



**BOLETIN JURÍDICO No. 85
NOVIEMBRE-DICIEMBRE 2023**

SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA:

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL- Reforma a la demanda/
PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO- Representado judicialmente por su
vocera y administradora/ **NULIDAD POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN-** No se
configura la causal alegada

“3. Dicho esto, y adentrándonos al estudio de la nulidad presentada, se observa, en síntesis, que el demandado pretende con el actual trámite, la declaratoria de nulidad a partir de la providencia que aceptó la reforma de la demanda, por cuanto, a su juicio, nunca fue notificado en debida forma en el proceso declarativo de la referencia, lo que abrió paso a una vulneración a su garantía fundamental al debido proceso.

Para tal fin, el apelante fundó su nulidad en dos pilares:

El primero, en que el patrimonio Autónomo Fideicomiso GIOCO a través de su vocera y administradora Alianza Fiduciaria S.A., fue vinculado con la demanda inicial, y no a Alianza Fiduciaria S.A. en nombre propio por responsabilidad civil.

En segundo lugar, que, la parte demandante debió notificar personalmente a Alianza Fiduciaria S.A. en nombre propio, como nuevo sujeto procesal en el extremo pasivo, carga que no se cumplió, dentro del auto que aceptó la reforma de la demanda.

Explicó que, la intención inicial de la demandante fue demandar al Patrimonio Autónomo Gioco, en efecto, a través de su vocera Alianza Fiduciaria S.A.; situación que a su sentir, aconteció, y de tal forma, estuvieron actuando en lo corrido del proceso; y la nueva reforma, solo vinculó a una parte que ya se encontraba incluida, y no los notificó, en nombre propio.

Discurrida la controversia de marras, este colegiado extraerá de las piezas procesales del presente cartulario, las pruebas que permitan dirimir la problemática, esto es, una indebida notificación de la sociedad Alianza Fiduciaria.

Para esto, entrará a mirar i) el tipo de notificación que se surtió y si esta fue efectiva; ii) en que calidad se surtió; y finalmente, iii) como fue vinculada la parte incidentante al proceso. Lo anterior, para determinar si en efecto habría lugar a una declaratoria de nulidad por indebida notificación, o en su lugar, debe este Tribunal, confirmar la decisión de instancia.

4. Notificación de la sociedad Alianza Fiduciaria S.A.



-A folio 215 del documento "01ExpedienteDigitalizado.pdf", se revela, auto admisorio de la demanda, adiado 16 de enero de 2020, donde, entre otras cosas, admitió la demanda de responsabilidad civil contractual, única y exclusivamente frente a la demandada, Alianza Fiduciaria, providencia en firme y ejecutoriada, pues no se aprecia en la foliatura, la presentación de recurso de reposición, apelación, corrección u aclaración por ninguna de las partes vinculadas.

-A folio 219 del documento "01ExpedienteDigitalizado.pdf", se aprecia remisión y acuse de recibo positivo, de la notificación personal de fecha 13 de febrero de 2020; la cual, fue dirigida única y exclusivamente a la Alianza Fiduciaria S.A.

-A folio 231 del plurimencionado anexo, se constata remisión y acuse de recibo positivo, de la notificación por aviso de fecha 27 de marzo de 2020, y en la cual, se notifica directamente a la sociedad incidentante, y no como vocera y administradora del fideicomiso Gioco.

Hasta entonces, se aprecia que la notificación por aviso, se surtió en debida forma, respecto de la sociedad Alianza Fiduciaria S.A.

5. Reforma de la demanda y notificación.

-A folio "23AutoAdmite.pdf", se aprecia auto que admitió la reforma de la demanda, donde, acertadamente, vinculó al Fideicomiso Gioco, representado por Alianza Fiduciaria S.A., como vocera; atendiendo en primer lugar, la solicitud de reforma y acumulación deprecada por el apoderado de la parte activa; y en segundo lugar, comoquiera que, dentro del auto admisorio de la demanda, había sido incluido a Alianza Fiduciaria S.A., de manera independiente.

-Esta providencia admitió la reforma de la demanda responsabilidad civil extracontractual contra Alianza Fiduciaria S.A., corriéndole traslado por el término de diez (10) días, en los términos del artículo 93 del C.G.P., comoquiera que ya se encontraba notificada por aviso.

Admitió la reforma de responsabilidad civil contractual contra Patrimonio Autónomo Fideicomiso Gioco representado por Alianza Fiduciaria S.A. como vocera, entre otros; concediéndole el término de veinte (20) días para que la conteste, como quiera que esta no había sido vinculada al trámite. acápite que se permite adjuntar el despacho.

"1. Se admite la anterior reforma de la demanda VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL CONTRA ALIANZA FIDUCIARIA S.A. quien se ordena correr traslado por el término de diez (10) días.

2. Se admite la anterior reforma de la demanda VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL CONTRA PATRIMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO GIOCO REPRESENTADO POR ALIANZA FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA, CONSTRUCTORA AVI STRATEGIC INVESTMENT S.A.S. Y GRUPO CONSTRUYE S.A.S."



-Conforme lo anterior, en documento digital "24ContestacionReforma20211123.pdf", se advierte la contestación de la demanda por parte del Patrimonio Autónomo, quedando debidamente vinculado al trámite.

Hasta esta etapa procesal, el auto que admitió la reforma de la demanda quedó debidamente notificado y ejecutoriado, quedando integrada la demandada así: demandados por responsabilidad civil contractual, al Patrimonio Autónomo Fideicomiso Gioco Representado por Alianza Fiduciaria S.A. como vocera; y Alianza Fiduciaria S.A.; a su vez, por responsabilidad civil extracontractual en nombre propio.

6. Así pues, aterrizados en el recurso de alzada, considera esta magistratura, que acertada resultó la decisión del a quo al rechazar in limine el incidente de nulidad promovido por la sociedad Alianza Fiduciaria, debido a que, resulta evidente que, la parte incidentante, se encuentra debidamente notificada, tanto del auto admisorio de la demanda, así como de la reforma de la demanda.

Las mentadas providencias quedaron ejecutoriadas y debidamente notificadas a todas las partes que integraron la litis, sin que ninguna de ellas plantease alguna medida de corrección o saneamiento en cuanto a la vinculación de la sociedad Alianza Fiduciaria S.A., a nombre propio; situación que quedó zanjada con la notificación del auto que reformó la demanda, donde, era notoriamente claro, que la sociedad había sido vinculada por responsabilidad civil extracontractual, de manera individual.

Ahora bien, independientemente de la calidad con la entidad haya actuado en el proceso, lo cierto del caso es, que esta desde sus inicios, ya había quedado debidamente notificada por aviso; y al contrario, con las contestaciones de la demanda y la reforma, como vocera del fideicomiso, convalidó la notificación de ese patrimonio autónomo; que de ninguna manera afecta o es excluyente a la notificación primigenia de la sociedad.

Ahora bien, si en gracia de discusión fuera de recibo, lo expuesto por el censor, frente a que la sociedad incidentante, solo actuó como vocera del patrimonio autónomo, debe ponerse de presente dos aspectos puntuales:

-El primero ellos, radica en que, de conformidad con el artículo 300 del C.G.P., el cual hace referencia a la notificación del representante de varias partes, como lo sería en el presente caso, dice la norma que "Siempre que una persona figure en el proceso como representante de varias, o actúe en su propio nombre y como representante de otra, se considerará como una sola para los efectos de las citaciones, notificaciones, traslados, requerimientos y diligencias semejantes".

-El segundo de ellos, reside en el hecho de que, Alianza Fiduciaria S.A. ya había actuado dentro del proceso, en memoriales 11 de marzo de 2020; y el día 11 de agosto de 2023, cuando solicitó la suspensión de la audiencia inicial, entre otros; por lo que, sin más, de conformidad con lo normado en



el artículo 135 de la codificación general procesal, no podía el recurrente alegar la nulidad, ya que, este omitió plantearla como excepción previa teniendo dos oportunidades para hacerlo -auto admisorio de la demanda, y auto que admitió la reforma de la demanda-; y a su vez, después de ocurrida la causal actuó en el proceso sin proponerla." **(Magistrado Sustanciador Dr. Juan Carlos Andrés Cerón Díaz, Radicado Interno: 44.490)**

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL- Proyectos de construcción de vivienda urbana/
VICIOS OCULTOS- No fueron demostrados en el proceso/
REBAJA DEL PRECIO- No opera

"El sustento fáctico de la presente demanda son una serie de eventos acontecidos sucesivamente en el tiempo, que unidos forman una cadena de causas y efectos, donde se plantea que la conducta (acciones u omisiones) de la sociedad aquí demandada son la causa eficiente de las consecuencias económicas finales que indica la actora que asumió y pretende se le indemnicen, de acuerdo con lo que, con su ideas básicas, se puede describir así:

Que las partes celebraron dos contratos de compraventa de inmuebles, a través de las Escrituras Públicas 2134 de 19 de septiembre de 2003 y 847 del 22 de abril de 2005, de la Notaría Tercera de Barranquilla donde Urvisa vendió a la demandante dos áreas de terreno, correspondiente a los lotes 1 a 18 de la manzana F4 y un lote de 3.347.95m en la manzana F3, respectivamente.

La actora en su actividad de construcción generó 29 y 35 unidades de vivienda en los llamados proyectos Palma Real I (calles 98 y 99 con las carreras 43 A y 43 B de lo que se conoce como Miramar I) y II (entre las calles 98 y 99 con las carreras 43 B y 44 de lo que se conoce como Miramar II), respectivamente para ser negociados con terceros usuarios finales de los mismos. Se afirma que las primeras (correspondientes a la manzana F4) fueron construidas y entregadas en los años 2003 y 2004, las segundas (correspondientes a la manzana F3) fueron construidas y entregadas en los años 2003 y 2004.

Se afirma que esas viviendas, a pesar de ser adecuadamente construidas, rápidamente se deterioraron, generando que sus adquirentes presentaran una serie de reclamos a la vendedora constructora, por lo cual la actora accedió a repararlas, a efectuar obras de estabilización de suelos, a efectuar pagos de indemnización, a cambiar unos inmuebles por otros, a contratar abogados, a realizar conciliaciones y otras series de actividades derivados de esos reclamos para poder cumplir o sanear las obligaciones asumidas con sus compradores.

Tales actividades que generaron que se asumieran una serie de egresos no previstos y que la sociedad no percibiera las ganancias proyectadas, lo que le generó perjuicios económicos que se establecen en las modalidades de daño emergente y lucro cesante.



Se señala como causa eficiente de esos finalmente padecidos perjuicios económicos el hecho que las áreas de terreno vendidas por la demandada adolecían de una serie de características físicas que no las hacían aptas para el uso dado por la actora, con base en tres circunstancias: que esa zona es parte de que se conoce como la “ladera occidental de Barranquilla”, de que lote en mayor extensión que se proyectó urbanizar fue afectado por la explotación por muchos años de canteras efectuada por el grupo económico a que pertenece Urvisa y que finalmente esta entidad efectuó con esa finalidad de urbanización una serie de rellenos y movimiento de tierras inadecuados que también ocultaron y desviaron unos cauces naturales de agua, lo cual generó los deslizamientos del suelo que deterioraron las viviendas.

Con el calificativo, de carácter esencial, de que estas circunstancias eran desconocidas por la actora al momento de comprar los inmuebles y efectuar sus construcciones; y que esos vicios y defectos conocidos por la vendedora le fueron “ocultados”.

Siendo el primer soporte de la decisión del A Quo, la conclusión de que esa naturaleza y estados del suelo de los terrenos adquiridos no pueden considerarse “vicios ocultos ignorados” por cuanto que fueron oportunamente conocidos por la actora y que de ella en su calidad de constructora tenía la carga de efectuar los estudios correspondientes para conocerlos antes de construir.

Para la primera afirmación comparó la fecha de celebración de la compraventa del área de terreno de la manzana F3: 22 de abril de 2005, con una correspondencia generada entre ambas sociedades de julio a septiembre de 2004, haciendo énfasis en lo expresado por Palma Real en la comunicación de septiembre 1º de 2004.

Estas situaciones de hecho en un panorama general y abstracto dado que en los hechos de la demanda no hay una precisión de las circunstancias de tiempo, modo, magnitud, ubicación y lugar de los eventos que sufrieron cada una de las viviendas ni la individualización de esas consecuencias, mencionándose que algunas de las informaciones pertinentes se encuentran en los documentos anexos a la demanda.

Conclusión que la recurrente plantea que se desvirtúa con lo expresado en la declaración de su actual representante legal, señor Helder Carriazo Escaff, rendida el 27 de septiembre de 2013, para que se le de prioridad a las afirmaciones de éste de que desconocían esas circunstancias al momento de efectuar esas compras y que solo lo conocieron en el año 2005 cuando las casas comenzaron a agrietarse.

Quien aparece suscribiendo esas cartas del año 2004 a nombre de Palma Real, como su gerente es el señor Jacobo Hasbum, sin embargo, teniendo en cuenta que esos documentos son anexos aportados por dicha sociedad con su memorial de demanda (sin efectuar tacha alguna sobre ellos), se parte del supuesto que acepta su autoría y contenido.



Dado que no se conoce cuál fue la intervención y el conocimiento del señor Carriazo en las actividades realizadas por el señor Hasbun en ese período y que los recuerdos de las personas pueden variar con el decurso de los años, transcurridos entre los sucesos a relatar y la fecha de la declaración, y eventualmente no se le hicieron preguntas precisas al respecto, considera esta Corporación que la decisión a proferir debe cimentarse en el estudio de la documentación allegada al expediente que fue más o menos coetánea con las conductas realizadas en ese momento, más que en los recuerdos o sus afirmaciones más recientes.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que las declaraciones de parte generan dos clases de medios probatorios, puesto que lo que se acepta a pesar de poder producirle efectos desfavorables, es necesariamente “confesión”, mientras que lo que favorece a la entidad declarante, puede ser valorada como un “testimonio” en el contexto del acervo probatorio recepcionado.

Procediéndose entonces a analizar el contenido y contexto de esos documentos para extraer de ellos, en tiempo presente, la conducta y accionar de las partes en esa oportunidad temporal de la celebración de los contratos, al tenor de lo establecido en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil.

No hay un relato debidamente acreditado que explique al detalle el de las negociaciones celebradas por las partes tendientes a la celebración de los contratos de compraventa, sin embargo, en ambas escrituras públicas 2134 de 19 de septiembre de 2003 y 847 del 22 de abril de 2005 de la Notaría Tercera de Barranquilla se aprecia que la constancia de que Palma Real, ya había recibido los terrenos con anterioridad al otorgamiento de ellas.

Ahora bien, regresando al contexto de ese cruce de comunicaciones, las de fechas 26 de julio y 1º de septiembre de 2004, suscritas por Jacobo Hasbun como gerente de Palma Real y la respuesta intermedia de agosto 3, suscrita por Santiago Uribe a nombre de Urvisa, es evidente que el primero reconoce tener el cabal conocimiento del estado del suelo, describiendo lo correspondiente a los rellenos y existencia de aguas subterráneas en este terreno y que a pesar de ello, manifiesta su interés en persistir en la compra de la Manzana F3, precaviendo posibles consecuencias económicas adversas si opta por la resolución del contrato, pidiendo rebaja del precio.
(...)

No se acompañó a la demanda un documento que contuviera la respuesta de Urvisa a esa solicitud de rebaja del precio, lo que si se aprecia que aproximadamente siete meses después, se otorgó la escritura 847 del 22 de abril de 2005 de la Notaría Tercera de Barranquilla para perfeccionar esa compraventa y que en sus estipulaciones, expresamente Palma Real renuncia a cualquier reclamo por vicios ocultos.

Si se lee la carta dirigida por Palma Real al Defensor del Pueblo en fecha de septiembre 6 de 2006, se menciona que los agrietamiento de las casas de la primera etapa, comenzaron a mediados del mes de agosto de 2004.



Dentro de los documentos anexos de esa demanda, están los estudios de suelo realizados a los terrenos adquiridos: etapa Palma Real I – manzana F4 del 25 de abril de 2003 y etapa Palma Real II – manzana F3 del 10 de junio de 2004), ambos realizados con anterioridad al perfeccionamiento de los contratos con la cabal suscripción de las escrituras de compra venta 2134 de 19 de septiembre de 2003 y 847 del 22 de abril de 2005, respectivamente y el estudio técnico de ambas, del 8 de septiembre de 2006, apreciándose en los dos primeros una serie de advertencias, cuyos resultados consecuenciales son apreciados en ese último estudio (aunque se carece del conocimiento profesional y técnico para comprender todo el alcance de su contenido; muchas de sus expresiones en lenguaje normal castellano, pueden ser del entendimiento de cualquier persona).

En esos estudios de suelo, se explica la naturaleza del suelo, sus valores de relleno, la naturaleza de ellos, las características de la arcilla y del material de relleno, su propensión al deslizamiento del suelo dependiendo de su nivel de humedad, recomendando que se evitara que el agua lluvia ingresara o permaneciera en ellos; las profundidades a las que puede hablarse de un suelo estable.

El estudio técnico de 2006, parte de la base de que por las viviendas de dos niveles construidas por Palma Real están localizadas en la cima de una zona de colinas, cuyas laderas fueron intervenidas con movimientos de tierra para desarrollos urbanísticos, a la par que se describe las condiciones del suelo y los desplazamientos del mismo que generan el deterioro de las viviendas, en dos de sus apartes se plantea:

Los desplazamientos como se mencionó son principalmente de tipo horizontal y se reflejan de manera continua a lo largo de las edificaciones comunicándose a través de los patios de viviendas vecinas, e inclusive se refleja en las vías donde se presentan deformaciones, que aunque no son muy claras por el reacondicionamiento del adoquinado, es evidente la continuidad de los mismos, formando un agrietamiento paralelo a la cima de la colina intervenida.

Otra característica de los desplazamientos es que estos se presentan con mayor magnitud en las viviendas que se localizan más cerca de la ladera y disminuyen hacia el sector oriental. Esto parece indicar que existe un movimiento regresivo que involucra toda la ladera y que se refleja en la cima de la misma, a través de grietas de tracción generadas a medida que se descomprime el talud donde se llevan a cabo las explanaciones.

Para finalmente concluir:

Teniendo en cuenta la información expresada a lo largo del informe se infiere que los agrietamientos y desplazamientos que se observan en las viviendas de las urbanizaciones Palma real I y II pueden estar asociados a un movimiento generalizado de la ladera, causado por el desconfinamiento que se viene produciendo debido a los movimientos de tierra que se llevan a cabo para la construcción de otras urbanizaciones. Los movimientos de



tierra que se han ejecutado y que se ejecutan para la construcción de grandes proyectos, creemos, ha incidido en la modificación de las condiciones de estabilidad originales, premisas que se podrán dilucidar a través de un estudio detallado que incluya la instrumentación de los terrenos afectados por estas acciones y otros análisis que involucren todas las variables que inciden en la estabilidad del sector.

Ese mismo planteamiento es el que la sociedad Palma Real le hace al Defensor del Pueblo en la antes mencionada comunicación de septiembre 6 de 2006, que son esas labores que se comenzaron a realizar en el año 2004 en la ladera de la colina sobre las que están construidas las casas de Palma Real, son las que estaban produciendo el deterioro de esas viviendas y su desplazamiento hacia la ladera.

Si bien, en ese mismo archivo aparece una carta al Consejo Distrital de Barranquilla donde se hace mención a la situación de Campo Alegre y las características de la llamada Ladera NorOccidental de Barranquilla, ella es posterior: de abril 18 de 2007.

