



**BOLETIN JURÍDICO No. 83
SEPTIEMBRE 2023**

SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA:

ACCIÓN DE REEMBOLSO- La tiene aquel deudor solidario que pagó la obligación en nombre de otros/ **SUBROGACIÓN** – Realizado el pago de la totalidad de la deuda por uno de los deudores solidarios opera la subrogación en aplicación del artículo 1579 del Código Civil/ **UNIDAD DE JURISDICCIÓN-** Carece éste Tribunal de competencia para reabrir un debate resuelto ante la justicia contenciosa administrativa

“En el presente asunto, ECOPETROL S.A. demandó ser declarada fiadora de TRANNFLUCOL S.A.S., y en consecuencia, condenada a restituirle el 50% de la suma que aquella canceló, en virtud de lo ordenado a ambas en el proceso ordinario laboral promovido por MARTHA ROCÍO ZAPATA, HENRY y LINA MANRIQUE, por el fallecimiento de LUIS HENRY MANRIQUE GELVES (Q.E.P.D.), en el desarrollo del trabajo que desempeñaba para la segunda; lo que fue denegado en el fallo de primera instancia, y que generó que el extremo activo de la litis enderezara la alzada de la que ahora se ocupa este Tribunal.

Ahora, en aras de abordar las críticas de la recurrente, se encuentra que desde la interposición de la demanda laboral se deprecó por los allí demandantes, que la declaratoria de responsabilidad se hiciera de forma solidaria y que en sentencia de primera instancia del 11 de noviembre de 2011 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral de Barranquilla, se accedió a las pretensiones de los antes mencionados, y se condenó a las allí demandadas, mismas entre quienes se ha trabado esta relación procesal, en los siguientes términos: *“PRIMERO: CONDENAR a los demandados TRANSPORTES FLUVIALES COLOMBIANOS LIMITADA – TRASFLUCOL LTDA y EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLES ECOPETROL “ECOPETROL S.A.”, a reconocer y pagar a HENRY ANTONIO MANRIQUE ZAPATA, y a la señora MARTHA ROCÍO ZAPARA MARTÍNEZ, en representación de su hija LINA MANRIQUE ZAPATA, la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$245.000.000), suma única por concepto de indemnización de perjuicios (daño moral, patrimonial, lucro cesante) suma ésta que deberá ser indexada al IPC, de conformidad a la parte motiva de esta providencia”*.

La anterior condena la hizo de forma solidaria, precisando en el acápite de consideraciones de esa providencia, que: *“Deprecan los demandantes LUIS HENRY MANRIQUE ZAPATA y MARTHA ROCÍO ZAPATA MARTÍNEZ, en representación de su menor hija LINA ALEJANDRA MANRIQUE ZAPATA, con ocasión del fallecimiento, como consecuencia del accidente de trabajo ocurrido al señor LUIS HENRY MANRIQUE GELVES, se condene solidariamente a las demandadas”* habiéndose accedido a ello.

Es de resaltar que tal decisión fue apelada por la ahora demandante, fincando su inconformidad precisamente en la solidaridad reconocida,



advirtiéndose que en la sentencia emitida el 29 de febrero de 2012 por la Sala Dual de Descongestión de éste Tribunal, se consideró frente al punto, con sustento en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo que “En cuanto a la solidaridad condenada en la sentencia de primera instancia, debemos acudir a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 34 del CST (...). De la norma anterior, es claro que solo existen dos eximentes de la solidaridad, la primera es que los objetos sociales del empleador y contratista sean totalmente diferentes, y que el primero de estos ejecute todas las labores con total autonomía y con sus propios medios. A lo largo del texto contenido en el contrato suscrito por las demandadas (...) es claro que la demandada Transflucol Ltda, no contaba con plena autonomía administrativa y operacional, para el transporte fluvial de los productos de Ecopetrol S.A., ya que usaba máquinas de propiedad de este último la cual a su vez era la encargada de su mantenimiento”; decisiones que adquirieron ejecutoria, habida cuenta la sentencia de segundo grado no fue Casada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Valga acotar, que las páginas de la sentencia que contienen un aparte de las consideraciones esgrimidas en torno a la solidaridad, se encuentran incompletas, empero, la decisión fue confirmada sin que se acogiesen los argumentos de ECOPETROL.

Igualmente está demostrado que, en virtud de un proceso ejecutivo promovido por los beneficiarios, ECOPETROL procedió a cancelarles la totalidad de la condena indexada, más las costas del proceso, para un total de \$331.366.75316.

Se probó también, que la demandante promovió proceso ejecutivo contra TRANSFLUCOL, librándose mandamiento ejecutivo contra ésta, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Barranquilla, resuelto en sentencia anticipada del 23 de julio de 2021, confirmada por la Sala Civil – Familia de éste Tribunal el 9 de diciembre de 2021, en la que se dispuso seguir adelante la ejecución, y por ende, la restitución del importe de la deuda que fue asumido por ECOPETROL y correspondía a la ahora demandada, como fue reconocido por la demandada.

Del análisis en conjunto de tales elementos probatorios se deduce que, proferida la condena solidaria en cabeza de las partes, al pagarse totalmente por ECOPETROL, ésta pretende a través de un ejecutivo la restitución del 50% de esa suma, y por lo tanto, lo que la actora solicita en la demanda génesis de este proceso es que se le restituya el 50% restante, tal y como lo señaló en el hecho 1.16 del libelo genitor, así: “Visto el hecho que, Transflucol no pagó las condenas impuestas por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla y, a la fecha, no ha devuelto lo pagado por Ecopetrol. Esta última se vio en la necesidad de solicitar el reintegro del 50% de lo pagado por vía ejecutiva y el 50% restante, mediante la presente demanda. Lo anterior con sustento en las obligaciones contenidas en la cláusula de indemnidad antes transcrita”; aduciendo se declare que es fiadora, y que no estaba obligada solidariamente, punto en el cual insistió al formular el recurso que nos ocupa.



En este orden de ideas el Tribunal debe dejar sentado categóricamente que, tales argumentos, iterase, tendientes a que se declare que la demandante no es solidariamente responsable de dicha condena, o a discutir la forma en la que fue impuesta la misma por la justicia laboral, no pueden ser discutidas en éste escenario, ya que como lo recalca la misma opugnanante, el presente asunto tiene como sustento las decisiones judiciales en las que resultó condenada, y por ello es evidente que la solidaridad que pretende derrocar, fue un asunto debatido y dirimido al interior de otro trámite judicial, que además cobró firmeza, por lo que, al margen de las consideraciones realizadas, ello no puede ser objeto de modificación en éste escenario. (...).

Ahora bien, además ECOPETROL invoca lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 1579 del Código Civil, con sustento en lo que pretende sea declarada como fiadora, lo cierto es que debe recordarse que la solidaridad puede ser establecida convencionalmente, por testamento o por la ley, a fin que pueda exigirse por el acreedor o acreedores a cada uno de los deudores la totalidad de la deuda, en los términos del artículo 1568 ibídem; en este sentido, demostrado el pago total por la demandante, para el éxito de las pretensiones debía probarse que la deuda concernía únicamente a TRANSFLUCOL, lo que no se encuentra colmado, pues tal como antes se precisó, no puede reabrirse la controversia sobre los aspectos decantados en el proceso laboral que impuso el pago con solidaridad o pretender que se analice el contrato entre ellos, por cuya naturaleza, su interpretación y controversias escapan al ámbito de la justicia civil. (...).

Valga acotar que en este caso no se trata de una presunción de solidaridad, como lo establece la jurisprudencia en cita, sino que sobre ello existe certeza, al haberse declarado de esa forma en el proceso laboral donde las demandadas resultaron condenadas, tema que se discutió en sede de apelación, y como ya se dijo, resultó confirmado.
(...)

Y, como requisito fundamental para la prosperidad de lo pretendido por ECOPETROL, esto es, que operó la subrogación y la declaratoria de su condición de fiadora, era indispensable demostrara cuál era la cuota parte que le correspondía en la deuda, lo cual no logró.

Entonces, si bien no se ignora que realizado el pago de la totalidad de la deuda por uno de los deudores solidarios, opera la subrogación en aplicación del artículo 1579 del Código Civil, y que incluso, estando probado que la obligación recaía solo sobre uno de los deudores, los demás podrán ser considerados como fiadores, al tenor del inciso 2º de dicho canon, lo cierto es que no tuvo éxito la demandante en la labor de demostrar que no le concernía realizar el pago, más aún cuando lo pretendido consiste en que se le restituya la totalidad del valor cancelado. (...).

Y es que, tal y como se desprende de la jurisprudencia, en caso de no existir interés en la deuda por parte de quien la solventó, resulta posible la aplicación del inciso 2º del artículo 1579 del Código Civil, invocado por la recurrente, pudiendo resultar liberada, pero, ello se encuentra supeditado a



que se derrumbe la presunción de haber adquirido la obligación por partes iguales, lo cual intentó la demandante alegando la inexistencia de solidaridad entre ella y TRANSFLUCOL, al ser ésta la empleadora del trabajador fallecido; no obstante, se repite que ello no fue lo resuelto en las decisiones judiciales mediante las que se impuso la obligación de resarcir el daño, en las que, se reitera, el asunto de la solidaridad fue debatido a instancias de ECOPETROL, sin que fueran acogidos sus argumentos al respecto. Decisiones en las que se finca la accionante, para deprecar el reembolso que nos ocupa.

Falló entonces la demandante, en demostrar que TRANSFLUCOL era el único obligado, porque de esa manera no lo declaró la justicia laboral, sin que sea del caso reabrir la controversia, ni aun para examinar el contrato VRM-055-200, sobre el que ya hubo pronunciamiento en el proceso anterior.

En este punto no puede echarse de menos que mediante sentencia proferida por el Consejo de Estado el 5 de mayo de 2020, que revocó la del 27 de mayo de 2011 emitida por el Tribunal Administrativo de Santander, con ocasión a la acción de controversias contractuales planteada por ECOPETROL contra TRASFLUCOL, mediante la que persiguió que en virtud del contrato VRM-055-2022 suscrito entre ellas, se declarara a ésta como incumplida, y se le condenara al pago de daños y perjuicios por la suma de \$2.199.084.453 y al lucro cesante sobre dicha suma, debidamente actualizada, alegando que la conflagración en la que falleció el trabajador y que dio origen a condena en el proceso laboral, se dio por incumplimiento de la contratista, trámite en el que se estudió la incidencia de ambas entidades en el acaecimiento del incendio, encontrándose respecto de ECOPETROL: "Por el contrario, lo que se evidencia es que los equipos involucrados, balas, manómetros y válvula de seguridad, eran de Ecopetrol y le correspondía a este su mantenimiento, al tiempo que no hay prueba que indique que el marcador de presión alertó a los operarios de Transflucol acerca de la sobrepresión; por el contrario, consta que estos advirtieron al supervisor, ausente en el momento de los hechos, sobre la posible lectura errónea del manómetro".

Corolario de lo expuesto, se itera que la destrucción de la solidaridad pretendida por la sociedad demandante, no fue demostrada, al punto que a instancias de ECOPETROL, ello fue objeto de controversia ante la jurisdicción contencioso administrativa acudiendo al examen del contrato estatal, sin que sus pretensiones salieran avante, conforme fue resuelto por el Consejo de Estado." **(Magistrada Sustanciadora Dra. Yaens Castellón Giraldo, Septiembre 27 de de 2023, Radicado Interno: [44.635](#))**

SERVIDUMBRE- De transporte de gas y tránsito/ **PREDIO DE EXPANSIÓN URBANA-** No se demostró en el plenario que el inmueble ostentara un plan parcial adoptado/ **PERITO AVALUADOR URBANO-** El predio no estaría dentro de los alcances permitidos a la categoría en que pertenece el perito

"En el caso bajo estudio, no existe discusión frente a la imposición de la servidumbre legal de transporte de gas y tránsito sobre el inmueble



identificado con M.I. 041-143510, el otorgamiento de las respectivas autorizaciones a Promigas S.A. E.S.P. y prohibiciones a C.I. Grupo Agromar S.A., así como tampoco de la inscripción de la sentencia en el folio de matrícula.

En el presente asunto, el demandante se limitó a recurrir los numerales quinto y sexto de la parte resolutive de la sentencia del 22 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Soledad, en los cuales se estableció el monto a indemnizar por concepto de la servidumbre impuesta, y se fijaron las costas y agencias en derecho. Apuntando sus reproches, a la valoración dada al dictamen pericial aportado por la parte demandada.

Descendiendo al estudio de las inconformidades formuladas, se prosigue con el escrutinio del dictamen pericial aportado por C.I. Grupo Agromar S.A. al momento de contestar la demanda.

El dictamen pericial allegado por la parte demandada, fue practicado por el perito Luis Guillermo Beleño Villamizar, quien para acreditar su idoneidad, aportó certificación expedida por la Corporación Autoregulator Nacional de Avaluadores – ANA, en donde se acredita su estado “Activo”, e inscrito en la siguiente categoría y alcances: “Inmuebles Urbanos”, adicionalmente, inscribió “Certificación expedida por Lonja de Propiedad Raíz Avaluadores y Constructores de Colombia, en la Categoría Inmuebles Urbanos (...).”

De acuerdo con lo anterior, y en concordancia con el artículo 5 del Decreto 556 de 2014, el perito evaluador Luis Beleño se encuentra inscrito en la categoría “Inmuebles Urbanos”, cuyos alcances son los siguientes “Casas, apartamentos, edificios, oficinas, locales comerciales, terrenos y bodegas situados total o parcialmente en áreas urbanas, lotes no clasificados en la estructura ecológica principal, lotes en suelo de expansión con plan parcial adoptado”.

En lo referente al predio objeto de servidumbre, se tiene que el inmueble identificado con M.I. 041-143510 corresponde a un “Tipo Predio: RURAL”, tal como se observa en el certificado de tradición expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Soledad. Por su parte, la Oficina Asesora de Planeación Municipal de Malambo certifica que el suelo del mentado predio es de “EXPANSIÓN URBANA de Uso INDUSTRIAL INTENSIDAD MEDIDA”, en concordancia con el Plan de Ordenamiento Territorial aprobado mediante Acuerdo 016 del 23 de septiembre de 2011, por el Concejo Municipal de Malambo.

Ahora, es de aclarar que pese a ser catalogado como predio con suelo de expansión urbana, no se demostró en el plenario que el inmueble ostentara un plan parcial adoptado, por lo que, el predio no estaría dentro de los alcances permitidos a la categoría en que pertenece el perito evaluador de la parte demandada.

Es dable recordar, que esta misma norma estipula la categoría de “Inmuebles Rurales”, cuyos alcances para los evaluadores son: “Terrenos



rurales con o sin construcciones, como viviendas, edificios, establos, galpones, cercas, sistemas de riego, drenaje, vías, adecuación de suelos, pozos, cultivos, plantaciones, lotes en suelo de expansión sin plan parcial adoptado, lotes para el aprovechamiento agropecuario y demás infraestructura de explotación situados totalmente en áreas rurales”.

Incluso, entrando más en detalle y con relación a la presente litis, se encuentra también una categoría para los evaluadores, denominada “Intangibles Especiales”, cuyos alcances son: “Daño emergente, lucro cesante, daño moral, servidumbres, derechos herenciales y litigiosos y demás derechos de indemnización o cálculos compensatorios y cualquier otro derecho no contemplado en las clases anteriores”.

En conclusión, el señor Luis Beleño; perito evaluador para inmuebles urbanos, no es el idóneo, ni se encuentra facultado, para efectuar la práctica de un dictamen pericial sobre este predio rural, motivo suficiente, para que esta Sala de Decisión no acoja su experticia.

Por otra parte, se cuenta con el dictamen pericial aportado por la parte demandante, el cual fue realizado por el perito evaluador Jorge Donado, quien se encuentra certificado para realizar su labor en las categorías, Inmuebles Urbanos, Inmuebles Rurales e Intangibles Especiales.

Frente a esta experticia, la parte demandada reprocha que la misma, (i) carece del muestreo de predios similares para determinar el valor del m² del lote objeto de imposición de servidumbre, como se estipula en los artículos 1 y 10 de la Resolución 620 de 2008, y (ii) no consultó el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Malambo para determinar el uso del suelo del predio.

De entrada, se advierte que en el dictamen pericial no se hizo referencia al muestro de predios similares. Sin embargo, al momento de ser interrogado; en audiencia del 8 de septiembre de 2022, el perito Jorge Donado explicó que los datos arrojados en su experticia, fueron producto del muestreo efectuado a cinco predios de similares condiciones, arrojando el valor de \$32.000.000.00 por hectárea en dicha zona.

De otro lado, se reconviene al perito por no tener en cuenta el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Malambo para determinar el uso del suelo del predio, en este caso, como suelo de “expansión urbana de uso industrial intensidad medida”.

No obstante, resulta necesario indicar que si bien estamos ante un predio de expansión urbana, este no cuenta con un Plan Parcial Adoptado, por lo que su valoración debe hacerse con la condición de tierra rural, y con las características económicas y físicas vigentes. En concordancia con lo dispuesto en el artículo 24 de la Resolución 620 del 2008.

Corolario de lo expuesto, y luego de examinados los dictámenes periciales, esta Sala de Decisión se acogerá a la experticia anexa al escrito de demanda, y los valores señalados en ella. Con una corrección en el valor



otorgado al ítem de servidumbre, puesto que al verificar las operaciones aritméticas de ese dictamen se aprecia un error meramente numérico, se tomó como área 3.268 m², siendo el correcto 3.288m², arrojando el siguiente total:

En el escrito de sustentación, no existe una argumentación concreta y específica que haga referencia al por qué debe revocarse la condena al pago de costas impuesta por el A Quo a la parte demandante en el numeral 6° de su providencia, podría suponerse que ello se consideró como la mera consecuencia de que prosperaran la totalidad de las pretensiones de la demanda al reducirse, en segunda instancia, el monto de la indemnización a la suma ofrecida y efectivamente pagada al inicio y al desaparecer la condena dineraria establecida en el numeral 5°, debería desaparecer la condena en costas al resultar vencedora del proceso la demandante.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la orden de pagar una diferencia así sea minúscula, se mantiene a causa del error aritmético cometido en el dictamen pericial aportado por ella y que el Juzgado solo aplicó un porcentaje mínimo del 6% de la liquidación final de esa condena se mantendrá ese numeral en la forma en que fue redactado por el a quo.”
(Magistrado Sustanciador Dr. Alfredo De Jesús Castilla Torres, Septiembre 1° de 2023, Radicado Interno: [43.590](#)).

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL- Accidente de tránsito/ **NEXO CAUSAL-** Se encuentra debidamente acreditado

“6.1. Para el caso, sub examine, la aseguradora demandada considera que existe una “errada motivación de la sentencia por una indebida aplicación del derecho sustancial”, pues considera que no se cumple con uno de los elementos de la responsabilidad, el nexo causal.

(...)

Conforme los anteriores enunciados, sometido al escrutinio, el escrito de sustentación del recurso de alzada, revela sin mayores elucubraciones, que el recurrente no desarrolla, en debida forma, el reparo, puesto que solo el rotura, que el juez incurrió en indebida aplicación del derecho sustancial, sin embargo, no precisa cuál o cuáles normas sustanciales fueron indebidamente aplicadas, si es esa supuesta omisión, ocurrió porque hubo error de interpretación; ora, exceso o defecto en la calificación jurídica de los hechos; ignoró u omitió de normas aplicables; incurrió en una comparación errónea con precedentes; o bien hizo uso de criterios subjetivos.

Ergo, las normas que a través del reparo, se invocan, son de carácter procesales, y no de naturaleza sustancial, estas últimas, tienen tal condición los mandatos legales que en situaciones concretas declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas específicas para la persona que interviene en ellas. Por lo tanto, no deben considerarse de esta naturaleza las normas procesales y mucho menos las de disciplina probatoria, de ahí, la incorrecta e incomprensible dialéctica del argumento.



Sin embargo, la queja planteada por el recurrente se centra en la apreciación realizada por la a-quo acerca de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, con un enfoque específico en el nexo causal. El recurrente dirige su crítica hacia al valor demostrativo de los elementos suasorios presentados, en lugar de cuestionar una supuesta infracción de una norma sustantiva.

En efecto, afirma que el juez incurre en la indebida interpretación sustancial *“por falta de aplicación de lo establecido taxativamente en la Resolución No. 0011268 de 2.012”*, así como lo dispuesto en el artículo 58 del Código Nacional de Tránsito que establece las prohibiciones al peatón.

Cómo se aprecia la primera de ella, se trata de directrices, para el diligenciamiento del informe IPAT, y la segunda, es un mandato del legislador que se limitan a señalar el comportamiento que ven observar los peatones en lista al transitar por las vías públicas sin que su aplicación se derive el surgimiento de derechos subjetivos específicos para los obligados a respetar esas directrices.

(..)

Aun cuando, para la Sala es evidente, la desorientación del reparo, constata que, en su conjunto el apelante se duele de la valoración probatoria, de la jueza de primera instancia, en ese contexto, se resalta que de conformidad a nuestro marco legal vigente son tres los elementos que deben concurrir para que haya lugar a la indemnización, de conformidad con el artículo 2341 del Código Civil, los cuales son: (i) la presencia de un daño jurídicamente relevante; (ii) que este sea causado por acción u omisión (elemento normativo) y (iii) que exista una imputación sea por el fundamento subjetivo u objetivo.

