



BOLETIN JURÍDICO No. 88
MARZO – ABRIL 2024

SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA:

PROCESO EJECUTIVO – Promovido en contra de una sociedad de hecho/
UNIÓN TEMPORAL- Capacidad jurídica para ser parte en procesos civiles/
TÍTULOS VALORES- Su autonomía impide desconocer las obligaciones
contraídas por quienes conforman una asociación empresarial

“En ese sentido, se procede al estudio de las inconformidades planteadas por los recurrentes, en el recurso de apelación, según lo expresado en el memorial del 3 de octubre de 2023.

La incapacidad del sr. Javier Díaz, para vincular jurídicamente a la Unión Temporal Aqualta y a sus integrantes con terceros particulares y cobro de lo no debido mediante título ejecutivo irregular.

Si bien es cierto que la legislación ordinaria civil comercial al contrario de lo establecido en el área administrativa, no contiene una norma especial y precisa como la de la ley 80 de 1993, que le reconoce expresamente a las llamadas “Uniones Temporales” una personería jurídica propia, no es cierto que tal asociación de personas no esté regulada en las normas comerciales y que por ello, sus actuaciones sean completamente irresponsables y sin consecuencias, y que por ello no generan obligaciones a cargo de las personas que dieron su consentimiento para conformarlas.

Dado que tales asociaciones cuando tienen fines de utilidad comercial y no se cumple en su constitución con todas las formalidades correspondientes para ser clasificadas como una sociedad comercial de naturaleza específica quedan comprendidas en el concepto de “Sociedades de Hecho” consagrado en los artículos 498 a 506 del Código de Comercio.

(...)

Y de las pruebas allegadas al expediente, se establece:

El Sr. Jaime Sánchez Giraldo, la sociedad panamericana de Inversiones S.A.- PANINVER S.A., La Compañía de Ingeniería Negocios y Servicios S.A.S.- Coinses S.A.S., mediante un acta consorcial conformaron el 27 de febrero de 2014, la Unión Temporal Aqualta pactando que ella fue representada legalmente, inicialmente por José Consuegra Cerpa y posteriormente por Javier Díaz Buendía.

Lo anterior con el objeto de la Construcción del Tanque de Almacenamiento 8000 M3 LA POLLITA II en el Municipio de Sincelejo -Sucre, en el desarrollo de esta, contrataron el alquiler de maquinarias con la Sociedad Nopin Colombia S.A.S., que los pagos del alquiler se garantizaron a través del Pagaré N°157 el día 1 de febrero de 2018, firmado en blanco



con su respectiva carta de instrucción para su diligenciamiento por valor de \$398.739.010.00 con vencimiento el día 3 de mayo de 2018, suscrito por el Sr. Javier Díaz Buendía, en calidad de representante legal de la Unión Temporal Aqualta, como codeudor.

También se encuentra anexado al expediente la comunicación fecha 27 de agosto 2014, emitida por Unión Temporal Aqualta, en la cual se anunciaba que el nuevo representante legal de la unión temporal era el Sr. Javier Díaz Buendía, este último que a voces del interrogatorio rendido aceptó que estuvo en calidad de representante legal de la Unión Temporal Aqualta hasta finales del 2019, y que la misma aún no se había liquidado. También acepto la firma de los títulos.

En el Interrogatorio al Sr. Jaime Sánchez Giraldo, también se constató la firma de las facturas, y del protocolo para la aceptación de estas.

Se establece lo siguiente:

En el Acta de Conformación de la Unión Temporal Aqualta, se establecieron en su cláusula 6° las facultades del representante legal. Señalando que el representante legal es interlocutor de la unión temporal Aqualta ante la Entidad Contratante, terceros y otros. Aunado a lo anterior también se indica que tiene amplias facultades para suscribir todos los documentos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y en general poseerá todos los poderes y facultades suficientes necesarias y sin limitación alguna para la representación de todos y cada uno de los integrantes de la unión temporal, para el cumplimiento de los requerimientos que exija Aguas de la Sabana S.A. E.S.P.

(...)

El cual se fue prorrogando secuencialmente en los Otrosí No. 008 Contrato de Obra No. 016-14 de fecha 16 de enero de 2018.; No. 011 Contrato de Obra No. 016-14 de fecha 10 de mayo de 2018.; No. 012 Contrato de Obra No. 016-14 de fecha 29 de agosto de 2018.; No. 013 Contrato de Obra No. 016-14 de fecha 17 de septiembre de 2018, los cuales fueron suscritos por el Sr. Javier Díaz Buendía en calidad de representante legal de la Unión Temporal Aqualta.

La cláusula 4° de ese convenio de asociación que regula las responsabilidades de los miembros de la Unión Temporal. En la misma se establece que los miembros de la Unión Temporal responden solidariamente por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato, pudiéndose decir que los insumos y maquinarias suministradas en alquiler con la Sociedad Nopin Colombia S.A.S., hacen parte de obligaciones adquiridas por la Unión Temporal Aqualta, para cumplir con el compromiso acordado con la Sociedad Aguas de la Sabana S.A. E.S.P., es decir se establecería como responsabilidad civil frente a terceros derivada de la ejecución del contrato. Tal y como fue constatado en el interrogatorio de los Sres. Javier Díaz Buendía y Jaime Sánchez Giraldo.



En lo referente al Título irregular tenemos el Pagaré que fue firmado por el Sr. Javier Díaz Buendía, en calidad de representante legal de la Unión Temporal Aqualta, cuando ostentaba dicha calidad. Aceptado en el Interrogatorio, que el mismo contaba con carta de instrucción de diligenciamiento, y cumple con los requisitos del artículo 709 del Código de Comercio y que el párrafo final del artículo 640 del indica:

“No obstante, quien haya dado lugar, con hechos positivos o con omisiones graves, a que se crea, conforme a los usos del comercio, que un tercero está autorizado para suscribir títulos en su nombre, no podrá oponer la excepción de falta de representación en el suscriptor.”

Bajo lo anteriormente, se concluye que el Sr. Javier Díaz Buendía, contaba con la facultad para actuar en representación de la Unión Temporal Aqualta, y en ese sentido sus actos comprometieron la responsabilidad de los integrantes de esta.

Por lo que el argumento de que las Uniones Temporales o Consorcios No poseen una personalidad jurídica propia en el área comercial del derecho y que el señor Javier Diaz no contaba con facultades para ello, no es un reparo suficiente y adecuado para desvirtuar el fundamento de una revocación de la sentencia de primera instancia, dado que el no soporta la conclusión de la inexistencia de las obligaciones que adquieren los integrantes de las mismas, con terceros dentro del proceso ejecución del contrato, las cuales deben a cargo de los participantes de la unión temporal.

Los títulos valores de conformidad al artículo 619 del Código de Comercio son documentos autónomos que incorporan una obligación cambiaria, por lo que para el recaudo judicial de su tenor literal, se bastan por sí mismos, no es necesario que con el memorial de demanda se aporten las pruebas que demuestren la existencia del derecho sustancial que originó su suscripción; el recurrente no expone ningún argumento jurídico concreto para soportar su manifestación de que en este caso en particular, no se aplique esa característica de los títulos valores, para requerir la “complementación” del título con otros documentos.” **(Magistrado Sustanciador Dr. Alfredo De Jesús Castilla Torres, Abril 19 de 2024, Radicado Interno: 44.668)**

ACCIÓN DE SIMULACIÓN- Requisitos sustanciales para su prosperidad/
CONTRATO DE COMPRAVENTA- Su celebración entre parientes no lo hace *per se* un acto simulatorio/
LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA- Pueden proponerla quienes fueron parte del contrato o terceros afectados con él

“En ese orden para que la pretensión simulatoria, resulte favorable a las pretensiones incoadas, se torna indispensable que el demandante demuestre (más allá de toda duda) que la escritura de compraventa es verdaderamente aparente porque ni la sociedad BETANIA S.A ni el señor DARIO RUBEN LOPEZ CHINCHILLA hoy fallecido quisieron celebrarlo. Así, se requiere el cumplimiento de varios aspectos a saber, i), que se demuestre la existencia del contrato ficto o presunto, ii) que el actor, tenga derecho para proponer la acción y iii) que existan suficientes pruebas conducentes



para llevar al convencimiento del fallador, diferenciando entonces, entre la voluntad real y la declarada. Aristas de las cuales, esta Sala se referirá a continuación.

Respecto a la existencia del contrato ficto o presunto, se encuentra acreditado que entre la sociedad BIOBETANIA S.A y el señor DARIO RUBEN LOPEZ CHINCHILLA (hoy fallecido) se suscribió escritura de compraventa a través del cual, la primera, transfería al segundo, a título de venta, el predio identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 228-509 de la Oficina de Instrumentos públicos de Sitionuevo (Magdalena) el 30 de diciembre de 2.016, que se perfeccionó el 05 de diciembre de 2.018 tal como da cuenta de la anotación No. 009 de la citada matrícula inmobiliaria. Documentos que se encuentran adjuntos en el dossier.

Siguiendo con el derecho de los demandantes para proponer la acción de simulación, no existe duda, que el INSTITUTO ONCO HEMATOLOGICO BETANIA SA – BIOBETANIA está legitimado para proponerla, por ser un extremo del contrato de compraventa presuntamente simulado. En particular, no puede dejarse de lado, que la acción que aquí se analiza, puede ser invocada por quienes fueron parte del negocio jurídico o por terceros.

De otro lado, al hacer hincapié en las pruebas existentes para demostrar actos jurídicos simulados, es decir, la valoración de las pruebas de simulación, la doctrina y la jurisprudencia han reiterado que esta goza de toda libertad, encaminándose por regla general a que sea la prueba indiciaria la que zanje la suerte del contrato, habida cuenta que son estas inferencias indiciarias, sea basadas en testimonios o en medios probatorios de cualquier otra índole, los instrumentos del cual se vale el sentenciador para llegar con certeza a la falta de seriedad del contrato impugnado.

(...)

En el sub examine, básicamente la parte demandante resaltó como hechos indicadores de simulación los siguientes:

1. Que el vendedor “nunca se desligó de su rol” por continuar (pese a la solemnidad del contrato) ejecutando obligaciones propias de su titularidad, tales como el pago de los cuidadores del predio, de obligaciones tributarias. Ante este primer ítem, resulta indispensable estudiar el testimonio de los señores JUAN CARLOS FLOREZ SUAREZ, bajo el alias de “el diablo” y LEIDER MANGA GUTIERREZ con el seudónimo “media vaca” quienes según el dicho de las partes, han sido cuidadores de la finca “MARIA ANDREA”.

Con relación al primero, fue claro en su declaración al sostener que está desde el 2020 (0:39:30) en el inmueble objeto de controversia, sin precisar mes o fecha “no recuerda” y que ha trabajado para la sociedad BETANIA. Incluso, es enfático en sostener que si bien, se entregaban regalos de navidad como lo afirmaban las demandadas opositoras, estos, se hacían en la finca “SAN ANTONIO” no en “MARIA ANDREA” (0:46:18). Llama la atención de la Sala, este último dicho, habida cuenta que, el finado señor fallece el 18 de diciembre de 2020



a causa del COVID 19 conforme al certificado de defunción aportado en la demanda, estando hospitalizado en la Clínica Asunción desde el 09 de noviembre de 2.020 acorde a la epicrisis adjunta (derivado 25AnexosContestación.pdf folios 31 y 29), es decir, que resta toda credibilidad al testigo, en afirmar que la entrega de regalos se realizó en una finca distinta, cuando en 2020, año que inició sus labores, no se alcanzó a celebrar la navidad por parte del señor RUBEN DARIO LOPEZ CHINCHILLA dado su fallecimiento.
(...)

Para esta Sala emerge con claridad, que esta prueba testimonial, más allá de confirmar el dicho del demandante, genera todo lo contrario, toda vez que si bien, ambos declarantes sostienen que sus salarios eran cancelados por el señor WILMER EBRATT (quien era el administrador), no existe certeza de estos pagos como función propia de quien ostenta ser el dueño, en caso de ser ciertos, obedecen a fechas en las que el señor RUBEN DARIO LOPEZ CHINCHILLA (Q.E.P.D) se encontraba hospitalizado o posterior a su fallecimiento, pues solo reposa en el plenario, conforme a la prueba de oficio decretada por el juez de primer grado, las respuesta dada por COOSALUD en la primera, afirman que “solo uno de ellos se encuentra afiliado a Coosalud Eps, el señor FLORES SUAREZ JUAN CARLOS identificado con Cedula De Ciudadanía N° 85083163 quien reporta en estado ACTIVO en el régimen contributivo en calidad de cotizante con una relación laboral activa con el empleador INSTITUTO ONCO HEMATOLOGICO BETANIA S.A. - BIO BETANIA con NIT 802018443 quien se encuentra realizando sus aportes de manera mensual y continua desde el pasado 02/12/2021” véase como nada se dice, del señor MANGA, porque no se tienen datos de él, situación ésta que no permite tener estos “pagos” como indicios de que son actos de señor y dueño, mientras que en la segunda informan “que al validar la información de los usuario en nuestro sistema de información solo pudimos encontrar datos del señor JUAN CARLOS FLORES quien reporta en estado ACTIVO en el municipio de sitio nuevo en el régimen contributivo en calidad de cotizante con una relación laboral activa con INSTITUTO ONCO HEMATOLOGICO BETANIA S.A. - BIO BETANIA Nit 802018443 desde el pasado 01/11/2021 en cuanto al señor LEIDER MANGA no reporta activo con Coosalud Eps según consulta ADRES indica estar activo en NUEVA EPS S.A. en el régimen subsidiado”.

Caso similar, sucede con las obligaciones tributarias aportadas con el libelo incoatorio (véase liquidación de impuesto predial unificado folio 26 derivado 11ReformaDemanda.pdf) o demás documentos, tales como contrato de obras civiles (folios 31-35), recibos de caja menor (folio 36) todas fueron canceladas con posterioridad al 2020.
(...)

Citado lo anterior, la jurisprudencia es clara y reiterativa que, este indicio de parentesco entre el señor JUAN CARLOS FÁBREGAS LÓPEZ, y DARÍO RUBÉN LÓPEZ CHINCHILLA, por sí solo no da lugar a considerar que un negocio o



contrato fue simulado, resultando imperiosamente necesario analizar las pruebas en conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, para arribar a la decisión que en el presente caso, se estudia.

2. El precio irrisorio, falta de comprobación del pago y la buena capacidad económica del enajenante. Estos tres indicios que estima el recurrente no fueron tenidos en cuenta por el A-quo serán analizados en este mismo acápite, dado que se circunscriben en el aspecto pecuniario.

El avalúo del inmueble aportado como sustento de la irrisoriedad del precio, fue realizado bajo el método: "COMPARATIVO DE MERCADO, el cual se utiliza en los avalúos de bienes inmuebles que puede ser analizados con bienes comparables existentes en el mercado abierto basándose en la investigación de la oferta y la demanda de dichos bienes operaciones de compra y venta recientes de renta o alquiler y que mediante una homologación de los datos obtenidos permiten al evaluador estimar un valor de mercado."

Resulta plausible, señalar que el informe aportado no se realizó con documentos o elementos que permitieran cotejar para el año 2016 el avalúo del predio, pues las circunstancias de tiempo, modo lugar varían conforme a las necesidades propias de la zona rural, por tal razón comparte esta Sala, el análisis realizado por el Juez de instancia sobre la particularidad de este indicio.

En cuanto a que no se comprobó el pago, si bien, dentro del mismo dictamen, se evidencia el realizado a los libros de contabilidad del año 2016 y 2017, no puede tomarse como indicio de la falta de entrega de dinero, toda vez que, si lo que buscaba la sociedad demandante era "evitar" posibles inconvenientes con la adquisición de bienes destinados a usos distintos a los de la salud, es apenas lógico, que el dinero que pudiera ser recibido en su oportunidad no hubiese sido registrado, por no tener como justificar tal ingreso.

Conviene recordar en este momento, que la carga de probarla simulación (onus probandi) corresponde a quien persigue su declaratoria (artículo 167 Código General del Proceso), y que con tal propósito debe aquel aportar al juzgador suficientes y fidedignos medios de prueba que le permitan a éste, sin hesitación alguna, formarse el convencimiento de que el negocio jurídico cuestionado es aparente y, por ende, reñido con la realidad volitiva interpartes, vale decir con su genuina intención.

Amén de lo expuesto, no existe prueba alguna, que dé cuenta del no pago del precio que de acuerdo con lo contenido en la escritura fue contenido a satisfacción.

Si bien es de conocimiento que en todo negocio jurídico real, debe concurrir los supuestos de la onerosidad y la conmutatividad (artículos 1497 y 1498



Código Civil), que consiste, el primero en la utilidad para ambas partes y, el segundo, en la reciprocidad y conmutatividad de las prestaciones, si estos requisitos están ausentes en uno de los contratantes, la convención degenera en un contrato distinto del acordado, no es menos cierto, que "buena capacidad económica" del aquí enajenante no es suficiente para determinar la razón de la posible simulación, toda vez que no siempre que se realicen este tipo de transacciones, obedece a una situación económica precaria, sino a la práctica misma del comercio o la necesidad de ello.

En conclusión, no se evidencia dentro del plenario prueba alguna de que el demandante no hubiera recibido el pago, ni tampoco que hubiera realizado las acciones propias para que el inmueble aquí debatido volviera su patrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento del señor DARÍO RÚBEN LOPEZ CHINCHILLA.

Así las cosas, es claro que las personas pueden disponer de sus bienes bajo las circunstancias que consideren, como se observó en éste asunto, en donde no se logró demostrar la diferencia entre la voluntad real y la declarada, puesto que no se acreditó la ficción producida con el contrato de compraventa celebrado y menos que éste no haya generado efectos jurídicos entre los mismos, y esta Sala no encuentra medios de convicción que permitan predicar la inexistencia del negocio acusado, máxime que no se demostró que se hubiere fraguado un pacto oculto entre las partes que celebraron el contrato de compraventa, siendo menester memorar que uno de los principios fundamentales de nuestro Código Civil es el de la autonomía de la voluntad, en virtud de la cual el ordenamiento jurídico positivo reconoce a los particulares la potestad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas para la satisfacción de sus necesidades de carácter económico-social en el intercambio de bienes y servicios. Conforme a ese principio, los particulares gozan de libertad para regular sus relaciones conforme a cualquiera de las formas negociales contractuales, típicas o atípicas.

Decantado y evaluado cada reparo aducido por el memorialista como indicios no tenidos en cuenta, esta Sala ante la necesidad de emitir una decisión conforme a las pruebas valoradas en conjunto, debe precisar a modo de conclusión, que si bien, i) en principio puede tomarse como confesión (medio de prueba) el dicho de la sociedad demandante en su escrito demandatorio de que "simuló la venta" y en su interrogatorio de parte, por el representante legal sustituto, que fingieron la venta de "María Andrea" por recomendación de los analistas jurídicos y tributarios, para evitar sanciones por lo que obedecía en ese momento a nivel nacional con "SALUDCOOP", véase la respuesta dada por este último a la pregunta ¿Por qué simuló? (21: 43) "Saludcoop tuvo problemas, con unas compras de unos inmuebles que no tenía nada que ver con la salud, los jurídicos, los asesores, dijeron que los bienes que no tengan giro de la salud. Desháganse" no es menos cierto que el móvil de la simulación (causa simulandi) alegada por el extremo activo consistente en "evitar sanciones" no puede considerarse como tal, toda vez que no existe dentro del plenario prueba alguna, que



acredite la “posible persecución” o requerimiento alguno realizado al INSTITUTO ONCO HEMATOLOGICO BETANIA S.A por parte de los entes de vigilancia y control respectivos.