Por lo que, si se compara lo extraído de estos documentos de los años 2003 a 2006 con lo declarado por el señor Carriazo en el año 2013, no se obtiene el resultado planteado por el recurrente, no es posible admitir que las manifestaciones de este declarante permitan desconocer o llegar a apreciaciones diferentes a lo que se expresó por dicha sociedad o conoció en su momento de ellos. Lo único que tiene una correlación o soporte, es la afirmación que una vez realizadas las labores de estabilización de esa ladera cesaron los problemas de las urbanizaciones construidas sobre la colina.

En lo demás se extrae que la constructora, a través de esos estudios de suelo conoció la naturaleza del terreno a adquirir y los efectos que ella podía producir sobre la estabilidad y permanencia de sus construcciones con anterioridad al perfeccionamiento de los contratos de compraventa realizados con la demandada, y que sus casas no se deterioraron inmediatamente porque éste era completamente inapto o inadecuado para construir por su propia inestabilidad o circunstancias internas del mismo, sino ello se produjo luego de 18 meses de construidas, coetáneamente a cuando se afectó las condiciones de la ladera que soportaba esa colina, por las obras que se realizaron posteriormente en esa pendiente.

Manteniéndose ese soporte de la decisión del A Quo, de que las condiciones físicas del terreno adquirido que generaron o colaboraron con el deterioro de esas viviendas no fueron vicios ocultos o ignorados por la constructora demandada al momento de celebrar los contratos de compraventa de estos, no tiene ningún objeto entrar a estudiar y analizar las otras razones de inconformidad expuestas por la sociedad recurrente, pues ellas no serían el adecuado soporte de la revocatoria de esa decisión.” **(Magistrado Sustanciador Dr. Alfredo De Jesús Castilla Torres, Diciembre 18 de 2023, Radicado Interno: 44.785)**

.....



CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS HERENCIALES- Nulidad absoluta/
OBJETO ILICITO- Venta de bien que se encuentra fuera del comercio/

“La cesión de derechos herenciales, regulados en los artículos 1857 inciso segundo, 1967 y 1968 del Código Civil, es la forma como la legislación colombiana reglamenta la negociación o disposición del derecho real de herencia, en la que el asignatario, sea a título universal (heredero) o a título singular (legatario), transfiere total o parcialmente dicho derecho, ya sea onerosamente o gratuitamente, para que un tercero, denominado cesionario, quien es la persona natural o jurídica que adquiere el derecho de herencia, ocupe el lugar del cedente dentro del trámite de sucesión de la persona fallecida (causante).

Este acto jurídico es solemne, se requiere entonces de escritura pública, y mediante un título traslativo de dominio (compraventa, permuta, dación en pago, donación, etc.) contenida en el mismo instrumento, de esta forma el cesionario, con la escritura pública por medio del cual adquiere dicho derechos, se legitima para acudir, bien sea por la vía judicial ora notarial, y así lograr que se le adjudique la cosa o cosas que en principio le correspondería al asignatario cedente empero, al tratarse de la venta de derechos hereditarios que recaen sobre bienes inmuebles.

Entratándose, de cesión de derechos herenciales, en los cuales se involucran de bienes inmuebles, es imperativo que esos bienes, sean susceptibles de ser transferidos, en decir, estar dentro del comercio, y libre de cualquier gravamen, de lo contrario, si se encuentra embargado, no podrá realizarse válidamente, la cesión.

(...)

En ese orden, y conforme las pruebas allegadas al dossier, tal como lo afirmó el Juez de Instancia, con la presentación de la demanda, se aportó copia del embargo decretado por el Juzgado Civil del Circuito de Fundación – Magdalena, así como copia del fallo de tutela proferido el 03 de octubre de 2.012 a través del cual se desató impugnación de tutela promovida por el señor PABLO MILCIADES GAMARRA BUELVAS que da cuenta del conocimiento que tenía el hoy demandado del proceso ejecutivo en su contra, así como de las actuaciones surtidas al interior del mismo.

(...)

Quiere decir lo antecedido, que el señor PABLO GAMARRA BUELVAS, tenía pleno conocimiento de la medida cautelar que recaía sobre los derechos herenciales a que tuviera derecho por el fallecimiento de su señora madre, para la fecha en que suscribió la escritura pública de venta No. 2.930 del 10 de octubre de 2.013, por lo que este primer reparo, está llamado a no prosperar.

(...)

Dentro del plenario, como se indicó en el análisis de las pruebas documentales aportadas se tiene claro el conocimiento que el demandado PABLO MILCIADES GAMARRA tenía al momento de celebrar el negocio jurídico sobre un derecho del cual recaía un embargo como medida



cautelar. En gracia de discusión las pruebas testimoniales practicada debían apuntar a desvirtuar ese citado juicio.

En el interrogatorio de parte que rindió el señor PABLO MILCIADES GAMARRA se aprecia como el mismo sostiene que no sabe porque es demandado, “ni ha tenido negocio con ellos” refiriéndose a los demandantes, seguidamente sostiene que “tenía que vender yo no sabía si estaba embargado o no, yo lo que estaba era escondido”.

Tales afirmaciones, no son concordantes con la actuación que el mismo, desplegó a través de acciones constitucionales, presentadas con el fin de atacar los trámites y etapas dentro del proceso ejecutivo en que se decretó la medida cautelar.

(...)

Prima facie, emerge para esta Sala, la nulidad absoluta declarada por constituirse un objeto ilícito, no se circunscribe en que se atente contra las buenas costumbres como lo afirma el profesional del derecho, sino, por enajenarse un derecho debidamente embargado, que como se afirmó no fue desvirtuada la mala fe en su actuar, por lo que este reparo también está llamado a no prosperar.

Por último, y en cuanto a lo alegado de no tener en cuenta la contestación y excepciones realizadas por la señora CATALINA GAMARRA, tal circunstancia fue debidamente estudiada por el Juez de instancia, e incluso pese a que presentó en su oportunidad recurso de queja, este fue inadmisibles por no haber sido presentada en debida forma.

Con lo expuesto en precedencia, surge impropio justificar por este sendero una deficiencia iure, pues al margen de lo apreciado aisladamente por el suplicante, la realidad procesal demuestra para esta Sala que los medios suasorios, en su conjunto, apalearon la aptitud suficiente para delinear las reflexiones a las que el juez primario edificó su decisión, en tal sentido, no se advierte algún exabrupto jurídico que pueda llevar a esta instancia a revocar la decisión inicial.” **(Magistrado Sustanciador Dr. Bernardo López, Noviembre 15 de 2023, Radicado Interno: 44.945).**

EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY- Aplicación del estatuto de las personas/
RECHAZO DE LA DEMANDA- Proceso de cesación de efectos civiles de matrimonio religioso

“2.1. Sobre la territorialidad y extraterritorialidad de la ley. En la doctrina de la Corte Suprema de Justicia se ha explicado como el legislador colombiano, influido por la teoría francesa sobre la doctrina de los estatutos; dispuso en el artículo 18 del Código Civil la territorialidad de la ley, en el sentido que ésta es obligatoria tanto para los nacionales como los extranjeros que se encuentren dentro del territorio. Pero a su vez, estatuyó la extraterritorialidad el artículo 19 ibídem disponer que:

Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:



1o) En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de la competencia de la Unión.

2o) En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior.

También ha explicado la jurisprudencia, que Colombia suscribió el Código de Bustamante en 1928, haciendo la declaración global con reserva en todo lo que contrariara las normas del Código Civil. Lo mismo que sucedió con la aprobación del Tratado de Montevideo en 1940, del cual, solo es aplicable el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889, cuyas normas son complementarias a las de la ley interna civil.

Según la doctrina de la Corte Constitucional¹ al analizar la constitucionalidad de normas regentes del matrimonio, se estableció que:

“En el campo del Derecho Internacional Privado rige el principio de la aplicación de la ley personal a los nacionales de un Estado, con un doble contenido: i) positivo, según el cual al estado civil y a la capacidad de una persona natural nacional de un Estado se le aplican las leyes de ese Estado; ii) negativo, según el cual al estado civil y a la capacidad de una persona natural que no es nacional de un Estado no se le puede aplicar la ley de ese Estado. Este principio es expresión de la soberanía del Estado con referencia al elemento personal, humano o poblacional del mismo.” (Subrayado de esta Sala)

Tal cosa, según la guardiana de la Constitución, se instituye como una garantía de respeto a la potestad y soberanía de los entes estatales, los cuales, deben gobernar a sus administrados procurando relaciones armónicas en la comunidad internacional.

A su vez, la Sala de Casación Civil² citando la doctrina nacional, ha apuntado que a cada persona se le reconocen sus estatutos personales, según su propio país, sea dentro o fuera de él. Así como los estatutos reales, según el país en donde se encuentre, sobre todo cuando se trata de bienes inmuebles que pueden movilizarse de un lugar a otro.

Y esto obedece a que, la regulación en referencia al estado civil de las personas y a su capacidad, concierne en mayor medida a su relación en comunidad, por lo que son parte fundamental para el correcto funcionamiento de la sociedad. Aunado, la naturaleza de los derechos involucrados en el estatuto personal exige una mayor estabilidad e incluso, una permanencia en lo que a la ley aplicable concierne, de modo que se prevengan constantes mutaciones en tal aspecto.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-395 de 2002. MP: Jaime Araujo Rentería.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Opc. Cit.



Por eso y aterrizando cada vez mas en el t3pico, en lo que a las relaciones de familia se refiere, la normativa es de orden p3blico, justamente por la salvaguarda especial instalada en el art3culo 42 de la Carta Fundamental. Y es por eso que «...en los derechos y obligaciones familiares y en su respectiva capacidad . As3 sus destinatarios residan o se encuentren domiciliados en el exterior. (...) Cualquiera alteraci3n o mutaci3n en la situaci3n jur3dica en la familia de los nacionales en el exterior “debe estar acorde con las regulaciones internas, porque de lo contrario, no podr3a tener efectos en Colombia”³»⁴

Por todo esto, y, en resumen:

“...los colombianos en el exterior, residentes o domiciliados, en materia de estados civiles, no se rigen por una legislaci3n extraña. La ley colombiana los persigue en el lugar donde se encuentren. Y los eventuales efectos sucedidos en virtud de las competencias procesales de los Tribunales for3neos solo tienen el beneficio del exequ3tur en el caso de ajustarse al ordenamiento interno.

En esa hip3tesis no se estar3a frente a simult3neidad de ordenamientos. La legislaci3n ser3a 3nica, solo que la for3nea se identificar3a con la patria. Es m3s, as3 la situaci3n del estado civil haya sido definida en el extranjero y sea compatible con el derecho dom3stico, la ausencia de homologaci3n no obsta la jurisdicci3n del Estado.”⁵ (Subrayado de esta Sala).

En providencia mas reciente, el m3ximo tribunal de la jurisdicci3n ordinaria reiter3 que en los asuntos que atañen al estado civil de las personas aplica la ley de su nacionalidad. Mencionando como tales, los que deriven del patrimonio social, la separaci3n, el divorcio, las relativas a filiaci3n y la patria potestad, los alimentos, etc. Por tanto, no hay lugar a la aplicaci3n de la ley extraña ni a que se acuda a normas de conflicto «... cuando la relaci3n se da entre dos connacionales, a3n en el extranjero, porque en lo que hace a las relaciones de familia s3lo cabe la aplicaci3n de la normatividad vern3cula.⁶»

Y los que aplican esa ley nativa, en l3nea de principio, no son otros que los jueces de su origen. Entonces, de manera m3s aterrizada, quien aplica la ley colombiana, debe ser un juez de esta Rep3blica, en soberan3a del fuero personal.

2.2. An3lisis del caso concreto. Al analizar el caso en cuesti3n, se advierte de los anexos del libelo, que demandante y demandada son nacionales colombianos por nacimiento. Adem3s de eso, el 29 de septiembre de 2007 contrajeron matrimonio religioso en Barranquilla y 3ste fue registrado en la Notar3a S3ptima de esta ciudad.

³ CSJ. Civil. Sentencia de 3 de agosto de 1995, expediente 4725

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casaci3n Civil. Ib3d.

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casaci3n Civil. Ib3d.

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casaci3n Civil. Sentencia SC1226-2022 calendarada 23 de agosto de 2022. Radicaci3n n3. 11001-31-10-004-2013-01116-01. MP: Hilda Gonz3lez Neira



Según el hecho octavo de la demanda, los cónyuges se separaron de cuerpos el 15 de mayo de 2014, teniendo la ciudad de Barranquilla como su último domicilio conyugal, según el hecho tercero ibídem.

Entonces, las circunstancias, según lo visto en estas primicias, es que la relación de pareja derivada del matrimonio inició y concluyó en Barranquilla, ciudad esta en la cual –según la demanda– las partes tuvieron su último domicilio común, que es al cual remite el numeral segundo del canon 28 CGP, si así lo elige el actor.

De ahí, es traslúcido que la competencia no radica en los jueces de los Estados Unidos de América, como lo afirmó el a-quo en el auto censurado. Primero, por lo que lo imperioso es la aplicación de la ley colombiana según la extraterritorialidad dispuesta para el estatuto personal, en el artículo 19 del Código Civil; y segundo, porque el último domicilio común de los cónyuges, según el libelo introductor, fue Barranquilla.” **(Magistrado Sustanciador Dr. Guillermo Raúl Bottia Bohórquez, Noviembre 10 de 2023, Radicado Interno: 0125-2023F).**

FACULTADES DEL COMISIONADO- Durante la diligencia de entrega de bienes inmuebles/ **JUEZ DE EJECUCIÓN CIVIL DE SENTENCIAS-** Es el funcionario encargado de resolver el trámite de oposición a la entrega

“2.2. Sea lo primero recordar que la providencia objeto criticada contiene tres determinaciones distintas y que, solo la contenida en el numeral primero es la recriminada por la apelante, pues, fue en este numeral que se dispuso dejar sin efectos lo actuado por el Comisionado, Secretaria de Gobierno de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, en relación con la admisión de la oposición presentada a la entrega de los bienes inmuebles identificados con los folios de matrículas inmobiliarias Nos. 040-289067 y 040-289003.

Ahora, las razones de inconformidad de la apelante son esencialmente dos: i) que se haya mal interpretado la gestión desplegada por la autoridad comisionada, porque el hecho de que haya oído en declaración a las partes, escuchara los alegatos de las partes y declinara la intervención de otros testigos, no quiere decir que haya admitido la oposición como se sugiere y ii) que, la juez a quo no podía declarar la nulidad de lo actuado, ni en ejercicio del control de legalidad, porque, la actuación se presumía legal, hasta que fuera la parte interesada quien la alegara.

De manera que, de cara al recurso planteado, corresponde determinar si la Secretaria de Gobierno de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, admitió o no la oposición presentada por la señora Karen Roys Rodríguez, así como validar si podía o no declararse, de forma oficiosa, la nulidad de lo actuado por el comisionado en la diligencia de entrega. Para poder desatar tales cuestionamientos, necesario es primero determinar cuáles son las facultades del comisionado, a fin de establecer cuando actúa o no dentro del marco de sus competencias.

2.3. Señala el inciso primero del artículo 37 del CGP que, la comisión podrá conferirse para la práctica de pruebas en los casos autorizados por el



artículo 171, para las diligencias que deban surtirse fuera de la sede y para el secuestro y entrega de bienes en cuanto fuere menester –tal como ocurrió en el presente caso–. En relación con la posibilidad de que un juez de la República pueda comisionar actuaciones y procedimiento que en principio corresponderían a él ya se ha pronunciado largamente la jurisprudencia, al punto que, en análisis de constitucionalidad en vigencia de la anterior norma procesal se dijo,

“(...) La facultad que concede la ley, en este caso, a los jueces, para que éstos confíen la práctica del secuestro y la entrega de bienes a los alcaldes y demás funcionarios de policía, no viola la Constitución Política.

La ley ha instituido un mecanismo concreto de colaboración entre las ramas del poder público. No es extraño a la dinámica del Estado que para la realización de ciertas tareas, se contemplen adecuados sistemas de cooperación. A voces del artículo 113 de la C.P.: “Los órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. De otro lado, el artículo 201 de la C.P., aunque referido al Gobierno, incorpora otro principio que se extiende a toda la administración pública: “Prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias”.

En ese entendido, advirtiendo que la comisión, se funda en el principio de colaboración armónica de los poderes y que, no es más que un mecanismo que contribuye a la economía procesal, a la eficacia de la justicia y la propia organización territorial de las autoridades judiciales, ningún desafuero se ha atribuido al hecho de que, autoridades distintas de la judicial, adelanten ese tipo de diligencias, siempre y cuando, la gestión se haya desarrollado dentro de los límites dispuestos por el juez comitente y el mismo legislador.

(...)

Entonces, de una lectura atenta, cuidadosa y sistemática al precepto anterior, se extrae que el comisionado está en posibilidad de rechazar de plano una oposición que formule, como lo preceptúa su numeral primero, una persona contra quien tenga efectos la sentencia o un tenedor en nombre de aquella, cosa que no fue la que se presentó en este caso, donde el aquí tutelante reclamó por cuenta propia haber ejercido actos de señor y dueño del predio “Los Naranjos”, desde el año 2004 y como prueba de ello, aportó diversos documentos y testimonios para respaldar su dicho.

Como existe una norma especial para el trámite de la oposición a la diligencia de entrega, era esa y no la general y abstracta contenida en el artículo 40 del nuevo ordenamiento procesal, la destinada a aplicarse al asunto y, en esa medida, lo propio era devolver la comisión al juez para los efectos previstos en el numeral 6º del artículo 309 (...).

(...)



Surge de lo anterior que de materializarse, a través de «comisionado», ya el secuestro ora la entrega de bienes, tal no puede entrar a definir aspecto alguno concerniente con el debate judicial que en derredor de la oposición pueda surgir, habida cuenta que inmediatamente se presente esta, es su invariable deber, remitir al «comitente» el despacho comisario que le fuera enviado para que sea el juez que comisionó, y nadie más, quien se ocupe de tal formulación a fin de darle la definición que legalmente corresponda.

Por lo que válido es decir que, a la luz de estos pronunciamientos, se entendió que, de presentarse oposición en la diligencia adelantada por comisionado, fuera aquella parcial o total, lo procedente era el envío de la actuación al comitente para que fuera éste quien se pronunciara sobre el contenido material de la oposición, por ser de reserva judicial. Siendo ésta la postura que acogió y aplicó la juez a quo en el asunto de marras.

Sin embargo, un año después, la misma corporación en una lectura más tranquila y sistemática de la norma, esto es, el artículo 309 del CGP, que viene de verse regula la diligencia de entrega, aplicable por remisión del numeral 2º del artículo 596 del mismo código, a la diligencia del secuestro, dijo que:

Tales disposiciones regulan varias hipótesis. La primera de ellas, es que se rechace la «oposición», en tal caso, según el numeral 8 el secuestro se practicará.

La segunda, es que se acepte; evento en el que pueden presentarse los siguientes supuestos:

(i) Que ninguno de los intervinientes dispute la «decisión», de modo que el «secuestro» no podrá realizarse. Así lo prevé el referido numeral 8 cuando establece que «Cuando la decisión sea favorable al opositor, se levantará el secuestro (...)». Claro, si la oposición sólo prospera parcialmente, en el aspecto que no salió avante debe concretarse la cautela. Es lo que precisa el inciso segundo del numeral 5, al indicar que «si la oposición se admite solo respecto de alguno de los bienes o de parte de estos, se llevará a cabo la entrega de lo demás».

(ii) Que se admita la oposición, pero el interesado en el «secuestro» insista en él, «hipótesis» en la cual «el bien se dejará al opositor en calidad de secuestre» (numeral 5).