De conformidad con las pruebas obrantes en el plenario se encuentran debidamente demostrados los tres elementos que configuran la responsabilidad, en primer lugar, el Hecho Dañoso: sobre este primer tópico, no existe discusión respecto a que las partes reconocen el deceso del señor YEINSON NAVARRO, así como de las pruebas aportadas en la foliatura (acta de defunción 10199427 y acta de inspección técnica de cadáver FPJ-10) se demuestra con mucha claridad que el día 27 de Abril de 2021 ocurrió la muerte del señor YEINSON NAVARRO de 29 años producto de un accidente de tránsito en la Calle 19 con Carrera 1 de la ciudad de Barranquilla.

En segundo lugar, en lo referido al elemento de la Culpa: Se asocia al conductor del tracto-camión de placas XVU-177, de propiedad de la empresa TRANSPORTADORES GANDUR NUMA TGN SA y amparado por póliza de la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS SA como generador del accidente en el que falleció el señor YEINSON NAVARRO, este es el señor GERARDO MACHADO, el día 27 de Abril de 2021 a la altura de la Calle 19 con Carrera 1 de la ciudad de Barranquilla, avanzó cuando la luz del semáforo se encontraba en rojo y mientras se encontraba en el carril izquierdo, a pesar de estar prohibido para camiones de más de 3.5 toneladas, ocasionando el arrollamiento del señor NAVARRO RODELO.

Por último, respecto al punto neurálgico del reparo planteado por la entidad aseguradora, el tercer elemento, el NEXO CAUSAL: tenemos que existe una relación de causalidad entre el hecho dañoso, en este caso la muerte de



YEINSON NAVARRO RODELO y la culpa atribuible al señor GERARDO MACHADO, pues de conformidad a todas las pruebas documentales aportadas al plenario, así como las pruebas testimoniales rendidas o recaudadas ante el a-quo se devela inequívocamente que fue el señor GERARDO MACHADO el causante de la muerte del señor YEINSON NAVARRO RODELO, por conducir imprudentemente en el carril izquierdo, en una zona prohibida para camiones de ese tonelaje, así como irrespetando la señal del semáforo, arrollando al peatón que cruzaba por el sendero peatonal, tal como se acredita con la declaración del testigo EFRAIN MATURANA denominada "Entrevista FPJ-14"10 y el testimonio rendido en la audiencia, así como también con el material orgánico de la víctima encontrado en la unidad tractora, tanto en cabina como en el tráiler, obrante en el "álbum fotográfico NUNC - 080016001055202101929".

Las exposiciones argumentativas de la aseguradora apelante no tienen ningún soporte demostrativo de la falta de nexo causal, en el contexto de la responsabilidad civil extracontractual. Es fundamental recordar que la determinación del nexo causal se basa en la relación directa entre la conducta del demandado y el daño sufrido por el demandante. En este sentido, es necesario considerar que las pruebas presentadas en el caso en cuestión no logran sustentar la afirmación de que no existe una conexión causal entre la acción del demandado y el perjuicio alegado. La supuesta conducta de la víctima como generador exclusivo de su propia desgracia, en este caso no fue probada, de manera que no logran desvirtuar el hecho de que la conducta del conductor del vehículo fue un factor determinante en el daño experimentado por quien resultó fallecido.

De consiguiente, comoquiera que únicamente se encuentra acreditado que el conductor de tracto camión cometió infracciones de tránsito y las mismas fueron determinantes en la producción del daño, comparte esta Sala el criterio del juez de primera instancia.

6.2. En relación con el segundo reparo planteado por el demandado, denominado "indebido examen crítico de las pruebas obrantes en el expediente conforme establece el art 280 del c.g.p.", el recurrente censura que no se valoró en debida forma el informe y del testimonio de JOSÉ ANTONIO TORRES PALOMINO, el agente que realizó informe INVESTIGADOR DE CAMPO-FPJ-11, pues considera que de su informe se acredita que no hay muestra alguna, señal de colisión en la parte delantera del vehículo, lo cual permite inferir que, el occiso pudo caer del espacio entre la cabina y el despacho de carga ubicado entre el eje delantero y los traseros, ya que posiblemente se encontraba hurtando la tapa del tanque de gasolina del tracto-camión.

Sobre lo anterior, la Sala debe precisar que la valoración probatoria realizada por el a quo se ajusta a la ley, puesto que hizo una valoración integral de las pruebas documentales y testimoniales, así como también sopesó la información rendida en los informes contrastándolos con las declaraciones de los diferentes testigos, de igual manera está plenamente demostrado que el señor GERARDO MACHADO, conductor del camión de placas XVU-177 arrolló la humanidad de YEINSON NAVARRO RODELO, como bien lo expresó el agente de policía JOSE ANTONIO TORRES PALOMINO en su declaración, es contundente al afirmar que si se encontraron restos



biológicos en la parte delantera del camión, este indicó: "...vestigios de restos, como sangre, tejidos, en la parte del troque delantero, del troque una huella de fricción en el guarda barro delantero del lado izquierdo, restos de vestigios biológicos en la parte del lado izquierdo, en la parte de los muelles, llantas, en la parte también del guarda barro, en la parte de la carrocería del tráiler y en la parte de las llantas traseras del mismo tráiler."

Ahora, en lo que respecta a la manifestación hecha por el mismo agente en el informe INVESTIGADOR DE CAMPO-FPJ-11 con relación a la fotografía 3 y 4 cuando expresa: "Fotografía vertiente izquierdo del vehículo tractocamión de placas XVU-177 en donde se puede evidenciar faltante la tapa del tanque de combustible, quien al parecer fue hurtada por la víctima, así mismo se evidencia la limpieza del guarda barro que al parecer fue producto del contacto con el cuerpo."

Claro es para esta Sala que el agente de policía al emplear la conjunción "al parecer" está planteando una premisa subjetiva, carente de cualquier sustento probatorio, puesto que no lo expresa con un grado cierto de certeza, muy a pesar de indicarlo en el informe, no se traduce en que esto efectivamente fue lo que sucedió, además, por si sola dicha afirmación no tiene fuerza probatoria, puesto que el autor, no es un perito, de manera que no está facultado para emitir con grado de certeza, una conclusión semejante. En efecto, al confrontar, en el análisis, en conjunto, con las otras pruebas documentales, así como las testimoniales, se evidencia, serias contradicciones con las versiones rendidas en audiencia por parte de los patrulleros, estos informan que el peatón se encontraba cruzando la calle, lo cual indicaría que sería imposible que el occiso se hubiese subido en el camión o que haya intentado hurtar la tapa del tanque de gasolina.

Corolario a esto, no se haya un sustento probatorio que demuestre el supuesto hurto de la tapa del tanque de la gasolina del vehículo involucrado en el siniestro, pues cerca del cuerpo no se halló la misma, así como tampoco herramientas para materializar el punible, lo cual traduce la información de la descripción de la imagen 3 y 4 como una mera conjetura y por eso el Juez de instancia no le dio un grado de certeza a esto.

6.3 En el último reparo: "indebida motivación de la sentencia por una indebida aplicación del derecho sustancial", tal como se expresó, en párrafos anteriores, es evidente la incorrecta argumentación, que se aleja sustancialmente de una indebida aplicación de la norma sustancial, pues, de nuevo, se fustiga la decisión, por cuanto disiente del valor de las condenas, la cual considera excesiva.

En este punto, el apelante omite explicar con claridad, las razones jurídicas y fácticas, que deberían tenerse en cuenta para la tasación de las cuantías de la condena, que realiza el juzgado de primera instancia, por concepto de daño moral, sostiene que estos no estaban demostrados debidamente, y que la condena que hizo el a-quo fue excesiva, puesto que, si bien el reconocimiento de estos perjuicios depende del arbitrio judicial, no se trata de que el juzgador establezca indemnizaciones exorbitantes, ya que esto podría derivar en un enriquecimiento sin justa causa.

La valoración del daño moral subjetivo, por su carácter inmaterial o extrapatrimonial, se ha confiado al discreto arbitrio de los falladores



judiciales. Esto, por sí, lejos de autorizar interpretaciones antojadizas, les impone el deber de actuar con prudencia, valiéndose de los elementos de convicción que obren en el plenario y atendiendo la naturaleza del derecho afectado y la magnitud del daño.

(...)

Esta clase de daño, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, [SC4703-2021]" incide en la órbita de los afectos, en el mundo de los sentimientos más íntimos, pues consiste en el pesar, en la aflicción que padece la víctima por el comportamiento doloso o culposo de otro sujeto, por cuanto sus efectos solamente se producen en la entraña o en el alma de quien lo padece, al margen de los resultados que puedan generarse en su mundo exterior, pues en éstos consistirían los perjuicios morales objetivados".

El propósito de su reconocimiento en el juicio es, como ha señalado la jurisprudencia, reparar las aflicciones al alma. Claro está, siguiendo el ponderado arbitrio iudicis, "con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador"

Atendiendo los anteriores parámetros, ningún reproche merece la decisión de primera de instancia, toda vez que fue resultado de la valoración del material probatorio, y la prerrogativa de fijar el quantum dentro de la órbita de independencia del juez, el cual además no se haya desfasados o exorbitantes, que puedan derivar en un enriquecimiento sin justa causa.

A modo de conclusión, no encuentra esta colegiatura circunstancia alguna para la prosperidad de los reparos planteados por la aseguradora demandada, razón por la cual, se acometerá el estudio de los reparos planteados por el actor.

6.4. Reparos de la parte demandante:

6.4.1. El primer reparo planteado por el extremo activo consiste en: "dada la intensidad del daño moral acreditada, debe reconocerse a los demandantes los máximos reconocidos por la jurisprudencia para garantizar la reparación integral conforme a lo que establece el artículo 16 de la ley 446 de 1998 y 283 inciso final del CGP."

Sobre esto expresó, que demostró suficientemente con pruebas documentales y testimoniales el grado de parentesco de los demandantes y la afinidad que tenían con el fallecido, así como la intensidad del daño y por esto solicitan se otorguen los máximos establecidos para los daños morales, más cuando la parte demandada no pudo destruir la presunción de los daños sufridos.

(...).

6.4.2. El segundo reparo propuesto por la parte actora, consistente en: "monto no reconocido de los perjuicios materiales solicitados por los demandantes que no garantizan la reparación integral (artículo 16 de la ley 446 de 1998 y 283 inciso final del CGP)"



Fundamentó su descenso en que el a quo no reconoció el perjuicio material, en virtud de la inadecuada valoración del material probatorio, ya que sostiene que el fenecido era albañil, devengaba un salario mínimo mensual vigente y que sus padres MERCEDES EMILIA RODELO ARGUMEDO y SANTIAGO JOSE NAVARRO HERNANDEZ, dependían económicamente de él.

En el contexto legal, se establece que la demostración del daño emergente es un requisito fundamental en los procesos de reclamación y litigio. La mera manifestación por parte del demandante sobre la existencia de un perjuicio económico no es suficiente para fundamentar una indemnización. En cambio, se requiere una presentación sólida y verificable de pruebas tangibles que respalden la realidad y magnitud del daño sufrido. Esta norma busca garantizar la equidad y la justicia en la determinación de las compensaciones, asegurando que las decisiones se basen en hechos concretos y no en meras afirmaciones.

En concordancia con los principios legales, la carga de la prueba recae en la parte demandante, quien debe proporcionar evidencia sustancial que respalde la existencia y cuantía del daño emergente alegado. Esta evidencia puede incluir documentos, facturas, contratos u otros registros que demuestren claramente la relación causal entre el evento en disputa y el perjuicio económico sufrido.

Además, el requisito de probar el daño emergente no solo sirve para evitar demandas infundadas o excesivas, sino que también promueve la transparencia y la confiabilidad del sistema judicial. Al basar las decisiones en pruebas verificables, se asegura que las indemnizaciones se otorguen de manera justa y precisa, respetando los derechos tanto de los demandantes como de los demandados.

En el presente asunto, valorados en conjunto el material suasorio, se puede colegir, que la parte demandante no cumplió con el deber de probar, que el causante YEINSON NAVARRO RODELO, realizará una labor productiva, que estuviera vinculado laboralmente con una persona natural o jurídica, o en su defecto, que ejerciera una actividad independiente, de donde se pudiese develar que devengara un salario determinado y cuantificable.

Le correspondía a los accionantes la carga de acreditar que la víctima fatal del accidente, en primer lugar, ejercía alguna actividad laboral de la cual genera ingresos, y por la otra, que era la persona que les proveía los ingresos reclamados, pues la relación familiar no hace presumir la dependencia económica alegada. Sin embargo, no existe ninguna prueba al respecto del primer aspecto.

En cuanto a la dependiente, tan solo la señora madre del occiso manifestó que dependía de su hijo, sin embargo, dicha declaración por si sola, no demuestra, que éste laboraba, y si no hiciera, la forma en la que distribuía sus ingresos, y mucho menos que con ellos asumía los gastos familiares en cuestión, presupuesto necesario para reconocer el lucro cesante reclamado.

Por otra parte, si bien el demandante, a través del juramento estimatorio tasó el lucro cesante, también lo es que esa prueba fue refutada, y el demandante no aportó las pruebas solicitadas por al a- quo, con lo cual se



refuerza, la ausencia de elementos de convicción para demostrar el daño reclamado.

Puestas, así las cosas, la ausencia de prueba de la supuesta actividad laboral de la víctima, y la presunta ayuda económica éste dispensaba a sus padres, impedía tener por demostrado el lucro cesante, por lo que se debe confirmar en tal aspecto la sentencia de la a- quo.” **(Magistrado Sustanciador Dr. Bernardo López, Septiembre 11 de 2023, Radicado Interno: 44.670).**

NULIDAD PROCESAL- No hubo configuración/ **TERCER PERITO DIRIMENTE-** Proceso de servidumbre: Su no decreto no constituye la causal de nulidad invocada

“Al descender en el caso que ocupa la atención de esta Sala Unitaria se avista de entrada, que la nulidad invocada no se ha configurado por distintas razones.

La primera de ellas es que el hecho invocado por el extremo activo no existe, pues la prueba pericial que ordenan los artículos 21 y 29 de la ley 56 de 1981 y sus decretos reglamentarios, fue debidamente decretada por el juzgador que conoció primigeniamente del proceso.

Y si bien ese juzgador se negó mediante auto fechado 3 de febrero de este año a designar un tercer perito dirimente, como está previsto en las mencionadas normas ante la existencia diferencias entre los dos peritos iniciales, no es menos cierto que ese proveído fue apelado y no se encontraba ejecutoriado al momento de la solicitud de nulidad. De modo que, al momento en el que fue elevada la solicitud de nulidad, no era dable de ninguna manera, afirmar que la prueba obligatoria había sido indebidamente practicada.

Con menos razón era posible aseverar que la prueba no existía dentro del proceso, pues se repite que fue decretada, y la controversia vino a surgir en relación con la designación del perito dirimente.

Pero, además, el argumento central de su petición anulatoria fue mucho más allá, en el sentido de que se alegó el carácter ilegal de la prueba, porque, a consideración del extremo activo de la lid, la no designación del perito dirimente implica que la prueba pericial haya sido obtenida con desapego al debido proceso.

Eso tampoco es dable afirmarlo, pues el auto que negó el nombramiento del perito dirimente no se encontraba ejecutoriado, debido a que fue objeto de recurso de apelación, y, a decir verdad, esa circunstancia no impedía la continuidad del proceso ni que se practicara el interrogatorio a los peritos; luego, de ser revocada la decisión, habría que disponerse la designación del experto extrañado para que cumpliera su labor como manda la ley, obviamente, sin invalidar lo actuado.

Luego tuvo razón la titular del juzgado de primera instancia al haber señalado que la petición del demandante partía de un mero supuesto y no de un hecho verdaderamente materializado. A la postre, la alegación en torno al eventual carácter ilegal de la prueba, no tiene cabida en este momento, ya que, como bien quedó claro en el marco jurídico, eso no



invalida la actuación, sino que, de presentarse verdaderamente, impide que el juez analice la prueba a la hora de dictar sentencia.” **(Magistrado Sustanciador Dr. Guillermo Bottia Bohorquez, Septiembre 23 de 2023, Radicado Interno: [44.954](#))**

RESPONSABILIDAD MÉDICA- Cirugía por otorrinolaringología/
CONSENTIMIENTO INFORMADO- Ordenes y autorizaciones médicas no fueron tenidas en cuenta en la forma como fueron expedidas

“Confrontado todo el recaudo probatorio, resulta palmariamente notorio que el doctor Alfonso Yepes, transgredió cánones de la lex artis, antes y después de la cirugía prescrita para el demandante por las siguientes razones:

Delanteramente, el galeno tuvo la oportunidad de primera mano, de razonar conforme a su experticia, cuál sería el procedimiento más adecuado y menos invasivo, conforme a la patología del paciente y los exámenes realizados previos a la cirugía; tan es así, que el mismo determinó que la cirugía pertinente en este caso específico sería la Turbinoplastia y no la intervención realizada.

Razón por la cual, este suscribió el correspondiente consentimiento, aceptó la realización del procedimiento denominado Turbinoplastia, y fue sorprendido tajantemente con secuelas distintas a las informadas previamente.

Pese a que tuvo las herramientas para determinar el procedimiento adecuado, y desconociendo que había solicitado al demandante que suscribiera un consentimiento informado respecto a los procedimientos “SEPTOPLASTIA Y TURBINOPLASTIA”, “CIRUGÍA DE NARIZ Y SENOS PARANASALES”, este decidió cambiar el procedimiento previamente autorizado, por una Turbinectomia.

Una vez realizado este cambio, no se le informó al paciente o a sus familiares, o inclusive con posterioridad a la realización de la cirugía, que se le había practicado una Turbinectomia. Tan es así, que, en fechas distintas, reflejadas en su historia clínica se refleja que todos los controles de su posoperatorio iban dirigidos a la Turbinoplastia.

Es más, en el ingreso a urgencias del paciente, a la Clínica del Caribe, donde se observó que el demandante acudió por infección viral no especificada, dolor abdominal localizado en parte superior y rinofaringitis aguda; dejó una nota de antecedente de cirugía de turbinoplastia; situación alejada totalmente de la realidad, y que mínimamente debió ser advertida por el galeno, dejando constancia de eso en la historia clínica, así como en el paciente.

Ahora, una vez practicado el interrogatorio de parte al doctor Yepes Rubiano, el mismo no indicó las razones de urgencia, necesidad y pertinencia del cambio de procedimiento, y cuando se le preguntó, el por qué extirpó los cornetes, este solo adujo que lo hizo porque el paciente tenía una obstrucción nasal, y para destapar la nariz la turbinectomia cumpliría con ese objetivo. Es decir, no logró argumentar los motivos de necesidad y urgencia que lo llevaron a cambiar el procedimiento por uno no autorizado.



Hasta este punto, el debate probatorio se centró en demostrar que al demandante se le informó claro y sin lugar a duda que procedimiento se le realizaría, y que pese a las circunstancias que rodeaban la situación del paciente, en caso de haber cumplido perfectamente su obligación de advertir los riesgos y consecuencias de la intervención, de todas formas, el sentido de su decisión habría sido el mismo.

Por su parte, al paciente, como estamos ante una negación indefinida, no le correspondería realizar actividad probatoria alguna con respecto al hecho de que no fue informado de forma completa o adecuada y que, por consiguiente, no se obtuvo su consentimiento válido.

Y es que, la falta de información del paciente, lo despoja de la posibilidad de tomar una decisión en sentido diferente a la de someterse a la intervención, es decir, que la omisión del médico tuvo relevancia causal para la realización de la operación de la cual se derivaron las afecciones.

En este caso, el daño no son las lesiones corporales, sino que se recurre a otra categoría de daño diferente: la pérdida de la oportunidad, que derivan del daño moral; por lo que sin duda configura un daño al paciente.

Nótese como además en el sub lite, el señor Carlos, tuvo que acudir a otros exámenes y profesionales de la salud, para comprender los cambios que enfrentaba su cuerpo; pues, como se itera se le privó de la posibilidad de elegir sobre su cuerpo, y que procedimiento consentía se realizaba.

Por ello, acertada resulta la decisión del juez de primera instancia en advertir que el consentimiento informado fue abstracto, y no precisó de manera clara cuál sería el procedimiento por el que sería sustituido el que autorizó, así como tampoco las secuelas, o contraindicaciones del mismo.

(...)

Para el presente caso, es palmario que el paciente, debido a su desinformación o ignorancia, perdió en algún grado la posibilidad de rechazar el acto asistencial, lo que le habría permitido cambiar su destino al sustraerse de los riesgos que finalmente quebrantaron su salud, lo que derivó en el único daño probado por el juez de instancia, esto es, el daño moral; máxime por cuanto frente a los demás perjuicios reclamados, existe orfandad probatoria, pues a la fecha se desconoce el estado actual de salud del demandante, y al contrario, conforme a las testimoniales recaudadas, se observó mejoría en la salud del actor.

Sin embargo, advierte este Tribunal, que en efecto, la tasación por perjuicios morales debe ser modificada, porque, como se describió, no se logró demostrar a la fecha un daño a la salud, o que las secuelas persistieran en la actualidad.