No se deja de lado, que se practicaron los testimonios de los señores WILMER EBRATT (por la parte demandante), y HERLEY ALBERTO CANDANOZA DE LA CRUZ (por la parte demandada), así como el interrogatorio de parte de los señores EVELIN DEL CARMEN LOPEZ REALES (1:08:33), LUCIA LOPEZ TRILLOS (1:35:42), LUZ DARY LOPEZ TRILLOS (2:28:06), quienes en dicho, sostienen que la “MARIA ANDREA” ha sido de su padre, y que guardan recuerdos de ello. Afirmando que colinda con otro predio de su padre, como “SAN ANTONIO”, STEFANY PAOLA LOPEZ LORA (2:55:59), LARRY LOPEZ NAVARRO (3:05:25), DARIO RUBEN LOPEZ BORJA (2:08:26) (estos últimos se allanaron a la demanda) quienes además de estar de acuerdo con las pretensiones y hechos de la demanda incoada, cedieron sus derechos herenciales a BETAESTATE S.A, sociedad ésta que es la misma empresa de BIOBETANIA S.A (0:24:43) por recomendación de “Juan Carlos” refiriéndose al señor JUAN CARLOS FABREGAS, quien a la fecha de negociación fungía como representante legal de la sociedad.

Estas pruebas al ser valorados de manera conjunta bajo las reglas de la sana crítica, no conllevan a desvirtuar la presunción de veracidad de la Escritura Pública No. 4142 del 30 de diciembre de 2016.

Para esta Sala surge diamantino que, la parte demandante no cumplió con la carga de la prueba. Esta obligación en concreto a quiere un contenido propio en cuanto parte de la concreción de pretensión hecha valer por el sujeto actor (que para este caso se materializaba en la declaración de simulación), pues no se puede perder de vista el efecto jurídico que la parte pretende obtener y los elementos concretos sobre los cuales la misma funda la pretensión, pues al fallar aquellos (los fundamentos) fenece inexorablemente ésta (la pretensión), situación jurídica que no solo se explica en la medida que la parte tiene frente al juez la carga de desarrollar las actividades esenciales procesales y probatorias cardinales si quiere ver tomada en consideración la propia pretensión, ya que ésta no es más que un modo figurado para indicar el poder correspondiente a la parte misma de hacer valer el propio interés privado en los modos y en los límites previstos por la ley procesal, es decir, es un poder necesario si el titular del mismo quiere alcanzar un determinado efecto, de lo contrario, el mismo interesado con su omisión lleva al cadalso el derecho que reclama, supuestamente suyo; se tiene que la parte demandante, en el presente caso, tenía la carga de probar los supuestos de los elementos generadores de la clase de responsabilidad alegada y no lo hizo.

El punto nodal de este caso concreto como ya se precisó al plantear el problema jurídico, no sale avante con los reparos esgrimidos por el recurrente, habida cuenta que emerge con claridad meridiana, y sin ninguna viso de duda, del análisis en conjunto, bajo las reglas de la sana crítica, de las pruebas indiciarias, que no se cumplen los presupuestos para



acceder a las pretensiones del demandante, en la medida que no existe o no se aportó medios suasorios de identidad suficiente que apoyaran sus pretensiones." **(Magistrado Sustanciador Dr. Bernardo López, Marzo 15 de 2024, Radicado Interno: 44.843)**

DECISIÓN JUDICIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

ACCIÓN REIVINDICATORIA- No es procedente para que un cónyuge obtenga la devolución de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal/
RESTITUCIÓN DE BIEN AL HABER CONYUGAL- No puede prohijarse un ejercicio abusivo y violento del derecho de dominio en contra de las mujeres

“De conformidad con los agravios formulados el problema jurídico se concentra en establecer si están dados los presupuestos para condenar a la señora Lorena Elvira Muñoz Hernández a restituir en favor del demandante la posesión de los predios materia de este proceso. Para ello se deberá determinar previamente si es procedente la acción de dominio intentada por un cónyuge frente al otro para recuperar la posesión de bienes que se presumen pertenecientes a la sociedad conyugal.

Como tesis, se anticipa la respuesta negativa a los dos nudos jurídicos planteados: la acción reivindicatoria no es procedente para que un cónyuge obtenga del otro, la restitución de los bienes que se presumen sociales y que el último posee. Por lo tanto, no se cumplen los presupuestos para que prospere la acción de dominio aquí intentada la tesis expuesta se sustenta en las siguientes premisas:

2.2.1. La conducta del actor refleja un ejercicio abusivo del derecho de dominio, y violenta los derechos de la mujer.

Lo primero que corresponde advertir en el caso presente, es que el demandante busca que a través de la acción reivindicatoria, se impida que su cónyuge pueda seguir ejerciendo la posesión de un bien que como se verá tiene categoría de social, sin acudir a las acciones que legalmente permiten la disolución y liquidación de esta universalidad, conducta que sin duda refleja un acto discriminatorio de los derechos de ésta, y por tanto, una expresión de violencia económica contra ella.

Justamente, conductas como éstas, han demandado la respuesta de la jurisprudencia de las cortes nacionales, como la del sistema interamericano, en el marco de los convenios internacionales suscritos por Colombia y la Constitución Política del país, para reclamar acciones efectivas que garanticen el derecho de igualdad real y contribuyan en la superación de estereotipos de género que perpetúan una desigualdad en contra de las mujeres, que las relegan a roles serviles con características y atributos inferiores, como lo denunció la Corte Constitucional en la paradigmática sentencia SU-080 de 2020.

(...)

No en pocas oportunidades se ha insistido por la jurisprudencia en la necesidad de reclamar de la intervención del juez, para que se corrijan las asimetrías de poder que históricamente han subyugado a la mujer en un



modelo patriarcal, expresado en conductas que se traducen en verdaderos actos de discriminación y violencia, cuando como en el caso presente, se ponen en cabeza del marido los bienes de mayor significado patrimonial, desconociendo la capacidad de la mujer para administrarlos, y se acude al sistema de justicia para despojar a esa mujer de la posesión que legítimamente ostenta.

Desde esta perspectiva, es claro que tal injusto proceder no puede prohijarse, pues configura una discriminación y forma de violencia económica contra su consorte, conducta que debe conjurarse a través de las herramientas de protección constitucional al derecho a la igualdad, estudiando el caso con perspectiva de género.

2.2.2. Hay una sociedad conyugal vigente entre las partes. De acuerdo con los artículos 180 y 1774 del Código Civil, a falta de pacto en contrario, se entiende nacida la sociedad conyugal por el hecho del matrimonio. La ley 28 de 1932 introdujo reformas importantes al régimen de la mentada sociedad. Entre ellas incorporó la libre administración y disposición de los bienes que estén en cabeza de cualquiera de los cónyuges, pero que, en todo caso, al momento de liquidarse, se debe tener claro que la sociedad conyugal ha existido desde el momento del matrimonio.

La anterior reforma llevó a pensar por muchos años que la sociedad conyugal surgía en el momento de la disolución, pero que se entendía en ese momento que producía efectos desde el mismo momento de la celebración de las nupcias. Sin embargo, esa interpretación ha cambiado de manera progresiva en la jurisprudencia más reciente.

Desde la sentencia SC16280-20164 la Corte Suprema de Justicia ha venido desmintiendo que la sociedad conyugal sea una ficción legal y nazca para morir en el momento en que es disuelta, como se consideró en el pasado. Por el contrario, la jurisprudencia hoy sostiene esa sociedad es real y efectiva desde el momento del matrimonio y que el hecho de que por virtud de la ley 28 de 1932 haya la libre administración por parte de los cónyuges, eso no se contrapone a su verdadera existencia, sino que más bien, es un reflejo de ello, que regula de algún modo la dinámica de una forma distinta para facilitar la celebración de los actos jurídicos.

En pronunciamientos más recientes, la Sala de Casación Civil ha reiterado esa interpretación. En la SC4855-2021, luego de consignar el recorrido jurisprudencial en la materia, se apuntaló fuerte y claro que la sociedad conyugal germina con el matrimonio y como efecto de él. (...).

Finalmente –entre algunos otros casos– en la STC1768-2023, donde se estudió si los pasivos adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio ingresan a la sociedad conyugal, se explicó que la mencionada reforma de la ley 28 de 1932 tiene fundamento en la modificación de las reglas en el sentido de devolverle la capacidad a la mujer casada, de modo que ya no tuviera que comparecer a juicio y testimoniar, así como que no fuera representada por su cónyuge en la administración y disposición de los bienes. Y eso de ninguna manera implica que la sociedad patrimonial no exista desde el momento del matrimonio.



Lo dicho es un punto para hacer ver que la existencia del matrimonio vigente entre los cónyuges, demostrada con la copia del registro civil anexada en el escrito de excepciones, dio lugar a sociedad conyugal en los términos del art. 180 del C.C., y que además está vigente entre los extremos de la lid desde el 1º de mayo de 1999, pues no hay nota marginal sobre su disolución o liquidación.

La demandada formuló una excepción que fundó en varios hechos: (i) que los bienes fueron adquiridos en vigencia del matrimonio católico celebrado entre las partes y, por ende, de la sociedad conyugal; (ii) que se celebró un contrato de promesa de compraventa entre los sujetos en relación con los lotes 1 y 2, en virtud de lo cual, la demandada le pagó al actor \$100 000 000,00; (iii) que la enjuiciada fue quien en realidad compró el lote 6. De estos hechos solo está demostrado el primero, pues junto a los medios exceptivos se anexó el registro civil de matrimonio que da cuenta del matrimonio, el cual, no tiene anotación alguna sobre cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, separación de bienes o separación de cuerpos. Tampoco se demostró la existencia de capitulaciones.

2.2.3. Los bienes materia del este asunto se presumen sociales. Los pretendidos por medio de la acción reivindicatoria son los lotes 1, 2, 3, 5 y 6 identificados con las matrículas 041-91666, 041-91668, 041-91669, 041-91668 y 041-91669 respectivamente. Todos ellos, según se avista en los certificados de libertad y tradición obrantes en el expediente, aparecen a nombre del demandante, porque fueron adquiridos así:

- Lote 1 (041-91664): mediante escritura pública n°. 259 del 15 de agosto de 2014, inscrita el 8 de noviembre de 2016.
- Lote 2 (041-91665): mediante escritura pública n°. 259 del 15 de agosto de 2014, inscrita el 8 de noviembre de 2016.
- Lote 3 (041-91666): mediante escritura pública n°. 141 del 22 de agosto de 2004, inscrita el 9 de septiembre de 2015.
- Lote 5 (041-91668): mediante escritura pública n°. 141 del 22 de agosto de 2004, inscrita el 9 de septiembre de 2015.
- Lote 6 (041-91669): mediante escritura pública n°. 4186 del 5 septiembre de 2016, inscrita el día 16 siguiente.

El matrimonio entre quienes son parte en este proceso, se celebró el 1º de mayo de 1999 y aún no se ha disuelto. Entonces, evidentemente todos esos bienes adquiridos en vigencia de la sociedad conyugal, gozan de la categoría de sociales, en el haber absoluto, en cuanto fueron adquiridos a título oneroso (art. 1781-5 del C.C.). Esa sola circunstancia es suficiente para presumir que forman parte de esa universalidad y, por ende, frente a ellos se excluye la acción de dominio. Ello pues, no hay prueba en el expediente de capitulaciones matrimoniales; sentencia de divorcio, nulidad, separación de cuerpos o de bienes; ni de algún otro tipo de pacto que haga colegir una cosa distinta.

Aunado, el demandante dejó claro en su interrogatorio que los inmuebles fueron adquiridos por acuerdos celebrados entre ambos para la puesta en funcionamiento de un jardín infantil que aún opera en esos predios. Eso



coincide con lo narrado por la demandada, quien afirmó lo mismo. La discrepancia radica en que, según el actor, eso lo hizo porque es una persona solidaria; mientras que, la enjuiciada afirma que, dentro del matrimonio, todas las negociaciones se hacían a nombre del demandante, incluidas la compra de inmuebles, vehículos, carros, motocarros, etc. Manifestó que incluso, hubo unos lotes que en 2007 le fueron entregados directamente a ella por quien entonces era el dueño.

(...)

2.2.4. La sociedad conyugal vigente excluye la acción de dominio. Tal como se apuntó en el marco jurídico, la acción de dominio se excluye cuando la posesión deriva de un vínculo contractual u otra relación sustancial con quien figura como dueño. Según el artículo 113 del Código Civil, «El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.»

(...)

Por el hecho del matrimonio, como bien se ha dicho, surge la sociedad conyugal. Ésta es un efecto del casamiento y encuentra unas reglas de regulación que le son propias. Entre ellas, la libre administración de los bienes por parte de los consortes. Pero entre las tantas consecuencias que produce tan prevalida institución, está la posibilidad que tiene cada uno de los cónyuges de usar y gozar los bienes que forman parte del patrimonio común. De ahí que la posesión ejercida por alguno de los cónyuges sobre un bien social es una circunstancia que emana del contrato o la institución del matrimonio en sí mismo, pues, no puede perderse de vista que los mencionados derechos recaen respecto de lo que integra el haber social.

Ahora, si la posesión que deriva cualquier contrato no es susceptible de ser atacada ni vencida por vía de la acción reivindicatoria, con menor razón lo es la que emana de la sociedad conyugal y el matrimonio, que es uno solemne y constituye la familia en los términos que fueron anotados anteriormente. Esa institución que goza de protección superior en la medida que le abre paso a una verdadera familia y de él brota la universalidad de bienes con fundamento en la cual, uno de los consortes puede ejercer la posesión de un determinado bien social. Bajo ese panorama, se considera que la sociedad conyugal vigente excluye la acción de dominio para que uno de los cónyuges a cuyo nombre figura unos determinados bienes que se presumen sociales a voces de los cánones 180, 1774 y concordantes de la codificación civil, reclame, la posesión que ejerce el otro respecto de aquellos.

(...)

Se destaca cómo a través del ejercicio de la acción reivindicatoria, se hace patente la conducta del demandante, basada en su arbitrario control de los bienes sociales, proceder que se encuentra discriminatorio y que instrumenta violencia económica contra su consorte, que debe conjurarse a través de las herramientas de protección constitucional al derecho a la igualdad y que ha sido identificado por la jurisprudencia como una categoría sospechosa que obliga a estudiar el caso con perspectiva de género.



Entre Eder Carlos Díaz Hoyos y Lorena Elvira Muñoz Hernández está vigente el matrimonio religioso celebrado entre ellos y la sociedad patrimonial que nació como consecuencia de aquel. En vigor de esa sociedad bienes, fueron adquiridos los lotes 1, 2, 3, 5 y 6 identificados con las matrículas 041-91664, 041,91665, 041-91666, 041-91668 y 041-91669 respectivamente, por lo cual, se encuentran amparados con la presunción de ser sociales, pues fueron adquiridos a título oneroso en vigencia de la susodicha sociedad de gananciales.

Estos predios se encuentran en posesión de la demandada Lorena Elvira Muñoz Hernández, quien, en virtud de ser cónyuge y socia de la universalidad de bienes, tiene derechos a usarlos y gozarlos. Por ende, en relación con esos bienes, no es procedente la acción de dominio intentada por el señor Eder Carlos Díaz Hoyos, pues éste debe solucionar la situación jurídico sustancial de esos inmuebles dentro del juicio en el que se ha de debatir su titularidad, referente a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, en vez de acudir a la acción de pleno dominio para despojar a su consorte de las posesión que legítimamente ostenta sobre tales bienes.”

(Magistrado Sustanciador Dr. Guillermo Raúl Bottia Bohórquez, Abril 22 de 2024, Radicado Interno: 44762)

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL- Edificio que amenaza ruina/
PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD- Recae en cabeza del dueño del inmueble o construcción/

“Pues bien, precisa esta sala que existe criterio jurisprudencial consolidado en el sentido que la normativa citada lleva implícita una presunción de culpabilidad en cabeza de su dueño o custodio, que favorece al afectado con el hecho lesivo, toda vez que le basta demostrar su ocurrencia y el daño sufrido como consecuencia del mismo, sin tener que ahondar en mayores esfuerzos demostrativos sobre la negligencia, imprudencia o descuido que llevaron a tal sobrevenir. En ese sentido la regla legal consagra un tipo casuista de responsabilidad extracontractual fundada en la propiedad y el peligro.

Ahora, el ingrediente normativo definitorio es la ruina total o parcial del edificio o construcción, lo cual puede llevar a estimar que no es cualquier daño menor el que amerita el ejercicio de tales acciones sino, únicamente, un deterioro de graves proporciones que torne inminente su desplome o destrucción.

Sin embargo, un entendimiento lógico permite concluir que las acciones consagradas en el régimen de responsabilidad extracontractual por los daños ocasionados por las averías de un edificio no sólo son aplicables a los estados de “ruina” en sentido estricto, sino que también son extensibles a situaciones de menor gravedad que de otro modo quedarían sin tutela judicial por ausencia de norma que las regule, pudiendo incluirse cualquier alteración o defecto determinante de daño a terceros. Así el concepto de edificio debe tomarse en sentido amplio, como equivalente a construcción, no requiriéndose, por ejemplo, que se trate de un edificio de varios pisos o de propiedad horizontal.



(...)

Como se expuso en las consideraciones generales el recurrente critica tres aspectos de la providencia impugnada. Con relación al señalado como i) se trata de una crítica a la valoración probatoria, pero sin que se exprese en concreto cuál de las pruebas fue la que interpretó mal el juzgador, no las individualizó ni refirió en qué sentido se derivó de ellas consecuencias que no se acompañan con lo recaudado en el trámite. En otras palabras, de lo expuesto por el apelante no se extrae cuáles fueron las falencias concretas que halló en la decisión y que, por su importancia, dieran lugar a que esta se revoque. En ese sentido, yerra el recurrente al no hacer explícitos sus reparos, lo cual se advierte de la transcripción del recurso de apelación. Luego este aspecto del recurso será rechazado.

Como ii) señala el recurrente la falta de decisión acerca del llamamiento en garantía. Sin embargo, llama la atención la sala que revisado el expediente se encuentra que mediante auto de fecha 10 de mayo del 2019 a folio 161, visible en el pdf carpeta primera instancia anotación 025 del expediente digital, se rechazó llamamiento en garantía. Corolario es que este aspecto no será reconocido.

Respecto del planteamiento iii) baste indicar que cuando se trata de parientes consanguíneos como hermanos se presume la existencia del daño moral, correspondiendo a la contraparte desvirtuar dicha presunción. Es así entonces que no prospera este recurso.

(...)

En este respecto, tal como se expuso en las consideraciones generales, es el marco fáctico de circunstancias, son las condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, es la situación o posición de la víctima y de los perjudicados, es la intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, es la aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador, los que constituyen parámetros que deben guiar la cuantificación. Sin embargo, en la impugnación nada se señala al respecto. Es decir, el ataque a la sentencia se hace de manera general. Es por ello que no se accederá a la impugnación." **(Magistrado Sustanciador Dr. Juan Carlos Cerón, Marzo 5 de 2024, Radicado Interno: [44.474](#)).**

DIVORCIO- Causal tercera: Tratos crueles/ **DEMANDA DE RECONVENCIÓN-** Nulidad de matrimonio civil: Se alega como causal el error en la persona en razón a su orientación sexual/

"La causal primera de nulidad invocada se finca en una premisa concreta, tal y como se señala en el hecho tercero (3º) de la demanda de reconvencción, que a la letra dice: "3.- Para los primeros días del mes de marzo de 2020, la señora MORENO CAMARGO, descubrió la condición de homosexual del señor TRIMBOLI MANTILLA, la cual no solo desconocía hasta ese momento, sino que éste jamás se lo había manifestado, manteniéndola en error durante más de cinco (5) años, en relación con su orientación sexual e identidad de género.", y para efectos de probar ese hecho adujo la parte



demandante en reconvención, varios testimonios y unas fotografías explícitas.