Los numerales siguientes, el 6 y el 7 regulan el trámite que se debe seguir en esa particular situación, dado que ante la «insistencia» de la parte actora el legislador dispuso un «procedimiento» para dilucidar si el «opositor» tiene o no el «derecho» alegado y reconocido en la «diligencia», en el que los involucrados cuentan con la facultad de presentar las pruebas que estimen pertinentes, tras lo cual se adoptará la directriz definitiva.

En tal circunstancia se distinguen a su vez dos «supuestos», dependiendo de si el juez que adelanta el «proceso» es quien practica la «diligencia».

En ese orden, dispone el numeral 6 que «cuando (...) haya sido practicada por el juez de conocimiento y quien solicitó la entrega haya insistido, este y el opositor, dentro de los cinco (5) días siguientes, podrán solicitar pruebas que se relacionen con la oposición. Vencido dicho término, el juez



convocará a audiencia en la que practicará las pruebas y resolverá lo que corresponda». Pero si «si la diligencia se practicó por comisionado», según el numeral 7, «y la oposición se refiere a todos los bienes objeto de ella, se remitirá inmediatamente el despacho al comitente» para que surta dicho «trámite». Empero, si la «oposición es parcial» «la remisión del despacho se hará cuando termine la diligencia». Lo que se explica, si se observa que de acuerdo a lo apuntado, la medida debe surtir sobre los «bienes» excluidos de la «oposición», de suerte, que una vez practicada, es que debe enviarse el dossier para que el «juez de conocimiento continúe con el procedimiento pertinente».

Dicho en otras palabras, la «admisión de la oposición» ante la «insistencia del interesado en el secuestro» se torna provisional, ya que esa rogativa impone que el «juez de conocimiento» agote con posterioridad un «procedimiento» para solucionar la controversia, el cual surtirá de manera inmediata si fue él quien practicó la «diligencia» o luego de «remitido el despacho comisorio» si lo hizo el «comisionado».

Bajo este panorama, importa destacar que tratándose de «diligencias realizadas» por «jueces comisionados», en principio son ellos quienes definen la suerte de la «oposición», debido a las «facultades» que apareja la «comisión». Memórese que de conformidad con el artículo 40 del estatuto de ritos civiles «el comisionado tendrá las mismas facultades del comitente en relación con la diligencia que se le delegue, inclusive las resolver reposiciones y conceder apelaciones contra las providencias que dicte, susceptibles de esos recursos». De manera, que si la «niega» o la «acepta», sin que los «interesados» eleven reclamo alguno, tales «resoluciones» producirán sus efectos en el «litigio» y a ella deben atenerse las «partes».

Ahora, lo que habilita la intervención del «juez de conocimiento», esto es, del «comitente», es entonces el «caso» en que «admitida la oposición» por el «comisionado», «el interesado insista en el secuestro», ya que en tal evento, se itera, esa directriz se torna temporal y quien tiene la última palabra sobre ella es aquel funcionario una vez haya «decretado y practicado las pruebas solicitadas por aquél y el tercero».

De manera, que no siempre que hay «oposición» el «juizado de origen» debe aplicar los numerales 6 y 7 del artículo 309 del Código General del Proceso, sino solamente, se repite, cuando se «insista en el secuestro». De lo contrario, se desnaturalizaría la función del comisionado, quien para los fines de la diligencia reemplaza al comitente y, por ende, tiene competencia para «decidir» lo que corresponda. Luego, de «dirimir la oposición» sin protesta alguna, no podrá volverse sobre tal asunto.

Obsérvese que, aunque la Corte no anunció de manera expresa su voluntad de rectificar el alcance que inicialmente asignó a los artículos 40 y 309 del CGP, es evidente que, en dicha providencia, modificó sustancialmente su postura al punto que entendió que el comisionado tiene competencia para recibir declaraciones, testimonios y finalmente decidir si rechaza o admite la oposición que le fue presentada, investida como está de las mismas facultades del juez comitente, al punto que, admitida la oposición, solo



habrá lugar a la intervención del comitente, en el evento de insistirse en la práctica de la diligencia. Insistencia que explicó la Corte es la que habilita la intromisión del juez de conocimiento y a la par, torna provisional la decisión del comisionado que, de no haberse criticado, producía plenos efectos en el proceso.

Se precisa que, sea la oposición total o parcial las facultades del comisionado serán las mismas respecto de la posibilidad de rechazarla o admitirla, según sea el caso, y llevar a término la diligencia en la parte que no sea objeto de aquella, porque, en cualquiera de los dos escenarios no puede devolverse el despacho comisorio, sino, al tiempo en que finaliza la diligencia.

Ilustrativo resulta en este punto, lo explicado por la doctrina entorno a la competencia de comisionado y comitente a propósito de la oposición que se presentare a la diligencia de entrega y, en ese contexto, a la comprensión del adverbio “inmediatamente” contenido en el numeral 7º. del art. 309 ib.

Sucede con frecuencia, que la diligencia de entrega se realiza por un juez comisionado por lo que en caso de la insistencia, deberá remitir de inmediato el despacho al comitente quien al recibirlo debe proferir un auto que ordene agregar al expediente el despacho, auto que al ser notificado determina que de inmediato corre el plazo de cinco días para la solicitud y aporte de pruebas antes explicado.

Advirtiendo que la expresión (inmediatamente) que utiliza la norma, debe entenderse aplicable una vez finalizada la diligencia que culminó con el triunfo inicial del poseedor, de ahí lo innecesario de la frase final del numeral séptimo del artículo 309 que dispone: (Si la oposición fuere parcial la remisión del despacho se hará cuando termine la diligencia), lo que genera el equívoco de que si la oposición es total así no sucede, cuando es lo cierto que en todos los eventos la remisión del despacho se hará una vez culminada la diligencia, puesto que si la oposición fue parcial significa que parte de lo ordenado en el fallo se cumplió y no se ve cómo sea lógicamente posible remitir el despacho sin que esté culminada la diligencia de entrega respecto de los bienes a los que no se extendió la oposición que además por implicar términos usualmente de horas, asegura que en todas las hipótesis la misma queda concluida.

Fue entonces el objetivo de la ambigua frase resaltar que si en una diligencia de entrega realizada por un juez comisionado prosperó parcialmente una oposición de tercero, no es permitido al juez suspender la entrega inmediata de los bienes a los que no se extendió aquella o no prosperó, so pretexto de remitir el despacho para que se le dé trámite a la oposición.

De modo que, retomando el punto de partida que se trazó el despacho, es evidente que el comisionado se encuentra revestido de facultades para la práctica de la diligencia que se le comisionó, partiendo de la posibilidad de rechazar la oposición que se promueva por persona contra quien produce efectos la sentencia, o contra quien no probó al menos sumariamente su



posesión, hasta admitir la que se presente por tercero que acredite sumariamente el derecho que pretende hacer valer. De ahí el supuesto contenido en el inciso segundo del artículo 40 del CGP, en el entendido que solo la actuación que exceda los límites de sus facultades tendrá la posibilidad de anularse. Ello, claro está en el evento en que, así se solicite por las partes. Pues, de modo contrario, se insiste, la actuación desplegada por el comisionado estará llamada a surtir los mismos efectos que tendría de haberse tramitado por el juez de conocimiento.

Teniendo claro ello, sencillo resulta abordar los puntos de inconformidad planteados por la apelante en el entendido que, aunque de la lectura del acta de la diligencia efectuada por la Secretaria de Gobierno de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, se extrae que el comisionado sí admitió la oposición presentada por la señora Karen Roys Rodríguez y que no se trata de una apreciación equivocada.

Lo que sí resultó equivocada fue la comprensión que hizo la juez Segunda Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Barranquilla, de que lo actuado por el comisionado al admitir la oposición que le fue presentada, excedía sus facultades y por ello debía ser anulada.

Entonces, razón le asiste a la apelante en torno al hecho de que, no podía la juez a quo, declarar de forma oficiosa la nulidad de lo actuado por el comisionado, empero, no porque no estuviera facultada para adoptar las medidas de saneamiento que estimara pertinentes, sino porque la autoridad comisionada actuó dentro del marco de las competencias atribuidas por la ley (arts. 40 y 308 CGP), al disponer que “se admite la oposición para que este (sic) sea resuelta por el juez comitente y desate todo lo pertinente a la presente actuación procesal”. Todo lo cual se traduce en la necesidad de que por el comitente, se proceda a dar curso al trámite especial previsto en el art. 309 numerales 6° y 7°. C.G.P., para finalmente resolver si acepta o no la oposición que ante el comisionado fue presentada, pues está claro que ante la decisión de admitir la oposición, se presentó insistencia por el interesado en la entrega.” (**Magistrado Sustanciador Dr. Guillermo Raúl Bottia Bohorquez, Diciembre 6 de 2023, Radicación Interno: 44.734**)

RESOLUCIÓN DE CONTRATO- Por incumplimiento de promesa de compraventa/ **ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA- Indexación:** En relación con la suma de dinero que canceló el demandante a la demandada

“Aplicando lo anterior, al caso que nos ocupa, encontramos que el contrato de promesa de compraventa celebrado entre las partes, reúne los requisitos exigidos cuando se trate de bienes raíces, a saber: La determinación de la cosa prometida, el precio acordado y la determinación de la fecha y Notaría donde debe extenderse la correspondiente escritura pública, aspectos sobre los cuales no existe discusión, son hechos debidamente aceptados por las partes.

Determinado que se reúnen los requisitos exigidos para que la promesa de compraventa produzca las obligaciones que de ella emanan se entra a



dilucidar lo referente a los reparos presentados por la parte demandante impugnante.

Entre los reparos alegados por el impugnante, señaló como total el que la Juez A-quo pasó por alto lo referente a la calidad de los supuestos incumplimientos del comprador (demandante), desconociendo la jurisprudencia reciente, e inclusive el bloque de constitucionalidad (convención de Viena), que es reiterada en el sentido que no por cualquier "incumplimiento" se debe resolver un contrato, que el incumplimiento debe ser resolutorio, como la sentencia SC3666-2021 de 25/08/2021 M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

(...)

Aplicando el precedente traído a colación, al caso que nos ocupa, se tiene que se encuentran demostrados los incumplimientos de las partes, a saber:

Por la parte demandante, no haber asistido a la Notaría Sexta de Barranquilla, el día 17 de septiembre de 2018, tal y como expresamente lo acepta en el hecho noveno de la demanda, así mismo, para esa fecha no había obtenido el crédito hipotecario para efectos de cancelar la suma de \$106.071.000, tal y como expresamente lo acepta en el hecho dieciocho de la demanda, cuando señala que le fue aprobado dicho crédito sólo hasta el 22 de marzo de 2020.

Por la parte demandada, no cumplió con las obligaciones referentes a presentarse en la Notaría el día 17 de septiembre de 2018, la terminación de la obra en la fecha determinada y la no existencia del reglamento de propiedad horizontal.

De lo anterior, se desprende que efectivamente en el caso que nos ocupa, es procedente la resolución del contrato por mutua desatención de las obligaciones puestos en el mismo plano de incumplimiento teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación y el tiempo para acatarla, existe un incumplimiento recíproco y simultáneo, ya que por una parte el contratante demandante debía tener aprobado el crédito hipotecario para la fecha 17 de septiembre de 2018 y para el contratante demandado, debía estar terminada la obra a efectos de poder cumplir con la entrega del inmueble, y ninguna de las partes asistió a la Notaría Sexta del Circulo de Barranquilla, tal y como se obligaron en la cláusula sexta del contrato de promesa de compraventa.

Por lo tanto, en este caso se ha de concluir que existe evento de incumplimiento mutuo y simultáneo, por lo que procede la resolución contractual sin indemnización de perjuicios.

En relación con la suma de dinero que canceló la parte demandante a la demandada, ésta debe ser devuelta debidamente indexada, teniendo en cuenta lo expuesto por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al respecto: (...).

Por tanto, se procederá a ello en esta instancia, ya que la Juez A-quo omitió determinar la suma a devolver, por lo que teniendo en cuenta el estado de cuentas allegado con la demanda, referente a los pagos realizados por el demandante, para efectos de la actualización monetaria, utilizando el



índice de precios al consumidor, y aplicando la fórmula: valor histórico por el IPC actual, y el resultado dividido por el IPC histórico es igual al valor presente de la misma suma de dinero, (...).

(...)

Teniendo en cuenta las operaciones antes realizadas, la suma total que debe restituir la sociedad demandante al demandante con actualización cercana a la fecha en que ha de adoptarse el presente fallo, asciende a la suma de SESENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS ONCE PESOS (\$66.663.211)." **(Magistrada Sustanciadora Dra. Carmiña Elena González Ortiz, Noviembre 8 de 2023, Radicado Interno: 44.599).**

RÉGIMEN SUBJETIVO DE RESPONSABILIDAD- Culpa médica: Infecciones Nosocomiales/ **NEXO DE CAUSALIDAD-** No logró ser demostrado por la parte demandante

"En torno a este punto, la Sala debe precisar que, si bien es cierto, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, ha aplicado la figura de la responsabilidad objetiva estatal por los perjuicios irrogados con ocasión de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias; la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia no les ha dado el mismo tratamiento a estos casos. De tal forma que, para que se origine la obligación de reparación en cabeza de la parte demandada, debe encontrarse estructurado el fundamento de imputación subjetiva, a saber, la culpa. Lo anterior, tal vez, atendiendo a que se trata de relaciones jurídicas dísimiles, por una parte, entre el Estado y particulares, y por otra solo entre particulares.

(...)

Y concluye la Sala de Casación Civil señalando que al acreedor de la obligación de seguridad incumbe probar no sólo el contrato de prestación de servicios, sino los actos de inejecución, pues de otro modo, no habría forma de contrarrestar el ataque, y que, realizado esto, incumbe al demandado probar la diligencia y cuidado. Esto sin perder de vista que previo al debate sobre el elemento subjetivo, debe estar probada la causalidad adecuada.

De conformidad con lo anterior, no es cierto que los asuntos de responsabilidad civil por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias se rijan por un régimen objetivo y menos aún que éste constituya una actividad peligrosa, como lo plantea la parte recurrente. De esta forma, resulta necesario que el demandante acredite, no solamente el daño, sino, además, la culpa y la relación de causalidad entre uno y otro elemento. En otros términos, le corresponde a la parte actora demostrar que las afectaciones a la salud devinieron como consecuencia de una infección intrahospitalaria y que ésta, a su vez, tuvo su origen en un actuar reprochable de la institución médica, bien sea porque no adoptó las medidas de asepsia y antisepsia en sus instalaciones o bien por una indebida praxis médica. Por su parte, para que la demandada se exonere de



responsabilidad en estos casos, no resulta indispensable que demuestre la ruptura del nexo de causalidad a través de la acreditación de una causa extraña, sino que, bastará con acreditar su diligencia y cuidado en la atención brindada al paciente.

Así las cosas, en materia de responsabilidad médica y particularmente en el marco de la responsabilidad derivada de infecciones nosocomiales, el elemento subjetivo –culpa–, siempre deberá encontrarse presente para que se origine la obligación indemnizatoria.

(...)

En el caso bajo estudio se encuentra demostrado que el día siete (7) de enero de 2016 el señor JUAN CARLOS CORONEL sufrió un accidente de tránsito, como consecuencia de lo anterior fue necesario su traslado a la FUNDACIÓN CLÍNICA CAMBPBELL del municipio de Malambo, donde le brindaron los primeros auxilios y posteriormente fue remitido a la FUNDACIÓN CLÍNICA CAMPBELL de Barranquilla. En vista de su estado de salud, el paciente debió ser sometido a diversas intervenciones quirúrgicas, las cuales se describen en la historia clínica del paciente. Así, en el informe quirúrgico informe quirúrgico No. C30-119289 de fecha enero 07 de 2016, se lee:

(...)

A partir de la historia clínica del paciente se encuentra acreditado lo siguiente:

I) El señor JUAN CARLOS CORONEL sufrió un accidente el día siete (7) de enero de 2016, como consecuencia del cual sufrió múltiples fracturas, por lo cual fue necesario su traslado a la FUNDACIÓN CLÍNICA CAMPBELL.

II) En vista del estado de salud en el cual arribó a la institución, éste debió ser sometido a diversos procedimientos quirúrgicos con el propósito de corregir las fracturas y así aliviar su estado de salud.

III) El paciente permaneció en las instalaciones de la CLÍNICA CAMPBELL desde el día siete (7) hasta el 18 de enero de 2016, sin que se haya registrado cuadro infeccioso alguno durante su estancia en esta institución. De hecho, al interior de la historia clínica no existe evidencia de que éste se haya padecido episodios febriles durante su estadía.

IV) Durante su permanencia en la CLÍNICA CAMBPBELL al paciente se le suministraron antibióticos y se le practicaron lavados quirúrgicos en la herida.

V) Fue tan sólo hasta el día 20 de enero de 2016 que señor JUAN CARLOS acudió a la DIRECCIÓN SANIDAD DE POLICÍA NACIONAL CLINICA REGIONAL DEL CARIBE con un cuadro de fiebre. En esta institución se determina que el paciente presentaba un cuadro sepsis multifocal, por lo que consideran necesaria su remisión a una clínica de tercer nivel.



VI) El día 23 de enero, el paciente fue remitido a la CLÍNICA LA MISERICORDIA INTERNACIONAL, a la cual ingresó en un estado regular de salud, presentando un cuadro infeccioso con foco por determinar, suministrándosele antibióticos de amplio espectro.

VII) Previo cultivo, el día 30 de enero de 2016 que se tuvieron los primeros reportes del examen practicado, determinando la presencia de *Staphylococcus aureus* y *Klebsiella pneumoniae* en el organismo del paciente.

VIII) El paciente fue sometido a través de antibióticos de amplio espectro y fue sometido a una nueva intervención quirúrgica.

IX) El paciente fue dado de alta el día 19 de febrero de 2016, sin embargo, cuatro días después, es decir, el 23 de febrero, retornó a la CLÍNICA LA MISERICORDIA, presentando un cuadro febril.

X) Al paciente se le practicó una gammagrafía ósea con el propósito de establecer una posible osteomielitis. Finalmente, en la historia clínica se indicó "OSTEOMIELITIS NO ESPECIFICADA".

De conformidad con lo anterior, la Sala debe precisar que, a partir de la valoración en sí misma de la historia clínica, no se advierte un actuar reprochable en la atención suministrada a la paciente durante su estancia en la FUNDACIÓN CLÍNICA CAMPBELL. Del mismo modo, no se encuentra acreditado que la infección que contrajo el señor JUAN CARLOS haya tenido su origen en las instalaciones de aquella. Valga aclarar que, al interior del acervo probatorio construido no existe elemento de prueba alguno que conduzca a confirmar la hipótesis de la parte demandante, de conformidad con la cual la cual, las bacterias que se alojaron en el organismo del paciente se contrajeron en las instalaciones de la demandada.

Si bien es cierto, se encuentra demostrado que dos días después de su egreso de la FUNDACIÓN CLÍNICA CAMPBELL el paciente acudió a la DIRECCIÓN SANIDAD DE POLICÍA NACIONAL CLINICA REGIONAL DEL CARIBE presentando un cuadro febril y que luego de ello, en la CLÍNICA LA MISERICORDIA se determinó el foco de la infección, estableciendo la presencia de *Staphylococcus aureus* y *Klebsiella pneumoniae* en el organismo del paciente, ello por sí mismo no resulta suficiente para establecer que la bacterias referidas se contrajeron en la institución médica en la que inicialmente se prestaron los servicios de salud al paciente.