Y es que, al demandante se le dio la posibilidad de que allegara el dictamen pericial que demostrara su estado actual de salud, sin embargo, corrido el término legal concedido dentro del proceso verbal, el actor, no allegó prueba que demostrara los cambios que alegó en su escrito genitor.

(...)



7. Reparos de Liberty Seguros S.A.

-Indebida apreciación probatoria respecto el consentimiento informado.

Al respecto, considera esta Sala que no hubo una indebida interpretación del consentimiento informado, pues, tal y como se instruyó, todo paciente tiene derecho a ejercer, sin restricción de alguna, una comunicación plena y clara con el galeno, respecto a los procedimientos que se le van a realizar y se le realizaron con posterioridad a la cirugía, que le permita obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como de los tratamientos que vayan a practicarle, los riesgos que conlleven, y las secuelas y plan de mejoramiento a seguir.

Si quedara duda al respecto, pese al trazo jurisprudencial descrito en precedencia, también, el Ministerio de Salud reiteró que al paciente le asiste el derecho a aceptar o rechazar procedimientos por sí mismo o, en caso de inconsciencia o minoría de edad, por sus familiares o representantes, dejando expresa constancia de su decisión.

En materia normativa, no existe formalidad alguna para el otorgamiento del consentimiento informado por parte de un paciente. Sin embargo, jurisprudencialmente, se ha colegido la existencia de un derecho para aquel y una obligación para el médico en el sentido de la existencia de una constancia expresa de la aceptación o rechazo de los tratamientos indicados.

Situación que no paso en el presente caso, pues no se demostró que se le hubiese explicado de manera clara y sin lugar a duda del cambio de procedimiento; así como tampoco quedó consignado en el consentimiento informado, ni en su historia clínica.

-Inexistencia de responsabilidad médica por indebida apreciación del consentimiento informado como fuente autónoma de responsabilidad y como fuente de perjuicio autónomo e independiente.

Este reparo tampoco cuenta con vocación de éxito, ya que, si no se suscribió de manera adecuada el consentimiento informando, de entrada, la transgresión al principio y derecho que tiene el paciente a elegir sobre su cuerpo se trastocó, generando un daño, independientemente del resultado lesivo o no.

-Inexistencia del daño como elemento de la responsabilidad, el cual no fue pretendido en la forma otorgada por el a- quo.

En este reparo, en juicio del recurrente, la parte demandante nunca pretendió en su demanda el reconocimiento de un daño moral como consecuencia directa del error en la elaboración del consentimiento informado; sin embargo, dicho sentir disocia con la realidad procesal, dado que desde el inicio de la demanda, así como en lo corrido del trámite de instancia, los apoderados fueron enfáticos en la producción del daño, debido a la transgresión por la falta de autorización y consentimiento en la realización de la cirugía que ocasionó la extirpación de sus cornetes inferiores. De allí, que el daño si se generó por el error en la *lex artis* en el diligenciamiento del consentimiento informado, y diligenciamiento posterior en la historia clínica del demandante, y errado resultaría apartar el



consentimiento expreso, con el consecuente error en el diligenciamiento, pues notoriamente, una depende de la otra.

Motivo por el cual, este reparo no prospera.

-Imposibilidad de reconocer daño moral en favor de la señora Claudia Rosa Roldán Velásquez.

Expuesto ello, este reparo no cuenta con vocación de éxito, ya que el daño acaecido, se materializó extracontractualmente, a la señora Claudia Rosa Roldán Velásquez, como víctima de rebote y tercera perjudicada por el daño probado que sufrió el señor Carlos Guzmán, con ocasión de la prestación de los servicios médicos.

- Excesiva tasación del daño moral.

El censor cimienta su reparo, al considerar que se reconoció por concepto de daño moral, un valor mayor al reconocido por la Corte Suprema de Justicia en casos análogos.

Al respecto, conforme a lo dicho en la parte considerativa de esta providencia, este reparo cuenta con vocación de éxito, y el valor de daño moral será modificado, en tanto hubo orfandad probatoria, para demostrar que el daño persistió en el tiempo.

-Solicitud de sentencia en concreto respecto de las sumas que eventualmente deberían asumir las aseguradoras llamadas en garantía.

De entrada, revisada la actuación de primera instancia, se colige que nos encontramos ante una condena en concreto, donde se condenó solidariamente a los demandados Alfonso Reyes Rubiano y Yepes Restrepo & Cia S En C., a pagar la suma de \$50.000.000 a favor de Carlos Guzmán Romero, por concepto de perjuicios morales, y la suma de \$30.000.000 a favor de Claudia Rosa Roldan Velásquez, por concepto de perjuicios morales.

Ello, atendiendo que la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria, y legalmente no es posible fraccionar o dividir la responsabilidad, dado que con la solidaridad pasiva se pretende conminar a cualquiera de los integrantes de esa parte plural a cumplir la totalidad de la prestación.

Agréguese que, de conformidad con el artículo 1568 del Código Civil, ya sea por mandato convencional, testamentario o legal, se le puede exigir a cada uno de los deudores la totalidad de la deuda, este es el evento de solidaridad pasiva, o por cada uno de los acreedores el total de la deuda.

Ahora, entratándose de responsabilidad civil médica, la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de Casación, expuso que la actuación del galeno hace solidariamente responsable a la clínica u hospital al cual se adscribe, en atención a los deberes in eligendo e invigilando que nunca le dejan de ser obligatorios por el solo hecho de no ejecutar materialmente la atención médica.

A su vez, la misma colegiatura, también ha colegido, que, respecto de un daño ocasionado por varias personas o, en cuya causación intervienen varios agentes o autores, todos son solidariamente responsables frente a la víctima.



Bajo este presupuesto, y entendiendo que la llamada en garantía es la responsable del pago de la condena que le fuere impuesta a Yepes Restrepo & Cia S. en C. de manera solidaria con el doctor Alfonso Yepes; el pago deberá realizarse en los términos de la sentencia apelada, esto es, solidariamente entre los demandados a través de las aseguradoras respectivas.

8. Reparos de la sociedad Yepes Restrepo & CIA S en C Comandita Simple.

-Error y falso juicio de raciocinio al afirmar en la sentencia de primera instancia como verdad procesal que hubo un consentimiento informado en abstracto o general el cual no es posible considerarlo como valido por cuanto no se especifican y explican los actos médicos y por consiguiente no se puede consentir lo que no se conoce.

A juicio del censor, no tiene sustento probatorio en el proceso, la consideración que el consentimiento informado se hiciera en abstracto, por cuanto durante el interrogatorio rendido por el galeno, se constató que este le informó de los procedimientos a seguir para la obstrucción nasal, y dicha aprobación quedó plasmada en el consentimiento informado suscrito por el demandado.

Pues bien, esta Sala considera que no se demostró que el señor Carlos Guzmán, hubiese recibido información con relación al procedimiento de Turbinectomía; máxime, cuando durante meses posteriores a la cirugía e incluso en su registro de urgencias, seguía registrado que se había practicado el procedimiento denominado turbinoplastia.

Contexto que se permite transcribir esta Sala "infección viral no especificada, dolor abdominal localizado en parte superior y rinofaringitis aguda (resfriado común). El manejo medico fue terapias de nebulización. Conforme la nota de epicrisis la consulta fue dificultad para respirar, antecedente de turbinoplastia..."

Y es que, si en gracia de discusión se aceptase que el demandante conoció el cambio de procedimiento, este hubiese conocido las secuelas y el periodo de recuperación que devenían de la intervención de extracción de cornetes, tales como las costras, mucosidad, mal olor, etc; y así, no hubiese consultado otros galenos para entender que cambios pasaba su cuerpo, y corroborar que procedimiento se le había realizado.

Estas secuelas necesariamente debieron ser debidamente informadas y aceptadas por el actor en el consentimiento informado, máxime cuando se trataba de a extracción de huesos compactos que integraban su cuerpo.

Por lo cual, este reparo no cuenta con vocación de éxito.

-Error y falso juicio de raciocinio sin prueba alguna al afirmar en la sentencia de primera instancia como verdad procesal que hubo una negación indefinida por parte del Dr. Alfonso Yepes de no haberle informado al paciente antes o después de la extracción de los cornetes y de no haberse acreditado la información completa, veraz y oportuna.

Ha de observarse que si bien el doctor Yepes, manifestó al estrado al haber explicado los dos procedimientos de turbinoplastia y turbinectomía, cierto es,



que como quedó demostrado con los dos interrogatorios y la documental expuesta en el plenario como lo es la historia clínica y el consentimiento, no existe demostración alguna donde se considere que el mismo informó detalladamente la extracción de los cornetes como alternativa, máxime, cuando se observa que en el consentimiento informado tampoco se refiere dicha aseveración, dado que en la parte manuscrita solo se describió la intervención quirúrgica de maxiloetmoidectomica + turbinoplastia y en la parte pre impresa se consignaron los riesgos para el procedimiento de septoplastia – turbinoplastia.

Luego no prospera este reparo.

-Además del consentimiento informado se cumplen los elementos del consentimiento tácito.

De entrada, se anota que el consentimiento tácito es utilizado generalmente para temas relacionados comercialmente y no para los que embarquen temas de salud de una persona; sumado, que, al existir un consentimiento expreso, no es procedente la aceptación de un consentimiento tácito ya que este último se comprende cuando existe un total silencio.

Luego no prospera este reparo.

-Verificación equivocada del consentimiento informado.

Para resolver este reparo, resulta pertinente, memorar que el consentimiento informado “se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación.” Y por tanto, la falta de uno de los requisitos del consentimiento informado, como lo es para este caso, la información; hace que el mismo no sea aceptado, puesto que este requisito es considerado como el pilar del consentimiento informado, ya que la obligación de informar al paciente es considerada como principio adscrito constitucionalmente al principio de protección de la autonomía, en razón a que el que decide debe tener la oportunidad de conocer todos los datos que sean relevantes para comprender riesgos y beneficios de la intervención, y como ya se enseñó, no existió manifestación en el documento precitado donde indicará la alternativa de variar el procedimiento de turbinoplastia a turbinectomia.

A más de ello, no es admisible la afirmación de que ello fue explicado de forma verbal, dado que, con los interrogatorios quedó comprendido que si bien el Dr. Yepes enseñó los pormenores de un procedimiento, no hizo énfasis en algún momento que ya extirpación de los cornetes sería una alternativa al momento de la intervención quirúrgica.

Luego no prospera este reparo.

-Omisión judicial en la valoración de la temeridad y falta de lealtad procesal en la evaluación de la conducta de la parte demandante.

Se advierte la improcedencia de desencadenar dicho reparo, dado que no se evidencia en la contestación de la demanda se haya presentado como excepción, siendo claro que está instancia ya no es el escenario para resolverla.



Luego no prospera este reparo.

- Error grave y trascendental en la valoración de las pruebas.

En lo tocante al reparo descrito, si bien es cierto, el material probatorio adosado al plenario permite entrever que la intervención quirúrgica aplicada al señor Carlos Guzmán, resulta ser una técnica habitualmente empleada para tratar la obstrucción nasal, situación que en efecto fue corroborada en las testimoniales y demás probanzas arrojadas al cartulario; también lo es que, no se demostró de ninguna manera que la turbinectomía hubiese sido consentida por el demandante, mucho menos, que autorizara la extirpación total o parcial de los cornetes y/o cornetes inferiores.

Recuérdese que, la pérdida de la oportunidad en la decisión del paciente de elegir sobre su cuerpo y los procedimientos que en él se realicen, conlleva a una ineludible transgresión al principio autónomo del consentimiento, y sin más, pese al resultado obtenido, se privó al paciente de la oportunidad de consentir su intervención; además porque no se logró probar la urgencia y premura del cambio de procedimiento, ni se comunicó posteriormente.

Por lo cual, este reparo no tiene vocación de éxito.

-Ausencia de obligación indemnizatoria a cargo de mi poderdante e inexistencia del nexo casual.

Como se expuso, se probó la existencia del nexo causal, ante la transgresión cánones de la lex artis, por parte del cirujano Alfonso Yepes antes y después de la cirugía prescrita.

Se itera, este tuvo la oportunidad, de razonar conforme a su experticia, cuál sería el procedimiento más adecuado y menos invasivo, conforme a la patología del paciente y los exámenes realizados previos a la cirugía; tan es así, que el mismo determinó que la cirugía pertinente en este caso específico sería la Turbinoplastia y no la realizada.

Una vez realizado este cambio, aparte de no haber sido consentido de manera expresa por el paciente; no se le informó al demandante o a sus familiares, o inclusive con posterioridad a la realización de la cirugía, que se le había practicado una Turbinectomía. Tan es así, que en fechas distintas, reflejadas en su historia clínica se refleja que todos los controles de su posoperatorio iban dirigidos a la Turbinoplastia.

Luego, este reparo no prospera.

-Inexactitudes en la motivación de la sentencia.

Dadas las consideraciones arduamente narradas, no advierte esta Sala de decisión, inexactitudes en la motivación de la sentencia, que conlleven a revocar el fallo emitido en primera instancia, por cuanto integralmente la narración de los hechos, e implementación jurídica usada para resolver el caso, guarda entera consonancia con el caso puesto a consideración.

-Desacertada determinación en la liquidación de los perjuicios morales por no vislumbrarse un parámetro racional de tasación.

El censor cimentó su reparo, al considerar que, el daño moral en los eventos por falta de consentimiento deberá establecerse en relación con el mayor



o menor desmejoramiento de las condiciones de salud del paciente, y la condena, sería única y exclusivamente para la víctima; sin embargo, en el presente asunto también se reconoció en favor de la señora Claudia Roldan.

Igualmente, asentó que no hubo padecimiento o dolor por parte del paciente por la presunta falta de información en tanto y en cuanto los riesgos que padeció fueron mínimos, riesgos propios y consecuentes con la intervención realizada.

Al respecto, como se narró en reglones antepuestos “el daño moral, por su parte, recae en la dimensión afectiva del individuo, sobre lo más íntimo de su ser, ocasionándole sentimientos de tristeza, dolor, frustración, impotencia, congoja, angustia, zozobra, desolación y pesar, entre otras emociones que quebrantan el espíritu”.

A su vez, presenta otras expresiones aún más específicas, esto es, la afectación corporal de la cual se infiere el dolor físico y psicológico. El juez entonces está facultado para realizar el ejercicio indemnizatorio cuando se observe que en efecto existió pérdida de la integridad y/o afectación a la persona con la variación del procedimiento y materialización del hecho que produjo el daño.

Entonces, en acoplo a los topes establecidos jurisprudencialmente, la evaluación procede a través del arbitrio judicial, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Situación que se evidencia en el presente asunto, pues, como se advierte, el a quo, al valorar el daño moral autónomo derivado de la transgresión al derecho de consentimiento informado, estableció un monto tomando a consideración, que el actor no fue informado de la extirpación de cornetes inferiores ni antes y ni después de la intervención quirúrgica, y que el manejo médico que se dijo en los controles posteriores hacía referencia a un posoperatorio de la cirugía inicial de turbinoplastia.” **(Magistrado Sustanciador Dr. Juan Carlos Cerón Díaz, Septiembre 1 de 2023, Radicado Interno: [44.297](#))**

LAUDO ARBITRAL- Causal 3º de anulación/ No resultó probada/
IMPARCIALIDAD DEL ARBITRO- No se acreditó que el arbitro se encontrara en causales que le impidiesen conocer el fondo del asunto

“En el caso bajo estudio, el apoderado judicial de la parte convocante HOME MARKETING DE COLOMBIA S.A.S., quien actúa como administradora de la copropiedad PARQUE INDUSTRIAL DEL ATLANTICO INDUPARK, pretende que se declare la nulidad del laudo arbitral, proferido en fecha dos (2) de junio de 2023 por el Tribunal de Arbitramento constituido para la resolución del conflicto suscitado entre PARQUE INDUSTRIAL DEL ATLANTICO INDUPARK y ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.

La convocante aduce como causal de nulidad la contemplada en el numeral 3º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, la cual hace referencia a “No haberse constituido el tribunal en forma legal”. Argumenta la convocante que el árbitro designado, al momento de aceptar la



nominación, no brindó información que resultaba relevante sobre su situación profesional, en procura de preservar la imparcialidad e independencia que debe revestir a quien administra justicia, aunque sea de forma transitoria. De manera particular, la recurrente señala que el árbitro designado, Dr. CARLOS FELIPE MAYORGA PATARROYO, omitió en su deber de información, manifestar que ha representado a la sociedad MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S., en tres (3) tribunales de arbitramento en calidad de apoderado judicial y testigo ante el Centro de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, lo cual lo dejaba en la misma posición de inhabilidad por la cual desistió el Dr. JESUS VAL DE RUTTEN a su nombramiento y, por ende, impedía su aceptación para dirimir este conflicto.

(...)

De conformidad con lo anterior, en principio, se debe señalar que, al interior del proceso arbitral, no se hicieron valer los motivos de inconformidad a través del ejercicio del recurso de reposición contra el auto que asumió la competencia, lo cual, en principio, tornaría como improcedente el mecanismo de impugnación extraordinario.

Sin embargo, el apoderado judicial de la parte recurrente señala que solo tuvo conocimiento de esta situación al momento de interponer el recurso extraordinario. Así, expresamente señaló:

"(...) solo se vino a conocer la real situación del árbitro en el curso del proceso al momento de interponerse el recurso de anulación del laudo, que como ya lo mencionamos, por información que fue encontrada al estar atendiendo un requerimiento de nuestra representada LUZ MARIA BUSTAMANTE en el caso contra MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S. y, al momento de hacer consultas de los laudos arbitrales de esta sociedad en el Centro de Conciliación y Arbitramento de la cámara de comercio de Bogotá."

En virtud de lo anterior, la Sala debe precisar que, si bien es cierto, el cumplimiento del requisito de procedibilidad se exige un conocimiento previo de la situación por parte del recurrente, no menos cierto es que también se le exige a éste un actuar diligente frente a la misma, de modo que sí efectivamente tuvo o ha debido tener conocimiento de la información que presuntamente omitió el árbitro designado, ha debido alegarla en su oportunidad procesal, valga señalar, al interior del trámite del proceso arbitral y no esperar las resultas de éste para invocar este motivo a través del recurso extraordinario de anulación.

En el caso bajo estudio, se insiste, el apoderado judicial de la parte recurrente manifestó que tuvo conocimiento de la situación al atender un requerimiento de la señora LUZ MARIA BUSTAMANTE, a la cual representó judicialmente este mismo apoderado. De esta forma, si el apoderado judicial de la hoy recurrente, en el transcurso del proceso arbitral entre aquella y la sociedad MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S. tenía acceso a la información y particularmente a los laudos en los que el Dr. CARLOS FELIPE MAYORGA PATARROYO, actuó como apoderado judicial de aquella sociedad, ha podido o debido tener conocimiento de esta situación de forma previa a su designación como árbitro. En este sentido, tenía la oportunidad de alegar este motivo de inconformidad frente a su



designación como árbitro al momento en que se aprehendió el conocimiento del asunto.

Al margen de lo anterior, aún si se aceptara que la recurrente solo tuvo conocimiento de esta situación al momento de la interposición del laudo arbitral, la Sala debe precisar que no se encuentra configurada la causal de nulidad invocada.

La recurrente alegó que el Dr. CARLOS FELIPE MAYORGA PATARROYO actuó como apoderado judicial de MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S. al interior de los siguientes tribunales de arbitramento:

- El Tribunal de Arbitramento constituido para la resolución de las diferencias entre MAKRO DE COLOMBIA S.A. y COMERINTEGRAL LTDA., INSTITUTO DE SALUD ROYAL CENTER S.A. — EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA. Con Laudo arbitral de fecha dos (2) de junio de 2004.
- El Tribunal de Arbitramento constituido para la resolución de las diferencias entre COMERCIALIZADORA Y CONSTRUCTORA INTEGRAL LIMITADA y MAKRO DE COLOMBIA S.A. MAYO 24 DE 2006. LAUDO ARBITRAL BOGOTÁ D.C., con laudo arbitral del 24 de mayo de 2006.
- El Tribunal de Arbitramento constituido para la resolución de las diferencias entre COMERCIALIZADORA Y CONSTRUCTORA INTEGRAL LTDA. C.L. VS. F. S.A. en junio 25 de 2004. En este último intervino como testigo.

Efectivamente, se encuentra acreditado que el Dr. CARLOS FELIPE MAYORGA PATARROYO intervino en los tribunales de arbitramento señalados bajo las calidades referidas. Sin embargo, esta situación en sí misma no conduce a tener por acreditada la causal invocada, habida cuenta de que, en principio, se debe establecer si efectivamente la información omitida resultaba relevante para establecer la imparcialidad y objetividad con la que estaba llamado a actuar el árbitro.

De conformidad con la disposición consagrada en el inciso 1° del artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 “La persona a quien se comunique su nombramiento como árbitro o como secretario deberá informar, al aceptar, si coincide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional en los que él o algún miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido, intervenga o haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia en el curso de los dos (2) últimos años. Igualmente deberá indicar cualquier relación de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados.”

Conforme a la disposición descrita, la persona designada como árbitro, al aceptar su nombramiento, tiene el deber de informar: 1) Si coincide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en cualquier otro proceso de naturaleza arbitral, judicial o administrativa en el que él o algún integrante de su oficina de abogados haya intervenido en el transcurso de



los dos (2) últimos años. Y II) Los lazos familiares o relaciones personales que sostenga con alguna de las partes o apoderado judiciales.