El problema jurídico consiste en establecer sin duda alguna que el señor TRIMBOLI MANTILLA, tiene esa condición homosexual y de tal manera que se pueda afirmar en la sentencia, que se genera nulidad por error en las cualidades de una persona, cuando se ha ocultado de mala fe al otro contrayente, con lo cual no permitió que de manera libre y voluntaria decidiera si era su deseo de contraer matrimonio o no.

La respuesta al problema jurídico, es que NO se puede establecer sin duda que el señor TRIMBOLI MANTILLA, tiene la condición de homosexual, teniendo en cuenta que la orientación sexual de una persona, no la puede deducir un tercero, debe emanar precisamente de quien se le atribuye, es decir, la persona en su fuero interno primero y luego en las expresiones diarias de su vida debe auto percibirse como homosexual, lo cual significa que reconoce y acepta su propia atracción emocional, romántica y/o sexual hacía personas del mismo sexo. Esta auto percepción de la homosexualidad es una experiencia personal y única de cada individuo.

(...)

En punto con todo esto, es que, el señor TRIMBOLI MANTILLA, ha negado terminantemente en su interrogatorio de parte e incluso en el reparo y la sustentación del recurso de alzada, tener la condición de homosexual, de manera que no se le puede atribuir categóricamente una orientación sexual a un individuo que la niega, que no se apercibe de esa manera, para con ello, encuadrar la causal de nulidad de matrimonio invocada por la demandada inicial y demandante en reconvención.

En igual forma, en el caso que nos ocupa, de acuerdo a lo manifestado por la señora ELIZABETH BELÉN MORENO CAMARGO, durante su relación matrimonial, mantuvo relaciones sexuales con su cónyuge señor TRIMBOLI MANTILLA, por lo que se podría concluir entonces, que no es homosexual, sino bisexual, hecho éste que no tendría los mismos los mismos efectos de error en la persona, que conlleve a la nulidad matrimonial invocada.

Las causales de nulidad implican que las mismas son anteriores o concomitantes con el acto celebrado, en este caso el matrimonio TRIMBOLI – MORENO, se celebró el día 29 de enero de 2015, y de acuerdo con el material probatorio allegado, solo se determinan actos de homosexualismo después del año 2015, más específicamente del año 2017 a 2018, lo cual impide que se configure la causal de nulidad invocada, al no estar demostrado que para el momento en que se celebró el matrimonio TRIMBOLI – MORENO, el señor TRIMBOLI MANTILLA, tenía la condición de homosexual alegada y se lo había ocultado a la señora ELIZABETH BELEN MORENO CAMARGO.

Todo lo anterior, conlleva a que la parte demandante en reconvención no demostró que se configuró la causal de nulidad de matrimonio, invocada señalada en el numeral 1º del artículo 140 del C.C. por lo que se impone



revocar el proveído impugnado y proceder a resolver la demanda principal de Divorcio, presentada por el señor TRIMBOLI MANTILLA.

(...)

Analizadas dichas pruebas de acuerdo al artículo 176 del C.G.P. apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, se tiene que las declaraciones de los señores EDGARDO MARIO TRIMBOLI BARRIOS, EDGARDO MARIO TRIMBOLI MANTILLA y ORLANDO HERNANDEZ DE LA HOZ, no se desprende que el señor GILBERTO TRIMBOLI MANTILLA, haya recibido por parte de la señora ELIZABETH BELEN MORENO CAMARGO, ultrajes, trato cruel o maltratamientos de obra, por el contrario, los testigos, EDGARDO MARIO TRIMBOLI BARRIOS Y EDGARDO MARIO TRIMBOLI MANTILLA son coincidentes en señalar el buen trato que siempre reinó entre los cónyuges TRIMBOLI – MORENO, por lo que se ha concluir que al no demostrarse la causal de divorcio invocada, la misma no tiene vocación de prosperidad y por ende no se accederá a decretar el divorcio solicitado por el demandante inicial.

Por último, cabe resaltar que en esta clase de procesos, así puedan llegar a demostrarse causales distintas de las alegadas en favor o en contra de alguna de las partes, no es posible su declaración, de forma oficiosa, teniendo cuenta el principio de invocabilidad de las causales de divorcio, de acuerdo al artículo 156 del Código Civil." **(Magistrado Sustanciador Dr. Carmiña Elena González Ortiz, Abril 19 de 2024, Radicación Interno: 00083-2023-F)**

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL- Exigibilidad de la cláusula penal/
CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN- Incumplimiento contractual/

“A partir de las anteriores consideraciones, procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados. Inicialmente se resolverán los reparos planteados por la sociedad demandada principal, como quiera que si estos salen avante darían al traste con la pretensión indemnizatoria de la demandante principal y resultaría improcedente pronunciarse acerca del reparo planteado por esta última. De conformidad con ello, inicialmente se procederá a establecer si efectivamente se produjo un incumplimiento contractual por parte de la demandante principal, conforme lo plantea la sociedad RESTREPO HOYOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN.

l) Acerca del incumplimiento de la parte demandante principal.

La sociedad demandada señala que el a quo no tuvo en consideración los incumplimientos en los que incurrió la sociedad FORESTAL MONTERREY COLOMBIA S.A.S. respecto de las obligaciones que contrajo a partir del contrato de cuentas de participación que le fue cedido. Para establecer si efectivamente la demandante principal incumplió el referido negocio jurídico o, por el contrario, esta circunstancia sólo se le puede atribuir a la demandada, resulta necesario, en principio, determinar las obligaciones que se derivaron del clausulado de este acto de disposición de intereses.



En principio, se debe establecer el objeto del contrato de cuentas de participación, a partir de lo consignado en la cláusula primera de aquel, la cual establece lo siguiente:

"PRIMERA: OBJETO: En virtud de la suscripción del presente contrato y durante toda su vigencia, el PROPIETARIO otorga irrevocablemente al GESTOR el derecho a efectuar autónoma y directamente, o través de terceros, el establecimiento, manejo y en general el aprovechamiento y la explotación forestal de los predios descritos en la cláusula segunda siguiente, de conformidad con las especificaciones técnicas establecidas en el Plan de Establecimiento y Manejo Forestal (PEMF) que forma parte integral del presente contrato. Los beneficios obtenidos como consecuencia del aprovechamiento forestal a que se ha hecho referencia, así como las eventuales pérdidas generadas por el mismo, serán distribuidos entre las PARTES de conformidad con lo estipulado en las cláusulas siguientes, especialmente lo relativo a la participación estipulada en la cláusula novena posterior. Para el cumplimiento del objeto estipulado en la presente cláusula, el PROPIETARIO permitirá al GESTOR ingresar libremente al predio y efectuar las labores de reforestación y aprovechamiento con total autonomía técnica y administrativa, lo cual incluye las labores de cosecha y extracción de la madera obtenida de conformidad con lo estipulado en las cláusulas posteriores."

(...)

De conformidad con las obligaciones referidas, la obligación principal del socio gestor consiste en realizar el establecimiento, manejo y aprovechamiento forestal de los inmuebles descritos en la cláusula segunda del contrato, de conformidad con el Plan de Establecimiento y Manejo Ambiental, con el propósito de que los beneficios obtenidos como consecuencia del aprovechamiento forestal se distribuyeran entre las partes. Por su parte, era obligación del propietario permitirle al gestor, a sus funcionarios, contratistas y demás trabajadores el libre acceso a los inmuebles para efectos de realizar las labores descritas en el referido negocio jurídico. Aunado a ello, el propietario debía de abstenerse de intervenir, dificultar o realizar cualquier acto que afectara las labores del gestor.

(...)

La sociedad demandada acusa al gestor de no realizar las actividades forestales de manera ininterrumpida por parte del gestor, alegando que no se realizaron controles de maleza, poda de los árboles y las entresacas que debían practicarse o que al menos, éstas se realizaron de forma tardía. Sin embargo, a partir del acervo probatorio construido en desarrollo del proceso, se puede acreditar fehacientemente que la sociedad demandante cumplió con las obligaciones principales que se derivaban del negocio jurídico múltiples veces referido.

Lo anterior se puede establecer a partir de las actas de verificación de actividades, en las cuales se describen las labores realizadas durante los años, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 en el proyecto DURANIA.

Posterior a la fecha de cesión del contrato de cuentas de participación en favor de la demandante, se puede advertir las siguientes actas de verificación: (...).

De conformidad con lo anterior, se puede establecer que, durante los períodos indicados, la sociedad demandante desplegó actividades forestales para la conservación y desarrollo de la plantación, verbigracia,



instalación o reparación de cortafuegos, control manual total y poda de ramas.

Al interior del acervo probatorio construido dentro del proceso, no existe prueba alguna que permita indicar que la sociedad gestora incumpliera las obligaciones circunscritas al desarrollo de las actividades forestales por el hecho de no desplegar actividades encaminadas a su desarrollo o que éstas se hayan desplegado de forma tardía –como lo plantea la demandada-. Del mismo modo, no existe evidencia que el retardo alegado haya causado una afectación a la plantación o que haya retrasado la obtención de los beneficios esperados.

Por el contrario, de conformidad con el dictamen pericial realizado por el perito JUAN DIEGO ROBLEDO en el año 2002, se pudo establecer que la plantación de melina fue debidamente aprovechada y que los beneficios obtenidos se lograron, no solamente gracias a las condiciones del suelo, sino también, gracias a la gestión forestal desarrollada por el gestor. El trabajo pericial realizado, arribaron, entre otras, a las siguientes conclusiones:

“De acuerdo con los resultados obtenidos durante la visita de campo y con lo mencionado anteriormente en el informe pericial, se concluye lo siguiente:

□ Es evidente que se realizó la cosecha total de los rodales objeto del presente análisis, entre los años 2017-2020, ya que se encontraron tocones de diámetros considerables y en buen estado de conservación, con rebrotes que presentan buenas alturas, lo cual demuestra que la regeneración natural de la biomasa aérea ha sido exitosa.

(...)

□ Los inventarios forestales realizados por Forestal Monterrey Colombia S.A.S. en los rodales objeto de análisis antes de su cosecha, son adecuados en su diseño, metodología e intensidad de muestreo, con estimativas de producción acordes para la especie y edad de la plantación (...)

Al momento de ratificar el dictamen pericial, al profesional se le preguntó acerca del manejo que tuvo la plantación de la melina, frente a lo cual señaló: “Se evidenció que la plantación estaba teniendo un manejo silvicultural, esto quedó evidenciado en la densidad de tocones encontrados en campo y era correspondiente a la información que estaba en los inventarios, había un manejo, al ajustar el modelo de la información es concordante también, entonces digamos que la plantación podía tener más potencial si se hubiera dejado hasta los 12 años, se hubiera sacado un mejor potencial económico, un mejor aprovechamiento económico, entonces digamos que la plantación venía por buen camino.”

Posterior a ello se le preguntó si se evidenció la realización de una entresaca, a lo cual respondió de manera afirmativa, agregando “se evidenció entresaca, se evidenció también en tocones, había unos tocones de menor diámetro, que tenían realmente un estado de conservación malo, la madera se encontraba ya muy podrida, esto por el tiempo que llevaban cortados; entonces sí, estos tocones dejan en evidencia que hubo una entresaca anteriormente”. Aunado a ello, precisó que no era posible determinar si resultaba necesaria la realización de una nueva entresaca,



dado que “no se encontraron tocos los tocones para constatar la densidad exacta que había al momento de que se realizó el aprovechamiento forestal”

Ulteriormente, cuando se le preguntó por parte del apoderado judicial de la parte demandada si solamente se realizó una sola entresaca, el perito señaló: “Digamos que todos los diámetros de los tocones que fueron encontrados eran similares, entonces se puede atribuir a que eran de la misma entresaca, estaban en el mismo estado de conservación”

Al consultársele si habría habido una productividad diferente si se hubiere realizado más de una entresaca, el profesional, señaló: “probablemente habría variado, dependiendo del manejo que se le hubiese dado, a partir de ahí, habría dado mayor o menor, eso sí no te lo podría indicar, pero lo más probable es que sí habría una variación.

Finalmente se preguntó si la buena evolución del cultivo de melina se debe solamente a la calidad del suelo donde estaba el cultivo o se puede atribuir a las gestiones de la sociedad gestora. Ante este este interrogante, el perito señaló:

“Si bien la calidad del sitio influye en los resultados de volumen de madera y de toda la producción, también es bien sabido que el manejo silvicultural juega un papel sumamente importante dentro de lo que se espera cosechar en el turno final”. Y en relación con el manejo dado por la sociedad gestora, señaló que este fue el adecuado.”

De conformidad, se puede determinar que la sociedad gestora FORESTAL MONTERREY COLOMBIA S.A.S. realizó un manejo adecuado al cultivo de melina, desplegando las actividades forestales necesarias para su mantenimiento, desarrollo y aprovechamiento, tales como poda de ramas, control manual, raleo, instalación y mantenimiento de cortafuegos y realización de entresaca, tanto así que la propietaria de los inmuebles aprovechó el 100% de la cosecha final. En relación con la omisión de realizar una entresaca, no se pudo determinar que esta resultara necesaria luego de la realización de la primera y aun así no se puede establecer si su ejecución efectivamente podía conducir a un mejor aprovechamiento del cultivo.

Ahora bien, en lo que respecta al supuesto retardo en los que incurrió la sociedad gestora para la obtención de la cosecha, la Sala debe precisar que esta tesis no resulta ajusta a la realidad, como quiera que el término de duración del contrato de era de 12 años –hasta el 31 de diciembre de 2018- el cual, inclusive podía extenderse, si era necesario, para el aprovechamiento en su totalidad del bosque plantado.

Así, la cláusula décima tercera expresamente del negocio jurídico celebrado, expresamente consagró: “La duración inicial del presente contrato será hasta el (31) de Diciembre de dos mil dieciocho (2018). No obstante, lo anterior, se deja expresa constancia de que esta vigencia depende del tiempo que tome el establecimiento de la plantación en los INMUEBLES, junto con su cosecha y aprovechamiento total, incluida la eventual venta de reducciones certificadas de emisión de GEI. En el evento en que la duración estipulada en la presente clausula resulte insuficiente



para aprovechar en su totalidad el bosque plantado, con el fin de obtener la producción de madera conforme se estipula en el PEMF o de desarrollar el PROYECTO, este contrato se prorrogará por el término adicional necesario para su cumplimiento. Lo anterior implica que el GESTOR podrá continuar desarrollando las actividades a su cargo en los términos del presente contrato, sin solución de continuidad, hasta que haya completado el aprovechamiento forestal en los INMUEBLES, conforme se estipula en el presente documento, y haya cumplido con todas las obligaciones emanadas de negociaciones relacionadas con la venta de reducciones certificadas de emisiones de gases. Teniendo en cuenta la ejecución del PROYECTO implica la adquisición de obligaciones a favor de terceros y a cargo tanto del GESTOR como del PROPIETARIO, con la suscripción del presente documento este último se obliga a permitir la implementación del mismo en los INMUEBLES, debiendo asumir la responsabilidad correspondiente frente a terceros interesados en el PROYECTO, en caso de alegar o solicitar su terminación anticipada."

No obstante, lo anterior, desde el mes de enero de 2018, la sociedad demandada prohibió el ingreso de los funcionarios o trabajadores de la sociedad FORESTAL MONTERREY COLOMBIA S.A.S. a los predios en los cuales se encontraban las plantaciones, lo cual impidió que se continuaran realizando las actividades forestales por parte de ésta desde esa fecha, es. Lo anterior, se puede establecer a partir del reconocimiento mismo del representante legal de la sociedad demandada, señor Juan Carlos Restrepo, quien, al absolver el interrogatorio sobre este punto, señaló: "Eso es correcto. Sí se lo impidió el ingreso, porque no querían, estaban renuentes a hacer la división del cultivo 2007 a pasar la propuesta, Cabe aclarar que cuando se hizo la medición del cultivo 2006 también se hizo la medición del 2007, o sea, la biometría o la medición de todo el cultivo. Fue general en el año 2015. No fue que hicieron separado la que, de 2006, no hicieron toda la división y nada más Me propusieron o me pasaron una oferta o una propuesta de división del cultivo 2006 no era del 2007, entonces yo le solicito que por qué no dividen todo Y empieza a dilatar a dilatar, a dilatar hasta que llega un punto que le digo, mire, saquen lo que tienen y dividan o si no vuelven a entrar, porque es que ustedes están dilatando por el hecho de no entregar o por no dividir. Entonces se sencillo, no entren hasta que lleguemos a una propuesta, entonces ellos pasen una propuesta por allá en el año 2019 O 2018. Ellos pasan la propuesta del 2007, no la del 2006, la del 2006 sí lo hicieron y la de 2007 la omitieron. Esa fue la razón Y sí, es realmente sí. Yo les prohibió la entrada a los predios"

Con lo anterior, se puede establecer que no existió un retardo injustificado por parte de la sociedad demandante en la división de la plantación y recolección de la cosecha final, habida cuenta de que esta última, conforme se estableció, estaba programada a 12 años, los cuales tan solo se cumplirían al finalizar el mes de diciembre de 2018, respecto a la plantación del año 2006. De hecho, en representante legal de la sociedad demandada reconoce también que la división en pie de la plantación correspondiente al año 2006 ya se había ejecutado, de modo que, si la demandada, a bien lo tenía, podía cosechar el porcentaje que le correspondía (30%), pero no la totalidad de aquella como finalmente lo hizo.



Ahora, si bien es cierto, el profesional Serafín Benavides señaló que una plantación de melina es aprovechable a partir de los 10 cm de diámetro de los árboles, no menos cierto es que ésta resulta de mejor provecho cuando los árboles tienen un mayor diámetro. Así, cuando se le preguntó si ¿entre mayor diámetro hay mejor aprovechamiento y mayor utilidad para quien cosecha? Frente a ello, el experto respondió de manera positiva, señalando “si, pero de todas maneras depende de lo que tengan establecido, depende de las decisiones de los encargados de la plantación (...)” Seguidamente, se le preguntó: Si yo aumento el diámetro de la melina ¿aumentan mis posibilidades de comercialización y en consecuencia la utilidad? Ante ello, respondió: “Si, claro, pero hay que tener en cuenta si en la zona existe algunos sitios o plantas de procesamiento de madera (...)”

Valorado lo anterior, junto con la declaración del ingeniero JUAN DIEGO ROBLEDO, quien manifestó que el término ideal para cosechar este tipo de plantaciones era de 12 años, se puede establecer claramente que, a inicios del año 2018, la plantación de no había alcanzado el diámetro ideal para su mejor aprovechamiento económico.