Aunado a lo anterior, se encuentra acreditado tanto el protocolo de limpieza y desinfección de áreas de la institución demandada, así como el cronograma de limpieza y desinfección terminal, lo que, conduce a contrarrestar la hipótesis de la parte demandante.

En este orden de ideas, se debe reafirmar –de acuerdo con el material probatorio recabado– que no está acreditado el vínculo causal entre las intervenciones practicadas en la institución demandada y la infección que esta sufrió con posterioridad. No se puede perder de vista que, previo a su



arribo a la CLÍNICA LA MISERICORDIA, el paciente, había ingresado a la DIRECCIÓN SANIDAD DE POLICÍA NACIONAL CLINICA REGIONAL DEL CARIBE, en la cual permaneció desde el día 20 hasta el 23 de enero de 2016 y previo a ello había permanecido en dos viviendas distintas luego de su egreso de la FUNDACIÓN CLÍNICA CAMBPBELL, conforme lo señaló en su declaración el señor CESAR AUGUSTO BERMUDEZ ORTEGA.

De esta forma, se insiste, no ha sido posible determinar que las bacterias que ocasionaron el cuadro infeccioso hayan sido contraídas en las instalaciones de CLÍNICA CAMBPBELL, lo cual impide la configuración del nexo de causalidad entre la actividad desplegada por aquella y el daño que sufrió el señor JUAN CARLOS.” **(Magistrada Sustanciadora: Sonia Esther Rodríguez Noriega, Diciembre 11 de 2023, Radicado Interno: 44.860)**

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL- Contrato de vinculación a proyecto inmobiliario/ **CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO-** No se desprende del contrato fiduciario que existiera obligación de realizar un control de la obra en su fase operativa o de construcción/ **SALVAMENTO DE VOTO:** Teoría de los contratos coligados

“En este orden, no existe discusión sobre la celebración y validez del contrato de vinculación N° 1500002887 del 3 de septiembre de 2017, aportado documentalmente y sin tacha alguna, cuyo objeto era establecer las condiciones por las cuales los demandantes se vincularían como beneficiarios de área, al fideicomiso, mediante la entrega de recursos, lo que a la postre les daría el derecho a recibir la propiedad y entrega material de la unidad inmobiliaria respectiva.

Así las cosas, las demandadas a lo largo del proceso y al formular el recurso de apelación, sostuvieron que existía un plazo tácito de la fase operativa del contrato, de conformidad con el numeral 4.2.2. de la cláusula cuarta del Contrato de Encargo Fiduciario suscrito entre INVERSIONES BERMONT como Fideicomitente Constituyente, y ACCIÓN FIDUCIARIA, y que para la fecha de interposición de la demanda el edificio continuaba en construcción, aunado a lo cual, el término de 21 meses estipulado no es un plazo, sino una estimación para la finalización de la obra, por lo que no se encuentra vencido.

En efecto, dicha cláusula dispone:

“4.2.2. FASE OPERATIVA. - Se inicia a partir de la fecha en que se declare terminada exitosamente la FASE PRE-OPERATIVA, esto es que haya dado cumplimiento a todas y cada una de las condiciones enunciadas en el numeral anterior. El término de duración de este período será el requerido para terminar el desarrollo y ejecución del proyecto. No obstante lo anterior, LOS FIDEICOMITENTES estiman que la duración de la FASE OPERATIVA es de VEINTUN (21) meses contados a partir de la culminación de la FASE PRE-OPERATIVA. (...)”.

Al respecto, los actores en su reforma de demanda, aluden a que según el Boletín N° 9 de octubre de 2018, emanado de INVERSIONES BERMONT, el 6 de noviembre de 2018, se finalizó la fase preoperativa y se inició la construcción, fecha que no fue cuestionada por la parte demandada, la



cual insiste que el plazo de la cláusula transcrita era estimado y que en cambio, el real será el requerido para la ejecución del proyecto, lo que no puede ser acogido por la Sala, en virtud de la interpretación del tenor del convenio, en el que se usó la expresión “no obstante”, para señalar que a pesar de aquello, se fijaba el aludido período para el desarrollo de la construcción.

En este sentido la interpretación propuesta por la parte demandada deja a su arbitrio y sin ningún tipo de plazo la etapa operativa, bajo condiciones que pueden resultar meramente potestativas para el obligado, lo que se encuentra proscrito en la legislación, y en cambio, es dable aplicar el artículo 1620 del Código Civil “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

Además, en gracia de discusión, aun aceptando el argumento de la parte demandada sobre la interpretación de dicha cláusula, no puede dejarse de lado que, tal como sostuvo el A quo, se demostró que la construcción alcanza apenas avance del 62.89%, y que la sentencia también se fundamentó en que no se aportaron elementos demostrativos sobre la situación actualizada del proyecto y las gestiones para cumplir con la entrega o que se informara alguna época para el efecto, lo que de todas formas debía ser previamente comunicado a los interesados, sobre lo cual los apelantes guardaron silencio.

En tal sentido, resulta importante destacar que INVERSIONES BERMONT no arrió soporte alguno al proceso, que permitiera al menos determinar la fecha de culminación del proyecto, y por el contrario, al rendir interrogatorio de parte, su representante manifestó que para esa data contaban con un avance de obra del 85%; sin embargo, del informe rendido por el perito EDGAR PAREDES MORALES en diciembre de 2022, se desprende que ninguno de los contratos en ejecución, había sido culminado al 100%, siendo estos: “Hidrosanitario”, “Eléctrico”, “Provisional Eléctrica”, “Mampostería y pañete”, “Plantillas y enchapes”, “Estuco y pintura”, “Cielo raso”, “Carpintería de Aluminio – ventanas y puertas ventanas”, “Ascensor”, “Instalaciones de Gas”, “Mano de obra Mampostería, Pañete y Plantillas”, “Impermeabilización cubierta y exteriores”, “Mano de obra de enchapes”, “Lavado de fachadas”, “Instalaciones de redes contra incendios”, “Suministro de equipos de bombeo”, “Carpintería en madera”, “Suministro de equipos y adecuación para piscina”, “Suministro e instalación mesones cocina y baño”, “carpintería metálica – ornamentación”.

Lo anterior, no fue objeto de controversia, aunado a lo cual el Auxiliar de la Justicia, indicó que “el proyecto está programado para entregar en el primer trimestre de 2023, condicionado a los desembolsos del banco y a las instalaciones (sic) definitivas de conexiones domiciliarias por parte de las empresas de servicios públicos”.

Ahora, en torno al testimonio de HERNÁN CORREA GONZÁLEZ de cuya valoración se duele la demandada, si bien no se ignora que es el padre del demandante DANILO CORREA, ello por sí solo no es motivo para descartar



su relato, pues es menester evaluar su deposición bajo esa consideración, y confrontarlas con los restantes elementos de prueba, sobre lo que el órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria, ha expresado: (...).

Entonces, se encuentra que dicho señor, por la cercanía con los demandantes, y que, como manifestó, por haberlos incluso ayudado económicamente con el negocio celebrado, tenía el conocimiento personal y podía referirse a ello, quien manifestó que transita constantemente por la obra, que cuenta con poco avance y la constructora tiene asignado personal insuficiente, lo que se encuentra en consonancia con lo probado en el proceso y lo referido por el perito, al punto que se itera, la construcción no ha sido culminada, a pesar de haberse iniciado desde el 6 de noviembre de 2018.

Valga acotar, que a pesar de que se critica haberse tomado dicho testimonio, tal afirmación no se compadece con lo consignado en el acápite de consideraciones de la sentencia cuestionada, pues aquél no se refirió a cuestiones operativas, como lo serían el avance de la obra en términos porcentuales, esto es, no emitió una apreciación técnica o científica con fundamento en una experticia sobre un tema determinado, limitándose a expresar que frecuenta los alrededores del lugar, que el edificio aún se encuentra en construcción, notándose una presencia escasa de trabajadores, y que aún con posterioridad a la emergencia sanitaria generada por el COVID19, los trabajos no fueron restablecidos de forma inmediata.

(...)

Corolario de lo expuesto, resulta la improsperidad de los reparos del extremo pasivo, por lo que la decisión no sufrirá modificación alguna en lo atinente a su condena, siendo menester, el estudio de los incoados por el extremo activo, que se contraen primeramente, al no reconocimiento de intereses moratorios sobre la suma reconocida, lo que no puede acogerse, dado que no existía la condena que fundamentara los conceptos reclamados y mucho menos sus intereses, pues ni siquiera se había interpuesto la demanda que dio origen a este proceso. En asunto similar, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, puntualizó: (...).

Así las cosas, dicho reparo está llamado al fracaso, prosiguiendo la Sala con el análisis del formulado por los actores frente a la exoneración de ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., respecto a lo cual es imperativo remitirnos a los Contratos de Encargo Fiduciario celebrado entre las demandadas, y al de Vinculación suscrito entre ambos extremos de la litis.

En ese orden, del contenido de las cláusulas tercera y vigésima tercera del contrato de vinculación N° 1500002887 del 3 de septiembre de 2017, se consignó que en desarrollo del encargo fiduciario, era obligación de ACCIÓN FIDUCIARIA la administración de los recursos y sus rendimientos, los que se dejarían a disposición de los beneficiarios de área, en caso de no cumplirse las condiciones para entregarlos al Fideicomitente; sin embargo, este supuesto no se configuró en el presente caso, pues INVERSIONES



BERMONT reunió los requisitos necesarios para la liberación del dinero y con ello, pasar a la fase operativa, como ya se analizó de forma precedente, y conforme se acreditó con certificación expedida y aportada por la fiduciaria.

Además, en la segunda de dichas cláusulas, los aquí demandantes declararon que la gestión de la fiduciaria no guardaba relación con la construcción ni la enajenación de los inmuebles; así como tampoco participa en el proyecto como constructora ni como gerente, y por tanto, carece de injerencia en su viabilidad técnica, jurídica y financiera, y, carece de control alguno sobre la destinación de los recursos recibidos.

De lo anterior, refulge que además de delimitarse la labor de la fiduciaria en el contrato de vinculación, a la administración de los recursos, se pactó que ésta no tendría injerencia alguna sobre el desarrollo de la construcción, y viabilidad financiera del proyecto, lo cual se reclamó mediante la demanda y se reitera en el recurso que nos ocupa, al indicar que no se verificó el "músculo financiero" de INVERSIONES BERMONT para ejecutarlo, siendo ello incompatible con lo sentado en el contrato, independientemente de la figura de confianza que constituyen las fiducias.

Ahora, remitiéndose la Sala al contrato de fiducia mercantil de administración FIDEICOMISO RECURSOS TORRE GAIA FA – 3079, se encuentra que en su cláusula segunda se fijó como objeto que ACCIÓN FIDUCIARIA recibiera los recursos necesarios para la ejecución del contrato, mantuviera la titularidad de los bienes que conforman el fideicomiso, realizara los giros con autorización del interventor, con cargo a los recursos; recibiera los aportes de los beneficiarios de área, los invirtiera de conformidad con lo pactado, y una vez reunidos los requisitos para ello, los entregase al Fideicomitente; y, realizara los giros a los 3 días hábiles siguientes a cuando lo solicite aquel, con autorización del interventor. Y, en la cláusula cuarta de dicho convenio, se estipularon las instrucciones para ACCIÓN FIDUCIARIA, entre las que están la liberación de los recursos, una vez cumplidos los requisitos para culminar la Fase Preoperativa, y dar inicio a la Operativa, obligación con la cual cumplió a cabalidad.

En este punto resulta oportuno acotar, que a pesar de no desconocerse por la Sala, el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Civil, Rural y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, sobre la figura de confianza que implican las entidades encargadas de negocios fiduciarios, postura consignada también en decisiones anteriores, lo cierto es que desde la reforma a la demanda, momento a partir del cual se incluyó a ACCIÓN FIDUCIARIA como demandada, ningún reproche se realizó en torno a sus obligaciones específicas de cara al contrato, mucho menos se alegó, y por ende, demostró que ésta haya procedido al desembolso de los recursos, sin el cumplimiento de los presupuestos para ello, lo cual dista de los supuesto fácticos estudiados por la Alta Corporación en tal ocasión, en la que incluso se alegó el engaño por parte de la entidad fiduciaria para suscribir el encargo, lo cual no se compadece con lo aquí estudiado.



Al respecto, valga añadir que nada se dijo por los demandantes frente al cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos, o sobre la aportación del terreno al fideicomiso, o la consecución del crédito constructor, doliéndose respecto a la fase de construcción, y criticando la actitud pasiva de la constructora en ese sentido. Todo lo anterior, se refleja en el acápite de pretensiones, en el que frente a ACCIÓN FIDUCIARIA, se esgrimieron la primera, segunda y tercera declarativas, afines a la existencia del “FIDEICOMISO RECURSOS TORRE GAIA FA – 3079”, y de los otros que extendieron la fase preoperativa, respectivamente; reiterándose que es en torno a la culminación de la operativa frente a la que los demandantes aducen la tardanza. Y, si bien en las condenatorias se incluyó a aquella, se reitera que no se logró el cometido de demostrar su desapego al convenio.

En ese orden de ideas, tampoco se desprende del contrato fiduciario, que existiera obligación en cabeza de ACCIÓN FIDUCIARIA, de realizar un control de la obra en su fase operativa o de construcción, pues si bien en el contrato se estipuló la designación de un interventor, dicha figura tenía por objeto constatar el cumplimiento de las exigencias tales como licencia de construcción, radicación de documentos para enajenación de inmuebles, liberación de gravámenes que pesaren sobre el bien, entrega de los contratos de vinculación debidamente firmados, concepto favorable sobre la obtención del punto de equilibrio, y, carta de aprobación del crédito constructor, pues al respecto se estipuló como instrucción en el numeral 4.1.7 de la Cláusula Cuarta que reunidos los requisitos para dar inicio a la fase operativa del proyecto, la fiduciaria debía entregar, con autorización del interventor, los recursos del fideicomiso con sus respectivos rendimientos, estos, a su vez aportados por los beneficiarios de área.

(...)

Sin embargo, al remitirnos al Contrato de Encargo Fiduciario, en el numeral 8.3 de su cláusula octava, se consignó como obligación para ACCIÓN FIDUCIARIA rendir cuentas de su gestión a los beneficiarios, cumplido lo cual, estos contarían con un lapso de 10 días para comunicar por escrito sus observaciones, so pena de que se entenderían aceptadas las cuentas. Al respecto, vale destacar que se hace referencia a la gestión de administración de recursos de la fiduciaria, no así a un seguimiento de los avances de la construcción, aunado a lo cual, tampoco se dolieron de los demandantes de que dicha rendición de cuentas no se haya cumplido, ni se probó que en caso tal, hayan realizado las observaciones respectivas al informe, tal y como se estipuló.

También es oportuno señalar, que a pesar de que los opugnantes afirman en su recurso que existieron advertencias por parte del Interventor acerca de la ausencia de informes que debía rendir INVERSIONES BERMONT, y por los altos injustificados en la obra, de tales documentos no se desprenden tales amonestaciones. Y, si bien no se ignora que para aquella se estipuló como obligación en el Contrato de Encargo Fiduciario la de informar a la fiduciaria sobre las mejoras que se realizaren en los inmuebles, señalando su valor y anexando los soportes, para con ello realizar los registros contables, lo cierto es que tales informes no tenían por fin los beneficiarios de área, sino



un seguimiento de la contabilidad, aunado a lo cual, en la misma disposición, se reiteró que ACCIÓN FIDUCIARIA no respondería por la construcción, ejecución y terminación del proyecto, así como tampoco por su viabilidad financiera, ni por plazos de entrega.

Adicionalmente, en el párrafo de la referida cláusula, se consignó que ACCIÓN FIDUCIARIA no se haría responsable por los aspectos técnicos, jurídicos ni financieros del proyecto, dentro de lo que se enlistaron estudios de factibilidad y flujo de caja, además de pactarse que tampoco lo haría por la comercialización, promoción, construcción, gerencia, interventoría y demás aspectos del mismo, estableciéndose su ausencia de responsabilidad en lo atinente a la terminación, calidad o cantidad y valor de las unidades.

En ese orden de ideas, es claro para la Sala, que la condena impuesta no puede extenderse a ACCIÓN FIDUCIARIA, y por tanto, los argumentos en ese sentido se despacharán desfavorablemente.”. **(Magistrada Sustanciadora Dra. Yaens Castellón Giraldo, Radicado Interno: 44.650).**

NOTA DE RELATORÍA.- Esta providencia tiene **SALVAMENTO DE VOTO** del Honorable Magistrado **Dr. Juan Carlos Andrés Cerón Díaz**, cuyos puntos cardinales fueron los siguientes:

“Con el mayor respeto disiento de la posición mayoritaria de la Sala que determinó confirmar la sentencia de fecha 21 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla dentro del asunto de la referencia, pues considero que en su lugar debió revocarse para también condenar a la demandada ACCION FIDUCIARIA S.A por las siguientes razones:

i) *Estructura técnica del desarrollo de proyectos inmobiliarios*

Tratándose de proyectos inmobiliarios es usual la intervención de múltiples actores, quienes tienen roles interconectados para lograr una finalidad común: La construcción de las unidades inmobiliarias y su colocación entre los futuros adquirentes. Cada actor interviene con base en un contrato específico, de los cuales emanan obligaciones y derechos para sus suscriptores según su naturaleza, aunque interconectados para lograr una finalidad común: la construcción de las unidades inmobiliarias y su colocación entre los futuros adquirentes. Luego, ante la existencia de una finalidad común, surge una coligación negocial, de la cual emanan cargas y deberes adicionales que son transversales a la red de contratos, siendo exigibles de manera general.

En esta caso destaca que el “FIDEICOMISO RECURSOS TORRE GAIA FA – 3079” tuvo por objeto la administración de los recursos recibidos y destinados a la construcción de un proyecto inmobiliario, consistente en varias unidades residenciales en la ciudad de Barranquilla, en el que se pactaron términos perentorios para el desarrollo y ejecución del EDIFICIO GAIA y la entidad ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. actuó como vocera del mismo.

De tal suerte que la intervención de este profesional del sistema financiero permite a los inversionistas depositar su confianza en el proyecto, basados en su independencia, profesionalismo y supervisión estatal, lo que garantiza que sus recursos serán destinados efectivamente a la construcción y con verdaderas probabilidades de éxito.



ii) *Análisis conjunto de los contratos coaligados:*

En criterio de este magistrado a los intervinientes en la red contractual se les impone obrar armónicamente y en dirección al logro del propósito común; no les basta, entonces, con cumplir las obligaciones del pacto individual, sino que tienen deberes y obligaciones por satisfacer frente a la integración de que son parte los contratos coligados, pues de su cabal satisfacción depende tanto el surgimiento como la existencia del entramado contractual y, por sobre todo, la consecución del fin último querido por los interesados. Por tal razón, es menester que la ejecución de esa cadena de convenios se realice por cada uno de los partícipes de la manera que mejor contribuya al logro del objetivo sistémico que se trazó.

iii) *Responsabilidad de las entidades fiduciarias:*

En la coligación contractual como la descrita en este caso, emergen obligaciones propias de las convenciones celebradas entre los interesados, cuya desatención podrá ser reclamada por éstos; y, adicionalmente, hay débitos que brotan de la red de contratos, frente a los cuales existe una legitimación en la causa ampliada para pretender su satisfacción. Es decir, fruto de la red formada entre los negocios jurídicos, emanan «deberes de conducta para todos los intervinientes, que responden al imperativo de que ese novo objeto se constituya debidamente, se mantenga y cumpla sus fines».