Aunado a ello, se debe precisar que, de conformidad con el inciso 1º del artículo 16 del mismo ordenamiento, que "Los árbitros y los secretarios están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil, por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único, y por el incumplimiento del deber de información indicado en el artículo anterior.

Las causales de recusación se encuentran hoy establecidas en el artículo 141 del C.G.P., dentro del cual se encuadran 14 supuestos que podrían afectar la imparcialidad de los funcionarios judiciales y que los obliga a apartarse del conocimiento del asunto. (...).

En relación con el conflicto de intereses, el artículo 44 de la Ley 1952 de 2019, establece que "Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido."

Conforme se puede advertir con claridad manifiesta la circunstancia descrita por la recurrente no se encuadra dentro de alguno de los supuestos que consagran las normas transcritas.

Cabe precisar que si bien es cierto el Dr. CARLOS FELIPE MAYORGA PATARROYO actuó como apoderado judicial de la sociedad MAKRO DE COLOMBIA S.A. en los tribunales de arbitramento ya referidos, lo cierto es que al interior de éstos no coincidió con el alguna de las partes que integran el presente asunto o con sus apoderados judiciales.

El hecho de que el señor Dr. CARLOS FELIPE MAYORGA PATARROYO haya actuado hace aproximadamente 18 años como apoderado judicial de la entonces sociedad MAKRO DE COLOMBIA S.A. y que hoy en día ésta concurra a un Tribunal de Arbitramento con una persona distinta -LUZ MARIA BUSTAMANTE-, que se encuentra representada judicialmente por el Dr. MIGUEL ÁNGEL MÁRCELES INSIGNARES, no constituye una situación que debía ser informada por parte del árbitro, habida cuenta de que esta información no resultaba relevante para la determinación de su imparcialidad e independencia. Valga insistir en que el árbitro al interior de los Tribunales de Arbitramento en la que actuó como apoderado judicial, no coincidió con alguno de las personas que hoy tienen la calidad de parte o representantes judiciales al interior del presente trámite. Aunado a ello, el tiempo que ha transcurrido desde que se profirieron los laudos (hace aproximadamente 18 años), no coincide con el período que contempla el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, es decir, los últimos dos (2) años.



No se debe perder de vista que el Dr. CARLOS FELIPE MAYORGA PATARROYO, sí cumplió con el deber de información de que trata la norma la señalada. Así, al aceptar su designación, señaló los procesos o actuaciones en las que coincide o ha coincidido con los apoderados judiciales de las partes. Así, expresamente señaló:

“1.- Actualmente me desempeño como Presidente del Tribunal de Arbitraje adelantado por la UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012 contra el PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, adelantado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Caso No. 121708). En este Tribunal han sido llamadas en garantía la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A, respecto de las cuales el Doctor JUAN FELIPE TORRES VARELA ejerce como apoderado judicial. En este Tribunal se ha cerrado la etapa probatoria y se encuentra próxima a celebrarse la audiencia de alegaciones.

2.- También me desempeño como Arbitro en el Tribunal de Arbitraje adelantado por TECNOLOGÍAS DE CONDUCCIÓN Y CONTROL TCL S.A VS CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., adelantado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Caso No 137422). En este Arbitraje obra como apoderado judicial de TECNOLOGÍAS DE CONDUCCIÓN Y CONTROL TCL S.A., el doctor MIGUEL ANGEL MARCELES INSIGNARES. El Tribunal se encuentra pendiente de surtir la audiencia de instalación, prevista para el 31 de agosto del año en curso.” (Resaltado de la Sala).

Conforme se advierte el Dr. CARLOS FELIPE MAYORGA PATARROYO, efectivamente informó que había coincidido con el DR. JUAN FELIPE TORRES VARELA y con el Dr. MIGUEL ANGEL MARCELES INSIGNARES en sendos tribunales de arbitramento. De esta forma, no podría aducirse una falta de imparcialidad del arbitro por el hecho de haber actuado como apoderado judicial de una sociedad al interior de Tribunales de Arbitramentos en el que no intervinieron alguna de las partes o apoderados judiciales, cuando no demostró la inconformidad frente a la designación del árbitro a sabiendas de que coincidió con éste el Tribunal de Arbitramento conformado para la resolución de las diferencias entre TECNOLOGÍAS DE CONDUCCIÓN Y CONTROL TCL S.A VS CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.

En otros términos, mal haría en aceptarse el argumento de la falta de imparcialidad e independencia del árbitro, cuando éste expresamente informó que coincidía con el Dr. MIGUEL ANGEL MARCELES INSIGNARES al interior de un proceso arbitral, sin que aquel manifestara inconformidad frente a este hecho y posteriormente acudiera a este argumento trayendo a colación la condición de representante judicial Dr. CARLOS FELIPE MAYORGA PATARROYO en procesos arbitrales en los que no intervino alguna de las hoy partes o sus apoderados.” **(Magistrado Sustanciador Dra. Sonia Esther Rodríguez Noriega, Septiembre 23 de 2023, Radicado Interno: [44.864](#))**

.....
LESIÓN ENORME- Por haber recibido la sociedad vendedora un precio que es inferior a la mitad del justo precio que tenía la porción de terreno vendido/



DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL- No fue demostrado a través de dictámenes periciales obrantes en el proceso

“2. Se aborda entonces el análisis del caso, evidenciándose que el debate se cierne en determinar si la compraventa celebrada entre la Sociedad vendedora INVERSIONES ECHELAS LTDA. y la sociedad compradora PROYECTOS URBANOS Y RURALES - ASESORES & CIA. S.A.S. – PURA S.A.S. (antes PROYECTOS URBANOS Y RURALES - ASESORES & CIA. LTDA.), respecto del 59.720% de los derechos de propiedad, común y proindiviso que la vendedora ostentaba sobre el bien inmueble denominado “OH LAS INN”, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 045-38994 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sabanalarga, está permeado o no de un desequilibrio obligacional generador de lesión enorme, por haber recibido la sociedad vendedora un precio que es inferior a la mitad del justo precio que tenía la porción de terreno vendido, en la época en que se ajustó el referido contrato de compraventa.

Para estos efectos, tenemos como hecho debidamente acreditado en autos con pruebas documentales, que el bien inmueble a que nos venimos refiriendo, tiene los siguientes antecedentes:

2.1. En principio, el predio pertenecía en su totalidad a la sociedad INVERSIONES ECHELAS LTDA., que adquirió el dominio del mismo mediante Escritura Pública No.1.321 del 11 de junio de 1986; terreno que hacía parte de uno de mayor extensión denominado “Olas del Caribe”, del cual la compraventa se limitó específicamente a 276 hectáreas más 6.879,73 Mt², resultando de aquella transacción un predio independiente al que denominaron “Salinas del Rey” y al cual correspondió el número de matrícula inmobiliaria 045-0023606 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sabanalarga.

2.2. Que mediante escritura pública No. 1070 del 9 de junio de 1999, otorgada ante el Notario Tercero de Barranquilla, la sociedad INVERSIONES ECHELAS LTDA., dividió materialmente el predio “Salinas de Rey”, en tres (3) lotes: Lote 1: Con una extensión superficial de 2.000 Mts², Lote 2: Con una extensión superficial de 2.000 Mts², y Lote 3: Con una extensión superficial de 276 hectáreas y 2.897 Mts², especificándose en aquel instrumento, que el lote 3 habría de denominarse “OH LAS INN”.

2.3. Que mediante la escritura Pública 1807 del 11 de agosto de 2010, otorgada ante la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá, la sociedad propietaria INVERSIONES ECHELAS LTDA., procedió a vender los derechos en común y proindiviso y por el equivalente al 59.720% de los derechos de dominio y posesión que tenía respecto del ya referido Lote 3 – “OH LAS INN” (equivalentes a 165 hectáreas aproximadamente), a la sociedad PROYECTOS URBANOS Y RURALES - ASESORES & CIA. S.A.S. – PURA S.A.S. (antes PROYECTOS URBANOS Y RURALES - ASESORES & CIA. LTDA.), ubicado en el Municipio de Juan de Acosta, en la banda izquierda de la vía que de Barranquilla conduce a Cartagena, a la altura del kilómetro 71, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 045-38994 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sabanalarga, pactándose como precio de la compraventa de esos 59.720% en la suma de Dos Mil Millones de pesos (\$2.000.000.000) m.l.



2.4. Que mediante la escritura pública No. 203 del 20 de agosto de 2010, otorgada ante la Notaría Única del Municipio de Juan de Acosta, la sociedad INVERSIONES ECHELAS LTDA., procedió a dividir y adjudicar el ya referido Lote 3 – “OH LAS INN”, a efectos de cumplir con el contrato de venta, acto conforme al cual resultaron ocho (8) predios independientes así:

- 1) “OH LAS INN” con un área total de 386.642,12 Mts²
- 2) “LA PISCINA”, con un área total de 239.011,56 Mts²
- 3) “BLANQUICETT”, con un área total de 1.005.225,14 Mts²
- 4) “MARIANA”, con un área total de 167.233,85 Mts²
- 5) “SALINAS DEL REY II”, con un área total de 872.080,55 Mts²
- 6) “EN LITIGIO”, con un área total de 4.535,20 Mts²
- 7) “PORCIÓN VÍA AL MAR 1”, con un área total de 36.288,38 Mts²
- 8) “PORCIÓN VÍA AL MAR 2”, con un área total de 51.862,19 Mts²

Los predios “LA PISCINA”, “SALINAS DEL REY II”, y “PORCIÓN VÍA AL MAR 2”, permanecieron en propiedad de INVERSIONES ECHELAS LTDA., mientras que los predios “OH LAS INN”, “BLANQUICETT”, “MARIANA” y “PORCIÓN VÍA AL MAR 1”, fueron adjudicados a la compradora PROYECTOS URBANOS Y RURALES - ASESORES & CIA. S.A.S. – PURA S.A.S. (antes PROYECTOS URBANOS Y RURALES - ASESORES & CIA. LTDA.).

3. Con base en el anterior recuento, tenemos que la parte actora depreca desequilibrio contractual, pues a su juicio, el bien objeto de la litis, antes de la venta y posterior división, estaba avaluado en más de Diez Mil Millones de Pesos (\$10.000.000.000.00), por lo cual, la adquisición de un poco más de la mitad del mismo, por valor de Dos Mil Millones de Pesos (\$2.000.000.000.00), constituiría lesión enorme por haberse pagado por tal porción de terreno menos de la mitad del justo precio a la fecha de realización del contrato; tesis que la Jueza de instancia desechó, por considerar que no estaba demostrado debidamente el aludido justo precio para la época de la venta.

El recurrente cuestiona esa conclusión a la que arribó la señora jueza a- quo, argumentando que la decisión está fundada en una indebida valoración de las pruebas del proceso; dado que, en primer lugar se evidencia una incorrecta apreciación del dictamen pericial aportado al juicio con la demanda; y en segundo lugar, en la indebida apreciación del cúmulo de pruebas documentales; y, en tercer lugar, por la inaplicación de los indicios graves que debió tomar en consideración contra la parte demandada INVERSIONES ECHELAS LTDA, ante la inasistencia injustificada de su representante legal, a la audiencia regulada por el artículo 101 del extinto C.P.C.

En ese sentido huelga decir, que tal y como lo señala la jurisprudencia citada en la parte considerativa de este fallo, el meollo del asunto en los juicios de lesión enorme gravita en torno a demostrar el desequilibrio contractual para vendedor o comprador, según sea el caso; y en este evento, se alega que el desequilibrio económico lo afronta la sociedad vendedora, por considerarse que la empresa compradora pagó por la porción de terreno que adquirió, menos de la mitad del justo precio que para la época de la



convención tenía tal fracción de la propiedad; y, como el art. 177 del C.P.C., vigente cuando se entabló la demanda, hoy 167 del C.G.P., dispone que incumbe a la parte que alega un hecho del que pretende derivar consecuencias jurídicas, la carga de acreditarlo, gravita en la parte demandante demostrar el desquicio monetario que alega, para lo cual podía valerse de cualquier medio probatorio legalmente aceptado dado que para la demostración de circunstancias de esta naturaleza prima la libertad probatoria; sin embargo, es de suyo evidente, que para ello destaca la prueba pericial, como quiera que es aquella en la que peritos expertos en el tema inmobiliario, se encuentran en mejor disposición profesional para brindar información técnica y científica al juez, acerca del justo precio para la época de la convención tenía la fracción de terreno respecto de la cual gira la disputa jurídica que ahora nos ocupa; razón por la cual, sin demeritar las demás pruebas del proceso, será ésta la que mayor relevancia tendrá al momento de analizar este preciso aspecto de la negociación, cuestionada por las demandantes.

Por esa razón será esta la prueba a la que se acuda primordialmente, pues se reitera, el juez no es arquitecto, ni ingeniero, por lo cual no tiene los conocimientos suficientes para determinar esos aspectos de la litis; y aún si los tuviera, no le está permitido decidir un asunto puesto a su conocimiento con base en su criterio o conocimientos particulares, pues son las partes las que han de traer ante él las pruebas, en las oportunidades legalmente establecidas para ello, que una vez sometidas a contradicción, sirven de sustento fáctico a la decisión que haya de adoptarse, con base en el análisis soportado en las reglas de la sana crítica, dado que de ninguna manera el peritazgo ata indefectiblemente al juez, quien es el que, finalmente, luego de valorarlo, le asigna el mérito probatorio que legalmente corresponda.

3.1. En esta línea de pensamiento, encontramos que al proceso fue aportado por la parte actora, un dictamen pericial, que según su dicho se practicó respecto del mismo predio objeto del litigio, para el año 2008 (es decir, dos años antes de la venta que se pretende rescindir), informe con el que pretendió demostrar que la cuantificación dada por los contratantes al porcentaje de terreno estuvo muy por debajo de la realidad del mercado, Nos referimos al avalúo elaborado por el arquitecto Gabriel Cepeda Taboada -visible a folio 124 al 134 del cuaderno principal #1- respecto del cual ha de decirse sin ambages que no puede servir de sustento a las pretensiones, por no cumplir con los requisitos mínimos para su admisibilidad, pues, de una parte, el dictamen dice haberse elaborado y rendido en el mes de abril de 2008, y conforme al artículo 19 del Decreto 1420 de 1998 los avalúos tendrán una vigencia de un (1) año, contados desde la fecha de su expedición, por lo cual los conceptos en él vertidos ya no tenían vigencia a la fecha de la venta –año 2010- que es el marco temporal que sirve de referencia para establecer el justo precio y poder realizar la confrontación con el precio convenido por vendedora y compradora.

3.2. Se ordenó por el juzgado, a petición de la parte demandante, un peritazgo para establecer el valor del justo precio del área de terreno objeto de compraventa, para el mes de agosto de 2010, cuando se efectuó la compraventa cuestionada, designándose al Auxiliar de la Justicia, Arquitecto HENRY BARRAZA RESTREPO, inscrito en el Registro Abierto de



Avaluadores, quien presentó el dictamen, el cual fue sustentado en audiencia y sometido a contradicción. Respecto de éste, la señora jueza de primer grado al valorarlo, fue enfática en explicar que el objeto de esta prueba es el de determinar cuál era el avalúo comercial de la porción del inmueble vendido, para el año 2010, cuando se celebró el contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública No. 1807 del 11 de agosto de 2010, otorgada ante la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá; sin embargo esta prueba no fue útil para alcanzar tal propósito, como quiera que el perito rindió el avalúo del predio para el año 2021, es decir, once (11) años después de haberse suscrito el aludido contrato de compraventa, espacio temporal que evidentemente no es el que se requiere legalmente para acreditar el justo precio del bien raíz para el año 2010 como lo exigen las disposiciones normativas ya comentadas; menos aún cuando el perito manifestó que a partir del año 2013 en esta zona se licitó y posteriormente se dio inicio a las obras civiles de ampliación de la ruta 90A a cargo del consorcio “Ruta Concesión Costera”, lo que implica un mejoramiento de la vía nacional colindante, que necesariamente tuvo un impacto en el avalúo de los inmuebles de esa área; hecho que no fue tenido en cuenta por el perito al momento de realizar la labor de depreciación por IPC que consta en su experticia.

Aunado a todo ello, señala que el perito tomó como insumo para su dictamen, los valores que constaban en el avalúo aportado por los demandantes con la demanda, sin verificarlos ni constatar que fueran acertados, teniendo por cierta la información en ellos contenida, por el simple hecho de reposar éstos en el expediente, y sólo les aplicó el IPC para llevarlos a precio del año 2010; circunstancias éstas que llevaron a la señora jueza de primer grado a desestimar las consideraciones y conclusiones del perito; decisión que a juicio de esta Sala es acertada, pues el extenso dictamen del perito BARRAZA RESTREPO carece de claridad y precisión, y no logró demostrar el justo precio del inmueble para el año 2010, y de contera, impidió que con base en tal dictamen se pudiera efectuar la labor de confrontación necesaria para determinar si la compraventa está afectada del desequilibrio económico alegado en la demanda.

Pues bien, como se ataca la valoración de esta pericia, hemos de señalar, adicionalmente, que la experticia fue presentada en un primer momento en fecha 22 de abril de 2021, y en cuatro (4) documentos diferentes el Arquitecto detalló no sólo el avalúo del predio de mayor extensión distinguido con M.I 045-38994 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sabanalarga, para la época de elaboración del dictamen, y el avalúo que en el año 2021 correspondía a cada porción resultante del bien en que fue dividido el predio; justificando la época a la que aplicó el avalúo, y no a la que le fue señalada por el juzgado, en haberle sido difícil acceder a las Notarías para obtener información de las ventas reales que se llevaron a cabo para aquella data del 2010, pues por la situación de la pandemia la atención al público estaba restringido. Su trabajo entonces lo realizó tomando en consideración las ofertas de venta de lotes similares y comparables, que halló en la misma vía, y sobre el litoral del Mar Caribe en jurisdicción del Departamento del Atlántico en el año 2021, obteniendo una muestra de ofertas que constató tanto mediante visita física como mediante consulta de avisos clasificados en internet, ello a efectos de establecer un



valor promedio del metro cuadrado en la zona, estableciendo que de las cincuenta y tres (53) ofertas encontradas, sólo eran comparables al predio objeto de litigio cuatro (4).

Con base en ello, y aplicando el método de depreciación, estimó el valor del metro cuadrado a la fecha del negocio jurídico, señalándolo en \$96.045.462,23, y el valor de la hectárea en \$960.454.622.329,62, por lo que determinó que el valor total del predio sin dividir era de 265.401.271.994.205,00- ver folio 131 del dictamen visible en el archivo 0012 del expediente-; valores que después corrigió mediante documento adicional, visible en el archivo 28 del expediente, pues por error en las tablas utilizadas para el cálculo, se indicó un valor superior al debido, siendo el correcto el siguiente: para el metro cuadrado \$9.604,55 mientras que para la hectárea de terreno estableció un valor de \$96.045.462,23, valor que obtuvo al tomar los guarismos señalados por el dictamen elaborado por el perito Gabriel Cepeda en el año 2008 -al que nos referimos al inicio de este análisis- y actualizándolos a precio de 2010 utilizando el IPC. Con ese dato, el perito determinó el valor total del predio en su extensión total, es decir, el valor de los 2.763.287.99 Mts² de terreno tasándolo en \$26.540.127.199,23 para el año 2010.

Ahora bien, estas conclusiones, aunque a primera vista parecen plausibles y debidamente sustentadas, no son de recibo, pues no sólo el artículo 226 del C.G.P. impone al perito la carga de relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen, sino que además, la misma Resolución 620 de 2008 en su artículo 10 impone que, "...Cuando para la realización del avalúo se acuda a información de ofertas y/o transacciones, 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... Se debe verificar que los datos de áreas de terreno y construcción sean coherentes. En los eventos en que sea posible, se deben tomar fotografías de los predios en oferta o de los que se ha obtenido datos de transacción para facilitar su posterior análisis.", cargas que el auxiliar de la justicia no cumplió, pues al momento de determinar el avalúo del predio en mayor extensión, tomo como base la información que reposaba en un dictamen aportado por la parte demandante con su impetración, trabajo elaborado por el perito Gabriel Cepeda, en el que se señalaron valores comerciales para las áreas de terreno en las diferentes zonas (costeras, altas y planas), sin embargo aquellos datos son del año 2008 y se funda en información que el perito no verificó, pues se habla de ofertas de compra por predios en Santa Verónica, pero no se aportan los documentos soporte de las mismas; pese a esa inconsistencia, el perito tuvo a bien dar por ciertos esos guarismos y con base en ellos tasó el precio del área total del predio para el año 2010, tal como puede verse en la página 155 del documento No. 12 del expediente, cuando el perito en la memorias de su cálculo, indicó que los mismos tenían como fuente: "informe de avalúo GTC 3184, GABRIEL CEPEDA T. (AFILIADA a la Lonja de Propiedad Raíz de B/quilla) y que hace parte del expediente del proceso), en ese sentido, esta superioridad comparte la apreciación de la Jueza de instancia, pues las conclusiones del perito se fincan en datos que no estaban vigentes a la fecha de



presentación de la demanda, y que el experto no contrastó ni verificó en modo alguno.