En este orden de ideas, se evidencia que fue la sociedad demandada RESTREPO HOYOS y no la demandante quien incumplió las obligaciones derivadas del contrato de cuentas de participación, no solamente las consagradas en la cláusula 5.2., relacionadas con el libre acceso a los inmuebles, sino también la establecida en la cláusula 9ª del referido negocio jurídico, en la cual se establecía la forma en la que efectuaría la partición de la cosecha. Así:

“NOVENA: PARTICIPACION. De la madera en pie que produzca el bosque, entendiéndose que el GESTOR no se obliga a resultados concretos, el PROPIETARIO participara del treinta por ciento (30%) y el GESTOR del setenta por ciento (70%), se deja constancia de que en la participación del GESTOR se encuentra comprendida la participación de FINAGRO, en el proyecto de reforestación, de conformidad con lo estipulado en el CONTRATO DE ADMINISTRACION DE PROYECTOS DE REFORESTACION suscrito el dos (02) de enero de dos mil cuatro (2004). Antes de iniciar la corta, el GESTOR procederá a hacer un inventario forestal de las plantaciones con el fin de determinar la calidad y la calidad del bosque existente. El GESTOR determinara autónomamente, con base en dicho inventario, si el bosque efectivamente debe cosecharse y las condiciones para la cosecha. Si el GESTOR autónomamente opta por cosechar, deberá informar tal situación al PROPIETARIO, con el fin de que este decida si mantiene en pie o cosecha el porcentaje de la madera que le corresponde, de acuerdo a su participación, dando aviso por escrito en tal sentido el GESTOR dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes al recibo de los resultados del inventario mencionado. Si el PROPIETARIO guarda silencio, el GESTOR dejará en pie el treinta por ciento (30%) de la madera, determinado en forma unilateral, quedando libre de cualquier responsabilidad sobre el rodal y sobre la madera que haya dejado en pie. Si el PROPIETARIO determina que se cosecha su participación, podrá acordar con el GESTOR o con un tercer los términos y condiciones para el aprovechamiento y venta de la madera correspondiente, mediante acuerdo que será objeto de otro contrato. En todo caso, si de común acuerdo las partes determinan que sea el GESTOR



quien coseche y venda la totalidad del bosque, todos los costos, incluyendo los de la cosecha, extracción, transporte y venta, se repartirán entre las partes, en la misma proporción a su participación en el presente contrato. El GESTOR tendrá la primera opción de compra de la proporción de madera que le corresponde al PROPIETARIO, a los precios corrientes de mercado de madera para tableros. Se deja expresa constancia de que la distribución entre las partes de las entresacas efectuadas hasta la fecha de suscripción del presente contrato por el GESTOR en los INMUEBLES, de conformidad con lo estipulado en el contrato de participación a que hace referencia la consideración 2 y el contrato de arrendamiento por Escritura Pública a que hace referencia la consideración 9 de presente documento, no constituye pago del precio en los términos de este contrato."

La sociedad demandada incumplió esta obligación, que en última refleja el objeto del contrato de partición, no solo por el hecho de impedir que la sociedad gestora continuara desarrollando las actividades forestales de la plantación, sino, también y esencialmente, porque se aprovechó de la totalidad de la cosecha, no solamente de la parte de que le correspondía en virtud de la cláusula transcrita, aún a sabiendas de que el 70% de ella se debía repartir a la sociedad gestora.

A esta conclusión se puede arribar a partir de la confesión del representante legal de la sociedad demandada, JUAN CARLOS RESTREPO, quien, ante el interrogante realizado por el juez, referente a cómo determinó lo que le correspondía a Restrepo Hoyos y lo que no le correspondía de la participación, precisó: "Es el 30/70. En general, o sea la del 2006, hubo una propuesta de división que se llevó a cabo la división como estaba en la propuesta los 2007 nunca me mandaron nada, entonces si ellos no van a cosechar acá. 30/70 pero resulta que después yo dije, yo necesito mi tierra lista tomemos todo porque yo no puedo esperar. Hay cultivos hoy en día que todavía llevan 14 y 16 años y no han salido de los predios, yo dije a mí no me va a pasar esto, entonces tengo que esperar a que ellos decidan cuándo salen y resulta que después, entonces de un pleito y termina, termina uno quebrándose. Seguidamente se le preguntó si además del 30% que se correspondía a la sociedad demandada cosechó también el restante 70%. Frete a ello señaló: "Sí, claro, después lo coseché para liberar los predios. Finalmente, cuando el Juez le preguntó qué ocurrió con el producido del 70%, el señor Juan Carlos Restrepo señaló: "entró a la caja de la empresa, ahí está, toda la facturación está."

Conforme a lo anterior, efectivamente resultaba procedente declarar el incumplimiento de la parte demandada RESTREPO HOYOS del contrato de cuentas de participación en el que fungía como gestora la sociedad demandante y como consecuencia de ello declarar la responsabilidad daños irrogados como consecuencia del incumplimiento.

De conformidad con ello, los reparos planteados por la sociedad demandada no se encontrarían llamados a prosperar.

II) Cuantificación del perjuicio.

En principio, la Sala debe precisar que la pretensión principal de condena de la demanda principal se concreta en el reconocimiento y pago a su favor y en contra de la sociedad demandada RESTREPO HOYOS S.A.S. EN



REORGANIZACIÓN la suma de CINCO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL NOVENTA Y DOS PESOS (\$5.245.586.092) a título de cláusula penal, liquidada conforme a la cláusula VIGÉSIMA SEXTA del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN SUSCRITO ENTRE PIZANO S.A. EN REESTRUCTURACIÓN Y RESTREPO HOYOS Y CIA S. EN C., equivalente “al valor invertido por éste en los INMUEBLES, certificado por FINAGRO para el efecto, actualizada con base en los índices de inflación para cada año certificados por el DANE, más el treinta por ciento (30%) de su valor”. Por su parte, la pretensión subsidiaria, se concretó a que se condenara a RESTREPO HOYOS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN a pagar a FORESTAL MONTERREY COLOMBIA S.A.S., a título de daño emergente derivado del incumplimiento, CUATRO MIL TREINTA Y CINCO MILLONES SESENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS VEINTICINCO PESOS (COP\$4.035.066.225).

En atención a lo anterior, dado que la pretensión principal de condena se circunscribía a la cláusula penal y la subsidiaria la indemnización de perjuicios por concepto de daño emergente, necesariamente la Sala, en principio, debe determinar la procedencia de aquella y solo si no resulta factible acceder a ésta se debe abordar el estudio de la indemnización de perjuicios.

2.1. Acerca de la declaratoria de incumplimiento y el reconocimiento de la pena.

La cláusula penal cumple una doble función en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que, además de fungir como liquidación anticipada de perjuicios, puede constituir una sanción para el contratante incumplido. El artículo 1592 del Código Civil expresamente establece que “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.

En un sentido similar, el artículo 867 del Código de Comercio dispone que “Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella (...).”

Para pretender el pago de la suma establecida como pena, se deben reunir los requisitos establecidos en el artículo 1592 y siguientes del Código Civil, es decir, I) haber acreditado la mora del deudor II) encontrarse el demandado ante uno de los supuestos de incumplimiento objeto de la pena y III) Demostrar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por parte del demandante.

Resulta claro que la cláusula penal opera ante uno de los supuestos de incumplimiento, siempre que el deudor se encuentre en mora de cumplir de prestación que representa el objeto de la obligación. Así, puede pactarse pena por incumplimiento per se, por incumplimiento total o parcial, por incumplimiento por cumplimiento defectuoso o imperfecto o por retardo en el cumplimiento de la prestación, es decir por mora.



Por regla general, habiéndose estipulado cláusula penal y una vez constituido en mora el deudor, el acreedor puede demandar a su arbitrio el cumplimiento de la prestación principal o el pago de pena. De modo que, en principio, no se pueden elevar conjuntamente estas pretensiones, salvo que se estipulara que el pago de la pena no extingue la obligación principal o cuando se pacta simplemente cláusula penal por mora. Así lo consagra el artículo 1594 del Código Civil, el cual consagra lo siguiente:

“Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.” (Resaltado de la Sala).

De igual forma, por regla general no resulta posible acumular la cláusula penal a la indemnización de perjuicios, como quiera que aquella representa precisamente una liquidación anticipada de los mismos. De modo que, habiéndose establecido pena, el contratante cumplido podrá perseguir el reconocimiento de ésta o la indemnización de perjuicio, a su arbitrio, pero no conjuntamente, a menos que las partes así lo estipulen expresamente. Lo anterior, conforme a la disposición consagrada en el artículo 1600 del Código Civil, la cual establece que “No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.”

La Corte Suprema de Justicia, en diversas oportunidades se ha pronunciado frente a esta figura jurídica. Así, en reciente providencia SC3047-2018 del 31 de julio de 2018, en relación con la primera de las figuras precisó lo siguiente:

Pues bien, en el ámbito de la dogmática jurídica civil, se denomina «cláusula penal» al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de «cláusula penal compensatoria» y en el segundo, «cláusula penal moratoria»; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación.

En virtud de lo anterior, cabe señalar, que dicho pacto tiene el carácter de una «obligación accesorio», en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación; igualmente, constituye una «obligación condicional», porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la «obligación principal»; y también puede representar una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de tales supuestos.

Con relación a tales aspectos, la jurisprudencia de la Corte, en fallo CSJ SC, 18 dic. 2009, rad. n.º 2001-00389-01, en lo pertinente expuso:



«En fin, es evidente que el Código Civil, como ya se dijera concibe la aludida estipulación de manera polifuncional, pues junto con su carácter aflictivo, coexisten, a la par su condición de caución y la indemnizatoria, que suele deducirse de la regla contenida en el artículo 1594 en cuanto prevé que “antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos, a su arbitrio...”

No puede negarse, ciertamente, que la mencionada estipulación cumple una significativa función de apremio, que se evidencia de manera insoslayable en diversas hipótesis previstas en esa codificación y a las que ya se ha hecho alusión, como de garantía, particularmente cuando ella recae sobre un tercero».

En cuanto a la consagración legal, la señalada «pena convencional» la contempla el artículo 867 del Código de Comercio, el cual estatuye, que «[c]uando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse» y adicionalmente refiere, que «[c]uando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquella».

A su vez, el precepto 949 ibídem, al regular aspectos del contrato de compraventa, autoriza asimilar ciertas estipulaciones a una «cláusula penal» y en ese sentido, prevé, que «[c]uando se estipule que el comprador, en caso de incumplimiento, pierda la parte pagada del precio por concepto de perjuicios, pena u otro semejante, se entenderá que las partes han pactado una cláusula penal, sujeta a la regulación prevista en el artículo 867».

En materia privada no mercantil, el artículo 1592 del Código Civil, preceptúa, que «[l]a cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal».

En el caso bajo estudio, en la cláusula vigesimosexta del contrato de cuentas de partición se estipuló lo siguiente:

“El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones estipuladas en el presente contrato por parte del PROPIETARIO facultará al GESTOR para exigir a título de pena y como estimación anticipada de perjuicios una suma equivalente al valor invertido por éste en los inmuebles, certificado por FINAGRO para el efecto, actualizada con base en los índices de inflación para cada año certificados por el DANE, más el 30% del aludido valor. En el evento en que el valor de la madera cosechada en los INMUEBLES, resulte mayor al cálculo anterior, según el dictamen rendido por un perito o ingeniero forestal matriculado e inscrito y designado por el GESTOR, dado sus específicos conocimientos sobre la materia el valor de la presente cláusula penal, será el del aludido dictamen más el 30% de su valor (...) Todo lo anterior sin perjuicio del cumplimiento de la obligación principal y de la indemnización de perjuicios mayores, si hubiere lugar a ellos.”



Conforme a advierte, las partes pactaron una pena en caso de incumplimiento, sin perjuicio del incumplimiento de la obligación principal y de la indemnización de perjuicio, siempre que estos resultaren mayor al monto de la cláusula penal.

Para acreditar el monto de las inversiones realizadas en el proyecto DURANIA se aportaron la certificación expedida por FINAGRO en el que da cuenta de las inversiones realizadas en el proyecto Durania en la suma de Mil Quinientos Noventa y Seis Millones Ochocientos Ochenta y Dos Mil Quinientos Setenta y Ocho pesos:

(...)

Tan solo resulta posible tomar esta cifra, como valor de inversión, como quiera que la cláusula penal se establece que ésta debe estar certificada por FINAGRO, siendo ésta la cifra certificada como inversión en el referido proyecto. Cabe precisar que, si bien es cierto, con la demanda y el dictamen pericial se incluyen distintos rubros (Gastos designados por FINAGRO para interventoría, aseguramiento y otros, Aporte del Reforestador FMC y Administración y Asistencia Técnica), sin embargo, estos no se encuentran certificado por FINAGRO, conforme lo exige la cláusula penal establecida en el negocio jurídico.

Ahora bien, esta cifra debe ser actualizada a partir del IPC correspondiente a cada año hasta la fecha que la que finalizó el contrato de cuentas de participación, conforme se advierte de los anexos técnicos del dictamen pericial aducido, en el cual se advierten las inversiones realizada cada año.” (**Magistrada Sustanciadora Dra. Sonia Esther Rodríguez Noriega, Abril 8 de 2023, Radicado Interno: 44.999**)

SERVIDUMBRE DE CONDUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA- Indemnización de perjuicios materiales/ **DICTAMEN PERICIAL-** Método de comparación o de mercado

“Sea lo primero indicar, que, dado que en esta clase de procesos la servidumbre viene impuesta por motivos de interés general, de manera que no resulta posible la resistencia del demandado a otorgarla, el quid del presente asunto consiste en determinar el quantum de la indemnización a que haya lugar, tomando en consideración la porción de terreno afectada por el gravamen y los perjuicios que ello ha ocasionado al dueño del predio, que deben encontrarse acreditados en su existencia y extensión, con los elementos probatorios incorporados oportuna y legalmente al proceso; perjuicios que la parte demandante estimó con la presentación de la demanda en la suma de Seis Millones Doce Mil Ochocientos Setenta y Dos Pesos Ml (\$6.012.872.00), que fueron objetados por el demandado al contestar la impetración, quien aspira a recibir una indemnización de mayor cuantía, de acuerdo con el monto que resulte de la prueba pericial solicitada.

Pues bien, la indemnización ofertada por la empresa demandante, se fundamenta en el avalúo comercial practicado por el perito RICARDO ALBERTO VIVAS GUERRERO-visible a folios 45 al 68 de la demanda- quien en síntesis determinó que, conforme a los mapas que respecto del predio



existían en el Instituto “Agustín Codazzi”, y el trazado de la línea propuesto por la sociedad demandante, el área de servidumbre corresponde a 4.768 m², resultantes de multiplicar el largo del trazado de la línea por el ancho de la zona de seguridad requerida para la misma, y que al efectuar la valuación por medio del método denominado “Método de comparación o de mercado” le arroja como resultado que el valor del metro cuadrado de los terrenos comparables en esa zona rural, para la época, era de \$2.802,42 pesos ML, denominándolo como valor intrínseco del terreno; de manera que, al calcular que el porcentaje de afectación de la servidumbre es del 45%, estableció que el valor del metro cuadrado de terreno para efectos de la servidumbre, es de \$1.261,09 pesos ML, y al multiplicar ese guarismo por el número de metros cuadrados correspondientes al área afectada, da como resultado la suma propuesta como indemnización.

A fin de controvertir ese dictamen, se practicaron dos experticias simultáneas, una elaborada por la Auxiliar de la Justician de la Lista elaborada por el Consejo Seccional de la Judicatura, señora YELSA MARÍA PÉREZ RADA-visible en el archivo 068 del cuaderno principal- y otra elaborada por el profesional HUGO PHERNEY SOTELO YAMAGA, de la lista de Auxiliares de la Justicia del IGAC, según se aprecia a folio 4 del ítem 0055 del cuaderno digital de primera instancia -visible en el archivo 100 del cuaderno principal-; profesionales éstos que no presentaron un dictamen conjunto como dispone el último inciso del art. 2.2.3.7.5.3 del Decreto 1073 de 2015, sino que los presentaron por separado; dictámenes que pese a ser coincidentes en aspectos tales como i) Que el área de la servidumbre había sido mal calculada por la sociedad demandante, e indicaron, luego de la comprobación topográfica, que el área de afectación por la servidumbre debidamente medida y verificada de 5.516,48 m²; ii) Que al predio no puede dársele un tratamiento de rural, pues la zona en la que se encuentra ubicado tiene vocación industrial; iii) A criterio de ambos peritos, al valor del metro cuadrado es muy superior al planteado por la empresa demandante, pues la perito PEREZ RADA lo tasa en la suma de \$110.020 M²; en tanto que el perito QUIROGA ORJUELA le asigna al metro cuadrado un valor de \$100.000, utilizando ambos el método denominado de comparación; también es cierto que difieren en algunos aspectos, al punto que la señora jueza de primera instancia consideró prudente designar a un tercer perito a efectos de dirimir el conflicto, posesionando al Ingeniero WILSON QUIROGA ORJUELA, de la lista de peritos acreditados ante el IGAC, a efectos de contar con un tercer experticio que la ilustrara en torno al monto de la indemnización que habría de reconocer. En tales circunstancias, solo podrán valorarse tales experticios en los aspectos coincidentes ya mencionados, no en los que difieren, puesto que, como quiera que la ley exige que deba presentarse un solo dictamen por parte de los dos peritos, no resulta posible tomar en consideración aquellos aspectos en los que no son coincidentes. Así las cosas, encontramos que, con fundamento en las conclusiones a las que arribaron los peritos YELSA MARÍA PÉREZ RADA y HUGO PHERNEY SOTELO YAMAGA, en torno al área de terreno afectado por la servidumbre, la vocación urbana y no rural de dicho predio, y el valor del metro cuadrado, queda descartado el dictamen rendido por el perito evaluador en cuyas conclusiones se fundamentó la oferta de indemnización presentada con la demanda, elaborado por el perito señor RICARDO ALBERTO VIVAS GUERRERO, puesto que la falta de precisión en torno a tales



aspectos, desvirtúa las conclusiones a las que éste arribó, por cierto, de manera errónea.

En este orden de ideas, se someten a valoraciones los dictámenes presentados por los peritos YELSA MARÍA PEREZ RADA y HUGO PHERNEY SOTELO YAMAGA en lo que son coincidentes; y el rendido por el perito WILSÓN QUIROGA ORJUELA, los últimos dos Auxiliares de la Lista de Avaluadores del IGAC, quienes figuran inscritos en el RAA para 10 categorías el primero de ellos, y para 6 categorías el segundo, entre éstas para el avalúo de intangibles especiales categoría 13 que se requiere para esta clase de experticias, según certificaciones visibles a folios 120 del ítem "0100DictamenPericial.pdf" contentivo del primer dictamen, y folios 24 a 26 del ítem "0166DictamenPericialPeritoQuiroga.pdf", advirtiéndose que ninguno de ellos puede ser admitido de forma completa, dado que adolecen de falencias conceptuales e imprecisiones que impiden que se les otorgue pleno valor a sus conclusiones. Sin embargo, dando aplicación a los lineamientos jurisprudenciales que fueron citados en la parte considerativa de esta sentencia, la Sala acogerá de estos trabajos, los segmentos y conclusiones, que conforme a la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos se consideren plausibles para sustentar la decisión, en armonía con las restantes pruebas obrantes en el plenario.

Sea lo primero indicar, que los peritos coinciden en que el área de afectación de la servidumbre es de 5.516,48 m², área superior a la indicada por la sociedad demandante, y sobre el punto explica en perito SOTELO YAMAGA al momento de sustentar su experticia en audiencia, que la forma en que la empresa demandante calculó el área de la servidumbre fue incorrecta, ya que se limitó a multiplicar la longitud del trazado de la línea eléctrica, por el ancho que los reglamentos imponen que debe respetarse, lo que resulta incorrecto ya que no se trata de un área que pueda catalogarse como un polígono regular, pues se trata de una suerte de trapezoide cuyos extremos no tienen la misma longitud. A su turno el perito QUIROGA ORJUELA, manifestó al momento de sustentar su experticia en audiencia, que verificó y rectificó in situ las medidas del área de servidumbre, determinando que, en efecto, el área de servidumbre era superior a la informada por la empresa.