Por fuerza del régimen normativo que nutre al encargo fiduciario, se tiene que la sociedad fiduciaria se obliga a observar los compromisos adquiridos en el respectivo contrato, los deberes contenidos en la ley, los que resultan connaturales a su profesionalidad y los que emanan de la buena fe. Entendimiento que encuentra fundamento, no sólo en la pirámide normativa aplicable a este negocio, sino también en el artículo 1603 del Código Civil, según el cual: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”

En este sentido la confianza que genera la fiduciaria le impone cargas especiales, tanto de información como de seguimiento, de suerte que la tranquilidad generada a los inversionistas por su intervención se corresponda con la realidad de la operación.

Es así que conforme al artículo 1243 del Código de Comercio, “el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión”, esto es, por “la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios... Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano” (artículo 63 del Código Civil).

Lo expuesto conduce a considerar que el grado de diligencia exigible a la fiduciaria no es el que un hombre común emplearía ordinariamente en sus negocios propios, sino el de un “buen hombre de negocios”, comoquiera que si la fiducia mercantil siempre involucra la obligación de administrar, ello le impone actuar como un profesional en el ramo, bien calificado para el desempeño de su oficio, so pena de incurrir en responsabilidad si actúa de manera negligente y con su acción u omisión genera perjuicios al otro contratante.”



SALA LABORAL

FUERO DE SALUD- Para invocar este tipo especial de protección deben acreditarse los requisitos exigidos por la jurisprudencia laboral de la CSJ/
CARGA DE LA PRUEBA- Incumbe al demandante interesado en obtener un reintegro por la presunta violación a una estabilidad laboral reforzada

“De cara al problema jurídico formulado, advierte esta Sala que no es punto de discusión que existió una relación laboral por parte de los sujetos procesales en el interregno comprendido entre el 2 de mayo de 1995 al 13 de abril de 2015, fecha en la cual fue notificado por el empleador su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, por tanto, de cara a lo previsto en el caso en estudio, el análisis jurídico consistirá en establecer la acreditación o no de los presupuestos y condiciones para el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada que pregona el demandante, y por tal vía, establecer si existió una indebida valoración de las pruebas obrantes dentro del expediente judicial.

(...)

Por otro lado, resulta oportuno traer a colación lo dispuesto por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre la configuración de la estabilidad laboral reforzada en el desarrollo legislativo, ya que ella efectúa distinciones que han de tenerse en cuenta:

“Con todo, a modo de doctrina, la Sala debe precisar lo siguiente:

1. Por un lado, para tener titularidad sobre la garantía de estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es menester establecer inicialmente la norma que regulaba la situación jurídica en concreto, pues si los hechos a analizar fueron anteriores a la vigencia del Decreto 1507 de 2014 resulta imperioso acreditar una PCL superior o igual a un 15 % y si son posteriores, debe evidenciarse una afectación significativa de mediano o largo plazo que incida en el desempeño normal de las funciones.

Así que es necesario establecer si «el trabajador se encuentr[a] en situación de discapacidad», que le implique «soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con [acto patronal que sanciona la ley]» (CSJ SL572-2021), lo que puede evidenciarse en cualquiera de los siguientes escenarios:

- i) Presentar una limitación igual o superior al 15 % de su pérdida de la capacidad laboral, independientemente del origen que tenga (CSJ SL571- 2021 y CSJ SL711-2021).
- ii) Ante la ausencia de un medio técnico e idóneo que acredite lo dicho, se demuestra sufrir una limitación relevante o una discapacidad (CSJ SL5700-2021 y CSJ SL572-2021);
- iii) Estar en «estado de debilidad manifiesta», por hallarse inmerso en «proceso de recuperación de su estado de salud, como consecuencia de [un] accidente de trabajo sufrido» (CSJ SL1708-2021 y CSJ SL3144-2021).

Para constatar lo previo, existe libertad probatoria, ya que, como se manifestó en providencia CSJ SL572-2021, reiterada en CSJ SL2739- 2022, aunque en principio se ha discurrido que «[...] esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador



desde el punto de vista médico y ocupacional», por excepción se ha permitido que «[...] en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, [...] esta puede inferirse de su estado de salud», siempre que «sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección», como en los casos en los que [...] el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo.

Conforme a lo dicho, es viable colegir que la garantía foral en comento no está destinada para cualquier afección de salud." (CSJ SL4219-2022, negrilla por fuera de la cita)

Descendiendo lo expuesto al caso que concita la atención de la Sala, se echa de menos en el plenario dictamen alguno que certifique su limitación en términos porcentuales, conforme lo anteriormente reseñado, lo cual permita la consolidación de su estabilidad laboral reforzada para la calenda en la cual se dio por terminado el contrato laboral, objeto de la presente controversia.

Ahora bien, frente a lo afirmado por el accionante respecto a los quebrantos de salud sobre los cuales soporta las pretensiones de la demanda, advierte esta vista pública que, si bien el actor acompañó pruebas documentales, entre las que destaca, orden médica, historias clínicas y recomendaciones, con aquellas no se acreditan algunos de los hechos que esboza, pues, en el plenario sólo se acreditaron las siguientes:

PRUEBA	FECHA
Orden medica emitida por Dr. Ricardo Silva (01demanda.pdf Fl. 56)	22 de enero de 2013 y 28 de enero de 2014
Historia Clínica Ambulatoria (01demanda.pdf Fl. 57)	7 de enero de 2014
Historia Clínica Ambulatoria (01demanda.pdf Fl. 58-59)	20 de agosto de 2014
Recomendaciones medicas (01demanda.pdf Fl. 60)	5 de mayo de 2014

Tales circunstancias no permiten colegir, que con ellas se pudiera estructurar el fuero de estabilidad reclamado, en tanto no se acredita objetivamente la limitación física, mental o emocional, más allá de la ocurrencia de factores de salud que por sí solas no permiten colegir la existencia de una limitación relevante o una discapacidad, o la de circunstancias de debilidad manifiesta conforme a las líneas jurisprudenciales que anteceden.

Aunado a ello, se tiene que el demandante durante el desarrollo del interrogatorio de partes confesó no haberse encontrado bajo una calificación de pérdida de capacidad laboral, como también afirmó no haber estado siquiera en proceso de calificación de los padecimientos alegados durante su afiliación, situación, que a la luz de los testimonios allegados no obtuvo variación alguna.

Ahora bien, es de destacar en lo que respecta a las recomendaciones médicas y el padecimiento en el área lumbar que sufría el demandante, se tuvo que frente a tales situaciones, no obró prueba alguna ni manifestación



desplegada durante los interrogatorios/testimonios, que permitiera avizorar la puesta en conocimiento del tal padecimiento al empleador PIZANO S.A.

Así pues, esta Corporación no encuentra otra conclusión a la que se pueda arribar distinta a la adoptada por el juzgador de primer grado, en lo atinente a que no existe congruencia entre lo dicho por el promotor del juicio en la demanda y el precario acervo probatorio arribado.

(...)

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la parte demandante persigue le sea declarada que al momento de la terminación del contrato contaba con una estabilidad laboral reforzada, le incumbía probar, conforme al precedente citado en acápite anterior, presentar una limitación igual o superior al 15% de su pérdida de capacidad laboral, una limitación relevante o una discapacidad o estar en estado de debilidad manifiesta por hallarse inmerso en un proceso de recuperación de su estado de salud, como consecuencia de un accidente de trabajo sufrido; empero, el mismo no acreditó que a la fecha de finalización de la relación laboral padeciera enfermedad alguna que reuniera los requisitos fijados por la jurisprudencia para hacerse merecedor de la protección especial contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

De otro lado, frente a la liquidación mal efectuada alegada por la demandada por un monto correspondiente de \$8.997.258,00, es de resaltar que, tal asunto fue esclarecido por parte del accionante del proceso, toda vez que reconoció durante el desarrollo del interrogatorio desarrollado por el apoderado de PIZANO S.A. el haber recibido el pago de la totalidad de sus acreencias relacionadas a las prestaciones sociales, como también el pago de la liquidación dentro de la cual se encontraba aplicado el acuerdo extra convencional, por lo cual esta Sala colige que tal pretensión tampoco se encontraba llamada a prosperar.” **(Magistrado Sustanciador: Dr. Diego Guillermo Anaya González, Noviembre 30 de 2023, Radicado Interno: 60.225-A)**

VÍNCULO CONTRACTUAL- Continuidad en la prestación del servicio/ **HORAS EXTRAS-** Conductor cobrador: Las pruebas documentales no demuestran discriminadamente las horas extras laboradas ni su periodicidad/ **DESPIDO SIN JUSTA CAUSA-** No logró demostrarse los presupuestos del mismo

“No es objeto de discusión en la Litis que las partes procesales sostuvieron vínculo laboral a partir del día 11 de abril de 2013 hasta el día 17 de marzo de 2015, a fin que el demandante ocupara el cargo de CONDUCTOR – COBRADOR, siendo objeto de controversia la continuidad o ininterrupción de la mentada relación contractual, como el salario y modo de terminación.

A efectos de impartir trámite al primer interrogante formulado en la Litis, esta Sala de Decisión observa a folio 131 del expediente físico documento denominado CONTRATO DE TRABAJO (CONDUCTOR COBRADOR), suscrito entre los extremos del litigio en fecha 11 de abril de 2013; vínculo que se extendió hasta el pasado 10 de abril de 2014, conforme se desprende de certificado laboral obrante a folio 22 del expediente físico, advirtiéndose que en el plenario no se discute el modo de terminación de este contrato en específico. A su vez, se observa a folio 53 del expediente físico



documento titulado CONTRATO DE TRABAJO (CONDUCTOR COBRADOR) suscrito por las partes procesales en fecha 22 de mayo de 2014, el cual permaneció vigente hasta el día 17 de marzo de 2015, siendo punto de controversia las circunstancias que dieron lugar a su fenecimiento.

(...)

Pues bien, de las probanzas del proceso se observa una interrupción de 1 mes y 12 días entre ambos contratos de trabajo, lo cual conlleva a colegir que en el presente asunto no se encuentra configurada una continuidad contractual que permita deprecar la sola existencia de un vínculo laboral, advirtiéndose que, contrario a lo afirmado por la parte demandante en la audiencia pública que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dentro del plenario no se encuentra acreditado que la misma estuviese disfrutando en aquel interregno de sus vacaciones.

Así pues, esta Corporación considera que, probatoriamente, se tiene que entre las partes procesales existieron dos vínculos laborales, conforme se reseñó en líneas anteriores.

SALARIO DEL TRABAJADOR

A fin de resolver el segundo problema jurídico planteado, relativo al salario del trabajador, resulta del caso precisar que salario, a la luz de lo preceptuado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, es un elemento esencial del contrato de trabajo y corresponde a la retribución dada al trabajador por la prestación de un servicio.

I. Criterios delimitantes del salario

De igual forma, el mismo proveído expresa los siguientes criterios que han de tenerse en cuenta para delimitar aquellas prestaciones que deben entenderse como salario: (...)

II. Factores no constitutivos de salario

Aunado a lo anterior, hacemos referencia a lo establecido en el artículo 128 ibídem, el cual consagra los factores que no constituyen salario, y en su inciso final advierte que cuando las partes no hayan dispuesto expresamente lo contrario, los conceptos que el trabajador reciba como beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, o aquellos otorgados en forma extralegal por el empleador, se reputan como salario, salvo que las partes expresamente hayan dispuesto una consecuencia diferente, situación que se conoce como cláusula de exclusión.

Atendiendo a lo expuesto en línea anterior, se tiene que, en principio sólo es salario lo que percibe el trabajador como contraprestación directa del servicio, independientemente de la forma en que se realice su pago o el nombre que se le asigne, por lo tanto, el factor principal para determinar si los dineros que percibe un trabajador tienen connotación salarial consiste en establecer si aquellos son una contraprestación directa del servicio, y de no ser así, se entra entonces a determinar si la suma objeto de discusión se sitúa en los conceptos que señala el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que daría lugar a establecer que constituye salario, de no haberse pactado expresamente entre las partes lo contrario.



(...)

En la medida que la última premisa descrita es una excepción a la generalidad salarial de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo."

III. Jornada de trabajo de conductores y horas extras

Para dilucidar las horas extras, resulta imperioso esclarecer en la Litis la jornada de trabajo del demandante en consideración del cargo que ocupaba, a saber, conductor-cobrador, siendo por tal circunstancia oportuno traer a colación lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en proveído CSJ SL8675-2017, sobre la materia:

"Para resolver la controversia, en punto al caso debatido y al cómputo de horas extras de choferes, debe decirse que, en esencia, la jornada de trabajo corresponde al espacio de tiempo que se requiere para realizar una determinada actividad; esta bien puede estar condicionada, por la esencia del trabajo, a turnos para garantizar la permanencia, o efectuarse de manera ininterrumpida o intermitente, evento este en el que se requiere la presencia del empleado en el lugar de trabajo, aun cuando no ejerza su tarea en forma constante.

Es por tales aristas, propias de las actividades productivas, que las codificaciones laborales han creado una categoría especial de trabajadores que están sometidos a un régimen o jornada especial, que puede diferenciar la limitación a un tope de horas máximas diarias o semanales en las cuales el trabajador puede estar de servicio o excluyéndolo de tal exigencia.

En Colombia, el tope máximo de 8 horas diarias en el empleo se introdujo a través de la Resolución 1 de 1934, que expidió la Oficina Nacional del Trabajo, y que luego se incorporaría al Decreto 895 del mismo año; en esencia tales disposiciones acogieron en su integridad el Convenio 1 de la OIT de 1919, que limitó a 48 horas semanales el tiempo de trabajo en los establecimientos industriales, y que había sido aprobado a través de la Ley 129 de 1931.

El referido Decreto 895 no obstante estableció múltiples excepciones a la jornada máxima legal, los cuales plasmó en su artículo 2º y contaba entre ellas a los trabajadores de confianza y manejo, los de labores agrícolas, los empleados de servicio doméstico, así como todos aquellos trabajos que se realizaban por turnos, como los de los choferes, solo que el Decreto 776 de 1943 modificó esta última excepción para regularlos solo a la jornada ordinaria, con la salvedad de quienes prestaran el servicio de forma intermitente, o los que lo hicieran entre dos o más municipios, independientemente de la forma de su remuneración.



Esta última normativa, en su artículo 3º, contempló que era «intermitente por su misma naturaleza, el trabajo de los choferes mecánicos que prestan sus servicios al público en empresas de transportes urbanos, por medio de taxis u otros vehículos automotores y a quienes se paga por porcentaje», es decir que no se les aplicaba el tope legal, dada la naturaleza de la actividad realizada.

(...)

Por su parte, la codificación del trabajo, que reguló las relaciones entre los particulares, que correspondió a los Decretos 2663, 3743 de 1950 y 905 de 1951, dispuso inicialmente como excepción a la jornada máxima legal, en su artículo 162 literal d) la de «Los chóferes mecánicos que presten sus servicios en empresas de transportes de cualquier clase, sea cual fuere la forma de su remuneración», es decir que mantuvo la regla según la cual a estos no los cobijaba un máximo.

Tal precepto solo vino a transformarse con la expedición del Decreto 1393 de 1970, artículo 56, que derogó tal exclusión y que dispuso que, por razones de seguridad pública, ante el riesgo que implicaba una regla de ese tipo para actividades de conducción, la jornada para los choferes mecánicos sería de 10 horas diarias.

Fue el artículo 2 del Decreto 869 de 1978 el que clarificó que «la jornada de trabajo comprende el tiempo durante el cual el conductor esté al servicio de la empresa, bien sea sobre el timón y la ruta o simplemente a disposición de la una o del otro», de manera que al margen de que hubiese intermitencias en la prestación del servicio, estas debían contabilizarse dentro de las 10 horas.

Ninguna de esas últimas disposiciones sufrieron modificación con la Ley 6 de 1981, tampoco con el artículo 22 de la Ley 50 de 1990, ni con la Ley 789 de 2002 que determinaron el límite al trabajo supletorio y la consideración de la jornada diurna y la nocturna, de forma tal que para los choferes se mantiene la excepción y en últimas la habilitación de trabajar 10 horas diarias, con respecto al descanso semanal y al del fraccionamiento de la jornada para el descanso, así como el que dispone las actividades recreativas o de formación, incorporado en la Ley 50 de 1990, y que en ese lapso se comprende el estar en timón o ruta o disponible para la empresa, regulándose así la manera intermitente propia de ese tipo de tarea, de forma que no era posible que, pese a contar con las pruebas que daban cuenta del exceso de la jornada máxima permitida para los choferes de bus, en este caso, acreditados unos días las horas extras, no se declararan, máxime cuando, además, los controles de despacho dan cuenta de que, en su mayoría, fueron autorizados por la empresa, había certeza sobre su prestación y estaban admitidas desde la contestación de la demanda, solo que para Transportes Bermúdez no era posible sino contabilizar 10 horas en timón y ruta.”

Precisado lo anterior, se tiene de igual forma que el artículo 159 del Código Sustantivo del Trabajo expresa que trabajo suplementario u horas extras es aquel que excede (i) la jornada ordinaria y (ii) la máxima legal.



Sobre el t3pico, se precisa que el art3culo 22 de la Ley 50 de 1990, el cual adicion3 disposiciones jur3dicas al compendio normativo anterior, expresa que en ning3n caso las horas extras, diurnas o nocturnas pueden exceder de 2 horas diarias y 12 semanales, especific3ndose que en aquellas eventualidades donde la jornada de trabajo sea de 10 horas diarias, no se podr3 en el mismo d3a laborar horas extras.

(...)

Pues bien, en revisi3n de las pruebas documentales arrimadas a la Litis, esta colegiatura no observa pruebas que acrediten discriminadamente las horas extras laboradas por la parte demandante, como tampoco la periodicidad y monto de la bonificaci3n recibida por rendimiento.

En cuanto al interrogatorio de la parte demandada, si bien se expres3 que el salario promedio de los trabajadores que ocupaban el referido cargo oscilaba entre los \$ 500.000 y \$ 600.000, de acuerdo a horas laboradas y porcentaje de liquidaci3n conforme lo producido de ventas, que es pagado y liquidado por la empresa y descontado al propietario del veh3culo, dentro del plenario no se reunieron dichos elementos de juicio que permitan determinar, sin lugar a equ3voco alguno, la verdadera contraprestaci3n econ3mica de la parte activa, de manera peri3dica a fin de imponer los efectos jur3dicos que la normativa y jurisprudencia anterior persigue. En cuanto al horario de trabajo, se expres3 que los conductores "pueden" iniciar a las 5:30 A.M. y terminar a las 8:30 P.M. y que "seguramente" ese era el caso del demandante, empero, no se discrimin3 si ello era por turnos, qu3 d3as de la semana, como tampoco la vocaci3n de permanencia de dicho horario.

A su turno, se recib3 el testimonio de JOAQU3N ANTONIO, Director de Recursos Humanos de la empresa demandada, quien afirm3 que al demandante en el a3o 2015 recib3a en promedio una contraprestaci3n econ3mica mensual que ascend3a a la suma de \$ 700.000, y le cancelaban recargo, horas extras, sin embargo, dicha afirmaci3n resulta insuficiente para los fines pretendidos, ya que no permite generar la certeza frente a su causaci3n temporal e intensidad horaria.

Adem3s, se practic3 prueba testimonial sobre DANIEL PINEDO CAMACHO, quien es sobrino del demandante y labor3 para la empresa demandada por 4 meses, quien asegur3 que el promotor del juicio recib3a un pago mayor que el suyo por cuanto aquel se encontraba fijo mientras que 3l era de relevo, sin embargo, no se precis3 asignaci3n salarial mensual.