El resto de su análisis consistió en analizar las condiciones de cada uno de los predios resultantes de la división, estableciendo su valor de mercado actual, para luego llevarlos a valor pasado utilizando el IPC, señalando en su dictamen los siguientes valores:

Pues bien, si súmanos los valores que según el perito tenían los predios objeto de venta, a fecha de 2010 a saber, los que hoy se conocen como "OH LAS INN", "BLANQUICETT", "MARIANA" y "PORCIÓN VÍA AL MAR 1", el resultado sería la suma de Sesenta y Cuatro Mil Seiscientos Sesenta y Nueve Millones Quinientos Cuarenta y Un Mil Quinientos Cuarenta y Tres Pesos MI (\$64.669.541.543), que conforme al experto sería el justo precio de la porción de terreno vendido.

Este dictamen fue complementado por el perito, habida consideración de la orden de la Jueza de instancia, en el sentido de elaborar un trabajo comparativo analizando las ventas, real y efectivamente pactadas en predios similares y comparables, para la data en que se dio el negocio debatido, esa complementación la aportó el perito en fecha 3 de junio de 2022, -visibles en los documentos 83 al 89 del expediente- informe en el cual el perito indicó haber recibido de parte de la Notaría Única de Juan de Acosta cincuenta y ocho (58) escrituras públicas contentivas de negocios de compraventa, efectuadas en el año 2010 en el Municipio, sin embargo reseñó que de aquellas, sólo veinticinco (25) correspondían a predios rurales, y que de esos veinticinco predios, sólo se encontraron dos (2) que cumplían con las características para tenerlos en cuenta como comparables, y como quiera que para la aplicación de dicho método son necesarios al menos tres (3) predios, no era posible aplicar la técnica valuatoria.

Aunado a ello señaló, que a pesar que no se encontraron como mínimo tres (3) datos de mercado, procedió a realizar la comparación y el proceso de homogenización con los datos encontrados, sin embargo el valor calculado para la hectárea no puede ser tenido en cuenta porque no cumple con lo normado en el artículo 11 de la Resolución 620 de 2008, en cuanto a que el coeficiente de variación debe ser inferior a 7,5%, mientras que para el caso de los dos predios analizados como comparables, el coeficiente de variación arrojado en el estudio de mercado es de 46%. En síntesis, el perito señaló que ante la inaplicabilidad del método de comparación de transacciones efectivas efectuadas para la época, se mantenía en su dictamen inicial (comparación de ofertas actuales de mercado).

Ahora bien, el dictamen fue sometido a contradicción, siendo objetado por el polo demandado, por las siguientes razones: i) el perito determinó al valor del predio para el año 2010, basándose en ofertas de mercado que databan del año 2021, ii) no tuvo en cuenta el estado en que se encontraban las tierras, (completamente erosionadas) iii) sus conclusiones se basaron en ofertas de mercado y no en negocios jurídicos de venta realmente materializados en el año 2010, es decir, no comparó el negocio que aquí se escruta, con compraventas similares que se hubiesen gestado sobre terrenos similares en aquel mismo año, contenidas en escrituras públicas de venta.



Como sustento de su objeción, la parte demandada aportó un dictamen de contradicción elaborado por el experto WILLIAM CRUZ RUEDA, arquitecto igualmente inscrito en el Registro Abierto de Avaluadores, quien además de los puntos señalados por el apoderado de los demandados, señaló frente al dictamen las siguientes inconsistencias: i) El perito avaluó el bien como si se tratara de suelos de expansión urbana, cuando lo cierto, es que conforme al ordenamiento territorial del Municipio de Juan de Acosta, el predio es rural, lo que afecta visiblemente la valuación; ii) En tratándose de suelo rural son importantes las características propias del suelo tales como topografía, agrología, riesgos, geología, aptitud de uso, etc. Variables éstas que influyen en el valor de avalúo, las cuales si bien fueron descritas y documentadas en los informes, no fueron tenidas en cuenta en los cálculos valuatorios para determinar el valor del avalúo de los predios; iii) El perito, bajo el argumento de aplicar el principio de “Mayor y Mejor uso”, tuvo a bien señalar en su dictamen que los factores tenidos en cuenta para la determinación del valor de mercado, particularidades como “La ubicación y localización del inmueble dentro de una zona en la que se desarrollan actividades residenciales y comerciales” y “El vecindario inmediato, conformado por edificaciones de baja a mediana altura, consolidadas para vivienda y comercio.” Ver punto 17 de sus informes- Sin parar mientes a que, conforme a la normatividad aplicable (Resolución 620 de 2008 del IGAC) la investigación de los precios del terreno debe tener en cuenta la condición de tierra rural, es decir, sus características agronómicas, agua, pendiente, ubicación y, en general, la capacidad productiva del suelo, lo que obvió el perito, pues se reitera, analizó los predios como si se tratara de tierras de expansión urbana.

Así las cosas, tenemos el avalúo de contradicción elaborado por el perito WILLIAM CRUZ RUEDA - folios 12 y siguientes del documento 027 del expediente-, en el que el perito parte de la información consignada en el cobro de impuesto predial del fundo antes de la compra, es decir, para el año 2010, sin que se hubiera hecho la compra ni la división material, la administración de impuestos del Municipio de Juan de Acosta - Atlántico señaló un avalúo catastral de Mil Quinientos Ochenta y Cuatro Millones Ciento Noventa y Nueve Mil Pesos ML (\$1.584.199.000.00).-ver folio 61 del dictamen aludido-, luego procedió a determinar los tipos de suelo con que contaba la porción del predio que se negoció, y luego estableció que el método de valuación a aplicar era el de mercado (información de ofertas), explicando que se realizó un sondeo consultando escrituras en la Notaría Única del Municipio, encontrándose doce (12) transacciones entre 2019 y 2021. De esta muestra se escogieron tres (3) transacciones, sometiendo la información obtenida a procesamiento estadístico, así:

A continuación, señaló que “Se realiza la homogenización de la muestra para ser comparable con el terreno de los inmuebles objeto del presente avalúo, evapotranspiración. No aptos para la agricultura, su uso debe limitarse a la conservación de la vegetación y reforestación con ganadería extensiva. 5.850 hectáreas (33% del territorio municipal). CLASE VII. Suelos de la asociación Puerto Colombia y algunas fases de las asociaciones Guájaro y Blanquice. Con limitaciones climáticas, radicales, problemas de erosión y fuertes pendientes. Son aptos para la reforestación, conservación de la vegetación y prevención de los procesos erosivos. 2.920 hectáreas. (23% del



territorio municipal)'' teniendo en cuenta el factor de fuente estableciendo un porcentaje del 20% como margen de comercialización hacia abajo (0.8) y Factores de tamaño, ubicación y relieve.'', concluyendo con base en ello, que para el año 2010, los valores por hectárea para el predio objeto de la litis, eran los siguientes:

Concluyó entonces el perito, que, al analizar las ventas de inmuebles de similares características, debidamente soportadas en escrituras públicas de venta para los años 2009-2011, el valor total del predio antes de su división ascendía a TRES MIL SETECIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL PESOS ML (\$3.738.258.000).

Obsérvese entonces que existe una diferencia abismal entre los valores que uno y otro experto señalan, pues según el perito BARRAZA RESTREPO el predio total, antes de la venta estaría avaluado en más de Veintiséis Mil Millones de Pesos (\$26.540.127.199,23) para el año 2010, mientras que conforme al dictamen de contradicción, el valor total del lote antes de la venta era de más de Tres Mil Millones de Pesos ML (\$3.738.258.000.00), diferencias que conforme al dictamen de contradicción, se explican por el trato dado al inmueble al momento de avaluarlo, pues no es lo mismo valorar un predio rural que uno de expansión urbana.

En ese estado las cosas, tenemos que el dictamen ordenado por la primera instancia, rendido por el perito Barraza Restrepo no logró el cometido de demostrar el precio real del inmueble para la fecha de la venta, como quiera que, tal y como lo indicó la Jueza y lo ratifica esta Sala, el dictamen se basó en datos no verificados por el experto, a los cuales dio fuerza de verdad sin que para ello medie justificación técnica ni jurídica alguna, por lo que no puede decirse que las conclusiones de la Jueza frente al justo precio y su falta de prueba obedezcan a una indebida valoración probatoria, por el contrario, la debida contrastación racional del dictamen y sus fundamentos es a causa de aquella conclusión, por lo que los reparos que en ese sentido se invocaron no tienen vocación de éxito.

Por si lo anterior no fuera suficiente, el perito dejó de analizar en su dictamen fenómenos reconocidos por él, que tenían incidencia en la valoración de los predios, pero que fueron totalmente obviados por el experto en su análisis, como lo es la ampliación de la Ruta Nacional 90A o Vía al Mar, que de Barranquilla conduce a Cartagena. Precisamente ese aspecto de la valoración probatoria es sustento de otro de los reparos de los apelantes, quienes consideran que la Jueza desvirtúa el dictamen basándose en conocimiento e inferencias subjetivas, respecto de una presunta valoración que no consta en el expediente.

Al respecto debe decirse sin ambages, que las reglas de la experiencia indican que la construcción o mejoramiento de una vía pública colindante con un bien, tiene efectos directos en su avalúo, efectos que pueden ser positivos o negativos, dependiendo de las características de la obra y el nivel de afectación que tengas sobre el predio; en el mismo sentido la experiencia indica, que los predios rurales cercanos a vías públicas tienen una mejor valoración que aquellos de difícil acceso; en ese orden de ideas, las críticas que en ese sentido hizo la falladora al dictamen del perito no son fruto del capricho, sino fruto de la observación crítica de un trabajo pericial



que no abordó temas que lógicamente tenía que abordar, por lo que esta sala comparte la apreciación de la primera instancia, y dicho reparo también deviene impróspero.” (**Magistrada Sustanciadora Dra. Vivian Victoria Saltaín Jiménez, Septiembre 25 de 2023, Radicado Interno: [44.308](#)**)

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO – Incumplimiento/ INFORMES TÉCNICOS DEL INMUEBLE ARRENDADO- Falta de mantenimiento y reparaciones externas que no imposibilitan el uso de la cosa

“No existe discusión alguna, respecto de la existencia del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes, siendo ARRENDADOR el señor JOSE VILLACOB MOLINA y como ARRENDATARIOS los señores JULIO RIBON ORTIZ, FABIAN DAVID RIBON CANTILLO, MARGARITA CANTILLO MARTÍNEZ, JAIME EUSTOQUIO ANGULO GONZÁLEZ y GUSTAVO RAFAEL ARRIETA RIVERA, de fecha 1° de diciembre de 2009, en relación con los siguientes inmuebles: Cuatro locales comerciales ubicados el primero en la Calle 38 No. 38-02. Los tres restantes en la Carrera 38 No. 37-36, local No. 1, local No. 2, local No. 3, serán destinados exclusivamente para Panadería y Repostería y un apartamento ubicado en la Carrera 38 No. 37-332, apartamento No. 1 de esta ciudad.

(...)

En el contrato de arrendamiento celebrado entre las partes, se acordaron las siguientes cláusulas, a saber:

“Segunda: El tiempo de duración del presente contrato, es de 1 año contado a partir de Diciembre 1 del año 2009.”

“Sexta: Los arrendatarios declaran haber recibido el inmueble y sus anexidades en perfecto estado de conservación y servicios.”

“Séptima: Serán de cargo de los arrendatarios las reparaciones ordenadas por autoridades competentes, las necesarias o locativas, le es prohibido a los arrendatarios hacer cambio o modificaciones en las estructuras, paredes o instalaciones del inmueble, los arrendatarios no podrán hacer mejoras al inmueble de ninguna clase, las mejoras que efectúen los arrendatarios sin previa autorización del arrendador, quedaran de propiedad de este, sin que puedan ser retiradas, o sin que haya lugar a indemnización. Sin embargo, el arrendador podrá exigir su retiro y exigir dejarlo en el estado en que se encontraba si lo considera conveniente. En ningún caso los arrendatarios podrán alegar derecho de retención por este concepto.”

En el escrito de impugnación, se alega que el Juez A-quo, en su decisión trae a colación la cláusula sexta del contrato de arrendamiento, en la cual se señala que los locales fueron recibidos en perfecto estado, que no se pactaron adecuaciones, lo cual es correcto, pero a su vez indica que dichos locales hacen parte de un edificio de tres plantas, de más de cien años y demuestra falta de mantenimiento.

De la manifestación expresa de la parte demandante, se desprende que si bien los locales que le fueron dados en arrendamiento por el demandado, fueron recibidos en perfecto estado, más el edificio del cual hacen parte demuestra una falta de mantenimiento, como consta en las pruebas aportadas en el proceso, por vicios ocultos, el cual no fue detectado al



momento de celebrar el contrato, debido a la eliminación de los muros de carga realizados por el propietario arrendador con el fin de lograr más espacio en el primero piso y lograr así tener más locales comerciales.

Al respecto, es de tener en cuenta la confesión de acuerdo al artículo 191 del C.G.P. que hace la parte demandante en el hecho primero (1º) de la demanda, cuando manifiesta:

"1.- Para inicio del mes de octubre del año 2009, el señor JULIO RIBON ORTIZ, por vez primera, estuvo frente al demandado señor JOSE VILLACOB MOLINA, el primero interesado en tomar en arriendo un deshabitado bien inmueble con aspecto de abandono, de esquina demarcado con los números 37-36 de la carrera 38, locales 1, 2, 3 y calle 38 No. 38 — 02, más un apartamento en la 2ª planta, sector Centro de éste Distrito y el segundo en calidad de supuesto propietario de los mismos; interesado en darle en arriendo al primero, proyectando entre sí el correspondiente contrato a una expectativa en cuanto a fecha de inicio, octubre 30 de 2009."

De lo cual se desprende que la parte demandante, al momento de celebrar el contrato de arrendamiento con la parte demandada, era consciente que los locales a arrendar hacían parte de un "deshabitado bien inmueble con aspecto de abandono", por tanto, no es de recibo que para efectos de obtener la declaración de incumplimiento del contrato celebrado, por parte del arrendador – demandado, alegue que se trataba de un edificio de 100 años, con falta de mantenimiento, a lo cual se le suma, como ha quedado expresado en líneas anteriores, que reconoce que los locales fueron recibidos en perfecto estado de conservación.

En relación con la demolición del muro de carga, manifiesta el impugnante que el A-quo señala que no se demuestra sobre la demolición del muro de carga, así como tampoco la persona que hizo la demolición, ni cuando se precisó lo que pudo dar origen a la remoción de las bases que soportaban los muros de carga y al respecto, existe la confesión del demandado, que señala que los muros de carga fueron removidos por los de la Ferretería La Campana quienes en la época ocupaban dichos locales, lo cual ocurrió años antes de haberse celebrado el contrato de arrendamiento celebrado entre las partes aquí en contienda.

Dentro del proceso, se recabaron las siguientes pruebas:

Dictamen pericial realizado por el Perito Ingeniero Civil JOSE LUIS SANCHEZ realizado el 8 de mayo de 2010, en el cual se concluyó:

"Conclusiones: Concluimos después del análisis técnico que la construcción no presenta fallos que indiquen colapso o asentamientos por fallas en el terreno, sino debido al corte hace años de los muros.

La solución dada anteriormente fue positiva, debido a que la losa no colapsó, pero además recomendamos para mayor seguridad, colocar otro punto de carga donde se ha presentado la mayor flexión tal como se muestra en el plano."

Formato de Visita de Inspección Ocular, de fecha 17 de junio de 2010, practicada por la Oficina de Prevención y Atención de Emergencias y Desastres, con la siguiente Descripción de afectación:

"Inmueble de uso comercial, cuenta con más de 70 años de servicio o vida útil consta de dos plantas de solución estructural por el sistema de muros de cargas ha



sido sometido a remodelación y ampliación de espacios por eliminación de muros para obtener mejor servicio arquitectónico, a funciones de panadería y atención al público la reducción drástica de muros interiores de carga, en la zona de primera planta trajo como consecuencia mayor sollicitación de esfuerzos en la losa de entepiso, generando mayores deformaciones o deflexiones y cambio en la dirección de transporte de carga, que se reflejan en la segunda planta: muros agrietados y separados por nueva respuesta de los elementos, hundimiento del nivel del piso o placa de soporte, deformaciones excesivas.

OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES

- 1). Por mostrar excesiva deflexión en la zona de soporte, denotando mayores esfuerzos y cambio en su comportamiento estructural, se solicita el cierre del local comercial; hasta tanto se corrijan las deflexiones y verifiquen condición estructural.
- 2). Formaletear con cerchas, gatos y demás, que reemplacen los muros de carga eliminados en la remodelación estructural.
- 3). Requiere de reparación y adecuación estructural que mitigue la amenaza de derrumbe, o en su defecto demolición del inmueble, que evite infortunio por su gran posibilidad de colapso.
- 4). Afectación psicológica, los empleados de la panadería permanecen en permanente zozobra, debido a que existe una relación entre la deformación de los elementos estructurales y su seguridad por apariencia; artículo 78, 79 de la Constitución Política de Colombia."

Respuesta emitida por la Jefe Oficina de Prevención y Atención de Emergencias y Desastres ANA CRISTINA SALTARIN JIMENEZ, al señor JULIO RIBON ORTIZ, de septiembre 29 de 2014, en la cual concluye:

"De cualquier forma de acuerdo en lo observado en la visita de inspección realizada el día 29 de septiembre de 2014, esta oficina considera que la vivienda requiere reparaciones y/o mejoras por parte de sus propietarios y/o poseedores igualmente la Ley 1523 de 2012, estipula que todo ciudadano es responsable de la gestión del riesgo de acuerdo a lo contemplado en el artículo 2º..."

Diligencia de Restitución (Abreviado) del Inmueble ubicado en la Calle 38 No. 38- 02, local 1, local 2, local 3. Apto 1 Carrera 38 No. 37-36 de mayo 14 de 2014, llevada a cabo por la Inspección Tercera Especializada de Policía Urbana de Barranquilla, dentro de la cual se ordenó la designación del Perito JUAN CARLOS RAPALINO VALLE, quien determinó:

"¿Posibles causas que ocasionaron la deflexión de la losa del segundo piso, el agrietamiento de los muros del segundo piso?"

De acuerdo con inspección ocular realizada el día de la diligencia se pudo notar que hacen falta dos soportes estructurales de la losa en el área que muestra la deflexión; que para el tipo de edificación los soportes estructurales de las losas de entepiso y cubierta consisten de muros de carga en ladrillo doble en el primer piso del inmueble."

Prueba de Oficio, INFORME TECNICO DEL RIESGO, DEL 22 DE JULIO DE 2022, FUNCIONARIO QUE REALIZA LA VISITA, JOSE MANHATTAN OROZCO QUIROZ, en el cual se hacen las siguientes recomendaciones:

- Se recomienda remitir este informe a la Secretaría de Cultura para la actuación según su competencia.



- Realizar periódicamente mantenimiento preventivo a las cubiertas, muros, fachadas, pisos y demás componentes que conforman la estructura de este inmueble.
- Realizar limpieza a las canales y cubiertas de los techos en locales y demás, con el fin de que en épocas de lluvias, no se genere ningún riesgo por filtraciones de agua lluvia o desplome de cubiertas por humedad en su estructura.
- Realizar contención y cuidado al problema eléctrico debido a muchas redes eléctricas que se encuentran cerca a la pared de la fachada principal y están en gran cantidad y sin estar organizadas, esto puede provocar un cortocircuito y por ende un incendio.

Peritaje Técnico elaborado por el Ingeniero JOSE LUIS SANCHEZ FUENTES, de fecha 22 de julio de 2022, en el cual concluye:

“La estructura en 12 años no ha presentado más fallas que indiquen colapso o asentamientos por fallas en el terreno, por lo cual, en estos momentos podemos certificar que la construcción es estable y puede ser utilizada para la cual fue construida.”

Peritaje elaborado por el Perito FELIX ALBERTO GOMEZ BOVEA, a solicitud del Juzgado A-quo, para establecer los daños generados por la demolición de elementos de mampostería en el primer piso del local arrendado el 1º de diciembre de 2009, por el arrendatario aquí demandante.

Apreciando las pruebas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, tal como lo señala el artículo 176 del C.G.P. se ha de concluir que no se encuentra demostrado el incumplimiento por parte del demandado, del contrato de arriendo celebrado entre las partes en calidad de arrendador, ya que por el contrario, de las pruebas arrimadas se desprende que los locales materia del contrato de arrendamiento siguen siendo ocupados por diferentes arrendatarios, y de los peritajes allegados tanto por las partes como los decretados de oficio, se determina que si bien se trata de un edificio de más de 70 años, sus construcción es estable y puede ser utilizada para la cual fue construida.