En cuanto a este asunto, conviene traer a colación que con la demanda-ver folio 41 del libelo genitor- se aportó el siguiente plano, que da cuenta del trazado que respecto de la línea energizada propuso la sociedad demandante, en donde se puede evidenciar que la línea de transmisión atraviesa una pequeña porción del extremo norte del predio objeto de la litis, así:

(...)

Ahora bien, basta con observar el plano en mención, para darse cuenta de que la franja de terreno afectada por la servidumbre no tiene una forma rectangular o cuadrada, sino que corresponde a un polígono irregular, y por ende, para la determinación de sus medidas y extensión era necesaria la comprobación en campo, pues la sola aplicación de la fórmula de "base por altura" no permitiría obtener resultados certeros; tal como lo informaron y corroboraron los peritos, véase cómo en la página 21 del primero de los



dictámenes mencionados, el perito SOTELO YAMAGA hace referencia al área de trazado de la línea eléctrica que genera la servidumbre, indicando que la misma corresponden a 5.516,48 m², área que el perito manifiesta haber verificado además, con ayuda del software ArcGis del IGAC, así:

(...)

Pues bien, como quiera que la forma irregular del área y las medidas indicadas por los expertos PEREZ RADA Y SOTELO YAMAGA, fueron verificadas y ratificadas por el perito QUIROGA ORJUELA, está demostrado en el presente asunto, que el área de la servidumbre es en verdad, de 5.516,48 m², y no los 4.768 m² que indicó la sociedad demandante.

Siguiendo con el análisis tenemos, que los tres peritos nombrados coinciden además en el uso del suelo del inmueble objeto de la litis, pues aunque la sociedad demandante planteó que se trataba de un predio eminentemente rural, a la litis se aportó una certificación expedida por la Secretaría de Planeación Municipal de Galapa, para el mes de octubre de 2016, en la que se indica que el predio estaba ubicado en una zona clasificada como Suelo Sub-Urbano, y aun cuando su uso principal permitido eran las actividades de producción agrícola y forestal, tenía un uso del suelo complementario permitido como residencial aislada (residencial tipo campestre de baja densidad, comercio de índole cotidiano básico) señalando que la norma de ordenamiento territorial vigente para la época del inicio de las obras de servidumbre, era el Acuerdo Municipal 005 de marzo 9 de 2011. En ese sentido, ambos peritos indicaron que la franja de servidumbre no podía valorarse como tierra dedicada exclusivamente al agro, y la Sala comparte esta conclusión, pues la misma Ley 388 de 1997 hace la distinción entre el uso del suelo rural y el sub-urbano, definiendo este último en su artículo 34 como "...áreas ubicadas dentro del suelo rural, en las que se mezclan los usos del suelo y las formas de vida del campo y la ciudad, diferentes a las clasificadas como áreas de expansión urbana, que pueden ser objeto de desarrollo con restricciones de uso, de intensidad y de densidad, garantizando el autoabastecimiento en servicios públicos domiciliarios...", a diferencia del suelo rural, que es definido por el artículo 33 de la norma en comento, como "...los terrenos no aptos para el uso urbano, por razones de oportunidad, o por su destinación a usos agrícolas, ganaderos, forestales, de explotación de recursos naturales y actividades análogas.", en ese sentido, es claro que una franja de terreno en la que no está permitida el desarrollo urbano bajo ninguna consideración, no puede valorarse igual que una, en la que esto si podría llegar a darse.

Tenemos entonces que, luego de establecer un valor estadístico del metro cuadrado en el mercado para predios semejantes (según PEREZ RADA \$110.000, SOTELO YAMAGA \$100.000.00, mientras que, según QUIROGA ORJUELA es de \$90.000.00) todos peritos tasaron el valor de la indemnización a que había lugar, y todos tuvieron como insumo un listado de ofertas respecto de predios comparables, ello con el fin de aplicar el denominado método de comparación o de mercado, a que se refiere el artículo 1° de la Resolución 620 de 2008 del IGAC, sin embargo, el artículo 10 de esa norma indica, que para determinar el avalúo mediante esta técnica "...es necesario que en la presentación del avalúo se haga mención explícita del medio del cual se obtuvo la información y la fecha de publicación, además



de otros factores que permitan su identificación posterior.”, exigencia que a juicio de esta Sala se cumplió puesto que todos los auxiliares de la justicia mostraron un listado de ofertas suficientes respecto de inmuebles semejantes en las zonas cercanas al que es objeto de la litis; sin embargo, solo el perito QUIROGA ORJUELA identificó cada oferta con su número de identificación predial, una descripción del predio, su extensión, ubicación, la fecha de publicación de la oferta, el nombre del ofertante o fuente de la información y el número de teléfono de contacto en donde podría verificarse el dato; de manera que la Sala acogerá el valor del metro cuadrado establecido por este auxiliar de la justicia, que es de \$90.000 M2, por encontrarlo verificable y más exacto y completo, el cual se aplicará en su integridad, dado que, aunque como sostuvo la perito PEREZ RADA en el informe, y lo aclaró el perito QUIROGA ORJUELA en su exposición oral en audiencia, el hecho de que pasen sobre el predio las líneas eléctricas no impide que transite ganado sobre esa área, o que se siembren cultivos de baja longitud, y que por ende el grado de afectación real de la servidumbre para esos propósitos es bajo, ya que dentro del predio no se erige ninguna torre de transmisión, ha de tomarse en consideración que el predio también tiene vocación industrial, y por razón de la servidumbre el levantamiento de construcciones se encuentra limitado, como lo señala el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas – RETIE, en cuyo anexo técnico se indica lo siguiente:

“Art. 3 DEFINICIONES: “...”

-ZONA DE SERVIDUMBRE: Es una franja de terreno que se deja sin obstáculos a lo largo de una línea de transporte o distribución de energía eléctrica, como margen de seguridad para la construcción, operación y mantenimiento de dicha línea, así como para tener una interrelación segura con el entorno. “ “...”

“22.2 ZONAS DE SERVIDUMBRE. Para efectos del presente reglamento, las zonas de servidumbre deben ceñirse a las siguientes consideraciones:

a. Toda línea de transmisión aérea con tensión nominal igual o mayor a 57,5 kV, debe tener una zona de seguridad o derecho de vía. Esta zona debe estar definida antes de la construcción de la línea, para lo cual se deben adelantar las gestiones para la constitución de la servidumbre, ya sea por mutuo acuerdo con los propietarios del terreno o por vía judicial. El propietario u operador de la línea debe hacer uso periódico de la servidumbre ya sea con el mantenimiento de la línea o poda de la vegetación y debe dejar evidencia de ello. En los casos que la servidumbre se vea amenazada, en particular con la construcción de edificaciones, debe solicitar el amparo policivo y demás figuras que tratan las leyes.

b. Dentro de la zona de servidumbre se debe impedir la siembra o crecimiento natural de árboles o arbustos que con el transcurrir del tiempo comprometan la distancia de seguridad y se constituyan en un peligro para las personas o afecten la confiabilidad de la línea.

c. No se deben construir edificios, edificaciones, viviendas, casetas o cualquier tipo de estructuras para albergar personas o animales. Tampoco se debe permitir alta concentración de personas en estas áreas de servidumbre, o la presencia permanente de trabajadores o personas ajenas a la operación o mantenimiento de la línea, ni el uso permanente de estos espacios como lugares de parqueo, o reparación de vehículos o para el desarrollo de actividades comerciales o recreacionales. Las oficinas de planeación municipal y las curadurías deben abstenerse de otorgar licencias o permisos de construcción en dichas áreas y los municipios atender su responsabilidad en cuanto al control del uso del suelo y el espacio público de conformidad con la Ley.”

Es claro entonces, que en casos como el que nos ocupa, donde la servidumbre consiste solo en el paso por aire de las líneas energizadas, está



prohibido al propietario del predio i) La siembra o crecimiento natural de árboles o arbustos que con el transcurrir del tiempo, puedan llegar a ser tan altos, que comprometan la distancia de seguridad, ii) La construcción de cualquier tipo de edificación para albergar personas, así como la alta concentración de éstas (ajenas al personal de operación y mantenimiento de la línea), y iii) El uso permanente de la franja de servidumbre para reparación de vehículos, lugares de parqueo, actividades de recreación y comercio; por lo cual la indemnización a imponer tomando en consideración el área afectada es de CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS PESOS (\$496.483.200,00).

Finalmente, debe aclararse que el valor aquí indicado, no debe someterse a indexación o actualización como lo sugirió el perito QUIROGA ORJUELA, pues de una parte, el demandado no solicitó esta pretensión al contestar la demanda y tampoco en otra oportunidad procesal pertinente; y de otra parte, porque es clara la Ley 56 de 1981 cuando en su artículo 31 dispone es el reconocimiento de intereses sobre la diferencia resultante entre la suma de dinero depositada con la demanda y aquella en que finalmente se tase la indemnización; de manera que, en este caso, dado que con la presentación de la demanda se acreditó el pago de \$6.012.871,00, por concepto del estimativo de la indemnización por servidumbre, y entre ese valor y los \$496.483.200,00 que se han determinado como valor total de la indemnización, existe una diferencia de \$490.470.329,00, respecto de esa diferencia, la sociedad demandante deberá reconocer y pagar al demandado, intereses calculados, desde el momento en que se recibió la zona de servidumbre -que para este caso sucedió el día 31 de octubre de 2016, conforme al acta de inspección judicial visible en el archivo 09 del cuaderno principal- hasta la fecha en que se efectuó el pago de la diferencia, los cuales deberán liquidarse conforme al interés bancario vigente a la fecha en que se efectúe el pago.

En lo que respecta a otro concepto indemnizatorio, esto es, el pago de áreas remanentes, debe decirse de una parte, que ni en la contestación de la demanda, ni en otro documento que se hubiere radicado oportunamente, el demandado solicitó el reconocimiento de tal prestación, de manera que la petición que en este sentido se hace al sustentar la apelación resulta ser extemporánea y deviene naturalmente, sin mayor análisis, en el no reconocimiento de la misma, lo que impone modificar la sentencia apelada, sin condena en costas en esta instancia, dado que ambos recursos salieron airosos." (**Magistrada Sustanciadora Dra. Vivian Victoria Saltaín Jiménez, Marzo 20 de 2024, Radicado Interno: 44.340**)

RESPONSABILIDAD MÉDICA- Culpa debe ser demostrada por quien la alega/
PRUEBA PERICIAL- No fue allegado al proceso/
PRUEBA TESTIMONIAL- No fue alegada la tacha de falsedad del médica tratante conforme las previsiones legales

"En el sub lite, se reclama la declaratoria de responsabilidad por daños por el fallecimiento de la joven NEDYS ELISA CONTRERAS JULIO (Q.E.P.D.), hija y hermana de los actores, debidamente acreditado con los registros civiles,



criticando la sentencia que no accedió a sus pretensiones, quienes en apretada síntesis se duelen de la indebida valoración del testimonio rendido por la galeno MILENA REALES ACUÑA, así como de sus propias declaraciones sobre el estado real de la paciente, y lo consignado en su historia clínica, puntualmente, de la decisión de darle de alta médica el 22 de febrero de 2016, pese a su regular estado de salud, lo cual ocasionó su fallecimiento.

Sin embargo, debe resaltar la Sala que uno de los aspectos torales del fallo venido en alzada, fue la falta de un dictamen pericial que de cuenta de la negligencia médica y que a postre desencadenara el resultado fatal, comprobándose que en efecto, este medio probatorio no fue allegado.

Con todo, analizando la historia clínica de la fallecida, consta que fue ingresada por urgencias de la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, el 8 de febrero de 2016 a las 5:03 P.M., para atender un cuadro de "DEPOSICIONES LÍQUIDAS EN NÚMERO DE 8 ASOCIADO A VÓMITOS MÁS DE 12 DESDE HACE 1 HORA NO RESPONDE AL LLAMADO ADEMÁS A (SIC) PRESENTADO PICOS FEBRILES", con diagnóstico de ingreso de "CHOQUE HIPOVOLÉMICO", registrándose también que ella padecía de "TRASTORNO EN EL DESARROLLO POR SECUELAS NEUROLÓGICAS POR MENINGITIS" y "RETARDO PSICOMOTOR".

Igualmente se consigna en dicho documento que la paciente presentó los días siguientes a su internación, esto es, el 9 y 10 de febrero de 2016, "malas condiciones generales", y los días 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 de febrero de 2016, "regulares condiciones generales", de lo cual dio cuenta la médico MARÍA ALEJANDRA MALDONADO. En dicha estancia, consta que se le ordenó, como tratamiento exámenes paraclínicos, entre ellos, niveles de plaquetas, glucosa, BUN, potasio, sodio, cloro, creatinina, y, suministro de electrolitos, para lo cual se ordenó su hospitalización. De igual forma, como medicamentos se le administró omeprazol, carbamazepina, dipirona, y, terapia antibiótica, entre otros.

En virtud de lo anterior, se da cuenta en la historia clínica, que para el 11 de febrero la enfermedad diarreica y la deshidratación se estimaron "RESUELTAS", se encontraba "AFEBRIL" y, la "INSUFICIENCIA RENAL AGUDA", a la que se alude en el libelo genitor, se indicó "EN RESOLUCIÓN", advirtiéndose que se obtuvieron los resultados de los exámenes ordenados, pues se consignaron los diferentes niveles que la paciente presentaba, y, se dejó sentado que continuaba con el tratamiento médico. Incluso, en dicha fecha, se registró el "RETIRO DE SONDA VESICAL" .

No obstante, entre el 14 y 15 de febrero de 2016, se solicitan nuevamente exámenes "PARACLÍNICOS", y, "LABORATORIOS DE CONTROL", entre ellos, niveles de creatinina, sodio y potasio, así como parcial de orina, advirtiéndose que los mismos se practicaron, pues posteriormente se consignaron los valores encontrados, de su manejo continuo con antibiótico, y, de su seguimiento por medicina interna.

Luego, el 22 de febrero de 2016, se observa que no aparece sentado señales de alarma en su historia clínica, pues se continúa reportando que el cuadro con el que la paciente ingresó, esto es, vómitos, diarrea y fiebre, se encuentran resueltos, y la "INSUFICIENCIA RENAL ALGUNA EN RESOLUCIÓN",



por lo que, al ser valorada por medicina interna en esa fecha, se ordenó su alta médica por dicha especialista.

Hasta dicho momento, y a la luz de la comprobación del nexo causal, entre el fallecimiento de la paciente y la falla en el tratamiento enrostrada por los demandantes, de su historial clínico se desprende que fue atendida oportunamente, suministrándosele los medicamentos pertinentes, y realizándose los exámenes diagnósticos y de control que su cuadro clínico ameritaba. Al respecto, nada dijeron los demandantes en torno a que tales medicamentos o exámenes, no hayan sido los idóneos para tratar la patología con la que NEDYS ELISA (Q.E.P.D.), ingresó por urgencias, y fue hospitalizada.

Así las cosas, se duelen de la orden emitida el 22 de febrero de 2016 por la médica MILENA REALES ACUÑA, de dar su alta médica, ante lo cual indicaron en la demanda, que la paciente cursaba aún con insuficiencia renal, y que su madre fue insistente en expresar su renuencia a que se le diera salida. Valga acotar, que sobre esto último no se arrió soporte probatorio alguno, salvo la afirmación de la demandante al respecto, y si bien ésta señaló que elevó solicitud verbal ante la Trabajadora Social de la demandada, ello tampoco fue probado, solicitando el testimonio de aquella.

Ahora, en torno al estado general de NEDYS ELISA (Q.E.P.D.), y a su alta médica, se recibió el testimonio de la doctora MILENA REALES ACUÑA, que en su recurso, los demandantes tildan de sospechoso por su vinculación con la entidad demandada, sobre lo que valga advertir, que no se formuló tacha alguna contra la testigo, en el decurso de la primera instancia, y al tenor de lo dispuesto por el artículo 211 del Código General del Proceso.

En cuanto al análisis de esta prueba, se observa que fue coherente y consistente con lo consignado en la historia clínica, manifestando: "la tuve de lleno desde el 12 de feb hasta el 22 de feb (...) pasaba visita día a día", y sobre su cuadro clínico, agregó "Ella como hizo un cuadro agudo de diarreas y vómitos incontables, esto la llevó a una deshidratación severa, y como consecuencia de esto, no es algo aislado, al disminuir el volumen sanguíneo por la pérdida de líquidos tanto por boca como por recto, esto lleva a una deshidratación, y eso se traduce en que el riñón empieza a sufrir por la falta de llegada de sangre al riñón, y ella hace una insuficiencia renal aguda. (...) El manejo de ésta injuria renal aguda, y del trastorno hidroelectrolítico secundario a la misma enfermedad gastrointestinal, se maneja con líquidos y reposición de electrolitos, ella fue evolucionando hacia la mejoría día tras día. Al 13 de febrero ya había resolución del cuadro gastrointestinal, pero los controles de laboratorio fueron mejorando progresivamente, hasta el punto de que el 22 de febrero se le da el egreso".

Y, sobre su condición general el 22 de febrero de 2016 cuando se dispuso su alta, indicó "Cuando ella llega a urgencias estaba estupefata y no respondía al llamado, y al momento del egreso su estado neurológico, vuelve a ser la paciente como ella era en casa, estaba afebril, llevaba 8 días sin fiebre, estaba tolerando la vía oral, la función renal venía en mejoría y el trastorno hidroelectrolítico que era el que ella presentaba, estaba resuelto, los signos vitales estaban normales, ya eso había normalizado".



Confrontada tal declaración, con el recuento de la evolución de la paciente consignada en su historia clínica, se reitera que fue consistente, y por tanto, su vínculo laboral con la demandada, no es óbice para descartar su testimonio de forma automática, así como tampoco se advierten las “imprecisiones” de orden clínico a las que hacen referencia los recurrentes, pues además de no enunciarlas, se observa que todo lo declarado por aquella, estuvo en consonancia con el cuadro que presentó NEDYS ELISA (Q.E.P.D.).

(...)

En ese orden, de estas pruebas no brota en sí mismas alguna inconsistencia en el tratamiento prodigado, es decir que el presupuesto de la demanda y del recurso sobre la falla médica no fue demostrado por los demandantes, quienes tenían la carga en ese sentido, y aceptaron la ausencia de un dictamen pericial sobre el punto, asunto que dicho sea de paso, fue objeto de apelación contra el auto del 24 de octubre de 2023, al negarse tal prueba por no presentarse oportunamente, decisión que fue confirmada por quien ahora funge como Ponente. Entonces, afirman que la negligencia se desprende de las anotaciones en la historia clínica, argumento que no se prohíja, como pasará a estudiarse.

Así las cosas, en cuanto a la aseveración de encontrarse “estudios pendientes”, de ello no se encuentra soporte en la historia clínica, pues por el contrario, para los días 19 y 20 de febrero de 2016, se registró “PENDIENTE REPORTE DE HEMOCULTIVO” y “ESPERA DE EVOLUCIÓN CLÍNICA Y RESULTADOS”, advirtiéndose que para el 22 de febrero posterior, día en que se ordenó el alta médica, se dejó sentado “REPORTE DE LABS DEL DÍA DE HOY CON DESCENSO DE SODIO (...) POTASIO NORMAL, CREATININA EN DESCENSO, VALORADA EL DÍA DE HOY POR DRA. REALES QUIEN ORDENA ALTA MÉDICA CON CITA CON MED INTERNA EN 15 DÍAS”, siendo evidente que los últimos exámenes de laboratorio ordenados, fueron realizados y entregados antes de la salida de la paciente.