As3 las cosas, el principio de realidad sobre las formas que consagra el art3culo 53 de la constituci3n Pol3tica, en el presente caso no desconoce la realidad y lo pactado entre las partes, toda vez que se tiene probado que s3 exist3a una bonificaci3n y pago de horas extras, empero, no existen los medios de convicci3n suficientes que los discriminen e individualicen, a fin de llegar aplicar las consecuencias jur3dicas del caso, d3ficit probatorio que conllevar3a a confirmar sobre este aspecto la decisi3n absolutoria de primer grado.

(...)



En ese sentido, error el juzgado de instancia al aplicar el principio mencionado, pues, como estipula la sentencia cita, este solo opera frente el supuesto de existir dos o más interpretaciones sobre normatividades que sean contrapuestas, más no, sobre la valoración probatoria que hagan los jueces.

DE LA TERMINACIÓN DEL VÍNCULO CONTRACTUAL

Frente a ese último tópico, esta Corporación otea a folio 55 del expediente físico una carta de renuncia de fecha 17 de marzo de 2015 suscrita por la parte demandante, advirtiéndose que la misma fue objeto de tacha de falsedad por parte de esta última, quien, en un principio, desconoció la existencia del mentado documento, motivo por el cual solicitó prueba grafológica, sin embargo, posteriormente reconoció su firma pero no el contenido del documento, por lo que estructuró su tesis en una tacha ideológica, agregando siguientemente a su dicho, mediante su recurso de apelación, la configuración de una coacción en su suscripción; alegaciones que, de entrada, se contrarían entre sí.

(...)

Bajo esa interpretación jurídica, la falsedad ideológica aludida no debe tramitarse bajo la figura incidental prevista en el artículo 269 del Código General del Proceso, advirtiéndose que en este tipo de procesos sólo es dable plantear la falsedad material, ya que aquellos hechos que puedan configurar una falsedad ideológica deben ser ventilados ante la justicia penal y, bajo ese supuesto jurídico no era dable abrir un trámite incidental al respecto, como tampoco decretar pruebas para ello, bien hizo la juzgadora de primer grado, la cual concluyó que las inconformidades sobre el documento iban a ser esclarecidas con el acervo probatorio solicitado y decretado para los fines de la Litis.

Pues bien, teniendo en cuenta que la parte demandante pretende la nulidad de su despido y argumenta la ineficacia de su renuncia, resulta del caso esclarecer ambas figuras jurídicas.

(...)

Una vez examinada las pruebas recaudadas en la Litis, esta Sala de Decisión no encuentra alguna que desvirtúe la autenticidad de la carta de renuncia aportada por la entidad demandada, sino que, por el contrario, la parte activa acreditó a través del testimonio del señor JOAQUÍN ANTONIO, el modo, tiempo y lugar donde se suscribió el referido documento, a saber, el mismo día de su elaboración, 17 de marzo de 2015, en su oficina ubicada en la dependencia de Recursos Humanos, con ocasión a una conversación sostenida entre ambos, en la cual se le advirtió sobre la iniciación de un proceso disciplinario, ante lo cual el promotor del juicio le informó que se iba a ir de la empresa, lo cual conllevó a que se le pidiera que “pasara la carta”, frente a lo cual el accionante expresó “hágamela que yo la firmo”; circunstancia fáctica de la cual no es dable extraer un vicio en el consentimiento, pues no se extrae ignorancia del actor en cuanto al contenido del documento firmado, como tampoco fue obligado a ello, ni que fuere inducido a su suscripción.



Ahora bien, frente al reproche de la parte demandante en cuanto a la ausencia de práctica de la prueba de declaración de parte sobre ella misma para poder desvirtuar el contenido del mentado documento, cabe precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que a nadie le es permitido fabricar su propia prueba (CSJ SL023-2021), por lo que el mero dicho de la parte demandante no puede ser determinante en la acreditación del cargo pretendido.

Así pues, al otorgarse valor probatorio a la carta de renuncia, esta Sala de Decisión, por sustracción de materia, se abstendrá de estudiar la indemnización del despido sin justa causa." **(Magistrado Sustanciador Dr. Diego Guillermo Anaya González, Noviembre 30 de 2023, Radicado Interno: 62.648-A)**

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- Hijo Inválido: Requisitos que deben acreditarse/
PETICIÓN DE ACREECIMIENTO PENSIONAL- No logró demostrarse los presupuestos legales para su reconocimiento

"1. Lo que se debe resolver es si la demandante, Ruy Alba Restrepo Diaz, tiene derecho a percibir el 100% de la pensión de sobreviviente causada por la muerte de Flaminio Rangel, dado que Regina Estefany Rangel Botero, no es hija real del difunto.

2. El Tribunal confirmara la sentencia de primera instancia, debido a que la beneficiaria Regina Estefany Rangel Botero, acreditó la calidad de hija impedida para laborar en razón a sus estudios y tiene derecho a percibir la pensión de sobreviviente.

(...)

Pues bien, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, normativa aplicable en el sub judice por cuanto el pensionado falleció el 20 de mayo de 2004 (f. 14), señala:

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a). Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con



sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

De la literalidad de la anterior normativa se extrae que, para ser beneficiario de una prestación de sobrevivientes, en calidad de hijo del causante ya sea afiliado o pensionado, se deberá acreditar que es menor de 18 años o que contando hasta la edad de 25 años se encuentren imposibilitados para laborar por razones de estudios siempre que acrediten que eran dependiente económicamente del fallecido. Por último, que, teniendo el parentesco de hijo, de padezcan de invalidez y dependieran económicamente del afiliado o pensionado.

4. La demandante no tiene derecho a percibir el 100% de la pensión de sobreviviente, mientras subsista el derecho de la otra beneficiaria

Conforme los antecedentes del caso, a la Sala le corresponde determinar si la juez de primera instancia erró desde la perspectiva jurídica al considerar que Regina Estefany Rangel Botero era beneficiaria de la pensión de sobreviviente por haber acreditado con el registro civil de nacimiento la calidad de hija del pensionado Flaminio Rangel, a pesar de que, como lo aduce la demandante, existe otro medio de convicción como la partida de bautismo que señala que en realidad era su nieta.

Dado el relato de la demanda y de las contestaciones, se tienen por indiscutidos los siguientes hechos: (i) que el señor Flaminio Rangel falleció el 20 de mayo de 2004, según consta en el registro de defunción aportado en el expediente administrativo; (ii) que con ocasión de su deceso, mediante resolución de 2005 le fue reconocida a la demandante pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente supérstite del fallecido en un 100% del monto; (iii) que posteriormente se presentó Regina Estefany Rangel Botero como hija menor de edad del causante, a quien el Instituto del Seguro Social le reconoció pensión de sobreviviente del 50% mediante resolución de 2004, disminuyendo así la mesada de la demandante.

La demandante solicita el acrecimiento del 50% de la pensión que devenga Regina Estefany, alegando que en realidad es nieta y no hija del difunto, basándose en la partida de bautismo aportada, donde se señala que la beneficiaria es hija de Alfonso Enrique Botero y Betsabe Rangel, y nieta paterna de Flaminio Rangel.

La juez de primera instancia resolvió que, según el registro civil de nacimiento, Regina Estefany fue inscrita como hija de Flaminio Rangel y Alba



Marina Botero Tous. Afirmó que la prueba idónea para demostrar la filiación es el registro civil de nacimiento y por dicha razón no le asiste razón a la demandante. En ese orden, para la Sala es pertinente recordar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha enseñado que cuando se pretende el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes para un menor de edad, es suficiente con aportar el registro civil de nacimiento de aquel a efecto de acreditar el parentesco con el causante pues así lo señala el parágrafo del artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003 en cuanto dispone que: “...Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil”.

Respecto a los registros civiles es menester indicar que son documentos públicos, los cuales se presumen auténticos, conforme las previsiones del artículo 244 del C.G.P., mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad, no obstante en este asunto, la tacha de falsedad no fue formulada en contra del registro civil de nacimiento con serial No 29557685, pues si bien, la demandante afirma en su escrito inaugural que el mismo es falso, ello no puede entenderse que corresponda a la tacha de falsedad que refiere la norma anteriormente mencionada.

Ahora bien, adentrándonos al estudio del contenido del registro civil de nacimiento con serial No 29557685, allegado en la demanda, donde se inscribió a Regina Estefany Rangel Botero como nacida el 7 de mayo de 1996 y se reportó como padre al señor Flaminio Rangel y como madre a la señora Alba Marina Botero Tous, la Sala considera que no existe elemento alguno que permita dudar acerca de su autenticidad. El registro coincide con el aportado en el expediente administrativo remitido por Colpensiones, los cuales una vez cotejados, no dejan incertidumbre alguna sobre que el nombre registrado como padre de la beneficiaria Regina Estefany Rangel Botero es el del causante Flaminio Rangel.” **(Magistrado Sustanciador Dr. Edgar Benavides Getial, Noviembre 15 de 2023, Radicado Interno: 70.378-E).**

CONTRATOS SUCESIVOS- Prueba documental/ **DESPIDO INDIRECTO-** No está demostrado que las causas de terminación del contrato alegadas sean imputables a la empleadora/ **PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES-** No hay lugar a su reconocimiento

“1. De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, corresponde determinar: si entre la demandante y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido entre los años 2010 a 2019 y si la demandante tiene derecho al pago de las prestaciones reclamadas en la demanda.

(...)

Es importante destacar que, en este caso, no se discuten los siguientes hechos: la demandante y la demandada firmaron un contrato de trabajo a término fijo por menos de un año el 18 de enero de 2010. La actora trabajó en el cargo de gerente y, sucesivamente, firmó contrato de trabajo el 18 de enero de 2011, el 7 de enero de 2014, el 1 de febrero de 2015, el 16 de febrero de 2016, el 3 de enero de 2017 y, el 2 de abril de 2018. Todos los contratos



fueron suscritos a término fijo, por menos de un año, y en ellos la demandante siempre tuvo el cargo de gerente. Además, está claro que la demandante trabajó hasta el 28 de febrero de 2019.

La parte actora sostiene, como fundamento de su recurso, que se debe declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, durante el período comprendido entre el 19 de enero de 2010 y el 28 de febrero de 2019. En consecuencia, solicita que se condene a la demanda a reliquidar sus prestaciones sociales y vacaciones, argumentando que, a lo largo de la relación laboral, el empleador realizó pagos parciales de estas acreencias calculadas en las fechas de terminación de cada uno de los contratos suscritos. Además, pide que se condene a la demandada al pago de una indemnización por despido injusto. Según la demandante las declaraciones testimoniales recogidas durante la audiencia evidenciaron que la empleadora, incluyendo a la demandante, coaccionaba a sus trabajadores a presentar su renuncia para luego ser recontratados.

El primer argumento del apelante no es procedente, teniendo en cuenta la regulación normativa que define el contrato de trabajo a término fijo y la jurisprudencia establecida por las altas cortes. Es claro que un contrato de trabajo a término fijo no se convierte automáticamente en indefinido por su renovación o por la firma de contratos consecutivos entre las mismas partes. Esto es evidente en el caso en cuestión, donde la demandante firma contratos de trabajo por períodos inferiores a un año con la parte demandada. Tal práctica se ajusta a la prerrogativa del empleador de contratar a sus trabajadores bajo la estructura legal que más le convenga o de acuerdo con sus circunstancias particulares.

En relación con el segundo argumento del recurso de apelación, que sostiene que la demandante no presentó voluntariamente su renuncia, sino que fue coaccionada por la empleadora para presentar su renuncia, cabe señalar que esta situación se encuadra en la figura del despido indirecto.

Al respecto, en el interrogatorio de parte el representante legal de la demandada indicó que la demandante firmó una serie de contratos de trabajo con la parte demandada, lo que obedecía a la modalidad de contratación establecida por las políticas de la compañía. Mencionó que la demandante, en su calidad de gerente, utilizaba este tipo de vinculación para contratar a las personas bajo su cargo. Ella tenía la facultad de recibir las renuncias e incluso de presentar sus propias renuncias y tenía la potestad de decidir cuándo terminaba un contrato y cuándo comenzaba otro. Señaló que entre cada uno de los contratos de trabajo podía transcurrir un mes y que esto era acordado, nunca fue obligatorio; los trabajadores podían renunciar si así lo deseaban, y luego podían ser recontratados. Se afirmó que a la demandante se le pagaron valores mayores a los que le correspondían por concepto de prestaciones sociales. Además, una vez terminado el contrato de trabajo, la empresa, por omisión, no desafiliaba a la trabajadora y continuaba pagando los aportes a la seguridad social. Admitió que la demandante fue contratada en ocho ocasiones, para el mismo cargo, y renunció ocho veces.



En el interrogatorio de parte, la demandante indicó que, por políticas de la empresa, los cargos directivos se vinculaban a través de contratos de trabajo a término fijo entre el año 2010 y 2019. Mencionó que desconocía las causas de la terminación de su contrato de trabajo, ya que fue obligada por la demandada. Explicó que pensó que sería recontratada, realizó los exámenes de ingreso, pero luego le informaron que su contrato no se renovaría, a pesar de haberlo firmado previamente. Afirmó que no se le pagaron las vacaciones ni las cesantías. También mencionó que, a pesar de presentar renunciaciones al cargo, continuó laborando como gerente en la Clínica, dando instrucciones a otros trabajadores, manejando las cuentas de la Clínica y manteniéndose involucrada en sus asuntos. Siguió trabajando porque esa era la política de la organización. Laboró sin contrato de trabajo durante 15 días porque estaba segura de que sería recontratada. Reconoció los documentos relativos a la liquidación de vacaciones de los periodos de 2015 y 2016, pero indicó que escribió dichos documentos porque la empleadora persuadía a los empleados para que los firmaran, con la expectativa de ser recontratados.

La señora Gaudy Medina Aragón señaló que conoció a la demandante en su función de gerente de la Clínica, mientras ella era la coordinadora de gestión humana. Indicó que el contrato de trabajo de la demandante era a término fijo, ya que esa era la modalidad de contratación habitual en la clínica. Anualmente, los trabajadores firmaban una carta de renuncia y, unos dos o tres días después, eran recontratados; este era el procedimiento establecido. Explicó que algunos trabajadores asistenciales y administrativos eran contratados a través de bolsas de empleo, mientras que otros, como la demandante, eran contratados directamente. A estos últimos se les solicitaba firmar la carta de renuncia para ser recontratados. Mencionó que, al momento de firmar el contrato de trabajo, también se firmaba la carta de renuncia, tanto para los trabajadores en misión como para los trabajadores directos. La solicitud de la carta de renuncia era una tarea de la persona encargada de los empleados directos. Aunque tenía acceso a las hojas de vida de la demandante debido a sus funciones, afirmó que no conocía las circunstancias específicas de la contratación de la actora. Aclaró que nunca afirmó que la empresa obligara a la demandante a renunciar, pero pudo constatar, a través de su hoja de vida, que ella presentaba renunciaciones al finalizar cada contrato de trabajo.

El señor Julio Rodríguez indicó que conoce a la demandante desde el año 2012, cuando él empezó a trabajar en la Clínica y ella ocupaba el cargo de gerente. Aunque no estaba al tanto de las condiciones específicas del contrato de trabajo de la actora, afirmó que la empresa practicaba la coerción hacia sus empleados, obligándolos a renunciar para poder ser recontratados. Según su testimonio, aquellos que no accedieron a renunciar no eran recontratados.

Las pruebas reseñadas no demuestran que la demandante fuera forzada por su empleadora a presentar renunciaciones al finalizar cada uno de sus contratos de trabajo como gerente. Las pruebas documentales evidencian que existieron contratos de trabajo a término fijo de menos de un año y que antes de su vencimiento la demandante presentó su renuncia. Sin embargo, no se encontraron pruebas de que la demandada coaccionara a la



trabajadora para presentar dichas renunciaciones, especialmente teniendo en cuenta que la demandante ocupaba un cargo directivo. Esta situación parece indicar un acuerdo mutuo en la forma de contratación, lo que refleja la libertad del empleador para contratar y no una vulneración de los derechos y garantías laborales de la trabajadora. Por tanto, no está demostrado que las causas de terminación del contrato alegadas por la demandante sean imputables a la empleadora. Nótese que uno de los testigos señala que no hubo coacción lo cual concuerda con la prueba documental. De modo que esa versión no puede ser desvirtuada con el otro testimonio que indica que, si hubo coerción, pues tal testimonio no está corroborado con ningún otro medio de prueba.” **(Magistrado Sustanciador: Dr. Edgar Benavides Getial, Diciembre 19 de 2023, Radicado Interno: 71.235)**

CONTRATO REALIDAD- Contrato de prestación de servicios asesor pedagógico/ **INTERVENCIÓN DE VIGILANCIA ESPECIAL-** Caso de instituciones universitarias/ **INDEMNIZACIÓN MORATORIA-** Resulta improcedente

“En resumen, las reflexiones del fallador de primer grado para negar la existencia de la relación laboral entre los años 1999 al 2003, es que los contratos allegados al expediente y que hacen referencia a esa época son civiles de prestación de servicios, definen el alcance de la contratación como ASESOR PEDAGÓGICO y las condiciones contractuales bajo ningún modo dejan entrever que están enmarcada en la subordinación laboral, en efecto señala que le corresponde a la promotora del juicio demostrar que el servicio no se prestó en forma autónoma; señala además que las certificaciones allegadas al proceso son ambiguas porque no precisan el tipo de contrato del que dan cuanta, ni tampoco el periodo de la existencia de su ejecución.

(...)

Conforme a las anteriores consideraciones, es viable incursionar en el estudio de los documentos que el demandante señaló como mal apreciados, en aras de determinar si está acreditada la presunción de la que trata el artículo 24 del estatuto sustancial del trabajo y en caso afirmativo si esta fue desvirtuada por la demandada.

Es del caso, precisar que el juez ordenó incorporar al expediente los documentos que allegó la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN, con el escrito extemporáneo de contestación, esto lo ordenó en la audiencia de la que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo.

Precisado lo anterior, en la documentación allegada por la demandada reposa los siguiente, una certificación de tiempos de prestación de servicios civiles y laborales de 22 de mayo de 2012, que precisan que la prestación del servicio de la demandada inició en el segundo periodo de 1999 (fls. 35 – 36, archivo 1) con una remuneración por honorarios por \$802.929 (fls 39 a 40 del archivo 1); un contrato de prestación de servicios profesionales suscrito el 1 de febrero de 2000 que da cuenta que la vigencia del mismo inicia el 11 de enero hasta el 31 de diciembre de ese año y honorarios por \$883.222 (fls 103 – 104 del archivo 11), se allegaron constancias o certificaciones expedidas en diferentes fechas pero que coinciden en señalar que la



prestación del servicio inició el 12 de julio de 1999, “mediante contratos por periodos académicos, en calidad de Asesor Pedagógico” además precisa “actualmente” devenga honorarios, dichos documentos se expidieron el 7 de abril de 2000, 18 de abril de 2001, 31 de mayo de 2002, 5 de marzo de 2003, 13 de abril de 2004 entre otros; también allegaron contratos dan la suscripción de acuerdos para ejecutar actividades en los siguientes extremos, desde el 16 enero al 31 de diciembre de 2001 y honorarios por \$927.383, del 14 de enero hasta 30 de julio de 2002 y honorarios por \$927.383, en enero de 2002 se firmó un contrato que señala la fecha de inicio 1 de agosto y de culminación 31 de diciembre de 2002, sin embargo, el 8 de agosto se firmó otro con iguales extremos pero con honorarios por \$927.600, se allegó el contrato de 20 de enero de 2003 que señala que inició el 15 de enero y terminó el 30 de junio de 2003 y otro con iguales términos en la duración pero con honorarios por \$927.600 (fls 106 – 134 del archivo 11).