Así mismo, se encuentra las recomendaciones que deben tenerse en cuenta, como las reparaciones y/o mejoras señaladas por la Oficina de Prevención y Atención de Emergencias y Desastres, por el Perito FELIX ALBERTO GOMEZ BOVEA, las cuales son para efectos de mantener en buen estado el inmueble, más no de ello de ello se pueda desprender, que el inmueble no se encuentra en condiciones habitables, que hagan imposible el cumplimiento de un contrato de arrendamiento, razones suficientes para confirmar el proveído impugnado.” **(Magistrada Sustanciadora: Dra. Carmiña Elena González Ortiz, Septiembre 5 de 2023, Radicado Interno: [44.437](#))**

SALA LABORAL

TIEMPOS COMPARTIDOS- Sumatoria de cotizaciones en el sector público y privado/
RELIQUIDACIÓN PENSIONAL- Procede el pago de las diferencias de mayor valor generadas sobre las mesadas pensionales ya canceladas/
RETROACTIVO PENSIONAL- Reconocimiento y pago



“De cara al asunto sometido a examen, se advierte que no constituyen puntos de controversia que (i) la demandante nació el 1 de enero de 1949; (ii) mediante Resolución No. GNR168178 del 9 de junio de 2016, le fue reconocida pensión de vejez en cuantía de salario mínimo, equivalente a fecha 1 de septiembre a \$644.350,00; (iii) el día 7 de octubre de 2016 se solicitó ante la entidad demandada reliquidación de la pensión de vejez reconocida, a efectos que sean tenidos en cuenta en el cálculo del IBL los aportes correspondientes a las semanas laboradas para los empleadores HERMANAS DE LA CARIDAD DEL CARDENAL SANCHA, GOBERNACIÓN DEL CESAR y el BANCO POPULAR, los cuales suman a su juicio un total de 458 semanas; (iv) la demandada COLPENSIONES a través de Resolución No. GNR394231 del 30 de diciembre de 2016, negó la solicitud de reliquidación pensional.

(...)

En el presente asunto, no es objeto de controversia que la parte demandante es beneficiaria del régimen de transición en mención, teniendo en cuenta que la pensión de vejez otorgada en sede administrativa se efectuó con base en dicha normativa, motivo por el cual se adentrará esta Sala de Decisión en el estudio del derecho prestacional de cara al Acuerdo 049 de 1990.

(...)

En cuanto a la sumatoria de tiempos públicos y privados para la configuración de la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia CSJ SL1981-2020, la cual fue reiterada en proveído CSJ SL4512-2021, modificó su criterio jurisprudencial frente a la improcedencia de aquello en el sentido de precisar que los beneficiarios del régimen de transición, a los que les sea aplicable el mencionado acuerdo, es procedente la acumulación de las semanas que hubieren sido prestadas en el sector público, con independencia si fueron o no cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones(COLPENSIONES), junto con aquellas que se cotizaron ante esta última entidad.

(...)

Descendiendo lo expuesto al caso que concita la atención de esta Corporación, se advierte que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en la Resolución No. GNR168178 de 9 de junio de 2016, a través de la cual reconoció la prestación cuya reliquidación se reclama, reconoció que la demandante “acredita un total de 4,023 días laborados, correspondientes a 574 semanas”, las cuales conforme a dicho acto administrativo se componen así:

Bajo este contexto, y teniendo de presente el problema jurídico formulado, se tiene que el punto de debate se circunscribe a la incorporación en la historia laboral las semanas correspondientes a los periodos laborados para HERMANAS DE LA CARIDAD DEL CARDENAL SANCHA, en el periodo que corre del 1 de febrero de 1975 al 30 de noviembre de ese mismo año; al igual



que el interregno laborado para la GOBERNACIÓN DEL CESAR en la calenda que va del 1 de marzo de 1973 al 2 de mayo 1974, y el periodo laborado para el BANCO POPULAR en el vínculo laboral que tuvo para con esta entidad desde el 3 de agosto de 1976 al 5 de junio de 1983.

Bajo tal contexto, encuentra esta vista pública que en efecto, esos periodos que reclama la promotora del proceso ordinario laboral, no aparecen reportados en la historia laboral, debiendo indicarse que en lo que respecta tanto a la GOBERNACIÓN DEL CESAR como al BANCO POPULAR, corresponde a tiempos laborados para el sector público, que conforme a los lineamientos jurisprudenciales citados en precedencia, y conforme al más reciente criterio acuñado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema permiten su sumatoria con los tiempos públicos, al amparo del régimen de transición previsto en ley 100 de 1993, para la aplicación de las normativas contenidas a su turno en el Acuerdo 049 de 1990.

Al respecto, respecto a lo concerniente a los periodos laborados para el BANCO POPULAR y que van del 3 de agosto de 1976 al 5 de junio de 1983 y que no figuran en la historia laboral de la actora como cotizados al extinto INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL hoy COLPENSIONES, en razón a la progresividad de cobertura de esa institucional en el territorio nacional, en virtud que para tal calenda, la demandante laboraba en el municipio de Mompos, lugar en el que la cobertura inició a partir de la expedición de la ley 100 de 1993, y cuyos aporte empezaron a registrarse en el año 1983 en razón al traslado laboral a la ciudad de Barranquilla de la demandante, ciudad en la que existía la cobertura del ISS para esa calenda, tal como consta en la certificación aportada en el libelo genitor y emitida por el BANCO POPULAR (folio 18 archivo 01Demanda del expediente digital). Igualmente se acompañó la demanda de sendos certificados CLEBP que dan cuenta de dicho vínculo, al igual que de los salarios constitutivos de la remuneración de la actora para ese periodo (folios 19 a 26 del archivo 01Demanda del expediente digital); de tal suerte que habrán de tenerse tal interregno como periodo laborado a efectos de la incorporación en su historia laboral, y el cálculo prestacional a que tiene derecho.

De otra parte, en lo relativo al vínculo laboral respecto a la GOBERNACIÓN DEL CESAR, que pretende la demandante se incorpore a su historia laboral, se tiene que se acompañó certificación emitida por el Jefe del Grupo de Gestión Documental del ente territorial en el que se certifica que la señora GRISELDA FUENTE SANTANA, laboró como empleada pública a la Gobernación del Departamento del Cesar en el cargo de Maestra en 2ª categoría, del 1 de marzo de 1973 al 2 de mayo de 1974 (folio 31 archivo 01Demanda del expediente digital); acompañado además del respectivo certificado CLEBP que da cuenta de tal hecho (folios 32 a 34 del archivo 01Demanda del expediente digital), de modo que tal tiempos deberán ser igualmente incorporados en la historia laboral para la reliquidación pensional reclamada por la actora, en lo que corresponde a la calenda que va del 1 de marzo de 1973 al 31 de enero de 1974, en atención a que conforme a la historia laboral se registra vínculo laboral con el Colegio Santo Tomás de Aquino a partir del 1 de febrero de 1974 hasta el 30 de noviembre de ese mismo año, de modo que existen tiempos simultáneos



laborados para esta entidad y para la Gobernación del César, conforme a los razonamientos esgrimidos con antelación.

Ahora bien, no ocurre lo mismo con el período reclamado por la promotora de la acción frente a su empleador HERMANAS DE LA CARIDAD DEL CARDENAL SANCHA, en los periodos que corren del 1 de febrero de 1975 al 30 de noviembre de ese mismo año, esto en razón a que si bien en la certificación emitida por el COLEGIO CARDENAL SANCHA se indicó que la demandante laboró para esa institución "como docente con contrato a término fijo inferior a un año de tiempo completo, desde el 01 de febrero hasta el 30 de noviembre de 1975", señalando como número patronal 01008207054, no menos cierto es que la certificación de aportes arribada y emitida por aportes en línea, los periodos en que tal documental se acreditan corresponden a los interregnos que corren del mes de enero a diciembre de 2003, interregnos que no se corresponden con la certificación emitida, ni en volumen ni en calenda, de allí que no sea posible tenerlo por admitido como tal, máxime si de la lectura de la historia laboral emitida por COLPENSIONES, igualmente se indica en las observaciones que tales pagos no se incorporan por no registrar afiliación de tal relación laboral.

Teniendo en cuenta las probanzas arribadas al proceso y los periodos reconocidos por esta vista pública, la historia laboral de la señora GRISELDA FUENTES SANTANA puede sintetizarse así:

Así las cosas, encuentra la Sala que existen elementos que traslucen la procedencia de la reliquidación deprecada por el actor, en el entendido que deben sumarse los periodos antes reseñados para la cuantificación del IBL y a su turno, igualmente, en los guarismos que corresponden a la tasa de reemplazo a aplicar, se advierte que también genera afectación, en el entendido que de cara a las semanas acreditadas al momento del reconocimiento, dicha tasa de reemplazo correspondería al 48% del IBL, con los nuevos cálculos, dicha tasa debería ser del 72%.

Ahora bien, esta Sala de Decisión observa que la parte demandante, además del pago de las diferencias de mayor valor generadas sobre las mesadas pensionales ya canceladas, también solicita el pago íntegro del retroactivo pensional nunca reconocido y pagado por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES), sin embargo, por haberse propuesto la excepción perentoria de prescripción, la misma será estudiada primero, a efectos de determinar el eventual acaecimiento de este fenómeno extintivo sobre las mesadas y diferencias pensionales pretendidas en la Litis.

(...)

No es objeto de discusión en esta instancia que la demandante causó su derecho en fecha 1 de enero de 2004, calenda en la cual cumplió los 55 años, y que conforme a los relieves argumentales esgrimidos, tenía causado su derecho, al registrar para esa fecha la densidad de semanas cotizadas requeridas para su reconocimiento; sin embargo el derecho pensional en sede administrativa le fue reconocido en el año 2016, con retroactividad al 1 de septiembre de 2015, mientras que la solicitud de reliquidación de su prestación económica fue elevada el día 7 de octubre de 2016, al tiempo que la demanda fue presentada conforme al acta individual de reparto



el día 9 de noviembre de 2016, y surtió los efectos previstos en el artículo 94 del Código General del Proceso, y que entre dichas calendas no transcurrieron más de 3 años; de tal suerte que se advierte no se encuentra afectado por el fenómeno prescriptivo, por lo que la reliquidación de las mesadas a que habrá lugar, deberá contabilizarse desde el 1 de septiembre de 2015.

Reliquidación de la Pensión de Vejez y retroactivo pensional

Con base en lo anterior, este cuerpo colegiado, en acompañamiento del actuario adscrito a esta Corporación, procedió a efectuar los respectivos cálculos de reliquidación de mesada pensional y el respectivo retroactivo causado, con base en los datos antes enunciados, (...).”

(...)

De este modo, y en virtud de las consideraciones antes esgrimidas, la Sala revocará la decisión adoptada por el juzgador de instancia, para en su lugar declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, y en su lugar disponer la reliquidación pensional reclamada y el reconocimiento del retroactivo antes calculado.” **(Magistrado Sustanciador: Dr. Diego Guillermo Anaya González, Septiembre 29 de 2023, Radicado Interno: [61.563-A.](#))**

PRESTACIONES SOCIALES- No se encuentran acreditadas las condiciones para proceder a reliquidación/ **MEDIOS DE PRUEBA DOCUMENTALES-** Demuestran que las cotizaciones se realizaron conforme a ley

“Examinado el expediente de la referencia, se avizoraron las siguientes pruebas documentales aportadas por el demandante: (i) Estado de cuenta en Cesantías emitida por Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A (Documento 04AnexosDemandaNuevo fl. 2-3), (ii) Resolución No. 003688 de 2007 emitida por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, mediante el cual se reconoce pensión de vejez (Documento 04AnexosDemandaNuevo fl. 4), (iii) Reporte de semanas cotizadas en el periodo 1967-1994 emitido por el Instituto del Seguro Social (Documento 04AnexosDemandaNuevo fl. 5), (iv) Relación de novedades de aportes mensuales emitido por el Instituto de Seguro Social (Documento 04AnexosDemandaNuevo fl. 6-9), (v) Liquidación de prestaciones sociales firmado por el demandante y la demandada (Documento 04AnexosDemandaNuevo fl. 10), (vi) Constancia de no conciliación ante el Ministerio del Trabajo efectuada el 22 de enero de 2008 (Documento 04AnexosDemandaNuevo fl. 11-12), Certificado de existencia y representación legal (Documento 04AnexosDemandaNuevo fl. 13-16), (vii) Liquidación de nómina emitida por Camiones y Remolques LTDA durante el año 2004, 2005 y 2006 (Documento 04AnexosDemandaNuevo fl. 17-21), (viii) Constancias Laborales emitidas por Camiones y Remolques LTDA el 31 de julio de 2006 y 17 de octubre de 2007 (Documento 04AnexosDemandaNuevo fl. 22- 23), (ix) Modificación de resolución No. 003688 de 2007 emitida por el Instituto de Seguros Sociales el 13 de julio de 2009 Documento 04AnexosDemandaNuevo fl. 25-27).



Sobre la materia en controversia, debe precisarse inicialmente que el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, expresa que, durante la vigencia del vínculo laboral o de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias al subsistema de pensiones por parte de los afiliados, empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que éstos devenguen. A su vez, el artículo 18 ibídem, expresa que la base para calcular las mentadas cotizaciones será el salario mensual.

Para abordar el tema bajo escrutinio, resulta oportuno traer a colación lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en proveído CSJ SL671-2021, acerca del Ingreso Base de Cotización:

“a) Ingreso base de cotización (IBC)- salario mensual de base de cotización

El ingreso base de cotización, en términos generales lo constituye el salario mensual. Para efectos de los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo, en tanto que, para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

Antes de la Ley 100 de 1993, se conocía como salario mensual de base, el que correspondía a la Tabla de Categorías, según el salario mensual reportado por el empleador, para efectos de los aportes y liquidación de prestaciones económicas.

Ahora bien, si nos referimos al ingreso base de cotización en tratándose de pensiones, con vocación de ser compartidas, este será el valor de la pensión que se encuentre cancelando y que se vaya a compartir.

(...)

Acudiendo a las normas aplicables al otrora Instituto de Seguros Sociales, en el Decreto 433 de 1971, artículo 311, se estableció que la cotización era una de las fuentes financieras para el pago de las prestaciones, cuya base de se sustenta sobre la remuneración, esto es, el salario que se percibe por la prestación del servicio o, (...), así:

ARTICULO 311. Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero, y los servicios sociales que se llegaren a establecer, correspondientes a los seguros sociales y los gastos de administración de los mismos, serán obtenidos así:

a). Mediante cotización que deberán pagar los trabajadores asalariados y todos los que perciban retribución por los servicios prestados bajo la subordinación de otra persona, siempre que no fueren ocasionales ni ajenos a la actividad de la empresa. La cotización laboral se pagará sobre la remuneración total que por concepto de salario o de otras retribuciones de carácter ordinario y normal, perciba el trabajador en razón de tales servicios. Esta cotización se destinará al financiamiento del Seguro social establecido en beneficio de este grupo de asegurados;

b). Mediante cotización a cargo de la persona natural o jurídica a la cual o por cuya cuenta el trabajador presta el servicio, que se pagará sobre la remuneración total que por concepto de salario o de otras retribuciones de carácter ordinario y normal, perciba el trabajador en razón del servicio



prestado. Esta cotización se destinará al financiamiento del seguro social establecido en beneficio de los trabajadores asalariados;

c). Modificado en lo pertinente por el Decreto 1935 de 1973, artículo 41. Mediante cotización sobre los ingresos de los trabajadores independientes y de los autónomos o pequeños patronos que será pagada por éstos, siempre que tales ingresos tuvieren carácter de regularidad o fueren controlables individualmente. Dicha cotización será señalada de acuerdo con la capacidad económica de los respectivos sectores o grupos de ella población económicamente activa, y se pagará en la forma y en la cuantía que se determinen en atención a las prestaciones y servicios de los seguros sociales que se otorguen al correspondiente grupo de población económicamente activa.

d). Mediante cotización sobre los ingresos globales o sobre la base económica relativa a la naturaleza o a las condiciones de trabajo de los grupos de población económicamente activa, cuyos medios de vida no tengan el carácter de periódicos ni permanentes, cotización que se fijará de acuerdo con la capacidad económica del respectivo grupo y en atención a los servicios de seguros sociales que se les otorgue. [...] efectos de la compartibilidad pensional, por el monto de la mesada reconocida por el empleador."

Precisado lo anterior, es pertinente analizar lo pretendido por el demandante dentro del proceso de estudio, en el cual señaló que, durante su vinculación laboral con la demandada existieron una serie de irregularidades frente a las cotizaciones realizadas a su seguridad social, y que ello, resultaba claro al realizar una comparativa salarial de las cotizaciones durante los periodos 1987- 2005 y 2006-2007.

Al respecto, resulta oportuno precisar, que a voces del artículo 167 del CGP, las partes deben probar los efectos jurídicos de los hechos que persiguen, por tanto, se trae a colación la postura establecida por la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL170 del 27 de enero de 2021, respecto al PRINCIPIO ONUS PROBANDI:

"En todo caso y por amplitud, debe recordar la Sala, que por cuenta del art. 177 del CPC –vigente para entonces- hoy art. 167 del CGP, quien pretende un derecho tiene la carga de alegar y probar los hechos que lo producen, pues, de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado"

A su vez, el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, concede a los jueces de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, y de esta forma llegar a un convencimiento acerca de los hechos objetos de controversia con base en aquellas que los persuaden mejor sobre el cual es la realidad del asunto. Lo anterior sin dejar de lado los principios que informan la sana crítica de la prueba y atendiendo



las circunstancias relevantes del litigio y la evolución de las conductas de las partes durante su desarrollo.

Así pues, se tiene que la parte demandante poseía la carga probatoria de demostrar que percibía una remuneración mayor a la prevista en su reporte de semanas cotizadas al subsistema de pensiones, a fin que sus pretensiones resultaren acogidas en sede judicial, no obstante, del acervo probatorio arrojado a la Litis no se avizoran desprendibles, comprobantes, colillas de pago u otro tipo de documento que permitiese observar el salario mensual de la parte demandante durante los ciclos reprochados, como tampoco media confesión judicial de la pasiva sobre este tópico, a pesar que éste elemento resulta imprescindible para determinar la prosperidad de las peticiones perseguidas en el litigio.

Respecto a las pruebas tenidas en cuenta por la Jueza de Primera Instancia para fijar los salarios correspondientes a los períodos de tiempo ya señalados; las cuales fueron el estado de cuenta en Cesantías emitida por Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A, Resolución No. 003688 de 2007 emitida por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, mediante el cual se reconoce pensión de vejez, relación de novedades de aportes mensuales emitido por el Instituto de Seguro Social y constancias laborales emitidas por Camiones y Remolques LTDA el 31 de julio de 2006 y 17 de octubre de 2007, no resultan de recibo por parte de esta Corporación a fin de establecer, por sí solas, el ingreso base de cotización bajo el cual debían realizarse aportes al subsistema de seguridad social en materia pensional para el período comprendido entre 1999 a 2005, por cuanto dichas documentales no permiten entrever el salario que mensualmente percibía el demandante, a fin de imputarle un valor distinto de cotización sobre los ciclos que mes a mes se encuentran reflejados en su historia laboral, tal como lo asentó en su recurso de apelación la parte demandada.

Por otra parte, en aras de poseer mayor claridad frente al caso de estudio, la presente corporación de conformidad con el artículo 83 del C.P.T.S.S requirió el día 3 de agosto de 2022 a la demandada Camiones y Remolques S.A.S., a fin de que aportara al proceso de manera digital copia de desprendibles o comprobantes de nómina o cualquier tipo de documento que evidenciara el salario devengado por el actor del proceso durante los periodos de tiempo comprendidos entre 1985 a 2005; frente al cual se recibió respuesta por parte de la misma el día 9 de agosto de 2022, informando que, inicialmente si bien la documentación relacionada a la contabilidad de la empresa se efectuaba de manera manual, fue desplazada por diversos Softwares, generando en consecuencia que la documentación requerida fuese “dada de baja de acuerdo con las normas establecidas sobre el archivo de documentos contables en su momento”; imposibilitando en tal sentido, el análisis de la remuneración alegada.

En consecuencia, se revocará la decisión de primer grado y, en su lugar, absolverá a la entidad demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.” **(Magistrado Sustanciador Dr. Diego Guillermo Anaya González, Septiembre 29 de 2023, Radicado Interno: [71.244-A](#))**

.....



CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO- Prórrogas/ **ACCIDENTE DE TRABAJO-** Reportado y atendido por la respectiva ARL/ **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-** Improcedencia/ **JUSTA CAUSA PARA DESPEDIR-** Se encuentra acreditada en el plenario

“En primer lugar, es de anotar que, dentro del presente asunto, no es punto de discusión la fecha de ingreso del demandante (18 de febrero del 2008), el vínculo contractual entre el actor y las empresas SODEXO S.A. y ALMACENES ÉXITO S.A., siendo este, un contrato a término fijo inferior a un año, (folio 88 del archivo 14, del expediente digital), así como tampoco el cargo desempeñado por el demandante, siendo este, el de auxiliar de labores u oficios varios. Aunado a ello, no se controvierte que el demandante el 18 de septiembre de 2014, sufrió un accidente de trabajo realizando una actividad directa de su cargo y que dicho accidente fue reportado a la ARL SURA.

Indistintamente, no es punto de controversia que el demandante fue despedido el 31 de julio de 2017, tal y como fue probado con la carta de terminación de contrato laboral por vencimiento de término pactado (folio 311, del expediente digital).

Ahora bien, lo que resulta ser motivo de disputa en esta instancia es, si el demandante al momento de la terminación del contrato laboral se encontraba bajo la protección del estado de debilidad manifiesta, y si la razón del despido aduce a una causal objetiva o una justa causa.