Ahora, llama la atención que, no obstante los demandantes afirman que el 23 de febrero de 2016, NEDYS ELISA (Q.E.P.D.) se agravó nuevamente, no existe soporte de que haya sido ingresada por urgencias, al respecto, la demandada indicó en su contestación que “entre las RECOMENDACIONES que se le dieron a los padres y demás familiares de la paciente por la Dra. MILENA REALES como INTERNISTA y por la Dra. MARÍA ALEJANDRA MALDONADO como médico general de piso que materializó el egreso, estaba la de reingresar de inmediato por URGENCIA a la paciente si presentaba nuevamente diarrea, vómitos o signos de descompensación o no responder a los llamados”, frente a lo cual, se advierte que en efecto, el 22 de febrero de 2016 al dar el alta médica, se dejó sentado como “RECOMENDACIONES” el presentar “SIGNOS DE ALARMA”, y, como tales, se consignaron “FIEBRE, ALTERACIÓN DEL ESTADO DE CONCIENCIA, ARDOR PARA ORINAR, DOLOR”.

Incluso, se asevera en el recurso, que NEDYS ELISA (Q.E.P.D.), falleció por los vómitos que conllevaron a la broncoaspiración, y la demandante DILIA JULIO indicó al absolver interrogatorio, que ello había sido expresado por el



médico que declaró su muerte, sin embargo, sobre esto no se arrió soporte probatorio en el plenario, ya que solo se allegó su registro civil de defunción.

Oportuno resulta acotar, que se echó de menos prueba técnica o pericial alguna, que permitiera determinar la causa del fallecimiento de NEDYS ELISA (Q.E.P.D.), desconociéndose a la fecha qué lo ocasionó, por lo que, mal podría ésta Sala tener por acreditada como causa, la no prolongación de su estancia en el establecimiento clínico, más aún cuando, como viene de verse, la necesidad de aquello tampoco fue demostrada, habida cuenta su estado de salud, evolución y síntomas, para el día que se ordenó el alta médica.

(...)

Finalmente, sobre lo manifestado por los demandantes en sus interrogatorios, que en sentir de los apelantes, no fue tenido en consideración por el A quo, se advierte que DILIA JULIO CASTRO indicó sobre su estado de salud que “Yo veía que a mi hija seguía en el mismo proceso, porque todavía le daban fiebres, y yo le pregunté al médico por qué permanecía la fiebre, si se supone ya ella había pasado el proceso infeccioso, y la niña también presentaba cálculos en la vesícula e insuficiencia renal”; sin embargo, ello no encuentra respaldo en la historia clínica, en la que desde varios días antes del alta médica, a la paciente se le registraba como “afebril”. Por el contrario, tanto aquella como CAROL CONTRERAS JULIO, expresaron que NEDYS ELISA (Q.E.P.D.) empezó con el cuadro por el que fue internada, el mismo día de su arribo a urgencias, y que al medio día al iniciar las deposiciones y el vómito, acudieron al centro médico, sin embargo, en el historial clínico se indicó “REFIERE FAMILIAR MADRE QUE DESDE AYER PACIENTE PRESENTA DEPOSICIONES LÍQUIDAS EN NÚMERO DE 8 ASOCIADO A VÓMITOS”, es decir que la paciente cursaba con tales síntomas, desde hacía un día.

Adicionalmente, expresó DILIA JULIO que al darse el alta médica, quedó pendiente el examen que dictaminaba la insuficiencia renal, a pesar de haber expresado con anterioridad, de forma enfática, que ello ya le había sido diagnosticado, y, que sobre tal padecimiento se da cuenta en la historia clínica desde el 11 de febrero de 2016.

Valga acotar que CAROL CONTRERAS JULIO señaló “Yo ni siquiera supe por qué murió”, por tanto, sus declaraciones sobre el estado clínico de la paciente, y respecto a si su estancia en la clínica debía o no prolongarse, no son útiles para dilucidar tal punto. Y, por su parte, CARLA CONTRERAS JULIO manifestó tener para la época del fallecimiento de su hermana, 12 años de edad, por tanto, lo que sobre las condiciones específicas de salud de su hermana poco pudo deponer, e incluso señaló que desconocía los padecimientos que llevaron a NEDYS ELISA (Q.E.P.D.) a ser ingresada por urgencias el 8 de febrero de 2016, adicionalmente, que no convivía con ella, pues residía en Montería con su padre.” **(Magistrada Sustanciadora Dra. Yaens Castellón Giraldo, Abril 16 de 2024, Radicado Interno: 45.178).**

.....



SALA LABORAL

BONOS DE ALIMENTACIÓN- Unicidad contractual/ **VIÁTICOS DE MANUTENCIÓN-** No constituyen factor salarial/ **PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ESCOLTAS-** No procede reliquidación de prestaciones sociales

“En el expediente se evidenció que el demandante tuvo múltiples vinculaciones laborales con la demandada VISE LTDA mediante contratos de obra o labor determinada, por lo que es menester determinar si se podría deprecar una unicidad en los contratos de trabajo, de esto la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente acerca de la solución de continuidad, en sentencia CSJ SL845-2021 (...).

Dentro del expediente se evidencian 6 contratos de trabajo aportados por las partes procesales, pero por medio de certificaciones laborales expedidas por la misma empresa VISE LTDA (Fl.45 del expediente físico), así como la liquidación del último contrato obrante a folio 371 del expediente, se logró acreditar que en total se suscribieron entre los extremos de la Litis 7 contratos de trabajo obra labor determinada, los cuales a continuación se discriminan junto con su respectivo objeto, que es la prestación del servicio de escolta, con fundamento en diferentes contratos de prestación de servicios suscritos entre la Unión Temporal VISE LTDA, integrada por la empresa VISE, VIGILANCIA ACOSTA LTDA Y COSERVICAR y la UNP:

□ (...)

Para concluir, las reglas que ha dado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral para determinar la unicidad contractual son claras en el apartado de que si bien en el presente asunto transcurrieron menos de 1 mes entre la celebración de cada uno de los contratos, los objetos de los mismos eran diferentes, por lo que no es procedente declarar una unicidad contractual entre ellos, debido a esto, esta Corporación considera que fue acertada la decisión del juez de primera instancia en declarar diferentes contratos de trabajos independiente uno del otro, sin embargo en el expediente no fue posible determinar el objeto del contrato que inicia desde fecha 24 de abril de 2013 hasta el 9 de mayo de 2013, no obstante según la póliza de seguro No 36-44-101023320 (Fl.595 del expediente físico), el último contrato de prestación de servicios suscrito entre la Unión Temporal VISE LTDA, poseía una vigencia que data del 11 de abril de 2013 hasta el 31 de agosto de 2013, por lo que resulta dable presumir que los dos últimos contratos celebrados entre los extremos de la Litis tenían el mismo objeto, lo que da lugar a declarar la unicidad contractual desde fecha 11 de abril de 2013 hasta el 09 de mayo de 2013.

Previo a determinar la naturaleza jurídica de los viáticos y el auxilio de alimentación, objeto del presente pronunciamiento judicial, resulta del caso precisar que salario, a la luz de lo preceptuado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, es un elemento esencial del contrato de trabajo y corresponde a la retribución dada al trabajador por la prestación de un servicio.

(...)



En este sentido como se puede concluir del texto anteriormente citado las partes estaban facultadas por la ley en decidir a plena capacidad de que beneficios extra legales eran o no constitutivos de salario en los contratos de trabajo que suscribieron, inclusive expresamente el artículo menciona que un auxilio extra legal, y por lo tanto no constitutivo de salario es el auxilio de alimentación.

En ese orden ideas, esta Corporación considera que no resultan ineficaces las cláusulas del contrato de trabajo que pactaron como no constitutivo de salario los auxilios de alimentación, así como los demás viáticos y bonos que el empleador otorgo extra legalmente en los contratos de trabajo, y además porque estos auxilios fueron pactados de manera convencional, es decir que el empleador aún no estando obligado a reconocerle el bono de alimentación, lo hizo, y esta situación lejos de desmejorar las condiciones o garantías mínimas del trabajador, fue una mejora, por lo que no existe alguna causalidad de ineficacia dentro de ellas.

Teniendo claridad acerca de la legalidad de las cláusulas, se procederá a estudiar de manera puntual las mismas que hagan referencia a los auxilios o bonos extralegales pactados por los extremos procesales en los diferentes contratos de trabajo obra o labor determinada:

(...)

Del derrotero anterior se indica que la forma de entrar a discutir si un auxilio convencional, como el de alimentación, constituía o no factor salarial es que dentro del contrato de trabajo no exista un acuerdo de exclusión salarial, y en este caso concreto se evidenció en las cláusulas citadas anteriormente, en especial en la DÉCIMO PRIMERA, que dicho convenio sí existía, por lo que esta Corporación concluye que dicha prestación no constituye factor salarial alguno, debiéndose confirmar en este aspecto la decisión de primer grado.

(...)

En lo que respecta al viático de manutención, el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo expresa sobre los viáticos permanentes:

(...)

Ahora bien, esta Corporación concuerda con la decisión del juez de primera instancia de no considerar el viático de manutención como constitutivo de salario, toda vez que las colillas de nómina de la parte demandante (fl.49 a 56 del expediente), obrantes dentro del plenario, no relacionan el pago de suma alguna por este concepto, como sí sucede con el auxilio de transporte y alimentación.

En referencia al argumento planteado por la parte demandante, relativo al pago de viáticos de manutención por la suma de \$948.640, este Tribunal procedió a revisar el expediente de la referencia, advirtiendo que si bien reposan extractos bancarios donde el promotor del juicio sí percibía este rubro, ello no era de carácter permanente y periódico, como tampoco queda claro el concepto bajo el cual percibía dicha suma monetaria, pues únicamente se refleja este depósito en los extractos consolidados obrantes a folios 79, 82, 83 y 86 del expediente físico, correspondientes al mes de Julio



hasta agosto 2012, octubre a noviembre de 2012, noviembre a diciembre de 2012 y febrero a marzo de 2013 respectivamente, adicionalmente todos los pagos que recibía la parte actora por parte de la demandada VISE LTDA en los extractos bancarios aparecen referenciados como "TRANS CR SU REF. VISE LTDA P/C 00".

Expuesto todos los argumentos, esta Colegiatura considera que no es suficiente aportar extractos bancarios para comprobar la naturaleza o el concepto de los pagos realizados por la demandada VISE LTDA, por lo que no se puede considerar como factor salarial el viático de manutención que alegó la parte demandante en su recurso de apelación.

Por otro lado, esta Sala de Decisión observa a folio 91 del expediente físico, documento contentivo de los requisitos para la solicitud de viáticos y tiquetes para los gerentes y directores de sucursal, coordinadores y escoltas contratos MIJ, sin que en el plenario obre pruebas que acrediten la consumación de tales presupuestos por parte del trabajador, conforme lo concluido por el juez de primer grado. En consecuencia, no existe en el plenario material probatorio suficiente que demuestre la causación y legalización de los viáticos pretendidos por la parte demandante a fin de otorgarles la calidad de factor salarial." **(Magistrado Sustanciador: Dr. Diego Guillermo Anaya Rodríguez, Abril 30 de 2024, Radicado Interno: 62.651-A)**

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA- Intervención estatal a ente universitario/ **SALARIO INTEGRAL-** Contemplaba todas las prestaciones sociales y emolumentos reclamados/ **VACACIONES-** Tiene el derecho de disfrutar las que no se encuentran prescritas

"Le compete a esta Sala determinar los extremos de la relación laboral reconocida por ambas partes, establecer si en el caso operó una justa causa de despido o no y, si en razón a dicho vínculo, hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas junto con las indemnizaciones pretendidas; en caso de resultar procedentes, definir si respecto a ellas operó el fenómeno de la prescripción.

De cara al problema jurídico planteado, corresponde indicar a la Sala que en el presente asunto no constituye parte del debate la existencia del vínculo laboral entre el demandante LIBARDO DIAGO GUERRERO y la demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, al igual que el inicio de la relación laboral en febrero de 1996, lo mismo que los cargos desempeñados por el actor dentro de la vigencia del vínculo laboral, lo cual fue admitido por ambos extremos procesales y se acreditó con las documentales aportadas.

Ahora bien, resulta preciso para la Sala definir en primer término los extremos de la relación laboral que dio lugar a la formulación de las pretensiones que constituyen el núcleo de la demanda, atendiendo que, el recurrente alega una indebida estructuración por parte del Juzgador de primera instancia, a fin de una vez decantado este punto, poder proceder la Sala a resolver los tópicos restantes.

Al respecto, no existe duda para esta vista pública, que la relación laboral estuvo regida por dos contratos de trabajo, tal como consta en las documentales aportadas con la contestación de la demanda, el primero



de ellos a término indefinido a partir del 1 de febrero de 1996, para el cual el demandante desempeñó el cargo de Decano de la Facultad de Medicina de la Sede Caribe de la Fundación Universitaria San Martín, y el segundo regido por el denominado CONTRATO INTEGRAL DE TRABAJO a término indefinido a partir del 1 de marzo de 2001.

De cara al extremo de finalización del contrato encuentra la Sala, cuanto menos 3 fechas que resultan relevantes, la primera de ellas a partir del día 30 de junio de 2014, calenda que conforme a las certificaciones de nómina fue el último periodo en que se pagó por la demandada salario al demandante; la segunda de ellas, el 19 de enero de 2015, fecha respecto a la cual predica la institución educativa demandada dejó de prestar sus servicios el señor LIBARDO DIAGO GUERRERO, conforme a la comunicación de terminación del contrato de trabajo y, por último el 26 de septiembre de 2016, fecha en la que la demandada remite comunicación al demandante informando la terminación del contrato.

Sobre el particular, resulta preciso indicar que la primera calenda fue la utilizada por la juzgadora de primera instancia, lo que, de entrada, a criterio de la Sala, constituye un desatino, en el entendido que, en la contestación de la demandada, el extremo pasivo de la litis reconoció como fecha de terminación del vínculo contractual el 19 de enero de 2015, tal como además fue expuesto en la comunicación del 26 de septiembre de 2016, la cual se reproduce:

(...)

En este sentido, si bien la última fecha de reporte de pago de nómina data del mes de junio de 2014, no puede admitirse como fecha de terminación aquella, pues, tal circunstancia obvia y desconoce el amplio caudal probatorio existente en el plenario relativo a las circunstancias financieras que condujeron a que el Ministerio de Educación a través de Resolución No. 00841 del 19 de enero de 2015, ordenara medidas preventivas y de vigilancia especial a la institución educativa demandada conforme a lo previsto en la ley 1740 de 2014; por el contrario deberá tenerse como extremo de la relación laboral la del 19 de enero de 2015, pues, aun cuando el mismo se formalizara a través de la comunicación del 26 de septiembre de 2016, no pasa por alto la Sala que el demandante mediante escrito fechado 15 de diciembre de 2015, solicitó a la demandada certificación de terminación del contrato a fin de poder realizar retiro de las cesantías que tenía depositadas en su fondo (folio 32 archivo 07ContestacionDemanda del expediente digital).

Definido lo anterior, el problema jurídico, viene demarcado entonces en establecer si en el presente asunto y en razón a la naturaleza del vínculo y de la remuneración pactada, la parte demandada estuvo obligada al pago de las prestaciones sociales que en sede judicial hoy reclama el actor, y que en primera instancia fueron negadas en razón al pacto de salario integral que aduce la parte demandada fue suscrito con el actor.

En este orden, le corresponde a la Sala a efectos de desentrañar el problema jurídico planteado, abordar en primer lugar los tópicos relativos al Salario Integral, en el entendido que, se itera, no existe discusión respecto al



vínculo laboral entre los extremos procesales. Para abordar este cometido, habrá de examinar las formalidades y regulación del salario integral.

Respecto al factor que nos ocupa, reitera la Sala que en materia laboral rige la regla general del consensualismo y libertad, lo que se traduce en que las partes son libres de escoger la forma en la cual van a realizar sus actos, en los que vierten sus voluntades para dar valor al acto negocial. Así lo consagra el artículo 37 del CST al consagrar que “el contrato de trabajo puede ser verbal o escrito; para su validez no requiere de forma especial alguna, salvo disposición expresa en contrario”. Así ha sido sostenido igualmente por la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que en sentencia CSJ SL2804-2020, reitera lo planteado en precedencia en providencia CSJ SL2600-2018, al expresar: (...).

En materia laboral el Código Sustantivo del Trabajo, pese el principio de libertad consensual y de formalidades, consagra algunos actos sujetos a ritualidades sin las cuales no resultan válidos, entre los cuales destaca el artículo 46 relativo al pacto de duración de los contratos de trabajo a término fijo, el periodo de prueba previsto en el artículo 77 y el pacto de salario integral consignado en el artículo 132, los cuales deben celebrarse y constar por escrito. Puntualmente, la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL2600-2018, tuvo oportunidad de indicar (...).

Bajo esta línea, es claro para esta vista pública que el pacto de salario integral se configura dentro de aquellos denominados *ab substantiam actus* o *ad solemnitatem*, lo que significa que la única forma de probar su existencia y contenido es con el documento mismo, tal como ha sido previsto en el artículo 61 del CPTSS, de tal suerte que el único medio de prueba dispuesto para acreditar la cláusula o pacto de salario integral es con el acto mismo, es decir, con el documento en el que consta. Es así como, conforme a las preceptivas reseñadas, la validez del salario integral requiere de la formalidad que conste por escrito, por lo que la Corte ha afirmado que: “esta viene a ser su único medio de prueba, ya que se confunde con el acto mismo. O para decirlo de otro modo, la forma es de la esencia del acto, de manera que la prueba de su existencia viene a ser el documento mismo. (CSJ SL2804-2020).

(...)

Aterrizando al caso concreto, se advierte que con la contestación de la demanda la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN, aportó copia del contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre el demandante y la sociedad demandada con fecha de inicio 1 de febrero de 1996; así misma obra en el expediente contrato de trabajo integral a término indefinido a partir del 1 de marzo de 2001, (...).

Igualmente, milita en el plenario CONVENIO DE SALARIO INTEGRAL, suscrito por el demandante con el rector de la institución educativa demandada el 13 de marzo de 2001, y que es del tenor que pasa a reproducirse:

(...)

En este sentido, conforme a lo enunciado en las consideraciones que anteceden, y al análisis del caudal probatorio militante en el plenario, que



debe la Sala, tal como asertivamente lo indicó la A-quo, arribar a la conclusión que el vínculo laboral que existió entre el señor LIBARDO DIAGO GUERRERO y la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, a partir del 1 de marzo de 2001 y hasta la fecha de su culminación, se encontró regido en lo que respecta a la remuneración, por las reglas del salario integral, y ello se acredita justamente con las piezas documentales antes examinadas, sin que sea de recibo la objeción que soporta el primer reparo del recurrente, pues, tal como se ha advertido, la forma de acreditar tal pacto, no es en virtud del cumplimiento y pago efectivo de las sumas que corresponden a dicho estipendio, sino con el clausulado que así lo consignó, pues, la validez de dicha estipulación deviene del acuerdo de voluntades vertido por escrito; siendo que el reproche enrostrado se ubica en el plano del cumplimiento, más no de la existencia del acuerdo que así lo dispuso, de allí que no posea ninguna virtud de prosperidad del cargo enrostrado, máxime cuando puestas de presente tales documentales al momento de absolver el interrogatorio de parte, el mismo actor reconoció que era su firma la estampada en ellos.