(...)

Los diferentes contratos de prestación de servicios celebrados entre los años 1999 y el 2003, pone de relieve que la demandante no fue contratada para una actividad puntual para desarrollar de forma autónoma y según su formación profesional. Por el contrario, la cláusula del contrato señala que “EL ASESOR se obliga a poder al servicio de la FUNDACIÓN toda su capacidad profesional en el desempeño de las funciones propias como ASESOR PEDAGÓGICO, o en cualquier otra actuación anexa de carácter análogo...” la cláusula tercera impone la forma de cómo se debe prestar el servicio, dentro de las que destaca aquella referida a “Asistir a las reuniones a que sea convocado” “Avisar oportunamente si por cualquier causa justificada no puede concurrir a desempeñar las funciones” “Realizar todo lo que sea necesario para cumplir todas las obligaciones relacionadas con su GESTION” y se resalta que en el contrato se señalan prohibiciones, en efecto a la actora se le confió la gestión de varias actividades.

Las certificaciones dan cuenta de que se celebraron contratos por períodos académicos sin que de ellas se pueda evidenciar que la actividad encomendada se ejecutó de manera autónoma y con ausencia de subordinación.

En ese orden de ideas, examinados en conjunto los medios probatorios que militan en el plenario, con base en el artículo 61 del C.P.T.S.S., se concluye con nitidez que la gestora del juicio estaba subordinada, pues dicho elemento no pudo ser desvirtuado por la demandada.

A la Sala, ninguna duda le queda de que, la documental allegada al plenario no logran desvirtuar la presunción legal consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

De lo que viene decirse, frente al contrato realidad, la prosperidad del recurso de apelación es la decisión que corresponder adoptar, dado que no se desvirtuó la presunción legal antes referida, por lo que, se modificará el numeral segundo de la sentencia en el sentido de que, entre el 12 de julio de 1999 y el 30 de junio de 2003, existieron distas relaciones de trabajo, (i) Del 12 de julio al 31 de diciembre de 1999 con honorarios por \$803.929, (ii) del 11 de enero hasta 31 de diciembre de 2000 y honorarios por \$883.222 (iv) del 16 enero al 31 de diciembre de 2001 y honorarios por \$927.383, (v) del 14 de



enero hasta 30 de julio de 2002 y honorarios por \$927.383, (vi) de 1 de agosto hasta 31 de diciembre de 2002 con honorarios por \$927.600, (vii) del 15 de enero hasta el 30 de junio de 2003 con honorarios por \$927.600.

En atención a que el primer problema jurídico resultó favorable a la demandante resulta obligatorio pronunciarse sobre la solicitud de pago de los aportes a la seguridad social en pensiones en virtud del contrato realidad declarado.

(...)

Frente a la afiliación y pago de aportes al sistema integral de seguridad social, de manera retroactiva, al respecto se observa que la demandada no cumplió con el deber de afiliación y pago de aportes que debía realizar entre el 12 de julio de 1999 y el 30 de junio de 2003, lo cual no fue acreditado dentro del proceso, por lo que sí procede ordenar que se efectúen los aportes en pensión con base a los salarios que se determinaron en esta sentencia, por lo tanto, la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN, deberá sufragar al fondo respectivo el pago de los aportes por pensión de los años 1999 a 2003, acorde con el salario que la actora percibió en esas anualidades, tal como se dispuso por el juzgado de instancia.

RELIQUIDACIÓN DE APORTES A SEGURIDAD SOCIAL:

Referente a este punto objeto de reparo, esta Sala observa, que pretende que él se realice los pagos sobre los aportes “reales”, toda vez que considera que el ingreso base de cotización reportado al fondo de pensiones no es el que devengo durante el vínculo laboral.

Sobre este aspecto de la apelación, esta Sala considera que, no fue un punto de debate en la primera instancia la base salarial que tomó la demandada para realizar los aportes en pensión en el periodo que reconoció la vigencia del contrato de trabajo, ya que no se distingue en la demanda la inconformidad que, de manera muy general, planteo el actor en el recurso de apelación.

(...)

De lo anteriormente expuesto se extrae, que al no haber sido debatido en primera instancia la reliquidación antes referida, no puede esta Corporación entrar a estudiar dichos puntos, por cuanto, no existen razones para controvertir una decisión judicial sobre lo que no fue objeto de controversia, por carecer de pronunciamiento alguno, al no haber sido propuesto en el debate de instancia.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

El fallador de primer grado, luego de resolver respecto a la procedencia de la sanción moratoria precisó que el actor en su demanda delimitó las peticiones declarativas y de condena a los derechos laborales causados hasta diciembre de 2014 y que, guardo absoluto silencio en cuanto al alcance probatorio que eventualmente podría tener el material fáctico allegado al proceso que hace referencia a una eventual prestación de servicios de la demandante al servicio de la FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTIN en el 2015.



El apoderado de la parte demandante en su recurso de apelación, solamente indicó que su inconformidad se centra en que la liquidación de la sanción moratoria debía guardar los mismos parámetros que el Tribunal, pero no precisó su inconformidad.

Luego entonces, la Sala entra a verificar si en este asunto tiene aplicación la resolución 0172 de 2015 expedida por el Ministerio de Educación Nacional, en uso de las facultades otorgadas por la Ley 1740 de 23 de diciembre de 2014, ya que fueron las disposiciones en la que se basó el juez de primera instancia para limitar la condena a la sanción moratoria hasta el 10 de febrero de 2015.

El artículo 14 de la Ley 1740 de 23 de diciembre de 2014, establece la viabilidad que el Ministerio de Educación Nacional, adopte los Institutos de Salvamentos, para la protección temporal de los recursos y bienes de las instituciones de Educación Superior, en el marco de la vigilancia especial.

No es objeto de discusión en el recurso que la FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTIN, se encuentra dentro de un trámite de vigilancia especial y así como tampoco fue objeto de reparo que en el proceso se acreditó la existencia de una relación laboral hasta el segundo semestre de 2014, por lo que verdaderamente interesa conocer es si de conformidad con los institutos de salvamento de los que trata la Resolución 1702 de 2015, se debían suspender los pagos a cargo de la entidad.

En relación con el tema en cuestión, la Sala Laboral de la CSJ, ya se ha pronunciado en sentencia SL3288-2021. En cuanto a la interpretación que se debe dar a las normas denunciadas, se ha expresado lo siguiente:

“Finalmente, no desconoce la Sala que la fundación universitaria demandada atraviesa una grave crisis institucional que conllevó a la vigilancia especial del Gobierno Nacional en cabeza del Ministerio de Educación, entidad que conforme a lo previsto en la Ley 1740 de 2014 ordenó la aplicación de «institutos de salvamento para la protección temporal de recursos y bienes de la Fundación Universitaria San Martín», a fin de garantizar la continuidad del servicio público de educación superior.

Teniendo en cuenta lo anterior, la mencionada cartera ministerial profirió la Resolución N.º 01702 del 10 de febrero de 2015, precisamente con el objeto de adoptar medidas tendientes a contrarrestar la crisis que enfrenta la entidad demandada, entre las cuales se encuentran: «3. La suspensión inmediata de los procesos judiciales y administrativos de carácter ejecutivo en curso contra la Fundación Universitaria San Martín; 4. La imposibilidad de admitir nuevos procesos judiciales y administrativos de carácter ejecutivo contra la Fundación Universitaria San Martín, por razón de obligaciones anteriores a la aplicación de esta medida [...]; 6. La suspensión de pagos de las obligaciones de la Fundación Universitaria San Martín causadas hasta la fecha de esta Resolución que adopta la medida, salvo los que sean autorizados por ser necesarios para el restablecimiento del servicio educativo en condiciones de calidad, de acuerdo con la planeación que haga el Ministerio de conformidad con el artículo 14 – numeral 4 de la Ley 1740 de 2014; y 8. Todos los acreedores de la Fundación Universitaria San Martín, incluidos los garantizados, quedan sujetos a las medidas que se adoptan mediante esta Resolución, por lo cual, para ejercer sus derechos y



hacer efectivo cualquier tipo de garantía de que dispongan frente a la mencionada Fundación, deberán hacerlo dentro del marco de la medida y de conformidad con las disposiciones que la rigen».

Tales medidas transitorias no pueden desconocer las obligaciones que recaen sobre la institución educativa accionada, a quien le corresponde determinar la forma como atenderá el pago de sus acreencias. En ese sentido, las razones esgrimidas por la censura no tienen la solidez suficiente para derribar las conclusiones del Tribunal, en el sentido de que, previo a la intervención del Ministerio de Educación --y su vigilancia especial--, la Fundación aquí demandada ya venía sustrayéndose del pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos a que tenía derecho la actora, «luego no es de recibo que se alegue su propia culpa en beneficio, cuando ese hecho aconteció por culpa de la institución, dado el manejo de sus recursos y cuando el incumplimiento data de tiempo atrás, sin que se evidencie justificación alguna al respecto, máxime cuando de plano sabía que la parte actora se encontraba regida por una relación de índole laboral subordinada». Siendo que, además, la «suspensión de pagos» aludida, conforme lo previsto en el artículo 14 (numeral 4) de la citada Ley 1740 de 2014, requería la autorización previa del Ministerio de Educación Nacional y recaía sobre las obligaciones causadas hasta el momento en que se dispuso la medida, esto es, 10 de febrero de 2015, no posteriores como aquí acontece, si se tiene en cuenta que el contrato de trabajo finalizó el 21 de mayo siguiente. (Énfasis añadido).”

En el contexto de lo que es objeto de estudio por la Sala, la resolución referida entró a regir el 10 de febrero de 2015, con dicha disposición se decretó una suspensión de pagos de obligaciones encabeza de la demandada, en cuanto a las que estaban causadas al momento de la expedición de dicha resolución.

Ahora bien, para esta Sala las obligaciones impuestas y que causaron la imposición de condenas por prestaciones sociales y salarios los cuales se causaron en la vigencia de la relación de trabajo, luego entonces, no se equivocó el juez de primer grado en su interpretación respecto al alcance de la resolución que decretó una suspensión de pagos hasta la fecha de la resolución. Por lo anteriormente expuesto no prospera la apelación respecto a la indemnización moratoria. **(Magistrado Sustanciador: Dr. Fabián Giovanni González Daza, Noviembre 30 de 2023, Radicado Interno: 71.556)**

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- Compañera permanente: No cumplió los requisitos exigidos en el ley para ser beneficiaria de la prestación/ **PRUEBAS TESTIMONIALES-** No dan razón de la ciencia de su dicho ni fueron responsivos frente a lo investigado

“Sea lo primero precisar, que no es motivo de discusión en esta instancia, que al señor LUIS ALBERTO PRADO GUTIERREZ (Q.E.P.D.) a través de Resolución No. 000820 de 1995 le fue reconocida pensión de vejez por el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL – ISS hoy COLPENSIONES, (Pag.12 archivo 06ContestaciónColpensiones).



Tampoco es motivo de reparo que, la demandante tuvo con el causante un hijo de nombre KELVIS ANTONIO PRADO MORENO, quien nació el 31 de marzo de 1986, de conformidad con el registro civil de nacimiento. (Pag.26 archivo 01DemandaYanexos)

Que, el señor LUIS ALBERTO PRADO GUTIERREZ (Q.E.P.D.) falleció el 5 de agosto de 1999 en la ciudad de Barranquilla – Atlántico, tal y como se avizora en el registro civil de defunción con indicativo serial 3306309, donde además se lee, certificado de defunción A312610 expedido por la Dra. LUZ DARY LOPEZ, médico tratante. (Pag.25 archivo 01.DemandaYanexos)

Igualmente, se encuentra acreditado que, con ocasión del fallecimiento del señor LUIS ALEBERTO PRADO GUTIERREZ (Q.E.P.D.), mediante Resolución No.000887 del 25 de marzo de 2000 COLPENSIONES Reconoció sustitución pensional a la señora GREGORIA TORRES MURILLO en calidad de cónyuge, en cuantía inicial de \$525.989.00, a partir del 5 de agosto de 1999. Y, que posteriormente, mediante Resolución No.001606 de fecha 30 de mayo de 2000, el ISS redistribuyó la prestación económica y la concedió a GREGORIA MURILLO TORRES en cuantía inicial de \$262.995.00, a KELVIS PRADO MORENO en cuantía de \$131.497.00 y a KAREN PRADO CERVANTES en cuantía de \$131.497.00, en calidad de hijos menores de edad, para ese momento. (Pag.9-11 archivo 06ContestaciónColpensiones)

Así mismo es un hecho cierto que, el 26 de marzo de 2014, se presentó ante COLPENSIONES la hoy demandante, señora MIRIAM ISABEL MORENO ESTRADA, en calidad de compañera permanente a reclamar la sustitución pensional, y que mediante Resolución GNR283150 del 12 de agosto de 2014 la entidad demandada negó la prestación económica solicitada. (Pag.9-11 archivo 06ContestaciónColpensiones) y (Pag.10-15 archivo 01.DemandaYanexos)

(...)

En este caso, el deceso del señor LUIS ALBERTO PRADO GUTIERREZ (Q.E.P.D.), ocurrió el día 5 de agosto de 1999, tal y como consta en la copia del registro civil de defunción aportado al expediente (Pag.18 archivo 01.DemandaYanexos). De ahí, que la sustitución pensional demandada se gobierne por los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 original, por ser la normatividad vigente para la fecha de su exigibilidad, que es la misma del fallecimiento del afiliado.

(...)

En ese orden de ideas, procede esta Corporación a evaluar si la promotora del presente juicio MIRIAM ISABEL MORENO ESTRADA cumplió con los requisitos exigidos en la ley para ser beneficiaria de la prestación deprecada, en su condición de compañera permanente del causante. En ese sentido, se tiene que de las pruebas documentales traídas al proceso se observan las siguientes: Notificación de la Resolución que resolvió una solicitud de prestaciones económicas, Resolución GNR283150 del 12 de agosto de 2014 por medio de la cual se negó la sustitución pensional a la



demandante, formato de solicitud de prestaciones económicas, registro civil de nacimiento de la actora, partida de bautismo del causante, copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, copia de la cedula de ciudadanía y registro civil de defunción del pensionado fallecido, registro civil de nacimiento de KELVIS ANTONIO PRADO MORENO. Aunado a ello, también se arrimaron con la demanda tres declaraciones extraprocesales rendidas el 29 de agosto de 2014 ante la NOTARIA PRIMERA DE SOLEDAD, (...)

Ahora bien, del interrogatorio de parte practicado por el juez a la demandante esta manifestó que, tenía 2 hijos, de nombres DONALDO DE JESUS PADILLA MORENO a quien tuvo antes de conocer al causante y KELVIS ANTONIO PRADO MORENO hijo del señor LUIS ALBERTO PRADO GUTIERREZ (Q.E.P.D.); así mismo, señaló que su hijo KELVIS percibió una sustitución pensional a raíz del fallecimiento de su padre hasta que estuvo estudiando, ello hasta la edad de 15 años porque, “la verdad doctor es que él no quería que yo le cogiera esa plata y yo le quité la pensión y se la pasaron a la hermana, entonces tuve problema con él por esa pensión y yo preferí no más nunca cobrarle porque yo era la apoderada en cobrarle porque él era menor de edad.”

Sumado a lo anterior, continuó señalando que, conoció al causante cuando “yo tenía mi primer hijo que tenía 6 años. Él trabajaba en Austral, una cosa de puro sindicato era sindicalista, cuando eso yo tenía 28 años, 27 años por ahí y me conocí con él y ahí yo tenía a mi hijo porque yo era viuda y él empezó a ayudarme, ayudarme, ayudarme hasta que ajá se dio una relación y me conocí con él y me fui a vivir con él. Él viajaba mucho a Bogotá, Medellín y eso y yo me he ido. Después me fui donde mis hermanos a vivir con él en el barrio Ferrocarril, ahí salí embarazada de KELVIS y así andaba después cuando KELVIS nació, cuando tenía 2 años y medio, me vine a vivir en costa hermosa, me sacó una casa alquilada aquí en costa hermosa y vivíamos, él viajaba y venía y después cuando ya estábamos en costa hermosa él se enfermó, era diabético, lo dializaban. Él tenía su familia que era su esposa con 5 hijos y lo hospitalizaron y él era diabético y lo metieron en la maquina y le dio, murió en la maquina el 5 de agosto de 1999.”

Igualmente, manifestó que después de su segundo hijo no ha mantenido convivencia con otra persona distinta al causante, pues, se ha mantenido sola en su casa y con su hijo. Que, cuando el señor LUIS ALBERTO PRADO GUTIERREZ (Q.E.P.D.) se enfermó sus hijos en su casa lo dializaban y ella tenía constantemente comunicación con él, que luego lo internaron en la CLÍNICA DE LOS ANDES donde falleció y una hija del causante con su esposa GREGORIA ISABEL TORRES fue quien le aviso que el señor LUIS ALBERTO PRADO GUTIERREZ (Q.E.P.D.) había fallecido.

(...)

Así pues, cabe precisar que en el asunto objeto de estudio, ninguna de las documentales que hacen parte del acervo probatorio arrimado al



expediente con el escrito inaugural permiten a este Tribunal acreditar la convivencia real y efectiva que pregonan la promotora del juicio en la demanda, puesto que en ninguna de las pruebas como tampoco de las situaciones fácticas de la demanda se estableció con claridad los extremos que desde sede administrativa requería demostrar, ya que los lapsos fundamentales son de 1997 a 1999 esto es, los 2 años anteriores al fallecimiento que, indica el artículo 47 de la ley 100 de 1993 original. Y, aunque en el expediente obra registro civil de nacimiento de KELVIN PRADO MORENO hijo habido entre la demandante y el causante ello, no acredita por sí solo que se hubiere efectuado convivencia efectiva, real y material entre la señora MIRIAM ISABEL MORENO ESTRADA y el señor LUIS ALBERTO PRADO GUTIERREZ (Q.E.P.D.) durante los 2 años continuos con anterioridad al fallecimiento.

Las declaraciones de las señoras MARIA ESCORCIA y LUZ MARINA hacen absoluta abstracción u omisión del tiempo de convivencia entre el pensionado y la promotora del juicio. Por tanto, esta Corporación advierte que, de las pruebas recaudadas, no puede inferirse que la demandante, hubiese formado hogar permanente y estable con el señor LUIS ALBERTO PRADO GUTIERREZ (Q.E.P.D.) sin que el hecho de haber tenido hijo con este supla tal requisito, en la medida en que su nacimiento no ocurrió en los dos años retrospectivamente anteriores al fallecimiento de su padre.

También se itera que, la narrativa de la demandante y de los testigos traídas a juicio, no describen los pormenores de esa relación, mucho menos del tiempo de duración, de la forma como compartían como pareja y como se daban apoyo mutuo, sus versiones resultan panorámicas en la medida que no indican la ciencia de su dicho. La testigo MARIA ROSA ESCORCIA DE BARROSO manifestó que la demandante fue su vecina en el Barrio Ferrocarril, sitio anterior al último lugar donde presuntamente vivió la actora con el causante que lo fue Barrio Costa Hermosa, pero nada más. Los testigos no describen de manera clara una línea de tiempo sobre cómo se desarrolló esa convivencia y es la misma demandante quien manifiesta que el fallecido fue atendido por sus hijos en la casa de su esposa, pero tampoco da razón o explicación alguna de como fueron los últimos días de quien afirma fue su compañero permanente.