Con respecto a lo antes mencionado, se analizará inicialmente el hecho del vínculo contractual del actor con la demandada ya que, este fue a través de contrato a término fijo, inferior a un año, el cual tiene como fecha de inicio labores, el 18 de febrero de 2008 hasta el 31 de julio de 2008, prestando el cargo de auxiliar de labores u oficios varios en ALMACENES EXITO S.A., mismo, que fue prorrogado, destacándose que no se discute en el proceso que el contrato fue prorrogado automáticamente, por una ocasión, en virtud del numeral 2 del artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece: “2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.”

Para ello, debe de ponerse de presente que el empleador cuenta con libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley. Y, la vinculación de los trabajadores a través de contrato a término fijo goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, desarrolla y termina conforme lo establecen con claridad, entre otros, los arts. 55 y 61 del CST (CSJ SL3535-2015).

En atención a lo antes mencionado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que se trata de una modalidad a través de la cual se contrata al trabajador por un tiempo determinado y estipulado previamente en el contrato el cual, se sujeta a los precisos límites normativos, de modo que, si el empleador considera que ya no requiere los servicios de su



trabajador contratado en condiciones de temporalidad, debe así informárselo mediante preaviso con treinta días de antelación al plazo pactado (CSJ SL3535-2015), éste se entenderá renovado por un periodo igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente, ello en atención a lo establecido en los artículos previamente mencionados.

Al respecto, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en sentencia SL5262- 2021, reiteró su sentada posición, indicando que:

“Pues bien, debe iniciar la Corte por recordar que está previsto que el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley. Y, la vinculación de los trabajadores a través de contrato a término fijo goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, desarrolla y termina conforme lo establecen con claridad, entre otros, los arts. 46, 55 y 61 del CST (CSJ SL3535-2015). Señala además la Corporación que se trata de una modalidad a través de la cual se contrata al trabajador por un tiempo determinado y estipulado previamente en el contrato el cual, se sujeta a los precisos límites normativos, de modo que, si el empleador considera que ya no requiere los servicios de su trabajador contratado en condiciones de temporalidad, debe así informárselo mediante preaviso con treinta días de antelación al plazo pactado (CSJ SL3535-2015).” (Subrayado y negrita propios de la Sala)

En virtud de lo anterior, y descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala, se tiene que, dentro de las documentales aportadas al proceso, se encuentra, allegado por la demandada, misiva de no prórroga de contrato a término fijo, de fecha 23 de marzo del 2017 (folio 311 del expediente digital), pues se itera, se comprueba con la documental aportada, que la empresa SODEXO S.A., informó al señor DONIS DE JESUS ARCON POLO, lo siguiente:

“Le comunicamos que el contrato de trabajo que usted celebró con la compañía vence el próximo 31 de julio de 2017 y el mismo no será renovado.

De esta manera damos cumplimiento al preaviso que exige la ley, es decir le avisamos con 30 días de antelación a la fecha de vencimiento de su contrato.

Le solicitamos pasar por la oficina de admón. de recursos humanos, para que reclame la liquidación definitiva de prestaciones sociales, así como la orden para que se practique el examen médico de retiro y el reporte de pago de los tres últimos meses al sistema de seguridad social”.

Respecto al escrito de no prórroga, observa esta Corporación que, además de haber sido aportada por la parte demandada SODEXO S.A., en la que ponen de conocimiento la decisión de no prórroga del contrato a término fijo inferior a 1 año, se vislumbra que, si bien no fue firmada por el actor, de ella se extrajo la firma de dos testigos quienes señalaron lo siguiente: *“Aquí los firmantes somos testigos que el señor Donis Arcón Polo tiene conocimiento del contenido presente documento que fue leído y se niega a firmar”*, mismo que no fue punto de apelación.

Por tal motivo, al haber sido notificado en dicha fecha, de la decisión tomada por la demandada de no prorrogarle el contrato de trabajo que finalizaba el 31 de julio del 2017, otea este Tribunal que, entre ambas



calendas, existe un término superior al establecido en la Ley para este tipo de comunicaciones, es decir, no inferior a 30 días, en tal sentido, es inexorable para la Sala concluir, que la finalización del vínculo laboral obedeció al cumplimiento del término pactado, y contrario a lo afirmado por la parte actora no se debió a un despido sin justa causa.

Es así, que, por el hecho de que dicho contrato a término fijo se prorrogue varias veces, este no pierde su naturaleza, (CSJ SL, 25 sep. 2003, rad. 20776; CSJ SL, 5 may. 2006, rad. 27034) y que su culminación por el vencimiento del plazo fijo pactado no se equipara al despido sin justa causa, en cuanto esa causal constituye un modo legal de terminación con arreglo a lo previsto en el artículo 61 del CST (CSJ SL, 25 sep. 2003, rad. 20776; CSJ SL, 10 may. 2005, rad. 24636; CSJ SL, 27, abr. 2010, rad. 38190; CSJ SL, 8 feb. 2011, rad. 37502, SL15610 de 2016).

Establecido lo anterior, esta Sala ha de pronunciarse a lo manifestado por el actor en su recurso de alzada, esto que goza de protección laboral con relación a su estado de salud, a raíz del procedimiento quirúrgico realizado en fecha 13 de enero de 2015 con ocasión al accidente laboral acontecido el 18 de septiembre de 2014, y en la actualidad cuenta con material metálico dentro de su humanidad, información que se corrobora de la Epicrisis realizada por la CLINICA BAUTISTA de fecha 11 de septiembre 2015, bajo el radicado N° 12630260 (folio 83 del archivo 2, expediente digital. Sin embargo, en relación a la condición progresiva aludida por el convocante a juicio, que le impide su función motora y la debida ejecución de sus funciones al cargo de aseo prestado a la empresa demandada, no se vislumbra dentro del expediente material probatorio que indique la existencia de secuelas o deficiencias de mediano y largo plazo establecidas en Sentencia SL1152 de 2023, en torno a la nueva línea jurisprudencial trazada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo este, la pérdida de la protección de estabilidad laboral reforzada.

Así mismo, La Corte ha establecido que en un proceso judicial en el que se alega el fuero de salud, a las partes les concierne lo siguiente:

- Para solicitar el amparo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el trabajador debe demostrar que tenía una discapacidad (deficiencia más barrera laboral, en los términos previamente descritos) y que el empleador conocía tal situación al momento del retiro o que era notoria.
- Para desestimar la presunción de despido discriminatorio, al empleador le corresponde probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador. Igualmente, puede acreditar que se cumplió una causal objetiva, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.

Resaltando esta Corporación que el empleador puede terminar el vínculo contractual ante la existencia de una causa objetiva o justa causa y teniendo en cuenta que a la Luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad también debe demostrar la realización de los ajustes razonables, o que, no los hizo por ser desproporcionados o irrazonables, esto en relación al nuevo modelo social de discapacidad, postura actualmente vigente por la Corte Suprema de Justicia, Sala de



Casación Laboral, desde el 10 de mayo del 2023, en sentencias SL1152-2023, SL1184-2023 entre otras.

De igual manera, debe mencionar que, al margen de la nueva postura que se ha implementado a fin de establecer los términos de la estabilidad laboral reforzada, se ha puntualizado que el empleador conserva, la facultad de terminar el contrato de trabajo con sustento en una causa justa u objetiva y, para tal efecto, no es necesario que solicite autorización al Ministerio de Trabajo, trámite, que solo se requerirá cuando el despido tenga una relación directa con la situación de discapacidad y no sea posible implementar ajustes razonables.

Corolario a lo anterior, dentro del plenario, no se percibe ningún elemento que permita evidenciar que la terminación de la relación de trabajo no se dio en contexto legal del cumplimiento del plazo legal previsto para ello, toda vez que, dentro del material probatorio aportado y el interrogatorio rendido por la parte actora, se corroboró que, la empresa demandada luego de finalizar la última incapacidad del demandante, tuvo de presente las recomendaciones médicas ordenadas por el médico tratante, en ocasión a la reubicación de su puesto de trabajo e inclusive, se demostró que, al momento de la terminación del vínculo laboral el señor DONIS DE JESUS ARCON POLO no se encontraba incapacitado ni mucho menos contaba con recomendaciones vigentes. Denotando así que dicho despido fue con ocasión a una causa objetiva.

Colofón de lo antes reseñado, puede decirse que el despido no devino por una conducta discriminatoria derivada del estado de salud del actor, sino que se produjo por la ocurrencia de una causal objetiva de terminación del vínculo, art 61 C.S.T., liberal C. "Por expiración del plazo fijo pactado", cumpliendo así, con la obligación normativa de comunicarle al actor dicha información dentro del término estipulado para ello, como se encontró comprado en los párrafos iniciales de estas consideraciones." **(Magistrado Sustanciador Dr. Fabian Giovanny Gonzalez Daza, Septiembre 29 de 2023, Radicado Interno: [70.576](#))**

SALA PENAL

ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS- Procedencia/ Concurso de conductas punibles/ **SENTENCIAS CONDENATORIAS EJECUTORIADAS-** En estos eventos el legislador con fines de limitación hace una acumulación para la determinación de la punibilidad

"En el sub lite el problema jurídico orbita alrededor de determinar la legalidad de la acumulación de penas realizada por el A quo, por cuenta de las sentencias condenatorias ejecutoriadas impuestas al recurrente por el (i) Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Marta en el radicado 470013-107-001-2011-00009-00- Referencia Interna: CUE 6502 por los delitos de homicidio en persona protegida, tortura, desaparición forzada y concierto para delinquir agravado; (ii) Juzgado Penal del Circuito de Fundación (Magdalena) en el radicado 47288-31- 04-001-2016-00190-00 Referencia Interna: CUE 20393 por el delito de desplazamiento forzado



agravado; (iii) Juzgado Primero Penal Especializado de Santa Marta en el radicado 47001-31-751-2015- 00010-00 - Referencia Interna: CUE 20103 por los delitos de desplazamiento forzado, acceso carnal abusivo con menor de 14 años, acto sexual violento, secuestro y hurto calificado agravado; (iv) Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ciénaga (Magdalena) en el radicado en el radicado dentro del, 47189-31-04-02-2016-00237-00 - Referencia Interna: CUE 22927 por el delito de homicidio agravado; (v) Juzgado Penal del Circuito de Fundación (Magdalena) en el radicado 47288-31-04-001-2014-00162-00 - Referencia Interna: CUE 21795 por el delito de desplazamiento forzado; (vi) Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado en Descongestión de Santa Marta en el radicado 47001-31-07-752-2015-00150-00 - Referencia Interna: CUE 23389 por los delitos de homicidio agravado y desplazamiento forzado (vii) Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el radicado 31-04-001-2019-00127-00 - Referencia Interna: CUE 24753 por los delitos de deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil y del (viii) Juzgado Penal del Circuito de Fundación (Magdalena), en el radicado 47288-31-04-001-2017-00280- 00 - Referencia Interna: 21964 por los delitos de homicidio en persona protegida en circunstancia de mayor punibilidad en concurso heterogéneo con secuestro simple, que el funcionario determinó en cincuenta y ocho punto treinta y tres años (58.33) años de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de veinte (20) años y la multa en cuantía equivalente a seis mil veinticinco (6.025) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

2.- El instituto de la acumulación jurídica de penas, según lo define la Honorable Corte Constitucional es "...un mecanismo de dosificación punitiva vinculado, en principio, al fenómeno del concurso de conductas punibles, cuya finalidad consiste en establecer, con fines de limitación, un criterio razonable para la determinación de la punibilidad en eventos de concurso ideal o material de delitos.

Este mecanismo se opone al sistema de acumulación aritmética de las penas, en virtud del cual se impondrían tantas penas como delitos cometidos...".

3.- Tal mecanismo se encuentra regulado de manera idéntica tanto para el sistema inquisitivo de la Ley 600 de 2000 como para el sistema penal con tendencia acusatoria de la Ley 906 de 2004, vigentes en los artículos 470 y 460 respectivamente, así: (...).

4.- Lo anterior permite señalar que ambos sistemas procedimentales exigen en esencia las mismas condiciones o circunstancias para la acumulación jurídica, pudiendo estas decantarse en las siguientes reglas, así: i) que contra una misma persona se haya proferido sentencias condenatorias en diferentes procesos y las mismas estén ejecutoriadas; ii) que las penas a acumular sean de igual naturaleza; iii) que los delitos no se hayan cometido con posterioridad al proferimiento de la sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos; iv) que las penas hayan sido impuestas por razón de delitos cometidos por la persona mientras no se encontraba privada de la libertad; v) que las penas no estén ejecutoriadas



y no se encuentren suspendidas, y finalmente vi) que la pena resultante no supere la suma aritmética de la penas acumuladas ni sea superior a sesenta (60) años de prisión, cuando se trata de delitos juzgados bajo la égida de la ley 906 de 2004.

4.1.- Ahora bien, frente a los asuntos tramitados por la Ley 600 de 2000, no resulta oponible la acumulación teniendo como tope máximo los 60 años antes descritos, en tanto, ese aumento, fijado en el artículo 1° de la Ley 890 de 2004 que modificó el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, debe aplicarse, en virtud del principio de legalidad [artículo 6 ibídem], a la fecha de la comisión de la conducta punible, independiente del sistema procesal por el cual se realice su juzgamiento, tal como lo definió la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia al señalar:

“...En efecto, no es cierto que el límite legal de la pena de prisión aplicable en este asunto sea el previsto en el texto original artículo 37-1 de la Ley 599 de 2000, es decir, “cuarenta (40) años”, pues contrario a su parecer, dicha norma fue modificada por el artículo 2° de la Ley 890 de 2004, el cual fijó un nuevo límite de “cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso” de conductas punibles, que a voces del artículo 31 (también reformado por la Ley 890) fija un extremo para este evento de “sesenta (60) años”.

Es necesario señalar al respecto, que contrario a lo afirmado por el impugnante, el aumento de la pena máxima estipulado en el artículo 2° de la Ley 890 de 2004, modificadorio del artículo 37 del Código Penal, se aplica para todos los delitos cometidos a partir de la vigencia de la ley en cita, independientemente de si su juzgamiento se rige por el Estatuto Procesal Penal de 2000 o por la Ley 906 de 2004.

Al respecto baste recordar que el artículo 15 de la Ley 890 de 2004 fija la fecha de su entrada en vigor sin hacer distinción alguna al respecto.

No es posible atender entonces la afirmación del recurrente en punto de que se debía aplicar por favorabilidad el texto original del artículo 37 del Código Penal al dosificar la pena en el caso de la especie, pues no puede perderse de vista que los hechos objeto de juzgamiento ocurrieron el 24 de diciembre de 2006, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 890 de 2004 e, igualmente, resulta intrascendente que para la fecha de lo sucedido no estuviera vigente la Ley 906 de 2004 en el Distrito Judicial de Sincelejo, amén de que se trata de una norma que modificó la parte general del Código Penal.

5.- El a quo señaló como pena más grave la impuesta por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Marta en el radicado 470013- 107-001-2011-00009-00- Referencia Interna: CUE 6502 por los delitos de homicidio en persona protegida, tortura, desaparición forzada y concierto para delinquir agravado, que es equivalente a trescientos cincuenta y un (351) meses de prisión y multa de dos mil doscientos cincuenta (2250) salarios mínimos mensuales legales vigentes, resaltando que, los hechos generadores de esta actuación tuvieron ocurrencia el veintitrés (23) de febrero de dos mil seis (2006), cuando se encontraba en vigencia la Ley 890 de 2004, por esa razón el aumento del otro tanto tendría como tope sesenta (60) años de prisión,



de conformidad con el artículo 31 del C.P., luego de la cual sumó los aumentos fijados para cada una de las siete (7) sentencias previamente individualizadas en la forma antes vista, obteniendo como resultado trescientos cuarenta y nueve meses (349) y catorce (14) días, que, al adicionar a la pena base arrojó el total de cincuenta y ocho punto treinta y tres años (58.33) años de prisión ó seiscientos noventa y seis meses y nueve punto nueve (9.9) días de prisión, que es inferior al doble de la pena más grave y al máximo de 60 años de prisión.

6.- Al verificar los reparos del recurrente, advierte la Colegiatura que los mismos se centran frente a la determinación del quantum de las sanciones impuestas en la acumulación jurídica de las penas, demandado una pena menor, para ello arguye la presunta omisión en valorar la colaboración que ha tenido con la administración de justicia, su comportamiento durante su reclusión, así como las consideraciones de la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia en los proveídos del treinta (30) de abril de dos mil catorce (2014) dentro del radicado 41350 -SP5420/2014 y diez (10) de diciembre de dos mil quince dentro del radicado 47158.

7.- Por el contrario, la Sala considera que el A - quo si tuvo en cuenta el precedente vertical obligatorio fijado establecer el quantum del aumento, pues no solo valoró el comportamiento pasado de CESAR AUGUSTO VILORIA MORENO, sino también, de conformidad con la sentencia (s) condenatoria (s), la calidad en que intervino en la comisión de los delitos, en tanto sostuvo que la aflicción punitiva estatal se derivó de la consecuencia en su actuar como comandante de una facción de las denominadas autodefensas unidas de Colombia. Incluso, al referirse del incremento por cada una de las sentencias, hizo alusión a cada uno de las conductas, con especial énfasis en la gravedad de estas, refiriéndose a la afectación a la sociedad y en especial a las víctimas directas de los homicidios en persona protegida, homicidio agravado por cuenta de una ejecución extrajudicial o falso positivo, desplazamiento forzado de campesinos, el acceso carnal abusivo en contra de un menor de 14 años, siendo este sujeto de especial protección constitucional.

8.- Es decir, el incremento del otro tanto por cuenta de cada una de las sentencias acumuladas no resulta arbitrario, ya que, además de observar los parámetros legales y jurisprudenciales, como hemos dicho, la pena resultante es inferior al doble de la pena base, no superó la suma aritmética de las penas a acumular, ni el tope máximo de sesenta(60) años de prisión.

9.- De otro lado, frente a la alegación de su buen comportamiento durante el término de condena, considera la Colegiatura que tal aspecto podría tener incidencia para efectos de un beneficio administrativo o de una redención por trabajo o estudio pero no resulta dable considerar ello como factor determinante frente a la acumulación jurídica de penas.

9.1.- En efecto, sobre este particular encontramos que la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia señaló que “la pena fijada al momento de la acumulación jurídica, se deduce, por remisión, de los fundamentos jurídicos y fácticos de las sentencias que van a ser unificadas”;



de donde se sigue que legal y jurisprudencialmente no tiene cabida en este trámite verificar la conducta intracarcelaria del penado, como este erradamente alega; veamos:

"...no se hace en abstracto. Tiene fundamento en la clase de delito cuya pena va a ser acumulada. Lo que en ese momento juzga el sentenciador, es un comportamiento pasado. La adición punitiva tiene como referentes el delito cometido, las circunstancias en que se produjo y las condiciones personales de su autor. La pena fijada al momento de la acumulación jurídica, se deduce, por remisión, de los fundamentos jurídicos y fácticos de las sentencias que van a ser unificadas..."

10.- Finalmente, especial atención merece el argumento vertido por el penado frente a la ausencia de responsabilidad en la conducta contra la libertad e integridad sexual, en la medida en que esta etapa procedimental no es el escenario para debatir aspectos relacionados con la autoría o participación dado que ello es propio del enjuiciamiento.

11.- En conclusión para la Sala los argumentos del censor no tienen arraigo en el ordenamiento jurídico, ni la fuerza suasoria necesaria para controvertir la sustentación hecha por el Juzgado de primera instancia. Así mismo quedo claro la legalidad del procedimiento realizado por el A quo para la selección de la pena más grave, posteriormente la determinación del monto de cada una de las penas (7) que se acumularían a esta, así como que el guarismo resultante no excede el otro tanto, ni la suma aritmética de las mismas, mucho menos la pena máxima de 60 años, todo lo cual respeta los principios de legalidad, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las penas, en especial los artículos 31 y 59 del C.P., para que al final del largo tratamiento penitenciario sea una persona que pueda reintegrarse a la sociedad y respetuosa de la ethos del derecho penal." **(Magistrado Sustanciador Dr. Luigui José Reyes Núñez, Septiembre 21 de 2023, Radicado Interno: [2022-00115-P-RN](#))**

ESTIPULACIONES PROBATORIAS- Acuerdo entre la fiscalía y la defensa sobre aspectos de la comisión del delito que se tienen como demostrados/

CONDICIONES DE MARGINALIDAD- No se acreditaron en el proceso como circunstancias de menor punibilidad

"4.- Los problemas jurídicos que se derivan del recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica contra la sentencia de primer grado dictada el 14 de marzo de 2023, se contraen a determinar (i) si en efecto el juez de primer nivel tergiversó las estipulaciones probatorias celebradas entre las partes, particularmente, la atinente a la marginalidad del procesado, (ii) si el juez de primer nivel erró al negar el reconocimiento de la circunstancia de menor punibilidad de que trata el artículo 56 del Código Penal, en todo caso (iii) sí es procedente declarar la prescripción de la acción penal y la preclusión de la investigación por la extinción de la acción penal.

5.- Sin más preámbulo la Sala advierte que la razón en este sesudo asunto se encuentra de parte del juez de primer nivel, como se verá a continuación.



- Sobre la presunta tergiversación de las estipulaciones probatorias.