De otra parte, advierte esta colegiatura el desatino del recurrente al indicar que no se encuentra acreditado en el plenario que la remuneración percibida se ajustara a los límites del salario integral, pues confrontada la certificación emitida por el Director de Recursos Humanos de la entidad demandada, es claro que la remuneración percibida e circunscribe a los montos mínimos exigidos por el artículo 132 del CST en lo relativo al salario integral, tal como puede apreciarse en el siguiente cuadro comparativo

(...)

Tampoco le cabe razón al recurrente en lo que respecta al indebido valor probatorio conferido por la togada de primera instancia a la certificación en la que constan los pagos percibidos por el actor desde el año 2000 hasta el año 2017, en primer lugar por cuanto dicha documental no es cierto que no haya sido emitida ni se encuentre suscrita, pues, tal como puede advertirse a folios 12 a 14 del archivo 07ContestacionDemanda del expediente digital, la misma fue suscrita por el señor ALEJANDRO SUÁREZ PARADA, en su condición de Director de Recursos Humanos de la entidad demandada, documento que no fue tachado de falso por el demandante, y en ese sentido reviste de total valor probatorio, y que da cuenta además que al actor si le fue reajustada la asignación percibida, de modo que la objeción relativa a la indebida valoración probatoria de dicha prueba no posee virtud de prosperar, pues, la misma se yergue en el único elemento obrante en el plenario que acredita tal hecho, pues, el actor tampoco arrió elemento probatorio alguno que permitiera sostener su dicho en lo que respecta a la remuneración.

A este respecto, encuentra la Sala que, acreditado como se encuentra el pacto de salario integral suscrito por las partes, en la cláusula segunda del CONTRATO INTEGRAL DE TRABAJO que rigió la relación laboral desde el 1 de marzo de 2001, e igualmente a través del convenio de salario integral firmado el 13 de marzo de 2001, es claro que a partir de aquella calenda, la remuneración percibida por el demandante, incluía las prestaciones sociales que hoy demanda, al tenor de lo previsto en el artículo 132 del CST, de tal suerte que no se advierte ningún tipo de yerro por parte de la A-quo



al negar las pretensiones relativas al reconocimiento y pago de reajuste de cesantías, primas de servicios e intereses de cesantías.

Ahora bien, atendiendo que conforme al contenido mismo del artículo 132 del CST, las vacaciones se encuentran excluidas de la remuneración percibida cuando se pacta salario integral, y de cara a las pretensiones del actor y el objeto de la alzada, procede esta vista pública a establecer si en el presente asunto existe derecho al cobro de dicho concepto y en caso positivo, determinar si respecto al mismo operó o no el fenómeno prescriptivo.

De cara a las vacaciones, se tiene acreditado conforme a la certificación de liquidación de nómina del actor de los años 2000 a 2014, el último periodo de vacaciones que disfrutó fue el del año que corrió de enero a diciembre de 2012, lo cual le fue liquidado y disfrutó el actor en nómina de enero de 2013.

En cuanto a las vacaciones causadas el 1 de enero de 2014, que corresponden al periodo laborado entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2013, al tenor de lo previsto en el artículo 187 del CST, el empleador disponía del 2 de enero de 2014 al 1 de enero de 2015, para programar la fecha de descanso, y podía exigir las el trabajador desde el 2 de enero de 2015.

Conviene igualmente distinguir entre la calenda para la cual se encuentra acreditado y demostrada la prestación del servicio por parte del actor, que no necesariamente debe confundirse con la calenda de terminación de la relación laboral, pues, en circunstancias tales como las que acontecen en el presente asunto, como la crisis financiera que condujo a la intervención del Ministerio de Educación a la demandada, explican que no coincidan ambos. Puntalmente, en lo que respecta a la prestación del servicio, el plenario se encuentra desprovisto de elemento de convicción alguno distinto a la relación de pagos aportado por la demandada; de modo que ante la orfandad probatoria en este sentido, y puntualmente el reconocimiento que hace el actor en el interrogatorio que rindió, en donde admite que a partir de la crisis de la Fundación universitaria San Martín, se dedicó en forma exclusiva a la atención médica en su consultorio, circunstancia que guarda relación cuando en su escrito de 15 de diciembre de 2015, admite la terminación del contrato. Son estas mismas las circunstancias que conducen a que no resulte posible acceder al pago o reliquidación de salarios hasta el 26 de septiembre de 2016, como pretende el actor, pues, no está de más reiterar que conforme al artículo 127 del CST, los salarios constituyen remuneración como contraprestación directa de la prestación del servicio, y no existiendo este último no existe causa para el primero.

A este respecto, habría de indicarse que el otro periodo de vacaciones causado y al que eventualmente tendría derecho el actor data del 1 de enero de 2014 al 30 de junio de 2014, conforme a los razonamientos antes esbozados, y cuya exigibilidad se haría a partir de la terminación del contrato, a saber 19 de enero de 2019." **(Magistrado Sustanciador Dr. Diego Guillermo Anaya Rodríguez, Abril 30 de 2024, Radicado Interno: 65.650-A.)**

.....



PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- Aplicación del nuevo precedente de la Sala Laboral de la CSJ: Establece una nueva postura para determinar la forma de contabilización de las semanas mínimas para causar la pensión/
REQUISITOS DE CONVIVENCIA- Se encuentran demostrados en el proceso

“Descendiendo al caso sub examine, se encuentra acreditado en el proceso los siguientes supuestos fácticos respecto del afiliado Jesús Enrique Ripoll Curiel: i) que cotizó para pensión en Colpensiones, de forma discontinua desde el 7 de abril de 1989 hasta el 13 de enero de 2017, y se le registran un total de 375,57 semanas cotizadas en toda su vida laboral, y ii) que nació el 11 de mayo de 1956 y falleció el 13 de enero de 2017.

Ahora bien, examinado el reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones, actualizado a 10 de abril de 2019, se constata que el afiliado para la fecha de su defunción, no logra colmar el requisito de cotizar por lo menos 50 semanas en los últimos tres años anteriores al fallecimiento, para dejar causado el derecho a sus beneficiarios, dado que solo logró cotizar 49,14 semanas en ese interregno, no colmando la exigencia del numeral 2. del art.12 de la Ley 797 de 2003, como se ilustra a continuación: (...).

Precisando que el máximo órgano de jurisdicción ordinaria laboral ha interpretado la aproximación al número entero siguiente, pero sólo para los eventos en que la fracción de semanas de cotización supera el 0.5, esto es, cuando sea superior a la mitad de la unidad inmediatamente anterior a la exigencia mínima legal, (CSJ SL3722-2019, SL2750-2023), situación que no acontece en este caso.

No obstante, impera pasar la Sala a revisar si se cumple con la otra opción contemplada en el parágrafo primero de la anterior norma, acudiendo nuevamente al reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones y actualizado al 10 de abril de 2019, donde se constata que el actor logró cotizar durante toda su vida laboral al Sistema General de Pensiones de manera interrumpida desde el 7 de abril de 1989 hasta el 13 de enero de 2017, bajo distintos empleadores un total de 377,86 semanas cotizadas, pero tal como lo arguye el apelante, también se cuenta con el certificado Cetil emitido por el Ministerio de Defensa Nacional, donde consta el tiempo de vinculación del demandante en el sector público - en el Ejército-, desde el 14 de febrero de 1975 al 16 de diciembre de 1988, que equivale a 5.055 días o 722,14 semanas, las cuales sumadas a las cotizadas en Colpensiones, nos arroja un total de 1.100 semanas, como se ilustra en el siguiente cuadro:

(...)

De acuerdo con la relación de tiempos cotizados- tomados los días calendarios- nos permite corroborar que el causante logró acumular más del mínimo de 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, exigidas en el art. 33 original de la Ley 100 de 1993, cumpliendo con el requisito de las semanas a la que se refiere el parágrafo antes transcrito.

Frente al otro requisito, es oportuno referirnos al concepto de convivencia para determinar el derecho a la pensión de sobrevivientes, que ha decantado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entra la cual podemos citar la sentencia del 22 de julio



de 2008, rad 31921, con ponencia del Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza, donde se precisó:

(...)

La Corte Constitucional en la sentencia SU-149 del 21 de mayo de 2021, al explicar su postura y replicar la de la Honorable Sala Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con relación al requisito de convivencia exigido en el art. 13 de la Ley 797 de 2003, indicando que se debe aplicar igual en los casos cuando el causante sea afiliado o pensionado, bien sea para obtener la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional, postura que se comparte y acoge (...).

Es menester dejar aclarado que la vida marital y la convivencia con el afiliado fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte, constituye una cuestión fáctica que debe demostrarse por quien invoque su condición de cónyuge supérstite o compañera permanente y quiera beneficiarse de este derecho, carga probatoria que puede cumplir la parte demandante a través de cualquier medio probatorio permitido por el Régimen Procesal Laboral en su art. 51.

Pues bien, la demandante con miras acreditar su convivencia con el causante, aportó con su demanda registro civil de matrimonio, en el que consta que el día 6 de noviembre de 1977, contrajeron matrimonio la pareja conformada por Jesús Enrique Ripoll Curiel y Luzmila Cardozo Hernández.

Además, durante el proceso se logró recepcionar los testimonios rendidos por las señoras Leydy Katherine Acevedo Villamizar y Carmen Lucía Quintero Farfán.

La señora Leydy Katherine Acevedo Villamizar manifestó que conoce a los señores Jesús Ripoll y Luzmila Cardozo, desde hace 20 años, cuando ellos llegaron a vivir a su casa, se vinieron de Barranca y duraron como 5 años viviendo en su casa, agregó que ellos se fueron de su casa como en el año 2005, luego se fueron a vivir a Barrancabermeja y, se comunicaba con ellos por teléfono y se venían de vacaciones. Sostuvo que la señora Luzmila Cardozo dependía económicamente del señor Jesús Ripoll, ya que ella no recibe ningún ingreso por pensión, ni cualquier otra renta, ellos siempre vivieron juntos, convivieron hasta que el señor Ripoll falleció.

La señora Carmen Lucía Quintero Farfán señaló que conoció al señor Jesús Ripoll y a la señora Luzmila Cardozo, desde el año 2000, desde ese entonces su hijo es la pareja de la hija del señor Jesús, cuando los conoció, ellos vivían juntos en la casa de la señora Leydy Katherine Acevedo Villamizar. Afirmó que la señora Luzmila no recibe pensión alguna, dependía económicamente del causante, el señor Jesús Ripoll no se separó de la señora Luzmila, convivieron hasta el fallecimiento del señor Jesús Ripoll. Informó que sabe que ellos no se separaron, también indicó que su hijo es la pareja de la hija de los señores Jesús Ripoll y Luzmila Cardozo, entonces ellos se fueron para Barranca, incluso que, cuando él falleció, ella los acompañó. Itera que los conoció en el 2000 y que se fueron en el 2005, para Barrancabermeja, se hablaban por teléfono, se saludaban, se visitaban y así estaban.



Los anteriores testimonios son coincidentes y claros en manifestar que conocieron a la pareja conformada por Jesús Enrique Ripoll Curiel y Luzmila Cardozo Hernández, quienes convivieron juntos hasta la fecha del fallecimiento del señor Jesús Ripoll, nunca se separaron, e incluso duraron viviendo 5 años en la casa de la señora Leydy Acevedo Villamizar antes de irse para Barrancabermeja, a su vez dieron de fe que la señora Luzmila Cardozo dependía económicamente del causante. Dan la razón de sus dichos, la primera testigo señora Leydy Katherine Acevedo Villamizar afirmó que conoció a los señores Jesús Enrique Ripoll Curiel y Luzmila Cardozo Hernández hace 20 años, cuando llegaron a vivir a su casa y la segunda testigo señora Carmen Lucía Quintero Farfán sostuvo que los conoce desde el año 2000, por la cercanía y comunicación que mantuvo con ellos.

De otra parte, en el interrogatorio absuelto por la demandante, relató que se fue a vivir a Barrancabermeja más o menos como en el 2005, ciudad donde se radicó con su esposo Jesús Enrique Ripoll, de quien no se separó, que las veces que venía a Barranquilla, se hospedaba en la casa de Leydy Acevedo, afirmó ser ama de casa y dependía económicamente del señor Jesús Ripoll, con quien procreó dos hijos.

Valorando en conjunto las pruebas obrantes en el proceso tanto testimoniales y documentales, nos ofrecen plena certeza que la actora señora Luzmila Cardozo Hernández, logró acreditar haber convivido con el causante en un tiempo que no resultó inferior a 5 años en cualquier tiempo con el causante, pues de las testimoniales rendidas en el proceso, fueron claros, coincidentes y contestes al manifestar que conocieron la pareja conformada por el señor Jesús Enrique Ripoll Curiel y la señora Luzmila Cardozo Hernández, quienes convivieron por más de 20 años hasta la fecha de la muerte del causante, y además, demostró en su calidad de cónyuge supérstite del causante, quedando acreditado el requisito del artículo 47 de la Ley 100 de 1.993, modificado por el art.13 de la Ley 797 de 2003, por lo que fuerza concluir que la actora tiene derecho a que se le reconozca la pensión de sobreviviente, a partir del 13 de enero de 2017, fecha del fallecimiento del señor Jesús Enrique Ripoll Curiel, como única beneficiaria.

Por lo tanto, al haberse acreditado todos los requisitos exigidos en la Ley vigente a la fecha del fallecimiento del causante, no le asistió razón al a quo al negar reconocer el derecho a la pensión de sobreviviente reclamada por la actora, motivo por el que impera revocar la decisión de primera instancia, para imponer condena por este concepto.

Como el derecho a la pensión de sobrevivientes se causó el 13 de enero de 2017, fecha en la que falleció el causante, la demanda fue presentada el 30 de noviembre de 2018, y fue notificada a la demandada el 27 de marzo de 2019, resulta evidente que no operó el fenómeno jurídico de la prescripción y por consiguiente, se le reconocerán sus mesadas ordinarias y la mesada adicional de diciembre, con sus respectivos reajuste anuales de ley.

Dilucidado lo anterior, efectuadas las operaciones aritméticas de rigor por parte del Contador adscrito a la Sala, teniendo en cuenta los salarios reportados y, liquidado el promedio de los ingresos base de cotización en toda la historia laboral, se obtiene un IBL de \$686.469,86, el cual al aplicarle



el porcentaje del 69%, arroja una mesada de \$644.350, monto que resulta inferior al salario mínimo, por lo que corresponde equipararla a dicho monto al tenor de lo dispuesto en el art. 35 de la ley 100 de 1993, como se nota en la siguiente tabla: (...)

(...)

En lo atinente a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es de advertir que en este caso no resultan procedentes, habida cuenta que como se dilucido en párrafos anteriores, la demandante logra colmar los requisitos aplicando la reciente directriz jurisprudencial del máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, la cual le había sido negada por Colpensiones conforme al tenor literal de la norma y a la interpretación que regía para la época en que la demandante solicitó su derecho a la pensión de sobrevivientes, que lo fue el 7 de noviembre de 2019, teniendo en cuenta que para esa fecha no se había proferido la sentencia SL138-2024, del 31 de enero de 2024, que establece una nueva postura para determinar la forma de contabilización de las semanas mínimas requeridas para causar la pensión, por lo anterior, se impone absolver a la demandada del reconocimiento y pago de los intereses moratorios deprecados.

No obstante, se accederá a ordenar la indexación de la mesadas por resultar procedente en aquellos casos en que no se ordenan los intereses moratorios, pues de no ser así estaría afectando a sus ingresos al recibir al cabo del tiempo el pago de una obligación en cantidad que resulta en la mayoría de las veces irrisoria por la permanente devaluación de la moneda en nuestro país, el cual es un hecho notorio que esta relevado de prueba, pues la indexación o corrección monetaria, se aplica a aquellas acreencias laborales que no tienen otro tipo de compensación de perjuicios por la mora conforme lo ha dicho la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, para así resarcir el perjuicio y/o mora por la pérdida del valor adquisitivo del capital, por consiguiente, hay lugar a la indexación deprecada.

Por todo lo anteriormente expuesto, se procederá a modificar parcialmente la sentencia de primera instancia, para declarar no probadas las excepciones propuestas, excepto por intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993 y absolverla de esta pretensión; condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, junto con retroactivo e indexación de las mesadas pensionales a pagar y autorizar a la Administradora Colombiana de Pensiones para que efectúe el correspondiente descuento en las mesadas pensionales de la actora por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud." **(Magistrada Sustanciadora Dra. Claudia María Fandiño De Muñiz, Abril 4 de 2023, Radicado Interno: 69.336)**

PENSIÓN DE INVALIDEZ- Cotizaciones extemporáneas al sistema general de seguridad social/ **PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-** Enfermedad de origen común/ **ACCIONES DE COBRO-** No se demostró haber adelantado gestiones para obtener las cotizaciones del empleador moroso



“Conforme a los antecedentes reseñados, resulta incontrovertible que: (i) el demandante Raúl Antonio Fontalvo Fontalvo fue calificado con una Pérdida de Capacidad Laboral (PCL) del 53.40% con fecha de estructuración el 22 de mayo de 2011 (f18 y 19); (ii) El demandante trabajó para el Consorcio Rodadero 2009; (iii) El demandante está afiliado a Porvenir y, según la historial laboral aportada con la contestación de la demanda, cotizó 274,8 semanas; (iv) Dentro de los tres años anteriores a la estructuración del estado de invalidez, que van desde el 22 de mayo de 2008 al 22 de mayo de 2011, el demandante cotizó 420 días equivalentes, es decir, 60 semanas, a través del empleador Consorcio Rodadero 2009.

Sin embargo, la discrepancia de la parte demandada se centra en que las cotizaciones de los empleadores Consorcio Rodadero 2009 se realizaron de manera extemporánea y, por lo tanto, no son válidas para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitada por el demandante.

Al respecto, se debe señalar que la parte demandada no aportó ninguna prueba para demostrar que adelantó las acciones de cobro tendientes a obtener la satisfacción de las cotizaciones en mora por parte del empleador, ya que reflejó en el historial laboral del demandante las cotizaciones realizadas por el empleador mencionado sin indicar que estas hubieran sido extemporáneas. Por lo tanto, es evidente que recibió el pago sin objeción alguna. En consecuencia, y conforme a la jurisprudencia, no corresponde al afiliado asumir las omisiones del empleador moroso y de la administradora omisiva de efectuar las acciones de cobro que dispone la ley. Por lo tanto, se concluye que el demandante cumplió con los requisitos exigidos para acceder a la pensión de invalidez, ya que padece una PCL superior al 50% y, dentro de los 3 años anteriores a la estructuración cotizó más de 50 semanas.

Por lo tanto, es procedente conceder la pensión de invalidez al demandante a partir del 4 de marzo de 2017 y en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente, con base en 14 mesadas anuales, como lo dispuso la primera instancia. Pues estos aspectos no fueron objeto de apelación. En consecuencia, el retroactivo pensional liquidado hasta el 29 de febrero de 2024 corresponde a \$89.158.450,30, por lo que se modificará la sentencia de primera instancia, sin perjuicio de las mesadas pensionales que se lleguen a causar hasta su efectiva inclusión en nómina de pensionados.” **(Magistrado Sustanciador Dr. Edgar Enrique Benavides Getial, Marzo 21 de 2024, Radicado Interno: 71.781-A)**

DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO SINDICAL- Procedencia: Reducción del número de afiliados/
PRUEBA DOCUMENTAL- Valoración de las copias: Presunción de autenticidad/ Demostración de la causal invocada

“El objeto de la litis se circunscribe en determinar si es dable ordenar la disolución y liquidación de la Organización Sindical denominada UNIÓN DE TRABAJADORES DE ATENCOM - “UTRAATENCOM”, por la causal de



reducción del número de afiliados del sindicato a menos de 25 miembros por un tiempo determinado, conforme artículo 401 del C.S.T. literal d).