En este punto, lo cierto es que las declaraciones de parte y de terceros, lejos están de ser calificadas como responsivas exactas y completas, para edificar sobre ellas una convivencia en los términos que han sido definida por las altas Cortes, lo que imposibilita acceder a las pretensiones de la demanda. Lo anterior porque al extrañarse en el expediente alguna prueba que demuestre lo pretendido en esta demanda, se tiene que la demandante incumplió con la carga de la prueba que en ella recaía, es decir, demostrar el requisito de la convivencia para que resulte procedente el reconocimiento y pago de la sustitución pensional perseguida.

(...)



Colofón de todo lo anterior y sin mayores elucubraciones, dadas las resueltas del proceso refulge con nitidez que resultó acertada la decisión proferida por el juez de primer grado, siendo dable para este Tribunal confirmarla.”
(Magistrado Sustanciador: Dr. Fabián Giovanny González Daza, Noviembre 30 de 2023, Radicado Interno: 72.277)

SALA PENAL

PREVARICATO POR ACCIÓN- Solicitud de preclusión: Atipicidad del hecho investigado/ **RESOLUCIÓN MANIFIESTAMENTE CONTRARIA A DERECHO-** No se encuentra acreditada en el proceso

“7.- A partir de la denuncia instaurada por la señora DILIA FONSECA, se busca sancionar penalmente a la señora XXXXXXXX, en calidad de Juez XXXXXXXX del Circuito de Barranquilla. Aun cuando no obra en el expediente el acta de posesión de la señora XXXXXXXX, es posible afirmar que para el día 09 de mayo de 2019 esta última se desempeñaba en el cargo en mención y, por tal motivo, ostentaba la calidad de servidora pública. Lo anterior por cuanto, el representante del ente acusador allegó al despacho la decisión fechada el 20 de noviembre de 2019, por medio de la cual el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Penal, resolvió el recurso de apelación presentado en contra de la decisión presuntamente prevaricadora.

8.- De conformidad con lo expuesto por la Fiscalía Primera Delegada ante este Tribunal, la decisión tachada de ilegal se adoptó en audiencia del 09 de mayo de 2019, oportunidad en la cual la señora Juez XXXXX estudió solicitud de preclusión de la indagación que se seguía en contra del señor CARLOS ALBERTO CABARCAS DE LOS RÍOS, la cual fue decidida de forma favorable, al estimar que el concepto emitido por el profesional de la psicología carecía de tipicidad objetiva y subjetiva.

9.- En la audiencia llevada a cabo por la Juez, esta funcionaria indicó que la señora DILIA FONSECA había presentado denuncia al estimar que, a partir del dictamen psicológico realizado en el proceso de restitución internacional, se incurrió en una “emisión de valoración de psicología falsa”(sic), lo que apoyó en dos valoraciones psiquiátricas que le fueron realizadas por los galenos PATRICIO GARCÍA DE CARO y ADOLFO PUGLIESE JIMÉNEZ.

10.- Al estudiar el asunto bajo su conocimiento, la funcionaria XXXXXXXX enunció como elementos materiales probatorios; i) denuncia calendada el 4 de mayo de 2017 presentada por la señora DILIA ROSA FONSECA por el presunto delito de “emisión de valoración psicológica falsa”; ii) orden a policía Judicial emitida el 20 de septiembre de 2017, en donde se solicitó el registro y control académico de la Universidad Simón Bolívar y la hoja de vida del señor CARLOS CABARCAS DE LOS RÍOS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8772982; iii) informe de investigador de campo FPJ11 del 1º de noviembre de 2017; iv) documentos del proceso de restitución



internacional de menor adelantado ante el Juzgado Noveno del Circuito de Familia, tales como demanda, auto admisorio, notificaciones, entre otros; v) certificados de la Universidad Simón Bolívar y de notas del desarrollo de la carrera; vi) certificación del Colegio Colombiano de Psicólogos; vii) informe rendido por la doctora LIDA MILENA RODRÍGUEZ NAVARRO; viii) protocolo de evaluación básica y psiquiátrica forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y ix) entrevista en formato FPJ14 de la señora Lourdes del Socorro Diago Martínez, Juez Novena del Circuito de Familia de Barranquilla.

11.- Con fundamento en los mismos, la juez indicó que se encontraba probado en el proceso penal que el señor CARLOS CABARCAS DE LOS RÍOS era profesional en Psicología, egresado de la Universidad Simón Bolívar al momento de emitir la valoración realizada a la señora DILIA FONSECA.

12.- Igualmente es menester poner de presente que, en audiencia del 09 de mayo de 2019, en los antecedentes de la decisión tomada por su Despacho, la Juez, indicó que la señora DILIA FONSECA ORTIZ presentó denuncia en contra del señor CARLOS CABARCAS DE LOS RÍOS al estimar que la valoración debía realizarse por varios peritos forenses, alegación apoyada en los dictámenes de los psiquiatras PATRICIO GARCÍA CARO y ALFREDO PUGLIESE JIMÉNEZ.

13.- Frente a la crítica en mención expuesta por la denunciante, la hoy procesada indicó que dentro de los elementos materiales probatorios existentes en el expediente se encontraba informe de campo- FPJ-11, suscrito por la forense LIDA MILENA RODRÍGUEZ NAVARRO, al interior del cual se concluyó lo siguiente: "El profesional usa para el estudio solicitado el protocolo y evaluación básica y guía para la realización de pericias psiquiátricas y psicológicas en patria potestad con rigurosidad y acorde a los estándares exigidos. El profesional realiza de manera detallada cada uno de los pasos del protocolo. El profesional llega a conclusiones que dan respuesta a lo solicitado por el despacho solicitado". A este respecto, también precisó que hacía parte integral de la valoración realizada por la funcionaria el protocolo de evaluación básica y psiquiátrica forense del Instituto de Medicina Legal, entre otros documentos.

14.- De lo expuesto se sigue que para responder a las críticas que formuló la denunciante consistente en que el procesado no podía hacer el dictamen pericial por su cuenta, la Juez acudió al dictamen realizado por la funcionaria del CTI, contentivo de los protocolos del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, del cual extrajo que el señor CABARCAS DE LOS RÍOS se apegó a las reglas que le eran exigibles en su calidad de psicólogo forense, no siendo posible achacar a la procesada la comisión del delito de prevaricato por acción por la valoración de la prueba realizada, pues como se verá más adelante, en esta materia no se analiza la corrección o acierto de su decisión si no la legalidad de la misma y en ese punto debemos concluir sin asomo de duda que el auto confutado como prevaricador contiene por éste aspecto una valoración razonable de la prueba.

15.- De otra parte, de conformidad con la intervención llevada a cabo por la señora DILIA FONSECA en audiencia del día 25 de julio de 2022, se deduce



que, en criterio de la denunciante, la procesada no debió limitarse a precluir la investigación con fundamento en los elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía, sino que, además, debía interrogarse a la señora LIDA MILENA RODRÍGUEZ NAVARRO, con miras a que ésta se pronunciara acerca del concepto realizado frente a la valoración suscrita por el señor CARLOS CABARCAS DE LOS RÍOS.

16.- A este respecto, desde ya observa el Tribunal que carece de mérito la denuncia presentada en el proceso de la referencia, en tanto el inciso 4 del artículo 333 del Código de Procedimiento Penal, que regula el trámite de la solicitud de preclusión, establece de forma textual que **“En ningún caso habrá lugar a solicitud ni práctica de pruebas”** (Negrilla por fuera del texto).

17.- Por el contrario, bien hizo la funcionaria en lugar de practicar un interrogatorio a la señora LIDA RODRÍGUEZ NAVARRO, la Juez, en atarearse a tomar una decisión frente a la solicitud de preclusión de la indagación seguida en contra del señor CARLOS CABARCAS DE LOS RÍOS, con fundamento en aquellos elementos materiales probatorios que le allegó la representante del ente acusador.

18.- En ese sentido revisada la audiencia llevada a cabo por la doctora XXXXXX, se encuentra que esta aseveró lo siguiente: “Se extractaron los elementos materiales probatorios fehacientes que nos conduzcan a la naturaleza misma del asunto en debate hoy, en el entendido de que lo que está ventilado en la jurisdicción de familia allá quedó. De hecho, queda claro con los elementos materiales probatorios que aportan que el principio de contradicción de la prueba fue ejercido a cabalidad en la jurisdicción de familia, en tanto que hubo un debate entre dos profesionales también en psicología respecto del informe pericial que rindiera el profesional de medicina legal y que no estuvo de buen recibo por parte de la víctima, pues se sintió afectada ella en su salud emocional respecto del concepto emitido. No obstante, ante haber sido ejercido el principio de contradicción de la prueba, no reviste de ilegalidad ese dictamen rendido por el profesional de medicina legal (...)”.

19.- De esta forma considera el Tribunal que la funcionaria judicial siguió lo dispuesto en la ley al tomar una decisión de conformidad con los elementos materiales probatorios que le puso a su disposición la Fiscal designada al caso, amparada en el numeral 4º del artículo 332 del C.P.P.

19.1.- Veamos el contenido del numeral 4º del artículo 332 del C.P.P. invocado en su momento por la indiciada para precluir la indagación a favor de CARLOS ALBERTO CABARCAS DE LOS RÍOS, psicólogo del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias:

Artículo 332. Causales. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

4. Atipicidad del hecho investigado.

20.- Además, esta Corporación observa que la Juez XXXXXX realizó un estudio de los requisitos para que se configure el delito de Prevaricato por acción,



en la medida que hizo referencia a la calidad de servidor público del señor CABARCAS DE LOS RÍOS al momento de la comisión de la conducta presuntamente prevaricadora. En segundo lugar, estudió si la decisión del profesional de psicología se ajustaba a la ley, sobre este punto, indicó que no se evidenció que el dictamen psicológico tuviera un origen en un acto de corrupción o que para proferir el mismo se hubiera actuado por dádivas. Tal y como había sido expuesto por la denunciante.

21.- Inclusive, la procesada hizo referencia al principio de congruencia, indicando que conforme a la Fiscalía General de la Nación el delito de falsedad se subsumía en el delito de prevaricato por acción.

22.- Una decisión así adoptada puede ser discutible desde el punto de vista de acierto más no de la legalidad, pues la misma, insistimos, viene sustentada en la prueba y en el numeral 4º del artículo 332 del C.P.P., por tanto, no puede decirse válidamente que se trata de una decisión manifiestamente contraria a la ley.

23.- Con independencia de lo anterior, la señora DILIA FONSECA expuso en la audiencia de preclusión llevada a cabo ante esta Corporación que la señora XXXXXXXX se había valido de un proceso de violencia en contra de servidor público cuyo conocimiento le había correspondido a su Despacho para amedrentarla. De esa forma, logró que fuera detenida por tres noches y dos días, sumado a lo cual, le realizaba constantes citaciones para acusarla.

(...)

26.- Por tal motivo, se encuentra que, en realidad, los reparos de la víctima están circunscritos a que la indiciada debía citar a audiencia a la funcionaria del CTI, LIDA RODRÍGUEZ NAVARRO, aspecto sobre el cual se pronunció up supra este Tribunal.

27.- En otras palabras, no es posible estudiar la comisión del delito de prevaricato por acción tan sólo porque haya cursado en contra de la víctima un proceso por la presunta comisión del delito de violencia contra servidor público, es menester que se haga alusión a una providencia que pueda ser ostensiblemente contraria a la ley. Más allá de las citaciones realizadas por la Juez XXXXXXXXXX para que la víctima acudiera a las audiencias emitidas al interior del proceso penal, cuyo envío, dicho sea de paso, constituye una obligación a cargo de los juzgados penales de conformidad con el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, la víctima no se refirió a un dictamen, resolución o concepto proferida en el trámite en su contra, frente al cual se pudiere configurar el delito tipificado en el artículo 413 del Código Penal." **(Magistrado Sustanciador Dr. Luigui Reyes Nuñez, Referencia interna No. 2021-000534).**

RECURSO DE REVISIÓN- Prescripción de la acción/ **MOMENTO CONSUMATIVO DEL FRAUDE PROCESAL/** Debe tenerse la fecha en que se remató un bien embargado y que es el último acto de engaño.



“Como quiera que, el quid del asunto sometido a consideración de la Sala es el de si se dictó sentencia condenatoria por un delito de fraude procesal cuya acción penal ya había prescrito, es de ley que comencemos el análisis del problema haciendo un análisis de la figura de la prescripción de la acción penal en relación con el reato de fraude procesal, dado que el carácter de conducta permanente de ese delito y los diferentes criterios sobre el momento en que se consuma jugarán un papel trascendental al momento de tomar la decisión definitiva de esta actuación.

(...)

Epítome de lo expresado es que, la posición jurisprudencial predominante hoy día es que el delito de fraude procesal comienza cuando el servidor público es inducido en error y se prolonga su consumación durante el tiempo que se mantenga, con independencia de si se consigue o no la pretendida sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, e inclusive luego, si son necesarios actos ulteriores para su ejecución.

El delito de fraude procesal es de conducta permanente, pues la lesión al bien jurídico protegido perdura por todo el tiempo en que el servidor público permanezca en error, de modo que se sigue ejecutando hasta el último acto de inducción en error, momento en el cual empieza a correr el término de la prescripción.

Ese último acto de inducción en error ha sido entendido: (a) No cuando el servidor público dictó el acto contrario a la ley cuando alcanza a materializarse, sino hasta cuando el fraude deja de producir consecuencias y cesa la lesión al bien jurídico de la administración de justicia; (b) Con la ejecutoria del cierre de investigación (Ley 600 de 2000) –o la formulación de imputación (Ley 906 de 2004)— cuando la inducción en error del servidor público se prolonga incluso durante el curso del proceso penal; (c) Durante todo el tiempo en que la autoridad se mantenga en el error y aun después si se requiere de actos de ejecución; (d) En caso de registros obtenidos fraudulentamente con la cancelación del registro obtenido fraudulentamente; (e) En actuaciones judiciales, con la ejecutoria del auto o sentencia, salvo que sean necesarios actos posteriores para su ejecución.

Teniendo en cuenta estos conceptos, tenemos que, en el caso que nos ocupa se presentó un proceso ejecutivo teniendo como título de recaudo un contrato tildado de fraudulento, por lo que el fraude procesal, siguiendo los criterios antes citados, no se agota con la presentación de la demanda ni cuando el juez la admitió, sino que se prolonga en el tiempo mientras se sigan realizando actos tendientes a mantener el error y que, por la naturaleza del proceso ejecutivo, esos actos encuentran su culminación cuando se produce la diligencia de remate y adjudicación de la propiedad, (...)

De la información que obra en el cuaderno de medidas cautelares se observa que, se decretó el embargo de la quinta parte del sueldo del demandado JOSE LUIS MONTES AVILES, como empleado de Hotel Avenida, los bienes inmuebles de JOSE LUIS MONTES AVILES, REMO MANUEL CERTAIN DONADO Y ALBERTO ENRIQUE CERTAIN DONADO.



Una vez inscrito el embargo sobre el bien inmueble con folio de matrícula Inmobiliaria No 040-261092, de propiedad del señor JOSE LUIS MONTES, se ordenó el secuestro, siendo practicado éste por la señora Inspectora de Puerto Colombia, mediante diligencia llevada a cabo el día 28 de febrero de 2.001, sin que se presentara oposición alguna.

Embargado y secuestrado el bien, se procedió a nombrar perito evaluador, quien rindió su dictamen, dejando establecido como valor total del avalúo la suma de (\$48.000.000.00) del cual se dio traslado, siendo objetado por la parte demandante, quien luego desistió de la objeción.

En firme todas las actuaciones, y encontrándose embargado, secuestrado y avaluado el inmueble, se procedió a señalar fecha para llevar a cabo el remate, declarándose desierta la primera y segunda licitación por no haberse presentado postor. Realizada la tercera licitación, el mismo fue rematado y adjudicado al demandante por cuenta de su crédito, diligencia que se llevó a cabo el día de 1 de julio del 2.009, procediéndose aprobar el mismo mediante auto de fecha julio 23 de 2.009. Nótese que, el día 1 de julio de 2009, es la última actuación por la que, según la Corte, comienza a contabilizarse el término de prescripción de la acción penal derivada del delito de fraude procesal.

Para esa época se encontraba vigente la ley 890 de 2004, que en su artículo 11, aumentó la pena del delito de fraude procesal:

Artículo 11. El artículo 453 del Código Penal quedará así:

"Artículo 453. Fraude procesal. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años".

(...)

Por ende, si en el presente caso la modificación introducida por el artículo 11 de la Ley 890 de 2004, entró en vigencia mientras se cometía el delito objeto del proceso, se impone su aplicación. Por consiguiente, el término de prescripción del delito de fraude procesal es de 12 años.

En relación a la prescripción de la acción penal del delito de fraude procesal, es imperioso remitirnos al contenido del artículo 83 del Código Penal, el cual dispone que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún evento será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20) años, salvo lo dispuesto en el inciso segundo de dicha norma, lo cual no viene al caso.



Así las cosas, para el caso concreto, el término prescriptivo de la acción penal en la fase de instrucción será de 12 años, en tanto, la conducta punible es el fraude procesal consumado el 1 de julio de 2009. Dicho lapso acaecería en el año 2021. Ahora bien, siendo que la resolución de acusación quedó ejecutoriada el 5 de noviembre de 2015, cuando aún no habían transcurrido los 12 años de prescripción, y, a partir de esta última data empieza a correr un nuevo lapso prescriptivo igual a la mitad del anterior, es decir, de seis años, el cual tampoco se cumplió, pues la sentencia se profirió el 12 de junio de 2018, a sólo tres años y siete meses después de la ejecutoria de la pieza acusatoria.

Con todo, es de destacar que, el juez de conocimiento en el proceso penal, cuya sentencia se revisa, no aplicó la norma consagrada en la ley 890 de 2004, sino la descrita en la ley 599 de 2000, que establece una pena para el delito sub examine de 4 a 8 años; y siendo que, tal y como lo reconoce la Jurisprudencia nacional, la calificación jurídica del delito definida en la sentencia irradia efectos sustanciales para todos los efectos legales, no sólo para la pena, sino inclusive respecto de los cómputos de la prescripción de la acción penal en referencia a cualquiera de las fases del proceso, para efectos de decidir sobre la prescripción debemos tomar la norma que uso el juez en su sentencia y, en consecuencia, concluir que el lapso prescriptivo del reato en comento es de 8 años y no de doce anualidades.

No obstante, aún si así procediéramos, no habría lugar a tener por prescrita la acción penal del delito de fraude procesal, pues hemos tomado como fecha de consumación del mismo, el 1 de julio de 2009, por lo que la extinción de la acción penal habría acontecido en el año 2017, y antes de esa fecha ya se había presentado la resolución de acusación ejecutoriada el 5 de noviembre de 2015, interrumpiéndose así la prescripción: la cual empieza nuevamente a correr por un lapso de 5 años, los cuales tampoco se cumplieron, pues la sentencia condenatoria se expidió en junio del 2018.

Como puede verse, lo que nos distancia de las apreciaciones del actor es el momento consumativo del fraude procesal y a partir del cual se debe empezar a contabilizar el lapso prescriptivo, pues para el actor ese momento es 12 de mayo de 2004, cuando se dicta la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución, para la Sala se debe tener como tal el 1° de julio de 2009, fecha en que se remató un bien embargado y que es el último acto de engaño.” **(Magistrado Ponente: Dr. Demóstenes Camargo de Ávila, Noviembre 9 de 2023, Radicado Interno: 2023-00053)**

ARIEL MORA ORTIZ
Presidente

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
Relatora