyen actos administrativos”. (Subrayado fuera de texto).

Asimismo, a pesar que el accionante plantea estas circunstancias fácticas, no acreditan la existencia de un perjuicio irremediable, además no exhibe ninguna circunstancia de encontrarse frente a un perjuicio irremediable.

Por esta razón, la situación fáctica del accionante no encuadra jurídicamente en los lineamientos establecidos por la Honorable Corte Constitucional, ya que bajo ninguna circunstancia la accionante ha manifestado la ineficacia los medios de defensa de la jurisdicción administrativa y la Justicia ordinaria laboral para la protección de sus derechos, y al no existir un perjuicio irremediable que prever por medio de la presente acción, se declarará improcedente como bien lo consideró y resolvió el a quo.”

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene salvamento de voto del Magistrado José López Álvarez, a continuación extractos de sus argumentos:

“Mi disenso estriba en torno a que si bien es cierto, cuenta el accionante con la posibilidad acudir a la Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, ello, no lo imposibilita para acudir a la acción de tutela, cuando está acreditado, como ocurre en el caso concreto, que el accionante es un sujeto de especial protección constitucional, al cual se le está afectando su mínimo vital, por lo que, es ésta acción la llamada a amparar los derechos fundamentales del actor, a efectos, de impedir la consumación de un perjuicio irremediable.

Es del caso señalar, que la condición de sujeto de especial protección constitucional, por padecer el accionante una pérdida de capacidad laboral del 74.7% no es punto de discusión, ya que, a folios 19 a 20 de la acción de tutela se allegó el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral y dentro de dichos documentos se encuentra la comunicación del dictamen, en el cual se determinó en primera oportunidad una pérdida de capacidad laboral del 74.7% de origen de enfermedad y riesgo común y fecha de estructuración 9 de febrero de 2011. Ahora bien, no desconoce el suscrito que frente a la calificación aludida se solicitó por parte de la Personería Distrital de Barranquilla la revisión del caso y la declaratoria de nulidad del dictamen de calificación, sin embargo, tal petición no obedeció a un desacuerdo frente al porcentaje de pérdida de capacidad laboral, sino, a las irregularidades en el trámite de notificación del proceso administrativo al accionante, por lo que, a efectos de establecer la condición de sujeto de especial protección constitucional, el dictamen que estableció el porcentaje de pérdida de capacidad laboral tiene pleno valor, no pudiendo serle gravosas al actor, las conductas

desplegadas por la Personería Distrital de Barranquilla, las cuales, solo propenden por el amparo de sus derechos fundamentales y de modo alguno buscan ponerlo en situación de desprotección por parte de las entidades accionadas.

(...)

De igual manera, en el proceso se acreditó fehacientemente la afectación del mínimo vital del accionante, pues, no ha recibido el subsidio de incapacidad desde el 20 de Mayo de 2013, lo que presupone de acuerdo a la doctrina constitucional que como tal recurso suple el ingreso laboral la ausencia del mismo por dos mensualidades ocasiona la afectación de su ingreso y por ende el no poder solventar sus necesidades básicas. En tal sentido, era obligación entonces de las accionadas probar que con la no cancelación de las incapacidades al actor, no se ponía en riesgo su mínimo vital, sin embargo, la accionada SALUDCOOP EPS se limitó a señalar fundamentos jurídicos sobre la inviabilidad en el pago de las incapacidades médicas, sin aportar pruebas que demostraran la no afectación del mismo al accionante.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 41 ley 1122 de 2007, artículo 126 y 127 ley 1438 de 2011, corte constitucional: sentencia t-008 de 2006, decreto 2463 de 2001, artículo 40

ACCIONANTE: Jorge Luis Gamarra Reyes

ACCIONADO: Saludcoop EPS y Colpensiones

FECHA: Septiembre 29 de 2014

RADICACIÓN: 08001-31-05-002-2014-00349-(00258)-00

DECISIÓN: Confirma sentencia impugnada.

JULIO OJITO PALMA
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

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