(...)

Para el caso concreto, de las pruebas recaudadas se evidencian sendos documentos presentados por la parte demandante y demandada, respecto de los cuales la Sala aplica presunción de autenticidad dispuesta en el artículo 54 A del CPTSS que regula el valor probatorio de las copias, (...).

Lo anterior, según los argumentos de apelación, donde el recurrente manifiesta que no le consta que los documentos de las cartas de las renuncia de los trabajadores a la Organización Sindical, presentadas durante los días 17, 18, 19 y 23 de agosto del año 2023, y que obran visibles a folios 57-68 del expediente, hayan sido efectivamente suscritos por ellos; por lo que la Sala valora como auténticos, en virtud a la presunción legal de autenticidad de los documentos prevista en la norma citada anteriormente, que se aportaron en forma regular y oportuna al proceso, respecto de los cuales no se promovió incidente de tacha de falsedad dentro de las oportunidades legales previstas en el estatuto procesal laboral.

Presunción de autenticidad aplicable también para las solicitudes de nuevas afiliaciones al sindicato, de fecha 19 de agosto de 2013, documentos que fueron presentados por la parte demandada "UTRAATENCOM" al momento de contestar la demanda, de lo cual se deduce que existe certeza sobre las personas que los suscribieron y a quienes se atribuyen los mismos, luego es dable presumir su legalidad y autenticidad en el proceso.

De las pruebas aportadas, relacionadas como quedó dicho, se deduce que en efecto la organización sindical se constituyó con 25 miembros el 16 de agosto del año 2013; sin embargo, obran sendas renunciaciones de trabajadores presentadas en los días sucesivos a la Organización, específicamente el día 17 de agosto del mismo mes y año, de los señores: Andrés Arturo Gullo Heilbron y Jorge Luis Marchena Rivera (2 afiliados); el día 18, los señores Hans Ricardo Sierra Romero, Leonardo Enrique Cortes Gamero, Ronald Rodríguez Martínez, Alejandro López Mejía y Damián Jesús Torres Melgarejo, para un total a dicha calenda de 7 renunciaciones, y el 19 de dicho mes y año, 4 renunciaciones más de los señores Erick Jhonathan Vizcaíno Simanca, Danilo Enrique Bolívar Ortega, José Manuel Rojas Sarmiento y Armando Narváez Herrera, para un gran total de 11 afiliados que renuncian a 19 de agosto de 2013, y una renunciación el 23 de agosto de 2013 <Carlos Arturo Romero>, en total doce (12) trabajadores que renunciaron, de lo que puede deducirse que efectivamente de los 25 fundadores del sindicato, renunciaron 7 socios fundadores entre los días 17, y 18, reduciéndose el número total de asociados a dieciocho (18), que es inferior al mínimo de miembros legalmente exigido (25).

No obstante, dicha reducción a dieciocho (18) asociados a la agremiación sindical a fecha 18 de agosto de 2013, es decir, a número menor de 25 asociados, también se advierte que para el 19 de agosto de 2013 (fecha ésta para la cual el número de agremiados era inferior al exigido por el



artículo 359 del CST), presentaron solicitud de afiliación veintidós (22) personas más, a la Asociación Sindical.

El a quo sostuvo y decidió, que en el caso concreto ocurrió el supuesto fáctico de la causal contemplada en el literal d) del artículo 401 del CST, ya que si bien posterior al 18 de agosto de 2013, según sostuvo, obran nuevas afiliaciones al Sindicato, lo cierto es que para los días 17 y 18 de agosto del año 2013 el Sindicato redujo el número de afiliados por debajo de los 25 reglamentarios para mantener su subsistencia y en virtud de ello concluyó que la causal operó automáticamente, lo que llevó a la operadora a decretar la disolución y cancelación del Registro Sindical.

El órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que la causal de disolución de la Organización Sindical, por cuenta del literal d) del artículo 401 del Código Sustantivo del Trabajo, no opera “ipso iure” o de pleno derecho, toda vez que para que la persona jurídica que nace con el Sindicato desde su fundación, se extinga del mundo del derecho, es necesaria una declaración judicial a través de sentencia en firme y ejecutoriada que así lo defina, lo que necesariamente lleva a concluir en virtud de los principios de libre asociación sindical que forman parte del bloque de constitucionalidad que hasta que exista esa declaración, el sindicato subsiste y no desaparece del ordenamiento, así lo expresó la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en SL 1775-2023: (...).

(...)

Lo anterior encuentra soporte también en las sentencias SL4879/2017; SL6891/2017; SL2360/2022 y SL1062/2023, entre otras. Sin embargo, en el caso particular que ocupa la atención de la Sala recobra especial importancia lo dispuesto en el antes citado artículo 2º del Convenio 87 de la OIT, el cual indica que los trabajadores tendrán el derecho de la libre afiliación con la sola condición de la observancia de los propios estatutos de la Organización. Lo anterior se recuerda, pues en el caso concreto se presentaron sendas renunciaciones al sindicato durante los días 17, 18, 19 y 23 de agosto de 2013, que se sustentan con las cartas visibles a folios 57-68 del expediente y la certificación de la empresa demandante obrante a folio 72, las cuales sin duda llevan a la reducción del número de afiliados por debajo del mínimo dispuesto en la norma; y muy a pesar que posteriormente a dicha reducción del número mínimo exigido en la ley (25 miembros), se observan nuevas solicitudes de afiliación a la Organización sindical visibles a folios 140-161 del expediente, pero como indica la norma, para tener por cierta la afiliación de las personas aludidas cuya solicitud lleva fecha de 19 de agosto de 2013, es necesario observar los estatutos de la propia organización que en su artículo 5º, indican lo siguiente: (...).

Lo anterior, por cuanto por disposición de los propios estatutos de la Organización, será la Junta Directiva quien decidirá por mayoría de votos sobre la admisión de los nuevos interesados en hacer parte del Sindicato, lo que no se puede evidenciar en el caso sub examine, pues no se aportó prueba alguna que indicara que la Junta Directiva de la agremiación



hubiera determinado que todas las personas que presentaron la solicitud de afiliación del 19 de agosto de 2013, fueron admitidas en orden de pertenecer a la Organización, pues la Unión de Trabajadores de Atencom "UTRAATENCOM" no aportó medio de convicción alguno que permitiera deducir que este procedimiento determinado por el mismo sindicato en sus estatutos se llevó a cabo.

Independientemente de tal hecho, intrascendente para la decisión que habrá de adoptarse, tampoco se aportó documento adicional alguno que informara sobre el número actual de afiliados al momento de la contestación de la demanda, pues solo afirma en la contestación de demanda, que supera los 25 actualmente y sin que baste esa la sola manifestación de la parte.

De ahí que ante la no certeza que en la actualidad la organización sindical de que se trata, goza del número de afiliados mínimo para mantener su existencia, y de conformidad con las razones expuestas, es del caso concluir la ocurrencia de la causal de disolución y cancelación del Registro Sindical contemplada en el literal d) del artículo 401 del CST, respecto del sindicato Unión de Trabajadores de Atencom "UTRAATENCOM", por lo que es del caso confirmar la decisión de primera instancia, pero por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, como se expresará." **(Magistrada Sustanciadora Dra. María Olga Henao Delgado, Marzo 21 de 2024, Radicación Interna: 68.538-A)**

SALA PENAL

FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO- Informe policial de captura en flagrancia/ **CREDIBILIDAD DE LOS TESTIGOS-** Información adicional que no fue decantada en el informe inicial y esbozada en el Juicio Oral: No afecta ostensiblemente el núcleo fáctico que da como el origen el proceso/ **CRÍTICAS A LA VALORACIÓN PROBATORIA-** Carecen de fundamentación fáctica y jurídica

"En nuestro caso, Lizeth Paola Marino Vega es acusada por la Fiscalía como autora del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, descrito en el artículo 365 del Código Penal, y que la jueza de primera instancia tuvo entre las pruebas para proferir sentencia condenatoria el informe de captura del día 12 de febrero del 2018, en el que los patrulleros de la policía nacional Luis Miguel Rubio Polo y Sharon Vanesa Bohórquez Meza dan cuenta de que la procesada fue capturada en situación de flagrancia en la fecha antes mencionada, en el sector de la Carrera 38 Calle 40 barrio Chiquinquirá, en plena vía pública, cuando llevaba consigo entre sus senos un arma de fuego tipo pistola.

Ahora, en el recurso de apelación la defensa pretende que se reste credibilidad al informe de captura de los patrulleros mencionados que ingresó al juicio oral a través de sus testimonios, en atención a que los mismos en su declaración adicionan circunstancias sobre lo sucedido en punto de que la acusada estaba acompañada de otra mujer, situación que al



omitirse en el informe inicial, hace confusa e incoherente, la versión que se quiere mostrar como cierta para responsabilizar a su defendida de la conducta punible objeto de acusación; sin embargo, tal propuesta de defensa no está llamada a prosperar porque la Judicatura advierte lo siguiente:

Es claro que en el informe de captura en flagrancia a la ciudadana Lizeth Paola Marino Vega no se hizo mención a una segunda persona que estuviera al momento del registro personal y posterior captura, como sí lo dejaron ver los patrulleros en su declaración rendida en el juicio oral; no obstante, en todo caso, la Sala advierte que ello no es suficiente motivo para restar credibilidad a las manifestaciones de los testigos, pues es en el testimonio donde aseguran que la acusada se encontraba acompañada de una mujer, sin pretender con ello motivo distinto al de brindar mejores detalles de lo ocurrido al momento de los hechos. Es más, al cuestionárseles sobre el papel de dicha mujer en las circunstancias modales que rodearon la captura de Lizeth Paola Marino Vega, explicaron que su acompañante estaba en alto grado de embriaguez por lo que decidieron trasladarla a una estación de policía transitoria, sin relacionarla con los hechos aquí relevantes porque al momento del registro personal a quien le encontraron portando el arma de fuego referenciada fue a Lizeth Paola Marino Verga.

Ahora bien, en punto de las inconsistencias o incoherencias que el defensor asegura hubo entre lo manifestado por los patrulleros de la Policía Nacional en el informe de captura y lo dicho posteriormente en la audiencia de juicio oral, esta Sala de decisión debe manifestar que, si bien de alguna forma dieron a conocer cierta información adicional que no fue decantada en el informe suscrito inicialmente, la misma no es una información que ostensiblemente afecte el núcleo fáctico relatado por ellos como el origen del presente proceso, es decir, no se trata de unas circunstancias que habiéndose conocido antes hubieran afectado de fondo o cambiado el rumbo de la sentencia en este caso, además porque, lo cierto es que la acusada fue encontrada portando arma de fuego de fabricación artesanal entre sus senos, situación que al margen de que existiera o no otra persona con ella en dicho momento, no ha sido controvertida por su apoderado judicial y fue corroborada en juicio por parte de los patrulleros, mediante testimonios consistentes en punto de tal aspecto, que entre otras cosas es lo que realmente resultó importante para hallar que Lizeth Paola Marino Vega era responsable penalmente del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Realmente más allá de la presencia de otra mujer al momento de la captura de la procesada, lo manifestado por los miembros de la Policía Nacional en lo esencial y en punto de la hipótesis acusatoria de la Fiscalía siempre ha sido coherente, concreto, en otras palabras, sus dichos tienen una secuencia lógica y sobre todo son armónicos con los resultados obtenidos en la experticia técnica de balística realizada al arma encontrada.

Seguidamente, en punto de lo aludido por la defensa en cuanto a que no se consignó en el informe que Lizeth Paola Marino Vega, en ese momento manifestó que portaba un arma porque se encontraba amenazada por un



miembro de la Policía Nacional, se encuentra esta Corporación de acuerdo con lo resuelto por la a quo cuando considera que esta circunstancia no hace parte de los hechos jurídicamente relevantes en punto del delito por el cual fue condenada, que además, como manifestó el patrullero Luis Miguel Rubio Polo en juicio, sólo procedieron a plasmar lo sucedido en punto del arma encontrada y las circunstancias sobre como sucedió. A ello se suma que, para este Tribunal, tal intento de exculpación no es de recibo porque ello no le autoriza de manera alguna para portar un arma de fuego no sólo sin poseer permiso para ello, sino además porque se trataba de un arma hechiza o de fabricación artesanal que escapa al control del Estado en el manejo del monopolio de armas.

Debe resaltar la Sala que, si en gracia de discusión se aceptara tal versión ofrecida por la defensa con base en la supuesta manifestación hecha por la acusada al momento de su captura, de entrada estaría aceptando o corroborando que efectivamente sí era ella quien en esas circunstancias portaba el arma de fuego de manera ilegal, pero, no podemos perder de vista que se trata de una afirmación de la que no consta ningún registro y que, en etapas posteriores, no se ratificó, pudiendo hacerlo en las oportunidades para aceptar cargos en la audiencia de formulación de imputación, en la audiencia preparatoria o, incluso, al inicio del juicio oral.

En resumen, las fustigaciones que hace el apelante sobre el ejercicio de valoración probatoria realizado por la juez de primera instancia, carecen de sustento porque se observa una secuencia lógica y coherencia sustancial entre lo plasmado en el informe inicial de captura y los testimonios rendidos por los policías que lo suscribieron Luis Miguel Rubio Polo y Sharon Vanesa Bohórquez Meza, que aunados a los resultados del informe de investigador de laboratorio de fecha 13 de octubre del 2018, que realizó Elías Manuel Henríquez González en su calidad de técnico profesional en balística forense, permiten concluir a la Sala que no hay duda de que sí se trató de una valoración en conjunto para tener por probados los hechos jurídicamente relevantes presentados por la Fiscalía en la acusación contra Lizeth Paola Marino Vega."(**Magistrado Sustanciador Dr. Augusto Enrique Brunal Olarte, Marzo 12 de 2024, Radicado Interno: 2023 00032**)

INTEMPORALIDAD O PERPETUIDAD DE LA SANCIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 122 CONSTITUCIONAL- Procedencia/ EXTINCIÓN DE LA SANCIÓN PENAL- Solicitud de rehabilitación de los derechos políticos del condenado

"El fondo del asunto órbita alrededor de la solicitud de rehabilitación de los derechos afectados con la pena accesoria consistente en la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, impetrada por el condenado CARLOS ARTURO ALTAMAR ARIAS, a quien mediante auto del 08 de mayo del año 2019, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla le declaró la extinción de la sanción penal o pena privativa de la libertad de 157 meses que le fue fijada como autor del delito de PECULADO POR APROPIACIÓN A FAVOR DE TERCEROS y otros, por cumplimiento del periodo de prueba.



No obstante, dicha providencia, no le extinguió al señor ALTAMAR ARIAS, las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, vale decir 157 meses de prisión, que equivalen a 13 años y 01 mes, pues el quo advirtió que este término comenzó a contarse a partir de la ejecutoria de la sentencia, que lo fue el 21 de septiembre del año 2011, cuando se inadmitió la demanda de casación.

El penado expuso ante esa autoridad judicial que, se debe dar aplicación a lo previsto en el numeral 2 del artículo 92 del Código Penal, esto es, decretar la REHABILITACIÓN DE SUS DERECHOS POLÍTICOS, para el ejercicio de derechos y funciones públicas, toda vez que alega tener derecho a ello.

En auto de fecha 11 de febrero de 2022, el funcionario judicial que vigila su pena, resolvió no declarar la extinción y rehabilitación de los derechos relacionados con la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, esto es para ocupar cargos públicos. No obstante, accedió a la solicitud de rehabilitación, pero de los derechos políticos afectados por la sentencia condenatoria del proferida en su oportunidad por esta Corporación, al señor CARLOS ARTURO ALTAMAR ARIAS.

(...)

Así las cosas, la Sala se dispondrá en esta instancia a vislumbrar como problemas jurídicos si (i) el Juez de Primer Nivel erró en su decisión, al dividir la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas en dos penas accesorias, esto es, por un lado, el acceso a la función pública y de otro lado, el ejercicio de los derechos políticos; (ii) determinar si acierta el apelante, cuando alega, que se trata de una única pena accesoria, y por ende, deben rehabilitarse íntegramente sus derechos políticos y el acceso a las funciones públicas. Sumado a lo anterior, (iii) se determinarán los efectos y consecuencias derivadas de la omisión de la imposición de sanción intemporal del inciso 5° del artículo 122 de la Constitución, dentro de las sentencias condenatorias proferidas contra el sentenciado. Por contera, (iv) se verificará, si se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para aplicar al sentenciado la sanción intemporal de que trata el inciso 5° del artículo 122 Superior.

(...)

En conclusión, a pesar de que la sentencia condenatoria proferida por esta Corporación no mencionó explícitamente el tema de la intemporalidad en relación con la pena accesoria de acceso a funciones públicas; esto no significa, ni remotamente, que esta omisión justifique la no aplicación del inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Política, el último inciso del artículo 92 del Código Penal en lo que respecta a los efectos de la intemporalidad, y la jurisprudencia antes reseñada, pues tal como viene de verse, ésta opera de pleno derecho; por el contrario, su no aplicación puede prestarse para equívocos o porque no para engaños, mucho más cuando se trata de condenas proferidas en contra de una persona que ha defraudado el patrimonio público, a quien el propio constituyente privó de estos derechos subjetivos públicos.



Por contera, luego de haber dilucidado que es enteramente procedente distinguir entre la inhabilitación para el ejercicio de derechos públicos y la inhabilitación para el ejercicio de la función pública, subrayando que la primera admite la rehabilitación de esos derechos y la segunda no, debido a la intemporalidad o perpetuidad de la sanción establecida en el artículo 122 Superior, procederá la Colegiatura a verificar si efectivamente se cumplen los elementos necesarios para aplicar al sentenciado la sanción intemporal de que trata el inciso 5° del artículo 122 Superior, de la cual se debe manifestando que no viene prevista expresamente en la sentencia condenatoria dictada en su contra por delito de PECULADO POR APROPIACIÓN A FAVOR DE TERCEROS.

(...)

En conclusión, en el presente asunto, el patrimonio del Estado padeció un daño directo, real y concreto a consecuencia de la conducta desvalorada de CARLOS ARTURO ALTAMAR ARIAS, que causó un menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro alguno del patrimonio del Estado, por un valor de cuatro mil veintiocho millones doscientos cincuenta mil trescientos ochenta y cuatro pesos (\$4.028.250.384).

De esta forma, al verificarse todos los elementos necesarios para dar aplicación a la sanción intemporal de que trata el inciso 5° del artículo 122 Superior, la Sala considera que, no habría lugar a la extinción de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la función pública y su consiguiente rehabilitación, por el contrario, las autoridades administrativas deben tener muy claro que el penado no podrá en ningún tiempo INSCRIBIRSE COMO CANDIDATO A CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR, A SER ELEGIDO O DESIGNADO COMO SERVIDOR PÚBLICO Y A CONTRATAR CON EL ESTADO DIRECTAMENTE O POR INTERPUESTA PERSONA, ETC." **(Magistrado Sustanciador Dr. Luigui José Reyes Núñez , Marzo 18 de 2024, Radicado Interno: 2022 00198).**

ARIEL MORA ORTIZ
Presidente

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
Relatora