6.- En primer lugar, recordemos que los hechos investigados se verificaron el día 26 de septiembre de 2017, cuando siendo aproximadamente las 21:05 horas, a la altura de la carrera 15 con calle 30 de esta ciudad, el señor RICARDO MIGUEL HERNÁNDEZ OVIEDO, sin permiso de la autoridad competente, portaba en la pretina del pantalón un arma de fuego tipo artesanal de color niquelado, cuerpo de hierro con cache de madera, lo que derivó en su captura en situación de flagrancia, posteriormente, se determinó que el arma era apta para producir disparos.

7.- En el presente caso, revisado el registro de audio y video de la audiencia preparatoria celebrada el día 29 de enero de 2020, se otea que, luego de perfeccionarse el descubrimiento probatorio y de que las partes enunciaran las pruebas que pretendían hacer valer en el juicio, la otrora Juez de conocimiento indagó si estas tenían interés en hacer estipulaciones, ante lo cual el señor fiscal respondió afirmativamente y detalló los convenios, así: (...).

8.- De igual modo, el día 19 de septiembre de 2022, se instaló la audiencia de juicio oral, en la que, la Fiscalía presentó su teoría del caso, la defensa por su parte, se abstuvo de presentar alegatos iniciales y el nuevo juez titular del Despacho de primer nivel, recordó las estipulaciones probatorias y sus soportes así: (...).

(...)

10.- En lo que es materia de apelación, cabe resaltar entonces que, las partes estipularon en la audiencia preparatoria y así fue ratificado por el señor Fiscal en el juicio oral, con el beneplácito de la defensa, que se daba por probado entre otros aspectos, la marginalidad del procesado RICARDO MIGUEL HERNÁNDEZ OVIEDO. Al respecto, el señor fiscal en la audiencia preparatoria, indicó que, esa estipulación se concretó en razón a que la captura del acusado con un arma de fuego de fabricación hechiza o artesanal ocurrió en el sector del barrio Rebolo y al arraigo del procesado en esa comunidad de bajo estrato socio económico, de contera, en la audiencia de juicio oral, sobre ese aspecto, resaltó que, la marginalidad económica derivaba de lo consignado en el acta de derechos del capturado en la que se avizó que el aprehendido pertenece al estrato uno.

11.- Desde ese punto de vista carece de razón el recurrente cuando sostiene que, en el presente asunto quedó claro que entre las partes se estipuló que el procesado al momento de realizar la conducta punible se encontraba bajo la influencia de una profunda situación de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema.

12.- Por el contrario, se encuentra muy claro para la Sala que la estipulación probatoria celebrada entre las partes en la audiencia preparatoria, comprende únicamente su condición de marginalidad a lo sumo



económica, según lo advertido por el señor fiscal en el juicio oral, pero en todo caso, en ningún momento se señaló por las partes que estaban ante una circunstancia “extrema” de marginalidad, ignorancia o pobreza, incluso éste al momento de la captura reportó un arraigo ubicado en la Calle 15#341 Rebolo.

13.- Al respecto, cabe recordar que, la jurisprudencia de la Corte enseña que, uno de los requisitos para aplicar la diminuyente punitiva en comento corresponde a que, el autor se encuentre en circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza, siempre que sean “PROFUNDAS” Y “EXTREMAS”.

14.- Dígase además que, el tenor literal del artículo 356 de la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia reseñada up supra, enseña que, las estipulaciones probatorias versan sobre hechos o circunstancias, que empiezan a surtir efectos jurídicos desde la audiencia preparatoria y que en esa diligencia las partes deben expresarlas con la mayor claridad posible.

15.- Descendiendo aún más en el análisis jurídico de la censura, encontramos que, también carece de razón el recurrente, cuando arguye que, muy a pesar de que la fiscalía y la defensa no mencionaron de forma expresa el instituto de que trata el artículo 56 del Código Penal, esto no quiere decir que se refirieron a otra figura diferente, incluso pide que se observe que ni siquiera el mismo Código contiene otros apartes que hablen del tópico de la marginalidad económica.

16.- Para la Sala, el defensor público, parece soslayar que, las estipulaciones están instituidas para dinamizar el proceso, no para que las partes pretendan desdeñar de ellas agregando aspectos que no han sido pactados expresamente como aquí ocurre, pues las mismas no pueden quedar sujetas a interpretaciones como lo sugiere el recurrente.

17.- De otro lado, no observamos que exista ninguna contradicción cuando el funcionario de primer nivel, acepta que las partes estipularon la situación de marginalidad económica del procesado, pero no concede la aplicación de la diminuyente punitiva de que trata el artículo 56 del Código Penal, pues para esos efectos el funcionario indicó que en el juicio oral se adujo que el judicializado residía en un sector de escasos recursos, empero no se precisó relación alguna de esa situación con la comisión del injusto objeto de investigación, ni que dicha situación es extrema o que influyó en la comisión del delito, el cual valga mencionar ampara el fin jurídico la seguridad pública y no el patrimonio económico, por lo que tampoco se observa cómo se relaciona sin más ni más la marginalidad pactada con la tipicidad de la conducta ó su responsabilidad penal ó con la pena, pues como bien se menciona en el fallo apelado, en otros términos, no es necesario portar un arma sin salvo conducto para residir en esa comunidad pobre.

18.- De igual modo, el recurrente sostiene que el juez de primer nivel, se extralimitó en sus facultades y violó directamente la ley sustancial, cuando verificó si se daban los presupuestos para la aplicación de la figura de la



marginalidad, muy a pesar de que para la defensa no fue un aspecto que se puso a consideración del Despacho en la etapa de juicio, sino que se sustrajo del debate probatorio.

19.- No obstante, para la Sala esa postura es desacertada, pues se reitera el juez de primer grado ante la solicitud de la defensa en los alegatos de conclusión y en el trámite de individualización de la pena y sentencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, atinente al reconocimiento de la disminución punitiva prevista en el artículo 56 del Código Penal, precisó que en la audiencia preparatoria lo que se acordó fue la condición económica del acusado, más no que esto haya tenido relación con la comisión de la conducta punible.

20.- Ciertamente, las consideraciones expuestas por el juez a quo, se acompañan con lo advertido en los registros de audio y video de las audiencias preparatoria y de juicio oral surtidas en esta actuación cuyos apartes pertinentes se citaron up supra.

21.- De contera, no escapa a la Sala que, el día 14 de febrero de 2023, en la audiencia de juicio oral, se esperaba recaudar el testimonio del procesado RICARDO MIGUEL HERNÁNDEZ OVIEDO, única prueba descubierta y enunciada por el defensor público en la audiencia preparatoria, con la cual bien pudo demostrar los requisitos que echa de menos para el éxito de su pretensión, sin embargo, ante su inasistencia, se culminó el debate probatorio y se dio paso a las alegaciones de conclusión de las partes, oportunidad en la que, el defensor solicitó la aplicación de la diminuyente prevista en el artículo 56 del Código Penal, arguyendo que eso fue lo pactado entre las partes. (...)

(...).

22.- El señor fiscal en los alegatos de conclusión no hizo alusión al reconocimiento de esa rebaja punitiva. El delegado de la procuraduría contrario a lo que sostiene el defensor, tampoco hizo referencia a que se aplicará dicha circunstancia de atenuación punitiva, sino que tan solo advirtió que: al momento de tomar una decisión sea en sentido condenatorio y proceda a aplicar la pena teniendo en cuenta efectivamente lo que ha indicado la defensa en lo que se trata de una persona a la que en su momento se estipuló la marginalidad económica como tal, entonces se tenga eso en cuenta al momento de fijar en un futuro la pena.

23.- Así mismo, en el desarrollo del trámite de individualización de la pena y sentencia de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, la fiscalía no hizo referencia a la circunstancia de menor punibilidad de que trata el artículo 56 del código penal, sino que tan solo precisó que el procesado debía imponérsele la pena mínima pues carecía de antecedentes, y los subrogados los dejó a disposición del Despacho, igualmente, solicitó el comiso del arma.



24.- De manera que, resulta evidente que en la presente actuación las partes no estipularon las circunstancias de menor punibilidad de que trata el artículo 56 del Código Penal.

(...)

26.- Dicho esto conviene resaltar que el abogado defensor pretende extender el alcance de las estipulaciones probatorias a aspectos que no fueron pactados entre las partes, como lo es que su patrocinado realizó la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza EXTREMAS, y que las mismas INFLUYERON DIRECTAMENTE EN LA EJECUCIÓN DE LA CONDUCTA PUNIBLE, todo con el objeto de que se reconozca la disminución punitiva de que trata el artículo 56 del Código Penal.

27.- Sin embargo, como vemos en el extracto de la jurisprudencia citada, las estipulaciones probatorias, una vez incorporadas al juicio oral son irretractables, de tal forma que ni aun de forma velada como lo hace el censor, puede ampliarse su contenido ni renunciarse a lo pactado, porque de esta forma se estaría desquiciando el equilibrio entre los adversarios.

28.- Dentro de esos derroteros, surge nítido que, el juez de primer grado no tergiversó las estipulaciones probatorias de las partes, particularmente, la atinente a la marginalidad del procesado.

- Sobre el reconocimiento de la disminución punitiva de que trata el artículo 56 del Código Penal.

29.- De igual modo, el defensor en el recurso de apelación, sostiene que, se deba dar aplicación al artículo 56 del código penal, porque considera que, en el expediente se encuentran las pruebas que demuestran que su patrocinado es un habitante de calle y actualmente se encuentra internado en la FUNDACIÓN RESCATADOS POR SU SANGRE en aras de reformarse.

30.- Así mismo, señaló que, es una verdad sociológica que los habitantes de la calle son personas que por muchas razones se encuentran apartados o alejados de la sociedad y a quienes se tratan con desprecio e indiferencia, tanto así que en algunas ocasiones ni siquiera se sienten integrados a la misma, lo que de una u otra forma incide para que no puedan comprender o asimilar en debida forma el injusto penal. De contera, detalló que, es clara la relación de causalidad entre la comisión del delito de que trata el artículo 365 del Código Penal y el estado de extrema pobreza de su defendido que constituía por tanto la marginalidad de que trata el artículo 56 del mismo estatuto sustantivo penal, por cuanto según las reglas de la experiencia, es común que las personas habitantes de la calle incurran en el delito por el que se procede.

31.- Al respecto, debemos relieves que, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia ha precisado que, aunque la marginalidad puede ser producto de desventaja económica, profesional, política, de estatus social o también, de diversidad ideológica, no



necesariamente se encuentra asociada a dificultades monetarias, que, si bien pueden conllevar cierta clase de marginalidad, no es presupuesto de esta la pobreza. (...)

(...)

32.- Ciertamente, se otea que, para la corte los habitantes de las calles pueden encontrarse en una situación de marginalidad, pero no basta eso para que proceda la disminución de pena, en cuanto es necesaria su incidencia efectiva en la comisión del delito.

33.- La Sala de otra parte otea que, el defensor público, viene haciendo eco de la presunta condición de calle de su patrocinado desde la diligencia de individualización de la pena y sentencia de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento penal, cuando reiteró que se debía aplicar la rebaja punitiva prevista en el artículo 56 del Código Penal: (...).

(...)

34.- No obstante, la jurisprudencia de la Corte enseña que, las situaciones descritas en el artículo 56 del Código Penal no pueden ser alegadas tardíamente en el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

35.- De contera, si el recurrente insiste en señalar que el acusado RICARDO MIGUEL HERNÁNDEZ OVIEDO para la época en que cometió la conducta por la que se procede en su contra, se encontraba en condición de calle, esa afirmación se erige en contravía del principio de no contradicción que indica que una cosa no puede ser y ser al mismo tiempo y en el mismo lugar, pues entra en contradicción con la estipulación probatoria atinente a que el arraigo del procesado se ubica en la calle 10, número 35 B 38 del barrio Rebolo de esta ciudad.

36.- Aunado a lo anterior, el censor parece desconocer que, en el sistema penal acusatorio rige por regla general el principio de la carga dinámica de la prueba, la cual “implica la necesidad de aportar el medio de convicción que acredita un hecho, obligación que recae sobre quien lo alega en su favor”, tal como lo ha expresado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia, (...)

37.- De lo anterior se sigue que, corresponde a la fiscalía la carga de la prueba para demostrar la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado, por su parte la defensa debe alegar los aspectos que le favorecen y aportar los medios necesarios para demostrarlos, verbigracia, como cuando dentro de su estrategia defensiva pretende imponer una tesis factual alternativa, desacreditar pruebas de la fiscalía, sembrar la duda, o como en este caso cuando solicita que se reconozca la disminución punitiva de que trata el artículo 56 del Código Penal.

(...)

39.- De manera que, para el éxito de la pretensión del recurrente atinente al reconocimiento de la diminuyente punitiva de que trata el artículo 56 del



Código Penal, resultaba útil que, la defensa en la audiencia preparatoria presentará solicitudes probatorias dirigidas a esa teoría fáctica, así mismo que, una vez decretados los medios cognoscitivos en esa diligencia y practicados en el juicio oral, con ellos se demostrarán los requisitos previstos para la disminución punitiva de que trata el artículo 56 del Código Penal.

40.- En el sub lite, por el contrario, como viene de verse, (i) no se estipuló circunstancias de marginalidad extrema de las previstas en el artículo 56 del Código Penal y mucho menos que estas hayan influido directamente en la comisión del delito por el que se procede, y (ii) en el juicio tampoco se decretó y practicó prueba dirigida a demostrar dichos aspectos.

41.- En virtud de lo anterior, para la Sala, las estipulaciones probatorias y los demás elementos de conocimientos allegados a la actuación, resultan insuficientes para deducir una circunstancia de marginalidad extrema y su incidencia en la comisión del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones descrito en el artículo 56 del Código Penal.”
(Magistrado Sustanciador Dr. Luigui José Reyes Nuñez, Septiembre 15 de 2023, Radicado Interno: [2023-00087](#))

PECULADO POR APROPIACIÓN Y FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO- Concurso de delitos/ Aceptación de preacuerdo/ **SUBROGADOS PENALES-** Derecho del procesado si cumple las exigencias legales/ **PRISIÓN DOMICILIARIA-** Padre cabeza de familia/ Reintegro de las sumas apropiadas por el delito

“Así pues, que dentro esa dogmática jurídico penal y las inquietudes del recurrente se logra extraer que estas se circunscriben en los siguientes: a) Que el fallador no considero previa petición de la defensa técnica a otorgar a los procesados la suspensión de la ejecución de la sentencia y prisión domiciliaria como padres cabeza de familia por los motivos que no comparte y que tales se encuentran surtos en el fallo cuestionado y b) Que el juez no aplicó la disminuyente punitiva contenida en el artículo 401 del código penal, al haber los procesados reintegrado el monto dinerario total de lo apropiado.

Ya la Sala, centrada en el objeto a decidir y en su legal ejercicio funcional de entrada advierte que, en primer orden, el artículo 401 de la ley 599 del 2000, constituye un atenuante punitivo para todo aquel que cometa un delito de peculado por apropiación y reintegre lo apropiado sea total o parcialmente antes que se profiera la sentencia de segunda instancia y esto claramente lo dice su texto normativo: (...).
(...).

Pues bien, el juez de primer nivel muestra sobre el anterior tópico fáctico y jurídico una omisión absoluta en cuanto a la aplicación del artículo 401 del código penal, porque a pesar que en su sentencia y también en el preacuerdo se habla del reintegro total de lo apropiado por parte de los procesados – en la cuenta del Municipio de Polonuevo Atlántico- nada se



dice en cuanto a las consecuencias jurídicas y punitivas de este comportamiento postdelictual de los acusados, conociendo la Sala, de cara a la jurisprudencia penal, que la activación jurídica de esta figura lo es ipso jure a partir del reintegro de lo apropiado parcial o total y sin importar que también tal actitud de arrepentimiento y resarcimiento económico a la entidad pública esquilmada proponga positivamente dos efectos jurídicos a saber: I) Para negociar y recibir la correspondiente rebaja de pena mediante la justicia premial y II) Como acto postdelictual y que no es excluyente con el beneficio punitivo de la rebaja anteriormente mencionada, (...).

De contera que aplicada la rebaja punitiva de que trata el artículo 401 ibídem, los extremos punitivos oscilarían en el orden de 32 meses de prisión y 180 meses en su extremo máximo; ya que por orden del artículo en cita la rebaja se afirma en la mitad y según el artículo 60 numeral 3º ejusdem, esta se aplicará al mínimo o sea a los 64 meses de prisión y penas diferentes allí establecidas, de suerte que como hubo preacuerdo por el peculado por apropiación y que fuera aprobado y emitida la correspondiente sentencia de conformidad con el artículo 293 de la ley 906 del 2004, la rebaja estaría en el orden del 50% y se ajustaría está al mínimo de pena tabulada por el Juez para este delito quedando en 16 meses de prisión y demás penas que a continuación también se tabulan.

Pero como son 2 conductas aceptadas vía preacuerdo y la otra es falsedad ideológica en documento público, -artículo 286 ley 599 del 2000- la cual tiene una pena de 64 a 144 meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 180 meses, (...).

En ese sentido se modificará la sentencia condenatoria y solo queda por definir la rogativa de la defensa técnica en torno a la concesión a los procesados de la prisión domiciliaria como padres cabeza de familia condición que viene negada por el juez de primera instancia al estimar que esta condición no se radica y tampoco se consideró que está probada en el plenario a pesar de elementos o evidencias que marcan la tendencia a considerar que si tienen la condición mencionada y no obstante este esfuerzo argumentativo y probatorio por parte de la defensa técnica de los procesados, existe un impedimento para que ocurra lo predicado y que consiste básicamente en que cada uno de estos inculcados tienen esposa o compañera permanente que suplen la ausencia del reprobado en sus sendos hogares desde el punto de vista económico, de cuidado, de apoyo moral y social y que no decir espiritual o educativo lo que desquicia la condición patentada en la necesidad de la presencia de la figura paterna para que gestara la satisfacción de las elementales necesidades de su descendencia -Hijos-.
(...)

Quiere la Sala, advertir que los subrogados penales no están instituidos por el legislador penal, como especie de prebendas o beneficios que operen de manera automática o ipso jure en todos los casos en que se predique la postulación de su existencia al amparo del cumplimiento de unos requisitos normativos previamente establecidos. No, lo que ocurre es que quien así



propone la vigencia de un subrogado penal en cabeza de un acusado o procesado le corresponde en el diseñado rol protagónico en esta temática demostrar y señalar donde están los elementos jurídicos y probatorios que le sirven de pábulo para tal pretensión –prisión domiciliaria- y no contrario sen su de una manera sumaria o inferida porque el legislador en ese punto cubre de discrecionalidad estricta al Juez Penal de la República, para considerar su concesión o rechazo siendo esta opción la que se avista legítimamente en este diligenciamiento penal; pero en nuestro caso que sea la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, la que nos oxigene como auxilio a nuestra decisión:

Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia.

Además, no puede perderse de vista que el trabajo doméstico, con independencia de quién lo realiza, constituye un valioso apoyo para la familia a tal punto que debe ser tenido en cuenta como aporte social. En esa medida, dado que existen otras formas de colaboración en el hogar, la ausencia de un ingreso económico fijo para una persona no puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia.²

Del contenido jurisprudencia citado se logra extraer con claridad que la prisión domiciliaria por la calidad de madre o padre cabeza de familia, opera siempre y cuando se logre probar que el procesado es el único soporte de los hijos menores o de personas incapaces o incapacitadas para trabajar, y la ausencia de un ingreso económico fijo para una persona no puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia hijos menores, como también cuando constituye el único.”
(Magistrado Sustanciador Dr. Jorge Eliecer Cabrera Jiménez, Septiembre 20 de 2023, Radicado Interno: [2023-00149-P-CJ](#))

NOTA DE RELATORÍA: Esta sentencia fue corregida mediante proveído de fecha 4 de octubre de 2023, donde se expuso:

“Pero resulta que en lo que tiene que ver con la multa existe un yerro mínimo e incluso no tan trascendente pero de todas maneras lesiona el principio de legalidad de la pena y teniendo en cuenta que la sentencia no es revocable por la entidad judicial que la profiere; si es subsanable el equívoco cuando este versa sobre errores aritméticos, del nombre u aspectos no sustanciales que dentro de la confección de esta y ante tal realidad se postra como instrumento normativo utilizable para enderezar el error el artículo 10 de la ley 906 de 2004, (...).

(...)

Es decir que como se comprobó y reintegraron lo apropiado tiene una cuantía de \$7.000.000 de pesos para la época de los hechos, entonces, esto es lo que representa como multa, para los procesados entendido estos autores y cómplice del peculado por apropiación y ya hecha como se dijo en la sentencia que se corrige la rebaja por el preacuerdo y la aplicación del artículo 401 de la ley 599 del 2000, la multa quedaría en:



Procesado	Multa
Gabriel Eduardo Amador Arcon	\$2.042.000 pesos
Armando Modesto Romero Martes	\$2.042.000 pesos
Joseph Enrique Melendez Pedroza	\$2.042.000 pesos
Samir Jose Lara villa	\$ 875.000 pesos

Así que en esos términos quedaría la corrección de la multa ajustada a los procesados y en lo demás queda sin modificaciones, desde luego que la multa debe ser indexada al momento de su pago."

ARIEL MORA ORTIZ
Presidente

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
Relatora